

ALCÍDIO MATEUS FERREIRA

MESTRADO UCP

12/2011

AS NORMAS CFC NO CIRC E A SUA INCOMPATIBILIDADE

COM O DIREITO COMUNITÁRIO

O NOVO ARTIGO 66°.CIRC APROVADO PELA LEI DO OE 2012

TESE DE MESTRADO

DIREITO FISCAL

ALCÍDIO MANUEL DE FRAZÃO RODRIGUES MATEUS FERREIRA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA - PORTO

ESCOLA DE DIREITO

27 DEZEMBRO 2011

AS NORMAS CFC NO CIRC E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO COMUNITÁRIO
O NOVO ARTIGO 66º.CIRC APROVADO PELA LEI DO OE 2012

ÍNDICE

I – As NORMAS CFC

A) – INTRODUÇÃO

B) – AS NORMAS ANTI-ABUSO DAS *CONTROLLED FOREIGN COMPANIES*

1.- ASPECTOS GERAIS

2.- PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

2.1.- O REQUISITO DO CONTROLO

2.2.- CLASSIFICAÇÃO COMO REGIME FISCAL PRIVILEGIADO

2.3.- A NATUREZA DOS RENDIMENTOS

3.- PERSPECTIVA HISTÓRICA

C) – O REGIME LEGAL DO ARTIGO 66º. DO CIRC

1.- SUJEITOS PASSIVOS

2.- QUALIFICAÇÃO DA SOCIEDADE NÃO RESIDENTE

3.- REGIME CLARAMENTE MAIS FAVORÁVEL

*3.1 - LISTA APROVADA PELA PORTARIA Nº.150/2004 E ALTERADA PELA PORTARIA
Nº.292/2011*

3.2 - IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO IDÊNTICO OU ANÁLOGO AO IRC

3.3 - IMPOSTO EFECTIVAMENTE PAGO

4. - O CONTROLO

5. - IMPUTAÇÃO

6. - DIVIDENDO PRESUMIDO OU TRANSPARÊNCIA FISCAL

7.- EXCLUSÕES

II – DIREITO COMUNITÁRIO

A) POLÍTICA FISCAL DA UE

B) - O ACÓRDÃO *CADBURY SCHWEPPE*S E O CONTROLO DAS NORMAS ANTI-ABUSO *CFC* PELO TJUE

C) – REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO *CADBURY SCHWEPPE*S

1.- ALEMANHA

1.1.- CONTROLO E DEFINIÇÃO DE REGIME FISCAL PRIVILEGIADO

1.2.- RENDIMENTOS SUJEITOS

*1.3.- EFEITOS DO ACÓRDÃO *CADBURY SCHWEPPE*S*

1.4.- PARTICULARIDADES

2.- REINO UNIDO

3.- ITÁLIA

4.- ESPANHA

5.- FRANÇA

D) - A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 66º. DO CIRC COM O DIREITO COMUNITÁRIO

1.- O REGIME LEGAL ACTUAL

2.- O NOVO ARTIGO 66º. APROVADO PELA LEI DO OE

2.1.- AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.2.- A INCOMPATIBILIDADE DO NOVO ARTIGO 66º. COM O DIREITO COMUNITÁRIO

2.2.1 O nº.12, AS ENTIDADES NÃO RESIDENTES ESTABELECIDAS NA UE OU EEE E O DIREITO COMUNITÁRIO

2.2.3.- O PRIMEIRO PRESSUPOSTO - DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS

2.2.3.1.- A ORIGEM DO CONCEITO

2.2.3.2.- SINDICABILIDADE

2.2.3.3.- A INVERSÃO DA LÓGICA DE APLICAÇÃO E DO ÔNUS DE PROVA

2.2.3.4.- CONCLUSÕES

2.2.4.- O SEGUNDO PRESSUPOSTO - DA NATUREZA DA ACTIVIDADE DESENVOLVIDA

I – AS NORMAS CFC

A) INTRODUÇÃO

A presumida solidez da realidade dos sistemas fiscais foi, pelo menos desde os anos 90, agitada por um fenómeno que lhe conferiu uma dimensão internacional, a globalização. Com ela intensificou-se a concorrência fiscal entre Estados. Enquanto uns, países emergentes e em vias de desenvolvimento, tentavam atrair capital e investimento, outros, países desenvolvidos e exportadores de capital, tentavam evitar a erosão da sua base tributária. É nesta verdadeira convulsão fiscal que se generalizam as normas anti-abuso das *Controlled Foreign Companies* (CFC) – sociedades não residentes controladas.

O que se duvida ser possível - mas provavelmente se impunha - era uma revolução dos sistemas fiscais que acompanhasse a evolução global do mundo, da economia e dos mercados. As normas anti-abuso do tipo CFC são mais uma forma de reacção dos sistemas fiscais do que propriamente uma resolução definitiva por antecipação. A obsolescência dos sistemas fiscais reclama uma alteração que apenas era possível se acontecesse à escala global, mas que não é praticável, assim como também não o é uma alteração realizada de forma isolada.

Numa era em que os Estados são cada vez mais pesados e por isso mais onerosos, a luta contra a erosão das bases tributárias é uma imposição, sob pena da sua falência tal como hoje os conhecemos.

A União Europeia, com o sonho do Mercado Único Europeu, levantou novos obstáculos a esta luta esfomeada dos Estados pela conservação das suas bases tributárias. A

verdade, contudo, é que não se vislumbra um mercado único em que existam barreiras tão fortes à livre circulação como são as barreiras fiscais com o peso que se lhes reconhece.

Na União Europeia o problema tem especial pertinência em face da concorrência fiscal entre os Estados-Membros, que tem encontrado protecção na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Este facto tem contribuído para que o problema da erosão das bases tributárias se sinta de forma particularmente mais acentuada no seio da União Europeia, não obstante a resistência dos Estados em compatibilizar os regimes fiscais internos com as normas comunitárias.

A legislação das *Controlled Foreign Companies* são um remédio anglo-saxónico. Na Europa, cujos sistemas fiscais assentam em princípios que não são os daqueles tipos de legislação, os problemas de compatibilidade levantam-se não apenas com o Direito Comunitário mas, também, com os próprios sistemas jurídicos nacionais.

B) AS NORMAS ANTI-ABUSO DAS *CONTROLLED FOREIGN COMPANIES*

1.- ASPECTOS GERAIS

As normas CFC - *Subpart F rules*¹ - estabelecem a imputação aos sócios residentes dos rendimentos auferidos pelas sociedades não residentes – sociedades-base - por eles controladas e sujeitas a um regime fiscal privilegiado. São normas anti-abuso – *anti tax heaven measures* – que pretendem evitar situações de acumulação, por residentes, de

¹ Assim designadas por referência à *Subpart F*, correspondente às *Sections 951 a 964* do *Internal Revenue Code* dos Estados Unidos, país pioneiro na criação deste tipo de legislação. - cfr. RUI DUARTE MORAIS – *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado: Controlled Foreign Companies: O art.º 60.º do C.I.R.C.*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, páginas 271 a 273

resultados em sociedade por eles controladas, situadas em territórios que lhes concedem um regime fiscal privilegiado, com o único intuito de diferir - *tax deferral* – ou eliminar a tributação no país de residência dos sócios.

O problema das sociedades controladas não residentes resulta da sua utilização como sociedades-base com a finalidade de aí concentrar rendimentos, tendo em vista o diferimento ou não pagamento de impostos nos países de residência dos sócios. As normas *CFC* visam atacar este fenómeno, que é responsável pelo esvaziamento das bases tributárias dos Estados dos sócios.

Nos últimos anos, contudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu algumas decisões que expõem a incompatibilidade das normas *CFC* com as liberdades fundamentais. Em especial, a decisão proferida no caso *Cadbury Schweppes*² - que se debruça especificamente sobre as normas *CFC* do Reino Unido - criou aos ordenamentos fiscais nacionais um problema acrescido que, não obstante algumas particularidades próprias de cada um deles, é comum a todos. Tal problema prende-se com a incompatibilidade de tais normas com o Direito Comunitário.

2.- PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A principal função das normas *CFC* é evitar o diferimento ou eliminação da tributação dos residentes, conseguido pelo desvio de rendimentos que, em princípio, seriam sujeitos a tributação nesse país de residência, para sociedades por elas controladas em países de baixa ou nula tributação. Os pressupostos de que depende a aplicação das normas *CFC* são normalmente o controlo da entidade não residente pela sociedade residente, o nível efectivo de tributação da entidade não residente, a actividade por esta desenvolvida e o tipo

2 Processo C-194/04 de 12.09.2006

de rendimentos que daí resultam.³

2.1.- O REQUISITO DO CONTROLO

Para que seja possível utilizar uma sociedade-base para diferir ou evitar a tributação de certos rendimentos que, sem essa sociedade, seriam tributados na sociedade residente, tem que existir a possibilidade de a controlar. Daí que muitos regimes imponham, para aplicação das normas CFC, o requisito de controlo dessas sociedades base. Como nem sempre o controlo de uma sociedade-base residente num regime fiscal privilegiado é directo, podendo ser repartido com outras sociedades do grupo ou, conseguido por via indirecta, através de outras sociedades situadas em países terceiros, a maior parte das legislações prevê várias formas possíveis de controlo através de regras mais ou menos complexas, as quais contribuem também para a complexidade final do próprio regime legal.

2.2.- CLASSIFICAÇÃO COMO REGIME FISCAL PRIVILEGIADO

O nível de tributação a que está sujeita a sociedade-base controlada é também um pressuposto fundamental do regime. Se a intenção da norma anti-abuso é impedir que se evite ou difira a tributação, apenas faz sentido a sua aplicação no caso da existência de uma vantagem real, o que não acontece se a sociedade-base for tributada no seu estado de residência sensivelmente à mesma taxa a que está sujeita a sociedade controladora.

A identificação dos regimes de tributação privilegiados pode ser feita de várias formas, que podem coexistir entre si e ser combinadas, contribuindo também por esta via para a complexidade deste tipo de normas.

³ Vd. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – COM(2007) 785 final*

Aquela que é talvez a de mais fácil aplicação é o sistema de listas. Estas listas podem identificar países com regimes de tributação privilegiados - paraísos fiscais – denominando-se de *listas negras*, identificar países com níveis de tributação normais, denominadas *listas brancas* ou identificar países com níveis de tributação normal mas com regimes especiais de tributação para certos tipos de sociedades, a que se circunscreve a aplicação da norma *CFC*, denominadas *listas cinzentas*.

A definição dos regimes fiscais privilegiados pode ainda ser realizada por via da comparação das taxas de tributação, nominais ou efectivas, das jurisdições em que as sociedades controladas estão situadas com o nível de tributação do país dos sócios. Esta solução, embora mais justa, impõe às administrações fiscais um permanente, difícil e dispendioso trabalho de actualização, com abrangência mundial, que, sem o auxílio de um sistema de lista ainda que meramente indicativo e orientador⁴, pode tornar ineficaz a aplicação das normas *CFC*.

2.3.- A NATUREZA DOS RENDIMENTOS

Alguns sistemas apenas sujeitam à aplicação deste tipo de normas determinado tipo de rendimentos, normalmente os rendimentos ditos passivos, tais com dividendos, juros, *royalties*, rendimentos de capital, rendas, etc.⁵ Este tipo de rendimentos, ao contrário dos rendimentos provenientes de actividades comerciais e industriais, são mais facilmente imputáveis às sociedades não residentes controladas. Os rendimentos sujeitos a imputação são normalmente designados de *tainted income*.

4 Este é apontado como o sistema preferencial, em que as listas teriam apenas um efeito meramente orientador, podendo em alguns casos constituir presunção de que determinado país tem um sistema privilegiado de tributação, mas admitindo sempre prova em contrário. Vd. Guglielmo Maisto and Pasquale Pistone – *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of the Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part I* – European Taxation – Outubro 2008 – págs. 503 e ss.

5 No que se designa como *transactional approach*

3.- PERSPECTIVA HISTÓRICA

Nem todos os países têm normas anti-abuso que visem combater a utilização de sociedades controladas não residentes para diferir ou eliminar a tributação. As motivações divergem de país para país e podem justificar-se pelas mais variadas razões, desde a pretensão de atrair capitais estrangeiros até à desnecessidade, justificada pelas baixas taxas de imposto.

As normas CFC tiveram origem nos Estados Unidos⁶, em 1961, quando o Presidente Kennedy pretendeu impedir o diferimento da tributação dos rendimentos obtidos pelas sociedades não residentes controladas por sociedades residentes, cujos rendimentos apenas eram tributados aquando da distribuição dos lucros ou ganhos obtidos com a venda das participações sociais das sociedades controladas. Pretendeu, no entanto, excluir a tributação de certo tipo de actividades realizadas em países em desenvolvimento, à excepção daqueles com regimes de tributação nula ou quase nula. A lei veio finalmente a ser aprovada em 1962, aplicando-se apenas a determinados tipos de rendimentos, os de natureza passiva.

A implementação deste tipo de medidas anti-elisivas difundiu-se no final da segunda metade do século passado pelo que, actualmente, a maioria dos países da OCDE, até por recomendação desta, têm normas para combater este fenómeno.

Na Alemanha as normas anti-abuso tipo *CFC*, inspiradas na legislação americana, foram adoptadas em 1972. Mais tarde, em 1980, chegaram a França, a que se seguiu o

⁶ Justificadamente, por ser o maior país exportador de capital

Reino Unido⁷, a Suécia⁸, Dinamarca, Finlândia, Portugal, Espanha⁹ e mais tarde a Estónia e a Itália, em 2000.¹⁰

Na Europa, países como a Irlanda ou a Suíça não têm regras que visem prevenir o diferimento da tributação dos lucros obtidos por subsidiárias ou outras entidades não residentes detidas por residentes. No caso da Suíça, os motivos assentam nas relativamente baixas taxas de imposto, que funcionam como desincentivo à deslocalização dos rendimentos. Contudo, mesmo na ausência de norma específica, existem algumas decisões judiciais que, com recurso às regras gerais do direito, decidiram pela tributação de rendimentos de capital de sociedade detidas por outras residentes neste País. Já na Irlanda, a inexistência deste tipo de normas anti-abuso justifica-se por opção política, beneficiando assim de forte investimento estrangeiro, pois alguns grupos societários que optaram por aí instalar sociedades com vista a beneficiar das baixas taxas de imposto e dos regimes especiais de tributação, em especial do *Internacional Financial Services Center*. O caso *Cadbury Schweppes* resulta exactamente da existência de duas sociedades residentes na Irlanda, detidas por uma sociedade residente no Reino Unido, que beneficiam daquele regime especial de tributação.

O país com as mais pesadas e complexas normas *CFC* é o EUA, onde a exclusão de aplicação do regime das *CFC* apenas é possível mediante a demonstração que a sociedade não residente detida e controlada por residentes é tributada a taxa de imposto superior a 90% daquela que está em vigor nos EUA - que é de 35%.

Países como a Bélgica e a Holanda, não tendo propriamente normas anti-abuso *CFC*,

7 Em 1984

8 Em 1990

9 Todos em 1995

10 Renata Fontana – *The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1 – European Taxation* – Junho 2006 – págs. 259 e ss.

têm outras normas que podem operar como tal, admitindo-se, em determinadas circunstâncias, a tributação de rendimentos não distribuídos por subsidiárias não residentes detidas por residentes.¹¹

Temos, por fim, Países com legislações tipo *CFC* semelhantes - e, pelo menos inicialmente, inspiradas - ao regime vigente nos EUA, como é o caso de muito países europeus, entre os quais se conta Portugal. Cada um destes regimes tem, no entanto, particularidades próprias que os distinguem, as quais se justificam quer por necessidade de adaptação a diferentes sistemas jurídicos, quer em face de evoluções decorrentes do efeito reactivo a formas de planeamento cada vez mais complexas. Mais recentemente, parece existir uma tendência para uma uniformização informal dos vários regimes legais europeus, a que não são estranhas as consequência das mais recentes decisões do TJUE.

Em Portugal, as normas *CFC* foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º.37/95, de 14 de Fevereiro, com o objectivo de combater a fraude e evasão fiscal de dimensão transnacional, fruto da crescente internacionalização, da maior mobilidade de pessoas e capitais, tudo consequência da globalização. Presumindo-se o carácter instrumental das sociedades controladas sujeitas a regimes privilegiados de tributação, imputam-se aos sócios, independentemente de distribuição, a parte do lucro, após impostos, na proporção da participação detida.

Alguns países, como os Estados Unidos, optaram por tributar os sócios residentes pelos lucros das entidades controladas atendendo quase em exclusivo ao tipo actividade a que estes se dedicam e aos rendimentos que daí resultam – normalmente, actividades que proporcionam rendimentos passivos - *transaction or nature of income approach* -

11 Guglielmo Maisto and Pasquale Pistone - *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1* – European Taxation – Outubro 2008 e *Tax Management International Forum Discusses the Current Taxation of Income Under Controlled Foreign Corporation Regimes* – by Nicholas C. Webb, Esq. - Tax Management International Journal 40 – 12/08/2011 – 458

independentemente do local em que estas se situem e do respectivo nível de tributação – *global approach*. Por oposição, temos regimes que se focam na natureza da sociedade não residente controlada e no nível de tributação a que está sujeita - *entity approach*. Uma vez identificada a sociedade, o regime CFC aplica-se a todos os rendimentos daquela sociedade, passivos ou de outra natureza - *jurisdictional approach*. É o caso, por exemplo, do Reino Unido.

A dificuldade em alcançar os objectivos¹² almejados levou, no entanto, os estados a combinar estas várias abordagens, razão pela qual é hoje difícil encontrar um modelo puro de um ou outro sistema.¹³ Esta mistura, com as inúmeras excepções de aplicação do regime que dela resultam, são uma das razões da complexidade do sistema.

Em Portugal encontramos um sistema misto¹⁴. Se, por um lado, o legislador se preocupa predominantemente com os rendimentos passivos¹⁵ - o que é, pelo menos em parte, próprio do sistema *transactional approach* – também é certo que, pelo menos inicialmente, o legislador terá partido de uma opção mais próxima da *jurisdiction approach*, colocando a tónica na questão da baixa ou nula tributação dos países onde se encontram sedeadas as sociedades-base, o que se infere desde logo pela preocupação, patente no

12 Que resulta evidente nas alterações sucessivamente promovidas pelo legislador quanto ao que se entende por *regime claramente mais favorável*, conforme refere, criticando o carácter redundante daquela classificação, RICARDO BORGES – *National Report Portugal in CFC Legislation, Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Laws*, página 535. De resto, essas sucessivas alterações avulsas têm como consequência alguma incerteza jurídica patente na doutrina, em especial pela interpretação que delas extrai MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Algumas Notas in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Luís Saldanha Sanches*

13 ASSIM, RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 341 e ALBERTO XAVIER – *Direito Internacional Tributário – Almedina – 2ª edição actualizada – página 413*

14 “Diremos que o sistema português assenta num misto de um *designated jurisdiction method* e de um *entity approach*, muito embora este seja caracterizado pela consideração da natureza passiva da maioria dos rendimentos da sociedade controlada.” - RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 342 – nota 770

15 Vd. n.º.4 do artigo 66º. CIRC

preâmbulo do Decreto-Lei n.º.37/95, com essas jurisdições - “*Por outro lado, tomam-se duas medidas anti-abuso com vista a contrariar a deslocalização de rendimentos para territórios que lhes assegurem um regime fiscal privilegiado*”.

C) – O REGIME LEGAL DO ARTIGO 66.º DO CIRC

1.- SUJEITOS PASSIVOS

Actualmente, o artigo 66.º do CIRC¹⁶ prevê a imputação “...aos sócios residentes em território português, na proporção da sua participação social e independentemente de distribuição, dos lucros obtidos por sociedades residentes fora desse território e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável...”.

Imputam-se aos sócios residentes os lucros obtidos por sociedades não residentes que, no local onde se encontrem sedeadas, estejam sujeitas a um *regime claramente mais favorável*. O regime da imputação prevista no artigo 66.º aplica-se quer a pessoas colectivas quer a pessoas singulares. Quanto a estas, as respectivas importâncias integram-se como rendimento da categoria B ou E, consoante a participação social esteja ou não afectada a uma actividade empresarial e profissional¹⁷. Ao referir-se a sócios residentes, o legislador parece pretender excluir os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes.¹⁸ Situando-se a fonte fora de Portugal, tal rendimento não é imputável ao estabelecimento estável, pelo que

16 Que inicialmente foi artigo 57.º-B e subsequentemente artigo 60.º do CIRC

17 Por referência ao n.º.3 do artigo 20.º do CIRS constitui rendimento dos sócios que sejam pessoas singulares o resultado da imputação efectuada nos termos e condições do artigo 60.º do Código do IRC, aplicando-se para o efeito, com as necessárias adaptações, o regime aí estabelecido.

18 Assim RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 282; FRANCISCO SOUSA CÂMARA E BERNARDO AYALA – *CFC Taxation – Fisco* 78-79, 1996 e RICARDO BORGES – *National Report* – página 531 – este último justificando a não inclusão consciente do legislador em virtude de daí poder resultar dupla tributação jurídica e económica.

não se verificam os pressupostos de incidência de IRC.¹⁹

2.- QUALIFICAÇÃO DA SOCIEDADE NÃO RESIDENTE

A doutrina fazia referência à dificuldade na qualificação das entidades não residentes, parecendo, no entanto, consensual que tal qualificação se faz por recurso à lei do país da respectiva sede ou administração²⁰. Certo parece ser que a referência literal a sociedades (não residentes) excluía os lucros obtidos por outras entidades²¹, ainda que tal resulte contrário às recomendações da OCDE quanto a esta matéria.

Esta questão parece ultrapassada pelas alterações que entrarão em vigor com a Lei que aprova o Orçamento de Estado para o ano de 2012.²²

3.- REGIME CLARAMENTE MAIS FAVORÁVEL

Nos termos do nº.3 do artigo 66º., considera-se *“que uma sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma*

19 Vd. Manuela Duro Teixeira – *A determinação do lucro tributável do estabelecimento estável não residente* – Almedina – página 82

20 RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, páginas 288 e 289 refere que *“a personalidade jurídica de um ente colectivo é uma criação, uma emanção, de um determinado ordenamento nacional. O ente é ou não uma pessoa colectiva e, dentro destas, uma sociedade, segunda a sua lei pessoal”*. Vd. também MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Algumas Notas in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Luís Saldanha Sanches*. Em opinião contrária RICARDO BORGES – *National Report ...*, página 532

21 Tais como fundações, consórcios, fundos de investimento, *joint-ventures*, *partnerships* e *trusts*.

22 Vd. infra Capítulo II – D) – 2.1.

constar da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças²³ ou quando aquela aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português.”

A nossa lei evoluiu de um conceito absoluto para um conceito relativo a que foi adicionado posteriormente um sistema de lista negra.²⁴ Actualmente o conceito de *regime fiscal claramente mais favorável* engloba três hipóteses:

3.1 - LISTA APROVADA PELA PORTARIA N.º.150/2004 E ALTERADA PELA PORTARIA N.º.292/2011²⁵

O sistema de listas foi introduzido no nosso ordenamento *à posteriori*. Esta lista tem por base os países referenciados pela OCDE como países de tributação privilegiada.²⁶

Muito recentemente foi republicada a lista de paraísos fiscais, substituindo-se a Portaria n.º.150/2004, de 13 de Fevereiro, pela Portaria n.º.292/2011, de 08 de Novembro²⁷. As duas únicas alterações consistiram na eliminação do Chipre e do Luxemburgo da lista dos países com regimes fiscais claramente mais favoráveis.

Qualquer sociedade residente num país ou território que integre a lista aprovada pela Portaria é considerada como estando sujeita a um *regime fiscal claramente mais favorável*.

²³ Vd. Portaria n.º.150/2004, de 13 de Fevereiro e desde 8 de Novembro de 2011, portaria n.º.292/2011, de 8/11

²⁴ RICARDO BORGES – *National Report* – página 535

²⁵ Vd. Título II – D) 3. – Foi recentemente publicada nova lista da qual resultou a eliminação do Chipre e Luxemburgo

²⁶ RICARDO BORGES – *National Report* – página 534 e 535

²⁷ O tratamento mais desfavorável que resultava da inclusão de países Estados-Membros da UE nesta lista era já publicamente reconhecido, aceitando-se que daí resultava a incompatibilidade dessa solução com as normas de Direito Comunitário – vd. *Relatório do grupo para o estudo de política fiscal, competitividade, eficiência e justiça do sistema fiscal* da Secretaria de Estados dos Assuntos Fiscais do Ministério das Finanças e da Administração Pública, de 03/10/2009, págs. 312 e ss

Levanta-se a dúvida sobre se a classificação de um território como tendo um regime fiscal mais favorável é ou não impugnável pelo contribuinte. A questão parece centrar-se em saber se estamos ou não perante uma presunção, que, a sê-lo, admitiria forçosamente prova em contrário nos termos do artigo 73º. da LGT.²⁸ Se não se entender tratar-se de uma presunção, fica a interrogação de qual a natureza deste tipo de listas.

Alguns dos mais autorizados autores europeus apontam para a natureza meramente interpretativa de tais listas, o que nos parece ser o entendimento correcto²⁹. Nessa perspectiva, através de tais listas estabelecer-se-ia a presunção de que os países nela incluídos constituem regimes fiscais claramente mais favoráveis. Tal presunção admitiria, contudo, prova em contrário. Aqueles que se afastam deste entendimento revelam alguma dificuldade em enquadrar este tipo de listas, definir os seu valor jurídico e assim determinar a conformidade das mesmas com a ordem jurídica.

A teologia da norma é clara: visa evitar o diferimento ou eliminação da tributação de determinado tipo de rendimentos pelo recurso a sociedades estabelecidas em países de baixa ou nula tributação. Pressupondo que o legislador consagrou a solução que melhor alcança tal desiderato, seria inconcebível que pretendesse tributar sociedades estabelecidas em países que não cumprem o requisito do baixo nível de tributação, ainda que constem das referidas listas.³⁰

28 Vd. RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 350, MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Algumas Notas in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Luís Saldanha Sanches*. No sentido de estarmos perante uma presunção ilidível mediante demonstração de que as jurisdições constantes da portaria não preenchem qualquer dos demais requisitos da norma RICARDO BORGES – *National Report* – página 535

29 Vd. Guglielmo Maisto and Pasquale Pistone - *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1* – European Taxation – October 2008

30 Ainda para mais por via de uma mera portaria.

Parece, por isso, que a conclusão que se impõe é de que estas listas têm um efeito meramente indicativo, estabelecendo, no máximo, uma presunção que, forçosamente, admite a demonstração contrária, que um determinado país que conste da lista negra não tem um baixo nível de tributação. O critério para aferir o nível de tributação parece ser o que resulta dos pressupostos que estabelecem comparação relativa a realizar entre o nível de tributação dos vários Estados.

O nosso sistema de lista levantava ainda um problema de incompatibilidade desta norma com o Direito Comunitário, pelo menos quanto às sociedades não residentes situadas em países que constem da Portaria e sejam Estados-Membros da União Europeia, tais como o Chipre e o Luxemburgo.³¹ Questão esta que parece hoje ultrapassada, pelo menos quanto à classificação por recurso a lista negra, em face da aprovação de uma nova portaria.

A questão de se tratar ou não de presunção e como tal necessariamente sindicável e ilidível mantém, mesmo assim, actualidade, deixando apenas de ser tratada ao nível das normas comunitárias.

3.2 - IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO IDÊNTICO OU ANÁLOGO AO IRC

Considera-se ainda que uma sociedade está sujeita a um *regime fiscal claramente mais favorável* quando no território de residência “*não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC.*”

A doutrina parece unânime na crítica à formulação legal. O texto, utilizando um conceito indeterminado, presta-se a interpretações pouco unívocas, que podem ser motivo de forte conflitualidade entre os contribuintes e a AT. Acresce, ainda, o facto de se poderem atingir semelhantes níveis de tributação através de opções legislativas que tenham por base

31 Embora este apenas quanto às *holdings de 1929*

formas jurídicas diversas do IRC.³² A referência a “*imposto sobre o rendimento*” indicia que o legislador pretendeu excluir outros tipos de impostos ou taxas comuns em países com regimes de tributação privilegiada.³³

3.3 - IMPOSTO EFECTIVAMENTE PAGO

Por fim, deve considerar-se existir um *regime fiscal claramente mais favorável* quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português. A comparação deve efectuar-se ao nível da colecta e não das taxas, o que se faz calculando o imposto que a sociedade não residente em questão pagaria se estivesse sedeadada em Portugal, tendo por base o seu resultado contabilístico, efectuando as correcções previstas no código do IRC e aplicando a este valor as taxas deste imposto. Obteremos assim o valor a comparar com o imposto efectivamente pago no país de sede da sociedade.³⁴ Como se vê, o caminho é tortuoso e nem sempre o sócio – menos ainda a administração fiscal – disporão dos elementos necessários para efectuar tal cálculo.

Coloca-se mais uma dificuldade de interpretação da norma. Alguns autores referem o carácter subsidiário das várias hipóteses previstas no n.º.3 do artigo 66.º. do CIRC. Assim a existência de um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC determinaria que o regime não pudesse ser considerado como *claramente mais favorável*, sendo irrelevante se o mesmo fosse ou não inferior a 60% do que seria devido se a sociedade fosse residente em território português.³⁵

32 RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 356 e MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros...*

33 Neste sentido RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 357

34 RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 352 e 353

35 Neste sentido, defendendo que um imposto idêntico ou análogo ao IRC não pode coabitar com a consideração de que tal regime fiscal é claramente mais favorável, MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros...* Em sentido

Parece, no entanto, que a melhor interpretação passará por entender tais hipóteses como alternativas, em termos tais que verificando-se qualquer delas sempre se deverá considerar existir um regime fiscal claramente mais favorável.

A previsão legal é infeliz. O legislador, com medo de falhar o alvo e tentando prever todas as hipóteses, foi alterando e acrescentando a formulação legal, o que conduziu a uma norma cuja clareza é no mínimo discutível, o que contribui decisivamente para a incerteza e insegurança jurídicas. Acresce que tanto o sistema da lista³⁶ como a formulação dos conceitos relativos acabam por levar à inclusão de Estados-Membros da União Europeia, o que constitui uma prática discriminatória. Tal coloca a questão da parametricidade de tais normas com as normas de Direito Comunitário Primário.³⁷

4.- O CONTROLO

A imputação dependerá de “...que o sócio detenha, directa ou indirectamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso de a sociedade não residente ser detida, directa ou indirectamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social de, pelo menos, 10%.”

A imputação apenas está prevista para os sócios que detenham, directa ou directamente, uma participação social de 25%, baixando esse requisito para 10% quando a sociedade for detida, em mais de 50%, por residentes. Pelo que mesmo que a sociedade não residente seja controlada em mais de 50% por residentes, se cada um deles detiver uma participação inferior a 10%, não se aplica o regime de imputação. De acordo com a lei, para

contrário RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 356, nota 806

36 Com a entrada em vigor

37 Tal como de resto acontece noutros países e analisaremos adiante

o cálculo das participações detidas contam tanto as participações directas como indirectas

Alguns sistemas apenas determinam a obrigação de imputação quando existe controlo³⁸. O nosso regime basta-se com o interesse relevante, ou seja, uma participação social significativa³⁹. Esta particularidade marca uma diferença assinalável com outros sistemas fiscais europeus. A norma anti-abuso apenas fará sentido para evitar abusos. Deter 25% das participações sociais de uma sociedade não é, na maior parte das situações, suficiente para a controlar ou, sequer, para influenciar decisões. Tal só acontece em sociedades de grande dimensão, com capital muito disperso, por norma cotadas em bolsa.

A pensar especificamente nesses casos, outros ordenamentos optaram por excluir o requisito do controlo sobre certos tipos de sociedades, normalmente, as cotadas em mercados oficiais.

O novo regime legal do artigo 66º. do CIRC, aprovado pela Lei do Orçamento de Estado de 2012, prevê ainda o regime de controlo mesmo quando exercido por mandatário, fiduciário ou interposta pessoa.

5.- IMPUTAÇÃO

A imputação “...é feita na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da sociedade não residente”⁴⁰

“E corresponde ao lucro obtido por esta, depois de deduzido o imposto sobre o

38 Quando o sócio residente detém mais de 50% da sociedade.

39 JOÃO SÉRGIO RIBEIRO – *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável* – Almedina, página 405 e 406

40 N.º2 do artigo 66º. CIRC

*rendimento incidente sobre esses lucros, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa sociedade.*⁴¹

A imputação é feita na proporção das participações sociais. No caso de o sócio residente se encontrar abrangido por um regime especial de tributação (por ex. regime de isenção de IRC), a imputação é efectuada directamente às primeiras entidades, residentes em Portugal, que se encontrarem na cadeia de participações que estão sujeitas ao regime geral de tributação.⁴²

6. - DIVIDENDO PRESUMIDO OU TRANSPARÊNCIA FISCAL

Um das questões mais fracturantes na doutrina é o da caracterização do regime previsto no artigo 66º. do CIRC como sendo de transparência fiscal, de tributação do rendimento presumido ou ainda - como parece resultar maior rigoroso - nenhum dos dois.

A transparência fiscal enquadra-se, segundo a doutrina, no âmbito das ficções legais.⁴³ As ficções resultam de criações do legislador, que prescindindo da verdade real, aceita a discrepância entre esta e a ficção. São uma verdade meramente legal, que não admite prova em contrário.⁴⁴

Já as presunções são um mecanismo legal para, a partir de um facto conhecido,

41 N.º2 do artigo 66º. CIRC

42 Correspondente ao n.º8 do artigo 66º. CIRC, introduzido à posteriori tendo em atenção o caso específico do CIN da Madeira como nos dão nota RICARDO BORGES – *National Report* – página 537 e MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação...*

43 Neste sentido RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 259

44 Neste sentido RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 258 e JOÃO SÉRGIO RIBEIRO – *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável* – Almedina, página 408.

afirmar um facto desconhecido – o facto presumido – e constituem essencialmente instrumento de prova, admitindo sempre prova em contrário.⁴⁵ Esta é talvez a principal razão⁴⁶ pela qual alguns autores entendem que a imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime claramente mais favorável se afasta da concepção de imputação de um rendimento presumido.⁴⁷

Contudo, a concepção de transparência fiscal também não é isenta de críticas. A verdadeira transparência fiscal pressupõe a ficção de que inexistente a sociedade-base. Mas, a ser assim, deveria imputar-se aos sócios não os lucros da sociedade base após impostos – como de facto acontece - mas a matéria tributável daquela sociedade. Por outro lado, normalmente a sociedade-base exerce a sua actividade em países terceiros⁴⁸, onde poderão ter ocorrido retenções na fonte sobre os rendimentos aí gerados. Considerando que o rendimento é do próprio sócio residente e não da sociedade-base⁴⁹, estaremos perante uma situação de dupla tributação jurídica internacional na perspectiva do Estado de residência do sócio da sociedade-base.⁵⁰

Assim, atendendo até às recomendações da OCDE quanto a esta matéria⁵¹, o estado

45 RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 264, MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação... e* JOÃO SÉRGIO RIBEIRO – *Tributação Presuntiva do Rendimento* 408.

46 JOÃO SÉRGIO RIBEIRO – *Tributação Presuntiva do Rendimento...* página 408, refere ainda que na tributação presuntiva do rendimento está em causa a determinação do próprio rendimento. Enquanto que nas CFC não está em causa a fixação do rendimento, mas sim se tal rendimento deve ou não ser tributado na esfera daquele contribuinte.

47 À excepção de RICARDO BORGES – *National Report...*, página 535 que entende existir uma presunção que admite mesmo poder ser ilidida. Mais referências a Autores que defendem esta posição em MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação...*, nota 103

48 Estado da fonte

49 Como seria resultado da concepção de transparência fiscal

50 Pois que, para o Estado de residência do sócio, em face da inexistência ficcionada da sociedade-base, é o mesmo o sujeito que suporta quer a retenção na fonte, quer da tributação dos rendimentos daquela. Para o Estado da fonte, inexistindo aquela ficção, tal problema, em rigor, não se deve colocar.

51 Como se pode ver em RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 447 – a OCDE recomenda um verdadeira

de residência do sócio da sociedade-base deveria também admitir a dedução dos impostos suportados no Estado da fonte, o que não acontece.⁵²

O nosso legislador optou por um sistema híbrido, que se aproxima da transparência fiscal na medida em que não considera a sociedade não residente como sendo a titular dos rendimentos, mas sim o próprio sócio. E que se afasta desta concepção quando reconhece que aquela sociedade suportou um imposto sobre esses rendimentos, admitindo a sua dedução à matéria tributável do sócio residente.⁵³ Note-se, por fim, que, a situação se altera no momento da efectiva distribuição dos dividendos. O legislador parece, então, recuar e considerar a sociedade como titular dos rendimentos que distribuiu⁵⁴.

7.- EXCLUSÕES

Prevê-se a exclusão da aplicação da norma anti-abuso quanto às sociedades controladas não residentes cujos rendimentos tenham natureza de rendimento activos e cuja actividade esteja especialmente direccionada para o seu país de residência, contando que não se tratem de sociedades que se dediquem à actividade seguradora, bancária e de crédito. Introduziu-se aqui um elemento típico da *transactional or nature of income approach*, restringindo a aplicação deste regime às entidades que exerçam, predominantemente, actividades geradoras de rendimentos passivos.

transparência fiscal, em que tudo se passasse como se a sociedade-base não existisse.

52 Neste sentido RUI DUARTE MORAIS – *Imputação...*, página 447 e ss.

53 Em rigor deveríamos estar perante um crédito de imposto.

54 O resulta do nº.5 do artigo 66º. do CIRC

II – Direito Comunitário

A) – POLÍTICA FISCAL DA UE

Dada a crescente harmonização das matérias relacionadas com a fiscalidade indirecta, a tributação directa é hoje a via que resta aos Estados-Membros para implementarem as suas políticas. A política da União Europeia quanto aos impostos directos passa por não interferir nas taxas de imposto - que não foram, por isso, objecto de harmonização – as quais podem ser livremente definidas pelos Estados-Membros.

No entanto, tal liberdade pode ter como consequência situações de concorrência fiscal prejudicial, o que leva os Estados a adoptarem normas anti-abuso, tendo em vista evitar a perda de receitas fiscais em resultado da deslocalização de rendimentos para países com taxas de imposto mais atractivas.

As normas anti-abuso específicas são assim criações dos ordenamentos fiscais nacionais concebidas para combater a fraude e evasão às respectivas legislações fiscais. Podem, contudo, constituir uma restrição não justificada às liberdades fundamentais e revelar-se incompatíveis com essas normas de Direito Comunitário Primário. E mesmo que justificadas, poderão não ser adequadas, necessárias ou proporcionais.

Em Portugal o regime do artigo 66º. do CIRC - em especial do nº.3 do qual resulta a densificação do conceito de *regime fiscal claramente mais favorável* - atinge directamente alguns Estados-membros da União Europeia. O problema é que à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, essas normas são incompatíveis com as liberdades fundamentais estabelecidas no Tratado.

B) - O ACÓRDÃO *CADBURY SCHWEPPEES* E O CONTROLO DAS NORMAS ANTI-ABUSO *CFC* PELO TJUE

A primeira vez que o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se especificamente sobre a compatibilidade de normas anti-abuso *CFC* com o Direito Comunitário ocorreu no acórdão *Cadbury Schweppes*⁵⁵. Já antes desta decisão a discussão era intensa e existiam sérias dúvidas sobre a compatibilidade deste tipo de normas com o Direito Comunitário⁵⁶.

Em *Cadbury Schweppes* existia uma sociedade residente no Reino Unido que era a empresa mãe do grupo, a qual era sócia de duas outras sociedades, por si controladas, cuja função consistia, na prática, em financiar as restantes empresas do grupo. Estas duas sociedades encontravam-se sedeadas no *International Financial Services Center*, na Irlanda, onde beneficiavam de uma taxa especial de imposto de 10%. A norma tipo *CFC* do Reino Unido era, no que ao caso importa, muito semelhante ao artigo 66º. do CIRC. A sociedade residente que controlasse uma subsidiária não residente que fosse considerada, pela legislação do Reino Unido, como estando sujeita a um regime fiscal privilegiado⁵⁷, seria tributada pelos lucros da sua subsidiária, independentemente de distribuição, com direito a crédito do imposto pago pela sociedade não residente nesse outro estado.

55 Processo C-194/04, Acórdão de 12 de Setembro de 2006

56 Antecipando aquela que viria a ser a decisão do Tribunal de Justiça já alguns autores apontavam o caminho. Vd. entre mais Renta Fontana in *The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – European Taxation* June 2006, págs. 259 e ss. e Saldanha Sanches in *Os Limites do Planeamento Fiscal*, págs. 443-446 “A decisão do referido caso *Cadbury Schweppes* constitui uma das mais difíceis que já teve que tomar o TJCE. O Tribunal tem de ter a consciência que uma decisão que inutilize o essencial das normas *CFC* constitui o fim do imposto sobre as sociedades na Europa. Mas não se vê como se pode compatibilizar a liberdade de estabelecimento com estas normas, nem a competição fiscal quanto às taxas de imposto sobre as sociedades com a aplicação do princípio da liberdade de estabelecimento.”

57 No caso menos de ¾ do valor de imposto que seria devido se tal sociedade fosse residente no Reino Unido.

O raciocínio habitual do Tribunal de Justiça para aferir da compatibilidade de uma norma de direito de interno sobre fiscalidade directa com as normas de Direito Comunitário Primário assenta em quatro momentos: a esfera de protecção, aferição da ingerência à liberdade fundamental, causa de justificação legítima e controlo da proporcionalidade (entendida esta nas suas três dimensões da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁵⁸.

O Tribunal de Justiça entende que as regras anti-abuso são, pela sua própria natureza, restritivas ou discriminatórias.⁵⁹ Daqui decorre terem-se por verificados os dois pressupostos para o Tribunal se pronunciar: a esfera de protecção (correspondente à liberdade de estabelecimento) e a ingerência.

Neste caso, o Tribunal entendeu que a norma em questão criava uma distorção (discriminando residentes e não residentes). Quanto às filiais sedeadas noutra Estado-Membro – com tributação mais favorável - tributava todos os dividendos, mesmo os não distribuídos. Quanto às filiais residentes, só o fazia no momento da distribuição. Por outro lado, criava uma discriminação entre os residentes de diversos Estados-Membros, pois só tributava lucros não distribuídos de filiais residentes nos Estados-Membros considerados pela legislação nacional com tendo uma tributação mais favorável.

Na sua apreciação, o Tribunal de Justiça começou por afirmar que o facto de se pretender tirar partido de um sistema fiscal mais vantajoso em vigor num Estado-Membro

58 Cfr. João Félix Nogueira, *Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade – WoltersKluwer – Coimbra Editora, 2010*, páginas 205 e ss.

59 Vd. §43 a 46 do Acórdão *Cadbury Schweppes* e ainda ANA PAULA DOURADO – *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa - Wolters Kluwer/Ciimbra Editora, página 190*. A mesma autora refere que “*O teste do abuso conduzido pelo Tribunal de Justiça vem pôr em causa as cláusulas anti-abuso específicas tipificantes (i.e. Contendo presunções ilidíveis) adaptadas pelas Estados da OCDE na suas legislações fiscais, desde os anos setenta-oitenta. Enquanto a OCDE recomendou este tipo de cláusulas específicas anti-abuso...o Tribunal proíbe as presunções inilidíveis e exige a prova caso a caso.*” - página 163

diferente daquele em que reside não constitui abuso do direito comunitário.⁶⁰ O Tribunal identificou mesmo uma desvantagem fiscal resultante da aplicação das normas *CFC* às sociedades residentes que detêm uma filial noutro Estado-Membro, contrária ao exercício da Liberdade de Estabelecimento, por tal desvantagem poder dissuadir uma sociedade de aí constituir uma filial.⁶¹ Tal desvantagem consiste no pagamento antecipado do imposto sobre sociedades no Estado de residência da sociedade sujeita a esta norma.⁶²

O Tribunal entendeu ainda, que não podem existir presunções gerais de fraude, que justifiquem uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental, apenas pelo facto de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário noutro Estado-Membro.⁶³

As causas de justificação apontadas pelos Estados-Membros para esta compressão das liberdades fundamentais pelas normas tipo *CFC* – e geralmente aceites – são a luta contra a fraude e evasão fiscal.⁶⁴

O Tribunal de Justiça, de acordo com o que é hoje sua jurisprudência assente, reforçou a ideia de que *“para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistem em criar expedientes*

60 § 36 e 37 do Acórdão

61 § 45 e 46 do Acórdão

62 Deste facto poderiam resultar problemas de liquidez para a sociedade que controla a subsidiária não residente, por efeito da obrigatoriedade de pagamento de um imposto que incide sobre um rendimento de que ainda não dispõe. Neste sentido Gerard Meussen – *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States* – European Taxation – January 2007 – pag.15

63 § 50 do Acórdão

64 Também aqui foi o caso - *“O Governo do Reino Unido, apoiado pelos Governos Dinamarquês, Alemão, Francês, Português, Finlandês e sueco, alega que a legislação relativa às SEC pretende lutar contra uma forma especial de evasão fiscal...”* §48 do Acórdão *Cadbury Schweppes*

puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.”⁶⁵

Podemos assim concluir que a compressão das liberdades fundamentais, no que respeita à utilização por parte dos Estados-Membros de normas tipo *CFC*, é justificada por motivos de luta contra *expedientes puramente artificiais*, caso em que tal medida será também proporcional.

No controlo da proporcionalidade o Tribunal procurou verificar se a referida legislação era adequada e não ia além do necessário para atingir o objectivo de prevenir *expedientes puramente artificiais* que tenham o intuito de contornar a lei fiscal do estado de residência.⁶⁶

Para tanto, decompôs o conceito de *expediente puramente artificiais*, identificando dois elementos, que constituem pressupostos cumulativos para que se possa concluir pela existência de expedientes de tal natureza. Um elemento subjectivo - intenção de obter uma vantagem fiscal⁶⁷ - e um elemento objectivo - à constituição das sociedades deve corresponder uma realidade económica assente em elementos objectivos, comprováveis por terceiros, o que se infere pela implantação real com o objectivo de realizar actividades económicas efectivas no Estado-Membro de acolhimento.⁶⁸

Assim, a mera intenção de obter uma redução fiscal não basta para concluir pela existência de um *expediente puramente artificial* destinado unicamente a contornar o

65 §55 do cit. Acórdão

66 § 60 do Acórdão

67 § 64 do Acórdão

68 Assim § 65 e 66 do cit. Acórdão

imposto.⁶⁹ O que, de resto, o Tribunal já havia reconhecido, afirmando que o facto de se pretender tirar partido de um sistema fiscal mais vantajoso de outro Estado-Membro não constitui, por si só, uma forma de abuso. À verificação do elemento subjectivo deve acrescer a verificação de que se trata de um estabelecimento fictício, de fachada, tal como o é uma filial de implantação fictícia que não exerce qualquer actividade económica efectiva no território do Estado-Membro de acolhimento. Como exemplo concretizador do elemento objectivo do conceito de *expediente puramente artificial* o Tribunal indicou o que designou por uma *filial caixa de correio*.⁷⁰

Em comentário ao acórdão, alguns autores apontam para o especial significado que a expressão *puramente*⁷¹ pode ter na interpretação deste conceito. Apenas os expedientes artificiais que o sejam na totalidade permitem enquadrar determinada realidade no âmbito de aplicação das normas *CFC*. Qualquer forma de planeamento fiscal que não tenha exclusivamente por base esse tipo de expediente, ficará fora desse âmbito, podendo assim coexistir com estruturas que demonstrem, ainda que parcialmente, implantação efectiva.⁷²

A própria Comissão, numa comunicação que enviou ao Parlamento, ao Conselho e ao Comité Europeu Económico e Social admite que existem actividades que, pela sua própria natureza, não requerem significativa presença física, sem que daí resulte não serem implantações reais.⁷³ É claramente o caso das *holdings*, grande parte das quais criadas com manifestas intenções de poupança fiscal. A existência dessa intenção, aliada à existência de

69 § 63 do Acórdão

70 § 68 do Acórdão.

71 Palavra traduzida do Inglês *Wholly* e que em rigor se poderia traduzir por totalmente. Os dois conceitos, em português, não são absolutamente coincidentes e poderão existir particularidades muito relevantes, entre um e outro, na interpretação da decisão do Tribunal de Justiça.

72 Neste sentido Gerard Meussen – *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States* – European Taxation – January 2007 – pag.16

73 *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and The European Economic and Social Committee* – COM(2007) 785 final, página 4

uma estrutura que pela sua própria natureza tem uma existência real, ainda que reduzida⁷⁴, não permite a aplicação de normas anti-abuso *CFC*, sob pena de uma restrição à liberdade fundamental de estabelecimento. De facto, não sendo um expediente totalmente artificial, tal restrição seria desproporcionada por excessiva.

C) – REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO *CADBURY SCHWEPPEES*

A alteração das normas anti-abuso tipo *CFC*, tendo em vista torná-las compatíveis com o Direito Comunitário – em especial com a liberdade de Estabelecimento - tem sido, especialmente após o acórdão *Cadbury Schweppes*, um tema em destaque no âmbito da União Europeia.

Aquela decisão veio impor a necessidade de se alterarem as normas *CFC* no seio da União Europeia – no que Portugal foi talvez um dos últimos países a fazê-lo e acontecerá finalmente com a publicação da Lei para o Orçamento de Estado do ano de 2012.

Ainda assim, parece não ter sido aproveitado o ensejo para corrigir alguns erros em que incorreram outros Estados-membros, que, não obstante a celeridade com aprovaram alterações, acabaram por não afastar definitivamente a incompatibilidade daquelas normas com as Liberdades Fundamentais previstas no Tratado.

A discussão parece ainda agora ter começado, pois que, efectuadas as primeiras alterações legislativas de adequação das normas internas ao direito comunitário, continua a verificar-se alguma resistência em restringir o âmbito de aplicação daquelas normas às situações – restritas – admitidas pelo TJCE, assim subsistindo a questão da incompatibilidade dessas normas com as liberdades fundamentais.

74 E que se pode confundir com a inexistência de implantação genuína, sem que efectivamente assim seja.

Em Portugal parece existir a consciência da necessidade de harmonização deste tipo de normas com a legislação comunitária, sem que pareça, no entanto, existir vontade – ou pelo menos convicção – política para o fazer. O legislador vive num dilema tal como os restantes Estados-membros, resistindo à harmonização fiscal informal que se impõe neste âmbito. Ainda assim, aprovou recentemente alterações que entrarão em vigor em 2012, mas se sabem antecipadamente falhadas e cujo resultado será absolutamente estéril.⁷⁵

1.- ALEMANHA

Na sequência do Acórdão *Cadbury Schweppes* a Alemanha não demorou a alterar o seu regime legal aplicável às sociedades controladas sujeitas a um regime mais favorável, tendo em vista compatibilizá-lo com o Direito Comunitário. Foi com o Orçamento de Estado de 2008 que o regime fiscal Alemão passou a prever para os casos de subsidiárias residentes em países da União Europeia ou do Espaço Económica Europeu, a exclusão da aplicação da norma anti-abuso quando existe *actividade económica genuína* e efectivo intercâmbio de informação.

1.1.- CONTROLO E DEFINIÇÃO DE REGIME FISCAL PRIVILEGIADO

A aplicação do regime alemão depende da verificação do requisito de controlo e da existência de um regime fiscal privilegiado. A sua aplicação pressupõe que a sociedade residente detenha mais de 50% do capital da sociedade não residente e que os seus rendimentos passivos sejam tributados a uma taxa de imposto inferior a 25%; se mais de 10% dos rendimentos da sociedade não residente forem de natureza passiva, provenham de

75 Vd. Lei que aprova o Orçamento de Estado para o ano de 2012 em confronto com o *Relatório do grupo para o estudo de política fiscal, competitividade, eficiência e justiça do sistema fiscal* da Secretaria de Estados dos Assuntos Fiscais do Ministério das Finanças e da Administração Pública, de 03/10/2009, págs. 312

investimentos de capital, então o requisito de controlo baixa drasticamente para 1%; no caso de os seus rendimentos serem exclusivamente daquela natureza de rendimentos, então qualquer participação, mesmo que inferior a 1%, estará sujeita à norma *CFC*. Esta excepção ao requisito de controlo da subsidiária pelo contribuinte residente foi introduzida na Alemanha no início dos anos 90, visando combater a fuga de capitais que então se verificava e que resultava do facto de muitas sociedades alemãs terem adquirido participações em sociedade irlandesas de investimento, as quais beneficiavam de um regime fiscal privilegiado no *International Finance and Service Center*.⁷⁶

1.2.- RENDIMENTOS SUJEITOS

Apenas os rendimentos passivos são taxados, o que constitui uma opção pelo *transactional approach*. A definição do que são rendimentos passivos é feita *a contrario*, existindo uma lista que define o que são rendimentos activos e da qual constam 10 tipos de rendimento.

1.3.- EFEITOS DO ACÓRDÃO CADBURY SCHWEPPEES

A norma *CFC* alemã tem uma cláusula de salvaguarda que exclui a sua aplicação quanto a rendimentos provenientes de subsidiárias residentes num dos Estados-Membros da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que estas tenham uma *actividade económica genuína*⁷⁷ e exista efectiva troca de informações entre os Estados.

1.4.- PARTICULARIDADES

⁷⁶ Guglielmo Maisto and Pasquale Pistone - *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2* – European Taxation – November 2008 e Thomas Kollruss - *German CFC Legislation 2011: New Anti-Avoidance Provisions and Tax Planning Opportunities* – European Taxation – January 2011 – pags. 12 e ss.

⁷⁷ Nos mesmos termos que resultam do entendimento do Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*

Por a norma *CFC* alemã apenas ser aplicável aos rendimentos passivos de entidades estabelecidas⁷⁸ em países considerados como de baixa tributação⁷⁹, muitas sociedades alemãs recorriam a modelos de planeamento fiscal baseados em sociedades sedeadas em Malta, o que lhes garantia estarem essas sociedades excluídas do âmbito de aplicação da norma anti-abuso⁸⁰.

Este esquema de planeamento fiscal perdeu parte da sua eficácia em face da alteração legislativa promovida no ano de 2011, passando a considerar-se também, para efeitos do cálculo da taxa efectiva de imposto da entidade não residente, o reembolso ou crédito de imposto concedido ao sócio detentor desta - ou seja, as sociedades residentes em Malta passaram a ser consideradas como entidades sujeitas a um regime fiscal privilegiado. Parece, contudo, que o regime continua a não ser suficiente, uma vez que os Estabelecimentos Estáveis de entidades residentes continuam a estar excluídos do âmbito de aplicação da norma. Por outro lado, parece poderem continuar a levantar-se algumas questões sobre a compatibilidade com o Direito Comunitário.

2.- REINO UNIDO

78 Em que se incluem Estabelecimentos Estáveis – vd. Thomas Kollruss - *German CFC Legislation 2011: New Anti-Avoidance Provisions and Tax Planning Opportunities* – European Taxation – January 2011 – pags. 12 e ss.

79 Com taxas de imposto sobre o rendimento inferiores a 25%

80 O que resultava do facto de Malta ter uma taxa de imposto sobre as sociedades de 35%, não se verificando o preenchimento do requisito de sujeição a um regime fiscal privilegiado. Contudo – e aqui reside a característica que torna este País atractivo para esquemas de planeamento fiscal - tem um sistema de reembolso, o qual é efectuado directamente ao sócio detentor da sociedade residente e não a esta. Para efeitos da norma *CFC* alemã, este reembolso, verificando-se na esfera do sócio e não da entidade não residente, não era tido em conta para cálculo do valor efectivo de imposto pago pela subsidiária. Assim, estas sociedades maltesas, detidas por sociedades residentes na Alemanha, não eram consideradas entidades sujeitas a um regime fiscal privilegiado para efeitos da norma *CFC* Alemã, razão pela qual este não lhes era aplicável. Para maior detalhe vd. Thomas Kollruss - *German CFC Legislation 2011: New Anti-Avoidance Provisions and Tax Planning Opportunities* – European Taxation – January 2011 – pags. 12 e ss.

A norma *CFC* do Reino Unido foi directamente sindicada pelo Tribunal de Justiça no Caso *Cadbury Schweppes*, o que levou as autoridades daquele país a promover uma alteração imediatamente após a prolação daquela decisão, no final do ano de 2006. Curiosamente, as autoridades fiscais nunca admitiram expressamente a incompatibilidade da norma com o direito comunitário⁸¹. E, mesmo após estas alterações, continua na ordem do dia a eventual incompatibilidade do regime actualmente em vigor com as liberdades fundamentais.⁸²

A primeira alteração eliminou a isenção que antes gozavam as empresas cotadas, uma vez que dessa isenção resultaram inúmeros, agressivos e complexos esquemas de planeamento fiscal, de difícil controlo pela administração, os quais tinham por base *expedientes puramente artificiais*.

Foi ainda introduzida uma nova exclusão de aplicação da norma, em que em que se pode deduzir, aos lucros tributáveis da sociedade controlada residente no EEE, um valor determinado - correspondente ao *valor económico líquido* criado, para a sociedade ou grupo de sociedades, pelo trabalho realizado por trabalhadores que estejam afectos ou sob a direcção da sociedade controlada, nesse país onde esta tem a sua actividade.

Esse *valor específico*⁸³ - determinado por lei e que constituía a questão central da norma - não poderia exceder o valor dos lucros tributáveis da sociedade residente.

81 Estranhamento as autoridades fiscais afirmaram, no relatório prévio do Orçamento de Estado para o ano de 2007, que “*The Government is satisfied the the UK’s CFC legislation is compatible with European law as interpreted by the ECJ in Cadbury Schweppes. But the Government recognises that there may be circumstances at the margins where it may not be intirely clear*” - vd. Philip Baker in *British Tax Review* – n.º.1 – 2007, pags. 1 e ss.

82 Vd. por exemplo *Controlled Foreign Company rule still in conflict with community law* - *International Tax Review* – Maio 2010

83 *Specified amount* era a expressão da lei

Assim, louvando-se no acórdão *Cadbury Schweppes*, o Reino Unido apenas considera existir um estabelecimento genuíno caso existam trabalhadores contratados no território de residência da entidade não residente e na exacta medida do trabalho por estes ali realizado.

Tal situação poderá exceder o conceito de abuso que, para o Tribunal de Justiça, torna proporcional a aplicação da norma anti-abuso. Por outro lado, impor sobre a sociedade residente o ónus de prova sobre uma questão tão pouco objectiva como o *valor económico líquido* levanta igualmente inevitáveis questões de compatibilidade. O entendimento do Tribunal de Justiça é de que deve ser dada à sociedade residente a oportunidade de apresentar *provas objectivas* de que não se tratam de *expedientes puramente artificiais*, o que não parece ser o caso.⁸⁴

Levantam-se, pois, muitas questões quanto às alterações promovidas nas normas anti-abuso *CFC* do Reino Unido, subsistindo a incompatibilidade com o Direito Comunitário. Por isso, em meados de 2011, a Comissão Europeia enviou ao Reino Unido uma recomendação para alteração do seu regime legal das *CFC*. A resposta não é, ainda, conhecida, mas parece que existirão novos desenvolvimentos em breve. Fica por saber se esses desenvolvimentos provocarão reacções noutros Estados-Membros da União Europeia.

3.- ITÁLIA

Em Itália, na sequência da decisão no caso *Cadbury Schweppes*, foram aprovadas novas regras, primeiro em 2006 e posteriormente em 2009. Não obstante parecem levantar-se mais questões de incompatibilidade do que no anterior regime e muitos autores têm-se-lhes referido de forma muito crítica.

84 Neste sentido *Philip Baker – Are the 2006 amendments to the cfc legislation compatible with community law? - British Tax review n.º.1 – 2007 – pags. 1 a 6*

Em 2006 foi aprovada uma regra de extensão da residência fiscal, com a criação de uma ficção legal⁸⁵ através da qual passou a incluir-se na jurisdição fiscal Italiana, sociedades que efectivamente aí não são residentes. Tal ficção aplica-se às sociedades que controlem directamente sociedades italianas e ao mesmo tempo sejam controladas directa ou indirectamente por sócios italianos, ou pelo menos a maioria dos seus directores sejam residentes Italianos.

Este regime não depende do elemento subjectivo e a sua aplicação apenas é excluída demonstrando-se que a direcção efectiva da sociedade se situa fora de Itália. E aplica-se a qualquer país onde a entidade residente esteja situada.

Tal norma, sob a capa da liberdade de determinação da sua jurisdição fiscal por cada estado, revela ser uma autêntica norma anti-abuso, que vai muito além do efeito normal das normas *CFC*. É por isso apontada como discriminatória e incompatível com o direito comunitário, pois excede claramente o objectivo do combate a situações de abuso, o que, desde logo, levanta questões quanto à sua proporcionalidade.

A alteração de 2009 tornou o regime das *CFC* também aplicável aos rendimentos provenientes, directa ou indirectamente, de subsidiárias estabelecidas não só em países que constam da lista negra mas ainda, sob determinados pressupostos, aos países incluídos na lista branca⁸⁶.

Muito embora a demonstração de que a entidade não residente é genuína e não

85 E que por isso não admite prova em contrário

86 Desde então que, por efeito das alterações efectuadas, a Itália tem prevista a publicação de uma lista branca. Contudo, esta lista - que tem semelhanças formais com a Portuguesa uma vez que é aprovada por Decreto do Ministro competente - não foi ainda aprovada. Assim, o novo regime é aplicado por interpretação *à contrario* da lista negra.

constitui um *expediente artificial* afaste a aplicação da norma anti-abuso, os requisitos para esta demonstração são diferentes consoante as subsidiárias estejam sedeadas em países incluídos na lista negra ou na lista branca. Para aquelas, o regime só não é aplicável caso a sociedade residente solicite antecipadamente um parecer à administração fiscal e esta confirme que a entidade não residente tem uma actividade de carácter industrial ou comercial efectiva no país da sua residência⁸⁷. Ou que a participação na entidade estrangeira não tem por intenção de localizar os rendimentos no estado ou território da lista negra. Contudo, a exclusão da aplicação da norma nunca pode acontecer se mais de 50% dos rendimentos da entidade não residente resultarem de rendimentos passivos⁸⁸ ou de serviços prestados dentro do grupo. Neste caso apenas resta ao sujeito passivo a possibilidade de demonstrar que inexistem motivações fiscais no estabelecimento da sociedade num país com regime fiscal privilegiado. Demonstração esta que é praticamente impossível, pois impõe um ónus de prova demasiado pesado. Esta norma é, por isso, claramente desproporcionada de acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça em *Cadbury Schweppes*.

Relativamente às sociedade estabelecidas em países incluídos nas listas brancas, o regime é aplicável verificando-se dois pressupostos cumulativos: a taxa efectiva de tributação ser inferior a 50% da que seria aplicável se a entidade não residente fosse tributada em Itália e mais de 50% do seu rendimento ser de natureza passiva. Mesmo que reunidos aqueles pressupostos poderá excluir-se a aplicação da norma anti-abuso solicitando-se um parecer prévio à administração fiscal e esta confirme que a entidade não residente não constitui um *expediente puramente artificial* e que não tem intenção de obter uma vantagem fiscal indevida. Este parecer tem que ser solicitado todos os anos em que os pressupostos de aplicação do regime *CFC* se verificarem, o que, por razões evidentes que se

87 Para bancos, instituições financeiras ou seguradoras este requisito encontra-se preenchido quando a maioria dos seus recursos, investimentos e rendimentos provier do território onde se encontram estabelecidos.

88 Com excepção dos bancos, companhias de seguros e instituições financeiras

antecipam, inviabilizará esta opção.

O regime é igualmente aplicável a estabelecimentos estáveis que se situem em países incluídos na lista negra e que sejam detidos por sociedades não residentes – por sua vez detidas por residentes em Itália - e independentemente do local onde estas se situem, incluindo países da lista branca ou mesmo Estados-membros da União Europeia. O que parece manifestamente incompatível com o Direito Comunitário.

O requisito do controlo verifica-se sempre que a sociedade residente detiver a maioria ou, pelo menos, suficientes direitos de voto para exercer uma influência decisiva ou, ainda, quando, em resultado de acordos parassociais tiver uma influência predominante na subsidiária.

O rendimento da entidade não residente é imputado à sociedade residente e tributado na pessoa desta, sendo concedido um crédito de imposto correspondente ao imposto pago pela subsidiária. Os rendimentos por esta distribuídos e que já tenham sido tributados na esfera da sociedade residente estão isentos, nesta exacta medida.

Notes-se que a Itália continua a ter na lista negra Estados-Membros da União Europeia tais como Malta, Chipre ou Luxemburgo.

Considerando que no caso de sociedades com mais de 50% de rendimentos passivos a demonstração de actividade genuína não é sequer possível, estamos também perante o que parece constituir uma incompatibilidade manifesta com as normas de Direito Comunitário.

O requisito de que a actividade tem de ser desenvolvida no estado de residência da entidade não residente vai também muito mais além do que admite o Tribunal de Justiça.⁸⁹

⁸⁹ Houve já um parecer administrativo quanto a um país terceiro – no caso a Suíça – que foi negado em virtude de não

Alguns autores apontam ainda a possibilidade de incompatibilidade com a liberdade fundamental de circulação de capitais quanto a países que não sejam membros da UE.⁹⁰

Itália parece ser dos países que levanta maiores reservas políticas à harmonização das normas *CFC* decorrentes do acórdão *Cadbury Schweppes*. O reflexo disso mesmo são as críticas que a doutrina tem insistentemente apontado às várias alterações realizadas e ao regime actualmente em vigor.

4.- ESPANHA

O regime *CFC* espanhol aplica-se verificados que estejam os pressupostos do controlo e da taxa efectiva de tributação da sociedade controlada. O requisito de controlo ocorre quando uma sociedade residente detenha, por si ou interpostas pessoas⁹¹, mais de 50% do capital, direitos de voto ou rendimentos. O pressuposto da taxa de tributação verifica-se quando a entidade não residente for sujeito a uma taxa efectiva de imposto inferior a 75% da que seria aplicável aos seus rendimentos, calculados de acordo com a legislação espanhola.⁹²

se verificar este requisito, o que é pelo menos uma indicação do que as decisões envolvendo EM a UE serão no mesmo sentido.

90 vd. *The Fine Line between Anti-Abuse Measures and the Delimitation of a Member State's Tax Jurisdiction: The Italian Case* – Chiara Bardini – European Taxation – Agosto 2010 pags. 374 e ss. e Paolo Scarioni & Simone Muni – *The new Italian CFC rules: EU Holding Companies Challenge the Artificial Arrangement Assessment* – Intertax – Volume 38 – Issue10 – 2010 – pags.527 e ss.

91 Aqui se incluindo quer outras sociedades, quer participações indirectas de 5% do capital da sociedade residente (1% de forem sociedades cotadas no mercado oficial), membros da administração, pessoas relacionadas com os sócios, directores ou sociedades do grupo.

92 Sendo a taxa de imposto sobre as sociedades em Espanha actualmente de 30%, o limiar mínimo a partir do qual é aplicado o regime da norma anti-abuso é de 22,5%.

O regime aplica-se ao chamado *tainted income*, que neste caso corresponde a rendimentos de imóveis, dividendos e juros, serviços financeiros e de actividade seguradora prestados a residentes espanhóis.

A norma Espanhola, que se aplicava a qualquer sociedade não residente, mesmo que situada num Estado-Membro da União Europeia, foi alterada em 2008 em resposta à decisão do Tribunal de Justiça no Caso *Cadbury Schweppes* e logo depois de uma recomendação da Comissão Europeia. Em resultado dessa alteração, a norma não se aplica quando em causa estejam sociedades sedeadas em Estados-Membros da União Europeia – sejam estes considerados ou não como paraísos fiscais à luz das normas anti-abuso Espanholas - desde que o sujeito passivo demonstre que a entidade foi criada por razões económicas e que desenvolve uma actividade comercial. Esta alteração parece ter sido copiada pelo nosso legislador.⁹³

5.- FRANÇA

Em França, à semelhança dos países Latino-Americanos, os residentes são tributados exclusivamente em função dos rendimentos de fonte interna⁹⁴, renunciando estes países a tributar rendimentos de origem externa⁹⁵. França usa assim um sistema de isenção da tributação do rendimento das filiais ou subsidiárias não residentes.

Uma entidade não residente controlada por uma sociedade residente apenas é considerada como estando sujeita a um regime fiscal privilegiado quando está sujeita a uma carga fiscal inferior a metade da que suportaria sobre os seus rendimentos se fossem tributados de acordo com a lei francesa.

93 Vd. Título II – D) 2.2.

94 E não pelo rendimento mundial

95 Vd. Alberto Xavier – *Direito Internacional Tributário* – 2ª Edição actualizada – Almedina – pág. 232

O pressuposto do controlo verifica-se quando a entidade residente detém, directa ou indirectamente, mais de 50% das participações, direitos de voto ou direitos financeiros da entidade não residente. O requisito mínimo de detenção de 50% é reduzido para 5% quando as participações forem artificialmente divididas e mais de 50% forem detidas por outras entidades com sede em França ou por entidades que com estas tenham alguma relação especial.

Embora existam algumas excepções, todos os rendimentos estão, em princípio, sujeitos, o que constitui um afloramento do *entity approach*.

Estando em causa sociedades residentes em países Estados-Membros da União Europeia, a demonstração de que não se trata de um *expediente puramente artificial* permite afastar a aplicação da norma anti-abuso. No caso de não se verificar a existência de uma actividade genuína a entidade residente terá que demonstrar que o expediente artificial não tem como objectivo evitar a sujeição a imposto devido no seu país de residência.

D) - A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 66º. DO CIRC COM O DIREITO COMUNITÁRIO

1.- O REGIME LEGAL ACTUAL

Seguindo de perto o entendimento do Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*, as medidas anti-abuso que consagram presunções inilidíveis são desconformes com o Direito Comunitário.

É o caso do artigo 66º. do CIRC, do qual resulta uma relevante discriminação. Qualquer sócio residente que detenha uma sociedade sedeada em qualquer outro Estado-

Membro que não seja considerado - nos termos do n.º.3 do artigo 66º. CIRC - como tendo um regime fiscal claramente mais favorável, apenas será tributado no momento da efectiva distribuição dos dividendos. Diferentes momentos de tributação, um no momento da efectiva distribuição e outro num momento em que o sócio residente não dispõe ainda do rendimento sobre o qual incide a tributação, resultam numa discriminação incompatível com o Direito Comunitário.⁹⁶

Antes da publicação da nova portaria, a discriminação acontecia quanto às sociedades que se encontravam sedeadas num dos Estados-Membros que constavam da Portaria n.º.150/2004⁹⁷. E que era aplicável independentemente de existirem *expedientes puramente artificiais*, parecendo ser entendimento maioritário que não era admissível prova em contrário.^{98 99} Com a publicação da Portaria n.º.292/2011 a questão parece ultrapassada ao nível da parametricidade com as normas de Direito Comunitário, mantendo-se a discussão sobre se se trata de presunção e como tal impugnável e ilidível.

Também quanto ao conceito indeterminado de *imposto idêntico ou análogo ao IRC* e ao critério relativo que impõe um limiar mínimo de 60% do IRC que seria devido caso a sociedade controlada fosse residente em território português, parece resultar manifesta a desconformidade com a liberdade de estabelecimento, tal como a entende o Tribunal de Justiça. Imagine-se uma sociedade residente noutra Estado-membro, com tributação

96 De tal discriminação resulta desde logo um prejuízo para a liquidez do sócio residente, problema que ganha particular importância num momento financeiramente difícil como é o presente.

97 Como é o caso do Luxemburgo e do Chipre.

98 Com o que discordamos

99 O que sucede quer quanto à existência de *expedientes puramente artificiais*, quer quanto à demonstração de que determinado país incluído na lista não tem regime fiscal privilegiado. Mesmo no entendimento de RICARDO BORGES, in *National Report* – página 535, de que tal presunção é ilidível, manter-se-ia a desconformidade, na medida em que o Autor apenas se refere à possibilidade de ilidir a presunção para demonstrar que se trata de um imposto idêntico ou análogo ao IRC e excede o requisito dos 60%. Sempre continuaria a faltar admitir-se a prova de não se tratam de *expedientes puramente artificiais*.

inferior àquele limiar, relativamente à qual não exista qualquer *expediente puramente artificial*.¹⁰⁰ Nesta circunstância, ao sócio residente a que se imputam os dividendos, mesmo que não distribuídos – em razão da aplicação da norma do artigo 66º. CIRC –, não é permitido demonstrar que inexistem aqueles *expedientes puramente artificiais*.

O propósito das normas *CFC* é prevenir o desvio de rendimentos que normalmente seriam tributados na esfera do sócio, no seu país de residência, para entidades por este controladas situadas em países de baixa ou nula tributação. Tais normas apenas devem aplicar-se às situações que representem *expedientes puramente artificiais*, que visem aquela finalidade, devendo ser dada a possibilidade ao sócio de demonstrar a inexistência de tais *expedientes*.¹⁰¹ Tal não acontece na norma do artigo 66º. actualmente em vigor.

Também quanto ao requisito de controlo surgem problemas de compatibilidade. O nosso regime é dos mais abrangentes nesta matéria. Mesmo nos casos em que manifestamente não existe, directa ou indirectamente, qualquer posição maioritária do sócio residente, este fica sujeito à aplicação do regime legal das *CFC* desde que tenha uma participação na sociedade não residente de pelo menos 25%. Tirando casos excepcionais – que em Portugal se reduzem a pouco mais que um par de grandes grupos – 25% de participação não permite controlar qualquer sociedade.¹⁰² Inexistindo controlo, inexistente

100Desde logo por existir uma implantação real no Estado-Membro de acolhimento.

101 Isto mesmo foi reforçado pela Comissão Europeia em COM(2007) 785 final. De resto, a Comissão enviou logo em 2007 uma recomendação a Espanha (com uma norma anti-abuso semelhante à Portuguesa embora ainda assim menos restritiva) para que alterasse a sua norma anti-abuso *CFC* tornando-a conforme ao Direito Comunitário. O mesmo aconteceu já este ano relativamente ao Reino Unido não obstante as alterações entretanto promovidas com a finalidade não conseguida de tornar tais normas compatíveis com a liberdade de estabelecimento.

102No sentido da irrazoabilidade deste regime vd. Rui Duarte Morais – *Imputação...*, pág. 314. Recentemente uma alteração do regime das *CFC* no Reino Unido introduziu-se um limite ligeiramente inferior a 40% para definição de controlo, mas também convém recordar que este país se encontra sob vigilância da comissão, que já enviou uma recomendação para alteração da norma por incompatibilidade com o Direito Comunitário. Vd. Tax Management International Forum... by Nicolas Webb - Tax Management International Journal – 40 – 458 – 12/08/2011

igualmente a possibilidade de estarmos perante um *expediente puramente artificial*. Acresce que também que aqui não é admitida a possibilidade de demonstração da *inexistência de expediente puramente artificial*. É manifesta a desproporção da ingerência da norma na liberdade de estabelecimento, sendo, pois, incompatível com o Direito Comunitário.

Em Portugal, mais de 5 anos após o acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes* e numa altura em que os principais Estados-Membros da União Europeia já procederam a alterações nas suas legislações, tentando¹⁰³ torná-las conformes com o Direito Comunitário, continuamos, inexplicavelmente, alheios a este problema. Apenas para o ano de 2012 parece existir, finalmente, intenção de alterar o regime legal das *CFC*. Contudo, seria desejável que o regime legal impusesse à administração fiscal o ónus de demonstrar que se verificam *expedientes puramente artificiais*¹⁰⁴, admitindo-se, pelo menos quanto às sociedades residentes em Estados-Membros da União Europeia, a possibilidade de o sócio fazer prova em contrário.¹⁰⁵ Não é, ao que parece, esse o caminho que seguirá o legislador, o que se lamenta.

2.- O NOVO ARTIGO 66º. APROVADO PELA LEI DO OE

103Tentativas estas que nem sempre têm sido totalmente conseguidas.

104Neste sentido JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *ob. cit.*, páginas 543 e 544 “*Em primeiro lugar, cremos ser vantajoso a submissão de todas as regras destinadas à luta contra a fraude e evasão fiscal a um barómetro comum: o da limitação aos expedientes puramente artificiais.*”, “*Qualquer norma que, escudando-se na luta contra os expedientes abusivos imponha um gravame a situações que comprovadamente não enfermem da artificialidade a que nos referimos no parágrafo antecedente, deve ser considerada excessiva e incompatível cm o ordenamento da União.*”

105Neste sentido e interpretando o conceito das melhores práticas introduzido pela Comissão em COM(2007) 785 final, vd. Guglielmo Maisto e Pasquale Pistone in *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1 – European Taxation – Outubro 2008 –* pags. 503 e ss.. Vd. Ainda quanto à questão do ónus de prova Gerard Meussen in *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States – European Taxation – Janeiro 2007 –* pag. 17

O artigo 66º. do CIRC sofre uma alteração bastante significativa com a Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2012. A alteração resultante da introdução do nº.12 é uma das mais significativas¹⁰⁶. Esta alteração está directamente relacionada com a decisão do caso *Cadbury Schweppes*, embora subsistam algumas questões de incompatibilidade desta norma com o Direito Comunitário.

2.1.- AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A alteração promovida pela recém-aprovada Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2012 começa por alargar o âmbito de incidência a todas as *entidades* quando antes apenas referia *sociedades*.

1 - Os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, directa ou indirectamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.

Se dúvidas existissem quanto à aplicabilidade do regime ainda em vigor apenas às sociedades, a presente alteração dissipa-las-ia. Não obstante, era já entendimento consensual que a norma anti-abuso se aplicava somente às sociedades, o que era visto como uma restrição consciente, querida, do legislador.¹⁰⁷

Foi ainda introduzida uma alteração da qual resulta que a imputação dos rendimentos

106 A par da sua aplicabilidade apenas a sujeitos passivos de IRC

107 Neste sentido Manuela Duro Teixeira *in Imputação...*, Rui Duarte Morais *in Imputação de Lucros...* pág. 282 e ss. e Ricardo Borges, *National...* pág. 532

é efectuada apenas a sujeitos passivos de IRC. Onde antes a lei previa a imputação a sócios residentes, fossem eles sujeitos passivos de IRC ou IRS, agora passará a prever apenas os sujeitos passivos de IRC. Também aqui, pelas mesmas razões, a alteração parece ter sido intencional. A consciência da alteração evidencia-se ainda mais na medida em que, no n.º.2, o legislador se refere especificamente a sujeitos passivos de IRC e IRS (quanto à detenção, por sócios residentes, de mais de 50% de partes de capital para efeitos da redução para 10% do pressuposto de controlo de que depende a aplicação do regime).

Muito embora não sejam muitos os países que optaram por restringir a aplicação deste tipo de norma aos sujeitos passivos de IRC, Espanha é, no entanto, um desses casos e parece que o nosso legislador terá copiado, quase cegamente, o regime espanhol.

A verdade é que esta alteração cria uma injustificada desigualdade, para a qual dificilmente encontramos fundamento aceitável. Nem mesmo o facto de a norma ter aplicação meramente residual a sujeitos passivos de IRS parece justificar a opção.

Foi ainda introduzido um n.º.11, relativo a participações detidas por entidades com quem o sujeito passivo tenha relações especiais, que passam agora a contar para efeitos do preenchimento do pressuposto do controlo da sociedade não residente.

E finalmente, com a intenção de tornar de resolver as questões de compatibilidade do artigo 66.º. com o Direito Comunitário, foi aditada um novo número 12.

12.- O disposto neste artigo não se aplica quando a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutra Estado-Membro da União Europeia ou num Estado-Membro do Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que esse Estado-Membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e o sujeito passivo demonstre

que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma actividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Esta alteração é claramente consequência da decisão do Tribunal de Justiça no acórdão *Cadbury Schweppes*. Trata-se de uma reacção que peca por tardia sendo que o legislador não aproveitou para, tendo em atenção as alterações que resultaram do acórdão nos restantes Estados-Membros e os comentários que lhe foram feitos, promover uma alteração que, definitivamente, evitasse quaisquer questões de incompatibilidade, as quais parecem ainda subsistir.

2.2.- A INCOMPATIBILIDADE DO NOVO ARTIGO 66º. COM O DIREITO COMUNITÁRIO

2.2.1 O n.º.12, as entidades não residentes estabelecidas na UE ou EEE e o Direito Comunitário

O novo n.º.12 exclui a aplicação do disposto no artigo n.º.66º. do CIRC quando estejam em causa entidades estabelecidas em Estados-Membros da União Europeia ou no Espaço Económico Europeu, condicionando tal exclusão à demonstração da existência de *razões económicas válidas* e ao desenvolvimento de actividades económicas de natureza agrícola, industrial, comercial ou de prestação de serviços (pressupostos estes que parecem ser cumulativos).

O que poderia constituir a concretização de uma louvável intenção de compatibilizar o nosso regime *CFC* com o Direito Comunitário, revelou ter falhado o alvo, sendo um verdadeiro tiro de pólvora seca, pois a nova norma continua a exceder em muito o necessário para evitar o abuso, o qual, no entendimento do Tribunal de Justiça, se limita a

expedientes puramente artificiais.

Qualquer dos pressupostos do n.º.12, dos quais depende a não aplicação da norma anti-abuso, excede, em larga medida, o conceito de *expedientes puramente artificiais*. Se assim é quanto a cada um desses pressupostos, considerados individualmente, a sua cumulação apenas reforça a incompatibilidade da norma com o Direito Comunitário, como, certamente, o Tribunal de Justiça a julgará. Somos, assim, forçados a concluir pela sua inaplicabilidade (revelando-se, afinal, uma norma estéril).

2.2.3.- O PRIMEIRO PRESSUPOSTO - DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS

2.2.3.1.- A ORIGEM DO CONCEITO

Para se perceber o âmbito e extensão do conceito de *razões económicas válidas*, saber se o mesmo é sobreponível¹⁰⁸ ao conceito utilizado pelo Tribunal de Justiça de *expedientes puramente artificiais*, é preciso conhecer a sua origem. O legislador já tinha recorrido a esta expressão, *razões económicas válidas*, no n.º.10 do artigo 73.º do CIRC relativamente ao regime anti-abuso aplicável às reestruturações empresariais (parece que resulta da transposição da Directiva 90/434 e da expressão aí plasmada *valid commercial reasons*).

Já neste âmbito a expressão tinha vindo a ser alvo de aceso debate nos nossos tribunais¹⁰⁹ e doutrina. Essa discussão conheceu finalmente o seu epílogo, com a recente decisão do Tribunal de Justiça no caso *Foggia*¹¹⁰, cuja apreciação resultou de um reenvio

108 Sem exceder

109 Ac. TCAS de 28/10/2008 - Processo 00446/05; Acs. STA de 03/02/2010 – Processo 0844/09, de 05/07/2006 processo n.º.0142/06 e de 12/07/2006 processo n.º.01003/05 – todos disponíveis em www.dgsi.pt

110Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 2011 – Processo C-126/10

prejudicial promovido pelo STA¹¹¹.

O STA, não obstante reiterar a posição já antes manifestada¹¹² de que tal expressão constitui um conceito indeterminado cujo preenchimento cabe à administração fiscal e cujo sentido não é sindicável pelo Tribunal¹¹³, reconheceu, contudo, tratar-se de um conceito de Direito Comunitário¹¹⁴, pelo que, em última instância, a sua interpretação sempre caberia ao Tribunal de Justiça. Com base nesse entendimento, decidiu suspender a instância e submeter à apreciação deste Tribunal a questão da sua interpretação.

A decisão, agora publicada, do Tribunal de Justiça é tanto mais relevante quanto expõe, refutando, o entendimento do STA quanto à insindicabilidade do conceito, que densifica, através da sua própria interpretação.

Como era de esperar, a decisão não foi simples. Começaram por se levantar questões formais relativamente à competência do Tribunal de Justiça para apreciar um caso que, em

111Acórdão de 03/02/2010 – Processo 0844/09 in www.dgsi.pt

112Entendimento este que já remonta aos Acórdãos do STA de 05/07/2006 e 12/07/2006

113Foi entendimento do Supremo Tribunal Administrativo que a expressão “*razões económicas válidas*” “*releva de considerações de interesse público contendendo com estratégias da administração perante a economia nacional, em que se mostram ausentes critérios jurídicos, e daí que o juízo a esse respeito formulado escape à fiscalização dos Tribunais, salvo o caso de erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal*”. Concordando assim com o entendimento que já vinha do do Tribunal Central Administrativo Sul no sentido de que *razões económicas válidas* é um conceito indeterminado cujo preenchimento cabe à administração fiscal, cujo sentido não é sindicável pelo Tribunal constituindo matéria de discricionariedade técnica, com uma longa margem de apreciação da Administração, que poderá originar soluções diferentes, consoante o interesse que a Administração privilegie

114Aceitando assim que resultando este conceito da transposição para o direito interno de um conceito jurídico de direito comunitário é ao Tribunal de Justiça que cabe definir o seu conteúdo com vista à interpretação e aplicação uniformes do mesmo, evitando-se assim divergências de interpretação entre os vários Estados-Membros.

princípio, seria puramente interno. O Tribunal refutou esse argumento, afirmando que *razões económicas válidas* é, antes de mais, um conceito de Direito Comunitário e, por essa razão, é competente para apreciar a questão que lhe foi colocada, pois é do interesse da UE que conceitos de Direito Comunitário sejam interpretados uniformemente por todos os Estados-Membros.¹¹⁵

2.2.3.2.- SINDICABILIDADE

Quanto à questão da sindicabilidade do conceito *razões económicas válidas* pelos Tribunais¹¹⁶, o Tribunal de Justiça concluiu em sentido inverso do que se encontrava solidificado na jurisprudência nacional (entendimento que nunca foi pacífico para a melhor doutrina).¹¹⁷

No caso *Foggia* o Tribunal de Justiça veio confirmar o que já muitos afirmavam “A este respeito [abuso], compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, à luz do conjunto

¹¹⁵Colocava-se a questão de saber se, sendo um caso puramente interno, o Tribunal de Justiça tinha competência para o apreciar. O Tribunal entendeu que sim. Já neste mesmo sentido e antes mesmo da prolação do acórdão, vd. Bruno da Silva in *Foggia. Merger Directive. Meaning of the expression “valid commercial reasons” in the abuse provision. Supremo Tribunal Administrativo (comments by da Silva) – Highlights & Insights on European Taxation 2010/9.8*

¹¹⁶Naquela que era a posição do STA

¹¹⁷Bruno da Silva apontava já para a interpretação do Tribunal de Justiça no caso *Leur-Bloem* quanto ao conceito em questão, cuja posição era de que “A este respeito, os Estados-Membros podem prever que o facto de essas operações não terem sido realizadas por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Todavia, para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais pré-determinados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Segundo uma jurisprudência constante, essa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional” - Bruno da Silva in *Foggia. Merger Directive. Meaning of the expression “valid commercial reasons” in the abuse provision. Supremo Tribunal Administrativo (comments by da Silva) – Highlights & Insights on European Taxation 2010/9.8*

das circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido, se, em função dos critérios referidos nos n.ºs 39 a 51 do presente acórdão, os elementos constitutivos da presunção de fraude ou de evasão fiscais, na acepção do artigo 11.º, n.º.1, alínea a), da Directiva 90/434, estão reunidos no âmbito deste litígio”¹¹⁸ Ou seja, o conceito de razões económicas válidas, ao contrário do que entendia o STA, deve poder ser alvo de fiscalização judicial.

2.2.3.3.- A INVERSÃO DA LÓGICA DE APLICAÇÃO E DO ÓNUS DE PROVA

Se a questão da sindicabilidade parece ter especial importância no âmbito do próprio caso *Foggia*, relativamente ao nosso tema tem particular interesse a interpretação que o Tribunal de Justiça fez do conceito de *razões económicas válidas*, pois, a partir dela, poderemos concluir se a expressão e fórmula legal a que o legislador recorreu no novo artigo 66.º se harmoniza com a de *expedientes puramente artificiais* e o entendimento que desta foi sustentado pelo Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*.

No caso *Foggia* o Tribunal de Justiça entendeu que “*Relativamente ao conceito de razões económicas válidas, na acepção do referido artigo 11.º, n.º.1, alínea a), o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de precisar que resulta tanto da letra e dos objectivos deste artigo como dos da Directiva 90/434 em geral que este conceito vai além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal. Assim, uma operação de fusão por permuta de acções que apenas vise alcançar esse objectivo não pode constituir uma razão económica válida, na acepção da referida disposição (acórdão Leur-Bloem, já referido, n.º.47)”¹¹⁹* Merece especial enfoque, no entendimento revelado pelo Tribunal, o facto de um benefício puramente fiscal não constituir uma *razão económica válida*. Esta conclusão é especialmente relevante no âmbito do novo regime das normas *CFC* por daí resultar que

118 §51 do Acórdão *Foggia*

119 §34 do Acórdão *Foggia*

motivações fiscais não constituem fundamento suficiente para excluir a aplicação da norma anti-abuso, mesmo quando em causa estejam Estados-membros da UE.

A diferença entre os conceitos de *razões económicas válidas* e o de *expedientes puramente artificiais* resulta do facto de que neste a simples existência de motivações fiscais – elemento subjectivo – não é condição suficiente para justificar a aplicação da norma anti-abuso, enquanto que naquele tais motivações não são fundamento suficiente para excluir a sua aplicação.

As normas *CFC* constituem sempre uma limitação às liberdades fundamentais, que apenas se considera justificada quando estejam em causa *expedientes puramente artificiais*, para o que não basta a mera demonstração da existência de motivações ou benefícios puramente fiscais. O novo artigo 66º. impõe como regra a aplicação da norma anti-abuso, a menos que se demonstre existirem *razões económicas válidas*, que vão além da mera existência de benefícios ou motivações puramente fiscais.

Num caso, as motivações fiscais não são justificação suficiente para aplicar o regime, no outro não são justificação suficiente para excluir a sua aplicação.

Ocorre assim uma inversão do ónus de prova que, em confronto com entendimento do Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*, torna patente a incompatibilidade do novo artigo 66º. do CIRC com o Direito Comunitário.

Se a sociedade não residente se encontrar sedeadada na União Europeia ou no EEE, a nossa lei impõe ao sujeito passivo a demonstração da existência de *razões económicas válidas*¹²⁰, pressuposto para que seja excluída a aplicação do regime anti-abuso. O que torna regra a sua aplicação e excepção a exclusão. A consequência é que a inércia probatória das

120Além do pressuposto de demonstração da natureza da actividade desenvolvida.

partes favorece a aplicação da norma anti-abuso, no que parece constituir uma inadmissível presunção cega de fraude ou evasão pela simples demonstração da existência de motivações fiscais que, ainda que sindicável, é manifestamente desproporcionada e portanto contrária às normas de Direito Comunitário.

No outro caso - *expedientes puramente artificiais* - o raciocínio é exactamente o oposto, pois parte-se da regra de não aplicação da norma anti-abuso (por constituir em princípio uma limitação não justificada às liberdades fundamentais), sendo a excepção a sua aplicação. Além dos pressupostos do nº.1 do artigo 66º. - que no limite poderão contribuir para se presumir pela existência de motivações de natureza fiscal - a administração deveria ainda demonstrar a inexistência de implantação real

No caso *Cadbury Schweppes*, o Tribunal de Justiça sustentou que, para se poder concluir pela verificação do pressuposto de que depende a aplicação da norma anti-abuso, tornando a sua aplicação justificada à luz do combate ao abuso, impõe-se a demonstração da existência de *expedientes puramente artificiais*, tanto na sua vertente subjectiva, pelo teste da intenção, como na sua vertente objectiva, mediante a demonstração de factos comprováveis por terceiros de onde resulte não existir implantação real.¹²¹

A aplicação da norma *CFC* constitui, nesta perspectiva, excepção, cuja necessidade carece de comprovação. A demonstração da verificação dos pressupostos de aplicação da norma anti-abuso, entre os quais se conta a justificação da compressão de uma liberdade fundamental, recai necessariamente sobre a AT, que deve demonstrar, ainda que de forma perfunctória, a existência de *expedientes puramente artificiais*. Caberá depois à entidade residente a prova em sentido inverso, demonstrando a existência de implantação real e o carácter efectivo da actividade desenvolvida.¹²² Os elementos probatórios serão obviamente

121 Vd. § 64 e 67 do Acórdão *Cadbury Schweppes*

122 Vd. § 70 do Acórdão *Cadbury Schweppes*

sempre sindicáveis judicialmente.¹²³ Nada se provando a esse respeito não é de aplicar a norma anti-abuso *CFC*.

Esta é definitivamente a melhor prática, que encontra suporte na posição do Tribunal de Justiça, da Comissão e da generalidade da doutrina.¹²⁴

2.2.3.4.- CONCLUSÕES

A interpretação que o Tribunal de Justiça faz no caso *Foggia* da expressão *razões económicas válidas*, compaginada com a decisão do Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*, impõe a conclusão de que aquele conceito não é coincidente com o de *expediente puramente artificiais*, tal como o definiu o Tribunal de Justiça. Para que a restrição à liberdade de estabelecimento, que sempre resultará da aplicação de uma norma *CFC*, possa considerar-se justificada, o objectivo dessa norma deve ser apenas o de evitar comportamentos que constituam *expedientes puramente artificiais*, os quais só ocorrem mediante verificação de um elemento subjectivo (a intenção de obter uma vantagem fiscal), cumulado com elementos objectivos e comprováveis por terceiros, relativos, especialmente, ao grau de existência física em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos, os quais permitirão concluir se a referida sociedade controlada está – ou não - realmente implantada no Estado-Membro de acolhimento e exerce aí actividades económicas efectivas (o mesmo é dizer, se à sua constituição corresponde uma implantação real, ainda que mínima).¹²⁵

123Vd. § 72 do Acórdão *Cadbury Schweppes*

124Vd. COM (2007) 785 final, Guglielmo Maisto and Pasquale Pistone - *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1* – European Taxation – October 2008

125Vd. ainda COM (2007) 785 final

Expedientes puramente artificiais é algo diferente de *razões económicas válidas*. Poderá existir implantação real, de dimensão significativa, mas dever entender-se não ser válida a razão económica que motivou determinada operação. Mas tal não legitima a aplicação da norma anti-abuso.

A opção legislativa que resultou do novo n.º.12 do artigo 66.º. foi, por isso, claramente infeliz. Por um lado, parece apontar para a intenção que conduziu à constituição e funcionamento da entidade não residente, quando o Tribunal de Justiça afirmou claramente que o simples facto de se pretender beneficiar das leis fiscais mais favoráveis de outro Estado-Membro não constitui abuso e não justifica a restrição às liberdades fundamentais que as normas anti-abuso *CFC* representam^{126 127}. Por outro, há uma inversão da lógica de aplicação da norma anti-abuso e do respectivo ónus de prova dos pressupostos, em que a sua aplicação se torna regra, excluindo-se apenas perante a demonstração da existência de *razões económicas válidas*. Rigorosamente, seria o oposto que deveria ocorrer, em que a regra seria a inaplicabilidade de norma anti-abuso, pois que, por si só, é discriminatória, apenas se justificando a restrição das liberdades fundamentais no caso da demonstração da existência de *expedientes puramente artificiais*. O ónus de prova deve recair sobre a administração fiscal e não sobre o sujeito passivo, como parece ser intenção do legislador no caso do novo artigo 66.º..

Conclui-se pois que a alteração promovida pelo legislador no novo artigo 66.º. não resolve a questão de incompatibilidade da norma anti-abuso com as liberdades fundamentais

126 Vd. §37 do acórdão – Processo C-196/04, que remete ainda para outras decisões como no Caso Centros – Processo C-167/01

127 “Accordingly, the applicant had access to the ECTreaty wich is perfectly justifiable, as tax competition amongst the Member States through corporate income tax rates is vigorously applied with the European Union. A company taking advantage of such competition is, therefore, prima facie not in abuso of Community law...a tax motive is, in itself, a legal motive.” in *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States* – Gerard Meussen – European Taxation – January 2007 – pag.13

e o Direito Comunitário, afastando-se do entendimento do Tribunal de Justiça desenvolvido no caso *Cadbury Schweppes*..

2.2.4.- O SEGUNDO PRESSUPOSTO - DA NATUREZA DA ACTIVIDADE DESENVOLVIDA

Na parte final do n.º.12 do novo artigo 66º. impõe-se ainda a demonstração de que a sociedade controlada desenvolve uma actividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Fazer depender a exclusão de aplicação da norma anti-abuso do exercício daquele tipo de actividades excede também, claramente, o conceito de *expedientes puramente artificiais*. Ao exigir, além de *razões económicas válidas*, a demonstração do desenvolvimento de actividades que não gerem rendimentos passivos, como é o caso, vai muito além da mera exigência de implantação real e existência física em termos de instalações, pessoal e equipamentos, sendo certo que não passa no controlo de proporcionalidade do Tribunal de Justiça, por se afigurar excessiva em relação ao que seria necessário para evitar o abuso do exercício das liberdades fundamentais, representado uma inadmissível compressão destas.

Quanto ao pressuposto de desenvolvimento de actividades de natureza agrícola, industrial ou comercial, a norma é redundante – e por isso desnecessária - em relação ao que se dispõe na alínea a) do n.º.6. Pode mesmo considerar-se mais restritiva que aquela causa de exclusão, que se aplica genericamente a todas as entidades não residentes, mesmo as que estejam situadas fora da União Europeia ou do EEE. E assim, apenas acentua a incompatibilidade com o Direito Comunitário. É que, no n.º.6, exclui-se a aplicação da norma anti-abuso quando a entidade não residente obtenha pelo menos 75% dos lucros de

actividades de natureza não passiva. E o n.º.12 parece exigir que a actividades desta sociedade seja exclusivamente desta natureza.

Bibliografia

ALBERTO XAVIER – *Direito Internacional Tributário* – Almedina – 2ª edição actualizada

ALEXANDER RUST – CFC Legislation and EC Law – Intertax, volume 36, issue 11 – 2008

ANA PAULA DOURADO – *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa* - Wolters Kluwer/Ciimbra Editora

ANA PAULA DOURADO – *O Princípio da legalidade fiscal - Tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação* – Almedina - 2007

BRUNO DA SILVA in *Foggia. Merger Directive. Meaning of the expression “valid commercial reasons” in the abuse provision. Supremo Tribunal Administrativo (comments by da Silva)* – Highlights & Insights on European Taxation 2010/9.8

CHIARA BARDINI - *The Fine Line between Anti-Abuse Measures and the Delimitation of a Member State’s Tax Jurisdiction: The Italian Case* – European Taxation – Agosto 2010

FRANCISCO SOUSA CÂMARA E BERNARDO AYALA – *CFC Taxation* – FISCO 78-79, 1996

GERARD MEUSSEN – *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States* – European Taxation – January 2007

GIUSEPPE CAMPOLO – *New regulation provides clarification regarding the tightened CFC and anti-tax heaven rules* – European Taxation – January 2011

GUGLIELMO MAISTO AND PASQUALE PISTONE – *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of the Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part I* – European Taxation – Outubro 2008

GUGLIELMO MAISTO AND PASQUALE PISTONE - *A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2* – European Taxation – November 2008

JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade* – WoltersKluwer – Coimbra Editora, 2010

JOÃO SÉRGIO RIBEIRO – *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável* – Almedina

JOSÉ CASALTA NABAIS – *Direito Fiscal* – 4ª Edição - Almedina

MANUELA DURO TEIXEIRA – *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado* – Algumas Notas in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Luís Saldanha Sanches

MANUELA DURO TEIXEIRA – *A determinação do lucro tributável do estabelecimento estável não residente* – Almedina

PAOLO SCARIONI & SIMONE MUNI – *The new Italian CFC rules: EU Holding Companies Challenge the Artificial Arrangement Assessment* – Intertax – Volume 38 – Issue10 – 2010

PHILIP BAKER – *Are the 2006 amendments to the cfc legislation compatible with community law?* - British Tax review n.º.1 – 2007 – pags. 1 a 6

RENATA FONTANA – *The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1* – European Taxation – Junho 2006

RICARDO BORGES – *National Report Portugal - CFC Legislation, Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Laws*

RITA DE LA FERIA – *Evolução do conceito de abuso de direito no âmbito do Direito Comunitário* –
Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal – Ano I – nº.2 - Almedina

RUI DUARTE MORAIS – *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado: Controlled Foreign Companies: O art.º 60.º do C.I.R.C.*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005

RUI DUARTE MORAIS – *Apontamento ao IRC* - Almedina

SALDANHA SANCHEZ - *Os Limites do Planeamento Fiscal* – Coimbra Editora

THOMAS KOLLRUSS - *German CFC Legislation 2011: New Anti-Avoidance Provisions and Tax Planning Opportunities* – European Taxation – January 2011

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – COM(2007) 785 final

Tax Management International Forum Discusses the Current Taxation of Income Under Controlled Foreign Corporation Regimes – by NICHOLAS C. WEBB, Esq. - Tax Management International Journal 40 – 12/08/2011 – 458

Relatório do grupo para o estudo de política fiscal, competitividade, eficiência e justiça do sistema fiscal da Secretaria de Estados dos Assuntos Fiscais do Ministério das Finanças e da Administração Pública, de 03/10/2009

Controlled Foreign Company rule still in conflict with community law - International Tax Review – Maio 2010