

**Faculdade de Direito da Universidade Católica- Escola de Lisboa**

**2.º Ciclo de Estudos 2013/2014**

**Mestrado em Direito Fiscal**



**UNIVERSIDADE  
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE  
DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA**

# **A Zona Franca da Madeira**

## **Análise do Acórdão n.º4225/10 de 15/02/2011**

**Carolina Paixão Figueira**

**Orientador: Professor Doutor Sérgio Vasques**

**1 de Setembro de 2014**

## Índice

1.Introdução .....	3
2.Análise do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 .....	7
2.1.Enquadramento Factual .....	7
2.1.1.O Regime Especial da Tributação dos Grupos de Sociedades.....	9
2.1.2.A Eliminação da Dupla Tributação Económica .....	11
2.1.3.A Diretiva Sociedade-mães e afiliadas .....	12
2.1.4.As Sociedades Gestoras de Participações Sociais (Holdings) .....	13
2.2.Enquadramento Normativo .....	16
2.3.Os Mecanismos Subjacentes à Redução dos Impostos.....	18
2.3.1.A Gestão Fiscal .....	18
2.3.2.A Evasão Fiscal.....	19
2.3.3.A Fraude Fiscal.....	21
3.A Cláusula Geral anti-abuso .....	24
3.1.A Ratio da Norma .....	24
3.2.Análise dos Quatro Elementos .....	26
3.3.A Aplicação da Norma ao Caso Concreto .....	30
4.As Desvantagens da Zona Franca da Madeira.....	34
5.Conclusão .....	38
6.Bibliografia .....	40

## **1.Introdução**

A zona Franca da Madeira foi criada na década de 1980, aquando da entrada de Portugal na União Europeia, apresentando como escopo fundamental a criação e a atração de investimento no arquipélago em causa.

Criada através de um auxílio de estado implementado em Portugal pelo Decreto-Lei número 500/80 de 20 de outubro de 1980 e pelo decreto-lei regulamento número 53/82 de 23 de agosto, foi, segundo alguns autores, “um dos maiores esquemas criados para promover o investimento numa das regiões mais isoladas do país”.<sup>1</sup>

Na década de 80, em plena integração de Portugal na Comunidade Económica Europeia, o arquipélago da Madeira apresentava uma economia débil e excessivamente dependente.

“O arcaísmo das estruturas agrícolas, a deficiente distribuição da população ativa pelos diversos sectores da atividade económica, com excessivo peso do primário; a fragilidade e baixa produtividade do sector industrial, contribuindo apenas com pouco mais de 20% para a formação do Produto Regional Bruto; a reduzida capitalização deste Produto, em valor que, de acordo com as estimativas existentes, não excederia metade do correspondente indicador para o conjunto dos países; a deficiência e inadequação de infraestruturas de base, nomeadamente as de transportes” são alguns exemplos que caracterizavam o atraso da Região.<sup>2</sup>

A necessidade de satisfazer carências básicas no arquipélago aliadas às difíceis condições orográficas da região, a fraca atividade agrícola, a ausência de matérias-primas, a escassez de mão-de-obra adequada bem como a insignificante dimensão do mercado interno potenciaram a criação de uma política económica “desenvolvimentista” caracterizada por medidas fiscais mais flexíveis e favoráveis.<sup>3</sup>

Era definido no Decreto-Regional 53/82 no artigo 1.º que a zona franca era “um enclave territorial onde as mercadorias que nela se encontram são consideradas como não estando

---

<sup>1</sup> Sérgio Vasques, « The Madeira Fiscal Trade Zone: Compliance and Control Issues», in *European Taxation*, April – 2012, página 149.

<sup>2</sup> Francisco Costa, “A criação da Zona Franca e a adesão à CEE: sua compatibilização e implicações no processo de desenvolvimento da Região”.

<sup>3</sup> Francisco Costa, “A criação da Zona Franca e a adesão à CEE: sua compatibilização e implicações no processo de desenvolvimento da Região”.

no território aduaneiro para efeitos da aplicação de direitos aduaneiros de restrições quantitativas e de demais imposições ou medidas de efeito equivalente”.

A criação da Zona Franca da Madeira, ou CINM- Centro Internacional de Negócios apresentava na estrutura inicial quatro áreas de investimento diferentes nomeadamente a Zona Franca Industrial, os serviços Financeiros, os serviços internacionais e o Registo Internacional de Navios. A aposta nestes quatro pilares pretendeu maximizar as características da ilha- a sua localização geográfica (proximidade do mar) e a sua estabilidade política.

O Centro Internacional de Negócios da Zona Franca da Madeira foi palco de várias alterações legislativas durante a sua vigência, criando uma instabilidade legislativa, fenómeno bloqueador da capacidade competitiva da região.

Desde 1980 até 2011 o Centro Internacional de Negócios foi alvo de três regimes de auxílios fiscais diferentes.

Assim, e caracterizando de forma muito genérica, o 1º regime de auxílios de Estados<sup>4</sup> concedido à Região Autónoma da Madeira ocorreu em 1987, fruto de negociações com a Comissão Europeia. Contemplava a criação de um centro de serviços financeiros, um centro de serviços internacionais, uma zona franca e um registo marítimo internacional, como referido anteriormente. A influência deste regime encontra-se patente no artigo 33.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

Já no Regime II, autorizado pelo auxílio de Estado N222/A/2002 e N222/B/2002, e aprovado pelo Decreto-Lei n.º 163/2003 de 24 de Julho, terá desaparecido o pilar financeiro (nomeadamente os Serviços Financeiros), dado que a OCDE e o Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas terão considerado este pilar como prejudicial.

No que toca ao Regime III aprovado pelo Decreto-Lei n.º 13/2008<sup>5</sup> de 18 de Janeiro, terá vigorado entre 2007 a 2013, focando a sua estratégia de desenvolvimento nos três vetores presentes no antigo Regime II (Serviços Internacionais, Registo Internacional de Navios e na Zona Franca Industrial).

---

<sup>4</sup> Auxílio Estatal N204/86- carta SG (87) D/6736 de 23/5/1987 e Auxílio Estatal E13/91.

<sup>5</sup> De referir que o Auxílio de Estado que originou o Regime III foi o seguinte: Auxílio Estatal N421/2006.

Convém salientar que aos dois últimos regimes da Zona Franca se encontram subjacentes requisitos adicionais para o acesso aos mesmos. Assim, as empresas que criassem determinado número de postos de trabalho teriam o acesso mais facilitado à obtenção das licenças, com taxas de IRC relativamente mais baixas e com plafonds limitativos da conceção de benefícios.

Por outro lado, as alterações legislativas patentes ao longo dos regimes da Zona Franca da Madeira foram acompanhando as influências comunitárias (o relatório da OCDE e o Código da Fiscalidade das empresas), que responsabilizavam em parte o aparecimento de uma “concorrência fiscal prejudicial”, pela criação de áreas fiscalmente mais atrativas.

Ao fim de mais de duas décadas, verificamos que a solução criada para promover e desenvolver a região insular da Madeira, não terá recebido aplausos de fôrça unânime pela doutrina.

Segundo alguns autores<sup>6</sup>, a Zona Franca não atingiu os objetivos expectáveis, denegrindo a imagem da Região num contexto internacional. Paralelamente, terá fomentado a proliferação de sociedades sem estrutura física que não contribuem de forma eficiente para o desenvolvimento económico sustentado da Região, o que poderá propiciar e fomentar o aparecimento a esquemas abusivos de Planeamento Fiscal. A preocupação adstrita à necessidade de os Estados poderem atingir um equilíbrio entre o interesse público no combate a mecanismos abusivos e a necessidade de evitarem distorções na concorrência Europeia estão associadas à criação das normas anti-abuso.

É neste contexto que surge o aparecimento da cláusula geral anti-abuso<sup>7</sup> portuguesa, em 1999 (que oportunamente teremos oportunidade de desenvolver), na análise que faremos ao acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de fevereiro de 2011.

No acórdão em causa, pronuncia-se o Tribunal Central Administrativo Sul pela aplicação da cláusula geral anti-abuso, a uma sociedade do Grupo Jerónimo Martins. A situação em causa plasma-se, genericamente, pela transmissão de financiamentos (prestações suplementares) a entidades sediadas nos países Baixos, através de empresas sediadas na Zona Franca da Madeira.

---

<sup>6</sup> Sérgio Vasques, *The Madeira Free Trade Zone: Compliance and Control Issues*, European Taxation, April, 2012.

<sup>7</sup> A cláusula geral anti-abuso faz parte do artigo 38.º da Lei Geral Tributária.

O mecanismo adjacente à operação em causa foi considerado abusivo pela Autoridade Tributária, tendo recebido acolhimento em sede jurisdicional.

Ao longo do trabalho analisaremos a situação em jurídica e factual do acórdão relacionando com a aplicação das cláusulas anti-abuso num espaço geográfico beneficiário (à data do acórdão)<sup>8</sup> de um sistema fiscal privilegiado.

---

<sup>8</sup> O Acórdão em causa data de 15 de Fevereiro de 2011.

## **2.Análise do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011**

### **2.1.Enquadramento Factual**

No Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de fevereiro de 2011, os factos em causa remontam ao período temporal entre 2000 a 2002, do qual resultou a aplicação da cláusula geral anti-abuso na determinação da matéria coletável aos exercícios compreendidos nos anos supracitados, originando correções e liquidações em IRC.

Ora, a impugnante, a Sociedade “Recheio, SGPS, SA” não se conformou com a decisão do Tribunal Tributário de Lisboa (T.A.F.) que julgou procedente a decisão contida no despacho do Diretor Geral dos Impostos, datado de 16 de agosto de 2004, tendo recorrido para o Tribunal Central Administrativo Sul. O recurso acabou por ser julgado improcedente por parte do Tribunal Central Administrativo Sul, confirmando consequentemente a sentença recorrida e aplicando a cláusula geral anti-abuso à matéria coletável nos períodos de 2000, 2001 e 2002.

Antes de mais, cumpre inicialmente contextualizar a situação. A empresa em causa nomeadamente, a empresa Recheio, SGPS S.A. (anteriormente citada), faz parte integrante da grupo Jerónimo Martins, S.G.P.S., grupo empresarial português cotado em bolsa que desenvolve a sua atividade na “gestão de participações sociais no sector da distribuição alimentar em Portugal e na Polónia”.<sup>9</sup> É objeto de duas inspeções tributária uma com início a 26 de outubro de 2003, referente aos exercícios de 2000 e 2001 e outra a 5 de março de 2004, relativamente ao exercício de 2003, no âmbito da qual o Diretor Geral dos Impostos autorizou a aplicação da cláusula geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º2 da Lei Geral Tributária, “ao resultado tributável em sede de IRC dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, declarado pela Autora, para tanto se devendo proceder às correções técnicas necessárias e às consequentes liquidações”.<sup>10</sup>

Ora, de acordo com o referido acórdão, o Capital Social da empresa Recheio e SGPS,SA. era detido em 84%, em 31 de dezembro de 2002, pela empresa “Servicompra- Consultores

---

<sup>9</sup> Cit. Acórdão de 15/02/2011, processo 04255/10 do Tribunal Central Administrativo Sul.

<sup>10</sup> Cit. Acórdão de 15/02/2011, processo 04255/10 do Tribunal Central Administrativo Sul.

de Aprovisionamento, Lda.,” e na percentagem de 16% pela sociedade Jerónimo Martins, SGPS,SA.”

Paralelamente, a empresa Recheio SGPS, SA. detinha 89% do capital social da sociedade “PSQ-Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários Lda. e os restantes 11% eram detidos pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS,SA.”. Por seu turno, a empresa “PSQ-Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários” é uma firma com sede na Zona Franca da Madeira, à data isenta do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas de acordo com o artigo 41º, nº1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais<sup>11</sup>, apresentando como objeto social a atividade de prestação de serviços contabilísticos e económicos.

De acordo com o relatório de inspeção em causa, a Autora terá transferido, em 21 de Dezembro de 1995, para a empresa “PSQ”, determinadas quantias a título de prestações suplementares, que por sua vez esta sociedade terá transferido para empresas Holding BV (na Holanda), sob a forma de mútuos.

Além da referida empresa “PSQ”, o grupo Jerónimo Martins possuía também na zona Franca da Madeira, mas desta vez a 100%, a empresa HERMES-Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários Lda. que através de contratos de mútuos cedia a empresas sediadas na Holanda avultados empréstimos acrescidos e juros.

Mais se acrescenta, e segundo o relatório de inspeção em causa, que os dividendos provenientes da sociedade “PSQ” são distribuídos aos sócios em 11% para a sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA” e em 89% para a empresa Recheio SGPS, SA., não sofrendo qualquer tipo de tributação de acordo com a isenção de IRC de que beneficiam as entidades sediadas na Zona Franca da Madeira.

Tendo em conta o referido relatório, a Autora, através da utilização da sociedade “PSQ” na celebração dos contratos de mútuo, terá reduzido significativamente a tributação da sua base coletável aumentando simultaneamente o prejuízo fiscal reportado.

---

<sup>11</sup> De acordo com o decreto-lei 215/89 de 1/7 “ as entidades que participem na constituição do capital social de empresas a instalar na Zona Franca da Madeira e Zona Franca da Ilha de Santa Maria aproveitam, com dispensa de qualquer formalidade, de isenção de IRS ou de IRC relativamente aos rendimentos provenientes de juros e outras formas de remuneração de suprimentos, abonos ou adiantamentos de capital feitos pelos sócios às sociedades, aos lucros atribuídos aos sócios por essas sociedades e bem assim, aos resultantes dos juros e outras formas de remuneração devidos pelo facto de os sócios não levantarem os lucros de remunerações colocados à sua disposição”.

Sinteticamente, e atendendo às considerações de Gustavo Lopes Courinha<sup>12</sup>, no acórdão em causa, a sociedade portuguesa “Recheio SGPS, S.A.” sediada em Portugal Continental transferia prestações suplementares de capital para sociedades sediadas na Zona Franca da Madeira que, por sua vez, canalizavam os referidos montantes para sociedades BV, sediadas na Holanda, sob a forma de contratos de mútuo. Os juros provenientes dos empréstimos cedidos às Sociedades BV, sediadas na Holanda, eram posteriormente distribuídos à sociedade “Recheio SGPS.SA.”, sob a forma de dividendos através do regime jurídico da eliminação da dupla tributação económica dos lucros.

### **2.1.1.O Regime Especial da Tributação dos Grupos de Sociedades**

No acórdão em análise, objeto de estudo do presente trabalho, verificamos que a panóplia de operações ocorridas através dos financiamentos a sociedades holandesas (BV), a partir de sociedades sediadas nas Zona Franca da Madeira, se concentrava num determinado tipo de estrutura empresarial- as Sociedades de Grupo e em particular as Sociedades Gestoras de Participações Sociais.

Segundo José Engrácia Nunes «o grupo de sociedades constitui a forma organizativa típica da grande empresa do nosso tempo»<sup>13</sup>.

Para que se possa compreender as operações ocorridas no referido acórdão convém antes de mais, apresentar e identificar os traços gerais deste regime.

O regime especial de tributação dos grupos de sociedades apresenta consagração legal no ordenamento jurídico português no artigo 69º do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Ora, como se pode constatar no nº2 do artigo 69º, só «existe um grupo de sociedades quando uma sociedade dita dominante detém, direta ou indiretamente, pelo menos 90% do capital de outra ou outras sociedades ditas dominadas, desde que tal

---

<sup>12</sup> Gustavo Lopes Courinha, «E assim começou a História...A aplicação Jurisprudencial da Cláusula Geral Anti - abuso: anotação ao ACTA-SP. N.º 4225/10; Revista de direito e Gestão, Fiscalidade», Dezembro de 2010, página 110».

<sup>13</sup> Cit. José Engrácio Antunes, « A Tributação dos Grupos de Sociedades», Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, Coimbra, n.º 45, Janeiro- Março de 2011.

participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto». Assim sendo, a noção jurídica de grupo plasma-se na existência de situações de domínio total, na medida em que uma sociedade detenha pelo menos, direta ou indiretamente 90% das restantes filiais, conferindo simultaneamente participações de 50% dos votos<sup>14</sup>.

No entanto, a opção que a lei confere à aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades só pode ocorrer quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos: as sociedades dominadas têm de estar sediadas em Portugal e os rendimentos obtidos sujeitos ao regime normal e à taxa mais elevada; a participação pela sociedade dominante em relação à dominada tem de ser detida há mais de um ano e com referência à data do início do regime (altura em que à partida se terá optado pela aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades); a sociedade dominante não pode ser considerada dominada de outra sociedade residente com requisitos suficientes para ser considerada dominante e que a sociedade dominante não tenha efetuado nenhuma renúncia à aplicação do regime especial em causa, nos três anos anteriores com referência à data do início do regime.<sup>15 16</sup>

A opção pelo referido regime é, segundo o artigo 69º, nº1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, opcional. Contudo, uma vez efetuada a opção pelo regime, devem ser incluídas no âmbito de atuação todas as sociedades do grupo que observem esses requisitos, sob pena de operar a caducidade do regime.<sup>17</sup>

Da opção por este regime advém também algumas obrigações acessórias como a comunicação à Direção Geral dos Impostos, até ao fim do terceiro mês do período de tributação em que se pretende iniciar a sua aplicação, assim como uma possível renúncia ou cessação.

---

<sup>14</sup> Cfr. Rui Duarte Morais in «Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, Almedina, novembro de 2007, página 155».

<sup>15</sup> Cfr. Vasco Branco Guimarães e outros in «Lições de Fiscalidade, Almedina, página 275».

<sup>16</sup> VIDE: alíneas a), b),c),d) do artigo 69º do Código do Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>17</sup> Sobre a caducidade do regime especial da Tributação do Rendimento das Pessoas Coletivas consultar o artigo 69º,nº4 do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

Quanto à determinação do lucro tributável vem o artigo 70º do Código esclarecer que o mesmo é “calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo”.<sup>18</sup>

Este sistema implica que cada sociedade que integre o grupo, assim como a sociedade-mãe entregue a sua declaração com o respetivo resultado fiscal apurado. Posteriormente, a sociedade-mãe terá a obrigação de entregar uma declaração adicional onde apresente o resultado fiscal do grupo.

O regime em causa permite compensar os lucros e os prejuízos das várias sociedades do grupo em todos os exercícios (períodos temporais).

### **2.1.2. A Eliminação da Dupla Tributação Económica**

O regime especial de tributação dos grupos de sociedades permite a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos pela sociedade filha à sociedade-mãe.

O mecanismo aplicado pelo ordenamento jurídico português para a eliminação da dupla tributação económica assenta no método da dedução plasmado no artigo 51º do código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, que citando José Engrácia Antunes «permite aliviar a carga fiscal global dos agrupamentos societários assentes em participações de capital mediante a dedução da base tributável do IRC da sociedade participante dos rendimentos relativos a lucros distribuídos por sociedades nas quais aquela detenha uma participação social correspondente a uma percentagem igual o superior a 10% do capital destas»<sup>19</sup>.

A aplicação do regime em causa pressupõe que as sociedades participadas, que distribuem os lucros estejam sediadas em Portugal e sujeitas a IRC, que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a tributação e que a sociedade beneficiária dos referidos lucros tenha uma participação de no mínimo 10% do capital social das participadas, tendo a participação

---

<sup>18</sup> Cit. Artigo 70º do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>19</sup> José Engrácia Antunes, in «A Tributação dos Grupos de Sociedades», Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, Coimbra, n.º 45, janeiro-Março 2001.

permanecido de modo ininterrupto durante um ano à data da colocação à disposição da distribuição dos dividendos<sup>20</sup>.

### **2.1.3.A Diretiva Sociedade-mães e afiliadas**

A problemática subjacente à eliminação da dupla tributação económica assume uma dimensão à escala global na generalidade das estruturas societárias anteriormente referidas. A implementação de empresas ou grupos de empresas Portuguesas em vários países da União Europeia poderia desencadear a tributação sobre o mesmo rendimento em dois países diferentes, quando a sociedade-mãe, residente num Estado Membro, for tributada por rendimentos originários da distribuição de lucros pelas suas sociedades -filhas implementadas noutros Estados-Membros.<sup>21</sup>

A relevância da situação em causa espoletou na criação, por parte do Conselho Europeu, da Diretiva n-º 90/435/CE de 23 de julho de 1990, atualmente Diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011 (vulgarmente designada por Diretiva “mães-afiliadas”).

O objetivo da presente diretiva plasmava-se na eliminação da obrigação da retenção na fonte aos lucros distribuídos por afiliadas às sociedades-mãe, desde que se encontrassem sediadas na União Europeia.

Em Portugal, a Diretiva 90/435/CE foi adotada pelo Decreto-Lei n-º 132/92 de 2 de julho, que alterou algumas disposições ao Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, tendo consagração legal no artigo 51º, n.º5 do referido Código. O artigo citado refere que a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos também se aplica nas situações em que uma entidade residente em território português detenha uma participação de acordo com os termos e condições referidos nos nº1 e 2 do artigo 51º, em entidade residente noutro Estado Membro da União Europeia, desde que ambas as

---

<sup>20</sup> VIDE : Artigos 51º,nº1 alínea a); 51º, nº10 e 51º,nº1 alínea c), todos do Código de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>21</sup> José Engrácia Antunes, in «A Tributação dos Grupos de Sociedades», Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, Coimbra, n.º 45, janeiro-março de 2001;

entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2º da Diretiva nº 90/435/CEE, do Conselho, de 23 de julho».<sup>22</sup>

A sujeição ao regime abrangido pela Diretiva em análise prevê que as entidades envolvidas apresentem uma estrutura orgânica e societária prevista no anexo da diretiva, que estejam sediadas (residentes) num Estado Membro e sujeitas ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.<sup>23</sup>

A diretiva mães-afiliadas não se aplica exclusivamente à distribuição de dividendos recebidos por sociedades sediadas em Portugal, beneficiando também da referida isenção os lucros que as sociedades Portuguesas (residentes) distribuam a entidades sediadas noutros Estados-Membros.<sup>24</sup>

A aplicação da referida diretiva elimina a dupla tributação económica internacional à entrada e à saída de dividendos (lucros) cedidos pelas filiais (sociedades-filhas às sociedades mães), tributando-se apenas a sociedade que gerou os dividendos.

#### **2.1.4. As Sociedades Gestoras de Participações Sociais (Holdings)**

Em Portugal, as Holding Companies são designadas por Sociedade Gestoras de Participações Sociais. Apresentam uma natureza legislativa diversificada, sendo reguladas por várias disposições.

No entanto, o Decreto-Lei com maior relevância na matéria é o 495/88 de 30 de dezembro de 1988, alterado pelo Decreto-Lei 318/94 de 24 de dezembro de 1994 e pelo Decreto-Lei 378/98 de 27 de novembro de 1998.

Este tipo de empresas apresenta uma estrutura orgânica especial no topo hierárquico de grandes grupos societários, na medida em que a sociedade-mãe possui um objeto social de

---

<sup>22</sup> VIDE : Artigos 51º, nº1, nº2 e nº5, todos do Código de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>23</sup> Cfr. Artigo nº2 da atual redação da Diretiva “mães- afiliadas” 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011.

<sup>24</sup> Francisco de Sousa Câmara, in «Madeira Free Zone Legislation Amended», European Taxatín, January 1994.

natureza puramente financeira, focando a sua atividade na gestão estratégica de participações sociais detidas nas sociedades componentes do grupo<sup>25</sup>.

Desta forma, o objetivo primordial desse tipo de estrutura orgânica era a gestão das participações de outras empresas dentro do grupo como forma indireta de exercício das atividades empresariais. Para tal afigurava-se necessário que a sociedade-mãe detivesse mais de 10% dos direitos de voto das suas subsidiárias, por períodos superiores a um ano.

No entanto, em determinadas circunstâncias as sociedades gestoras de participações sociais podem deter participações ocasionais e/ou inferiores a 10% do capital (com voto) da sociedade participada, quando as participações em causa não excedam 30% do valor total das participações iguais ou superiores a 10% do capital social (com voto) das participadas, sempre que as participações tenham sido adquiridas por efeito de fusão ou cisão da participada e que tal participação ocorra em relação de subordinação com a Sociedade Gestora de Participação Social.<sup>26</sup>

Na sua generalidade, os contratos de sociedade deste tipo de estrutura societária não estipulam limitações em função da natureza, do objeto, da nacionalidade ou do montante das participações a adquirir pela sociedade. Na verdade, tal situação pode ocorrer, desde que os sócios revelem algum interesse, restringindo por exemplo o âmbito da empresa ao espaço jurídico nacional, ou agrupando as participações em diferentes SGPS, com o carácter de sub-holdings, focadas na gestão de participações de natureza diversa.

Paralelamente, as Sociedades Gestoras de Participações Sociais podem prestar serviços técnicos de administração e gestão a todas ou a algumas das suas empresas participadas.

Os serviços enunciados devem ser registados em acordos escritos e remunerados de acordo com a disponibilidade e a complexidade das sociedades participadas.

Dado o carácter especial do tipo de sociedade em causa, é obrigatório o acompanhamento por parte de um Revisor Oficial de Contas ou por uma empresa de auditoria.

---

<sup>25</sup> José Engrácia Antunes, «OS Grupos de Sociedades- Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária, 2002, página 88»; António Menezes Cordeiro «Sociedades Gestoras de Participações Sociais», O Direito, III, julho-setembro, 2001, Páginas 557 e ss.; Rui Duarte Morais, «Apontamentos ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas», Almedina, novembro 2007, página 159.

<sup>26</sup> Paulo Olavo Cunha, «Direito das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, página 890 e ss.»

Expostos sumariamente os regimes jurídicos inerentes à tributação dos grupos de sociedade e às sociedades gestoras de participações sociais, cumpre, efetivamente, explicitar as diferenças inerentes aos dois regimes. Neste sentido, convém esclarecer que os regimes jurídicos em causa apresentam objetos sociais diferentes. Por um lado, as Sociedades Gestoras de Participações Sociais têm como função primordial a gestão das participações sociais de outras sociedades, enquanto que as sociedades reguladas pelo Regime Especial de tributação dos grupos de Sociedades exercem atividades comerciais e podem, simultaneamente, deter participações noutras sociedades.

A venda ou a aquisição de determinadas participações sociais desenvolvidas pela S.G.P.S. promovem o carácter indireto da atividade económica prosseguido por estas estruturas societárias, ao invés das empresas ou grupos de sociedades que prosseguem atividades comerciais ou industriais específicas e determinadas.

A limitação no âmbito de atividade económica inerente às Sociedades Gestoras de Participações Sociais é compensada pelas possíveis vantagens fiscais patentes no artigo 32º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

Desta forma e atendendo ao artigo em causa, verificamos que a tributação de dividendos recebidos por uma Sociedade Gestora de Participações Sociais através de uma sociedade Portuguesa (a qual por sua vez deve ser sujeita ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas) ou de outras entidades subsidiárias em diferentes países da União Europeia pode beneficiar de uma isenção total sobre a tributação em sede de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas desde que se encontrem verificados os seguintes requisitos, a saber : i) a entidade subsidiária tem de ser uma empresa Portuguesa ou estar sediada num país da União Europeia; ii) e a participação social têm de ser detida por um período mínimo de um ano, não apresentando até 2011 nenhuma percentagem mínima de participação intersocietária obrigatória.<sup>27</sup>

Com as alterações aprovadas pelo Orçamento de Estado de 2011, as estruturas empresariais em causa ficaram sujeitas ao artigo 51º do Código do Impostos Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, deixando de beneficiar de qualquer dedução ou isenção

---

<sup>27</sup> A proposta de Orçamento de Estado para 2011 contemplava a obrigatoriedade de uma percentagem mínima de participação intersocietária em 10% para o benefício da referida isenção. Sobre esse ponto cfr. a proposta de Orçamento de Estado para 2011.

nos dividendos adquiridos nas participações intersocietárias de montante inferior a 10% e que não tenham sido objeto de tributação efetiva.<sup>28</sup>

Por outro lado, a vantagem fiscal obtida com a isenção da tributação das mais e das menos-valias, em sede de Imposto Sobre a Rendimento das Pessoas Coletivas, é limitada pelo nº3 do artigo 32º do Estatuto dos benefícios fiscais. Assim, para que a referida isenção possa operar é necessário que as participações sociais tenham sido adquiridas há mais de três anos, impedindo desta forma a transformação neste tipo de sociedades com fim exclusivo de obtenção de mais-valias, e consequentemente com a redução da carga fiscal.

## **2.2.Enquadramento Normativo**

Apresentados os factos subjacentes ao acórdão em causa e analisados sucintamente os regimes jurídicos que caracterizam as operações económicas ocorridas entre as entidades relacionadas, analisaremos, em seguida, as questões de direito material (que consideramos relevantes) questionadas pela Autora ao “Douto Tribunal”.

Ora, vem a Autora argumentar a este “Douto Tribunal”<sup>29</sup> a caducidade do procedimento anti-abuso previsto no nº3 do artigo 63º do Código do Processo e do Procedimento Tributário. Na redação da lei 15/2001, de 5 de junho o prazo de caducidade adjacente à liquidação de tributos com recurso às normas anti-abuso podia ser aberto «no prazo de três anos após a realização do ato ou da celebração do negócio jurídico objeto da aplicação das disposições anti-abuso».<sup>30</sup>

A questão em torno do prazo de caducidade centra-se essencialmente na delimitação temporal dos factos que originam a aplicação do mecanismo previsto no nº3 do artigo 63º do referido Código.

---

<sup>28</sup> José Engrácia Antunes, in «As Sociedades Gestoras de Participações Sociais, 69, Direito das Sociedades em Revista», 2009, páginas 67-103.

<sup>29</sup> Tribunal Central Administrativo Sul (acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10).

<sup>30</sup> O Artigo 63º, nº3 do Código de Processo e Procedimento Tributário apresenta atualmente uma nova redação, introduzida pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que entrou em vigor em 1-1-2009: «O procedimento referido n.º1 pode ser aberto no prazo de três anos a contar do início do ano civil seguinte ao da realização do negócio jurídico objeto das disposições anti-abuso.»

Segunda a Autora, “ PSQ – Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários, Lda.”, o prazo para a contagem dos três anos na aplicação das normas anti-abuso inicia-se a partir da celebração dos contratos de mútuo, nomeadamente nos períodos compreendidos entre 1995 e 1997. Contrariamente ao defendido pela Autoridade Tributária que estabelece o início da contagem do prazo a partir da receção dos acréscimos patrimoniais «como dividendos dedutíveis»<sup>31</sup>, facto constatado nos exercícios de 2000, 2001 e 2002.

No ponto em análise convém, antes de mais, apresentar o instituto jurídico da caducidade. Genericamente, a figura jurídica da caducidade aplica-se a qualquer direito que necessite de ser exercido num determinado período temporal.

Citando Ana Prata<sup>32</sup> a figura em causa opera quando o direito não é exercido dentro de um dado prazo, definido por lei ou por convenção das partes. O regime em causa encontra-se consagrado nos artigos 328.º e seguintes do Código Civil, apresentando como característica principal a ininterrupção de um determinado prazo. Não tem, a partida, eficácia *ex tunc*, extinguindo apenas os seus efeitos para o futuro.

Na perspetiva fiscal, a figura jurídica da caducidade assenta em razões de certeza e segurança jurídicas e encontra-se definida no artigo 45.º da Lei Geral Tributária. A sua verificação ocorre quando o direito (por parte do sujeito ativo- Estado ou outra entidade pública) de liquidar o tributo exceder o prazo legalmente definido. Neste ponto é de salientar que o prazo geral é de quatro anos, “quando a lei não fixar outro”, concedendo um carácter geral e supletivo ao preceito referido no n.º1 do artigo 45.º.

Como se pode verificar o n.º2 do artigo 45.º da Lei Geral Tributária define o prazo máximo de três anos para aplicação do direito em causa, em caso «de erro evidenciado na declaração do sujeito passivo ou na utilização de métodos indiretos, em determinadas circunstâncias.»<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> VIDE: Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul de 15/02/2011, processo n.º 04255/10.

<sup>32</sup> Ana Prata in «Dicionário Jurídico, Volume I, 5ª Edição, Direito Civil, Almedina, Janeiro de 2008».

<sup>33</sup> VIDE : Artigo 45.º,n.º2 da Lei Geral Tributária.

## 2.3. Os Mecanismos Subjacentes à Redução dos Impostos

### 2.3.1.A Gestão Fiscal

Os argumentos jurídicos utilizados pela Autora foram derrubados por este Douto Tribunal, que fundamentou a sua posição no recurso à Doutrina.

Desta forma, crê o “Douto Tribunal” que a minimização dos impostos a suportar por uma determinada entidade se encontra adstrita à racionalidade económica. Ora não poderíamos discordar de tal facto, na medida em que a gestão eficiente de uma entidade se pauta pela minimização de custos, desde que não tenha recorrido a nenhum mecanismo ilícito.

Nos subpontos seguintes apresentaremos brevemente as três formas de minimização dos impostos apresentados pela doutrina, a saber: a gestão ou planeamento fiscal; a evasão ou elisão fiscal e a fraude fiscal.

Segundo a perspetiva doutrinária, a Gestão ou o Planeamento Fiscal consiste na redução do imposto a pagar de forma lícita e permitida pelo legislador.

Segundo Manuel Henrique de Freitas, a gestão fiscal<sup>34</sup> caracteriza-se por uma postura ativa do contribuinte, que ciente dos impactos fiscais na sua atividade, procura minimizar “a factura fiscal que sobre ele recai”, aumentando o seu rendimento após o pagamento do imposto.

Convém também referir que a gestão ou o planeamento fiscal<sup>35</sup>, segundo outros autores, se plasma numa abordagem geral estratégica de uma referida empresa, na medida em que a minimização do impostos a pagar não deve ser o único fim subjacente a uma estratégia empresarial.

Neste sentido, a estratégia empresarial deve apresentar uma abordagem multilateral: a gestão fiscal deve tomar em consideração as consequências fiscais para todas as partes envolvidas no negócio ou na transação; deve ter-se em conta os impostos explícitos e

---

<sup>34</sup> Manuel Henriques de Freitas Pereira, *Fiscalidade*, Almedina, 2ª edição, 2007, página 41.

<sup>35</sup> Luís Saldanha Sanches designava a gestão fiscal por “planeamento fiscal legítimo”, que consistia numa técnica de diminuição de carga fiscal que permitia ao contribuinte renunciar a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou, pela escolha de uma solução com menor carga fiscal proporcionada pelo legislador. -Os limites do planeamento fiscal, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, páginas 21 a 107.

implícitos, não desprezando também a importância dos custos não fiscais já que certas opções podem minimizar os impostos a pagar mas acarretar o aumento de outros custos.<sup>36</sup>

As principais modalidades da gestão fiscal são as exclusões tributárias, os benefícios fiscais e as alternativas fiscais. Neste ponto convém referir que as modalidades acima citadas não serão objeto de estudo no nosso trabalho, na medida em que nos focaremos na análise mais aprofundada da evasão e a da fraude fiscal, tendo em conta o acórdão apresentado.

### **2.3.2. A Evasão Fiscal**

Podemos caracterizar a evasão fiscal como o conjunto de atos ou de contratos atípicos que apresentam como escopo essencial a diminuição dos impostos a pagar. As modalidades subjacentes a evasão fiscal surgem, na generalidade, das situações através de lacunas da lei, assim como na utilização e distorção da letra da lei proporcionando ao contribuinte uma oportunidade, isto é, uma diminuição e redução de determinado imposto.

Nos últimos anos temos assistido a uma globalização da evasão fiscal originada pelo aparecimento das empresas multinacionais e fomentada pelas 4 liberdades (circulação, mercadorias, capitais e pessoas).

Concretamente, o fenómeno em causa pautava-se pela deslocalização de empresas ou de pessoas singulares para territórios com jurisdições fiscais mais favoráveis, tendo como finalidade única a redução da carga tributária. A maioria dos espaços geográficos em causa, destinatários destas deslocalizações oferecia aliada a uma legislação fiscal muito favorável (ou quase nula) um absoluto sigilo bancário, não existindo para o efeito qualquer troca de informação entre o estado de origem e o estado destinatário (de dividendos na maioria das situações).

Segundo alguns autores, o fenómeno da evasão fiscal internacional é “facilitado pela existência de territórios de baixa tributação, que se designam também por territórios de regime fiscal privilegiado ou por paraísos fiscais”<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Manuel Henriques de Freitas Pereira, *Fiscalidade*, Almedina, 2ª edição, 2007, página 416.

<sup>37</sup> Manuel Henriques de Freitas Pereira, *Fiscalidade*, Almedina, 2ª edição, 2007, página 436.

No entanto, e indo ao encontro da nomenclatura defendida por Alberto Xavier, convém ter presente que a expressão elisão fiscal internacional ( tax avoidance) não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (tax evasion), na medida em que não estamos perante um ato ilícito pelo qual o sujeito passivo viola alguma obrigação tributária, mas sim pela prática de atos lícitos realizados na esfera da sua liberdade e estratégia empresarial.

Assim sendo, a opção pelo ordenamento jurídico mais favorável não se traduz automaticamente numa ausência de tributação, sendo apenas uma tributação mais moderada e que permite a subsistência e a manutenção adequada de uma determinada estrutura empresarial.

Para este autor, a elisão fiscal internacional assenta essencialmente em dois pressupostos, a saber, a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, em que um apresenta uma legislação tributária mais favorável, e na faculdade concedida ao sujeito passivo de optar por um desses ordenamentos jurídicos ( à partida o mais favorável à manutenção da sua estrutura empresarial).

Defende este autor que a evasão fiscal internacional se divide em evasão fiscal objetiva, na medida em que opera através de local onde se encontra a fonte de produção ou do pagamento de um rendimento (por exemplo, estabelecimento estável), e na evasão fiscal subjetiva assente na residência ou no domicílio do contribuinte.

Tal como referimos anteriormente, os territórios de baixa tributação, ou em certos casos os Paraísos Fiscais, facilitaram a criação de determinadas estruturas empresariais porque beneficiavam de várias vantagens, nomeadamente a isenção de pagamento do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (em Portugal IRC).As sociedades base, as sociedades Holding (em Portugal Sociedades Gestoras de Participações Sociais) e as sociedades de serviços são frutos das vantagens fiscais desses territórios.

As sociedades base são sociedades sediadas em territórios de baixa tributação, dirigidas por pessoas residentes noutros países, e que têm como objetivo a concentração de lucros obtidos no desenvolvimento de outras operações. Assim, estas estruturas societárias dispersam outra atividade económica por vários territórios, para que no final possam ser distribuídos para os destinatários com a menor carga tributária possível.

Além das sociedades base, estes territórios permitiram também o aparecimento das sociedades de serviços, sociedades que colocam num determinado território estruturas empresariais como auxílio à faturação de serviços prestados a empresas residentes noutros países (como por exemplo sociedades que possuam marcas ou patentes).

Relativamente às sociedades Holding remeteremos os nossos comentários para o ponto sobre as Sociedades Gestoras de Participações Sociais, onde efetivamente já abordámos a estrutura empresarial em causa.

Além das referidas estruturas empresariais supra referidas, uma das formas mais habituais de evasão fiscal subjetiva designa-se por Treaty Shopping, isto é, a utilização abusiva das convenções de dupla tributação.<sup>38</sup>

Os mecanismos de combate a esse fenómeno plasmaram-se na criação da cláusula do beneficiário efetivo, criada em 1977 pela OCDE, segundo a qual a convenção não se aplica a residentes de outros estados membros que não sejam beneficiários efetivos de um determinado rendimento (se nos focarmos por exemplo na limitação da tributação no Estado da Fonte).

### 2.3.3. A Fraude Fiscal

Refere a sentença do nosso Douto Tribunal que a fraude fiscal se caracteriza pela “realização de atos ou negócios ilícitos frontalmente contrários à lei fiscal, por isso mesmo também designados por *contra legem*. São exemplo desta via de minimização dos impostos a não entrega ao Estados dos tributos cobrados a terceiros, a obtenção de reembolsos de tributos indevidos, a alteração ou ocultação de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou de declarações fiscais, ou a existência de negócios simulados, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza.”<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> “Para a explicação da referida modalidade tomemos como exemplo uma pessoa singular residente no Mónaco e que detém investimentos em sociedade alemã. O Mónaco e a Alemanha, não têm entre si tratado de dupla tributação. A pessoa em causa constitui uma holding na Suíça com o propósito exclusivo de se beneficiar da aplicação do tratado entre a Alemanha e a Suíça, que prevê uma redução da taxa de retenção na fonte sobre os rendimentos.”- Alberto Xavier, in Direito Tributário Internacional, Almedina, 2009, Coimbra, página 402.

<sup>39</sup> VIDE: Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul de 15/02/2011 processo n.º 04255/10.

Apontada pela doutrina como uma das formas de redução dos impostos e perspetiva essa partilhada por este “Douto Tribunal”, a fraude fiscal regulada pelo artigo 103º do Regime das Infrações tributárias pode ocorrer quando se verificar a “ocultação ou alteração de factos ou valores que deva constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria coletável; quando se verifique a ocultação de factos ou valor não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; e quando se verifique a celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas”<sup>40</sup>.

Analisando a fraude fiscal como um crime tipificado no artigo em causa cremos que a conduta típica do crime se encontra preenchidas pelas alíneas a) b) e c) do nº1 do artigo 103º do Regime Geral das Infrações Tributárias.

No mundo empresarial são vários os exemplos de fraude fiscal que podemos encontrar, nomeadamente, a omissão de declaração de rendimentos, a ocultação de factos ou valores, a retenção de imposto que deveria ser entregue ao Estado ou até a falsificação de dados contabilísticos.

Nos últimos anos a fraude fiscal tem adquirido contornos preocupantes nomeadamente através das faturas falsas, pelas quais os sujeitos passivos realizavam vendas ou prestações de serviços sem recorrer à emissão de faturas, diminuindo os impostos sobre o rendimento e eliminando os impostos sobre as transações.

As elevadas cargas tributárias em determinados territórios e a dificuldade em manter estruturas empresariais estão na origem de alguns comportamentos evasivos ou fraudulentos. As políticas expansionistas ambicionadas por grandes grupos económicos não se compadecem com as elevadas cargas tributárias que sobre eles recaem. No entanto, se colocarmos a situação numa lógica proporcional e se recorrermos ao princípio da capacidade contributiva, depressa percebemos que deverá pagar mais imposto quem efetivamente tiver mais capacidade para gerar lucro, no caso do acórdão em análise - dividendos.

---

<sup>40</sup> VIDE: Artigo 103º nº1, do Regime Geral das Infrações Tributárias.

Ora, a fuga aos impostos através de comportamentos evasivos e fraudulentos provoca, numa primeira abordagem, um aumento do imposto a pagar sobre os contribuintes que cumprem com as suas obrigações fiscais.

A este atropelo ao princípio da igualdade seguem-se inúmeras situações que colocam em causa a manutenção e o equilíbrio do próprio sistema económico. A existência deste tipo de territórios com pouco ou quase nula tributação provoca uma concorrência “desleal”/ prejudicial relativamente aos outros países, sendo difícil competir num mercado à escala global com países que podem praticar preços de bens ou de serviços sobre os quais não tenham adjacentes na sua produção ou realização custos inerentes a uma determinada carga fiscal.

Paralelamente, a deslocalização de entidades para esses estados aumenta inevitavelmente o desemprego em determinados territórios ou a emigração de determinados quadros técnicos.

Citando Manuel Henriques de Freitas “ num contexto em que a fiscalidade atinja níveis elevados de evasão e fraude existe uma outra consequência - a da degradação da cidadania, pois os impostos são a sua primeira manifestação, com consequências a vários níveis. Quando o pagamento dos impostos não é assumido como um dever é todo o ambiente social que se degrada.”<sup>41</sup>

A reação a este tipo de mecanismos ilícitos de redução de impostos levou à adoção de medidas anti-abuso pelas legislações fiscais de diversos países. No ordenamento jurídico português, a aplicação e a faculdade concedida à Autoridade Tributária para recorrer a esse meio encontra-se regulado no artigo 63º do Código do Procedimento e do Processo Tributário.

O expoente máximo da aplicação das medidas anti-abuso no nosso ordenamento jurídico, consagra-se na aplicação do nº2 do artigo 38º da Lei Geral Tributária, ao qual oportunamente dedicaremos especial atenção.

---

<sup>41</sup> Manuel Henriques de Freitas Pereira, in Fiscalidade, Almedina, 2ª edição, 2007, página 435.

### 3.A Cláusula Geral anti-abuso

#### 3.1.A Ratio da Norma

Apresentados nos capítulos anteriores as questões de facto e de direito subjacentes ao acórdão em análise, cumpre neste ponto explicitar ou apresentar uma solução criada pelo ordenamento jurídico português de forma a impedir a difusão de mecanismos de fraude, evasão ou elisão fiscal.

Neste sentido, a criação das normas anti-abuso, nomeadamente da cláusula geral anti-abuso, plasmam-se na necessidade que os Estados apresentam em possuir meios de reação válidos para garantir a repartição proporcional e equitativa da carga tributária, promovendo simultaneamente o equilíbrio do sistema financeiro. Neste ponto entenda-se, a capacidade subjacente ao Estado em cumprir todas as suas obrigações para com os contribuintes.

A criação das referidas normas como combate à obtenção de situações fiscais privilegiadas (redução ou eliminação da carga tributária, como se alega no acórdão em causa), proporciona à Autoridade Tributária “ a atribuição de poderes para a desconsideração de certos negócios jurídicos”<sup>42</sup>. Para tal, é necessário estipular as condições e os limites em que uma “opção negocial do sujeito passivo pode ser posta em causa pela Autoridade Tributária que aplica, a um negócio jurídico”<sup>43</sup>, um tratamento tributário diferente do que seria esperado pelo contribuinte.

A ratio subjacente à cláusula geral anti-abuso sofreu uma alteração com a introdução do n.º2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária. Inicialmente, a cláusula geral anti-abuso tinha como função primordial a distinção de invalidade adstrita a determinados negócios jurídicos celebrados, relativamente aos efeitos jurídicos (civis) e às consequências fiscais. O que teria à partida pouca relevância prática.

Atualmente, a cláusula geral anti-abuso patente no n.º2 do artigo 38º da Lei Geral Tributária apresenta um âmbito de aplicação mais alargado, promovendo a ineficácia fiscal de determinados negócios jurídicos, mesmo que sejam válidos na perspetiva do Direito Civil.

---

<sup>42</sup> José Luís Saldanha Sanches in : “ Os limites do Planeamento Fiscal no direito Português”, página 165.

<sup>43</sup> José Luís Saldanha Sanches in : “ Os limites do Planeamento Fiscal no direito Português”, página 165.

Assim, e atendendo ao conteúdo da norma em causa, o legislador utiliza como critério de aplicação da referida norma anti-abuso os negócios jurídicos celebrados por meios artificiosos que tenham como principal finalidade a “redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos”, desde que os negócios em causa tenham um efeito económico equivalente.

A aplicação da referida cláusula provocou algum receio na doutrina, temia que a autoridade tributária aplicasse arbitrariamente o mecanismo de defesa patente na norma à maioria das situações em que se verificasse aparentemente uma redução da carga fiscal. Tal situação foi contrariada pela própria formulação da cláusula geral anti-abuso que exigia o recurso pelo contribuinte de mecanismo de redução da carga tributária, como a utilização de meios jurídicos *artificiosos* que promovem qualquer mecanismo fiscal abusivo.

Partilhando a opinião de José Luís Saldanha Sanches<sup>44</sup>, e atendendo à referência anteriormente efetuada, entendemos que a criação de uma cláusula geral anti-abuso permite uma distribuição justa e equitativa dos encargos tributários, reduzindo simultaneamente a densificação normativa do ordenamento jurídico. Ora, se o legislador fiscal pretende evitar que os contribuintes criem sistemas alternativos de diminuição de encargos tributários de forma ilícita, que se refletirão em possíveis prejuízos para o Estado, também não pode impedir simultaneamente que o contribuinte opte por soluções fiscais mais vantajosas, dentro do que é permitido pelo princípio da autonomia privada. Neste sentido, convém salientar que a escolha efetuada pelo sujeito passivo em prol de uma solução mais vantajosa tenha como escopo essencial um motivo económico e não fiscal. Desta forma, o contribuinte poderá economicamente optar pela solução mais vantajosa desde que o resultado fiscal não se altere.

A dificuldade do legislador em alicerçar estas situações, pode provocar a ausência de neutralidade no sistema fiscal, que em situações limite poderá compensar o recurso a um planeamento fiscal abusivo, pelo que a solução para colmatar as lacunas do sistema jurídico não poderia passar pela criação de novas normas específicas, na medida em que provocaria uma densificação e complexidade ao mesmo.

---

<sup>44</sup> José Luís Saldanha Sanches, in: “Os limites do planeamento fiscal no direito Português”, página 169.

Paralelamente, a adoção da cláusula geral anti-abuso assume-se também como um mecanismo para fomentar a eficiência económica evitando distorções criadas por lacunas da lei fiscal.

### 3.2. Análise dos Quatro Elementos

“São ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançados, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

A cláusula geral anti -abuso, patente no artigo 38.º n.º2 da Lei Geral Tributária apresenta quatro elementos essenciais, a saber:

- elemento meio;
- elemento resultado;
- elemento intelectual;
- elemento normativo.

Na senda da doutrina, o elemento meio plasma-se essencialmente na via optada pelo contribuinte à obtenção de uma determinada vantagem fiscal, isto é, nos atos ou nos negócios jurídicos utilizados em prol de um dado resultado.

Os atos ou negócios jurídicos colocados em causa pela cláusula geral anti-abuso devem efetivamente, apresentar um carácter opcional exprimindo a liberdade e a vontade dos contribuintes, na medida em que o surgimento de uma determinada vantagem fiscal não se tenha verificado por inviabilidade ou falta de opção de escolha por parte dos mesmos. Tomemos como exemplo situações em que o contribuinte realizou ou tomou uma deliberação por imposição legal ou até por coação. As opções válidas de escolhas efetuadas neste tipo de situações inviabilizam efetivamente a aplicação da referida cláusula.

Desta forma, o carácter abusivo de um determinado negócio jurídico só deverá ser testado através de um elemento comparativo, quando efetivamente o contribuinte tenha ao seu alcance opção de escolha na obtenção de um determinado resultado fiscal. Citando Gustavo Lopes Courinha quando o “contribuinte é forçado ou induzido a agir de determinada maneira, inclusive pela complexidade que envolve agir de maneira diversa, não há termos de comparação justificáveis, e logo não há lugar ao funcionamento da CGAA.”<sup>45</sup>

A revisão da cláusula geral anti-abuso alargou o âmbito de aplicação do elemento resultado, recorrendo para tal ao conceito de vantagem fiscal. Se na antiga redação o elemento resultado se plasmava nas situações de “redução, eliminação ou diferimento temporal dos impostos”, já na atual redação o elemento *acima citado* pressupõe a ocorrência de qualquer situação em virtude da qual se obtenha um determinado ganho fiscal, ao invés do resultado que se obteria recorrendo aos meios normais e de efeito económico equivalente, que tenham sido sujeitos a tributação.

Neste ponto, convém referir que o elemento resultado acima apresentado abrange também as normas que visam a tributação de atos “ou negócios jurídicos não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos económicos equivalentes aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem as consequências tributárias subjacentes aos mesmos.”<sup>46</sup> Ora, como se pode constatar em determinadas situações, os contribuintes aproveitam as lacunas da lei para diminuir a carga fiscal ao qual estariam sujeitos, sendo tal situação impedida através da equivalência de resultados não fiscais entre os atos ou negócios praticados e os atos ou negócios normais tributados, quando os negócios praticados possam substituir o efeito dos negócios normais tributados. A censura deste tipo de comportamentos só se verifica efetivamente com a prova de que a substituição acima descrita ocorreu.<sup>47</sup>

Neste tipo de situações o contribuinte recorre a determinadas formas, menos onerosas para obter determinadas vantagens fiscais, reduzindo simultaneamente as desvantagens jurídicas

---

<sup>45</sup> Gustavo Lopes Courinha in : “A Cláusula Geral Anti Abuso no direito tributário: Contributos para a sua compreensão”, Almedina, abril de 2004, página 170.

<sup>46</sup> Alberto Xavier in : “A tipicidade da tributação, Simulação e norma anti-elisiva”, Dialética, 2001, página 85.

<sup>47</sup> Gustavo Lopes Courinha in : “A Cláusula Geral Anti-Abuso no direito Tributário: Contributos para a sua compreensão”, Almedina, abril de 2004, página 174.

associadas. Este elemento tem como função primordial a demonstração de uma vantagem fiscal obtida pelo sujeito passivo.

O elemento intelectual da cláusula geral anti-abuso, patente na expressão “essencial ou principalmente dirigido”, encontra-se adstrito à ideia de motivação fiscal. Esta ideia associada ao elemento apresentado respeita apenas aos atos e aos negócios jurídicos que são dirigidos a uma determinada vantagem fiscal, é essencialmente uma motivação relativamente os elementos meio e resultado anteriormente apresentados (motivação quanto à forma e quanto ao efeito), não relevando para o efeito a censurabilidade do resultado obtido.

A motivação fiscal pode ser analisada em duas perspetivas a saber: a perspetiva objetiva e a subjetiva. Na perspetiva subjetiva encontramos a referência a motivação psicológica do contribuinte, sem o recurso a critérios ou elementos objetivos, presuntivos ou indiciários que dificultava a atuação da Autoridade Tributária na descoberta da verdade material (factos e motivos que o contribuinte não pretenderia revelar).

Segundo alguns autores, o ordenamento jurídico português adotou a perspetiva objetiva, tal como se encontra patente no artigo 63º do Código do Processo e do Procedimento tributário.

Na análise ao referido artigo é notório o recurso a factos ou elementos de prova concretos que permitam ao intérprete e ao julgador, através de uma análise verossímil, credível e fiável, concluir que o comportamento do contribuinte terá sido motivado por razões fiscais, à partida geradoras de situações ilícitas das quais resulte uma indevida diminuição da carga tributária.

Por último, verificada e comprovada a atuação abusiva de um determinado contribuinte (na matéria de facto), estamos perante o elemento normativo.

Segundo a maioria da doutrina o elemento normativo não se encontra expressamente delineado na cláusula geral anti-abuso. No entanto, afirma-se como um requisito essencial à cláusula geral anti-abuso decorrente de imposição doutrinária e jurisprudencial.

Na esteira de Gustavo Lopes de Courinha<sup>48</sup> o elemento normativo destina-se a conferir coerência ao sistema fiscal, às normas e ao ordenamento jurídico proporcionando a conjugação do elemento literal e teleológico da lei. A inclusão deste elemento na cláusula geral anti-abuso permitirá excluir da incidência da mesma, determinadas situações que apesar de terem sido elaborados em prol de uma diminuição da carga tributária, não coloquem em causa o ordenamento jurídico.

Para que uma conduta tomada por um contribuinte se inclua na incidência da cláusula geral anti-abuso, terá a Autoridade Tributária de provar também a verificação deste elemento, o qual permite identificar se a área de tributação subjacente a uma determinada situação, pretende abranger um determinado conjunto de casos não expressos na lei. Caso não se verifique a adequação deste elemento a uma situação concreta, cairia fora do âmbito de aplicação da norma 38º,nº2 da Lei Geral Tributária. Para proceder a análise do elemento em causa a Autoridade Tributária poderá recorrer a vários métodos – diretos ou indiretos.

Neste sentido, poderá a Autoridade Tributária consultar documentos preparatórios legislativos (preâmbulos dos diplomas, leis de autorização legislativa do Governo) de forma a apurar “a manifestação expressa da intenção do legislador, no sentido de sujeitar ou não a tributação a uma dada situação de facto”, ou averiguar a intenção normativa no caso em concreto, isto é, no setor de tributação onde ocorreu a referida vantagem fiscal ou até no próprio ordenamento jurídico.

Neste ponto, cumpre referir a dificuldade subjacente à utilização dos referidos métodos por parte do Intérprete, neste caso a Autoridade Tributária, na medida em que o recurso aos métodos diretos (através da análise de documentos legislativos) se encontra limitado pela inclusão de situações gerais e abstratas, não explicitando situações concretas (dado efetivamente o carácter geral e abstrato inerentes ao próprio ordenamento jurídico). Por outro lado, o recurso aos métodos indiretos, nomeadamente à análise de situações concretas, tendo em conta a área de tributação em causa, está limitada pelo recurso aos princípios constitucionais subjacentes ao ordenamento tributário (que poderão ser facilmente evidentes ou não, tendo em conta o imposto em análise).

---

<sup>48</sup> Gustavo Lopes Courinha in: “A Cláusula Geral Anti- Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão”, abril,2004, Almedina”.

Analisados os elementos essenciais à cláusula geral anti-abuso cumpre explicitar a sanção legalmente prevista no artigo 38.º, nº2 da Lei Geral Tributária – isto é, a “ineficácia dos atos ou negócios essencial ou principalmente dirigidos (...)”.

A ineficácia patente na referida norma corresponde à estatuição da mesma, sancionando o comportamento elisivo perante a Autoridade Tributária.

No entanto, deveremos ter presente que a ineficácia em causa se plasma apenas para efeitos fiscais, produzindo todos os seus efeitos civis entre as partes e terceiros.

A Autoridade Tributária ao acionar a cláusula geral anti-abuso irá proceder à reconstrução dos atos ou dos negócios jurídicos celebrados pelo contribuinte, caso este não tivesse optado por uma solução que lhe proporcionasse vantagens fiscais. A aplicação da referida cláusula deveria tributar o contribuinte de acordo com a situação normal em que o mesmo estaria, caso não tivesse optado por um mecanismo elisivo (que concedesse vantagens tributárias).

No entanto, é necessário ter em atenção que a reconstrução jurídica adotada como *modus operandi* da cláusula geral anti-abuso nem sempre será a melhor opção, podendo até ser em determinadas circunstâncias excessiva.

Assim sendo, e citando Gustavo Lopes de Courinha a aplicação da cláusula geral anti-abuso deve resultar na “tributação da situação normal,” uma “situação que seria escolhida pelo contribuinte no normal exercício da sua atividade, caso não existissem motivos preponderantes de índole fiscal na construção jurídica elisiva levada a cabo”, negando apenas os efeitos “fiscais pretendidos pelo contribuinte”. Desta forma, os efeitos tributários ineficazes devem ser apenas os que concretizam diretamente a vantagem fiscal, abrangendo exclusivamente o contribuinte que beneficiou da vantagem fiscal em causa.

### **3.3. A Aplicação da Norma ao Caso Concreto**

Apresentada a situação referente ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011, processo número 04255/10, cumpre efetivamente explicitar a adoção tomada pelo Douto Tribunal relativamente à aplicação da cláusula geral anti-abuso.

Tal como referido no capítulo anterior, a cláusula geral anti-abuso apresenta quatro elementos fundamentais, a saber: o elemento meio, o elemento intelectual, o elemento resultado e finalmente o elemento normativo.

A nomenclatura utilizada para a explicitação dos requisitos da cláusula geral anti-abuso foi a seguida pelo Douto Tribunal que, de acordo com as informações patentes nos autos recorreu à linha de pensamento seguida por Gustavo Lopes Courinha<sup>49</sup>.

Ora é entendimento deste Douto Tribunal que se encontram verificados estes quatro elementos.

Assim, de acordo com o Douto Tribunal o elemento meio, isto é, os recursos pelos quais o contribuinte configurou um comportamento abusivo, encontra-se verificado pela existência de contratos entre entidades relacionadas, aliado ao facto de os quadros do grupo empresarial serem também gerentes das entidades BV. Segundo o entendimento do Douto tribunal a ocupação dos cargos pelas mesmas pessoas permitia “tomar deliberações adequadas e oportunas relativamente aos empréstimos a conceder,”<sup>50</sup> “visando a minimização dos impostos a suportar”<sup>51</sup>. Tal situação comprovaria o carácter artificioso subjacente às entidades relacionadas (as sociedades dos Países Baixos e as Sociedades sediadas na Zona Franca da Madeira anteriormente referenciadas).

Relativamente ao segundo elemento, nomeadamente o elemento intelectual, afirma o Douto Tribunal que o resultado elisivo se traduz na utilização da vantagem concedida à empresa sediada na Zona Franca da Madeira (isenção de pagamento de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas), na medida em que efetuava os empréstimos de capitais a entidades terceiras, beneficiando simultaneamente dos acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis ao abrigo do artigo 46º do Código de IRC. Em regra, os acréscimos recebidos deveriam ser juros tributados em sede de lucro tributável pela Autora, de acordo com o artigo 20º do Código do IRC.

No que toca ao elemento resultado (a motivação fiscal do contribuinte), o Tribunal limitou-se simplesmente a referir que a ocorrência do elemento meio comprovada pelas transferências dos empréstimos realizados pela autora a outras empresas pertencentes ao

---

<sup>49</sup> VIDE: Gustavo Lopes Courinha in , a Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp 166-168.

<sup>50</sup> VIDE: Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10.

<sup>51</sup> VIDE: Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10.

mesmo grupo justificava a verificação do elemento resultado. Segundo os autos do acórdão em causa, “a motivação fiscal do contribuinte assentou no facto dos atos ou negócios pelo mesmo praticado serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado que é a vantagem fiscal”<sup>52</sup>, estando demonstrado (segundo o entendimento do Douto Tribunal), que a “ Autora utilizou a sua participada para conceder os empréstimos a outras empresas por forma a socorrer-se do seu estatuto de isenção em sede de I.R.C. para a tributação fiscal, convertendo os juros pagos em resultado de tais empréstimos em dividendos, dedutíveis ao abrigo do artigo 46º, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.”<sup>53</sup>

No que concerne ao último requisito, isto é ao elemento normativo, vem o Douto Tribunal afirmar que o comportamento fiscal levado a cabo pela Autora desencadeia uma conduta ilícita, dado que a única atividade económica desenvolvida pela sua participada na Zona Franca da Madeira consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe da Autora e que, posteriormente, transfere para entidades terceiras. Alega também o Douto Tribunal que a sociedade sediada na Zona Franca da Madeira não possui meios humanos e físicos para a prossecução da sua suposta atividade, nomeadamente do seu objeto social.

Para sustentar a posição defendida, o Tribunal recorre às soluções preconizadas pela jurisprudência comunitária, nomeadamente no acórdão “ Cadbury Schwepps”.<sup>54</sup> Na situação em causa terá sido decidido que quando se verifica uma redução da carga tributária que “diga apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido não deverá aceitar-se a posição do sujeito passivo, a não ser que seja demonstrado que a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado-Membro de acolhimento e aí exerce atividades económicas efetivas”.<sup>55</sup>

Paralelamente, sustenta a verificação deste requisito através da interpretação da norma constante do artigo 38.º,n.º2 da Lei Geral Tributária à luz do disposto no artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que “passando muito embora pelo respeito pela Liberdade de opção quanto às formas de gestão empresariais visando obter todas as vantagens fiscais possíveis, assim devendo ser restringidas as limitações públicas

---

<sup>52</sup> VIDE : Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10;

<sup>53</sup> VIDE : Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10;

<sup>54</sup> VIDE: Acórdão “Cadbury Scwepps”, processo C196/04,de 12 de Setembro de 2006.

<sup>55</sup> VIDE : Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10;

a tal liberdade de opção empresarial, não deve ser entendida como um direito absoluto, mas apenas aceitável no plano da razoabilidade com base num relacionamento social que se pretende justo e equilibrado face à óbvia constatação da existência de direitos conflitantes (de acordo com o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa).”<sup>56</sup>

Assumindo a aplicação dos requisitos da cláusula geral anti-abuso à situação em causa, é facto notório que a análise do Tribunal poderia ter sido mais concreta e aprofundada, esclarecendo e comprovando efetivamente a existência de transações entre a empresa residente na Zona Franca da Madeira e os benefícios daí adjacentes.

Assim, apesar das suspeitas (legítimas e muitas vezes fundadas) na existência de comportamentos abusivos latentes em algumas entidades sediadas na Zona da Franca da Madeira, não nos podemos esquecer que o próprio legislador português permitia que as sociedades residentes em Portugal usufríssem do regime de eliminação da dupla tributação económica, relativamente aos rendimentos distribuídos por sociedades instaladas na Zona Franca da Madeira.

---

<sup>56</sup> VIDE : Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10;

#### 4. As Desvantagens da Zona Franca da Madeira

Descrita a situação em causa e apresentadas as condições económicas, sociais e financeiras do Arquipélago da Madeira aquando da entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia (CEE), cumpre efetivamente analisar e refletir sobre as possíveis desvantagens adstritas à criação da Zona Franca da Madeira, através dos auxílios de Estados concedidas pela Comissão Europeia anteriormente enunciados.

Antes de mais, convém ter presente que a Zona Franca da Madeira foi criada para promover e desenvolver uma região pobre, industrialmente deficitária e com uma economia predominantemente agrícola. O último auxílio de Estado concedido ao arquipélago apresentava no entanto, algumas imposições nos quais se destacava a obrigatoriedade da criação de emprego, para a obtenção de uma licença.

Apesar das exigências colocadas na criação dos postos de trabalhos para a emissão de licenças, os contributos alcançados com a criação de um sistema tributário favorável no arquipélago da Madeira ficaram muito aquém do que seria desejável. Segundo dados estatísticos provenientes do Governo Regional da Madeira e da Direção Geral dos Impostos, em 2009 existiam na Zona Franca da Madeira 2.900 empresas licenciadas, das quais apenas 97 empresas tinham mais de dois colaboradores e, contrariamente ao que seria desejável, 2.435<sup>57</sup> empresas não tinham colaboradores.

Atendendo aos dados apresentados, facilmente concluímos que a maioria das empresas sediadas na Zona Franca da Madeira não possuíam registos de colaboradores, levando alguns<sup>58</sup> autores a considerar que muitas empresas seriam apenas caixas de correio, as designadas *mailbox companies*.

Estas empresas já foram alvo de sanção e análise por parte da jurisprudência comunitária, de modo geral não possuem qualquer tipo de meios físicos e humanos essenciais à prossecução de uma atividade económica, apresentando-se como meras empresas fictícias criadas exclusivamente para beneficiar de vantagens tributárias em zonas fiscalmente mais favoráveis.

---

<sup>57</sup> Informação disponível no portal das finanças na área da divulgação estatística.

<sup>58</sup> Sérgio Vasques in : “The Madeira Fiscal Trade Zone: Compliance and Control Issues, European Taxation, April 2012.”.

No acórdão em análise, o Douto Tribunal terá recorrido ao Acórdão Cadbury Schweppes para demonstrar que a empresa sediada na Zona Franca da Madeira (“PSQ-Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários, Lda.”) era apenas uma sociedade que tinha como atividade a aplicação de prestações suplementares que recebia da Autora (“Recheio, SGPS,S.A.”), “não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social de prestação de serviços nas áreas contabilística e económica, da elaboração de estudos económicos e de análise, da consultoria nas referidas áreas, da gestão da carteira de títulos próprios, e da compra de imóveis para revenda, nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afeto à empresa”<sup>59</sup>.

Ora, refere a Jurisprudência comunitária no acórdão Cadbury Schwepes que quando a minimização tributária “diga apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido não deverão aceitar-se a posição do sujeito passivo, a não ser que seja demonstrado que a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado Membro de acolhimento e aí exerce atividades económicas efectivas”.

Pelos autos referentes ao acórdão em causa terá o Douto Tribunal defendido a inexistência de qualquer tipo de infraestrutura física para a prossecução da atividade económica sediada na Zona Franca da Madeira.

Tomando como ponto de partida os dados estatísticos anteriormente referidos e efetuando a comparação com a situação patente neste acórdão, poder-se-á questionar até que ponto a ratio subjacente à criação dos auxílios de Estado da Zona Franca da Madeira não terá ficado comprometida.

Segundo alguns autores<sup>60</sup>, os grandes benefícios da criação de zonas de baixa tributação ou com regimes fiscais mais apelativos não se refletiam efetivamente nas populações locais, facto que à partida poderá, por exemplo, comprovar o número de postos de trabalho criados desde 1990 até 2009 na zona Franca da Madeira. Ao invés das empresas de consultoria<sup>61</sup>, especializadas em estudar alternativas de tributação mais favoráveis, que

---

<sup>59</sup> Informações retiradas do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011, processo 04255/10.

<sup>60</sup> Sérgio Vasques in : The Madeira Free Trade Zone: Compliance and Control Issues European Taxatin, April 2012.

<sup>61</sup> Não pretendendo de todo afirmar que as empresas de consultoria terão auxiliado e incentivado à prática de um planeamento fiscal abusivo.

beneficiaram ao longo destes anos com o auxílio à emissão de licenças e à criação de empresas na Zona Franca.

A proliferação das “mailbox companies” na Zona Franca da Madeira denegriu a imagem e a reputação do arquipélago durante vários anos. Apesar de existirem várias correntes doutrinárias que não qualificam o arquipélago da Madeira como uma verdadeira “Offshore” (incluindo a própria OCDE), este tem sido frequentemente tratado pelos consultores fiscais como tal.

Por outro lado, a reputação atingida pela Zona Franca da Madeira colocou vários problemas à política fiscal portuguesa no panorama internacional, inviabilizando a inclusão de determinadas empresas sediadas na Zona Franca da Madeira em várias convenções de Dupla Tributação e comprometendo simultaneamente a legitimidade política e legislativa portuguesa na aplicação da sua lista negra de paraísos fiscais e regimes de baixa tributação. Tomemos como exemplo a não inclusão de determinadas empresas sediadas na Zona Franca da Madeira nas Convenções de dupla tributação com o Canadá<sup>62</sup> e os Estados Unidos.<sup>63</sup>

Adicionalmente, as alterações legislativas sofridas na Zona Franca da Madeira ao longo de mais de duas décadas (nomeadamente com a transformação de uma zona Franca industrial para uma zona Franca Financeira), não foram segundo alguns autores totalmente alcançadas. Na perspetiva de Saldanha Sanches, as alterações legislativas verificadas na Zona Franca da Madeira foram provocadas pela pressão do Governo Regional que não potenciou nem maximizou as possíveis vantagens decorrentes do regime fiscal privilegiado da Madeira.<sup>64</sup>

Paralelamente, a proliferação de vários centros “offshores” ao longo do globo, as exigências legais adstritas à concessão dos benefícios da Zona Franca da Madeira<sup>65</sup> e a localização geográfica pouco favorável da região bloqueavam a competitividade da mesma

---

<sup>62</sup> Convenção entre a República Portuguesa e os Canadá para evitar a dupla tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento e o respetivo protocolo (14 de junho de 1999).

<sup>63</sup> Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos para evitar a dupla tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento e o respetivo protocolo (6 de setembro de 1994).

<sup>64</sup> J. L. Saldanha Sanches, Tax harmonization versus Tax Competition: a view from the periphery.

<sup>65</sup> No n.º 14 do artigo 33º do Estatuto dos Benefícios fiscais exigia-se a prova da qualidade de residente para a obtenção das isenções em causa sempre que se efetuassem operações com entidades não residentes.

no panorama fiscal internacional<sup>66</sup>, o que efetivamente colocaria em causa a utilidade prática da manutenção do regime fiscal privilegiado na Zona Franca da Madeira.

---

<sup>66</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, abril 2004, pág. 599.

## 5. Conclusão

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, objeto de análise ao longo deste trabalho, foi a 1.<sup>a</sup> decisão judicial tomada em Portugal que versou sobre a aplicação da cláusula geral anti-abuso patente no n.º2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária.

A cláusula geral anti-abuso na sua primeira versão inicial foi criada em 1999, e tinha como escopo essencial a prevenção da proliferação de sistemas ou “esquemas abusivos” de fuga de capitais para jurisdições com tributação mais favorável.<sup>67</sup>

No trabalho em análise optámos por apresentar genericamente as características da região em causa, de forma a enquadrar devidamente o acórdão, explicitando e apresentando a matéria de facto e de direito subjacente ao mesmo.

A análise efetuada pelas várias instâncias subjacente ao referido acórdão incide essencialmente numa perspetiva formal e de aplicação contenciosa, ao invés de uma análise concreta e eficiente ao funcionamento das estruturas (entidades em análise).

A generalidade das situações abrangidas pela referida cláusula consubstancia geralmente sistemas societários muito complexos (grupos de sociedades com funções descentralizadas em vários espaços geográficos), o que dificulta o acesso por parte da Autoridade Tributária à totalidade das provas essenciais à explicação da economia fiscal subjacente às estruturas jurídicas montadas.

De certa forma, a cooperação entre os sujeitos e a Autoridade Tributária neste tipo de situações pode evitar possíveis correções fiscais e até decisões arbitrárias.

Por outro lado, terá o Douto tribunal recorrido à doutrina e à jurisprudência comunitária para justificar os mecanismos de aplicação da cláusula geral anti-abuso e as figuras normativas a ela adjacentes, nomeadamente ao n.º3 do artigo 63.º e à figura da caducidade Tributária, afirmando que a data relevante para o início da contagem é a data da receção dos acréscimos patrimoniais como dividendos.

---

<sup>67</sup> Pedro Reis, “O Planeamento Fiscal Internacional. O Sistema Fiscal Português com especial referência à Zona Franca da Madeira”, Universidade de Coimbra-Faculdade de Economia, Coimbra, 2004.

Ao longo do trabalho não se assumiu uma posição concreta sobre a aplicação do regime normativo pelo Tribunal, como forma de correcção de um possível comportamento abusivo.

Ora, convém salientar que o surgimento deste tipo de estruturas societárias foi proporcionada pela criação dos auxílios fiscais na Zona Franca, através dos quais foi possível, a isenção e posteriormente a baixa tributação em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas assim como a eliminação do regime da dupla tributação económica aos rendimentos distribuídos por sociedades sedeadas na Zona Franca da Madeira.

Apesar da estrutura societárias em causa ser juridicamente permitida, não implicaria, que a mesma tivesse como escopo ou finalidade usufruir única e exclusivamente das vantagens fiscais associadas a empresas sedeadas na Zona Franca.

Assim, cremos que apesar da elevada carga fiscal presente em algumas jurisdições potenciar a fuga de capitais e diminuir a fixação de empresas, é de facto imperativo conceber um crescimento económico sustentado que promova a criação de emprego, desenvolvendo áreas sectoriais sem a dependência exclusiva de vantagens fiscais.

## 6. Bibliografia

ANTUNES, José Engrácia, Os grupos de Sociedades-Estrutura e Organização jurídica da Empresa Plurissocietária, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina 2002.

ANTUNES, José Engrácia, A Tributação dos Grupos de Sociedades, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, Coimbra, n.º 45, janeiro-março de 2011.

ANTUNES, José Engrácia, As Sociedades Gestoras de Participações Sociais, Direito das Sociedades em Revista, Almedina, n.º 69, março de 2009.

CÂMARA, Francisco Sousa, Portugal- Madeira Free Trade Zone Legislation Amended, European Taxation, january 1994.

CAMPOS, Diogo Leite et all, Lei Geral Tributária Anotada e Comentada, Encontro da Escrita editora, 4.<sup>a</sup> edição, 2012.

CORDEIRO, António Menezes, Sociedades Gestoras de Participações Sociais, O Direito III, julho-setembro 2001.

COSTA, Francisco, A Criação da Zona Franca e a adesão à CEE: Sua Compatibilização e Implicação no Processo de Desenvolvimento da Região, Instituto de Democracia e Liberdade, Lisboa, 1948.

COURINHA, Gustavo Lopes, A Cláusula Geral Anti-Abuso no direito tributário: contributos para a sua compreensão, Almedina, abril de 2004.

COURINHA, Gustavo Lopes, E assim Começou a História... A aplicação Jurisprudencial da cláusula geral anti-abuso: anotação ao ACTCA-S P.N.º 4225/10 (Rel: José Correia), de 15/02/2011, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, dezembro de 2010.

CUNHA, Paulo Olavo, Direito das Sociedades Comerciais, Almedina.

DOURADO, Ana Paula, Lições de Direito Fiscal Europeu- Tributação Directa, Coimbra Editora, 2010.

GUIMARÃES, Vasco Branco et all, Lições de Fiscalidade, Almedina.

MORAIS, Rui Duarte, Apontamentos ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, Almedina, novembro de 2007.

NASCIMENTO, Rui, The International Business Centre of Madeira: Profile, Tax and Perspectives, European Taxation, Volume 47, número 2, fevereiro de 2007.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, Direito Fiscal Europeu- O Paradigma da Proporcionalidade (A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais), Coimbra Editora, julho de 2010.

PALMA, Clotilde Celorico, A OCDE e o combate às práticas de concorrência fiscal prejudicial: ponto de situação e perspectivas de evolução, Revista Fiscalidade n.º16, outubro de 2003.

PEREIRA, Manuel Henriques de Freitas, Fiscalidade, 2.ª edição, Almedina, 2007.

PRATA, Ana, Dicionário jurídico, Volume I, 5.ª edição, Direito Civil, Almedina, janeiro de 2008.

SANCHES, José Luís Saldanha, Os Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, 2006.

SANCHES, José Luís Saldanha, Tax harmonization versus Tax competition: a view from the periphery, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão, 2008.

SANTOS, António, A posição Portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal, Revista Ciência Técnica e Fiscal, n.º406.

VASQUES, Sérgio, The Madeira Free Trade Zone: Compliance and Issues, European Taxation, April 2012.

XAVIEAR, Alberto, Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma anti-elisiva, Dialética, 2001.

XAVIER, Alberto, Direito Tributário Internacional, 2.ª edição, Almedina, abril de 2004.