



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Comunicação Obrigatória de Mecanismos de
Planeamento Fiscal e a sua interação com a Cláusula
Geral Anti-Abuso**

Joana Isabel Gomes Delgado

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Comunicação Obrigatória de Mecanismos de
Planeamento Fiscal e a sua interação com a Cláusula
Geral Anti-Abuso**

Joana Isabel Gomes Delgado

Sob orientação do Professor Doutor Tomás Maria Cantista de Castro
Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

A experiência é o nome que damos aos nossos erros.

Oscar Wilde

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Tomás Cantista Tavares,

À minha família,

A todos aqueles que, de uma maneira ou outra, me
ajudaram na elaboração deste projeto,

Ao Rodrigo.

Resumo

O presente estudo versa sobre o novo regime de comunicação obrigatória de mecanismos potencialmente agressivos, implementado pela sexta alteração à Diretiva de Troca de Informações, e a forma como este se poderá relacionar com a Cláusula Geral Anti-Abuso.

A partir da análise de um exemplo hipotético concreto, procederemos ao seu enquadramento no âmbito do referido regime, e mais concretamente à sua subsunção na característica-chave da conversão de rendimentos, sujeita à verificação do teste do benefício principal. Adicionalmente, confrontaremos o referido exemplo com os pressupostos da Cláusula Geral Anti Abuso.

O objetivo é delimitar na prática os diferentes pressupostos e âmbitos de aplicação dos dois institutos, e perceber a forma de interação que poderá estabelecer-se entre os dois.

Devido ao carácter recente, e à ainda diminuta reflexão prática sobre a problemática aqui abordada, não se pretende com este trabalho encontrar resposta definitiva para as questões colocadas, mas tão só avançar com alguns contributos para uma reflexão crítica sobre as mesmas.

Palavras-Chave: DAC 6; Mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos; Característica-chave, Teste do Benefício Principal, Abuso Fiscal, Cláusula Geral Anti-Abuso.

Abstract

The present study covers the new Mandatory Disclosure Regime of potentially aggressive tax-planning arrangements, implemented by the sixth amendment to the Administrative Cooperation Directive, and the way in which it may be related to the General Anti-Avoidance Rule.

Based on the analysis of a specific hypothetical example, we will proceed to its framework under the aforementioned regime, and more specifically, to its subsumption in the Hallmark of the income conversion, linked to the main benefit test. Furthermore, we will confront the example with the General Anti-Avoidance Rule requirements.

The aim is not only to practically delimit the different requirements and scope of application of the two regimes, but also to further comprehend the form of interaction that may be established between both.

Nonetheless, and when considered the recent nature and diminished practical application of the issue here addressed, it is not within the scope of this work to grant definitive answers to the questions posed, but only to proceed with some contributions for a critical reflection upon them.

Keywords: DAC 6, potentially aggressive tax-planning arrangements, Hallmark, Main Benefit Test, Tax Abuse, General Anti-Avoidance Rule.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	9
1. Introdução/Contextualização.....	11
2. A obrigação de comunicação dos mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivo.....	13
2.1.1. As características-chave	14
2.1.2. O teste do benefício principal.....	16
2.2. A conversão de rendimentos em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação.	20
2.3. Exemplo de um mecanismo reportável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos.....	24
2.4. A conversão de rendimentos na jurisprudência portuguesa sobre a CGAA....	26
3. A Cláusula Geral Anti-Abuso	28
3.1. A aplicação dos elementos da CGAA ao exemplo do mecanismo comunicável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos	30
3.1.1. Elemento Meio – “construções ou série de construções...sejam realizadas com abuso de formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”	30
3.1.3. Elemento Intelectual – “tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”	32
3.1.4. Elemento normativo – “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”.....	36
3.1.5. Elemento Sancionatório – “efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”.....	38
4. A interação entre o Regime de Comunicação Obrigatória e a Cláusula Geral Anti- Abuso.....	39
5. Conclusão.....	45
Referências Bibliográficas.....	48

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
AOTCA	The Asia-Oceania Tax Consultants' Association
Art.	Artigo
AT	Administração Tributária e Aduaneira
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (Erosão da Base e Transferência de Lucros)
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CE	Comissão Europeia
CFE	Confédération Fiscale Européenne
Cfr.	Conforme
CGAA	Cláusula Geral Anti-Abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
DAC	Directive on Administrative Cooperation (Diretiva troca de informações)
DL	Decreto-Lei
DOTAS	Disclosure of tax avoidance schemes
EM	Estado Membro
<i>et al</i>	<i>et alli</i>
GAAR	General Anti-Abuse Rule
LGT	Lei Geral Tributária

MDR	Mandatory Disclosure Rules
N. °	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (da obra citada)
p.	página
PEA	Plan d'épargne en actions
pp.	páginas
Proc.	Processo
SGPS	Sociedade Gestora de Participações Sociais
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAS	Tribunal Central Administrativo do Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume

1. Introdução/Contextualização

No atual contexto da globalização, a interação entre regimes fiscais nacionais pode levar a lacunas e atritos. As estruturas de planejamento fiscal tornaram-se cada vez mais complexas, sendo constantemente alteradas e ajustadas em reação às contramedidas defensivas adotadas pelas autoridades fiscais.¹ Essas estruturas assumem caráter internacional, consistindo geralmente em mecanismos desenvolvidos em várias jurisdições, que promovem a transferência dos lucros tributáveis para regimes fiscais mais favoráveis² ou reduzem a carga fiscal global do contribuinte.

Este panorama gera crescentes dificuldades para os Estados na proteção da integralidade dos seus sistemas tributários, com consequências em diferentes níveis.

Os Estados sofrem avultadas perdas de receita fiscal, a qual devia ser utilizada para implementar políticas fiscais favoráveis ao crescimento. Atualmente a maioria dos Estados democráticos são “Estados fiscais”, ou seja, “Estados que têm por suporte financeiro determinante os impostos”, para que possam “exercer a sua função como agentes de satisfação das necessidades da sociedade.”³

Os contribuintes saem prejudicados uma vez que a deslocação dos rendimentos das empresas para fora das jurisdições onde desenvolvem as atividades produtivas, através das mencionadas estruturas, obriga a que outros contribuintes dessas jurisdições tenham de suportar uma fatia maior da carga tributária.⁴

Além disso, gera uma situação de concorrência desigual entre empresas, na medida em que geralmente são as multinacionais que têm capacidade para transferir os seus lucros para outros países de forma a reduzir ou evitar impostos, deixando as empresas de menor dimensão em desvantagem competitiva.⁵

¹ Considerando 9 da Diretiva (EU) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018. Na presente dissertação, e na ausência de uma indicação em contrário, qualquer referência a diretiva deve-se considerar feita para a DAC 6.

² Recorrendo ao uso, por exemplo, de *Shell Companies* registadas em paraísos fiscais. Cfr. PEETERS, Bart e Lars, VANNESTE, “European Union/International – DAC 6: An additional Common EU Reporting Standard”, *World Tax Journal*, Vol. 12, N.º 3, 2020, p.1.

³ SILVA, Germano Marques (2018), *Direito Penal Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p.27.

⁴ OECD, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”, *OECD Publishing*, 2013, p.8.

⁵ *Ibidem*

Neste contexto, tem vindo a assistir-se ao estabelecimento e consolidação de um clima de combate ao planeamento fiscal agressivo e evasão fiscal.

Em 2013 a OCDE iniciou o Plano BEPS – Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, que consiste num conjunto de 15 recomendações, onde são previstas medidas a adotar pelos Estados no combate ao planeamento fiscal agressivo.⁶

Uma dessas recomendações, a Ação 12 do Plano BEPS, baseando-se na experiência de um número crescente de países⁷, veio estabelecer um conjunto de recomendações quanto à elaboração de normas de comunicação obrigatória de transações, esquemas ou estruturas agressivas ou abusivas, tendo em conta os custos administrativos para as administrações tributárias e para os contribuintes.⁸

De facto, a divulgação pública de escândalos como o *LuxLeaks*, os *Panama Papers* e os *Paradise Papers* vieram demonstrar a dificuldade que os Estados têm em aceder a informações relativas a esquemas de planeamento fiscal internacional, bem assim como o papel ativo de alguns intermediários na elaboração dos esquemas.⁹

Desta forma, a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018, diretamente inspirada na Ação 12 do Plano BEPS, veio proceder à sexta alteração à Diretiva 2011/16/EU relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (“DAC 6”).

A Diretiva veio estabelecer deveres de comunicação obrigatória de mecanismos fiscais que são considerados potencialmente agressivos. O objetivo é munir as autoridades fiscais do seu conhecimento antecipado, de forma a poderem reagir de forma célere contra as práticas fiscais nocivas e colmatar as lacunas através de nova legislação ou da realização

⁶ Ana Paula Dourado define “planeamento fiscal agressivo”, com referência às declarações políticas do G20 e preâmbulos de Diretivas da EU, como um “conceito chapéu” que abrange a elisão ou abuso fiscal, bem como as lacunas resultantes da interação entre ordenamentos jurídicos, in “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6”, *Intertax*, Vol. 43, N.º1, 2015, p. 43.

⁷ Tais como Portugal, Irlanda, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, África do Sul.

⁸ OECD, “Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, *OECD Publishing*, 2015, p.9.

⁹ CACHIA, Franklin, “Tax Transparency for Intermediaries: The Mandatory Disclosure Rules and Its EU Impact”, *EC Tax Review*, Vol. 27, N.º 4, 2018, p.206.

de avaliações de risco adequadas e de ações inspetivas.¹⁰ Terá ainda um fim dissuasório, pretendendo desencorajar a disponibilidade de tais esquemas aos contribuintes.¹¹

Também inspirada no Plano BEPS da OCDE, e focada no combate das práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas, a Comissão Europeia definiu uma cláusula geral anti-abuso, no âmbito da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (ATAD 1), de forma a garantir que “as regras gerais antiabuso são uniformemente aplicáveis em situações nacionais, no interior da União e em relação a países terceiros.”¹²

2. A obrigação de comunicação dos mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivo

O combate ao planeamento fiscal abusivo e à evasão fiscal está entre as prioridades políticas da União Europeia. O reforço da transparência fiscal é um dos principais pilares na estratégia da CE neste combate.¹³

Neste sentido, o regime de divulgação obrigatória de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos, estabelecido pelo DAC 6, afigura-se como a mais recente ferramenta das autoridades fiscais da UE para o aumento da transparência fiscal.

O intermediário, ou o contribuinte relevante (nos casos em que a obrigação de comunicar recaia sobre este último), deve comunicar à Autoridade Tributária a informação sobre o mecanismo relevante.¹⁴ Numa fase posterior, essa informação recebida pela autoridade competente de um EM, é comunicada, por meio de uma troca automática, às autoridades competentes de todos os outros EM.¹⁵

¹⁰ Considerando 2 da Diretiva.

¹¹“DAC 6 conveys an implicit “you shall not” normative message.” *Vide* BLUM, D. W. e Andreas LANGER, “European Union – At a Crossroads: Mandatory Disclosure under DAC-6 and EU Primary Law – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 59, N.º 6, 2019, p.3.

¹² Considerando 11 da Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho de 12 de junho de 2016.

¹³ CACHIA, Franklin, *op. cit.*, p.206.

¹⁴ Cfr. arts. 10.º e 11.º da Diretiva. O cumprimento desta obrigação deve ser efetuado através da declaração “Modelo 58”, aprovada pela Portaria n.º 304/2020.

¹⁵ Art. 8.º-AB, n.º 13 da Diretiva.

A Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho.¹⁶ Esta lei revogou o DL n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, que estabelecia o antigo regime de deveres de comunicação obrigatória. O resultado foi uma “transposição de máximos”, numa tentativa de harmonização da antiga lei com o regime da Diretiva.¹⁷ Isto é visível no facto de a lei portuguesa estender a obrigação de comunicação a mecanismos internos, e no que se refere a estes últimos, expandir os impostos abrangidos.¹⁸

2.1 Âmbito de aplicação: características-chave e teste do benefício principal

2.1.1. As características-chave

No cerne desta iniciativa de transparência reside a adequação dos esquemas de planeamento fiscal que devem ser comunicados. Neste sentido, é necessário estabelecer critérios que representem um balanço entre a obtenção de informação e os custos que tal representa para os contribuintes e administrações tributárias. A informação divulgada deve restringir-se às necessidades de reação adequada por parte das administrações tributárias, no sentido de se evitar que a divulgação em excesso ofusque a que é relevante e acarrete encargos desproporcionais para os envolvidos. Além disso, é muito importante que o regime seja concebido de forma a que haja segurança jurídica sobre os tipos de esquema que devem ser divulgados.¹⁹

Não havendo aqui espaço para uma análise da adequação dos critérios que foram estabelecidos face aos objetivos mencionados, será feita uma sintética sistematização dos mesmos.

Um mecanismo será transfronteiriço quando relativo a mais de um Estado Membro ou a um Estado Membro e a um país terceiro.²⁰ Considera-se estar presente o potencial de

¹⁶ Na presente dissertação, e na ausência de uma indicação em contrário, qualquer referência a Lei deve considerar-se feita para a Lei n.º 26/2020 de 21 de julho.

¹⁷ Cfr. OCHÓA, João, “Portugal – Mandatory Disclosure Rules Applicable to Reportable Arrangements: Portuguese Implementation of DAC 6”, *European Taxation*, Vol. 61, N.º 1, 2021, p.1.

¹⁸ Nomeadamente o IVA. Cfr. arts. 7.º e 8.º da Lei.

¹⁹ CE, “Comission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/UE”, 2017, p.7.2.2.

²⁰ Cumpridas que estejam as alíneas do ponto 18 do art. 3.º da Diretiva.

agressividade quando o mecanismo transfronteiriço contenha pelo menos uma das características-chave previstas no anexo IV da Diretiva.²¹

Assim, em vez de definir o conceito de planeamento fiscal agressivo, a Diretiva optou por tentar identificar os mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos através da compilação de uma lista dos aspetos e dos elementos de operações – as características-chave -, que possam constituir “fortes indícios de evasão fiscal ou de práticas fiscais abusivas”.²²

Há cinco categorias de características-chave (*Hallmarks*, na terminologia inglesa), definidas no Anexo IV da Diretiva, que se dividem em genéricas ou específicas. As genéricas visam abranger traços comuns aos esquemas promovidos, ou capturar esquemas novos e inovadores que possam ser facilmente replicados e “vendidos” a vários contribuintes. As específicas são usadas para abarcar vulnerabilidades conhecidas do sistema fiscal que são comumente usadas em mecanismos de planeamento abusivo.²³

A Categoria A enuncia três características-chave genéricas: (i) a estipulação contratual de cláusula de confidencialidade; (ii) a inclusão de taxas prémio ou taxas de contingência e (iii) o uso de mecanismos standardizados.

A categoria B diz respeito a características-chave específicas, relacionadas com a natureza da transação: (i) a utilização de perdas para a redução de encargos fiscais, (ii) a conversão de rendimentos e (iii) as operações circulares que resultem num “carrossel” de fundos (*round-tripping*), sem substância económica.

A categoria C expõe características-chave específicas relacionadas com as operações transfronteiriças que (i) envolvam a dedutibilidade de pagamentos entre duas empresas relacionadas feitas a jurisdições com um tratamento fiscal mais benéfico, (ii) a depreciação do mesmo ativo em mais do que uma jurisdição, (iii) múltiplas reivindicações de eliminação/atenuação de dupla tributação nas jurisdições envolvidas, e (iv) transferência de ativos com diferença material no seu valor para efeitos fiscais, nas jurisdições envolvidas.

As características-chave específicas descritas na categoria D referem-se à troca automática de informações e aos beneficiários efetivos: (i) mecanismos que possam ter o

²¹ Ponto 19 do art. 3.º da Diretiva.

²² Considerando 9 da Diretiva.

²³ OECD (2015), *op. cit.*, p.39.

efeito de contornar as disposições de troca automática de informações de contas financeiras e (ii) mecanismos que envolvam uma cadeia opaca de propriedade legal ou de beneficiários efetivos.

Finalmente, as categorias-chave específicas elencadas na categoria E relacionam-se com preços de transferência.²⁴

A configuração das características-chave parece remeter para operações tendencialmente levadas a cabo por empresas multinacionais ou indivíduos com elevados recursos económicos, uma vez que as pequenas empresas e os cidadãos comuns não terão normalmente os recursos necessários para recorrer a aconselhamento fiscal ou levar a cabo sofisticados mecanismos como os descritos.²⁵

Os mecanismos que se subsumam a alguns elementos da categoria C, às categorias D e E, são automaticamente comunicáveis segundo o regime estabelecido.

Os mecanismos que caíam na categoria A, B e parte da C, só devem ser comunicados se o teste do benefício principal estiver satisfeito.

Os mecanismos internos²⁶, que caíam no escopo das referidas características-chave à exceção da categoria A, são também comunicáveis ao abrigo da lei portuguesa de transposição, em relação aos impostos definidos no art. 8.º da mesma.²⁷

2.1.2. O teste do benefício principal

O teste do benefício principal presente na Diretiva configura a opção por uma *multi-step approach*, adotada já em vários países que aplicavam um regime de comunicação obrigatória, e significa a aplicação de um filtro ou de um requisito adicional para que se estabeleça a obrigação de comunicar as operações que se enquadrem nas características-chave previstas.²⁸

Como referido no capítulo anterior, apenas os mecanismos subsumíveis a determinadas características-chave estão sujeitos a esta cláusula limitadora da obrigação

²⁴ A lei portuguesa exclui expressamente os mecanismos que utilizem um regime de “*safe harbour*” previsto no consenso internacional consagrado nas normas da OCDE sobre preços de transferência, ao contrário da Diretiva. Cfr. art. 5.º, n.º 5, al. a) da Lei.

²⁵ CACHIA, Franklin, *op. cit.*, pp.212-213.

²⁶ Tal como definidos no artigo 2.º, n.º 1, al. h) da Lei.

²⁷ Artigos 7.º e 8.º da Lei 26/2020 de 21 de julho.

²⁸ OCDE (2015), p.38.

de comunicar, que serão aqueles cujo risco de planeamento fiscal agressivo em princípio será menor.²⁹

Entendemos que a imposição de um limite como o teste do benefício principal é recomendável, pois a sua ausência poderá resultar num excesso de comunicações e de custos de cumprimento para os envolvidos, reduzindo dessa forma a utilidade da informação recolhida.³⁰ No entanto, a sua aplicação exigirá ao intermediário um juízo de valor, que poderá resultar dificultado pelo facto de este apenas ter acesso parcial à informação sobre o esquema.³¹

O teste estará satisfeito quando a obtenção de uma vantagem fiscal for o benefício principal ou um dos benefícios principais que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo.³²

A lei portuguesa introduz um teste de “dúvida razoável”³³. O teste do benefício principal ficará satisfeito:

Se for possível determinar, sem dúvidas razoáveis,³⁴ que a obtenção de uma vantagem fiscal, na esfera jurídica do contribuinte relevante ou de terceiro, é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, objetivamente e à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, pode razoavelmente esperar-se do mecanismo.³⁵

As orientações gerais da AT (*guidelines*, na terminologia inglesa) reiteram que esta avaliação é feita segundo “um critério de expectativa razoável” e “face ao circunstancialismo objetivo concreto”.³⁶

²⁹ O document WK 9981/2017 INIT, elaborado pela CE a pedido dos EM sobre a origem e exemplos dos *Hallmarks*, remete para a Ação 12 do Plano BEPS e afirma que a maioria dos *Hallmarks* genéricos foi concebida de forma a funcionarem sujeitos a um requisito adicional que considere se o benefício fiscal do esquema foi obter uma vantagem fiscal.

³⁰ CFE & AOTCA, “Joint Opinion Statement FC 7/2015 and PAC 1/2015 on Mandatory Disclosure Rules (BEPS Action 12)”, p.3 e CFE, “Joint PAC/FC Opinion Statement 1/2017 on the European Commission public consultation “Disincentives for advisers and intermediaries for potentially aggressive tax planning schemes”, p.7.

³¹ CALDERÓN, J. M.C., “El nuevo marco europeo de transparencia sobre esquemas transfronterizos sujetos a declaración por intermediarios fiscales y contribuyentes: las "EU tax disclosure rules" y sus implicaciones”, *Quincena fiscal*, N.º 10, 2018, p.51. No mesmo sentido CALVO, D. Martín-Abril descreve este elemento como difícil de valorar e fonte de potenciais conflitos, entre a AT e o obrigado, e também entre o intermediário e contribuinte. In “Revelación de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal agresiva: Una nueva directiva que afecta a los asesores fiscales, a otros intermediarios y a los propios contribuyentes”, *Contabilidad y tributación: comentarios y casos prácticos*, N.º 427, 2018, p.86.

³² Anexo da Diretiva – Parte I.

³³ Cfr. OCHÔA, João, *op. cit.*, p.12.

³⁴ Sublinhado nosso.

³⁵ Art. 2.º, n.º 1, al. k) da Lei.

³⁶ [Orientações gerais \(guidelines\) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, 2021](#), p.51.

A Diretiva não define expressamente o conceito de “vantagem fiscal” para efeitos de aplicação do teste. No sumário da reunião de 24 de setembro de 2018, entre a Comissão Europeia e os Estados Membros, ficou estabelecido que o conceito de vantagem fiscal deve ser interpretado de acordo com a Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 sobre o planeamento fiscal agressivo³⁷, que indica que deve proceder-se a uma comparação entre o imposto que é devido com a realização do mecanismo, e o que seria devido sem o mesmo.³⁸ A lei portuguesa, remetendo igualmente para um teste comparativo, define expressamente vantagem fiscal como “a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto, incluindo a utilização de prejuízos fiscais, ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do mecanismo”.³⁹ Daqui se inferem dois pressupostos cumulativos: a existência de um mecanismo e a existência de uma vantagem fiscal enquanto decorrência do primeiro. *A contrario*, não se verifica o teste quando a vantagem fiscal obtida constitui a concretização direta dos pressupostos legais de que depende, ou seja, sem intermediação de um mecanismo, conforme esclarecem as orientações gerais da AT.⁴⁰

A referência textual “à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter do mecanismo”, em vez de dirigir-se aos motivos do sujeito passivo, parece objetivar o referido teste.⁴¹ No fundo, o teste baseia-se na conclusão que pode ser retirada por uma terceira parte informada, em vez de avaliar a posição do sujeito passivo.⁴² Em conformidade, o sumário da reunião entre a CE e os EM de 24 de setembro de 2018 postula que o teste não examina intenções subjetivas mas antes constrói uma referência para factos e circunstâncias objetivas.⁴³

³⁷ Commission Services, “Working Party IV – Direct Taxation – 24 September 2018 – summary record – section 8 – hallmarks – the main benefit test.”

³⁸ CE, “Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/EU)”, p. 4.7. No mesmo sentido CLAPPERS, Tim e Philip MAC-LEAN referem que é prudente aplicar o teste como uma comparação entre a “*plain vanilla structure*” e o mecanismo utilizado, in “European Union/Netherlands - Tax Avoidance in the Spotlight: The EU Mandatory Disclosure Rules and Their Impact on Asset Managers and Private Equity”, *Finance and Capital Markets*, Vol. 21, N.º3, 2019.

³⁹ Art.º 2, n.º 1, al. l) da Lei.

⁴⁰ [Orientações gerais da AT](#), p.52.

⁴¹ PEETERS, Bart e Lars VANNESTE, *op. cit.*, p.9. No entanto, os autores consideram que, apesar desta génese objetiva, inevitavelmente o teste mantém um elemento subjetivo: a referência a “que uma pessoa possa razoavelmente esperar” torna o teste subjetivo para partes terceiras.

⁴² Refira-se a este propósito o teste do “observador informado” prescrito pelo [regime britânico de disclosure](#) (DOTAS): “the informed observer is independent, has all relevant information about the arrangement and has sufficient knowledge to understand the scheme and the relevant statutory context.”

⁴³ Commission Services (2018), *op. cit.*

A obtenção da vantagem fiscal tem de ser o benefício principal ou um dos benefícios principais expectáveis do mecanismo. Desta forma, o teste compara o valor da vantagem fiscal esperada com outros benefícios expectáveis da operação, permitindo, assim, uma avaliação objetiva dos benefícios fiscais.⁴⁴ Dadas as dificuldades que esta avaliação pode acarretar, nomeadamente pelo facto de o intermediário, enquanto primeiro obrigado à sua aplicação, poder não estar consciente do peso específico de cada benefício, nem de todos os efeitos fiscais de uma operação presente em diferentes jurisdições⁴⁵, um expediente possível é a interpretação ampla do que é um benefício fiscal principal.⁴⁶ Neste sentido, as *guidelines* do Reino Unido concebem um benefício principal como aquele que não seja meramente incidental ou de pouca importância, visto em comparação com os restantes benefícios resultantes.⁴⁷ Também as orientações da Irlanda referem que a vantagem fiscal não será um benefício principal quando constituir simplesmente “*the icing on the cake*”.⁴⁸

Alguns países parecem acrescentar um crivo adicional ao referido teste: este não ficará satisfeito se a vantagem fiscal resultante for conforme aos objetivos e princípios da legislação relevante.⁴⁹

As orientações francesas excluem *a priori* aqueles mecanismos transfronteiriços cuja vantagem fiscal, obtida em França, esteja de acordo com a intenção do legislador francês. Referem, a título de exemplo, o caso de certos produtos financeiros que beneficiam de um regime fiscal atrativo, desejado pelo legislador, como o plano de poupança em ações (“PEA”). *A priori* estes casos estarão excluídos do âmbito do teste, a não ser que formem parte de um sistema transnacional mais abrangente, que conceda um benefício fiscal de uma forma que extravasa a intenção do legislador.⁵⁰ Também o Reino Unido refere que para a sua aferição é essencial revestir uma perspetiva de conjunto sobre o mecanismo e ter em consideração as consequências fiscais no seu todo. O aproveitamento de uma

⁴⁴ CFE & AOTCA (2015), *op. cit.*, pp.3-4.

⁴⁵ *vide* CALDERÓN, J.M.C., *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ Norton Rose Fullbright, “DAC 6: new EU tax disclosures Mandatory reporting of cross-border transactions for taxpayers and intermediaries”, 2018, p.8.

⁴⁷ *Vide* [guidelines do Reino Unido](#).

O Reino Unido, no passado dia 31 de dezembro de 2020, no fim do período de transição do *Brexit*, reduziu o âmbito de aplicação da Diretiva, e apenas os mecanismos que caíam nas características-chave da categoria D terão de ser comunicados. Todavia, ao longo desta dissertação são feitas referências às *guidelines* britânicas que foram publicadas em 01.07.2020 para a implementação da Diretiva na sua integralidade, para efeitos interpretativos. Cfr. JONES, Ben, David JERVIS e Deepesh UPADHYAY, “DAC 6 restricted”, *Tax Journal*, 2021.

⁴⁸ DALY, Michelle, “EU mandatory disclosure: Irish guidance notes at a glance”, *International Tax Review*, 2020.

⁴⁹ Tais como a França, Holanda, Luxemburgo e Reino Unido.

⁵⁰ Cfr. [Guidelines emitidas pelas autoridades francesas](#).

isenção concedida pelo legislador não implicará a obtenção de uma vantagem fiscal para efeitos de aplicação do teste. No entanto, se o mecanismo construir artificialmente um direito a essa isenção, o teste pode ser cumprido.⁵¹No mesmo sentido, as orientações do Luxemburgo referem que o teste não estará satisfeito se a vantagem fiscal obtida estiver em conformidade com o objetivo e propósito da lei aplicável e intenção do legislador. Este não será conforme, tendo em conta todos os elementos do mecanismo, quando estiver a aproveitar as subtilezas do sistema fiscal ou as inconsistências entre diferentes jurisdições para obter uma redução fiscal.⁵²

As informações gerais aprovadas pela Portaria n.º 304/2020, reiteradas nas Orientações Genéricas da AT parecem, de certo modo, veicular este entendimento, através da definição de vantagem fiscal, que não releva quando constitua “a concretização, direta e imediata, da própria norma fiscal e da sua finalidade”, mas apenas quando seja “o resultado objetivo da “construção” ou da “série de construções” que constituem o mecanismo”.⁵³

2.2. A conversão de rendimentos em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação.

Conforme a alínea b) do n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, que transpõe o *Hallmark B2* da Diretiva, um mecanismo que “tenha por efeito converter rendimento em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação”, será comunicável desde que o teste do benefício principal seja satisfeito.

Baseando-nos na redação supra transcrita, é, desde logo, necessário averiguar se os mecanismos têm o efeito de converter rendimento em capital, donativos ou outra categoria de rendimento.

Por exemplo, quando uma pessoa for contratada por uma empresa, residente numa jurisdição diferente, e como parte da remuneração salarial é lhe oferecida a opção de ações, realizáveis em data posterior, o eventual aumento de valor pode ser tributado como mais-valia, dependendo da jurisdição de residência. Apesar de a remuneração poder

⁵¹ Cfr. [Guidelines emitidas pelo Reino Unido.](#)

⁵² Cfr. [Guidelines emitidas pelas autoridades do Luxemburgo.](#)

⁵³ In Portaria n.º 304/2020 de 29 de dezembro.

consistir integralmente em rendimento de trabalho dependente, as opções de ações são uma escolha legítima comercial para remunerar os colaboradores, não havendo conversão nesse caso, mas apenas uma escolha entre diferentes opções, com uma racionalidade económica subjacente.⁵⁴

Além disso, é exigível que o capital, donativos ou outra categoria de rendimento em que tenha sido convertido o rendimento originário, seja tributado mais favoravelmente ou não tributado. Vemos assim que o *Hallmark* reveste uma abordagem objetiva, focando-se nos efeitos do mecanismo, e não nos propósitos inerentes, em consonância com o teste do benefício principal (incluído).⁵⁵

Podemos constatar também que a característica-chave se aplica não só à conversão de rendimento em capital ou donativos, mas também à conversão de rendimento em outra categoria de rendimento. As orientações emitidas pela AT esclarecem que a expressão “outras categorias de rendimentos” se refere a qualquer outra tipologia de rendimentos que tenha um enquadramento jurídico-tributário traduzido numa tributação mais favorável, isenção ou não sujeição a tributação, não se reduzindo às categoriais tais como definidas na legislação fiscal portuguesa.⁵⁶

A título de exemplo, mecanismos que tenham o efeito de converter rendimento de juros (tributável) em rendimento de dividendos (não tributável) ou rendimento de trabalho (tributável) em rendimento de dividendos menor tributado, deverão cair no escopo do referido *Hallmark*.⁵⁷

O doc. WK 9981/2017 INIT, sobre a origem e exemplos dos *Hallmarks*, estabelece que a origem deste *Hallmark* pode ser encontrada na Ação 12 do Plano BEPS.⁵⁸ Por sua vez, esta última remete para a alínea c) do artigo 4.º do DL n.º 29/2008 (revogado pela Lei n.º 26/2020 de 21 de julho), que estabelecia que os esquemas que:

envolvam operações financeiras ou sobre seguros que sejam suscetíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário, designadamente locação

⁵⁴ Este exemplo é referido nas [Guidelines do Reino Unido](#).

⁵⁵ PEETERS, Bart e Lars VANNESTE, *op. cit.*, p.15.

⁵⁶ [Orientações Gerais da AT](#), pp.43-44.

⁵⁷ Cfr. [Guidelines do Reino Unido](#).

⁵⁸ Commission department on Taxation and Customs Union, “Document WK 9981/2017 INIT, Examples and origin of the Hallmarks”.

*financeira, instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros, devem ser comunicados.*⁵⁹

Desta forma, esta característica-chave, ao incluir instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros, parece abranger operações que se referem geralmente a diferenças de qualificação entre sistemas fiscais e/ou alteração do beneficiário dos rendimentos.⁶⁰

Além disso, observando determinados exemplos, constatamos que mecanismos que visem a criação de novo rendimento poderão ficar abrangidos por esta obrigação de comunicação, se podermos considerar que o mecanismo foi concebido de forma a converter o rendimento hipotético. As *guidelines* do Reino Unido referem expressamente que não tem de existir um direito pré-existente à receção de rendimento para haver conversão de rendimentos.⁶¹

No entanto, é aí avançado que não devem considerar-se abrangidos todos os cenários em que uma opção orientada à criação de novo rendimento, seja escolhida em detrimento de outra. Neste sentido, e mencionando o exemplo já referido, a escolha entre diferentes opções para o desenho do pacote remuneratório de um colaborador, enquanto prática comercial normal, deve ficar excluída da obrigação de comunicação.⁶² As *guidelines* holandesas descrevem também um exemplo de um mecanismo não comunicável: uma empresa holandesa precisa de colaboradores qualificados e emprega um colaborador que reside noutra jurisdição. Este colaborador muda-se para a Holanda, preenchendo os requisitos para usufruir de um benefício fiscal, que consiste na equiparação de 30% do rendimento de trabalho a reembolso de custos extraterritoriais. Neste caso não há conversão do rendimento de trabalho, apesar de 30% do salário não ser sujeito a tributação.⁶³

Apenas quando a opção levada a cabo tenha o efeito de reduzir ou eliminar o imposto devido, e não se reconduza a uma escolha entre opções, num quadro de práticas

⁵⁹ Este regime português, agora revogado, acabou por não atingir os resultados pretendidos, transformando-se em “letra morta”. Em 2008 foram comunicados 22 esquemas, em 2009 59, e em 2010, 6, tendo sido o último ano em que se realizaram comunicações.

⁶⁰ PEETERS, Bart e Lars VANNESTE, *op. cit.*, p.15. Desenvolvidamente, SILVA, F. Castro e Tiago C. NEVES, “Planeamento fiscal abusivo: O caso português no contexto internacional”, *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, Ano 1, N.º 3, 2008, pp.143-145.

⁶¹ Também as *guidelines* da Irlanda referem mecanismos que tenham o efeito de converter um rendimento existente ou prospetivo.

⁶² [Guidelines do Reino Unido.](#)

⁶³ [Guidelines da Holanda.](#)

comerciais normais, poderá consubstanciar esta conversão de rendimentos, ainda que não existisse de forma prévia o direito à receção de um rendimento.⁶⁴

As orientações emitidas pelas autoridades irlandesas referem que o teste-chave para averiguar a subsunção de uma determinada operação a esta categoria é analisar objetivamente se um montante que normalmente seria tributado como rendimento é, ao invés, tributado noutra categoria que atrai uma taxa inferior ou isenta. Para isso, será necessário quantificar o montante de imposto que seria pago se não tivesse existido a conversão, e compará-lo com o montante pago, se houver algum.⁶⁵

Através da descrição desta característica-chave, feita sobretudo pelo recurso às *guidelines* dos diversos países, compreendemos o papel essencial da publicação de orientações administrativas para a densificação da lei.⁶⁶ Anteriormente já havíamos sublinhado a importância da existência de segurança jurídica sobre os tipos de esquema que devem ser divulgados.

Tendo em conta a forma ampla e vaga como as características-chave estão definidas⁶⁷, esta segurança só será alcançada através da emissão de orientações genéricas, em cumprimento do princípio da colaboração. A sua importância é acentuada pela quantidade de agentes que podem ficar sujeitos ao cumprimento desta obrigação (tendo em conta a ampla definição de intermediário poderão ser abrangidos consultores, auditores, contabilistas, advogados, incluindo os advogados *in house*, bancários, entre outros),⁶⁸ e pelas sanções que sobre eles recaem em caso de incumprimento ou cumprimento indevido da obrigação.⁶⁹ Felicita-se a publicação das orientações genéricas da AT, destinadas a “contribuir para uma melhor perceção e compreensão”⁷⁰ desta nova obrigação, bem como a garantir uma uniformização na sua interpretação. No entanto, pecam pela falta de

⁶⁴ [Guidelines do Reino Unido](#).

⁶⁵ [Guidelines da Irlanda](#)

⁶⁶ “A menor segurança que uma lei fiscal menos densa implica (e, recorde-se, hoje são os sujeitos passivos os seus primeiros aplicadores) deve encontrar contrapartida numa maior concretização do dever de esclarecimento por parte da administração fiscal”, MORAIS, Rui Duarte, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.21-22.

⁶⁷ Cfr. NOWEN, Martijn e Arjo Van EIJSDEN, “The new transparency rules for intermediaries and companies lead to a complete tax chaos”, *Kluwer International Tax Blog*, 2017, p.1.

⁶⁸ Norton Rose Fullbright, *op. cit.*, p. 6, e CHANCE, Clifford, “Look Out – Why New EU Tax Reporting Requirements are Ahead”, 2018, p.4.

⁶⁹ Art. 19.º, nº 1 e 2 da Lei.

⁷⁰ [Orientações gerais da AT](#), p.5.

densificação e exemplificação das diversas características-chave, à semelhança do que foi feito noutros países.

2.3. Exemplo de um mecanismo reportável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos

O caso descrito é baseado num exemplo das *guidelines* emitidas pela Dinamarca, para orientação do *Hallmark B2*, pelo que se salvaguarda, desde já, a existência de nuances face ao enquadramento tributário português.⁷¹

A Sociedade Mãe, sediada em Portugal, detém 100% da Sociedade Filha, residente noutro Estado-Membro. A primeira emprestou dez milhões de euros à filha, a uma taxa de juro anual de 10%.⁷² Desta forma, todos os anos a Sociedade filha tem de pagar um milhão de juros à mãe. Este montante representa um custo para a filha, que vai ser dedutível ao seu lucro tributável e, simultaneamente, representa um proveito para a mãe, tributável em sede do seu lucro tributável, conforme a al. c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC.

Enquanto o lucro da Sociedade Mãe está sujeito a uma taxa de imposto sobre o rendimento de 21% (nos termos do artigo 87.º do CIRC), a taxa de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no EM da Sociedade Filha é apenas 13%. Esta diferença de taxas gera um encargo fiscal líquido para o Grupo, derivado do facto de a receita de juros ser tributada em valor superior ao da dedução dos juros pela Sociedade Filha.

Então as Sociedades acordam o perdão do crédito. Em Portugal tem-se entendido que o perdão de crédito por acordo particular não poderá relevar como custo fiscalmente dedutível, salvo se estiverem cumpridas as regras fiscais, seja pela constituição de provisões para créditos de cobrança duvidosa⁷³, seja pelo regime de créditos incobráveis.⁷⁴ Independentemente da (não) dedutibilidade do perdão da dívida ao lucro da sociedade credora, por efeito desse perdão, gera-se um lucro de dez milhões na esfera da Sociedade Filha. Esse lucro vai ser posteriormente distribuído à Sociedade Mãe, isento

⁷¹ [Guidelines da Dinamarca](#).

⁷² Assumimos que esta taxa é praticada a um preço de mercado, em obediência ao *arm's length principle*.

⁷³ Não podem, no entanto, serem considerados de cobrança duvidosa, “os créditos sobre empresas participadas, direta ou indiretamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, em mais de 10 % do capital”, salvo nos casos aí excecionados, - art. 28.º-B, n.º 2, al. d) do CIRC.

⁷⁴ *Vide* Ac. do STA de 4.11.2015, Proc. N.º 963/13-30; Ac. do CAAD de 23.12.2019, Proc. N.º 303/2019-T; e Ac. do TCAS de 13.03.2007, Proc. N.º 01576/07.

de tributação ao abrigo do regime da *participation exemption*, previsto no art. 51.º do CIRC.

Tendo em conta o exposto, o perdão de dívida tem o efeito de converter os rendimentos de juros, tributáveis em sede do lucro da Sociedade Mãe em rendimentos de dividendos, não tributados.

Vejamos se o teste do benefício principal estará satisfeito. Nos termos das orientações da AT, têm de se verificar dois pressupostos cumulativos: a existência de um mecanismo e de uma vantagem fiscal, que sem aquele não se obteria.

In casu a vantagem corresponde a uma redução do imposto ao nível do Grupo, resultante na tributação do lucro de dez milhões a uma taxa de 13% no EM 2 e uma subsequente distribuição isenta de tributação, em detrimento do pagamento de juros, tributados a uma taxa de 21% em Portugal.⁷⁵ A vantagem existe apenas e por causa do mecanismo instaurado através do perdão da dívida. É possível estabelecer uma correlação clara entre o pagamento de juros anterior e a distribuição de dividendos futura, se assumirmos que esta última ocorre imediatamente a seguir ao perdão da dívida, num panorama em que a distribuição de lucros pela Sociedade Filha à Mãe não era usual.

Esta vantagem tem ainda de considerar-se um dos benefícios principais do mecanismo. Se o perdão da dívida fosse fiscalmente dedutível pela Sociedade Credora, a vantagem fiscal resultava substancialmente aumentada, pelo que o peso do benefício fiscal seria evidente entre os demais. Não obstante o perdão da dívida não ser dedutível, parece-nos que, estabelecendo-se esta correlação clara entre o pagamento de juros anterior e o pagamento de dividendos posterior, a eliminação da assimetria fiscal nos termos expostos não será um benefício incidental ou de menor importância, em comparação com os restantes benefícios que possam associar-se à operação.

⁷⁵ Insere-se, desta forma, no conceito de vantagem fiscal tal como referido no art. 2, nº 1 al. k) da Lei.

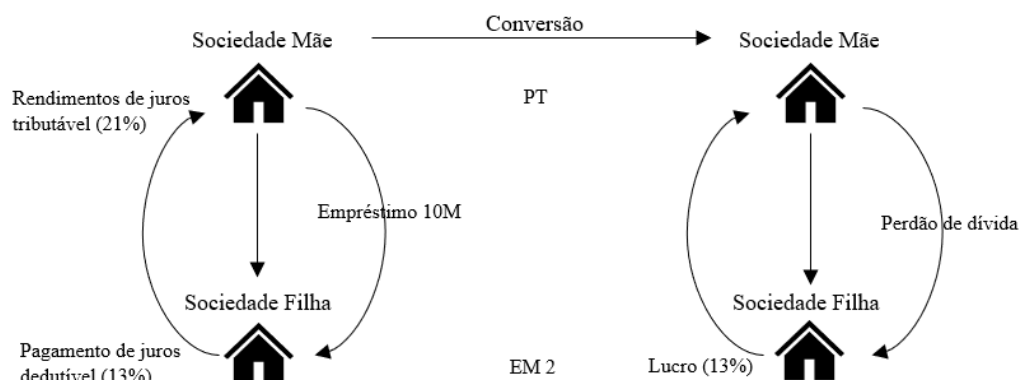


Figura 1: exemplo de conversão de rendimentos descrito

Neste contexto coloca-se a questão: os indicadores objetivos, presentes nas características-chave, associados ao teste do benefício principal, são uma presunção dos pressupostos da cláusula geral anti-abuso?

Em concreto, da operação descrita de conversão de rendimentos, pode inferir-se a presumível verificação da cláusula geral anti-abuso?

2.4. A conversão de rendimentos na jurisprudência portuguesa sobre a CGAA

Vários mecanismos que foram objeto de aplicação da CGAA pela jurisprudência portuguesa, seriam enquadráveis na categoria de esquemas reportáveis ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos, prevista na al. b) do n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, que também se aplica aos mecanismos internos, de acordo com o art. 7.º da referida lei.

No âmbito do Proc. n.º 04255/10, proferido pelo TCAS, concluiu-se que os empréstimos realizados pelo sujeito passivo a outras empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, através de uma sua participada, foram concebidos de forma a aproveitar a situação tributária desta última (isenção de IRC no âmbito do desenvolvimento das suas atividades na zona Franca da Madeira), para beneficiar da correspondente receção dos acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis, nos termos do artigo 46.º do CIRC na redação em vigor, em vez dos juros suscetíveis de tributação em sede do lucro tributável do sujeito passivo que os aufere, conforme a alínea c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC.⁷⁶

⁷⁶ Decisão do Ac. do TCAS de 15.02.2011 no Proc. N.º 04255/10.

Igualmente, no âmbito do proc. 357/2018-T do Tribunal Arbitral, foi declarada como ineficaz, para efeitos fiscais, a operação de redução do capital social e a libertação do capital excedente a favor de um dos sócios, que a Administração Tributária entendeu corresponder a uma efetiva distribuição de lucros que se encontravam sujeitos a tributação como rendimentos de capitais nos termos do art. 5.º, n.º 2, al. h), do CIRS.⁷⁷

No âmbito do proc. 377/2014-T do CAAD, o Tribunal considerou estar perante um esquema de elisão fiscal destinado a transferir para os sócios, sem sujeição a tributação, os lucros acumulados da sociedade B, cuja distribuição direta seria objeto de tributação às taxas liberatórias na esfera dos respetivos acionistas. Os sócios da sociedade B alienaram as ações sobre esta última a uma SGPS, igualmente por eles controlada, que não tinha meios financeiros para pagar, ficando em dívida para com os acionistas. A sociedade B começou a distribuir as reservas acumuladas à nova acionista (SGPS), excluídas de tributação nos termos do art. 51.º do CIRC, que por sua vez usou as importâncias recebidas no pagamento aos credores – anteriores acionistas da B e simultaneamente acionistas da SGPS.⁷⁸

A interposição da SGPS entre a sociedade B e os acionistas tem o efeito de converter o rendimento de dividendos em mais valias provenientes da alienação de ações de cujo crédito são titulares na SGPS; e esta categoria de rendimento (mais valias) em que foi convertido o rendimento originário (dividendos) não é tributada.⁷⁹

De facto, da análise dos processos que visaram a aplicação da CGAA, e que foram alvo do escrutínio dos árbitros do CAAD, observamos que um dos principais grupos de comportamentos dos contribuintes que a AT considerou como abusivos, refere-se à transformação de dividendos tributáveis em mais-valias não tributáveis: dos 46 processos analisados até 2016, 22 respeitam, essencialmente, a esta conversão de rendimentos.⁸⁰

Veja-se, mais recentemente, o processo 166/2019-T do Tribunal Arbitral, onde o conjunto de operações aí em causa foi considerado abusivo e sujeito à aplicação da

⁷⁷ Decisão do CAAD de 24.05.2019 no Proc. Nº 357/2018-T.

⁷⁸ Decisão do CAAD de 22.05.2015 no Proc. Nº 377/2014-T.

⁷⁹ As mais valias provenientes da alienação de ações detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses encontravam-se isentas de tributação (Redação do DL n.º 228/2002). Situação semelhante de conversão de rendimentos foi também considerada abusiva na Decisão do CAAD no Proc. Nº 173/2015-T, e analisada em múltiplos Acórdãos (Procs n.º 258/2013-T, 180/2014-T, 200-2014-T, 240/2014-T, 283/2014-T, 379/2014-T, 381/2014-T, 395/2014-T, 355/2015-T).

⁸⁰ FERREIRA, Mónica Veloso, “A Cláusula Geral Anti Abuso na Jurisprudência do CAAD”, *Arbitragem Tributária*, N.º 5, 2016, p.44.

CGAA. Os sócios da sociedade B (por quotas) procederam à sua transformação em sociedade anónima, seguida da revalorização das ações. Em simultâneo criaram uma sociedade (SGPS), à qual alienaram as ações revalorizadas, para a realização do seu capital social. Como esta não tinha meios financeiros para pagar, ficou em dívida para com os acionistas. A sociedade SGPS, que passa a deter a sociedade B, celebra com esta um contrato de *management* e prestação de serviços, mediante o qual presta serviços de gestão à última e recebe em troca uma remuneração pelos referidos serviços. Em seguida, paga aos sócios o reembolso do crédito constituído com a alienação das ações. A interposição da SGPS tem o efeito de converter os rendimentos de dividendos no reembolso de um crédito.

Alguns acórdãos mencionam, a este propósito, a doutrina da transação-farsa (*sham transaction doctrine*), a qual prevê justamente a distribuição de dividendos através da constituição de um empréstimo junto dos acionistas. Esta operação é indicada como transação de descolamento de dividendos (*dividend-stripping transaction*).⁸¹

3. A Cláusula Geral Anti-Abuso

A Cláusula Geral anti-abuso, prevista no art. 38.º n.º 2 da LGT, constitui uma última *ratio*, uma válvula de escape, no combate ao planeamento fiscal abusivo.⁸²

Face às constantes mutabilidades e inovações nas formas de planeamento adotadas pelos contribuintes, este mecanismo de combate à elisão fiscal permite atuar de forma geral, em resultado da impossibilidade de o legislador conseguir prever todos os comportamentos,⁸³ consubstanciados em “aproveitamentos de falhas e ambiguidades da lei”.⁸⁴ Distingue-se, desta forma, das cláusulas específicas anti-abuso, que só se aplicam às situações taxativamente previstas, e é de aplicação subsidiária em relação a estas.

Não colocando em causa a importância, a nível estrutural e modelador, que o princípio da legalidade desempenha no Direito Tributário, torna-se claro que existem outros

⁸¹ Decisão do CAAD de 15.01.2020 no Proc. N.º 317/2019-T.

⁸² Estamos no campo da elisão fiscal, a qual se traduz “num comportamento formalmente não contrário à lei, mas pelo qual se atinge resultado idêntico ao que esta visa(va) impedir. (...) Há um contorno da lei que permite ao contribuinte atingir efeitos equivalentes, sem ser tributado ou sendo-o mais favoravelmente.” Vide DA SILVA, J. N. Calvão, “Elisão fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 66, 2006.

⁸³ ROLIM, João Dacio, “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, *Intertax*, Vol. 44, N.º11, 2016, p.816.

⁸⁴ FEIO, Diogo, “Cláusula geral anti-abuso: antes e depois. Conceitos em construção”, *Cadernos de Justiça Tributária*, N.º 29, 2020, p.3.

princípios de grande relevância, como o da igualdade e o da luta eficaz contra a fraude e evasão fiscal, não assegurados através de uma legalidade absolutizada.⁸⁵ A CGAA estabelece-se, assim, como meio de reação para assegurar os referidos princípios.

É entendimento unanimemente aceite que o planeamento fiscal por parte dos contribuintes é perfeitamente lícito. A minimização da carga fiscal é mesmo uma ferramenta de gestão, uma manifestação de racionalidade económica, que decorre do princípio da liberdade contratual dos indivíduos.⁸⁶

Apenas quando esse planeamento, apesar de não frontalmente contrário à lei, vá para além dos limites do aceitável, a referida norma atribui poderes à Administração Fiscal de não aceitação das opções contratuais do sujeito passivo, através da desconsideração tributária das operações levadas a cabo.⁸⁷ Vemos assim que, o que releva para efeitos de tributação, é “o apuramento da efetiva realidade”, e não “a mera forma do negócio jurídico concretamente utilizado”, enquanto aplicação do princípio da prevalência da substância sob a forma.⁸⁸

No entanto, esta norma não pode deixar de ser enquadrada no princípio da legalidade, e tem necessariamente de ser acompanhada de um conjunto de cautelas.⁸⁹ Aliás, a CGAA distingue-se de outras normas com intuito semelhante, aplicáveis em outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o abuso do direito ou o princípio da boa fé, na medida em que não é uma cláusula aberta que permite ao intérprete afastar a solução legal da norma cuja previsão os factos preenchem, por razões de justiça material ou coerência substantiva do sistema fiscal. Não sendo uma cláusula aberta, é, também ela, uma norma típica – “como não poderia deixar de ser, tratando-se de uma norma que releva diretamente nas regras de incidência tributária”⁹⁰ – cuja aplicação está vinculada, de

⁸⁵ DA SILVA, J. N. Calvão, *op. cit.* Como já referido na primeira página da dissertação, os mecanismos de planeamento para contornar as normas fiscais tornaram-se cada vez mais complexos, gerando perdas económicas para os Estados, e onerando os demais contribuintes, numa clara afronta ao princípio da igualdade.

⁸⁶ Dourado, Ana Paula, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁷ “The OCDE and the EU describe targeted tax avoidance or so-called “aggressive tax planning” as a conduct that (1) leads to minimisation/reduction of tax liability, (2) through an unreasonably broad interpretation of tax laws or exploitation of mismatches in the international tax framework, (3) without infringing (the letter) of the law.” PRATS, Alfredo García, *et al.*, “Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules”, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 103, N° 1, 2018, p.35.

⁸⁸ Vide Decisão do TCAS de 23.02.2017, Proc. N.º 637/09-2.

⁸⁹ SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2002, 2.º edição, p.121.

⁹⁰ Decisão do CAAD de 26.11.2018, no Proc. N.º 126/2018-T.

forma perentória, à verificação de todos e cada um dos elementos, considerados necessários à sua aplicação.

A atual redação da CGAA foi recentemente alterada pela Lei n.º 32/2019 de 3 de maio, que transpôs a Diretiva (UE) 2016/1164 (“*Anti Tax Avoidance*”), que veio estabelecer regras contra a elisão fiscal, também inspirada no Plano BEPS da OCDE. Esta alteração visou, além de uma aplicação uniforme da CGAA pelos diferentes Estados Membros, uma facilitação da aplicação da norma, assegurando um “nível de proteção mais elevado do Estado face a esquemas abusivos.”⁹¹

3.1. A aplicação dos elementos da CGAA ao exemplo do mecanismo comunicável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos

Apesar da recente alteração já referida, “a lei nova pode ser interpretada na grelha jurisprudencial aplicável à lei antiga” mantendo-se, apesar de alterados, os quatro elementos ou pressupostos de verificação cumulativa (elemento meio, resultado, intelectual e normativo), e a respetiva estatuição (elemento sancionatório).⁹²

3.1.1. Elemento Meio – “construções ou série de construções...sejam realizadas com abuso de formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”

Este elemento refere-se à forma utilizada pelo sujeito passivo para a obtenção da vantagem fiscal. A incidência está construída sobre um tipo económico (construção, etapa)⁹³ e pretende abranger todos atos e negócios praticados de forma voluntária e optativa.⁹⁴ “A via escolhida tem de ser anómala, atípica, desadequada e não habitual atendendo aos fins visados pelo contribuinte.”⁹⁵ Segundo Gustavo Lopes Courinha é necessário, para lograr o preenchimento deste elemento, que a AT demonstre o carácter pré-planificado e unitário daqueles atos, ou seja, o conjunto de atos praticados pelo sujeito passivo deve consubstanciar um encadeamento planeado e almejado desde o primeiro ao

⁹¹ FEIO, Diogo, *op. cit.*, p.14. No mesmo sentido, veja-se o Considerando 3 da Diretiva.

⁹² TAVARES, Tomás Cantista, “Nova Redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT”, *Cadernos de Justiça Tributária*, N.º 29, 2020, p.33.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Podemos remeter o conceito para a definição levada a cabo na Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo: “qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade.”

⁹⁵ COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2009, p.165.

último ato. Caso contrário, estaríamos perante a eventualidade da obtenção de uma vantagem fiscal.⁹⁶

Esta construção é tratada pela jurisprudência de acordo com as denominadas “*step by step transactions*”, segundo as quais deve aplicar-se um tratamento integrado à sucessão de atos em causa, visualizando-os como uma única transação orientada a um resultado final.⁹⁷

A nova redação passou a integrar quaisquer construções realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não sejam genuínas, numa relação de alternatividade. Não serão genuínas nos casos em que não sejam realizadas por razões económicas válidas que reflitam substância económica, conforme esclarece o n.º 3 do mesmo artigo. Desta forma, são consagrados termos acolhidos pelo Direito da UE, contribuindo para a paulatina uniformização na sua aplicação pelos Estados Membros.⁹⁸

Voltando ao exemplo da conversão de rendimentos descrito, podemos constatar a verificação de dois atos coordenados entre si: o ato preparatório do perdão de dívida da Sociedade Mãe à Filha, seguido do ato decisivo/final da distribuição de dividendos isenta de tributação.

Enquanto enquadramento subjacente ao conjunto de atos analisado, temos duas sociedades relacionadas que acordaram entre si a concessão de um empréstimo de dez milhões, a uma taxa de juro anual de 10%, em obediência ao *arm's length principle*.

Perante a diferença de taxas de imposto (o rendimento da Sociedade Mãe é tributado a uma taxa de 21%, enquanto que o da Filha, residente noutro Estado Membro, é apenas a 13%), esta operação gera um encargo fiscal líquido para o Grupo.

Através dos dois atos coordenados entre si, este encargo é substituído por uma vantagem fiscal. De facto, parece haver uma interdependência/continuidade lógica entre

⁹⁶ *Idem*, p.167

⁹⁷ Daqui decorre que a disposição anti-abuso pode e deve aplicar-se ao momento decisivo e final, e é a partir da ocorrência deste momento que deve contar-se o decurso do prazo de caducidade. *Vide* Ac. do TCAS de 14.02.2012, Proc. N.º 05104/11.

⁹⁸ TAVARES, Tomás Cantista, *op. cit.*, p.33.

Podemos entender a falta de genuinidade como o equivalente ao teste de artificialidade aplicado pela jurisprudência do TJUE. No caso *Cadbury Schweppes* (C-196/04) o TJUE veio definir o conceito de “expedientes puramente artificiais” como critério aferidor de abuso. A própria proposta da Comissão para a Diretiva esclareceu que a CGAA definida no art. 6 é desenhada para refletir este teste. Cf. CE, “Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidances practices that directly affect the functioning of the internal market”, COM (2016) 26 final, p.9.

os dois: o perdão de dívida é acordado como ato preparatório, de forma a permitir a distribuição de dividendos isenta de tributação, enquanto resultado fiscal pretendido. O perdão da dívida possibilita a conversão dos juros, tributados a uma taxa de 21% ao nível da Sociedade Mãe, em dividendos, isentos de tributação ao nível da mesma, depois de terem sido sujeitos a uma taxa de imposto reduzida (13%) ao nível da Sociedade Filha. A operação, globalmente considerada, parece encontrar-se determinada, na sua estrutura, em função deste resultado fiscal.

3.1.2. Elemento Resultado – “vantagem fiscal”

Este elemento refere-se à vantagem fiscal obtida com a construção, ou seja, à redução, eliminação, ou diferimento do imposto que seria devido sem a utilização dos atos ou negócios jurídicos.

Estará preenchido se for possível estabelecer uma relação causal entre o elemento meio e o resultado fiscal alcançado. Segundo Gustavo Lopes Courinha, “estaremos perante uma comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida.”⁹⁹

Reportando-nos à situação do caso, o ónus fiscal que seria normalmente suportado, não fosse levado a cabo o elemento meio, seria a tributação anual dos rendimentos de juros auferidos em sede do lucro tributável da Sociedade Mãe, a uma taxa de tributação de 21%. Através da conjugação dos dois atos (elemento meio), e por causa deles, alcança-se uma vantagem fiscal, consubstanciada na redução do imposto devido ao nível do Grupo: os juros são convertidos em dividendos, isentos de tributação ao nível da Sociedade Mãe, após sujeição a uma taxa de apenas 13% de imposto, enquanto lucro da Sociedade Filha.

3.1.3. Elemento Intelectual – “tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”

Este elemento corresponde à componente subjetiva da norma – a motivação fiscal do contribuinte.

De acordo com Pedro Menezes Cardoso, poderá perspetivar-se de forma restrita, intermédia ou ampla, conforme seja concebido como o único motivo, o motivo principal

⁹⁹ Courinha, G. Lopes, *op. cit.*, p.172.

ou um dos motivos da operação, respetivamente.¹⁰⁰ Se, na redação anterior – “essencial ou principalmente dirigidos” -, a posição adotada podia categorizar-se como intermédia, parece-nos que a sua classificação como intermédia ou ampla na redação em vigor perde nitidez. Com efeito, deixou de exigir-se que o meio tenha sido realizado com o objetivo principal de obtenção de vantagens fiscais, bastando identificar como uma das finalidades principais em causa a obtenção de vantagens fiscais.¹⁰¹ A margem de apreciação da Autoridade Tributária vê-se assim ampliada através desta alteração.¹⁰²

Este elemento caracteriza-se por uma agravada complexidade probatória, na medida em que o seu preenchimento com base em critérios subjetivos está dependente da prova dos desejos internos do sujeito passivo, o que só é possível obter através da confissão.¹⁰³ Perante a insustentabilidade deste método de prova, a maioria da doutrina defende que a verificação da motivação psicológica do contribuinte em realizar as escolhas com o objetivo de obtenção de vantagem fiscal deve ser inferida através de elementos objetivos e indiciários.¹⁰⁴ De acordo com José Maria Fernandes Pires, a intenção deve resultar da apreciação dos factos, das formas jurídicas adotadas e da sua capacidade para conduzirem ao afastamento da tributação regra, não relevando o grau de culpa ou de consciência da ilicitude do contribuinte.¹⁰⁵

Esta posição vai, aliás, na linha da jurisprudência do TJUE que, no Caso *Emsland-Stärke* definiu, pela primeira vez, um teste, baseado num elemento objetivo e subjetivo, que se tornou o modelo para avaliar as práticas abusivas no Direito da UE.¹⁰⁶ No âmbito

¹⁰⁰ CARDOSO, Pedro Menezes, *Os desafios da “maioridade”: da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, AADFL Editora, 2017, p.55.

¹⁰¹ Em linha com a formulação da norma anti abuso da Diretiva Mãe Filhas, transposta para o n.º 13 do art. 51.º do CIRC, DE BROE, Luc e Dorien BECKERS, “The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice’s Case Law on Abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, Vol 26, N.º 3, 2017, p. 140.

¹⁰² “This could be a fairly low threshold to pass, as it only definitely excludes situations in which obtaining a “tax advantage” was merely incidental in the mind of the taxpayer.” Prats, Alfredo García, *et al*, *op. cit.*, p.19.

¹⁰³ CARDOSO, P. Menezes, *op. cit.*, p.241.

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ PIRES, J.M. Fernandes, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, Almedina, 2015, p.325. No mesmo sentido, Gustavo Lopes Courinha defende a correspondência deste elemento a uma motivação quanto ao elemento meio e resultado e não quanto ao elemento normativo, ou seja, é irrelevante a consciência do contribuinte quanto ao caráter reprovável do resultado obtido. *Op. cit.*, pp. 179-180.

¹⁰⁶ Ac. do TJUE de 14.12.2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*, p. 52 e 53. Desenvolvidamente, NOGUEIRA, João Félix, “Abuso de Direito em Fiscalidade Direta, A Emergência de um Novo Operador Jurisprudencial Comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, pp.249-250.

do Caso *Halifax*, o Tribunal clarificou que este elemento subjetivo deve derivar de elementos objetivos.¹⁰⁷

Tem sido também o entendimento aplicado pela jurisprudência portuguesa que, perante a ausência de outras motivações além da redução da carga fiscal, conclui pela verificação deste requisito, assumindo que as operações do sujeito passivo foram determinadas por motivos de aforro fiscal.¹⁰⁸

Ao contrário do que acontece com outros sistemas jurídicos, no ordenamento jurídico português é pacificamente aceite a existência de um elemento intelectual como pressuposto constitutivo de aplicação da CGAA, enquanto elemento legitimador da sua aplicação. Como refere Pedro Menezes Cardoso “a afastar-se este requisito, e tendo em conta a abrangência da redação da norma por força da utilização de conceitos indeterminados, correr-se-ia o risco de se simplificar em demasia a aplicação da CGAA em favor da AT”, facilitando a inversão do ónus da prova em desfavor do contribuinte.¹⁰⁹ No entanto, tem-se assistido a uma tendência objetivizante de análise deste elemento, o que pode contribuir para a sua diluição e recondução a juízos puramente objetivos, nomeadamente análise do elemento meio.¹¹⁰ Esta diluição pode ser acentuada, em nossa opinião, pela atual redação, ao exigir que a motivação fiscal seja apenas uma das finalidades principais.

Sendo avaliado através de elementos objetivos, este elemento está intrinsecamente ligado às circunstâncias do caso concreto, na medida em que temos de atender às circunstâncias factuais específicas para poder inferir a(s) finalidade(s) subjacente(s).

Vamos então observar o exemplo sob análise à luz deste elemento.

¹⁰⁷ Ac. do TJUE de 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*, p. 75.

¹⁰⁸ “O preenchimento do “elemento intelectual” depende da ausência de outras motivações, para além da redução da carga fiscal, que possam ser imputáveis às operações efetuadas pela Requerente. A verificação deste elemento sobrevém do decaimento das motivações apresentadas para a montagem da estrutura negocial face ao *business purpose test*. Nesta linha de pensamento, se não existirem motivações empresariais legítimas, apuradas com base em evidências objetivas, reputar-se-á, em consequência, que as condutas da Requerente foram determinadas exclusivamente por motivos económicos fiscais.” Ac. do CAAD, Proc. N.º 165/2019-T. Veja-se igualmente os Acórdãos 480/2019-T, 317/2019-T, 357/2018-T, 235/2018-T.

¹⁰⁹ Cardoso, P. Menezes, *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁰ *Ibidem*. Em várias decisões jurisprudenciais, a análise do elemento intelectual é feita no contexto de apreciação do elemento meio, os dois são analisados conjuntamente e não de forma individualizada. Cfr. Procs. N.º 123/2012-T, 124/2012-T, 143/2014-T e 234/2014-T.

Se não se vislumbrarem razões, dentro de um quadro de racionalidade económica empresarial, para a Sociedade Mãe conceder o perdão de dívida em causa, presume-se que uma das motivações principais da operação terá sido fiscal, de forma a permitir a distribuição de rendimentos enquanto dividendos, eliminando assim a assimetria fiscal resultante da diferença de taxas. Com efeito, sendo as empresas entidades intrinsecamente orientadas à obtenção de lucro, a concessão de perdões de dívidas ou outras liberalidades não será uma finalidade que lhes é natural.¹¹¹ Neste contexto, apenas se o sujeito passivo demonstrar outras razões como a incobrábilidade da dívida (nomeadamente por avultadas dificuldades económicas ou insolvência da empresa devedora), determinantes na concessão do perdão, poderá este elemento não se verificar.

Para esta conclusão, existem diversos fatores a ponderar.

O hiato temporal entre as duas operações será relevante: quanto maior for, mais ténue se torna o nexo causal. Por exemplo, se a distribuição de dividendos da Sociedade Filha para a Mãe apenas tivesse lugar decorridos 5 anos desde o perdão da dívida, seria mais difícil visualizar as duas operações como construção orientada em função do propósito principal de obtenção da vantagem fiscal. Ao invés, se o perdão do crédito for imediatamente seguido da distribuição de dividendos, que até então nunca haviam sido distribuídos, como assumimos que foi o caso, o esquema torna-se mais perceptível.¹¹²

Também ficou estabelecido, no âmbito do Acórdão *Foggia*, que o valor de poupança/ganho fiscal obtido com a construção será um tónico para avaliar se a finalidade é fiscal: se o nível de poupança for muito elevado, maior a probabilidade de a finalidade principal ser fiscal.¹¹³

No caso concreto, a diferença de taxas de imposto entre os dois Estados Membros gera um nível de poupança fiscal, que poderá considerar-se o impulsor desta operação, a não ser que o sujeito passivo venha demonstrar que outras razões de índole não fiscal avultaram na decisão. A motivação fiscal seria ainda mais evidente se, além disso, o

¹¹¹ Ac. do STA de 04.11.2015, Proc. N.º 963/13-30.

¹¹² Veja-se, por exemplo, o Ac. do CAAD de 11.05.2020, no Proc. N.º 481/2019-T: o Requerente considera que o elemento intelectual não se verifica porque a AT não consegue demonstrar que, no momento em que se concretizou a primeira das operações, muito separada temporalmente dos subseqüentes reembolsos de créditos, este enquadramento jurídico-tributário dos valores a receber era já o objetivo dos sujeitos passivos” e efetivamente o Tribunal assume que este elemento não está verificado.

¹¹³ Ac. do TJUE de 10.11.2011, C-126/10, *Foggia*, p. 42.

montante da dívida que é perdoado pudesse ser dedutível ao lucro da Sociedade Mãe, pois o valor da vantagem fiscal aumentaria substancialmente.

3.1.4. Elemento normativo – “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”

Este elemento refere-se à “desconformidade do resultado obtido com a *ratio legis*, o espírito ou o propósito da lei, os princípios do Código em causa ou do Sistema Fiscal”, configurando assim “uma questão de Direito”.¹¹⁴

Estando preenchidos os demais elementos, apurados com base nas circunstâncias factuais do caso, é ainda necessário confrontar o resultado obtido com a *ratio legis* das normas fiscais em causa, analisadas à luz dos princípios enformadores do sistema fiscal. Ou seja, a CGAA deve aplicar-se apenas quando a construção artificial levada a cabo pelo contribuinte, por motivos de obtenção de vantagem fiscal, ponha em causa a integridade do sistema jurídico-fiscal. Desta forma, este elemento permite discernir aquilo que deve ser considerado como elisivo à luz do ordenamento fiscal, não se aplicando aos casos de poupança legítima.¹¹⁵

De acordo com Saldanha Sanches, e como emanção do princípio da segurança jurídica, apenas será de aplicar a CGAA quando, das normas jurídico-fiscais em causa se extraia uma “clara intenção de tributar afirmada pelos princípios estruturantes do sistema (...) ainda que tal intenção não encontre uma expressão correspondente na formulação da lei”.¹¹⁶

Num raciocínio *a contrario*, Pedro Menezes Cardoso aponta algumas situações em que deverá estar excluída a aplicação da CGAA, por ainda se encontrarem “dentro dos limites do planeamento fiscal aceites pela teleologia e sistemática fiscal”:

- (i) *Lacuna intencionalmente deixada em aberto ou introduzida no sistema fiscal;*
- (ii) *Exceções que consubstanciam um benefício fiscal (lato sensu) que aproveitam aos sujeitos passivos que cumpram com objetivos de política extra-fiscal, desde que estes sejam materialmente respeitados;*
- (iii) *Contradições ou inconsistências ínsitas no sistema ou regimes especiais (anti-sistematicidades);*¹¹⁷

¹¹⁴ COURINHA, G. Lopes, *op. cit.*, p.188.

¹¹⁵ “Pode dizer-se, em atenção à existência (e exigência) deste elemento, que a CGAA não é, afinal, um mero expediente de obtenção de receita fiscal a qualquer custo, assente no facto de um contribuinte obter uma vantagem fiscal.” Cfr. COURINHA, G. Lopes, *op. cit.*, p.189.

¹¹⁶ SANCHES, J.L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2009, p.181.

¹¹⁷ Aqui se enquadrará, por exemplo, a transformação das sociedades por quotas em sociedades anónimas para aproveitar do tratamento mais favorável nas mais-valias decorrentes da alienação de ações: os

(iv) *Introdução de cláusulas/termos genéricos (geralmente por uma questão de simplificação administrativa e de segurança jurídica) na elaboração de determinadas categorias ou de qualificações relevantes para a imposição de um encargo fiscal ou para a concessão de benefícios fiscais;*

(v) *Previsão de opções pelo legislador (strictu sensu) cuja única finalidade será de permitir ao sujeito passivo a redução da carga fiscal.*¹¹⁸

Vertendo para o caso concreto, observemos os institutos em causa de uma perspetiva teleológica e vejamos se a operação sob análise lhes é desconforme.

Temos um empréstimo intra-grupo, sujeito ao pagamento de juros, estipulados em obediência às regras dos preços de transferência. Estes juros consubstanciam para a Sociedade credora um rendimento, que deve ser tributado em sede do seu lucro tributável, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC, em conformidade com o princípio do rendimento-acrécimo, acolhido no n.º 2 do art. 3.º do CIRC. Segundo esta “conceção extensiva de rendimento”, subjacente à quantificação do lucro tributável, estarão tendencialmente abrangidas quaisquer variações positivas do património líquido.¹¹⁹

À partida os dividendos recebidos também seriam tributados, na medida em que, à semelhança dos juros, consubstanciam um rendimento no sentido inerente à noção de rendimento-acrécimo. No entanto, a participação de sociedades no capital de outras gera “uma tributação em cascata”: o lucro é primeiro tributado na esfera da sociedade que o originou e, depois, o montante distribuído à socia (*dividendo*) seria computado no cálculo da sua matéria coletável, enquanto rendimento obtido, e assim sucessivamente.¹²⁰ Portanto, a escolha entre a existência de várias sociedades em cadeia, ou apenas uma só que albergue todas, não é fiscalmente neutra, em virtude da dupla tributação económica inerente à primeira opção. Então, por razões inerentes à estrutura do imposto, para corrigir o funcionamento do IRC, que gera uma indesejada dupla tributação, o sistema fiscal prevê um benefício estrutural, de forma a repor justiça na tributação. Os dividendos são tributados onde são gerados, onde são lucro operacional, e depois não são mais tributados. Esta isenção de tributação dos lucros distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português, cumpridos que estejam determinados

sujeitos passivos limitaram-se a adequar o seu comportamento ao que o legislador incentivou. Cfr. CARDOSO, P. Menezes, *op. cit.*, p.325.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 291-292.

¹¹⁹ MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, pp.34-35.

¹²⁰ *Idem*, pp.162-164.

requisitos, está prevista no art. 51.º do CIRC, que transpõe a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de maio de 1990 (Diretiva “Mãe Filhas”).¹²¹

Através da operação do perdão da dívida, o sujeito passivo fica em posição de usufruir deste benefício estrutural, na medida em que o montante da dívida perdoada, sendo tributado em sede do lucro tributável da Sociedade Filha, já não o deve ser novamente quando é distribuído à Mãe. Neste sentido, pode argumentar-se que houve apenas a adequação de um comportamento por parte do contribuinte, ao abdicar de um crédito a que tinha direito, com o intuito de beneficiar da exclusão de tributação em sede de prevenção da dupla tributação económica, concedida pelo legislador.

Por outro lado, se o montante perdoado é imediatamente remetido para a Sociedade Credora, sob a forma de dividendos (num cenário em que não eram distribuídos dividendos há anos, ou que nunca tinham sido distribuídos) parece-nos que nesse caso o perdão consubstancia um comportamento desprovido de substância económica, que apenas visou iludir o imposto normalmente devido ao nível da Sociedade Mãe pela receção de proveitos financeiros, transferindo a tributação para o país com a carga fiscal mais baixa, para, dessa forma, eliminar o encargo fiscal líquido do Grupo. O TJUE já deixou claro que os objetivos de salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário e da prevenção da evasão fiscal estão interligados, e que os Estados Membros podem aplicar normas anti abuso em ordem a garantir a preservação dos poderes de repartição.¹²²

3.1.5. Elemento Sancionatório – “efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”

Verificando-se cumulativamente os quatro elementos que constituem a hipótese legal, aplica-se a estatuição, que corresponde à ineficácia da construção no âmbito tributário. Os negócios são válidos e eficazes nos termos jurídico-civis, mas há um abuso fiscal que

¹²¹ “This is regarded by the CJ as the general objective of the directive there where the more specific object is to eliminate cases of double taxation of profits distributed by subsidiaries to their parent companies. We can thus assume that when an arrangement does not lead to the prevention of double taxation (...) this is in conflict with the object of the directive.” WEBER, Dennis, “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”, *Intertax*, Vol. 44, N.º 2, 2016, p.113.

¹²² Ac. do TJUE de 18.07.2007, C231/05, *Oy Aa*, p. 63, e Ac. de 21.01.2010, C-311/08, *SGL*, p.66. Desenvolvidamente, HILING, Maria, “Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ’s Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance”, *Intertax*, Vol. 41, 2013 e TERRA, Ben J.M. e Peter J WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pp. 483-490.

vai ser desconsiderado nesta sede. Como refere Alberto Xavier, “o Fisco tem o dever de “requalificar” ou “recharacterizar” o ato jurídico de acordo com a sua verdade material jurídica.”¹²³ Assim, a tributação é efetuada de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

4. A interação entre o Regime de Comunicação Obrigatória e a Cláusula Geral Anti-Abuso

Na ação 12 do plano BEPS, que diretamente inspirou a diretiva, é afirmado que o regime de comunicação obrigatória dos mecanismos potencialmente agressivos e a CGAA estabelecem entre si uma relação de complementaridade, na medida em que as operações que sejam comunicadas em obediência ao regime poderão despoletar a reação da Autoridade Tributária, nomeadamente através da aplicação da CGAA.¹²⁴

A Diretiva reforça esta ideia, no considerando 14, ao afirmar que:

“os mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços agressivos cuja principal finalidade ou uma das principais finalidades seja obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável estão sujeitos à regra geral anti abuso prevista no artigo 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho.”¹²⁵

O objetivo é que a aplicação conjunta das duas medidas permita, assim, aumentar a eficácia do combate aos comportamentos abusivos, uma vez que a obrigação de comunicação constituirá a via idónea para que a Administração Fiscal disponha de informação atualizada sobre os comportamentos a que deve reagir, numa fase precoce.¹²⁶ Além disso, a finalidade dissuasória é reforçada uma vez que, os promotores e utilizadores dos esquemas, estando conscientes que os mecanismos reportados poderão ser objeto de reação por parte da AT, são obrigados a ponderar se devem mesmo utilizá-los, ou seja, a ponderar se não serão abusivos.¹²⁷

¹²³ XAVIER, Alberto, *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma anti-elisiva*, Dialética, São Paulo, 2001, p.37.

¹²⁴ OECD (2015), *op. cit.*, p.23.

¹²⁵ Considerando 14 da Diretiva.

¹²⁶ CALDERÓN, J.M.C., *op cit.*, p. 41 e BERNABEU, Laura Soto, “La conexión entre la norma general anti-abuso introducida en la Propuesta de Directiva BICIS y la Acción 12 del Plan BEPS” in *V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades” (2.º parte)*, 2017, p.133.

¹²⁷ DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, p.369.

De facto, com base no exemplo analisado, constatamos que os pressupostos de aplicação dos dois mecanismos são diferentes.

As normas de revelação dos mecanismos com relevância fiscal terão um alcance mais extenso, e pretendem incluir no seu âmbito de aplicação um mais amplo leque de condutas do que será aquele que preside à definição das construções sujeitas à aplicação da CGAA, atuando esta última nos casos em que efetivamente o risco de abuso dos mecanismos comunicados se confirma.¹²⁸ Vejamos.

O elemento intelectual, referente à motivação fiscal do sujeito passivo enquanto componente subjetiva, não está presente no regime da obrigação de comunicação. Neste âmbito, no que concerne ao teste do benefício principal, a avaliação irá apenas incidir na vantagem (benefício) potencialmente criada pelo mecanismo e não na averiguação da intenção subjacente.¹²⁹

As *guidelines* francesas afirmam expressamente que a satisfação do teste do benefício principal é feita de uma forma objetiva, em detrimento de uma análise subjetiva que levaria em conta as motivações ou intenções dos participantes. Tanto assim é que o contribuinte pode não pretender obter uma vantagem fiscal de forma principal e o mecanismo que utiliza, satisfazer, mesmo assim, o teste do benefício principal, averiguado em função do valor potencialmente obtido, em comparação com o valor dos outros benefícios obtidos com a operação.¹³⁰

Apesar de o elemento intelectual da CGAA ser inferido através de elementos objetivos, e podermos falar, nesse âmbito, numa “*objetified intention*”¹³¹, a sua prova apenas fica completa quando os diversos factos, analisados de forma casuística, permitam concluir, com razoável certeza e segurança, à luz de critérios lógicos e de experiência, que o sujeito

¹²⁸ BERNABEU, Laura Soto, *op. cit.*, p.133.

O'DONNELL, Keith e Hoor, OLIVER R., “New EU Reporting Obligations for Tax Intermediaries: Impact on Alternative Investments in Luxembourg”, *Tax Notes*, 2018, pp.18-19.

¹²⁹ “el criterio del beneficio principal no se liga a las intenciones, sino a los efectos. Es verdad que, tratándose de efectos razonablemente esperables, la línea divisoria con los propósitos es tenue, pero existe (...) precisamente esa característica de propósito u objetivo de conseguir un beneficio fiscal que anule el objetivo o la finalidad del Derecho tributario aplicable es la que no está presente en el criterio del beneficio principal en DAC 6” *vide* TELLO, Jesús López, “La obligatoria declaración de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal bajo la directiva de cooperación administrativa (DAC 6)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 53, 2019, p.92.

¹³⁰ [Guidelines francesas](#). No mesmo sentido, apontam as [Guidelines holandesas](#).

¹³¹ WEBER, Dennis, “Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why we Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments, in Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU”, *Oxford University Centre for Business Taxation*, 2010, p.397.

quis e escolheu aquela estrutura com um propósito principal fiscal. Este juízo não está presente no DAC 6, nem é exigível a quem tem a obrigação de comunicar o esquema.

A obtenção de uma vantagem fiscal (elemento resultado), será uma condição necessária na maioria dos esquemas comunicáveis ao abrigo do MDR, pelo menos naqueles sujeitos ao crivo do teste do benefício principal.

Na característica-chave estudada, a conversão de rendimentos aí referida exige que os capitais, donativos ou rendimentos em que tenham sido convertidos os rendimentos originários sejam tributados mais favoravelmente ou não tributados. De qualquer forma, o teste do benefício principal sempre exigirá que a obtenção de uma vantagem fiscal seja um dos benefícios principais expectáveis do mecanismo. Como vimos a propósito deste teste, a CE remete para um conceito de vantagem fiscal assente na comparação entre o imposto devido com a realização do mecanismo, e o que seria devido sem o mesmo. As orientações portuguesas realçam a ideia que só releva a vantagem fiscal que “não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do mecanismo”, estabelecendo, de forma clara, um teste de causalidade semelhante ao que tem de se verificar no âmbito da CGAA, entre o elemento meio e resultado.

No que concerne ao elemento normativo, aqueles países que exigem, para efeitos de verificação do teste do benefício principal do DAC 6, que a vantagem fiscal obtida não seja consistente com o objeto e propósito da legislação relevante, parecem incluir um juízo normativo semelhante.

No entanto, não obstante a exclusão daqueles casos em que a vantagem fiscal é totalmente obtida em resultado direto e imediato do preenchimento dos seus pressupostos legais, referido pelas *guidelines* portuguesas, não nos parece ser exigível ao intermediário, nem ao contribuinte relevante (nos casos em que a obrigação de comunicação recaia sobre o último), um conhecimento acerca da coerência sistemática e normativa do resultado alcançado, nem a sua ausência poderá ser presumida da comunicação obrigatória.¹³² Enquanto juízo iminentemente jurídico, caberá ao intérprete-aplicador do Direito, perante as circunstâncias fácticas concretas, aferir da (des)conformidade da operação com as finalidades do ordenamento jurídico.¹³³ Esta será, aliás, a interpretação mais conforme

¹³² No mesmo sentido, veja-se LAWRENCE, Dominic e Elinor BOOTE, “DAC 6: six types of ambiguity”, *Tax Journal*, 2020, p.4.

¹³³ Em relação ao elemento normativo da CGAA, é referido que “la obligación de comunicación en modo alguno exige (ni puede exigir en aras a sua practicabilidade) el análisis prévio sobre la concurrencia de este

com os objetivos do regime, de mera obtenção de informação relevante, para uma posterior seleção e análise.

O elemento meio refere-se, como já vimos, à via utilizada para obter o desejado ganho fiscal (“construção ou série de construções”), que seja realizada com abuso das formas jurídicas ou não seja genuína. Dada a sua natureza ampla, e assente em conceitos indeterminados, em alguns países este elemento foi densificado através de uma lista exemplificativa de indicadores objetivos.¹³⁴ Também em duas decisões de reenvio prejudicial, no início de 2019, o TJUE assinalou indicadores concretos que apontam para uma situação de abuso, tais como a existência de sociedades interpostas sem justificação económica ou o carácter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades.¹³⁵ Como outra potencial fonte de tais indicadores poderão ser interpretadas as características-chave elencadas no regime de comunicação.¹³⁶

Neste contexto, entendemos que deve evitar-se o risco de o preenchimento das características-chave gerar uma presunção de abuso, no que se refere ao elemento meio.¹³⁷ Os elementos contidos nas características-chave constituem meros indícios de evasão fiscal ou de práticas fiscais abusivas¹³⁸, podendo abranger igualmente operações legítimas.¹³⁹ Não deverá, portanto, gerar-se a partir da sua verificação, um preenchimento

requisito adicional de antijuridicidad” in Fundación Impuestos y Competitividad, “Accion 12: Seguimiento de la Transposición al Ordenamiento Español de la “DAC 6”, *Contestación al Trámite de Consulta Pública, de fecha 11/12/2018, en relación com la incorporación de la DAC 6*, pp. 15-16.

¹³⁴ Tal como o Reino Unido, a Alemanha, a Austrália.

¹³⁵ Cfr. Ac. do TJUE de 26.02.2019, C-116/06, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, pp. 99-106.

¹³⁶ HAYDEN, Helen, “A rule to catch them all, How European policies on combating abuse of rights in tax law aim at countering cynicism by non-state actors”, *Völkerrechtsblog*, 2019, p. 2.

“The Main Benefit Test in the DAC 6 includes only a reference to “all relevant facts and circumstances” without invoking the question of the genuineness of the arrangement (...) presumably because the genuineness of the arrangement (or lack of it thereof) is the subject of each specific hallmark.” *Vide* PANTAZATOU, Katerina, “Effective Implementation of the ATAD: Information Collection, Exchange and Monitoring through DAC 6”, in *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, Elgar Tax Law and Practice, 2020, p.15.

¹³⁷ Pedro Menezes Cardoso já havia tecido esta preocupação em relação ao Decreto lei n.º 29/2008: “funcionando o “*disclosure*” a priori em relação a determinadas situações consideradas como fontes potenciais de planeamento fiscal ilegítimo, este diploma, ainda que não declaradamente, acaba por funcionar como uma CEAA, uma vez que presume que a(s) situação(ões) do art. 4.º são abusivas, assim invertendo o ónus da prova contra o contribuinte, conduzindo não apenas a uma objetivização das situações de planeamento fiscal, mas lançando um anátema de suspeição generalizada em relação a situações possivelmente legítimas de planeamento fiscal.”, *op. cit.*, p.249.

¹³⁸ Considerando 9 da Diretiva.

¹³⁹ PEETERS, Bart e Lars VANNESTE, *op. cit.*, p.3.

Veja-se o caso da característica-chave prevista na alínea b) do n.º 5 da Lei, que obriga à comunicação de mecanismos que envolvam a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar. Entre empresas independentes é o que se apelida de negócio arriscado, entre empresas associadas é automaticamente rotulada de potencialmente abusiva. No entanto, se o resultado da transação é altamente incerto, só depois

“mecanizado” do elemento meio, assim pondo em crise a necessária avaliação casuística das formas de planeamento. Isto será agravado se considerarmos a tendência do elemento intelectual de diluição e recondução à análise do elemento meio.¹⁴⁰

Uma presunção deste tipo, tendo em conta a forma ampla como as características-chave estão definidas, poderia colidir com a doutrina de não presunção de evasão e elisão fiscais, conforme estabelecida pela jurisprudência do TJUE.¹⁴¹ O Tribunal já deixou claro que uma legislação nacional, para diretamente combater fraudes e abusos, deve ter por objetivo específico o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.¹⁴² As regras de *disclosure* do DAC 6 claramente não se limitam a esses cenários.¹⁴³

Com efeito, encontra-se estabelecido que as autoridades nacionais competentes, para averiguar se determinada operação tem como objetivo a evasão ou elisão fiscais, (nomeadamente por não ser executada por razões económicas válidas), têm de proceder casuisticamente a uma análise global da operação, que pondere todos os elementos concretos do caso e possa ser objeto de fiscalização jurisdicional, não bastando a aplicação de critérios gerais predeterminados.¹⁴⁴ Blum e Langer referem ainda, a propósito das decisões do TJUE no caso *Eqiom e Deister*, que uma presunção deste tipo será desproporcional mesmo que o contribuinte a possa refutar.¹⁴⁵ São as autoridades fiscais que têm de evidenciar um intuito abusivo, aferido através de um exame individual do esquema como um todo.¹⁴⁶

da transação, e não antes, é possível averiguar o carácter abusivo, *vide* VANISTENDAEL, Frans, “The EU Directive on Aggressive Tax Planning: The Wrong Approach”, *Tax Notes International*, 2018, p.6.

¹⁴⁰ CARDOSO, Pedro Menezes, *op. cit.*, p.248.

¹⁴¹ Pantazou, Katerina, *op. cit.*, p.15.

“Courts tend to reject general presumptions of abuse when a member state is defending its crossborder anti avoidance provisions against EU law challenges. Somewhat perversely, this does not seem to have filtered through to the EU’s mandatory disclosure rules. Many hallmarks come remarkably close to constituting such general presumptions.”, LARKING, Barry, “No Pain, No Gain: Overkill in the EU’s Mandatory Disclosure Rules”, *Tax Notes*, 2018, p.6.

¹⁴² Cfr. ac. do TJUE de 7.09.2017, C-6/16, *Eqiom SAS*, p. 30, referindo-se ao *Cadbury Schweppes*, C-196/04, p.55.

¹⁴³ BLUM, Daniel W. e LANGER, Andreas, *op. cit.*, p.11.

¹⁴⁴ Cfr. ac. do TJUE de 17.07.1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, p. 41; ac. do TJUE de 10.11.2011, C-126/10, *Foggia*, pp.37-39; TJUE, ac. do TJUE de 08.03.2017, C-14/16, *Euro Park Service*, pp. 55-57, ac. do TJUE de 7.09.2017, C-6/16, *Eqiom SAS*, p. 36.

¹⁴⁵ BLUM, Daniel W. e LANGER, Andreas, *op. cit.*, p.11.

¹⁴⁶ BUNDGAARD, Jakob, *et al.*, “European Union – When are Domestic Anti-Avoidance Rules in Breach of Primary and Secondary EU Law? – Comments Based on Recent ECJ Decisions”, *European Taxation*, Vol.58, N.º 4, 2018.

Desta forma, entendemos que deveria estabelecer-se de forma clara que o regime de comunicação obrigatória não é um instrumento para diretamente combater os comportamentos de erosão da base tributária, nem as características-chave, conjugadas com o teste do benefício principal podem operar, *per se*, como uma qualquer presunção de construção abusiva.¹⁴⁷

Qualquer classificação dos mecanismos reportados nesse sentido, deve obrigatoriamente ser coberta por uma avaliação posterior pela administração fiscal, e fundamentada nos termos prescritos na lei, nomeadamente na prova de todos os pressupostos de que depende a aplicação da CGAA.¹⁴⁸

A Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 11/XIV, que esteve na origem da Lei n.º 26/2020, deixou claro que “as características-chave não traduzem uma efetiva situação de evasão fiscal e, menos ainda, uma antecipação de qual deva ser a reação das autoridades tributárias.” As *guidelines* posteriormente publicadas vieram reforçar que não deixa de ser assim, nomeadamente nas características-chave que tenham de ser cumuladas com o teste do benefício principal, ou que referem expressões como “medidas artificiosas”, ausência de “outra função comercial”, ausência de prossecução de “uma atividade económica substancial”, entre outras. Vieram ainda realçar que o enquadramento a dar às situações tributárias reveladas, nos termos do art. 17.º da Lei 26/2020, deve ser feito “perante os limites de um ordenamento jurídico estritamente delimitado pelo princípio da tipicidade fechada ou taxativa”.

No cerne destas disposições parece residir esta preocupação de separação de âmbitos e pressupostos dos dois regimes. No entanto, a falta de reação das autoridades tributárias (que não implica qualquer esclarecimento quanto à aceitação dos esquemas comunicados)¹⁴⁹ não deixa de fragilizar a segurança jurídica e proteção das legítimas expectativas dos contribuintes,¹⁵⁰ através da criação de uma “zona cinzenta” de operações

¹⁴⁷ SANDALO, Alberto e Christian MONTINARI, “Open issues on DAC 6 Italian implementation: the main benefit test and the reporting obligation”, *IPSOA Quotidiano*, 2020, pp.1-2. No mesmo sentido, Fundación Impuestos y Competitividad, *op. cit.*, p.16.

¹⁴⁸ “The disclosure will rather give the authorities the opportunity to autonomously investigate reported schemes and determine whether they are acceptable.” PEETERS, Bart e Lars VANNESTE, *op. cit.*, p.3.

¹⁴⁹ Considerando 2 da Diretiva e art. 18.º da Lei n.º 26/2020. Isto significa que as autoridades fiscais podem permanecer em silêncio por um período indefinido de tempo, antes de implementar medidas repressivas, acentuando a incerteza para o contribuinte.

¹⁵⁰ ČIČIN-ŠAIN, Nevja, “European Union/International – New Mandatory Disclosure Rules for Tax Intermediaries and Taxpayers in the European Union – Another “Bite” into the rights of the Taxpayer?”, *World Tax Journal*, Vol. 11, N.º 1, 2019, p. 6.

sob vigia.¹⁵¹ Além disso acentua o caráter unilateral de decisão, por um lado, no que se refere à Administração Fiscal, e o caráter unilateral de fornecimento de informação, por outro, no que se refere aos intermediários/contribuintes.¹⁵²

Numa área em que a cooperação e o diálogo são tão importantes, uma vez que a distinção entre o aceitável e o inaceitável/abusivo, é feita por uma linha ténue e muitas vezes, não consensual¹⁵³, urge promover medidas de cooperação.¹⁵⁴ Como sugere Prats, a clarificação dos efeitos associados às operações comunicadas poderia ser feita através da elaboração e atualização de listas (brancas/negras/cinzentas) que elucidem a relevância tributária dos mecanismos comunicáveis.¹⁵⁵

O regime está plenamente em vigor desde o início do ano e nos últimos dois meses foram submetidas mais de uma centena de declarações Modelo 58, ou seja, já foram comunicados mais mecanismos do que foram comunicados esquemas nos 12 anos de vigência do DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.¹⁵⁶ Resta-nos observar como se vai desenvolver, na prática, o tratamento pela AT da informação disponibilizada, nomeadamente no que concerne à sua articulação com o regime da CGAA.

5. Conclusão

I. A Diretiva 2018/822 (“DAC 6”) e a Diretiva 2016/1164 (“ATAD I”), transpostas para o ordenamento jurídico português através da Lei 26/2020 de 21 de julho e da Lei 32/2019 de 3 de maio, respetivamente, surgem num contexto ativo de combate ao planeamento fiscal agressivo e evasão fiscal, ao nível da União Europeia.

¹⁵¹ “Funciona, pues, como una especie de expectativa de culpabilidad”, PÉREZ, C. Lamoca, “Mecanismos transfronterizos de planificación fiscal vs. armonización fiscal”, *Centro de Estudios Financieros*, 2020, p

¹⁵² VANISTENDAEL, Frans, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵³ *Idem*, p.9.

¹⁵⁴ “deben arbitrarse de forma simultanea mecanismos y procedimientos que fomenten el cumplimiento cooperativo y refuercen la asistencia a los contribuyentes, considerando particularmente la elevada subjetividad e indeterminación jurídica intrínseca a la aplicación de las medidas”, CALDERÓN, J.M.C., *op cit.*, p. 62. Refira-se, a este propósito, a criação do Fórum DAC 6, pelo DL n.º 53/2020, para o acompanhamento da aplicação da lei de transposição e enquadramento de dúvidas.

¹⁵⁵ PRATS, Alfredo García, “La transposición en España de la Directiva sobre Intermediarios Tributarios (DAC 6)”, *AEDAF*, Paper N.º 14, 2019, p. 33.

A al. d) do art. 17.º da Lei portuguesa prevê a divulgação no Portal das Finanças dos mecanismos comunicados, em termos abstratos, para efeitos preventivos. No entanto, refira-se que ao abrigo do antigo regime de comunicação, que previa uma obrigação semelhante, apenas foram divulgados 13 esquemas em mais de uma década de vigência.

¹⁵⁶ NEVES, António, “O MDR já está em vigor...e agora?,” *Easy Tax o Jornal Económico*, 2021.

II. A DAC 6 estabelece um regime de comunicação obrigatória de mecanismos transfronteiriços potencialmente agressivos, cujo potencial de agressividade está sinalizado pelo preenchimento das características-chave previstas na diretiva.

III. Algumas destas características-chave só desencadeiam a comunicação obrigatória, quando estiver satisfeito o teste do benefício principal, filtro objetivo que exige a obtenção de uma vantagem fiscal como um dos principais benefícios do mecanismo.

IV. As características-chave estão definidas de forma ampla e indeterminada, de forma a abranger o maior leque de condutas potencialmente relevantes. Desta forma, podem cair igualmente no seu escopo estruturas de planeamento legítimas.

V. O objetivo é munir as Autoridades Tributárias de informação relevante, numa fase precoce, de forma a poderem controlar a atividade dos intermediários e contribuintes, selecionando aquela à qual devem reagir. Terá igualmente um fim dissuasório, pretendendo demover os contribuintes de entrarem em esquemas de planeamento agressivo.

VI. Por outro lado, a ATAD I visa o estabelecimento de regras contra as práticas de elisão fiscal, nomeadamente a definição de uma CGAA, de forma a garantir a sua aplicação uniforme entre os diferentes Estados Membros, e a assegurar-lhes um maior nível de proteção.

VII. A CGAA, traduzindo-se na não aceitação das opções contratuais do sujeito passivo, tomadas em conformidade com a letra da lei, constitui uma *ultima ratio*, atuando contra aquelas formas de planeamento que, apesar de formalmente lícitas, são manifestamente abusivas face ao ordenamento jurídico.

VIII. A sua aplicação encontra-se dependente de um conjunto de pressupostos cumulativos (elemento meio, resultado, intelectual e normativo), que devem ser provados pela AT, e analisados de forma casuística.

IX. Desta forma, enquanto o regime de comunicação obrigatória tem caráter preventivo, atuando *a priori* na luta contra o abuso fiscal, a CGGA tem caráter repressivo, reagindo contra os mecanismos cujo potencial de abuso é confirmado, mediante a verificação dos referidos pressupostos.

X. Neste contexto, tendo em conta a forma como as características-chave são apontadas como fortes indícios de práticas fiscais abusivas, e face ao caráter amplo e indeterminado da CGGA, poderá verificar-se uma tendência de presumir o abuso da verificação das primeiras.

XI. Da análise prática dos dois institutos (o regime de comunicação e a CGGA), e da aplicação dos seus pressupostos a um exemplo concreto, entendemos que tal presunção será indevida, e a sua proibição deveria ser expressamente consagrada na lei. Tendo em conta a forma ampla como as características-chave estão definidas, abrangendo operações legítimas, esta presunção seria contrária à doutrina de não presunção de evasão e elisão fiscais, conforme estabelecida pelo TJUE, e colocaria em crise a ponderação casuística dos elementos, absolutamente necessária na aplicação de um mecanismo tão intrusivo como a CGAA.

Referências Bibliográficas

Livros e Artigos Científicos

- BLUM, Daniel W. e Andreas LANGER, “European Union – At a Crossroads: Mandatory Disclosure under DAC-6 and EU Primary Law – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 59, N.º 6, 2019.
- BUNDGAARD, Jakob, *et al.*, “European Union – When are Domestic Anti-Avoidance Rules in Breach of Primary and Secondary EU Law? – Comments Based on Recent ECJ Decisions”, *European Taxation*, Vol. 58, N.º 4, 2018.
- CACHIA, Franklin, “Tax Transparency for Intermediaries: The Mandatory Disclosure Rules and Its EU Impact”, *EC Tax Review*, Vol. 27, N.º 4, 2018.
- CALDERÓN, J.M.C., “El nuevo marco europeo de transparencia sobre esquemas transfronterizos sujetos a declaración por intermediarios fiscales y contribuyentes: las “EU tax disclosure rules” y sus implicaciones”, *Quincena fiscal*, N.º 10, 2018.
- CARDOSO, Pedro Menezes, *Os desafios da “maioridade”: da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, AADFL Editora, 2017.
- ČIČIN-ŠAIN, Nevia, “European Union/International – New Mandatory Disclosure Rules for Tax Intermediaries and Taxpayers in the European Union – Another “Bite” into the rights of the Taxpayer?”, *World Tax Journal*, Vol. 11, N.º 1, 2019.
- CLAPPERS, Tim e Philip Mac-Lean (2019), “European Union/Netherlands - Tax Avoidance in the Spotlight: The EU Mandatory Disclosure Rules and Their Impact on Asset Managers and Private Equity”, *Finance and Capital Markets*, Vol.21, N.º 3, 2019.
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2009.
- DA SILVA, João Nuno Calvão (2006), “Elisão fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 66, 2006.
- DALY, Michelle (2020), “EU mandatory disclosure: Irish guidance notes at a glance”, *International Tax Review*.
- DE BROE, Luc e Dorien BECKERS, “The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice’s Case Law on Abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, Vol 26, N.º 3, 2017
- DOURADO, Ana Paula, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6”, *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015.
- DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017
- FEIO, Diogo, “Cláusula geral anti-abuso: antes e depois. Conceitos em construção”, *Cadernos de Justiça Tributária*, N.º 29, 2020.
- FERREIRA, Mónica Veloso, “A Cláusula Geral Anti Abuso na Jurisprudência do CAAD”, *Arbitragem Tributária*, N.º 5, 2016.

- HILING, Maria, “Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ’s Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance”, *Intertax*, Vol. 41, N.º 5, 2013.
- JONES, Ben, David JERVIS e Deepesh UPADHYAY (2021), “DAC 6 restricted”, *Tax Journal*.
- LARKING, Barry, “No Pain, No Gain: Overkill in the EU’s Mandatory Disclosure Rules”, *Tax Notes*, 2018.
- LAWRANCE, Dominic e Elinor BOOTE, “DAC 6: six types of ambiguity”, *Tax Journal*, 2020.
- MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MORAIS, Rui Duarte, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012.
- NOGUEIRA, João Félix, “Abuso de Direito em Fiscalidade Direta, A Emergência de um Novo Operador Jurisprudencial Comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009.
- NOWEN, Martijn e Arjo Van EIJSDEN, “The new transparency rules for intermediaries and companies lead to a complete tax chaos”, *Kluwer International Tax Blog*, 2017.
- O’DONNELL, Keith e Hoor, OLIVER R., “New EU Reporting Obligations for Tax Intermediaries: Impact on Alternative Investments in Luxembourg”, *Tax Notes*, 2018.
- OCHÔA, João, “Portugal – Mandatory Disclosure Rules Applicable to Reportable Arrangements: Portuguese Implementation of DAC 6”, *European Taxation*, Vol. 61, N.º 1, 2021.
- PANTAZATOU, Katerina, “Effective Implementation of the ATAD: Information Collection, Exchange and Monitoring through DAC 6”, in *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, Elgar Tax Law and Practice, 2020.
- PEETERS, Bart e Lars, VANNESTE, “European Union/International – DAC 6: An additional Common EU Reporting Standard”, *World Tax Journal*, Vol. 12, N.º 3, 2020.
- PÉREZ, Carlos Lamoca, “Mecanismos transfronterizos de planificación fiscal vs. armonización fiscal”, *Centro de Estudios Financieros Fiscal Impuestos*, 2020.
- PIRES, J.M. Fernandes, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, Almedina, 2015.
- PRATS, Alfredo García, *et al*, “Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules”, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 103, N.º 1, 2018.
- PRATS, Alfredo García, “La transposición en España de la Directiva sobre Intermediarios Tributarios (DAC 6)”, *AEDAF*, Paper N.º 14, 2019.
- ROLIM, João Dacio, “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, *Intertax*, Vol. 44, N.º 11, 2016.

SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2.º edição, 2002.

SANCHES, J.L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2009.

SILVA, F. Castro e Tiago C. NEVES, “Planeamento fiscal abusivo: O caso português no contexto internacional”, *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, Ano 1, N.º 3, 2008.

SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.

TAVARES, Tomás Cantista, “Nova Redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT”, *Cadernos de Justiça Tributária*, N.º 29, 2020.

TERRA, Ben J.M. e Peter J. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012.

VANISTENDAEL, Frans, “The EU Directive on Aggressive Tax Planning: The Wrong Approach”, *Tax Notes International*, 2018.

WEBER, Dennis, “Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why we Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments, in Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU”, *Oxford University Centre for Business Taxation*, Oxford, 2010.

WEBER, Dennis, “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”, *Intertax*, Vol. 44, N.º 2, 2016.

XAVIER, Alberto, *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma anti-elisiva*, Dialética, São Paulo, 2001.

Documentos eletrónicos e outros

Administration des contributions directes, “Precisiões concernant l’implementation de la loi du 25 mars 2020 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l’object d’une déclaration”, Disponível em: <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/echanges-electroniques/dac6/Precisions-concernant-l-interpretation-de-la-loi-du-25-mars-2020-Version-PDF-20210212-.pdf>

Autoridade Tributária e Aduaneira, “Orientações gerais (guidelines) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal”, 2021. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/Regime_Comunicacao_Mecanismos_internos_transfronteiricos/Comunicacao_de_Mecanismos/Documents/Lei_26_2020_Orientacoes_Gerais_Guidelines.pdf

----, “Divulgação do Anteprojeto de diploma sobre a Transposição da Diretiva (UE) 2018/822 (DAC 6)”. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto_DAC_6.pdf

BERNABEU, Laura Soto, “La conexión entre la norma general anti-abuso introducida en la Propuesta de Directiva BICIS y la Acción 12 del Plan BEPS”, in *V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades” (2.º parte)*, 2017. Disponible em:

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_13.pdf

Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts, “Obligations des contribuables tendant à la prévention de la fraude – Déclaration de dispositifs transfrontières – Champ d’ application – Dispositifs transfrontières devant faire l’objet d’une déclaration”, 2020 (guidelines do Luxemburgo). Disponible em: https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12276-PGP.html/identifiant=BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20201125#1%C2%B0_Critere_de_l%E2%80%99avantage_pr_063

CE (Comissão Europeia), “Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements” SWD/2017/0236 final – 2017/0138”, 2017. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017SC0236>

----, “Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market”, COM(2016) 26 final. Disponible em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-26-EN-F1-1.PDF>

----, “Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/EU)”, Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012H0772&from=ES>

CFE (Confédération Fiscale Européenne), & AOTCA (The Asia-Oceania Tax Consultants’ Association), “Joint Opinion Statement FC 7/2015 and PAC 1/2015 on Mandatory Disclosure Rules (BEPS Action 12)”. Disponible em: <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/12/CFE-and-AOTCA-Opinion-Statement-FC-7-2015-on-Mandatory-Disclosure-Rules-BEPS-Action-12.pdf>

CFE (Confédération Fiscale Européenne), “Joint PAC/FC Opinion Statement 1/2017 on the European Commission public consultation ‘Disincentives for advisers and intermediaries for potentially aggressive tax planning schemes’”. Disponible em: <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/05/CFE-PAC-FC-Joint-Opinion-Statement-Effective-Disincentives-1-2017.pdf>

CHANCE, Clifford, “Look Out – Why New EU Tax Reporting Requirements are Ahead”, 2018. Disponible em: https://www.cliffordchance.com/briefings/2018/06/look_out_why_neweutaxreportingrequirement.html

Comission Services, “Working Party IV – Direct Taxation – 24 september 2018 – summary record”. Disponible em: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=19686>

Commission department on Taxation and Customs Union, “Document WK 9981/2017 INIT, Examples and origin of the Hallmarks”. Disponível em:

<https://globaltaxnews.eu.com/news/2018-5831-european-commission-provides-examples-of-hallmarks-under-eu-mandatory-transparency-rules>

Fundación Impuestos y Competitividad, “Accion 12: Seguimiento de la Transposición al Ordenamiento Español de la “DAC 6”, Contestación al Trámite de Consulta Pública, de fecha 11/12/2018, en relación com la incorporación de la DAC 6”. Disponível em: <https://fundacionic.com/wp-content/uploads/2018/04/TRASPOSICION-DAC-6-2.pdf>

HAYDEN, Helen, “A rule to catch them all, How European policies on combating abuse of rights in tax law aim at countering cynicism by non-state actors”, *Völkerrechtsblog*, 2019. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/de/a-rule-to-catch-them-all/>

HM Revenue & Customs, “Disclosable arrangements legislation”, 2020 (guidelines do Reino Unido). Disponível em: [IEIM600000 - International Exchange of Information Manual - HMRC internal manual - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/431211/IEIM600000_-_International_Exchange_of_Information_Manual_-_HMRC_internal_manual_-_GOV.UK.pdf)

----, “Disclosure of Tax Avoidance schemes: guidance” (DOTAS), 2018. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/disclosure-of-tax-avoidance-schemes-guidance/disclosure-of-tax-avoidance-schemes#the-hallmarks>

Ministerie van Financiën, “Guidance on mandatory cross-border arrangements”, 2020 (guidelines da Holanda). Disponível em: [wetten.nl - Regeling - Leidraad meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies - BWBR0043757 \(overheid.nl\)](https://www.wetten.nl/consolidated/Regeling-Leidraad-meldingsplichtige-grensoverschrijdende-constructies-BWBR0043757-overheid.nl)

NEVES, António, “O MDR já está em vigor...e agora?”, *EasyTax o Jornal Económico*, 2021. Disponível em: <https://easntax.jornaleconomico.pt/o-mdr-ja-esta-em-vigor-e-agora>

Norton Rose Fullbright, “DAC 6: new EU tax disclosures Mandatory reporting of cross-border transactions for taxpayers and intermediaries”, 2018. Disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/knowledge-pdfs/dac-6-new-eu-tax-disclosure-rules.pdf?la=en-de&revision=20e59a62-fcba-4a86-ae4d-4f394622b4b2>

OCDE, “Comments Received on Public Discussion Draft BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules, 4 May 2015”. Disponível em:

<https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-12-mandatory-disclosure-rules.pdf>

----, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”, OECD Publishing, 2013. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#page1

----, “Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_9789264241442-en#page1

Revenue Irish Tax and Customs, “EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-Border Arrangements Part 33-03-03”, 2021 (guidelines da Irlanda). Disponível em: [Part 33-03-03 - EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-border Arrangements \(Chapter 3A of Part 33\) \(revenue.ie\)](#)

SANDALO, Alberto e Christian MONTINARI, “Open issues on DAC 6 Italian implementation: the main benefit test and the reporting obligation”, *IPSOA Quotidiano*, 2020. Disponível em: <https://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2020/03/09/open-issues-on-dac-6-italian-implementation-the-main-benefit-test-and-the-reporting-obligation>

Skat.dk, “The Legal Guide 2021-1, Reporting of cross-border schemes – DAC 6/MDR, 2020 (guidelines da Dinamarca). Disponível em: <https://skat.dk/skat.aspx?oid=16962>

TELLO, Jesús López, “La obligatoria declaración de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal bajo la directiva de cooperación administrativa (DAC 6)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 53, 2019. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6848/documento/esp02.pdf?id=9334>

Jurisprudência

TJUE

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de julho de 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, C-255/02, *Halifax*.

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

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2007, C231/05, *Oy Aa*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2010, C-311/08, *SGL*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de março de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de setembro de 2017, C-6/16, *Eqiom SAS*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2019, C-116/06, *T Danmark* e C-117/16, *Y Denmark*.

Jurisprudência nacional

Acórdão do CAAD de 9 de maio de 2013, Proc. N.º 123/2012-T.

Acórdão do CAAD de 6 de junho de 2013, Proc. N.º 124/2012-T.

Acórdão do CAAD de 14 de junho de 2014, Proc. N.º 258/2013-T.

Acórdão do CAAD de 21 de julho de 2014, Proc. N.º 143/2014-T.

Acórdão do CAAD de 16 de setembro de 2014, Proc. N.º 234/2014-T.
Acórdão do CAAD de 24 de novembro de 2014, Proc. N.º 379/2014-T.
Acórdão do CAAD de 19 de dezembro de 2014, Proc. N.º 200-2014-T.
Acórdão do CAAD de 3 de janeiro de 2015, Proc. N.º 240/2014-T.
Acórdão do CAAD de 30 de janeiro de 2015, Proc. N.º 381/2014-T.
Acórdão do CAAD de 2 de março de 2015, Proc. N.º 395/2014-T.
Acórdão do CAAD de 4 de maio de 2015, Proc. N.º 283/2014-T.
Acórdão do CAAD de 22 de maio de 2015, Proc. N.º 377/2014-T.
Acórdão do CAAD de 3 de julho de 2015, Proc. N.º 180/2014-T.
Acórdão do CAAD de 4 de novembro de 2015, Proc. N.º 173/2015-T.
Acórdão do CAAD de 26 de novembro de 2018, Proc. N.º 126/2018-T.
Acórdão do CAAD de 3 de janeiro de 2019, Proc. N.º 235/2018-T.
Acórdão do CAAD de 24 de maio de 2019, Proc. N.º 357/2018-T.
Acórdão do CAAD de 18 de novembro de 2019, Proc. N.º 165/2019-T.
Acórdão do CAAD de 23 de dezembro de 2019, Proc. N.º 303/2019-T.
Acórdão do CAAD de 15 de janeiro de 2020, Proc. N.º 317/2019-T.
Acórdão do CAAD de 25 de maio de 2020, Proc. N.º 480/2019-T.
Acórdão do STA de 4 de novembro de 2015, Proc. N.º 963/13-30.
Acórdão do TCAS de 13 de março de 2007, Proc. N.º 01576/07.
Acórdão do TCAS de 15 de fevereiro de 2011, Proc. N.º 04255/10.
Acórdão do TCAS de 14 de fevereiro de 2012, Proc. N.º 05104/11.
Acórdão do TCAS de 23 de fevereiro de 2017, Proc. N.º 637/09.2.