



Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

A TERCEIRA CGAA

UM REGRESSO À CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO
PREVISTA NO N.º 2 DO ARTIGO 38.º DA LGT

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS

ESPECIALIDADE DE DIREITO FISCAL

Daniel José Simões Marques Pinto

Junho de 2020

Agradecimentos

A dissertação que ora se dá a provas não teria sido concluída na ausência dos contributos que me foram, ao longo deste processo, sendo concedidos por algumas pessoas que, em razão do valor que aportaram a este trabalho, fizeram com que seja da mais elementar justiça que as *hyperligue* ao que de bom esta dissertação possa conter.

Desde logo, é mister reconhecer o valor, a rapidez e a precisão das orientações que me foram prestadas pelo Prof. Doutor Gustavo Lopes Courinha. Sem essas guias, acreditem, teriam sido (ainda) mais fundas e escuras as lacunas deste trabalho, e menos nítidos os momentos radiosos que porventura por aqui se encontrem. Escusado será dizer que, ainda assim, as deficiências e as lacunas que se identifiquem são, obviamente, apenas e só imputáveis ao autor.

Permitam-me que aproveite para agradecer à Prof.^a Doutora Clotilde Celorico Palma e ao Prof. Doutor Miguel Correia, por me terem convencido não só a investir fazenda como, principalmente, a assumir os trabalhos e as agruras inerentes à aventura que sempre é a conquista de um grau académico, aventura esta que não deixou de ser pontuada por muitas e agradáveis surpresas, como a galhardia, a capacidade de trabalho e a curiosidade que reconheci na grande maioria dos meus colegas do Curso de Especialização, num *bouquet* encimado pela capacidade e competência dos docentes que nos acompanharam.

É imperioso que aqui credite a disponibilidade e o cuidado com que foram as *démarches* da elaboração desta dissertação recebidas pela equipa da Biblioteca do Centro de Estudos Fiscais da Autoridade Tributária e Aduaneira, a quem muito agradeço, na pessoa do seu coordenador, o Dr. António Sá Santos.

Não há, da minha parte, qualquer ilusão a respeito da impossibilidade de levar até ao fim esta dissertação caso não tivesse podido contar com a compreensão (entres outros discretos, mas notados, incentivos) do Dr. João Pedro Santos.

É chegada a hora de tornar a dar atenção a meus Pais, cabendo-me, ainda que envergonhadamente, agradecer a cada um dos meus amigos e restante família pelo lugar junto deles que, por estes longos meses, ficou vago (isto se ainda se lembrarem que eu existo). Não quero deixar escapar a oportunidade de evocar a memória de duas pessoas cuja inteligência, sagacidade e generosidade foram amiúde lembradas, porque delas estou imensamente carente, durante a elaboração desta dissertação: Manuel Anselmo Torres e José Eduardo Braga.

Por último, agradeço, dedicando-lhe este trabalho, à Ana, a pessoa que sem dúvida suportou a fatura mais pesada desta empreitada, especialmente quando, ao contrário do que comigo sucedeu, este percurso nenhum ganho significativo lhe trouxe.

Nota prévia

A título de nota prévia, cabe-me avisar o leitor de que esta dissertação, por razões de conveniência, começou a ser elaborada de acordo com as regras do dito novo acordo ortográfico, numa decisão que se deveu mais a um automatismo do corretor ortográfico do processador de texto utilizado do que à minha posição a respeito da utilidade e da valia do dito acordo. Assim começou e assim acabou, pese embora a minha insatisfação com essa opção, especialmente depois de me ter apercebido que, segundo as novas regras de hifenização, *anti-abuso* se transforma em *antiabuso*.

Era, no entanto, já tarde demais para voltar atrás. Que o meu exemplo sirva aos outros de alerta.

Resumo

O presente trabalho analisa o conceito de abuso inerente à cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária (LGT), após a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo artigo 3.º da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Num primeiro momento, este trabalho recorda as várias medidas interpretativas que a doutrina veio propondo para combater a elisão fiscal e que foram defendidas no contexto da ordem jurídica tributária nacional, o que nos permite assentar conceitos chave relativamente ao âmbito, aos fundamentos e às funções de uma cláusula geral antiabuso em matéria tributária, bem como identificar os seus principais constrangimentos.

Uma vez que esta é agora uma matéria submetida a harmonização com o Direito derivado da UE, procuramos, depois, compreender qual seja o conceito de abuso inerente à *general anti-abuse rule* (GAAR) prevista no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal (ATAD), o que nos conduziu a uma recapitulação das manifestações mais relevantes, no seio desse Direito, da ideia de combate ao abuso.

Depois de fixarmos, nos seus atuais contornos, o quadro harmonizado cuja implementação se impõe aos ordenamentos jurídicos nacionais e as suas principais consequências, analisa-se, enfim, o conceito de abuso presente na cláusula geral antiabuso doméstica, nomeadamente salientando quais as características desse abuso que se mantêm face à anterior redação, quais os elementos dessa norma que correspondem a uma harmonização com o disposto no artigo 6.º da ATAD e quais os elementos da cláusula geral, sejam ou não novos, que não correspondem a qualquer harmonização.

Finalizada a análise do conceito de abuso inerente à cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, dedicamos ainda alguma atenção às alterações promovidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, ao elemento sancionatório dessa cláusula, pese embora essas alterações não ostentem, na sua grande maioria, qualquer relação com o artigo 6.º da ATAD.

Abstract

This paper analyzes the concept of abuse inherent in the general anti-abuse clause provided for in paragraph 2 of article 38.º of the Portuguese General Tax Law (LGT), after the changes introduced to it by article 3.º of Law n.º 32/2019, of May 3.

Firstly, this work recalls the interpretatives doctrinal attempts proposed to combat the tax avoidance which were defended in the context of the national tax law, allowing us to establish key concepts regarding the scope, the basis and the roles of a general anti-abuse rule in tax matters, as well as its main constraints.

Since this is now a matter subject to harmonization with EU secondary law, we then seek to understand the concept of abuse inherent in the general anti-abuse rule provided

for in article 6.º of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), which made us recap the most relevant manifestations, within EU Law, of the idea of combating abuse.

Having established in its current outlines the harmonized framework whose implementation is required by national legal systems and the main consequences that result from it, the concept of abuse present in the general domestic anti-abuse rule is then analyzed, namely highlighting the features that remain in relation to the previous wording, checking the elements that correspond to a harmonization with the provision of article 6.º of ATAD, and stressing which new or old elements of that rule do not correspond to any harmonization.

After analyzing the concept of abuse inherent in the general anti-abuse rule provided for in paragraph 2 of article 38.º of the LGT, we also take notice of the changes promoted by Law n.º 32/2019, of 3 May to the legal consequences of that clause, although these amendments, for the most part, bear no relation to article 6.º of ATAD.

Palavras-chave / Keywords

cláusula geral antiabuso; fraude à lei fiscal; elisão fiscal; abuso fiscal; Diretiva antielisão fiscal

general anti-abuse rule; tax law fraud; tax avoidance; tax abuse; anti-tax avoidance Directive

Índice

Agradecimentos.....	2
Nota prévia.....	3
Resumo.....	4
Palavras-chave / <i>Keywords</i>	5
Lista de abreviaturas.....	10
1. CAPÍTULO 1 - Introdução.....	13
2. CAPÍTULO 2 - Da elisão fiscal ao abuso.....	18
2.1 Preliminares.....	18
2.2 A elisão fiscal.....	21
2.2.1. Da elisão fiscal em geral.....	22
2.2.1.1. Um ponto de ordem conceptual (e terminológico).....	22
2.2.1.2. Da elisão fiscal, mais algumas notas.....	24
2.2.2. Da distinção entre fraude, elisão fiscal e planeamento fiscal.....	25
2.2.2.1. Da fraude.....	26
2.2.2.2. Do planeamento fiscal.....	27
2.2.2.3. Da elisão fiscal.....	32
2.3 Da elisão fiscal à fraude à lei.....	34
2.4 Da suscetibilidade de se combater a elisão fiscal.....	37
3. CAPÍTULO 3 - A Cláusula Geral AntiAbuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.....	45
3.1 Antecedentes à CGAA.....	45
3.1.1. Interpretação <i>in dubio pro fisco</i>	45
3.1.2. Interpretação económica das leis fiscais.....	46
3.1.3. Interpretação funcional.....	47
3.1.4. Interpretação extensiva.....	47
3.1.5. As cláusulas específicas antiabuso.....	48
3.2 Qual o abuso que deve ser combatido – uma primeira aproximação.....	50
3.2.1. O abuso do direito subjetivo.....	50
3.2.2. O abuso das formas jurídicas.....	52
3.2.2.1. Inadequação da configuração jurídica adotada.....	53
3.2.2.2. Obtenção de um resultado antijurídico ou fraudulento.....	53

3.2.3.	O abuso como elisão fiscal.....	54
3.3	A primeira e a segunda CGAA.....	54
4.	CAPÍTULO 4 - (no princípio era o Princípio), o Princípio Geral de Proibição de Abuso do Direito da UE.....	57
4.1	O Princípio Geral de Proibição de Abuso do Direito da UE	57
4.1.1.	De um princípio interpretativo a um princípio geral.....	58
4.1.2.	Um princípio geral de Direito da UE	60
4.1.3.	Âmbito e conteúdo do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE.....	64
4.1.4.	Até à enunciação de um <i>abuse test</i>	66
4.1.5.	E da enunciação de um <i>abuse test</i> em diante	68
4.1.5.1.	O Caso <i>Emsland-Stärke</i> e o <i>abuse test</i>	68
4.1.5.2.	Contributos do Caso <i>Halifax</i>	70
4.1.5.3.	Contributos do Caso <i>Cadbury Schweppes</i>	72
4.1.6.	Limites e consequências	77
4.1.6.1.	Limites	77
4.1.6.2.	Consequências da violação do princípio	80
4.1.7.	Desenvolvimentos relevantes mais recentes, os <i>Danish Cases</i>	81
4.1.7.1.	Os <i>Danish Cases</i> e a doutrina <i>Kofoed</i>	82
4.1.7.2.	Combater o abuso do Direito da UE, uma opção ou um dever?	86
4.1.7.3.	Desenvolvimentos observados quanto ao <i>abuse test</i>	89
5.	CAPÍTULO 5 - (e depois a norma), a <i>General Anti-Abuse Rule</i> prevista na ATAD.....	93
5.1	Introdução.....	93
5.2	Diretiva Fusões.....	93
5.2.1.	Conceito de abuso ou <i>abuse test</i>	95
5.2.2.	Consequência jurídica.....	97
5.3	Proposta CCCTB de 2011	98
5.4	A Recomendação da Comissão Europeia de 2012	99
5.5	Diretiva Mães Filhas.....	102
5.5.1.	Conceito de abuso ou <i>abuse test</i>	105
5.5.2.	Consequência jurídica.....	108
5.6	Diretiva Antielisão Fiscal	108
5.7	A <i>General Anti-Abuse Rule</i> prevista na ATAD.....	111

5.7.1. Âmbito de aplicação	113
5.7.2. Carácter <i>de minimis</i>	115
5.7.3. Conceito de abuso.....	116
5.7.3.1. Do teste subjetivo	117
5.7.3.2. Do teste normativo	120
5.7.3.3. Do teste das razões comerciais válidas (que reflitam a realidade económica)	123
5.7.4. Consequência jurídica.....	127
5.7.5. Relação, entre si, dos testes em que se decompõe o conceito de abuso	129
5.7.6. Relação da GAAR com as regras antiabuso previstas em outros instrumentos de direito derivado da UE	135
5.7.7. Relação da GAAR com o direito primário da UE.....	136
5.7.8. Um único conceito de abuso no Direito derivado da UE em matéria de tributação direta?	138
5.7.9. Um único conceito de abuso do Direito da UE?	138
6. CAPÍTULO 6 - A terceira CGAA	142
6.1 Introdução.....	142
6.2 Os elementos constitutivos do abuso fiscal visado pela CGAA	143
6.2.1. Quanto ao elemento meio	144
6.2.1.1. O elemento meio - a referência legal a construções ou séries de construções	146
6.2.1.2. O elemento meio - uma norma antiabuso, dois fundamentos	149
6.2.1.3. O elemento meio - do carácter não genuíno da construção ou série de construções....	151
6.2.2. Quanto ao elemento resultado.....	153
6.2.2.1. O elemento resultado - a ausência de uma definição legal de vantagem fiscal	153
6.2.2.2. O elemento resultado - como identificar e determinar a vantagem fiscal?	155
6.2.3. Quanto ao elemento intelectual.....	157
6.2.3.1. O elemento intelectual - a finalidade principal ou uma das finalidades principais....	157
6.2.4. Quanto ao elemento normativo	161
6.2.4.1. O elemento normativo - um mero esclarecimento	164
6.2.4.2. O elemento normativo - um elemento harmonizado	164
6.3 Consequência jurídica da CGAA - o elemento sancionatório	165
6.3.1. O elemento sancionatório - a desconsideração para efeitos tributários.....	165
6.3.2. O elemento sancionatório - a reconstrução do enquadramento tributário	167

6.3.3. O elemento sancionatório - a não produção das vantagens fiscais pretendidas	170
6.3.4. O elemento sancionatório – três notas finais relativamente a outros quantos seus aspetos não harmonizados	172
6.3.4.1. Primeira breve nota, o n.º 4 do artigo 38.º da LGT	173
6.3.4.2. Segunda breve nota, o n.º 5 do artigo 38.º da LGT	174
6.3.4.3. Terceira breve nota, o n.º 6 do artigo 38.º da LGT	175
6.4 O reforço da jurisdição do TJUE relativamente à CGAA	177
Conclusões	179
Bibliografia.....	188
Lista de Jurisprudência nacional.....	196
Lista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	198
Lista de documentos	199

Lista de abreviaturas

§	- parágrafo
ALR	- <i>Alabama Law Review</i>
ATAD	- <i>Anti-Tax Avoidance Directive</i> / Diretiva antielisão fiscal
ATAP	- <i>Anti-Tax Avoidance Package</i> / Pacote antielisão fiscal
BEPS	- <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BTR	- <i>British Tax Review</i>
CAAD	- Centro de Arbitragem Administrativa – Arbitragem Tributária
CC	- Código Civil
CCCTB de 2011	- <i>Common Consolidate Corporate Tax Base</i> / Proposta de diretiva relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades de março de 2011
CCCTB	- <i>Common Consolidate Corporate Tax Base</i> / Proposta de diretiva relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades de outubro de 2016
CCTB	- <i>Common Corporate Tax Base</i> / Proposta de diretiva relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades de outubro de 2016
CdDE	- <i>Cahiers de Droit Européen</i>
CE	- Comunidade Europeia
cf.	- conforme
CFC / SEC	- <i>Controlled Foreign Company</i> / Sociedade Estrangeira Controlada
CGAA	- Cláusula Geral AntiAbuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT
CMLR	- <i>Common Market Law Review</i>
Código do IRC	- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
Código do IRS	- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
Conselho da UE	- Conselho da União Europeia
Convenção Modelo da OCDE	- Modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património aprovado pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE
CPPT	- Código de Procedimento e de Processo Tributário
<i>Danish Cases</i>	- Referência conjunta ao Caso <i>T-Danmark</i> e ao Caso <i>N Luxembourg I</i>
Direito da UE	- Direito da União Europeia
Diretiva Fusões	- Referência ao conjunto de Diretivas em vigor relativas ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes
Diretiva Juros e Royalties	- Referência ao conjunto de Diretivas em vigor relativas a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes

Diretiva Mães Filhas	- Referência ao conjunto de Diretivas em vigor relativas ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes
ECTR	- <i>EC Tax Review</i>
EJLS	- <i>European Journal of Legal Studies</i>
ET	- <i>European Taxation</i>
etc.	- <i>et cetera</i>
G20	- <i>Group of Twenty</i>
GAAR	- <i>General Anti-Abuse Rule</i>
IBFD	- <i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IFA	- <i>International Fiscal Association</i>
IVA / VAT	- Imposto sobre o Valor Acrescentado / <i>Value Added Tax</i>
LGT	- Lei Geral Tributária
MJECL	- <i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
MLI	- <i>Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting</i> / Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros
n.º	- número
<i>ndr</i>	- nota de rodapé
OECD / OCDE	- <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> / Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
org.	- coordenação ou organização
p.	- página
pp.	- páginas
Projeto BEPS	- Projeto BEPS da OCDE / <i>Inclusive Framework</i> / G20
Recomendação de 2012	- Recomendação da Comissão Europeia de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE)
reimpr.	- reimpressão
RFDUL	- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGIT	- Regime Geral das Infrações Tributárias
SAAR	- <i>Special Anti-Abuse Rule</i>
SGPS	- <i>Sociedade Gestora de Participações Sociais</i>
<i>sic</i>	- <i>sic erat scriptum</i>
TAAR	- <i>Targeted Anti-Abuse Rule</i>
TC	- Tribunal Constitucional
TCA-Norte	- Tribunal Central Administrativo-Norte
TCA-Sul	- Tribunal Central Administrativo-Sul
TFUE	- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE	- Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	- Tratado da União Europeia
UE	- União Europeia
<i>vd.</i>	- <i>vide</i>

1. CAPÍTULO 1 - Introdução

Passados mais de vinte anos sobre a entrada em vigor, entre nós, da primeira cláusula geral antiabuso em matéria tributária, não se registando, nesse período quaisquer alterações à redação da cláusula, para lá das devidas à Lei n.º 30-G/2000 de 29 de dezembro, era expectável que a vigência dessa norma estivesse a decorrer num registo que poderíamos qualificar como sendo de *velocidade de cruzeiro*, no âmbito do qual a administração fiscal vinha aplicando a cláusula geral antiabuso de acordo com uma experiência entretanto adquirida e consolidada, os tribunais teriam já decidido um razoável número de casos, com sumarentos contributos para uma melhor compreensão e uma mais refinada e uniforme aplicação da cláusula geral antiabuso, e a doutrina - após os valorosos contributos aduzidos tanto antes como após a implementação da cláusula geral - teria entretanto migrado o seu interesse para outros temas, dogmaticamente mais agitados e incompletos, e, por conseguinte, mais carentes da avaliação e leitura integrativa que a doutrina presta.

Se a cláusula geral antiabuso em matéria tributária era, ainda que apenas na aparência, um tema que alguns poderiam julgar imerso no bucolismo jurídico que se vem de descrever, os últimos tempos encarregaram-se de agitar o estado da arte, nomeadamente com a entrada em vigor da recente Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, e as alterações impressas à cláusula geral antiabuso que vigorava nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária (LGT).

As alterações promovidas à cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT (doravante CGAA) têm, na sua grande maioria, um contexto e uma origem que é extrínseca à ordem jurídica nacional, correspondendo à transposição, entre nós, do disposto no artigo 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (doravante ATAD), a qual estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, entre as quais a *general anti-abuse rule* prevista no seu artigo 6.º (doravante GAAR), pelo que hoje vigora, no Direito da União Europeia (doravante Direito da UE), um padrão harmonizado de cláusula geral antiabuso que é obrigatoriamente aplicável pelos Estados-Membros no âmbito de ação da ATAD - isto é, nas relações de imposto sobre o rendimento das sociedades - e a cujo respeito estão necessariamente obrigadas as cláusulas gerais antiabuso domésticas, ainda que com as exceções que não deixaremos de salientar ao longo do presente trabalho.

Devido a esta harmonização, torna-se essencial perceber qual é o conceito de abuso que é inerente à GAAR, pois que esta norma tem, doravante, uma função paramétrica sobre muitos dos elementos constitutivos do conceito de abuso da cláusula doméstica, procurando-se igualmente perceber se, e em que medida, as alterações verificadas quanto ao conceito de abuso presente na CGAA se limitam a transpor a GAAR, se afastam da harmonização decorrente dessa regra ou se vão além do que é imposto pela obrigação de transposição. Uma vez que a proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação direta não é uma novidade absoluta, nem foi originalmente trazida pela ATAD, julgamos que se justifica que neste trabalho se recuperem alguns dos principais momentos do caminho já trilhado por essa ideia no âmbito do Direito da UE em matéria fiscal, seja sob a forma de princípio geral (*vd.* Capítulo 4) ou de concretas cláusulas gerais antiabuso (*vd.* Capítulo 5). Este será o caminho que nos levará até à análise da GAAR prevista na ATAD.

Encetaremos igualmente uma jornada em direção à CGAA, a qual partirá das primeiras tentativas interpretativas empreendidas pela doutrina de combate à elisão fiscal observadas no contexto da ordem jurídica tributária doméstica, caminho esse que nos permitirá assentar algumas ideias relativamente ao âmbito, aos fundamentos, às funções e aos principais constrangimentos de uma cláusula geral antiabuso em matéria tributária (*vd.* Capítulos 2 e 3).

Esperemos assim, no fim deste trabalho (*vd.* Capítulo 6), ter demonstrado que, com base na ordem jurídica vigente, estamos em condições de não repetir, quanto ao abuso fiscal em causa na CGAA, a famosa constatação de Agostinho de Hipona relativamente ao tempo¹, parafraseando-a deste modo: *o que é, pois, o abuso fiscal? Se ninguém mo pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem mo pergunta, não sei.*

Pese embora este trabalho se tenha preocupado sobretudo com o conceito de abuso, perante a magnitude das alterações simultaneamente introduzidas pelo legislador nacional ao elemento sancionatório da CGAA, acabamos por não resistir a analisar também essas

¹ “O que é, pois, o tempo? Se ninguém mo pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem mo pergunta, não sei” - *vd.* SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, Livro XI, XIV, 17, 2.^a edição, I.N.C.M., 2004, p. 567.

alterações, ainda que na sua grande maioria estas não correspondam à transposição de qualquer aspeto harmonizado nos termos do artigo 6.º da ATAD.

Este trabalho, uma vez que incide sobretudo sobre uma norma em vigor, não questiona a legitimidade ou a constitucionalidade dessa norma - a qual, aliás, não parece ainda ter sido posta em crise pelas instâncias com essa competência² (apesar do defendido por alguma doutrina, especialmente perante a sua redação originária³) -, não sendo esses, de facto, pontos que este trabalho tenha a ambição de desenvolver.

Este trabalho também não cuidará da elisão fiscal internacional, a qual apresenta como especificidade a utilização abusiva ou fraudulenta dos elementos de conexão constantes das convenções de dupla tributação. Sobre esta questão incidiu recentemente o relatório final que coube à ação 6 do projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) da OCDE / *Inclusive Framework* / G20⁴ (doravante projeto BEPS), no qual, nomeadamente, se propôs a adoção de uma solução (o *principal purpose test*) que apresenta algumas notórias semelhanças, quanto à sua arquitetura, com o que veio a ser aprovado a título de GAAR na ATAD. Apesar de tal facto, as semelhanças e diferenças observadas entre o *principal purpose test* e a regra da ATAD, bem como a possibilidade de a interpretação de um

² Pese embora a questão da admissibilidade constitucional da cláusula geral antiabuso, ainda que a título acidental, já tenha sido abordada, o sentido com que foi perspectivada, pelas instâncias jurisdicionais competentes, foi de acolhimento - *vd.*, a este propósito, a análise de G. LOPES COURINHA, “E assim começou a história...a aplicação jurisprudencial da cláusula geral antiabuso: anotação ao AC TCA-S P. n.º 4255/10 (rel.: José Correia), de 15/02/2011”, *Fiscalidade*, n.º 44, out.-dez., 2010, p. 44. A constitucionalidade da cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, ou, pelo menos, a constitucionalidade da interpretação que dessa cláusula foi feita, tanto pela administração fiscal como pelas instâncias judiciais, foi já colocada em crise perante o Tribunal Constitucional - *vd.*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 77/2012, de 9/02/2012, proferido no processo n.º 778/10, e o Acórdão do TC n.º 497/2015, de 13/10/2015, proferido no processo n.º 1079/14, ambos pesquisáveis em www.tribunalconstitucional.pt -, sem que, todavia, se tenha conhecimento de que uma pronúncia de mérito ou de substância foi, a esse respeito, prolatada pelo TC.

³ Note-se que mesmo alguma da doutrina inicialmente crítica veio já a admitir que a mera existência de uma cláusula geral antiabuso não porá desde logo em causa o núcleo fundamental dos princípios da certeza e segurança expressos na tipicidade fechada - *vd.* D. LEITE DE CAMPOS e J. COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (a norma geral anti-elisão)*, Almedina, 2008, pp. 66 e 67, ainda que um destes autores não deixe de considerar que o *princípio geral corretivo*, o qual subjaz a normas como a cláusula geral antiabuso, põe em causa o princípio da segurança jurídica dada a desigual correlação, desfavorável à justiça, entre a *justiça abstrata / injustiça potencial concreta* - *vd.* D. LEITE DE CAMPOS, “As Garantias Constitucionais dos Contribuintes”, in *Lições de Fiscalidade - Princípios Gerais e Fiscalidade Interna*, Vol. I (J. RICARDO CATARINO e J. BRANCO GUIMARÃES org.), 4.º edição, Almedina, 2015, pp. 132 e 133.

⁴ OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, 2015, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>

desses instrumentos jurídicos poder auxiliar na interpretação do outro, são matérias que não serão exploradas no presente trabalho.

Pese embora sejam feitas referências a alguns aspetos do procedimento específico de aplicação da CGAA, sublinhe-se que este trabalho não se preocupará em abordar de uma forma mais que acessória a moldura legal procedimental de cuja verificação depende a legítima aplicação da CGAA, pese embora a reconhecida essencialidade desse regime procedimental para uma perspetiva normativamente comprometida, e coerente, dessa cláusula geral.

Como sabemos, nem todos os ordenamentos jurídicos definem⁵ ou identificam o que seja elisão fiscal, e desses, mesmo entre os que reconhecem o abuso, nem todos entendem que devem, na ausência de normas específicas antiabuso, reagir à elisão fiscal, ainda que hoje se possa identificar um número crescente de ordenamentos jurídicos que preveem cláusulas gerais antiabuso em matéria tributária (ou doutrinas de interpretação com objetivos e efeitos equivalentes a essa cláusula geral), nomeadamente em todos os Estados-Membros da UE (ATAD *oblige*), bem como em algumas jurisdições *common law*, como o Reino Unido, a Nova-Zelândia ou a Austrália⁶.

Uma nota final para alertar o leitor - lamentando-a - para a desatualização de que padece este trabalho na precisa data em que é finalizado, pois que o mesmo foi projetado e em grande medida executado durante o que podemos denominar como período *pré-covideano*, pelo que este trabalho não salienta, não trabalha e não explora as possibilidades de desenvolvimento que se colocam a este tema num contexto que é já diferente daquele, como o é o atual período (já *covideano*), inelutavelmente marcado por uma súbita e acentuadíssima crise económica, para cuja resolução todas as principais economias e jurisdições anunciam que mobilizarão volumes nunca antes vistos de recursos financeiros públicos (mencionam-se montantes que envergonharão o volume de auxílios financeiros públicos prestados no rescaldo da última grande crise financeira), implicando até, no contexto da UE, a assunção de responsabilidades financeiras por banda

⁵ O ordenamento jurídico português, por exemplo, não avança qualquer definição de elisão fiscal, como nota G. LOPES COURINHA, “Chapter 22: Portugal in Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017, p. 1.

⁶ Para uma panorâmica das posturas adotadas face à elisão fiscal e dos instrumentos mobilizados no combate à elisão fiscal em algumas das mais relevantes jurisdições, *vd.* A. P. DOURADO, “Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017, pp. 2 a 5.

de instituições como a Comissão Europeia, que até aqui nunca havia assumido uma tão volumosa responsabilidade de captação, reembolso e remuneração de dívida. Estas perspectivas, que hoje se levantam, permitem, desde já, olhar para o dia depois de amanhã (o período *post-covideano*) e antever que ele será marcado por uma enorme pressão, ainda maior do que a observada hoje, quanto ao lançamento e arrecadação de tributos, sejam eles recursos próprios da UE ou não, de modo a reembolsar (e remunerar) os recursos financeiros que virão a ser empenhados na resolução da atual crise económica, procurando-se pelo menos manter, simultaneamente, as atuais políticas públicas mais onerosas (como as de saúde, de educação ou de assistência social). Se essa pressão desembocará no decretar de novas medidas fiscais unilaterais, descoordenadas, ou se haverá ensejo para se encontrarem novas medidas fiscais coordenadas é o que se verá, sendo certo que continuaremos a assistir a uma intensificação dos mecanismos de combate à fraude, evasão e elisão fiscais. Infelizmente, parece que iremos mesmo viver *tempos interessantes*.

2. CAPÍTULO 2 - Da elisão fiscal ao abuso

2.1 Preliminares

Desde 1999 que vigora entre nós uma cláusula geral antiabuso sem que a mesma tenha sido entretanto relegada pela comunidade jurídica para um estado de obsolescência, o que se comprova considerando alguns dados relativos à aplicação dessa cláusula pela administração fiscal, dados esses que nos indicam que a aplicação da cláusula geral antiabuso começou (não surpreendentemente) de um modo algo tímido, uma vez que a sua primeira aplicação terá ocorrido apenas em 2004⁷.

Pese embora não se disponha de dados publicamente divulgados que permitam perceber claramente qual tenha sido a intensidade e a frequência da aplicação da cláusula geral antiabuso durante o período que se estende desde o ano de 1999 até ao ano de 2012, aceitamos que essa cláusula não terá sido aplicada mais do que residualmente, na medida em que tal facto é assumido pelo próprio Governo no seu Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras relativo ao período de 2012 a 2014⁸, ao afirmar que a cláusula geral antiabuso vinha tendo uma utilização limitada por parte da administração tributária⁹, aí se preconizando, a título de remédio, a alteração do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (doravante CPPT) de modo a flexibilizar as regras procedimentais relativas à aplicação da cláusula geral antiabuso, dotando essa cláusula de maior eficácia no combate aos esquemas de planeamento fiscal abusivo e de elevada complexidade¹⁰, e encorajando a prossecução do objetivo operacional aí confessado: intensificar a utilização, pela administração fiscal, da cláusula geral antiabuso¹¹ (para o que decerto contribuiria ainda uma outra medida, também ela

⁷ Conforme resulta dos termos da decisão judicial que sindicou essa mesma aplicação - *vd.* Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-Sul), de 15/2/2011, proferido no processo n.º 4255/10, pesquisável em www.dgsi.pt.

⁸ Plano Estratégico esse através do qual o Ministério das Finanças definiu as grandes linhas estratégicas de atuação de médio prazo da administração tributária e aduaneira, visando atingir progressos significativos nos níveis de eficácia no combate aos fenómenos de incumprimento fiscal e, em especial, aos esquemas de fraude de elevada complexidade e à economia informal.

⁹ *vd.* MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras* (2012-2014), outubro de 2011, p. 27, disponível em https://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Julho_2012/RelatorioCombateIvasaoFiscal_2011.pdf

¹⁰ *vd.* MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras* (2012-2014), p. 6.

¹¹ *vd.* MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras* (2012-2014), p. 8.

prevista nesse Plano Estratégico: a criação de um repositório com a tipologia dos atos ou negócios que tenham sido objeto de aplicação da cláusula geral antiabuso¹²).

Para além do que é possível subentender quanto à diminuta frequência com que a administração fiscal terá aplicado a cláusula geral antiabuso entre os anos de 2004 e de 2012, é possível atestar, ainda que indiretamente - recorrendo para o efeito a várias decisões judiciais ou arbitrais -, que durante esse hiato de tempo foram, ainda assim, sendo emitidas autorizações de aplicação da cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, tendo essa cláusula sido efetivamente aplicada, pelo menos, com a seguinte frequência: uma vez em 2007¹³, uma vez em 2010¹⁴, por duas vezes em 2011¹⁵ e por 13 vezes em 2012¹⁶.

Procurando formar uma ideia, ainda que meramente aproximada, dos efeitos que porventura teve a adoção das medidas supra referidas, o próprio Governo afirmou, em relação ao ano de 2013, que pela primeira vez se observou uma aplicação *generalizada* (*sic*) da cláusula geral antiabuso, o que correspondeu a 72 aplicações¹⁷. Quanto ao ano de 2014, com base em decisões arbitrais do CAAD, conseguimos perceber que a aplicação da cláusula geral antiabuso foi autorizada em pelo menos quatro ocasiões¹⁸.

¹² *vd.* MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras (2012-2014)*, p. 42.

¹³ *vd.* Acórdão do TCA-Sul, de 14/02/2012, proferida no processo n.º 5104/11, pesquisável em www.dgsi.pt.

¹⁴ *vd.* Decisão arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa – Arbitragem Tributária (doravante CAAD), de 26/1/2012, proferida no processo 05/2011-T, pesquisável em www.caad.org.pt.

¹⁵ *vd.* Acórdão do Tribunal Central Administrativo – Norte (doravante TCA-Norte), de 28/09/2017, proferido no processo n.º 1188/11, pesquisável em www.dgsi.pt, e a Decisão arbitral do CAAD de 4/11/2013, proferida no processo 70/2013-T, pesquisável em www.caad.org.pt.

¹⁶ *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 4/09/2013, proferida no processo 123/2012-T, Decisão arbitral do CAAD de 6/06/2013, proferida no processo 124/2012-T, Decisão arbitral do CAAD de 23/04/2013, proferida no processo 128/2012-T, Decisão arbitral do CAAD de 28/10/2013, proferida no processo 34/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 26/11/2013, proferida no processo 43/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 18/10/2013, proferida no processo 46/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 20/12/2013, proferida no processo 47/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 14/11/2013, proferida no processo 124/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 31/07/2014, proferida no processo 196/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 2/04/2014, proferida no processo 224/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 6/02/2015, proferida no processo 285/2013-T, Decisão arbitral do CAAD de 18/09/2014, proferida no processo 305/2013-T, e Decisão arbitral do CAAD de 19/12/2014, proferida no processo 200/2014-T, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt.

¹⁷ *vd.* SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Relatório de Combate à Fraude e à Evasão Fiscais e Aduaneiras - 2013*, junho de 2014, p. 108, disponível em app.parlamento.pt. Infelizmente, não dispomos de dados relativos à aplicação da cláusula geral antiabuso durante o ano de 2014, de modo a podermos estabelecer uma tendência, crescente ou decrescente, quanto à aplicação da cláusula geral antiabuso pela administração fiscal na sequência da execução das medidas previstas no Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2012-2014.

¹⁸ *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 28/10/2015, proferida no processo 32/2015-T, Decisão arbitral do CAAD de 4/11/2015, proferida no processo 173/2015-T, Decisão arbitral do CAAD de 19/02/2016,

Posteriormente, o Plano Estratégico de Combate à Fraude e à Evasão Fiscais e Aduaneiras relativo ao período de 2015 a 2017 previa, a título de medida operacional, o reforço do uso da cláusula geral antiabuso para combater novos esquemas de planeamento fiscal abusivo¹⁹. Sabemos, quanto ao ano de 2017, que foram autorizadas 16 aplicações da cláusula geral antiabuso²⁰ e, pese embora desconheçamos dados públicos a respeito da aplicação da cláusula geral antiabuso durante os anos de 2015 e 2016, é possível perceber que essa aplicação foi autorizada em pelo menos quatro ocasiões durante o ano de 2015²¹ e em pelo menos cinco ocasiões em 2016²².

Se para fixarmos convenientemente a frequência anual com que a cláusula geral antiabuso veio sendo aplicada seria essencial dispormos de dados como aqueles que dispomos relativamente aos anos de 2013 e de 2017, podemos, ainda assim, por consulta aos termos de várias decisões judiciais e arbitrais, perceber que a ausência da menção, continuada no tempo, desses dados, não é passível de ser entendida como significando que, à exceção dos anos de 2013 e de 2017, não tenha sido autorizada qualquer aplicação da cláusula geral antiabuso, pois, como vimos, pelo menos desde 2010 têm vindo a ser emitidas todos os anos autorizações de aplicação da cláusula geral antiabuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

Por fim, note-se que o mais recente Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras apresentado, relativo ao período entre 2018 e 2020, indica mais uma

proferida no processo 335/2015-T, e Decisão arbitral do CAAD de 25/08/2016, proferida no processo 671/2015, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt.

¹⁹ *vd.* SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o triénio 2015 – 2017*, janeiro de 2015, p. 32, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/at/Pages/plano-estrategico-combate-fraude-fiscal.aspx>. Em bom rigor se esclareça que esse documento imputava ao reforço do uso da cláusula geral antiabuso para combater os esquemas de planeamento fiscal abusivo um objetivo adicional, o de combater os promotores desses esquemas. Este último objetivo, na medida em que entendemos que é um objetivo que, perante a redação então vigente, dificilmente poderia ser obtido através da aplicação da cláusula geral antiabuso, optámos por *varrê-lo* para esta nota de rodapé.

²⁰ *vd.* GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Relatório sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras – 2017*, junho de 2018, p. 30, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=a2893ee2-ada7-4c16-9dc5-4c38eea47c8e>

²¹ *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 15/07/2016, proferida no processo 49/2016-T, Decisão arbitral do CAAD de 10/07/2017, proferida no processo 219/2016-T, Decisão arbitral do CAAD de 14/12/2016, proferida no processo 363/2016-T e Decisão arbitral do CAAD de 14/11/2017, proferida no processo 162/2017, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt.

²² *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 29/03/2018, proferida no processo 177/2017-T, Decisão arbitral do CAAD de 2/03/2018, proferida no processo 184/2017-T, Decisão arbitral do CAAD de 2/03/2018, proferida no processo 296/2017, Decisão arbitral do CAAD de 5/08/2018, proferida no processo 324/2017-T e Decisão arbitral do CAAD de 11/06/2018, proferida no processo 461/2017, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt.

vez a intenção de se intervir sobre a cláusula geral antiabuso - na medida em que aí se prevê a revisão das regras e regimes antiabuso em razão da transposição da ATAD²³, a qual estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (de entre as quais uma cláusula geral antiabuso), contemplando esse Plano Estratégico, igualmente, uma medida de cariz operacional: criação de uma equipa da administração fiscal especializada em planeamento fiscal abusivo²⁴.

2.2 A elisão fiscal

Até chegarmos à redação com que vigora hoje, entre nós, a cláusula geral antiabuso, algum caminho foi trilhado até essa primeira tentativa de positivação, caminho esse cujo trilho, entendemos, não convém deixar que se perca por entre a *vegetação* (ou outros materiais) que a passagem do tempo inexoravelmente vai sobre ele depositando. É percorrendo esse trilho que melhor se nos revela a evidência de que as cláusulas gerais antiabuso são erigidas com o propósito de constituir uma resposta que combata as práticas de elisão fiscal - as quais têm que ser clara e assumidamente distinguidas, tanto das práticas de evasão fiscal como das práticas de planeamento fiscal legítimo -, ainda que porventura possa haver quem continue a perspetivar que as práticas elisivas constituem o âmago do direito ao negócio (fiscalmente) menos oneroso que assiste a todos os contribuintes.

Vejamos, seguidamente, algumas das distinções que acabámos de reputar como essenciais.

²³ *vd.* SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2018-2020*, p. 45, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/at/Instrumentos_Gestao/PECFEFA/Documents/PECFEFA_2018_2020.pdf

²⁴ *vd.* SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2018-2020*, p. 49.

2.2.1. Da elisão fiscal em geral

2.2.1.1. Um ponto de ordem conceptual (e terminológico)

De modo a fixar, ainda que a traço grosso, o que identificamos como correspondendo a elisão fiscal, não queríamos deixar de repetir o afirmado por Manuel Pires (procurando este autor então caracterizar o que denominou como sendo evasão fiscal): “consiste no fenómeno em que o contribuinte, utilizando uma lei - lei de cobertura -, evita a aplicação de uma outra, que normalmente regularia a situação - lei evadida. I. é, o contribuinte adota uma conduta artificial para produzir o resultado económico que seria provocado pela conduta típica. O contribuinte observa a letra da lei, mas viola-a no seu espírito.”²⁵, a que apenas acrescentaríamos: de modo a daí extrair uma vantagem fiscal.

Admite-se que o leitor, após ler o último parágrafo, experimente já uma significativa perplexidade, pois que certamente se apercebeu que acabamos de procurar fixar as linhas mestras do que constituirá elisão fiscal recorrendo a uma definição onde o respetivo autor expressamente se refere à evasão fiscal e não à elisão fiscal. É legítimo e salutar que se questione como pudemos assim proceder quando, simultaneamente, sublinhámos a necessidade de distinguir evasão fiscal de elisão fiscal, o que demonstra a imperiosa necessidade de conferir estabilidade e consistência às opções conceptuais (primeiro) e terminológicas (depois) por nós tomadas a este respeito. Esta confusão não é nova e teima em perdurar²⁶.

Se atentarmos nos concretos traços que constam da definição de evasão fiscal ensaiada entre nós, em 1984, por Manuel Pires, torna-se patente que esses traços correspondem ao que internacionalmente, no seio dos trabalhos do Comité para os Assuntos Fiscais da OCDE, se começou por considerar como *tax avoidance*, ou seja, a tentativa de reduzir, para um nível abaixo do pretendido pelo legislador, a carga de imposto a suportar (em relação a um determinado rendimento e em determinadas circunstâncias), através de ações ou omissões aparentemente conformes à legalidade²⁷, de modo que o termo *tax evasion* ficava reservado exclusivamente para as condutas

²⁵ M. PIRES, “Evasão Fiscal”, in *Polis – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*, Volume 2, Verbo, 1984, p. 1329.

²⁶ *vd.*, dando nota da persistência desta confusão e de alguns dos seus contextos justificativos, DOURADO, *Tax Avoidance Revisited*, pp. 1 a 5.

²⁷ *vd.* OECD, “OECD: Work on Tax Avoidance and Evasion”, *Intertax*, Volume 8, n.º 1, 1980, pp. 9 e 10.

correspondentes a violações diretas, por ação, omissão ou fraude, das normas tributárias vigentes²⁸.

Sabendo nós que a cláusula geral antiabuso visa atribuir à administração fiscal o poder de desconsiderar, para efeitos fiscais, certos negócios claramente artificiais que, de outro modo, seriam plenamente lícitos e eficazes²⁹, parece-nos claro que a nossa atenção se há de concentrar nos atos e condutas que sejam subsumíveis à condição de *tax avoidance*, especialmente quando consideramos que é perante esses atos que faz sentido apontar as características de artificialidade e de fraude à lei³⁰.

Fixado o sentido da distinção primordial entre *tax avoidance* e *tax evasion*, coloca-se agora a questão de saber qual será a expressão em língua portuguesa que melhor traduza tal distinção, se a de evasão fiscal ou a de elisão fiscal.

Quanto a este ponto, não pretendemos proceder a qualquer inovação, preferindo seguir na esteira de autores que nos antecederam na preferência pela expressão *elisão fiscal* em detrimento da expressão *evasão fiscal*^{31 32}, sublinhando-se que através dessa expressão não queremos mais do que abarcar o que, sobre uma base minimamente consensualizada, se vem considerando como *tax avoidance*, a qual, pese embora não seja explicitamente definida entre nós, pode ser entendida como abrangendo todos os casos

²⁸ vd. OECD, *Intertax*, pp. 9 e 10.

²⁹ vd. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a edição, Coimbra Editora, 2007, p. 160.

³⁰ De artificialidade, no sentido de que esses atos não seriam levados a cabo na forma em que o foram na ausência de motivações fiscais, e de fraude à lei na medida em que esses atos procurem explorar lacunas legais ou tirar proveito de disposições legais para fins que lhes são estranhos - vd. OECD, *Intertax*, p. 11.

³¹ Na senda da distinção efetuada por António Roberto Sampaio Dória entre *evasão ilícita / evasão legítima*, e da sua sugestão de que a evasão legítima *stricto sensu* melhor soaria se nomeada *elisão* ou *economia fiscal* (vd. A. R. SAMPAIO DÓRIA, “A Evasão Fiscal Legítima: Conceito e Problemas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 143, novembro, 1970, pp. 52 e 53), registamos como cultores dessa distinção G. LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, reimpr., 2009, p. 15; R. DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Controlled Foreign Companies – O Art. 60.º do C.I.R.C.*, Coimbra Editora, 2005, pp. 199 a 208; A. P. DOURADO, *Direito Fiscal - Lições*, 3.^a edição, Almedina, 2018, pp. 286 e 287; N. DE SÁ GOMES, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, 2.^a edição, Rei dos Livros, 2000, pp. 23 a 27; e A. XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.^o edição, Almedina, 2016, reimpr., p. 351.

³² Não equacionando qualquer dilema como o referido no corpo do texto, acabando por tratar como evasão fiscal aquilo que identificamos como elisão fiscal, veja-se, por sua vez, M. H. DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 6.^a edição, Almedina, 2018, p. 543, e D. LEITE DE CAMPOS, “Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (D. LEITE DE CAMPOS org.), Vislis Editores, 1999, p. 195.

em que o legislador, através de cláusulas gerais antiabuso, regras sectoriais antiabuso ou regras especiais antiabuso, estabelece limites ao planeamento fiscal legítimo³³.

2.2.1.2. Da elisão fiscal, mais algumas notas

Vulgarmente se aponta que decorrem da elisão fiscal, enquanto suas consequências típicas, a distorção das condições de concorrência (entre operadores económicos que a pratiquem e entre operadores económicos que a não pratiquem, ou mesmo entre sectores económicos em que a elisão fiscal se observe em maior medida face a outros sectores) e a perda de receitas para o Estado³⁴, acabando esta última consequência por conduzir, num segundo momento, a que os sujeitos passivos cumpridores sejam chamados a suportar uma maior tributação que a que resultava da original repartição dos impostos³⁵, podendo mesmo colocar em crise objetivos de política redistributiva³⁶ (de cuja política, na sua vertente de distribuição coativa, os impostos são elementos essenciais) inerentes a um estado social³⁷.

É que, face à tendencial rigidez dos gastos financiados por impostos, é de esperar, perante fenómenos de elisão fiscal significativa no seio de um determinado imposto, que o sujeito ativo dessa relação de imposto reaja de modo a ainda assim conseguir arrecadar a receita que esteja em falta, ora agravando esse imposto (um ónus fiscal adicional que, desse modo, será sobretudo suportado pelos sujeitos passivos cumpridores) ora agravando outros impostos, nomeadamente aqueles que incidam sobre fatores dotados de menor mobilidade, como acabam por ser o trabalho, o consumo e o património imobiliário.

As práticas de elisão fiscal apresentam-se (em bom rigor se diga que, a este respeito, também as práticas de evasão fiscal), deste modo, como fenómenos que não só perturbam o equilíbrio de que uma política fiscal poderia, à partida, ser dotada, como acabam por afrontar valores e princípios constitucionais da maior relevância, desde logo o princípio da justa tributação ou da tributação segundo a capacidade contributiva³⁸, constituindo a

³³ *vd.* LOPES COURINHA, *Tax Avoidance Revisited*, p. 1.

³⁴ Esta consequência do fenómeno elisivo era já em 1980 reputada pela OCDE como apresentando proporções graves - *vd.* OECD, *Intertax*, p. 11.

³⁵ PIRES, *Polis*, p. 1330.

³⁶ Para uns rudimentos do que se deva esquematicamente entender por política de redistribuição *vd.* J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a edição, Coimbra Editora, 1997, p. 399 a 409.

³⁷ *vd.* G. AVELÂS NUNES, “A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em sede fiscal – art. 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária – À luz dos princípios constitucionais do direito fiscal”, *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, p. 51.

³⁸ *vd.* J. L. SALDANHA SANCHES, “Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, alcance e limites”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, abril-junho, 2000, p. 25.

elisão fiscal um fator impeditivo da justa distribuição dos tributos e da redistribuição da riqueza³⁹, como determinado pelo n.º 1 do artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa, colocando mesmo em risco um pressuposto de exequibilidade do Estado Social e de Bem-Estar⁴⁰.

2.2.2. Da distinção entre fraude, elisão fiscal e planeamento fiscal.

A profusão de termos através dos quais nos podemos referir ao fenómeno da elisão fiscal é deveras apreciável, podendo encontrar-se esse fenómeno descrito ou referido sob diferentes nomenclaturas ou expressões, ainda que sempre com o mesmo sentido, sendo exemplos dessas expressões as de *evasão fiscal stricto sensu* ou *evasão fiscal lícita*⁴¹, de *evasão legítima*⁴², de *fuga ao imposto*⁴³, de *poupança fiscal abusiva*, de *economia fiscal*, de *evitação fiscal*⁴⁴, de *evitação abusiva de encargos fiscais*, de *evitação fiscal abusiva*⁴⁵ ou de *prevenção fiscal*⁴⁶. Todas estas expressões correspondem, afinal, correspondendo ao que se vem nomeando como *tax avoidance*⁴⁷, ainda que as concretas delimitações destes conceitos ou expressões possam, por vezes, conduzir a confusões⁴⁸.

É, pois, importante - assumindo o acervo doutrinário jurídico nacional - que se proceda a mais um breve ponto de ordem conceptual⁴⁹, mediante o qual se reforce a distinção que não pode deixar de ser feita entre as situações de *elisão fiscal* e as situações de *fraude*, por um lado, bem como entre as situações de *elisão fiscal* e as situações de

³⁹ *vd.* AVELÃS NUNES, *Fiscalidade*, p. 51.

⁴⁰ *vd.* J. TABORDA DA GAMA, “Acto Elisivo, Acto Lesivo – Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, Volume XL, n.ºs 1 e 2, 1999, pp. 294 e 295.

⁴¹ *vd.* SAMPAIO DÓRIA, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 52 e 53.

⁴² *vd.* M. F. TRIGO DE NEGREIROS, “A “Evasão” Legítima” e o Abuso de Direito no Sistema Jurídico Português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 151, Julho, 1971, p. 11.

⁴³ *vd.* J. P. FORMIGAL CARDOSO DA COSTA, “A Evasão e Fraude Fiscais face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal”, *Fisco*, n.º 74/75, Ano VIII, 1996, p. 53.

⁴⁴ *vd.* AVELÃS NUNES, *Fiscalidade*, p. 43.

⁴⁵ Para estas duas últimas designações *vd.* J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

⁴⁶ *vd.* LEITE DE CAMPOS, *Evasão Fiscal*, in *Problemas Fundamentais*, p. 202.

⁴⁷ Fenómeno que a administração fiscal do Reino Unido vem definindo de um modo bastante impressivo: “Tax avoidance involves bending the rules of the tax system to gain a tax advantage that Parliament never intended. It often involves contrived, artificial transactions that serve little or no purpose other than to produce this advantage. It involves operating within the letter, but not the spirit, of the law. (...)”. *vd.* HM REVENUE AND CUSTOMS GUIDANCE, *Tax avoidance: an introduction*, de 6 de setembro de 2016, disponível em <https://www.gov.uk/guidance/tax-avoidance-an-introduction>.

⁴⁸ Como nota LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 15.

⁴⁹ Efetivamente, julgamos que o que está aqui em causa é mais do que uma questão terminológica.

planeamento fiscal, por outro lado, na medida em que estamos convictos que cada uma destas situações é distinta das restantes, cada uma delas polarizando ou justificando respostas diferentes por banda do ordenamento jurídico tributário, de tal modo que se justifica que se considere que fraude, elisão fiscal e planeamento fiscal correspondem a três pontos distintos entre si de um segmento de reta, segmento de reta esse que, algo figurativamente, denominaremos como *linha de intensidade patológica da relação jurídica fiscal*.

Exploremos um pouco mais esta ideia⁵⁰.

2.2.2.1. Da fraude

Na fraude ou evasão fiscal (que corresponderá ao que se vem nomeando como *tax evasion*⁵¹) verifica-se a violação da lei. Estamos, nestes casos, perante uma conduta voluntária ilegal do contribuinte, em que a fuga ao imposto é conseguida mediante a prática de infrações a regras tributárias, através das quais o contribuinte procura impedir que um facto tributário concretamente existente produza alguma ou todas as suas consequências legais, razão pela qual o sujeito passivo procura ocultar a sua existência ou a sua exata quantia, numa conduta que é ostensivamente violadora de uma norma legal⁵².

A este tipo de condutas, dada a sua ostensiva contradição com a ordem jurídico fiscal - são, afinal, comportamentos *contra legem* -, responde a ordem jurídica de um modo especialmente severo, ora conformando respostas específicas, como por exemplo quanto à simulação dos negócios jurídicos (*cf.* artigo 39.º da LGT), ora chegando mesmo ao ponto de tipificar as mais relevantes infrações como ilícitos de natureza contraordenacional, quando não mesmo as tipifica como condutas criminalmente

⁵⁰ Para uma opção expositiva semelhante à que acabamos de enunciar, se bem que cobrindo um número mais vasto e pormenorizado de realidades das que nos propomos aqui tratar, *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, pp. 279 a 287.

⁵¹ A qual se pode distinguir da *tax avoidance* nos seguintes expressivos termos: “na *tax avoidance* o particular pretende não entrar na relação jurídica tributária; na *tax evasion* procura dela sair.” - A. XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I, Almedina, 1981, reimpr., p. 260. Concede-se que esta distinção possa até parecer que remete para um critério cronológico de distinção entre a elisão fiscal e a fraude, segundo o qual, se os atos foram praticados antes da ocorrência do respetivo facto gerador de imposto estamos perante elisão fiscal e se forem praticados depois desse facto gerador estaremos perante fraude (*vd.*, neste sentido, SAMPAIO DÓRIA, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 58), contudo, não nos parece que um critério cronológico como o que acabamos de enunciar deva ser considerado um critério decisivo para efeitos da distinção entre elisão fiscal e fraude. Decisivo nesta distinção será a aparente e imediata licitude (elisão fiscal) ou ilicitude (evasão fiscal) dos atos praticados (ou omitidos) pelo sujeito passivo, estamos em crer.

⁵² *vd.* C. PAMPLONA CÔRTE-REAL, A Interpretação Extensiva como Processo de Reprimir a Fraude à Lei no Direito Fiscal Português, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 152-153, 1971, pp. 52 e 53.

censuráveis (*cf.*, por exemplo, os artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, doravante RGIT).

É, pois, junto a um dos extremos da *linha de intensidade patológica da relação jurídica fiscal* que colocamos as situações de fraude ou de infração tributária, incluindo-se nesta categoria as situações de ilícito fiscal às quais reage a ordem jurídica prevendo e dedicando-lhes específicas reações, as quais, podendo assumir diferentes calibres, representam, em todos as suas modalidades, um juízo negativo relativamente à sua ocorrência.

Estes casos, uma vez que estamos perante atos ou omissões do sujeito passivo que são imediatamente dotados de desvalor jurídico-tributário, em que o agente nem sequer procurou agir dentro dos limites do espaço de atuação que lhe é legalmente concedido pela letra da lei, são os que trazem em si a carga com maior intensidade patológica no contexto da relação jurídica fiscal, correspondendo a condutas que o legislador peremptoriamente afirma (ainda que o possa fazer de modo tácito) não serem permitidas, reconhecendo antecipadamente o desvalor jurídico dessas condutas (sendo o legislador, nesse juízo, corroborado pela função jurisdicional), não se suscitando, pois, dúvidas de maior quanto ao desvalor dessas condutas perante a ordem jurídica vigente, não se encontrando essas condutas ou práticas sequer investidas de uma qualquer aparência de conformidade com a lei.

2.2.2.2. Do planeamento fiscal

Por sua vez, na situação de planeamento fiscal⁵³ (referimo-nos ao planeamento fiscal legítimo ou lícito, por oposição a um planeamento fiscal ilegítimo ou ilícito⁵⁴), observa-

⁵³ Entendemos, com Saldanha Sanches, que planeamento fiscal é uma técnica de redução da carga fiscal, pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, de entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais - *vd.* SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 21. Se um negócio jurídico puder ser concluído por duas ou mais formas com resultados equivalentes, confia-se que o agente económico racional adotará o negócio jurídico que terá o resultado fiscalmente menos oneroso (*vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 281.), parecendo-nos também a nós que não aceitar em princípio a legitimidade do recurso a esta técnica por parte do sujeito passivo equivale a simpatizar com a ideia de que será aceitável, senão mesmo desejável, que se estabeleçam proibições que impeçam os agentes económicos de atuar segundo a racionalidade que lhes é própria (nomeadamente a busca pela eficiência e pelo lucro), risco esse em que, conscientemente, não queremos de todo incorrer.

⁵⁴ Uma vez que entendemos, como melhor se verá adiante, que o planeamento fiscal é uma atividade que corresponde a uma faculdade que assiste ao sujeito passivo, sendo mesmo expectável, quando não mesmo aconselhável, que o sujeito passivo, dada esta sua circunstância, procure, antes de iniciar determinada atividade ou de praticar um ato, antever quais as responsabilidades tributárias inerentes a cada uma das suas opções de atuação (ou de inação) quando destas resultem diferentes responsabilidades

se que o contribuinte organiza a sua atividade de modo a minimizar o imposto, mas sem que, para tal, viole ou iluda qualquer norma, sendo essa faculdade reconhecida ao contribuinte nos termos do respeito que é devido pela autonomia privada⁵⁵, podendo vislumbrar-se que o planeamento fiscal é uma faculdade que decorre do princípio da livre disponibilidade económica dos indivíduos e das empresas, enquanto subprincípio do Estado fiscal - traduzindo-se no reconhecimento da livre conformação fiscal por parte dos indivíduos e empresas, que assim podem planificar a sua vida económica sem consideração das necessidades financeiras da comunidade estadual e atuar de molde a obter o melhor planeamento fiscal -, bem como concretiza as liberdades de iniciativa económica e de empresa⁵⁶, que se materializam, nomeadamente, quanto à preparação e constituição da empresa (de raiz, por transformação de outra empresa individual ou societária, por fusão ou cisão de outra sociedade), quanto à forma e organização da empresa (individual ou societária, sociedade anónima, por quotas ou transparente, grupo de sociedades, agrupamento complementar de empresas, agrupamento europeu de interesse económico, constituição de sociedade participada ou estabelecimento estável, etc.), quanto à escolha do local da sede da empresa, das afiliadas e dos estabelecimentos estáveis, bem como dos diferentes ativos mobilizados no exercício da atividade empresarial, quanto à escolha do financiamento (autofinanciamento ou heterofinanciamento, através de capitais próprios ou de capitais alheios), quanto à política de gestão de défices, quanto à política de depreciações e amortizações ou quanto ao levantamento de dinheiro da empresa (distribuição de lucros, adiantamento por conta de

tributárias. Assim, por natureza, a atividade de planeamento fiscal (tal como a própria execução do que se tenha planeado) não incorpora nem corresponde a um qualquer desvalor jurídico ou legal, pelo que consideramos que o planeamento fiscal nada tem, por natureza, de ilícito ou ilegítimo, não fazendo por conseguinte sentido, assim o entendemos, ter que, *ab initio*, empreender um esforço de categorização ou de distinção do planeamento fiscal como sendo lícito ou ilícito. Assumimos, pois, que o exercício de planeamento fiscal nada terá em si mesmo de ilícito, pese embora saibamos que haverá planeamentos fiscais que incorporem a prática de infrações ou que contenham em si o gérmen do abuso fiscal, casos em que estaremos perante planeamentos fiscais que podem vir a ser reputados, à luz de concretos elementos de um ordenamento jurídico, como ilegítimos ou ilícitos, os quais certamente haverá que destacar dos restantes com base nessas suas notas de não conformação com a ordem jurídica (é precisamente este o percurso que é trilhado, julgamos, por alguns relevantes instrumentos de direito internacional incidentes sobre esta matéria, os quais afirmam combater o que aí se vem denominando como planeamento fiscal agressivo, por exemplo). Quanto à licitude ou ilicitude da prestação de serviços de planeamento fiscal, é uma matéria que claramente extravasa o objeto do presente estudo.

⁵⁵ *vd.* PIRES, *Polis*, p. 1330.

⁵⁶ *vd.* J. CASALTA NABAIS, “A Liberdade de Gestão Fiscal das Empresas”, *Fiscalidade*, n.º 44, Out-Dez, 2010, p. 17. Reconhece igualmente o direito ao planeamento fiscal, enquanto manifestação do direito da iniciativa económica privada e emanação da liberdade de empresa, M. NOGUEIRA DE BRITO, “A cláusula geral anti-abuso do direito fiscal e a Constituição”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (T. SERRÃO, C. AMADO GOMES e P. OTERO org.), Almedina, 2015, p. 743.

lucros, dividendos antecipados, levantamento de suprimentos, restituição de prestações suplementares ou acessórias)⁵⁷.

Esta liberdade de gestão fiscal, que suporta a faculdade de planeamento fiscal, à imagem e semelhança do que ocorre com os demais direitos e liberdades, mesmo os fundamentais, conhece igualmente os seus limites, os quais vêm sendo tratados precisamente sob o tema das cláusulas de combate às práticas de elisão fiscal⁵⁸, pelo que o exercício, por um sujeito passivo, da capacidade de planear fiscalmente a sua atividade, não pode extravasar o que ilustrativamente se poderá denominar como *evasão fiscal intra legem*⁵⁹, querendo com esta expressão tão só surpreender-se o espaço dentro do qual o que aparenta ser elisão fiscal é afinal tolerado (senão mesmo incentivado) pelo legislador, com base nos termos e modo como este define o sistema fiscal ou cada um dos impostos.

Como sublinha Saldanha Sanches, num sistema fiscal onde cabe ao sujeito passivo a interpretação e a aplicação da lei para a determinação e quantificação das suas obrigações tributárias, o planeamento fiscal tem um papel indispensável, colocando sobre o contribuinte a necessidade de antecipar quais sejam os custos fiscais das várias opções de estrutura empresarial e de via negocial, as quais, se são mais ou menos onerosas entre si de um ponto de vista fiscal, tal se deve a falhas de neutralidade da lei fiscal⁶⁰, falhas estas que podem mesmo dever-se à prossecução de finalidades extrafiscais (pense-se, desde logo, nos benefícios fiscais) que o legislador decide concretizar através de lacunas intencionais (de tributação) que correspondem a opções de política legislativa que implicam um tratamento diferenciado de rendimentos, de património, de consumos ou de categorias de sujeitos passivos⁶¹.

Caso não fosse reconhecida ao sujeito passivo a possibilidade de optar pela estrutura ou via negocial que apresente menores custos, tal equivaleria a afirmar que vigoraria a obrigação segundo a qual, quando exista uma possibilidade de escolha criada por uma

⁵⁷ *vd.* CASALTA NABAIS, *Fiscalidade*, p. 18.

⁵⁸ *vd.* CASALTA NABAIS, *Fiscalidade*, pp. 25 e 26.

⁵⁹ *vd.* AVELÃS NUNES, *Fiscalidade*, p. 42.

⁶⁰ *vd.* J. L. SALDANHA SANCHES, “As duas constituições – Nos dez anos da cláusula geral anti-abuso”, in *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal* (J. L. SALDANHA SANCHES, F. DE SOUSA DA CÂMARA e J. TABORDA DA GAMA org.), Coimbra Editora, 2009, pp. 39 e 40.

⁶¹ *vd.*, a respeito destas lacunas, DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 282.

falha de neutralidade do sistema, e ainda que essa falha seja uma lacuna intencional do legislador, o contribuinte teria que escolher a opção que maximizasse a receita fiscal⁶².

A respeito de planeamento fiscal, nota-se que o legislador nacional teve já a oportunidade de consagrar uma definição legal, segundo a qual planeamento fiscal é qualquer esquema ou atuação que determine, ou de que se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto (*cf.* alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro⁶³)⁶⁴. Esta é uma definição demasiado restrita de planeamento fiscal, ao identificar planeamento fiscal tão só com a intenção do sujeito passivo em obter uma vantagem fiscal⁶⁵, mas é uma definição demasiado ampla de planeamento fiscal abusivo, pois que não contém qualquer referência ao carácter artificioso ou abusivo desse planeamento fiscal, acabando por postergar qualquer consideração pela legitimidade ou ilegitimidade da atuação planeada, abrangendo esta definição tanto a elisão como a evasão fiscais⁶⁶, e por albergar, de igual modo, tanto a elisão fiscal como o planeamento fiscal singelo, o que nos inspira reservas, na medida em que assumimos que a distinção entre elisão fiscal e planeamento fiscal deve ser a pedra de toque que distingue entre um planeamento fiscal com carácter abusivo (na medida em que implique atos em fraude à lei fiscal) - um planeamento fiscal que estará, por exemplo, na mira de uma cláusula geral antiabuso - e um planeamento

⁶² Pese embora se desconheça uma pronúncia expressa do legislador ou da jurisprudência nacional a este respeito, temos que em sentido contrário, no sentido de negar a existência de uma tal obrigação, se pronunciou já o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no § 73 do seu Acórdão de 21/02/2006, proferido no processo C-255/02 (Caso *Halifax*), pesquisável em <http://curia.europa.eu>, sendo aliás ato claro do TJUE que o facto de um nacional de um Estado-Membro se estabelecer noutro Estado-Membro com o objetivo de beneficiar de um regime fiscal mais favorável não é comportamento suficiente, por si só, para que constitua um abuso dessa liberdade fundamental (*vd.* A. P. DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra Editora, 2010, p. 190).

⁶³ Através deste Decreto-Lei foram estabelecidos deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração pública sobre esquemas propostos ou atuações adotadas que tenham como finalidade, exclusiva ou predominante, a obtenção de vantagens fiscais, em ordem ao combate ao planeamento fiscal abusivo. Chamando a atenção, com base no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, para a circunstância de que o que aí vai referido como planeamento fiscal abusivo poder corresponder a planeamento fiscal agressivo, não deixe de se ver DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 310.

⁶⁴ Não passou despercebida à doutrina a generosa amplitude de que lançou mão o legislador aquando da consagração desta definição legal de planeamento fiscal, especialmente quando se confronta esta definição com a específica função que é desempenhada pelos deveres instituídos pelo Decreto-Lei n.º 29/2008: o combate ao planeamento fiscal abusivo, parecendo-nos que o legislador acabou por se situar entre um campo e outro. Quanto a este aspeto *vd.* SALDANHA SANCHES, *Reestruturação de empresas*, pp. 43 e 44.

⁶⁵ A qual, nos termos da alínea d) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, corresponde à redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou à obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema ou a atuação.

⁶⁶ Como nota DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 310.

fiscal legítimo, o qual ficará, portanto, aquém do âmbito de aplicação de uma cláusula geral antiabuso.

A patologia introduzida na relação jurídica tributária por uma situação de planeamento fiscal, entendida esta como a temos vindo aqui a enunciar, é, em princípio, nula, daí que se compreenda que contra o singelo planeamento fiscal não se observe que a ordem jurídica tributária mobilize, em regra, quaisquer específicas respostas ou contramedidas. Já não será tanto assim, para lá dos casos que constituam planeamento fiscal abusivo, quando perante situações de *planeamento fiscal agressivo*⁶⁷.

É, deste modo, no extremo oposto da *linha de intensidade patológica da relação jurídica fiscal* aquele em que colocámos a fraude ou as infrações tributárias que se encontra a localização mais indicada para as situações de (singelo) planeamento fiscal.

⁶⁷ Por *planeamento fiscal agressivo* entende-se, em geral, o comportamento adotado pelas multinacionais para explorar as oportunidades existentes para reduzir a carga fiscal como resultado da globalização e da interação das regras fiscais dos diferentes ordenamentos jurídicos (vd. DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 309). Parece, pois, que a família *planeamento fiscal* conhece assim um novo membro. Arrancando de um tronco comum - o planeamento fiscal -, eis que aos já nossos conhecidos planeamento fiscal singelo, planeamento fiscal ilícito ou planeamento fiscal abusivo, chegamos agora também ao planeamento fiscal agressivo. Esta última modalidade de planeamento fiscal tem beneficiado de uma exposição pública apreciável, decorrente da intensidade crescente com que internacionalmente se têm vindo a perspetivar respostas ao dito *planeamento fiscal agressivo*, reação e combate a esse planeamento fiscal que é hoje uma preocupação constante da ordem internacional, bastando, a título de ilustração, recordar o projeto BEPS da OCDE e as suas 15 ações - cujos resultados obtidos estão hoje em fase de implementação, senão mesmo em revisão -, bem como algumas das iniciativas legislativas de harmonização adotadas ao nível da UE, mormente a ATAD. O conceito de *planeamento fiscal agressivo* vem sendo mobilizado, nomeadamente pelas declarações do G20 e pelos preâmbulos de instrumentos de direito derivado da UE, como um conceito-chapéu, capaz de abarcar não só as situações de elisão ou de abuso fiscal, mas também as lacunas que resultam da interação de mais do que um ordenamento jurídico (vd. A. P. DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.ª edição, Almedina, 2018, p. 57) ou situações de mero planeamento fiscal (vd. DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 309), pelo que é uma expressão ainda demasiado vasta, a qual anda de mão dada com uma sua utilização e mobilização que não é suficientemente consistente, estável ou rigorosa, para que o presente estudo a ela se confie. Notando que o conceito de planeamento fiscal agressivo apareceu, a nível internacional, no *Forum on Tax Administrations* da OCDE, tendo tido algum eco em iniciativas da UE no âmbito da tributação direta, mas que, contudo, no contexto do projeto BEPS, acabou por se ver absorvido pelas diferentes ações desse projeto, o que lhe retirou autonomia reduzindo o seu valor prático, ainda que tenha contribuído para lançar a ideia de que era necessário estabelecer alguns *standards* comuns, quando não mesmo princípios fundamentais, num mundo em que o Direito Fiscal é heterogêneo e não harmonizado - vd. A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, “Chapter 2: Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning as an International Standard – BEPS and the “New” Standards of (Legal and Illegal) Tax Avoidance”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017, pp. 2 a 5. Notando a insusceptibilidade de se confundir elisão fiscal com planeamento fiscal agressivo, vd. P. PISTONE, “Chapter 4: The Meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by the European Union”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017, pp. 13 a 14.

2.2.2.3. Da elisão fiscal

É entre as duas extremidades (cada uma delas ocupada já ou pela *fraude* ou pelo *planeamento fiscal singelo*) da *linha de intensidade patológica da relação jurídica fiscal* que está a localização correspondente às situações de elisão fiscal, as quais, desde já se antecipe, se encontram, nessa linha, localizadas mais proximamente das situações de planeamento fiscal (uma vez que em ambos os casos estamos perante situações que se encontram dentro da lei) do que das situações de *fraude*, na medida em que apenas estas últimas constituem claras atuações *contra legem*.

A distinção entre o mero planeamento fiscal e a elisão fiscal, porque ambas as situações se traduzem em atos ou negócios que gozam de uma aparente licitude, é uma tarefa exigente.

Uma das vias que permite essa distinção é ter presente que a elisão fiscal tem origem - na medida em que as pretende explorar - em lacunas não intencionais, ou seja, em lacunas que decorrem do facto de o legislador, por equívoco ou imperícia, não ter regulado uma determinada matéria⁶⁸, enquanto que o planeamento fiscal se dirige sobretudo à identificação e utilização de lacunas intencionais, as quais resultam da circunstância do legislador não ter querido regular uma determinada matéria⁶⁹, nomeadamente ao conscientemente não eleger um determinado ato ou negócio como facto tributário. Deste modo, ingressam na elisão fiscal os atos ou negócios jurídicos que assumem formas jurídicas que não são abrangidas pelas normas de incidência (ou que evitem certas normas de determinação da matéria tributável) e cuja substância não seja conforme ao espírito nem ao fim da lei (inclusivamente das normas que prevejam lacunas intencionais, como por exemplo as normas que confirmam benefícios fiscais)⁷⁰.

A proximidade conceptual entre as situações de planeamento fiscal e as situações de elisão fiscal, que ilustrámos através da sua localização na *linha de intensidade patológica da relação jurídica fiscal*⁷¹, dá azo a dificuldades práticas quanto à distinção entre uma situação de elisão fiscal e uma situação de planeamento fiscal, daí que seja sem surpresa que se constata, de uma perspectiva histórica, que não tenha sido igual nem constante, ao

⁶⁸ *vd.* M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2018, reimpr., p. 394.

⁶⁹ *vd.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 393.

⁷⁰ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 287.

⁷¹ E a que Ana Paula Dourado se refere, notando existir, a este propósito, uma *zona cinzenta* – *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 287.

longo do tempo e das jurisdições, a assunção conceptual dessa diferença, a assunção da necessidade de se combater as situações de elisão fiscal, ou que, mesmo após essa assunção, não foram sequer iguais os instrumentos ou as medidas que cada jurisdição implementou para esse efeito.

A suscetibilidade da elisão fiscal se confundir com o planeamento fiscal, quando não mesmo a relevante dificuldade em distinguir entre essas duas situações, ditaria que, em abstrato, as jurisdições estariam como que condenadas a adotar uma de duas posições: ou procurariam combater as práticas de elisão fiscal, decretando severas restrições à prática de planeamento fiscal (presumindo, com base na atividade de planeamento fiscal, que os sujeitos passivos estariam a concretizar manobras de elisão fiscal), ou, em alternativa, as jurisdições permitiriam em medida francamente generosa as práticas fiscais com características elisivas, na medida em que reservariam as suas reações legais desfavoráveis apenas relativamente aos atos ou comportamentos *contra legem*, blindando, desse modo, os exercícios de planeamento fiscal dos sujeitos passivos que não ultrapassassem essa fronteira, independentemente da natureza elisiva dos atos ou negócios em que se traduzissem.

Face aos resultados desproporcionados que uma ou outra destas alternativas nos oferecem, não se estranha que hodiernamente vingue uma abordagem diferente, nos termos da qual tanto se defende a adoção de mecanismos legais de combate a um planeamento fiscal dito agressivo - o que efetivamente nos obriga a estabelecer uma distinção entre as práticas correspondentes a uma elisão fiscal (indesejável) e as práticas correspondentes a um planeamento fiscal singelo -, como se defende a adoção de medidas que impeçam a concretização de determinados efeitos fiscais, os quais são comumente visados - aí desempenhando um papel crucial - pelas estratégias de planeamento fiscal já conhecidas do legislador, medidas essas que, ao fim ao cabo, documentam um juízo de desmerecimento de tutela jurídica por banda do legislador, pois que, ainda que de um modo análogo ao de uma presunção, essas condutas ou práticas, sem que sejam em si mesmas reputadas como ilegítimas, acabam por se ver legalmente apartadas dos efeitos fiscais que de outro modo lhes seriam próprios (pense-se, por exemplo, nas medidas que resultam em limitações à dedução de gastos com juros).

2.3 Da elisão fiscal à fraude à lei.

A corrente doutrinal que, entre nós, desde cedo imputou ao fenómeno da elisão fiscal as notas que faziam deste um fenómeno que, nos termos dos eixos fundacionais da ordem jurídica fiscal, haveria que combater, salientou, desde o início, a similitude existente entre o que se vem de identificar como elisão fiscal e o que corresponde à figura civilística da fraude à lei, referindo-se a doutrina, a este propósito, a uma figura especial, porque limitada na sua aplicação e efeitos ao Direito Fiscal, capaz de absorver o fenómeno da elisão fiscal: a fraude à lei fiscal⁷².

Por via da fraude à lei desenvolvida pela civilística, recorde-se, devem não só ser considerados contrários à lei os negócios que frontalmente a ofendem, como também, quando se constate, por interpretação, que a lei quis impedir de todo em todo um certo resultado, os negócios que procuram contornar uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei expressamente previu e proibiu (negócios em fraude à lei), existindo fraude à lei quando se frustrate claramente a intenção legislativa e uma dada proibição não for aplicada⁷³, colocando-se assim estes negócios na mira da nulidade que é cominada, entre nós, no n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil (doravante CC).

À imagem e semelhança do que se passa na fraude à lei de origem civilística, na fraude à lei fiscal encontramos também uma dualidade de normas jurídicas: a norma defraudada, que faz nascer o pressuposto da obrigação tributária, e a norma de cobertura, que pode ser uma norma que tributa em menor medida ou isenta de imposto o facto em questão, obtendo o contribuinte através da sua atuação - a qual se decompõe em atos válidos e, por si só, legítimos e lícitos - um resultado contrário ao espírito da lei⁷⁴. Esta atuação coloca em causa o que se espera obter da aplicação da lei fiscal, ou seja, uma justa distribuição dos encargos tributários, feita de acordo com o princípio da capacidade contributiva e não qualquer outro⁷⁵, julgando-se que a simples circunstância da atuação em fraude à lei

⁷² Notando a equiparação entre evasão fiscal e fraude à lei fiscal, *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 44. Repare-se que este autor contrapõe a evasão fiscal (enquanto fraude à lei fiscal) à fraude, numa lógica que não nos parece que impeça de tomar a liberdade de equiparar a referência, que no original é efetivamente feita à evasão fiscal, ao que nós aqui vimos denominando como elisão fiscal.

⁷³ *vd.* C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1999, pp. 550 e 551.

⁷⁴ *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 44.

⁷⁵ *vd.* SALDANHA SANCHES, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 20.

resultar na frustração da finalidade socioeconómica da norma definidora da incidência será relevante para afetar a plena validade jurídica de tais atos ou meios empregues⁷⁶.

Nos termos da fraude à lei (civil), à situação de ilusão, contorno ou burla a uma norma defraudada, reage-se impondo a aplicação da norma defraudada ao caso que pretendeu subtrair-se à sua aplicação, equiparando-se o ato *in fraudem legis* a uma atuação *contra legem*, destruindo-se desse modo os efeitos pretendidos pelo sujeito da relação jurídica⁷⁷. A consideração desta figura em Direito Tributário - a fraude à lei fiscal -, implica que a norma defraudada constitua parte da lei ou do ordenamento tributário, pelo que “em regra, a Fraude à Lei no domínio dos impostos advém da substituição de factos tributários por outros factos que, desempenhando embora a mesma função, não se reconduzem à previsão legal da norma impositiva. Mas pode ainda advir da substituição de um facto mais onerosamente tributado, por um outro que o seja em termos menos onerosos, ou ainda da obtenção de qualquer outra vantagem fiscal, por via de actos em si mesmo lícitos, mas que contornam a lei fiscal, ao obterem resultados, prática, económica ou materialmente idênticos aos da norma defraudada.”⁷⁸.

Dois elementos contribuem, em nosso entender, para uma especial suscetibilidade das regras fiscais à sua defraudação:

A atenção das normas fiscais está habitualmente concentrada sobre resultados económicos, os quais acabam por ser os elementos eleitos para conformar as regras de incidência dos tributos, na medida em que esses resultados económicos são reveladores de capacidade contributiva, contemplando essas regras, em geral, a via normal de consecução do resultado económico em causa. Contudo, o resultado económico, cuja consecução pelos meios jurídicos normais previstos na lei fiscal acarretaria o nascimento da dívida tributária, pode ser alcançado através da utilização de outros meios jurídicos, os quais, em princípio, tendem para a realização de finalidades diversas das perseguidas, e a lei, aparentemente, não onera fiscalmente, ou onera em medida mais reduzida que aquela que consagrou em relação aos meios jurídicos normais⁷⁹.

Por outro lado, o princípio da tipicidade funciona como um catalisador da elisão fiscal, de tal modo que se pode afirmar que a elisão fiscal é função direta da quantidade e

⁷⁶ *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 48.

⁷⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 135 e 136.

⁷⁸ *cf.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 136.

⁷⁹ *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 49.

qualidade das normas que compõem o sistema tributário⁸⁰: A segurança jurídica que se pretende garantir mediante a construção dos tipos legais de imposto, adotando uma tipicidade que permita que o contribuinte possa calcular antecipadamente o encargo que sobre ele recai, implica que se aprove uma legislação analítica, desdobrada em numerosos e cada vez mais complexos tipos legais de imposto, uma hipertrofia legislativa que conduz inevitavelmente à rarefação dos princípios orientadores do sistema, de tal modo que a elisão acaba por ser o resultado necessário de tal sistema legislativo, pois as fórmulas legais, diversificadas de modo a prever todos os casos possíveis, acabam por criar tantas escapatórias quanto as que evitam⁸¹, estabelecendo a este propósito um autêntico jogo do gato e do rato entre o legislador e o contribuinte⁸², pois que a capacidade inventiva da vida e das pessoas é ilimitada, ao passo que a capacidade de previsão da lei o não é, de onde naturalmente existirão sempre possibilidades de elisão fiscal, bastando para tal utilizar uma forma jurídica diferente daquela que o legislador escolheu para pressuposto do tributo, mas que seja igualmente capaz de atingir o fim económico pretendido, frustrando-se deste modo o propósito da lei⁸³, quando não mesmo - e sem prejuízo do afirmado no início do presente parágrafo - se explorem inelutáveis deficiências de técnica legislativa^{84 85}.

Por último, refira-se que a fraude à lei (fiscal) é identificada como sendo a teoria subjacente ou explicativa de algumas normas ou figuras de combate à elisão fiscal já desenvolvidas, sendo esse claramente o caso nos Países Baixos, perante a doutrina judicial da *fraus legis*⁸⁶, tendo-o sido igualmente em Espanha, em que a *fraude de ley*

⁸⁰ Seguimos citação de S. CIPPOLINA, *La Legge Civile e la Legge Fiscale, Il Problema dell' Elusione*, CEDAM, 1992, p. 124, *apud* R. DUARTE MORAIS, “Sobre a noção de “cláusulas anti-abuso” em direito fiscal”, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, 2006, p. 880.

⁸¹ Seguimos DUARTE MORAIS, *Estudos jurídicos*, p. 880.

⁸² *vd.* CASALTA NABAIS, *Fiscalidade*, p. 26. Ou, numa imagem de sentido semelhante a esta, mas que permite destacar a inelutável distância temporal entre a ação do contribuinte e a reação da legislação: será como uma tartaruga a correr atrás de uma lebre, em que o contribuinte (lebre) permanecerá sempre um passo adiante do legislador (tartaruga) enquanto não existir uma cláusula geral - *vd.* L. MUTÉN, “The Swedish Experiment with a General Anti-Avoidance Rule”, in *Tax Avoidance and The Rule of Law* (G. S. COOPER org.), IBFD, 1997, p. 310.

⁸³ *vd.* FORMIGAL CARDOSO DA COSTA, *Fisco*, p. 42.

⁸⁴ *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, p. 49.

⁸⁵ Há quem refira, em termos pures de expressividade, a relativa imaturidade e imprecisão do direito fiscal como causa potenciadora da elisão fiscal: «A relativa imaturidade e imprecisão do Direito fiscal, mais instrumento de ganância do político do que regra de justiça assente em técnica, é contemporânea da proliferação de textos muitas vezes contraditórios e mal elaborados a suscitarem cada vez mais lacunas e mais imprecisões a facilitarem a sua própria “ilusão”» – *vd.* LEITE DE CAMPOS, *Evasão Fiscal, Problemas Fundamentais*, p. 197.

⁸⁶ Para uma panorâmica desta figura de fonte judicial, e da sua aplicação, *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 42 a 50.

constituía uma situação de exceção (ou condição de admissibilidade) quanto à proibição de aplicação analógica da lei fiscal (e de cujo enquadramento conceptual parece ter o legislador espanhol procurado afastar-se nos termos da cláusula antiabuso que constava do artigo 15.º da *Ley General Tributaria* de 2003, a qual se referia a um conflito na aplicação da norma fiscal⁸⁷). Note-se que até mesmo a cláusula geral antiabuso vigente em França, a qual expressamente incide sobre o abuso de direito - atacando em primeira linha atos fictícios e atos simulados - tem, devido ao aumento de complexidade das estruturas montadas para efeitos fiscais, vindo a ser mobilizada pela administração fiscal francesa como uma medida de combate à fraude à lei fiscal, aplicando essa cláusula geral a atos legais lícitos integrados num esquema levado a cabo para criar situações artificiais em que o único objetivo é obter uma vantagem fiscal⁸⁸.

2.4 Da suscetibilidade de se combater a elisão fiscal

Os termos que vêm de ser expendidos até aqui encerram em si elementos suficientes para que tenhamos inadvertidamente alimentado a ilusão de que entre nós teriam sido desde o início aceites, ou mesmo encorajados, porque admissíveis, os princípios e regras de interpretação ou de aplicação da lei fiscal - quando não mesmo a vigência de específicas respostas normativas - capazes de anular os efeitos fiscais decorrentes de concretas condutas *elisivas* (ou em fraude à lei fiscal) levadas a cabo por sujeitos passivos.

Essa perspetiva é, contudo, uma ilusão, sendo precisamente outra a perceção com que se fica após o (re)percurso do caminho que foi entre nós efetivamente trilhado a este respeito.

É, pois, conveniente começar por salientar que não foi aquela, efetivamente, a posição dominante entre a doutrina nacional até à positivação de uma cláusula geral antiabuso,

⁸⁷ Notando-se que, pese embora tal intento, desta cláusula geral antiabuso continuava a resultar que a resolução do conflito passava pela aplicação das normas fiscais correspondentes aos atos ou negócios usuais ou próprios - pela aplicação das normas defraudadas, portanto -, de tal modo que a técnica desta cláusula geral antiabuso parecia compreender também a *fraude de ley* - *vd.*, nesse sentido, M. Á. CASCAJERO SÁNCHEZ, *Las Cláusulas Anti-Abuso en el Ámbito de Recaudación*, Madrid, 2006, p. 66. Afirmando tratar-se tão só de uma nova denominação, tendo esta cláusula geral antiabuso a mesma natureza que a regra relativa à *fraude a la ley tributaria* prevista no artigo 24.º da *Ley General Tributaria* de 1963 (tratando-se pois de uma mera, e imprópria, mudança de denominação), *vd.* V. R. ALMENDRAL e J. ZORNOSA PÉREZ, “Interpretación, Calificación, Integración y Medidas Anti-Elusión en la Ley n.º 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria”, in *La Reforma de la Ley General Tributaria*, 57, Madrid, 2004, p. 39.

⁸⁸ Neste sentido, *vd.* A. CALLOUD, “France Branch Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103a, IFA, 2018, pp. 318 a 319.

demonstrando-se, até então, a dogmática jurídica maioritária sobejamente apegada à doutrina da tipicidade fechada, no sentido em que se impunha respeitar no Direito Tributário uma tipicidade de garantia que se traduzia (senão mesmo confundia⁸⁹) numa reserva absoluta de lei (isto é, uma reserva exclusiva a favor da lei parlamentar, nos termos da qual esta lei tinha que conter não só o fundamento da conduta da administração, como também o próprio critério de decisão do caso concreto, excluindo-se assim qualquer margem de livre apreciação administrativa⁹⁰), que exigia do Parlamento a determinação e a descrição das características essenciais do facto tributário (como sejam o sujeito passivo, o objeto de imposto, as bases tributáveis e respetivas taxas e deduções à coleta⁹¹), de tal modo que fosse possível, por imposição do princípio constitucional da segurança jurídica, o contribuinte conhecer e comutar os seus encargos tributários com base direta e exclusivamente na lei⁹².

Esta reserva absoluta de lei via ainda os seus flancos salvaguardados pela proibição de analogia⁹³ (e conseqüente reação negativa quanto à admissibilidade de uma interpretação extensiva da lei fiscal, na medida em que não seria seguro nem certo onde esta interpretação se distinguiria da analogia⁹⁴), sendo que à tipicidade fiscal acabavam por ser reconhecidas exigências ainda maiores que as que são dirigidas à tipicidade penal, onde o juiz ainda tem discricionariedade quanto à fixação da pena concreta, por exemplo⁹⁵.

Com a dogmática a abraçar uma tipicidade fechada, construída sobre o princípio da taxatividade ou do *numerus clausus*, do exclusivismo (de acordo com o qual os elementos do tipo são suficientes para a produção do efeito jurídico em causa, contendo o tipo uma valoração definitiva da realidade⁹⁶) e da determinação (a partir do qual se exige que todos

⁸⁹ Negando autonomia ao princípio da tipicidade sob a forma de uma reserva absoluta de lei face ao princípio da legalidade *vd.* A. XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Almedina, 1972, p. 310. Alertando para os inconvenientes da confusão entre o princípio da tipicidade e o princípio da legalidade, *vd.* A. P. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007, pp. 288 a 289.

⁹⁰ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 290 e 291.

⁹¹ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 316 a 320.

⁹² *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 298 e 306.

⁹³ Em termos próximos aos descritos por DOURADO, *O Princípio*, pp. 273 e 274. De notar que a proibição de analogia continua entre nós a ser legalmente reconhecida nos termos do n.º 4 do artigo 11.º da LGT, o qual postula que as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República não são suscetíveis de integração analógica.

⁹⁴ *vd.*, por exemplo, P. SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, 7.ª edição, 1993, pp. 141 a 147.

⁹⁵ *vd.* DOURADO, *O Princípio*, p. 268.

⁹⁶ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 325 a 328.

os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal, que o órgão de aplicação da norma não possa introduzir critérios subjetivos de valoração aquando da sua aplicação concreta⁹⁷), pretendia-se extrair o máximo constrangimento do sujeito ativo da relação tributária, exigindo-se que o montante do imposto seja desde logo calculável ou previsível a partir do texto da lei (vinculando-se assim, desde logo, não só toda a subsequente atividade administrativa na liquidação do imposto, como também a atividade jurisprudencial posterior, exprimindo desse modo a prevalência do legislador na matéria submetida ao princípio da tipicidade fiscal⁹⁸), do que resulta uma natural resistência ou repúdio quanto à utilização, no âmbito do núcleo do Direito Fiscal submetido a essa tipicidade, de conceitos jurídicos indeterminados ou de cláusulas gerais^{99,100}.

Uma vez que se defendia que a única tipologia admitida em matéria tributária era a taxativa ou de *numerus clausus* (a qual garantia que os efeitos tributários não se produziriam sem reporte a normas expressamente formuladas com a força e sob a forma de lei, bastando a não verificação de um dos elementos constitutivos para que não houvesse, pela ausência de tipicidade, lugar à tributação¹⁰¹), a previsão de novas situações tributáveis, para além do catálogo legal, fundadas na analogia ou na livre valoração dos órgãos de aplicação do direito, seriam estritamente proibidas, sob pena de inconstitucionalidade¹⁰².

Deste apego à tipicidade fechada, para mais quando acompanhado de uma vigorosa afirmação da impossibilidade de interpretar extensivamente ou de recorrer à analogia quanto aos elementos da lei fiscal cobertos pela reserva de lei¹⁰³, inexoravelmente

⁹⁷ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 328 e 329.

⁹⁸ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, p. 324.

⁹⁹ Foi precisamente com o sentido de repúdio à utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou demasiadamente abertos, bem como de repúdio à utilização de cláusulas gerais, que foi proferida entre nós uma das primeiras referências ao carácter tipológico do Direito Fiscal (a qual se deve a Alexandre do Amaral, no contexto de umas suas lições coligidas em finais da década de 50 do século XX), a qual identificou esse carácter com o princípio segundo o qual o legislador deve procurar definir com precisão os atos e situações jurídicas sujeitas a imposto, não utilizando cláusulas gerais - *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, p. 268. Documentando e fundamentando porque a tipicidade repele a tributação baseada num conceito ou cláusula geral, *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 320 a 322.

¹⁰⁰ Para uma resenha do percurso desta categoria dogmática *vd.* DOURADO, *O Princípio*, pp. 259 a 291.

¹⁰¹ *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, pp. 323 e 324.

¹⁰² *vd.* XAVIER, *Conceito e Natureza*, p. 325.

¹⁰³ Para uma súmula destas posições *vd.* N. SÁ GOMES, “As Garantias dos Contribuintes: Algumas questões em aberto”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 371, Jul-Set, 1993, pp. 25 a 28.

resultava não só a admissibilidade do negócio fiscalmente menos oneroso¹⁰⁴ como daí resultava até a admissibilidade fiscal do negócio jurídico indireto¹⁰⁵ sempre que a lei fiscal o não assimilasse, mediante presunção, ao negócio direto correspondente¹⁰⁶, quando não resultava mesmo o reconhecimento de um *direito à habilitação fiscal*¹⁰⁷, chegando-se mesmo a considerar que a impossibilidade da administração reagir perante tais condutas - impossibilidade a que a doutrina, em geral, então chegava - constituía uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, em virtude do princípio da liberdade de iniciativa privada, da propriedade privada e da própria estrutura da legalidade dos impostos¹⁰⁸, tendo-se mesmo chegado ao ponto de afirmar que a luta contra a fraude fiscal não estava sequer inscrita na Constituição da República Portuguesa¹⁰⁹, ou, ainda, que as cláusulas gerais antiabuso transformariam os contribuintes em “súbditos fiscais”, violando princípios constitucionais como o da determinação legal dos elementos essenciais dos impostos, da autonomia privada, da liberdade de gestão, etc.¹¹⁰.

Em contraposição com a doutrina dominante que acabamos de resumir, houve quem, desde logo, sublinhasse que a determinabilidade da lei fiscal exigida em termos consentâneos com uma tipicidade fechada (permitir ao contribuinte a possibilidade de cálculo antecipado do seu encargo fiscal) é, num contexto como o hodierno - de hipertrofia e complexidade técnica da legislação fiscal -, corrosiva do Direito Fiscal enquanto ideia de Direito corporizada numa série de princípios materiais¹¹¹.

¹⁰⁴ *vd.* XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, p. 261 e 262.

¹⁰⁵ No âmbito do qual “O resultado económico ou empírico alcançado pelas partes é análogo ou praticamente equivalente ao que resultaria da adopção da forma negocial normalmente escolhida para o obter.” - XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, p. 275.

¹⁰⁶ *vd.* XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, p. 280 e 281.

¹⁰⁷ A feliz expressão, como tal, deve-se a Saldanha Sanches (*cf.* SALDANHA SANCHES, *Reestruturação de empresas*, p. 46), tendo por base, julgamos, a afirmação de Nuno Sá Gomes no sentido da admissibilidade, em regra, e perante o nosso regime jurídico tributário, dos negócios fiscalmente menos onerosos a título de negócios indiretos lícitos, incluindo-se aqui as “habilidades e destrezas fiscais” – *vd.* SÁ GOMES, *Evasão Fiscal*, p. 78.

¹⁰⁸ Na súmula que devemos a SALDANHA SANCHES, *Reestruturação de empresas*, p. 46.

¹⁰⁹ *vd.* D. LEITE DE CAMPOS, “Interpretação das Normas Fiscais”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (D. LEITE DE CAMPOS org.), Vislis Editores, 1999, p. 23.

¹¹⁰ *vd.* D. LEITE DE CAMPOS, B. SILVA RODRIGUES e J. LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, 3.^a edição, Vislis editores, 2003, p. 176.

¹¹¹ *vd.* J. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, 2009, reimpr., p. 375. Parece-nos conveniente notar que o princípio da determinabilidade (ou da determinação, conforme a nomenclatura utilizada por Alberto Xavier) “não se confunde com um suposto dever de pormenorizar o mais possível ou de otimizar a pormenorização da disciplina dos impostos, uma vez que, quanto mais o legislador tenta pormenorizar, maiores lacunas acaba por originar relativamente aos aspectos que ficam à margem dessa disciplina, aspectos estes que, como facilmente se compreende, variarão na razão inversa daquela pormenorização. Ou seja, as especificações excessivas, porque se enredam na riqueza dos

Como foi notado, a tipicidade, ao contrário do que resulta de uma sua leitura mais fechada, não pode deixar de levar em conta a necessidade de se salvaguardar uma concordância prática da reserva de lei constitucionalmente inscrita com os demais princípios constitucionais com que essa exigência possa entrar em colisão¹¹², nomeadamente, por um lado, com o princípio da autonomia local¹¹³, o princípio da autonomia regional e o princípio da praticabilidade¹¹⁴, e, por outro lado, numa perspectiva já de cariz material, com os princípios da igualdade, da capacidade contributiva¹¹⁵ e da solidariedade¹¹⁶, uma vez que “a legalidade não é o super-princípio do Direito Fiscal, mas conflitua com outros de igual nível”¹¹⁷, princípios esses que acabam por funcionar como fundamento ou suporte para a atenuação da determinabilidade imposta pela tipicidade perante, por exemplo, a imprescindibilidade de uma luta eficaz contra a fraude e a evasão fiscais¹¹⁸.

pormenores, perdem o plano de que partiram, acabando, ao invés por conduzir a maior indeterminação.” – CASALTA NABAIS, *O Dever*, p. 377.

¹¹² *vd.* CASALTA NABAIS, *O Dever*, p. 369.

¹¹³ O que, no seu vetor de autonomia financeira, pode atenuar a reserva de lei fiscal, aceitando-se constitucionalmente uma certa moderação da intensidade dessa reserva, admitindo-se a delegação legal no poder normativo das autarquias locais de alguns desenvolvimentos dos elementos essenciais dos impostos - *vd.* CASALTA NABAIS, *O Dever*, pp. 372 e 373.

¹¹⁴ Princípio este que implica que o legislador não vá tão longe na determinação das soluções legais quanto seria de exigir, permitindo à administração uma dada margem de livre decisão, sob pena de nos depararmos com soluções impraticáveis no sentido de economicamente insuportáveis - *vd.* CASALTA NABAIS, *O Dever*, p. 373 -, constituindo este princípio um suporte para que o legislador use conceitos indeterminados ou conceba mesmo faculdades discricionárias - *vd.* CASALTA NABAIS, *O Dever*, p. 378.

¹¹⁵ O princípio da capacidade contributiva desempenha o papel de critério distintivo ou critério material de igualdade que se revela mais adequado à matéria dos impostos, segundo o qual os impostos devem adequar-se à força económica do contribuinte, exigindo que o imposto incida sobre manifestações de riqueza (sinteticamente: rendimento, património ou consumo) e que todas as manifestações de riqueza lhe fiquem sujeitas - *vd.* S. VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012, reimpr., pp. 251 e 252. Numa expressão que se deve ao Acórdão do TC n.º 84/2003, de 12 de fevereiro de 2003, proferido no processo n.º 531/99 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), o princípio da capacidade contributiva exprime e concretiza o princípio da igualdade fiscal ou tributária na sua vertente de uniformidade - o dever de todos pagarem impostos segundo o mesmo critério, devendo-se chegar a esse princípio a partir dos princípios estruturantes do sistema fiscal formulados nos artigos 103.º e 104.º da Constituição da República Portuguesa. Para uma breve resenha do percurso trilhado pelo princípio da igualdade, bem como para um sublinhado de que a princípio da capacidade tributária é o critério distintivo adequado ao princípio da igualdade em matéria de impostos, *vd.* S. VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, 2008, pp. 38 a 94.

¹¹⁶ Dando destaque à importância deste princípio constitucional na matéria ora em análise *vd.* M. COSTENARO CAVALI, *Cláusulas Gerais Antielusivas: Reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2006, p. 192 a 198.

¹¹⁷ *cf.* DOURADO, *O Princípio*, p. 760.

¹¹⁸ *vd.* CASALTA NABAIS, *O Dever*, p. 381. Julgamos que a referência que o autor faz à luta contra a fraude e a evasão fiscais - a qual, no corpo do texto, respeitamos na sua literalidade -, dado o contexto em que se encontra introduzida, corresponde, na nomenclatura que temos vindo a adotar no presente estudo, à luta contra a evasão e a elisão fiscais.

Eis como passamos de uma leitura que, sobre o princípio da tipicidade, da legalidade e da reserva de lei fiscal, retirava a insusceptibilidade de se lutar contra a elisão fiscal, para uma leitura que identifica a tensão entre a segurança jurídica, fim último dos princípios supra referidos, e o princípio da igualdade, tensão esta de raiz constitucional que tanto nos impõe a necessidade de lutar contra a elisão fiscal (em respeito pela igualdade tributária) como nos impõe que tal luta seja ainda assim levada a cabo de modo a garantir um determinado grau de segurança jurídica, o que permite que exigências mínimas de determinação da lei fiscal não sejam incompatíveis com leis indeterminadas nem com regulamentos concretizadores dos aspetos técnicos dessas leis¹¹⁹. Se a lei deve ser, em regra e perante os casos típicos, tão determinada quanto possível, de modo a que o sujeito passivo tenha oportunidade de conformar o seu comportamento à lei e os tribunais de justificar as suas decisões¹²⁰, pode ainda assim ser admitida uma margem de liberdade concedida por conceitos indeterminados sem que a segurança jurídica seja posta em crise. Exemplo claro de uma norma cuja legitimidade seria duvidosa perante uma conceção fechada do princípio da tipicidade e perante uma reserva absoluta de lei formal, pois que essa norma recorre a conceitos indeterminados visando a individualização (ou seja, tendo em conta as circunstâncias relevantes do caso individual ou concreto) ao invés de recorrer à técnica de tipificação legal (construção de um tipo tendo por base as características comuns médias ou frequentes do facto tributário, do sujeito passivo e da matéria tributável¹²¹), é a cláusula geral antiabuso¹²².

Não se ignora que a tipificação serve tanto o princípio da igualdade (determinando a aplicação igual da lei, não permitindo que essa aplicação se perca em detalhes individuais) como serve o princípio da praticabilidade (reduzindo os meios humanos e financeiros que o Estado tem que empenhar na administração e liquidação dos tributos, tarefas que se realizam hoje muitas vezes por procedimentos massificados)¹²³, mas questiona-se se o princípio da igualdade é ainda auxiliado pela tipificação quando o sujeito passivo, em

¹¹⁹ Como nos dá conta DOURADO, *O Princípio*, p. 763.

¹²⁰ *vd.* DOURADO, *O Princípio*, p. 767.

¹²¹ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 253.

¹²² Como aliás notou Ana Paula Dourado: “A cláusula geral anti-abuso não se integra no conceito de *Tatbestand* fechado, nem de *Tatbestand* de garantia em sentido estrito, uma vez que o seu âmbito ultrapassa necessariamente (por natureza) o do facto típico literalmente descrito no *Tatbestand* legal, mas poderá fazer parte de um *Tatbestand* de imposto sistemático, aberto, e, fundamentalmente, normativo (por não ser meramente descritivo, nem formal). Desde logo, a integração da cláusula geral anti-abuso no *Tatbestand* sistemático permite trazê-la para a relação jurídica fiscal, dar-lhe um conteúdo jurídico-ético, e o facto de ela estar prevista na lei, tem como fim ultrapassar as objecções ligadas à reserva de lei.” - *cf.* DOURADO, *O Princípio*, p. 294.

¹²³ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 256.

fraude à lei fiscal, se aproveita quer da circunstância da tipificação corresponder a uma situação média, quer dos contornos rígidos em que a tipificação se apresenta, para conformar uma situação concreta que acabe por o colocar fora do âmbito de incidência de um imposto, pese embora, simultaneamente, se observe a capacidade contributiva que é visada pelo tipo legal de imposto contornado.

Colocada assim a questão, é evidente que os comportamentos elisivos colocam em tensão os princípios da legalidade tributária e da reserva absoluta de lei formal - e a segurança jurídica que ambos aportam à relação jurídica tributária - com o princípio da igualdade tributária ou da capacidade contributiva, sendo este último princípio o que justifica, senão mesmo exige, a adoção de soluções que contrariem aqueles comportamentos. As soluções que são nestes termos exigidas aos sistemas jurídico-fiscais não têm que corresponder necessariamente, nelas se esgotando, a cláusulas gerais antiabuso, podendo, como se verá imediatamente *infra*, traduzir-se em outras soluções, como, por exemplo, a admissão da integração analógica¹²⁴ ou a prescrição de diferentes cânones interpretativos (de feição mais teleológica ou de feição mais económica), mas, como salienta Ana Paula Dourado, as modalidades de combate às condutas elisivas que se reconduzem a uma mera reinterpretação da lei, em que não é certo que a substância económica dos atos e negócios e as razões económicas válidas que vão além das razões fiscais sejam tomadas em conta, acabam por conferir menos justiça e certeza jurídica ao contribuinte que as cláusulas gerais antiabuso¹²⁵, as quais, segundo a mesma autora, constituem a concretização dos princípios de igualdade e de proibição do abuso, princípios constitucionais e de Direito Europeu. Adicionalmente, quando o abuso se consuma em transações com várias etapas, são estas cláusulas que permitem a não aplicação de regras substantivas, não trazendo, em princípio, mais incerteza, pois que enquadram e limitam a discricionariedade, nomeadamente se forem criados departamentos especiais na administração tributária para a aplicação dessas cláusulas (como sucede em Espanha e no Reino Unido) ou se submeta essa aplicação a um

¹²⁴ *vd.*, a este propósito, CASALTA NABAIS, *O Dever*, pp. 392 a 394.

¹²⁵ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 294.

procedimento especial¹²⁶, contribuindo ambas as medidas para a redução da incerteza e discricionarietà na interpretação dessas cláusulas¹²⁷.

¹²⁶ É este o nosso caso, ao fazer-se depender a aplicação da cláusula geral antiabuso de um procedimento específico nos termos do artigo 63.º do CPPT. Este procedimento específico, que procura rodear de garantias mais fortes a posição do sujeito passivo, é mais uma necessidade do que uma generosidade do legislador, na medida em que “abuse of right is necessarily counterbalanced by a doctrine of abuse of administrative power” – *vd.* P. HARRIS, “Abus de Droit in the Field of Value Added Taxation”, *British Tax Review (BTR)*, n.º 2, 2003, p. 138.

¹²⁷ *vd.* DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p. 143.

3. CAPÍTULO 3 - A Cláusula Geral AntiAbuso prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT

3.1 Antecedentes à CGAA

Perante a inexistência, no arsenal normativo nacional, de uma norma que funcionasse como uma cláusula geral antiabuso, alguns autores foram porfiadamente propondo outros modos de enfrentar o problema colocado pelas práticas de elisão fiscal, tendo-se procurado, nomeadamente, estabelecer regras ou princípios de interpretação da lei fiscal, os quais permitissem ao ordenamento jurídico nacional lidar com essas práticas.

Do mesmo modo, o próprio legislador não se coíbiu de ir, ao longo desse tempo, introduzindo no ordenamento jurídico tributário algumas normas especiais antiabuso. Vejamos, ainda que muito brevemente, algumas dessas propostas que antecederam a positivação, entre nós, de uma cláusula geral antiabuso.

3.1.1. Interpretação *in dubio pro fisco*

Segundo esta doutrina, todas as dúvidas de interpretação de uma norma jurídica fiscal deveriam ser resolvidas a favor da administração fiscal ou do sujeito ativo da relação jurídica de imposto, pois se a dúvida interpretativa se resolvesse a favor do contribuinte, este ver-se-ia desonerado de uma obrigação, a qual por sua vez recairia sobre outros contribuintes, daí que se tentasse escorar esta regra de interpretação no princípio da igualdade¹²⁸. Esta doutrina, conforme foi defendida em Itália no século XIX¹²⁹, assentava na priorização do interesse público ou geral face ao interesse privado ou particular e na identificação desse interesse geral apenas com o interesse do Estado em arrecadar o maior montante de imposto possível¹³⁰, não tendo a legitimidade desta solução sido reconhecida ou defendida, de um modo geral, pela doutrina¹³¹, apontando-se-lhe a tendencial hipertrofia das funções do Estado e de um avanço incontrolado do sector público em confronto com o sector privado¹³².

¹²⁸ *vd.*, dando notícia desta circunstância, L. M. MENEZES LEITÃO, “A Evasão e a Fraude Fiscais face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal”, *Fisco*, n.º 32, ano 3, junho, 1991, p. 26.

¹²⁹ *vd.* SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, p. 137.

¹³⁰ *vd.* TABORDA DA GAMA, *RFDUL*, p. 307.

¹³¹ Para uma sua crítica, *vd.* SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, pp. 137 a 138 e TABORDA DA GAMA, *RFDUL*, p. 307.

¹³² *vd.* N. SÁ GOMES, *Manual de Direito Fiscal*, Volume II, 9.ª edição, Rei dos Livros, 2000, p. 379.

3.1.2. Interpretação económica das leis fiscais

Uma outra corrente doutrinária defendia, sobretudo entre os cultores do Direito Fiscal italiano e alemão¹³³, que as normas jurídico-fiscais deveriam ser interpretadas tendo em conta o substrato económico subjacente a cada elemento do tipo legal¹³⁴. Deste modo, havia que identificar as manifestações de efeitos económicos semelhantes entre si, devendo a norma de incidência ser interpretada como se tivesse sido construída segundo um modelo exemplificativo, nos termos do qual apenas são contemplados os casos típicos em que se produzem aqueles efeitos económicos¹³⁵, pelo que na interpretação das leis fiscais devia ter-se em conta a sua finalidade, o seu significado económico e a evolução das circunstâncias. A utilização da forma, pela lei, para indicar o pressuposto de incidência, seria entendido como uma mera conveniência de técnica legislativa, de concisão e de compreensibilidade da linguagem legal¹³⁶, estando-se perante uma tipicidade aberta, a qual haveria que ser integrada analogicamente pelo intérprete da lei fiscal¹³⁷.

Um eco desta perspetiva, ainda que destituído de qualquer convite à integração analógica, pode ser hoje escutado junto do n.º 3 do artigo 11.º da LGT, nos termos do qual se afirma que, persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários¹³⁸.

¹³³ *vd.* SÁ GOMES, *Manual*, p. 126.

¹³⁴ Ainda hoje nos alerta para a admissibilidade deste modo de reação perante a elisão fiscal, por exemplo, DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 290.

¹³⁵ *vd.* TABORDA DA GAMA, *RFDUL*, p. 308.

¹³⁶ *vd.* SAMPAIO DÓRIA, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 66 e 67.

¹³⁷ *vd.* SÁ GOMES, *Manual*, p. 126.

¹³⁸ Havendo quem, por conseguinte, afirme que essa norma contém um critério próprio de interpretação da lei fiscal (o da interpretação segundo a substância económica dos factos), o qual é uma concretização da interpretação teleológica aplicada ao Direito Fiscal - *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 271. Saldanha Sanches defendia, a este respeito, que o que consta desse artigo é, em todo o caso, o princípio da prevalência da substância sobre a forma, pois enquanto a interpretação económica das leis fiscais se ocupa da interpretação de normas jurídicas, a prevalência da substância sobre a forma desconsidera os efeitos fiscais dos negócios jurídicos artificiosos e fraudulentos em que se procure contornar a lei fiscal - *vd.* SALDANHA SANCHES, *Reestruturação de empresas*, p. 54 e 55. Para uma leitura mais preocupada com os efeitos que a concreta e imprecisa redação do n.º 3 do artigo 11.º da LGT pode dar azo, veja-se SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 156 a 164.

3.1.3. Interpretação funcional

Segundo esta modalidade interpretativa, na interpretação das normas fiscais há que ter em conta os aspetos políticos, económicos, jurídicos e técnicos do fenómeno tributário ou do imposto, realçando-se assim a importância do elemento teleológico da norma fiscal, dando amplos poderes de ação ao intérprete-aplicador que, com base nesses aspetos, tanto pode aplicar como não aplicar uma norma fiscal¹³⁹, substituindo-se assim o intérprete ao legislador¹⁴⁰.

Contudo, uma interpretação que sublinhe os elementos teleológicos da norma fiscal incorre no risco de estabelecer o alcance e o significado da norma à luz do princípio da capacidade contributiva e da arrecadação de receitas, entendendo-se que a lei fiscal não pode ser interpretada com base na capacidade contributiva, sob pena de se violar o princípio da tipicidade¹⁴¹, e notando-se que em qualquer caso a própria finalidade de arrecadação de receita, a qual rege todas as normas de incidência, acaba por não ser um critério válido de orientação na interpretação da lei fiscal¹⁴², preocupando-se uma interpretação teleológica, quando corretamente perspectivada, com o objeto e o sujeito de tributação e não com os fins recaudatórios, o que, em bom rigor, é o objetivo do ramo de Direito mais do que o é da norma fiscal interpretanda¹⁴³.

3.1.4. Interpretação extensiva

Com alguma tradição entre nós, defendeu-se a suscetibilidade das normas fiscais serem objeto de interpretação extensiva, devendo-se procurar interpretar o preceito fiscal defraudado segundo a sua *ratio*¹⁴⁴, o que permitiria que fossem desconsideradas as diferenças entre tipos, realçando-se os aspetos económicos da norma e as preocupações com o resultado económico, o qual havia que tributar nos termos da norma defraudada. Esta proposta foi, contudo, atacada, sobretudo por desconsiderar as diferenças entre tipos

¹³⁹ *vd.* TABORDA DA GAMA, *RFDUL*, p. 309.

¹⁴⁰ *vd.* MENEZES LEITÃO, *Fisco*, p. 28.

¹⁴¹ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 287.

¹⁴² *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 288. Note-se o precioso esclarecimento de que, como ocorre em qualquer ramo de Direito, a interpretação teleológica das normas fiscais não é de todo excluída, pelo que o elemento histórico e a intenção do legislador continuam a ser elementos secundários ou auxiliares, os quais devem ser valorados quando coincidam com o resultado para que aponta o elemento sistemático (*vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, pp. 268 e 269).

¹⁴³ Neste último sentido, *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, pp. 271.

¹⁴⁴ *vd.* PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 72 e 73 (ainda que, conforme nos dá notícia Nuno Sá Gomes, este autor se tenha aparentemente afastado desta proposta – *vd.* SÁ GOMES, *Manual*, p. 128).

estruturais e tipos funcionais, notando-se ainda que esta proposta, mais do que permitir reconstruir o espírito da lei, dava lugar à aplicação analógica da norma fiscal¹⁴⁵.

3.1.5. As cláusulas específicas antiabuso

Através das cláusulas específicas antiabuso pretende-se controlar certos comportamentos elisivos que redundam na diminuição de receitas fiscais¹⁴⁶, incidindo estas normas sobre transações reais, que são levadas a cabo por razões fundamentalmente fiscais, com maior ou menor artificialidade, e que, por via destas cláusulas, vêm alguns dos seus efeitos fiscais postos em causa¹⁴⁷. São normas deste tipo, entre nós, as normas de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (regra das sociedades estrangeiras controladas ou CFC) previstas no artigo 66.º do Código do IRC e no n.º 3 do artigo 20.º do Código do IRS, e a norma de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento (*interest limitation rule*) prevista no artigo 67.º do Código do IRC, por exemplo.

Estas normas identificam e atuam sobre os casos em que a experiência já revelou que existe uma correspondência com condutas elisivas ou em que se prognostica um risco considerável de elisão fiscal, funcionando estas normas como reações legais que pretendem, por recurso a inversões do ónus da prova, a presunções ilidíveis ou a presunções inilidíveis¹⁴⁸ ou mesmo a ficções, remendar uma determinada falha ou lacuna

¹⁴⁵ Neste sentido, *vd.* MENEZES LEITÃO, *Fisco*, p. 28, SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, pp. 146 a 147, e SÁ GOMES, *Manual*, pp. 127 e 128.

¹⁴⁶ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 291.

¹⁴⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 91.

¹⁴⁸ Quanto às presunções inilidíveis ou absolutas, convirá recordar, por um lado, que o TC já afirmou a sua inaceitabilidade no Direito Fiscal, no âmbito do qual as presunções terão que ser ilidíveis para que sejam aceites, pelo que as presunções em Direito Fiscal terão que permitir ao sujeito passivo a demonstração da falsidade da presunção - *vd.* SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 228 -, enquanto, por outro lado, o TJUE, numa posição que tem vindo a ser por si construída desde o seu Acórdão de 17/07/1997, proferido no processo C-28/95 (Caso *Leur-Bloem*, pesquisável em www.curia.europa.eu), considera que as presunções de fraude ou de evasão fiscal, pese embora sejam aceitáveis, não podem limitar-se a aplicar critérios gerais pré-determinados, devendo antes proceder, caso a caso, a uma análise global da operação, podendo essa análise ser objeto de uma fiscalização jurisdicional, o que vale por dizer que, para o TJUE, a fraude e a elisão fiscal só podem ser combatidas por normas que imponham uma ponderação por parte da administração, em cada caso concreto, das suas circunstâncias individuais, de modo a distinguir entre a prossecução de interesses legítimos e comportamentos abusivos por banda do sujeito passivo - *vd.* SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, pp. 230 e 231. De ambas estas posições jurisdicionais resulta que as normas antiabuso específicas são legítimas, pese embora uma das suas arquétipas vantagens - a automaticidade dos seus efeitos e simplicidade de administração decorrente da integral predeterminação normativa - não seja compatível com os direitos fundamentais prescritos pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo que, quando essas normas se apliquem

não intencional existente no ordenamento jurídico tributário, tendo, por conseguinte, um campo de aplicação restrito e identificado, sendo que, até à sua entrada em vigor, os atos visados por tais normas especiais antiabuso são incólumes¹⁴⁹.

Estas normas, mais rígidas que a cláusula geral antiabuso, não atribuem à administração qualquer margem de livre apreciação, vinculando-a desde logo à sua aplicação¹⁵⁰, devendo a administração intervir porque para tal está imperativamente mandatada, não lhe cabendo qualquer escolha ou juízo de valor sobre as razões, legítimas ou ilegítimas, da atuação do contribuinte, nem sequer convoca a norma específica antiabuso qualquer intervenção da administração na determinação do conteúdo da sua aplicação, uma vez que os seus efeitos são *ope legis*¹⁵¹.

Note-se que a rigidez típica das cláusulas antiabuso específicas conduz, por sua vez, a novas formas de elisão fiscal, as quais são por vezes até sugeridas pela norma específica antiabuso¹⁵². A rigidez da previsão e a desproporcionalidade dos seus efeitos (os quais se concretizam independentemente de existir ou não intenção elisiva por banda do sujeito passivo) são características dominantes das normas específicas antiabuso, pelo que o recurso crescente a estas normas importa uma dificuldade igualmente crescente em conseguir-se apreender a política fiscal substantiva que determinou a implementação desta ou daquela solução pelo legislador e, em última análise, contribui para diminuir a congruência de cada sector de tributação¹⁵³, a que não é alheio o carácter antissistemático das normas antiabuso específicas, na medida em que estas normas constituem exceções e derrogações dos princípios estruturantes do ordenamento jurídico tributário, através das quais se pretende corrigir um ponto fraco do sistema (geralmente criado pela não aplicação a certas áreas de princípios de natureza sistemática)¹⁵⁴.

indistintamente a situações domésticas e a situações transfronteiriças que envolvam tais liberdades fundamentais, essas vantagens ver-se-ão necessariamente mitigadas.

¹⁴⁹ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 91 e 92, bem como SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 199.

¹⁵⁰ *vd.* SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 200.

¹⁵¹ *vd.* SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, pp. 202 e 203.

¹⁵² *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 92.

¹⁵³ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 103.

¹⁵⁴ Como aponta SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, pp. 206 e 207.

3.2 Qual o abuso que deve ser combatido – uma primeira aproximação

Até agora, temos recorrido a expressões como *fraude à lei*, *elisão fiscal*, ou até mesmo *planeamento fiscal abusivo* ou *planeamento fiscal agressivo*, em jeito de aproximação ao que acabará por constituir o abuso fiscal contra o qual as ordens jurídico-fiscais reagem, nomeadamente através de uma cláusula geral antiabuso, cuja concreta delimitação legal ou jurisprudencial acabará, como bem se vê, por desempenhar um papel essencial, na delimitação do seu âmbito de aplicação.

No entanto, o que venha a ser concretamente reputado como sendo abusivo é, pois, algo que inelutavelmente variará conforme os critérios específicos adotados ou positivados num concreto ordenamento jurídico, critérios estes que permitirão atribuir relevância, cominando-lhe consequências jurídicas, àquelas condutas a que se reconheça uma natureza fundamentalmente elisiva¹⁵⁵. Não há, pois, uma definição universal de abuso para efeitos fiscais.

Apesar de o conceito de abuso fiscal relevante ser determinado pelos critérios específicos que se vierem a reconhecer, a centralidade ou essencialidade do conceito de abuso concretamente adotado é inegável. Vejamos em que termos foi já ensaiado o preenchimento desse conceito e com que dificuldades se confrontaram essas tentativas.

3.2.1. O abuso do direito subjetivo

Segundo alguns autores, os quais acabam por negar qualquer autonomia à referência legal a abuso, essa referência é ainda assim preferível à utilização de expressões como *fraude à lei fiscal* ou *evitação fiscal abusiva*, na medida em que essa referência exprimirá a distinção axiológica entre os dois tipos de evitação fiscal, bem como indica que estamos perante uma característica do comportamento do sujeito passivo¹⁵⁶. Contudo, outros autores houve que perspetivaram o problema da elisão fiscal precisamente sob o prisma

¹⁵⁵ *vd.* DOURADO, *Direito Fiscal*, p. 291. Para uma conclusão semelhante, referida à elisão fiscal, no sentido de que o significado concreto do que seja elisão fiscal depende das medidas através das quais os sistemas fiscais reagem à essa forma de contorno das leis fiscais, *vd.* PISTONE, *Tax Avoidance Revisited*, p. 3.

¹⁵⁶ É esta a posição de SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento*, p. 22 a 23.

de outras figuras jurídicas, distintas das supra referidas, nomeadamente da figura civilística do abuso de direito¹⁵⁷.

Pese embora se desconheça qualquer caso em que esta figura de Direito Civil tenha sido implementada no âmbito de uma relação jurídico-tributária enquanto modo autónomo de combate à elisão fiscal, importará ainda assim esclarecer se a cláusula geral antiabuso se inscreve ou não nesta perspetiva explicativa, segundo a qual a liberdade contratual constitui um direito subjetivo de qualquer cidadão, em cujo exercício se admite que o contribuinte recorra a uma vasta gama de formas contratuais típicas ou atípicas e que melhor satisfarão as suas necessidades, estando, contudo, este direito subjetivo sujeito a constrangimentos legais, pelo que a atuação do contribuinte se encontrará sujeita a uma exigência de conformidade com os interesses tributários do Estado, admitindo-se, nessa medida, que às relações tributárias estabelecidas entre o Estado e o contribuinte se aplique o disposto no artigo 334.º do CC¹⁵⁸.

As críticas enunciadas a esta corrente ou teoria do abuso de direito subjetivo parecem-nos conseguir exprimir tanto as limitações próprias do artigo 334.º do CC (por exemplo, a dificuldade em perspetivar a liberdade contratual como um direito subjetivo - na medida em que não representa uma imediata posição jurídica - e, por conseguinte, a impossibilidade de sujeitar tal liberdade ao regime do abuso de direito¹⁵⁹, como a dificuldade em divisar qual seja a concreta contribuição da *boa fé* ou dos *bons costumes* para a aferição da censurabilidade dos atos praticados pelos contribuintes), como ainda o quão difícil é identificar um eventual interesse tributário geral do Estado suscetível de ofensa ou, como conseguem essas críticas ainda salientar, a dificuldade que se experimenta quando se tenta justificar a diferença entre as consequências legais da aplicação da cláusula geral antiabuso - a ineficácia, para efeitos meramente fiscais, dos atos e negócios abrangidos - e as consequências legais do regime privatístico do abuso de direito - a nulidade do ato ou negócio e a emergência de um dever de indemnização -,

¹⁵⁷ Pensamos, desde logo, na proposta avançada por TRIGO DE NEGREIROS, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 24 a 25. Para uma outra posição que igualmente proponha o recurso ao disposto no artigo 334.º do CC, *vd.* J. BACELAR GOUVEIA, “A Evasão Fiscal na Interpretação e Integração da Lei Fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 373, Jan-Mar 1994, pp. 40 a 41.

¹⁵⁸ O qual, sob a epígrafe *abuso do direito*, dispõe que “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”.

¹⁵⁹ *vd.*, também neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Fisco*, p. 24.

entre alguns outros pontos críticos¹⁶⁰, os quais, no seu conjunto, evidenciam as dificuldades que esta perspetiva ou teoria experimenta perante os princípios da reserva de lei formal, da segurança jurídica, ou mesmo perante o princípio da capacidade contributiva^{161, 162}.

3.2.2. O abuso das formas jurídicas

Outra forma de perspetivar o abuso que importa combater no âmbito das relações jurídico-tributárias é a subscrita por significativa doutrina de origem germânica, que entende que a censura juridicamente relevante deve dirigir-se ao abuso das formas jurídicas¹⁶³.

Esta doutrina pressupõe e aceita que o sujeito passivo tem a faculdade de autorregular os seus interesses por via da configuração jurídica dos negócios com que os pretenda atingir, pelo que é aceite com naturalidade que o contribuinte procure seguir a via que fiscalmente se revele menos onerosa e, por conseguinte, que o sujeito passivo opte pelo negócio fiscalmente menos oneroso, o qual, todavia, deve exteriorizar adequadamente a vontade das partes e atingir a finalidade económica pretendida.

O juízo de censura que decorre desta doutrina não recai, portanto, sobre a singela presença de um elemento de poupança fiscal, recaindo sim sobre a preponderância que, na estruturação do negócio e na atuação do contribuinte, for atribuída ao elemento fiscal em detrimento do elemento económico ou fim prático do negócio.

Nos termos desta doutrina, aceita-se que a lei tributária, ao utilizar conceitos de Direito Civil, acabe por prever, e desse modo atribua consequências tributárias, apenas às vias jurídicas que se apresentam como vias normais para se alcançar um determinado resultado económico¹⁶⁴, pelo que, se esse resultado económico for obtido pelo

¹⁶⁰ Há autores que sublinham, por exemplo, que esta perspetiva permitiria vislumbrar na cláusula geral antiabuso uma espécie de *panacea universal*, o que não se coaduna com a certeza e a segurança jurídica exigida pelo Direito - *vd.*, neste sentido, LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual*, pp. 33 a 34.

¹⁶¹ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 131.

¹⁶² A conveniência, quando não mesmo a necessidade, de não se confundir o abuso de direito com a proibição de práticas abusivas é igualmente salientada no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, alegando-se, para o efeito, algumas das razões mencionadas no corpo do texto - *vd.* D. LECZYKIEWICZ, “Prohibition of Abusive Practices as a “General Principle” of EU Law”, *Common Market Law Review (CMLR)*, n.º 56, 2019, pp. 734 e 735.

¹⁶³ Seguiremos de perto LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 149 a 157.

¹⁶⁴ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 151.

contribuinte por recurso a outras e diferentes formas ou configurações, montadas em termos arrevesados ou inusuais, deverá o contribuinte ainda assim manter-se sujeito a uma carga tributária idêntica à que incide sobre esse resultado económico quando obtido pela via tida por normal ou típica¹⁶⁵.

A identificação de uma situação de abuso das formas jurídicas exige a verificação cumulativa de dois requisitos: a inadequação da configuração jurídica adotada e a obtenção de um resultado que, do ponto de vista do sistema fiscal, seja antijurídico ou fraudulento.

3.2.2.1. Inadequação da configuração jurídica adotada

Nos termos deste requisito, a configuração jurídica adotada terá que valer-se de formas ou negócios que sejam insólitos enquanto modo ou via para se atingir um resultado prático idêntico, muito próximo ou fungível, daqueloutro em que redundaria o negócio sujeito a tributação, o negócio tido como normal¹⁶⁶. Assume-se, como pressuposto, que um contribuinte ao escolher celebrar específicos contratos esteja a procurar atingir uma vantagem fiscal ao não assumir todos os efeitos típicos do contrato escolhido, observando-se que um determinado tipo contratual é passível de ser modelado por forma a atingir as finalidades económicas de um outro tipo contratual sem que, contudo, se incorra nos correspondentes encargos tributários.

Para que se surpreenda a inadequação da configuração jurídica adotada é necessário demonstrar que os fins económicos visados seriam melhor atingidos por um outro negócio, o negócio reputado como normal¹⁶⁷. Será nesta fase relevante sublinhar que «A justificação objectiva última de tais “malabarismos” jurídicos é, prima facie, a redução, atenuação ou eliminação da carga fiscal. O esquema escolhido serve, como tal e essencialmente, para obter a dita vantagem fiscal sem violar a utilidade económica da forma indirecta escolhida, sendo este o fim que molda todo o negócio, e o torna abusivo e inadequado (e conseqüentemente reprovável para esta teoria).»¹⁶⁸.

3.2.2.2. Obtenção de um resultado antijurídico ou fraudulento

Nos termos da doutrina do abuso das formas jurídicas, exige-se igualmente que da adoção da inusitada ou insólita estrutura jurídica decorra a obtenção de um resultado que,

¹⁶⁵ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 152.

¹⁶⁶ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 153.

¹⁶⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 155.

¹⁶⁸ *cf.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 156.

do ponto de vista do sistema fiscal, seja antijurídico ou fraudulento. É este requisito que acaba por estabelecer a ponte entre esta teoria e a da fraude à lei fiscal, reportando-se mesmo a jurisprudência alemã a um resultado final dos atos ou negócios abusivos do contribuinte que terá que ser reprovado pelo Direito, segundo uma interpretação teleológica da norma fiscal, atentos os objetivos, princípios e fins do ordenamento tributário.¹⁶⁹

3.2.3. O abuso como elisão fiscal

A expressão abuso vai surgindo na doutrina e na legislação fiscal sobretudo como um sinónimo de elisão fiscal ou de *tax avoidance*, ou como um seu subgrupo ou, no limite, como um conceito com uma delimitação coincidente ou abrangida pelo conceito de elisão fiscal, de tal modo que o conceito de abuso fiscal não se encontra afinal intimamente ligado a um qualquer conceito ou sentido normativo de abuso que lhe seja pré-existente, nomeadamente que proceda do Direito Civil, o que nos convoca a ter que despender um esforço autónomo de modo a perceber o que seja o abuso para efeitos fiscais, ao invés de procedermos à simples cooptação de um sentido normativo de abuso já existente e que vigore num outro ramo do Direito.

Se, por um lado, aprestamo-nos para assentar arraiais no campo da elisão fiscal - percebendo desde já que o abuso fiscal não se refere a práticas que estejam para lá da elisão fiscal, como será o caso dos comportamentos de natureza evasiva ou de natureza fraudatória - os quais corresponderão, desde logo, à figura do ilícito fiscal -, por outro, é ainda necessária uma delimitação mais fina e precisa do que possa corresponder a abuso fiscal, delimitação esta que não poderá ser efetuada abstraindo-nos de um concreto ordenamento jurídico, na medida em que esta delimitação, como vimos, procede, desde logo, da sua concreta posituação (ou doutrina jurisprudencial).

3.3 A primeira e a segunda CGAA

A adoção, entre nós, de uma cláusula geral antiabuso em matéria tributária foi primeiramente concretizada através da Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro (Orçamento

¹⁶⁹ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 157.

de Estado para 1999), nos termos da qual foi aditado ao então Código de Processo Tributário o artigo 32.º-A, que, sob a epígrafe *Actos ineficazes*, ditava o seguinte:

São ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos.

Esta foi a primeira tentativa de positivação, entre nós, de uma cláusula geral antiabuso em matéria tributária, esforço que alguma doutrina não teve dúvidas em salientar que terá decorrido sob o signo do inesperado e da impreparação¹⁷⁰, quando não mesmo sob o signo da inconstitucionalidade¹⁷¹, tendo desde logo padecido de uma inserção sistemática questionável¹⁷², aspeto que foi alvo da atenção do legislador num relativamente curto espaço de tempo, operando a Lei n.º 100/99, de 26 de julho - lei em que se traduziu a primeira apreciação parlamentar à LGT aprovada pelo Governo através do Decreto-Lei (autorizado) n.º 398/98, de 17 de dezembro -, a transferência da CGAA para a LGT, a qual aí passou a constar como n.º 2 do seu artigo 38.º.

Note-se que a alteração ocorrida quanto à inserção sistemática da norma não foi acompanhada por qualquer alteração da sua redação, a qual se manteve então inalterada¹⁷³.

Mas não por muito tempo, pois que a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro - a qual aprovou a Reforma Fiscal de dezembro de 2000 - dotou a CGAA de uma nova redação, a qual vigorou desde 1 de janeiro de 2001 até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio. Esta redação da norma, que podemos denominar como segunda CGAA, era a seguinte:

¹⁷⁰ vd. LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 163.

¹⁷¹ Pese embora admitindo em abstrato a constitucionalidade de uma cláusula geral antiabuso, foram ainda assim identificados plausíveis vícios de inconstitucionalidade que padecia a concreta norma - vd. CASALTA NABAIS, *Fiscalidade*, pp. 26 e 27; e AVELÁS NUNES, *Fiscalidade*, p. 56 e ss.

¹⁷² vd. A. LIMA GUERREIRO, *Lei Geral Tributária Anotada*, Lisboa, Rei dos Livros, 2001, p. 185; L. A. CARVALHO FERNANDES, “Alcance do regime do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário e a simulação fiscal”, *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999, pp. 145 a 147; e AVELÁS NUNES, *Fiscalidade*, p. 40.

¹⁷³ Curiosamente, também o artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário se manteve, após a supra referida alteração legislativa, inalterado, tendo sido revogado apenas nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, o qual aprovou o CPPT.

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

Seguindo esta linha de raciocínio, e atendendo às diferenças entre ambas as redações, poder-se-á dizer que, após a entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, estamos perante a terceira CGAA, da qual trataremos *infra*, no Capítulo 6 do presente trabalho.

4. CAPÍTULO 4 - (no princípio era o Princípio), o Princípio Geral de Proibição de Abuso do Direito da UE

Com a entrada em vigor da ATAD, a qual estabelece, no âmbito da tributação do rendimento das empresas, regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, o Direito secundário ou derivado da UE impôs sobre os Estados-Membros a obrigação de transposição, para a sua ordem jurídica interna, de, entre outras regras, uma cláusula geral antiabuso.

Sem que se diminua o carácter inovador da previsão de uma tal norma num cabaz de regras de Direito da UE tendentes a combater a elisão fiscal, como o é a ATAD, não podemos deixar de notar que essa norma não aparece num vácuo ou vazio jurídico, uma vez que foi precedida, no âmbito do próprio Direito da UE, por outros elementos juridicamente relevantes, aos quais dedicaremos este capítulo e parte do próximo.

Com efeito, julgamos que é prudente abordar a cláusula geral antiabuso prevista na ATAD tendo em conta os antecedentes jurisprudenciais e legais que, a propósito da proibição ou intolerância ao abuso, se foram acumulando na ordem jurídica da UE, pelo que seguidamente se procurará, ainda que de um modo necessariamente breve, trazer à tona os mais relevantes desses elementos, deixando pistas que nos ajudem a compreender qual tenha sido a sua contribuição para a conformação legal da cláusula geral antiabuso que consta da ATAD, e em que medida interagirão esses elementos doravante.

4.1 O Princípio Geral de Proibição de Abuso do Direito da UE

De há uns anos para cá a doutrina detetou, sinalizando-a¹⁷⁴, a emersão de um princípio de Direito da UE, o princípio de proibição de abuso do Direito da UE.

¹⁷⁴ *vd.*, desde logo, R. DE LA FERIA, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax”, *Common Market Law Review (CMLR)*, 45, 2008, 433-441.

Este princípio tem vindo a ser decantado pela jurisprudência do TJUE desde 1974¹⁷⁵, vindo este Tribunal a reconhecer que os Estados-Membros têm o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude dos Tratados, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias¹⁷⁷. Vejamos os passos mais significativos desse percurso jurisprudencial nos termos do qual se vem paulatinamente construindo, por parte do TJUE, o princípio de proibição de abuso do Direito da UE¹⁷⁸.

4.1.1. De um princípio interpretativo a um princípio geral

Na alvorada da enunciação do princípio de proibição de abuso do Direito da UE era vivo o debate em redor de se saber se esse princípio constituía um princípio geral de Direito da UE¹⁷⁹ ou um princípio interpretativo desse Direito.

¹⁷⁵ Referimo-nos ao Acórdão do TJUE, de 3/12/1974, proferido no processo C-33/74 (Caso *Van Binsbergen*, pesquisável em www.curia.europa.eu), emitido num caso respeitante ao direito à livre prestação de serviços, em cujo §13 se afirmou que “Não se pode igualmente negar a um Estado-membro o direito de estabelecer disposições visando impedir que a liberdade garantida pelo artigo 59.º seja utilizada por um prestador cuja actividade fosse parcial ou globalmente dirigida ao seu território, com o objectivo de se subtrair às normas profissionais que lhe seriam normalmente aplicáveis se residisse no território desse Estado; tal situação deve efectivamente ser regulada pelas normas relativas ao direito de estabelecimento e não pelas normas relativas à prestação de serviços.”. Pese embora do texto desta decisão não conste qualquer referência à expressão ‘abuso’, vem-se entendendo ser o Caso *Van Binsbergen* o ponto de partida do trajeto percorrido pelo TJUE na direcção de um princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE – *vd.* S. VOGENAUER, “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 521.

¹⁷⁶ A enunciação do princípio geral de proibição de abuso, pelo TJUE, não se fez apoiando-se na doutrina ou no Direito derivado da UE, tendo apenas em 1990 começado a constar, do acervo comunitário, normas legais alinhadas com uma proibição de abuso (em variadas matérias, longe de se confinarem às temáticas da fiscalidade directa ou indirecta), normas essas que o TJUE entendeu como reflexos ou positavações do princípio geral que vinha sendo por si enunciado – *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, pp. 522 a 523.

¹⁷⁷ *cf.* § 24 do Acórdão do TJUE, de 9/03/1999, proferido no processo C-212/97, (Caso *Centros*, pesquisável em www.curia.europa.eu).

¹⁷⁸ Não podemos deixar de notar, a propósito deste tema, o disposto no último artigo (o 54.º) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o qual, sob a epígrafe *Proibição do abuso de direito*, dispõe que *Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer actividades ou praticar atos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos ou restrições desses direitos e liberdades maiores do que as previstas na presente Carta.*

¹⁷⁹ No sentido de que constituía um princípio geral de Direito da UE *vd.*, por exemplo, E. SORENSEN, “Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?”, *Common Market Law Review (CMLR)*, 43, 2006, p. 430. No sentido de que estaríamos ainda então apenas perante um princípio geral de Direito da UE num estado embrionário, *vd.* VOGUENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 571, L. DE BROE e S. GOMMERS, “Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2019/6, 2019, p. 277. Recusando a possibilidade de que então estivéssemos perante um princípio geral, pelo menos em relação ao VAT (num texto publicado

Do entendimento segundo o qual a proibição de abuso do Direito da UE correspondia a um princípio interpretativo, resultava que as normas de Direito da UE que conferem direitos deveriam ser interpretadas de modo a que as situações abusivas não integrassem o seu âmbito de aplicação, pelo que este princípio de interpretação, construído de modo a delimitar o conteúdo e os limites de um dado direito legalmente conferido pela ordem jurídica da UE, procuraria salvaguardar ou concretizar o princípio geral da igualdade de tratamento contemplado no Direito da UE¹⁸⁰. Neste mesmo sentido parecia igualmente militar o Advogado-Geral Póiares Maduro, nas conclusões por si apresentadas no Caso *Halifax*, ao afirmar que se trataria de um princípio que rege a interpretação do direito comunitário, princípio de proibição do abuso esse que permite que a norma jurídica em causa deva ser interpretada, contrariamente ao seu sentido literal, no sentido de que não confere, de facto, o direito¹⁸¹, o que foi igualmente vislumbrado no próprio Acórdão *Halifax*, havendo quem notasse que o conceito de abuso de Direito da UE aí consagrado foi efetivamente configurado como uma regra de interpretação alargada, através da qual se admite uma interpretação que resulte no contrário do que é permitido pelo elemento literal da norma, o que habilitaria os Estados-Membros a aplicarem a sua legislação doméstica, que transponha o Direito derivado da UE, sem que seja necessário introduzir alterações nessa legislação especialmente tendentes a combater o abuso¹⁸².

Segundo esta perspetiva, a questão a resolver mediante o princípio da proibição de abuso do Direito da UE seria de interpretação do âmbito de uma determinada norma de Direito da UE, tarefa para a qual o TJUE é plenamente competente, sublinhando os defensores desta perspetiva as dificuldades com que a aplicação de um princípio de direito inspirado em regras ou doutrinas nacionais antiabusivas, as quais existiam em apenas

em momento anterior ao da prolação do Acórdão *Halifax*), *vd.* HARRIS, *BTR*, p. 151. E, por fim, recusando que estejamos perante um princípio geral de Direito da UE que proíba práticas abusivas *vd.* A. ARNULL, “What is a General Principle of EU Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 23; J. FREEDMAN, “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 380; M. LANG, “Cadbury Schweppes` Line of Case Law from the Member States` Perspective”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 450; R. SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*, IBFD, 2014, p. 56 do *Chapter 8* (consultado *on-line* em 18 de outubro de 2019) ; e LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 732 a 734.

¹⁸⁰ *vd.* A. P. DOURADO, “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 470.

¹⁸¹ *cf.* os §§ 69 e 72 das Conclusões do Advogado-Geral Póiares Maduro no Caso *Halifax*, pesquisável em www.curia.europa.eu.

¹⁸² *vd.* FREEDMAN, *Prohibition of Abuse*, pp. 369 e 370, e LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 714.

alguns dos Estados-Membros, poderia deparar-se, nomeadamente a da resistência dos Estados-Membros que não comungassem dessas regras ou doutrinas¹⁸³.

Revelador da posição adotada pelo TJUE é o que consta, a este respeito, do Acórdão proferido no Caso *Kofoed*¹⁸⁴, nos termos do qual o princípio de proibição de abuso do Direito da UE foi expressamente assumido como um princípio geral de Direito da UE: “(...) o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 reflecte o princípio geral do direito comunitário de que o abuso de direito é proibido. Os particulares não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas do direito comunitário. A aplicação destas não pode estender-se ao ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário (...)”¹⁸⁵.

4.1.2. Um princípio geral de Direito da UE

Os princípios gerais de Direito surgem, na hierarquia das fontes do Direito Comunitário, como fontes equivalentes aos Tratados¹⁸⁶ (o que significa que os princípios gerais se impõem às fontes de Direito derivado da UE), vindo a jurisprudência comunitária a construir tais princípios com base em quatro origens: os princípios gerais de Direito Internacional Público, os princípios gerais de Direito comuns aos Direitos nacionais, os princípios gerais ditados pela noção de Comunidade de Direito e os princípios estruturais e próprios do Direito Comunitário¹⁸⁷.

Foi sob a forma de princípios gerais de Direito da UE que o TJUE, em 1970, pela primeira vez reconheceu como parte do Direito da UE os princípios que, segundo as Constituições ou as tradições constitucionais dos Estados-Membros considerados no seu conjunto, garantem os direitos individuais fundamentais¹⁸⁸. São exemplos de princípios

¹⁸³ *vd.* SORENSEN, *CMLR*, p. 430.

¹⁸⁴ Acórdão do TJUE de 5/07/2007, proferido no processo C-321/05, pesquisável em www.curia.europa.eu.

¹⁸⁵ *cf.* § 38 do Acórdão *Kofoed*.

¹⁸⁶ *vd.* T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999, p. 33.

¹⁸⁷ *vd.* F. DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, reimpr., 2008, pp. 348 a 352.

¹⁸⁸ Notando que a descoberta dos direitos fundamentais pelo TJUE teve apenas início com o Acórdão do TJUE de 12/11/1969, proferido no processo C-29/69 (Caso *Erich Stauder v City of Ulm*, pesquisável em www.curia.europa.eu), após se ter acumulado um número considerável de decisões em que o TJUE se recusou a aceitar pedidos baseados em direitos humanos e após o TJUE se ver envolvido numa disputa com o Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a autoridade ou supremacia do Direito da UE e do papel do TJUE como seu derradeiro intérprete - *vd.* D. PETRIC, “On Neo-Institutionalism, the Court of Justice of the EU and General Principles”, in *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century* (M.

gerais de Direito da UE, construídos pelo TJUE com base nos Direitos nacionais dos Estados-Membros, o princípio da confiança legítima, o princípio da segurança jurídica, o princípio do enriquecimento sem causa, o princípio da proporcionalidade (mais tarde positivado no artigo 296.º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE)¹⁸⁹, o princípio da igualdade de tratamento ou da não discriminação, a proteção dos direitos fundamentais e os direitos de defesa¹⁹⁰.

Como decorre da enumeração supra, quando nos referimos a princípios gerais de Direito da UE estamos fundamentalmente a referir-nos a princípios fundamentais não escritos, com estatuto ou natureza constitucional (vinculando, por isso, tanto as instituições como os Estados-Membros), que sustentam a ordem jurídica da UE, os quais são extraídos pelo TJUE principalmente das ordens jurídicas dos Estados-Membros¹⁹¹, procurando completar ou refinar as regras previstas nos Tratados, ainda que o seu conteúdo, enquanto fonte de Direito da UE, seja determinado perante as características e necessidades desta última ordem jurídica¹⁹², assumindo-se estes princípios gerais como critérios aptos e a que o Tribunal recorre, quando lhe é pedido o exame da legalidade e legitimidade das medidas de Direito derivado da UE¹⁹³, o que lhes confere um valor

BELOV org.), Eleven International Publishing, 2018, ndr. 52, p.184. Para uma visão das principais linhas de força que influenciaram e conduziram ao resultado desta disputa, nomeadamente quanto ao reconhecimento dos princípios gerais de proporcionalidade, de protecção das legítimas expectativas e de protecção dos direitos fundamentais, *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 15.

¹⁸⁹ *vd.* J. MOTA DE CAMPOS / J. L. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu*, 6.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 348 a 350.

¹⁹⁰ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 4.

¹⁹¹ Esta extração não corresponde a um exercício aritmético ou de busca de um mínimo denominador comum entre todos os ordenamentos jurídicos domésticos dos Estados-Membros, correspondendo antes à adoção ou síntese, de entre os ordenamentos em causa, da melhor solução tendo em conta os Tratados - *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 12., bem como M. POIARES MADURO, “Interpreting European Law - Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, in *European Journal of Legal Studies (EJLS)*, Vol. I, n.º 2, 2007, pp. 6 a 7. Tal circunstância permite, por sua vez, perceber porque alguns destes princípios gerais são uns perfeitos desconhecidos, ou algo incompreensíveis mesmo, para a ordem jurídica de um ou outro dos Estados-Membros, e, ainda assim, serem reconhecidos pelo TJUE como princípios gerais de Direito da UE.

¹⁹² Pese embora o artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE) se refira aos princípios gerais, essa norma nada dispõe sobre qual seja a função, estatuto, posição na hierarquia das normas ou os critérios que devem presidir ao seu reconhecimento. Ainda a este propósito, recorde-se que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra, no seu artigo 54.º, um princípio de proibição do abuso de Direito. Pese embora se deva assumir, como regra geral, que os direitos consagrados na Carta e os princípios gerais de Direito da UE têm o mesmo âmbito de aplicação, e que sejam coincidentes quanto ao seu conteúdo normativo, aceita-se que os princípios gerais de Direito da UE possam ter um âmbito de aplicação mais amplo, por vincularem mais entidades que os seus congéneres previstos na Carta, ou por não se lhes aplicarem as exclusões expressas na Carta, ou quaisquer outras limitações que se venham a reconhecer ao âmbito de aplicação da Carta - *vd.*, neste sentido, T. TRIDIMAS, “The General Principles of Law: Who Needs Them?”, in *Cahiers de Droit Européen (CdDE)*, n.º 1, 2016, pp. 426 e 427.

¹⁹³ *vd.* SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, p. 15 do *Chapter 3*.

paramétrico que é habitualmente reconhecido a normas de conteúdo constitucional ou reforçado.

Estes princípios gerais decorrem do conceito de Estado de Direito e dizem em maior medida respeito ao Direito Público, pelo que essencialmente respeitam à relação entre o indivíduo e as autoridades públicas (as da UE e as nacionais), ainda que possam ser igualmente mobilizados pelos Estados-Membros, e considera-se que pré-existem às suas positivizações, pelo que os artigos do Tratado que expressamente os prevejam são tidos como suas específicas formulações¹⁹⁴ ¹⁹⁵. É igualmente notado que os princípios gerais tendem para uma aplicação universal, ou seja, para uma aplicação que não se restringe a uma só área ou temática do Direito¹⁹⁶.

Aos princípios gerais de Direito da UE é reconhecida a função de preencher ou integrar lacunas detetadas nessa ordem jurídica, e, uma vez que esses princípios expressam traves constitucionais que a suportam, o TJUE vem lhes também reconhecendo a faculdade de influenciarem decisivamente a interpretação de normas positivadas, permitindo assegurar a autonomia e coerência do Direito da UE¹⁹⁷, e de constituírem uma fonte direta de direitos e obrigações¹⁹⁸, cuja violação faz com que o respetivo agente incorra na responsabilidade de reparar¹⁹⁹. É-lhes igualmente reconhecida a função de permitir ao TJUE desenvolver uma noção de Estado de Direito apropriada para a UE, garantindo simultaneamente uma continuidade conceptual e ideológica com os sistemas legais dos Estados-Membros²⁰⁰, bem como se admite que possam auxiliar o TJUE na interpretação dos Tratados²⁰¹. Pode-se, por conseguinte, falar da necessidade de garantir uma interpretação das normas ou atos emanados pela ordem jurídica da UE conforme ou consistente com os Tratados e com os princípios gerais, sob pena de

¹⁹⁴ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, pp. 3 e 4.

¹⁹⁵ Sendo esta uma das áreas onde o TJUE adotou uma atitude proactiva, em que se observa que as suas decisões antecedem e informam alterações legais (nomeadamente nos Tratados), é, por conseguinte, um campo em que se pode observar com maior nitidez o ativismo judicial do TJUE - *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 5.

¹⁹⁶ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 349.

¹⁹⁷ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 10, e SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, p. 2 do Chapter 5.

¹⁹⁸ *vd.* TRIDIMAS, *CdDE*, pp. 419 e 420.

¹⁹⁹ *vd.* TRIDIMAS, *CdDE*, pp. 419 e 420.

²⁰⁰ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 11. Numa elucidativa tirada deste autor: "All in all, the Court's methodological addiction to general principles derives from its adherence to a substantive version of the rule of law. The general principles synergize the constitutional underpinnings of the EU polity, shape the normative content of EU values, and facilitate constitutional dialogue" - *vd.* TRIDIMAS, *CdDE*, p. 441.

²⁰¹ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 33.

revogação dessa norma ou ato, exigência que incide sobre todo o Direito derivado da UE bem como sobre as medidas nacionais de implementação do Direito da UE, devendo tal interpretação ser prosseguida tanto pelo TJUE como pelos Tribunais nacionais quando perante normas de direito nacional que caiam no âmbito do Direito da UE²⁰².

Os princípios gerais de Direito da UE vinculam não só as instituições da UE como as autoridades dos Estados-Membros quando estas atuem no âmbito de aplicação do Direito da UE²⁰³, sendo, contudo, mais nebulosa a possibilidade desses princípios gerais de Direito da UE vincularem igualmente os particulares (isto é, de se reconhecer efeitos horizontais a esses princípios gerais). É que se o propósito original dos princípios gerais de Direito da UE foi o de proteger os particulares perante as autoridades públicas, existem, por outro lado, direitos fundamentais que merecem ser protegidos tanto perante as autoridades públicas como perante as entidades privadas²⁰⁴, admitindo-se, por conseguinte, que os princípios gerais de Direito da UE possam ter efeitos horizontais e que possam ser violados pelos particulares, notando-se, contudo, alguma relutância do TJUE em impor obrigações sobre os particulares na ausência de normas escritas²⁰⁵, ainda que haja quem insista que os particulares têm o direito a ver os seus assuntos regulados primordialmente pela sua lei nacional, para quem, sem uma apropriada base legal, o Direito da UE não deve perturbar este direito²⁰⁶.

²⁰² *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, pp. 17 a 19. São exemplos de atos nacionais abrangidos pelo âmbito do Direito da UE i) as medidas nacionais de transposição e implementação de Direito derivado da UE, ii) as medidas nacionais tomadas ao abrigo de uma derrogação expressamente prevista no Tratado, iii) as medidas nacionais em matérias que sejam da exclusiva competência da UE, iv) sanções aplicadas pelos Estados-Membros em razão do incumprimento de exigências de Direito da UE, v) o exercício ou o não exercício, pelos Estados-Membros de opções consagradas a seu favor pelo Direito da UE que permitam introduzir normas especiais dirigidas a certos grupos de pessoas, vi) as medidas nacionais necessárias à aplicação de um ato de Direito da UE, bem como as medidas nacionais que prejudiquem ou afetem os objetivos desse ato, e vii) as medidas nacionais cuja base legal seja uma medida da UE. - *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, pp. 23 a 29.

²⁰³ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 29.

²⁰⁴ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 31.

²⁰⁵ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, p. 31. Um exemplo em que o TJUE não demonstrou tal relutância pode observar-se no Acórdão do TJUE de 22/11/2005, proferido no processo C-144/04 (Caso *Mangold*, pesquisável em www.curia.europa.eu), no qual se reconheceu a aplicação horizontal do princípio geral de proibição da discriminação numa matéria coberta por legislação específica, independentemente da diretiva aí em causa concretizar esse princípio, não tendo, contudo, sido esta uma tendência depois seguida uniformemente pelo TJUE, como nota LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 723.

²⁰⁶ *vd.* LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 724.

4.1.3. Âmbito e conteúdo do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE

O princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, o qual constitui uma garantia da efetividade ou eficácia interna da aplicação do Direito da UE²⁰⁷, foi assim formulado no Caso *Centros*: “os Estados-Membros têm o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias”²⁰⁸.

Esta formulação permite que ao princípio geral sejam atribuídas duas dimensões, na medida em que tanto abrange as situações em que uma pessoa pretende valer-se de uma regra de Direito da UE, nomeadamente através da introdução de um elemento transfronteiriço, de modo a evitar a aplicação de uma provisão nacional que (na sua perspectiva) lhe seria desvantajosa, como também abrange as situações em que uma pessoa pretende valer-se de um regra de Direito da UE (tanto de direito derivado como de direito primário), desencadeando a aplicação dessa regra de modo a aproveitar as consequências que (na sua perspectiva) lhe serão favoráveis, ou, por essa mesma via, desencadeando a aplicação de regras domésticas, sejam elas regras transpostas do Direito da UE ou puramente domésticas²⁰⁹.

O TJUE, através de sucessivas decisões, foi admitindo que o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE se aplique perante direitos consagrados a favor dos particulares pela ordem jurídica da UE, como a liberdade de prestação de serviços, a livre circulação de mercadorias, de trabalhadores e de cidadãos da UE, bem como a liberdade de estabelecimento²¹⁰, tendo o TJUE, nomeadamente, aceite, no Caso *Halifax*, que esse

²⁰⁷ E não, contrariamente ao que poderia decorrer do contexto em que foram proferidas as decisões nos Casos *Emsland-Stärke* e *Halifax* (obtenção de um benefício financiado pelo orçamento comunitário [restituição à exportação] e aplicação da sexta diretiva IVA, respetivamente), como uma garantia dos interesses da União – vd. LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 720.

²⁰⁸ cf. § 24 do Acórdão *Centros*.

²⁰⁹ vd. VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, pp. 526 a 529. Destaque-se ainda a semelhança entre o conteúdo com que o TJUE veio a reconhecer o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE e o substrato das doutrinas de fraude à lei (semelhança essa que não se surpreende face às doutrinas referidas ao abuso de direito subjetivo ou civil).

²¹⁰ vd. SORENSEN, *CMLR*, p. 426.

princípio era igualmente relevante perante direitos em áreas submetidas já a intensa harmonização - como então era já o caso do IVA²¹¹.

O TJUE reconheceu igualmente a relevância do princípio de proibição de abuso do Direito da UE em matérias tributárias não tão intensamente harmonizadas quanto o IVA, como por exemplo em sede de impostos sobre o rendimento das sociedades (área em que então se assistia a uma harmonização ainda mais episódica do que hoje em dia), o que se constata a partir da decisão do Caso *Cadbury Schweppes*²¹², a qual estendeu a relevância desse princípio à tributação das empresas - nomeadamente quanto a um aspeto que então não se encontrava harmonizado (os regimes CFC) -, aceitando o TJUE que os expedientes puramente artificiais justifiquem medidas nacionais discriminatórias em matéria não harmonizada de imposto sobre as sociedades, desde que essas medidas tenham sido implementadas em ordem a impedir a utilização abusiva de direitos consagrados pelo Direito da UE²¹³.

Por outro lado, a partir do Caso *Cadbury Schweppes*, ficou claro que as medidas nacionais antiabuso em matéria de impostos sobre o rendimento apenas podem ser justificadamente aplicadas num contexto transfronteiriço quando se dirijam ao combate ou à prevenção do abuso do Direito da UE²¹⁴. Nestes casos, é a norma doméstica que é objeto de análise e de confrontação com a liberdade fundamental consagrada no Direito da UE, de modo a perceber se a sua aplicação se restringe ou não a situações abusivas, pelo que as liberdades fundamentais (no caso, a liberdade de estabelecimento) funcionam

²¹¹ Imposto esse que pode constituir também, ainda que apenas em parte e indiretamente, um recurso próprio da UE. Contudo, não foi essa a linha argumentativa seguida pelo TJUE no Caso *Halifax*, pois foi sem qualquer referência a essa característica do IVA que o TJUE categoricamente afirmou que o princípio de proibição de práticas abusivas se aplica ao IVA (cf. § 70 do Acórdão *Halifax*), demonstrando-se o TJUE indiferente, por conseguinte, à posição segundo a qual o princípio da proibição do abuso apenas se aplicava aos recursos próprios da UE (como os direitos niveladores agrícolas e as taxas alfandegárias) cobrados em nome desta, e não quanto a recursos próprios indiretos, porque correspondentes a uma proporção do imposto cobrado domesticamente, como é o caso do IVA, como defendia HARRIS, *BTR*, pp. 139 a 140.

²¹² Acórdão do TJUE de 12/09/2006, proferido no processo C-196/04, pesquisável em www.curia.europa.eu

²¹³ Pelo que o TJUE reconhece que o teste de abuso se deve aplicar ao nível da verificação da justificação da medida discriminatória (e da sua proporcionalidade) e não ao nível da interpretação da norma ou direito conferido pelo Direito da UE que alegadamente seja objeto de abuso, o que demonstra que, para o TJUE, o princípio de proibição de abuso não será um princípio interpretativo que auxilie a estabelecer o âmbito de um direito conferido pelo Direito da UE – *vd.* DOURADO, *Prohibition of Abuse*, p. 481.

²¹⁴ Abuso do Direito da UE que não coincide necessariamente com o abuso do direito nacional - *vd.* F. VANISTENDAEL, “Halifax and Cadbury Schweppes: one single european theory of abuse in tax law”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2006-4, 2006, p. 194, entendendo o TJUE, segundo o autor referido, que há abuso do Direito da UE quando as transações são expedientes puramente artificiais que não refletem a realidade económica no contexto do mercado interno.

como normas prevaletentes, pois que prevalecerão sobre a norma doméstica quando esta não possa ser interpretada de modo a adequar-se com a interpretação que o TJUE faça do âmbito e sentido da liberdade fundamental em causa²¹⁵.

A aplicação do princípio da proibição de abuso do Direito da UE depende em larga medida dos Tribunais dos Estados-Membros, os quais, ainda que estejam obrigados a assegurar a efetiva proteção de direitos atribuídos pela ordem jurídica comunitária, devem verificar, de acordo com as regras procedimentais nacionais, se a ação alegadamente abusiva efetivamente ocorreu no caso perante si pendente²¹⁶, impondo-se aos Tribunais nacionais uma interpretação das regras domésticas de acordo com os testes inerentes ao princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, de tal modo que há quem afirme que as regras antiabuso domésticas se encontram subordinadas ao princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, dado o primado do Direito da UE sobre o Direito estadual²¹⁷.

4.1.4. Até à enunciação de um *abuse test*

Simultaneamente, o TJUE vem desenvolvendo os testes ou pressupostos que nos permitem identificar o que deva ser considerado como abusivo, para efeitos do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, para o que vêm sendo especialmente relevantes algumas decisões proferidas em matéria tributária.

A este propósito, parece-nos especialmente revelador o Caso *Centros*, no âmbito do qual, a respeito da liberdade de estabelecimento, o TJUE afirmou que o facto de um nacional de um Estado-Membro que pretenda criar uma sociedade optar por constituí-la num Estado-Membro cujas regras de Direito das Sociedades lhe parecem menos rigorosas, ou que aí crie sucursais por essas mesmas razões, não podem tais decisões constituir, em si mesmas, usos abusivos do direito de estabelecimento²¹⁸, deste modo reconhecendo o TJUE que o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro ou de criar sucursais noutros Estados-Membros é, ainda

²¹⁵ *vd.* FREEDMAN, *Prohibition of Abuse*, pp. 369 e 370.

²¹⁶ *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 542.

²¹⁷ *vd.*, neste sentido, VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse*, p. 563.

²¹⁸ *cf.* § 27 do Acórdão *Centros*.

assim, uma faculdade inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado²¹⁹.

Esta evolução da abordagem do TJUE, quanto à identificação de situações que constituam um abuso das posições jurídicas tuteladas pelo Direito da UE que justifiquem medidas nacionais restritivas nos termos do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, corresponde à tomada de consciência, por esse Tribunal, de que nem todas as situações de contorno das normas internas através do exercício de liberdades fundamentais devem corresponder a um abuso do Direito da UE (ideia ou limitação que parecia estar ausente, por exemplo, do Acórdão *Daily Mail*²²⁰), mas que, outrossim, apenas algumas dessas situações devem ser consideradas abusivas, pese embora a decisão *Centros* não tenha estabelecido critérios seguros para proceder a tal destrinça²²¹.

Como então se sublinhou, a lógica que sustentou a decisão no caso *Centros* traduz a seguinte posição do TJUE: enquanto numa determinada matéria não se verificar um nível de harmonização significativo, é reconhecido às pessoas e aos negócios uma ampla margem de escolha quanto aos regimes legais que lhes sejam mais benéficos, pelo que a manterem-se as discrepâncias entre regimes nacionais, que permitem às pessoas e às empresas identificar regimes que lhes sejam mais benéficos que outros, ocorre a concorrência entre esses regimes nacionais, a qual é admitida pelo Direito da UE tendo em conta os potenciais efeitos económicos vantajosos para a competitividade da UE no seu todo. Se, por outro lado, os Estados-Membros não estiverem satisfeitos com essa concorrência entre regimes legais, restar-lhes-á, atuando de um modo que seja compatível com as regras e princípios do mercado interno, promover uma maior harmonização dessa específica área legal, aceitando o TJUE que quer do estado de concorrência como do estado de mais profunda harmonização decorrem ganhos para o processo de integração europeia²²².

²¹⁹ cf. § 27 do Acórdão *Centros*.

²²⁰ A ideia de que todas as situações de contorno das normas internas mediante o exercício de liberdades fundamentais constituiriam uma prática abusiva vedada nos termos do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, que transparecia do Acórdão *Daily Mail*, convivía já então com indícios de que essa mesma posição do TJUE poderia estar prestes a ser negada, sinalizando-se, como indício do que se acaba de referir, as decisões proferidas nos casos conhecidos como *Greek Challenge* (processos C-441/93, C-367/96 e C-373/97) – *vd.* DE LA FERIA, *CMLR*, p. 404.

²²¹ *vd.* DE LA FERIA, *CMLR*, p. 407.

²²² É esta a leitura avançada tanto por DE LA FERIA, *CMLR*, pp. 407 e 408, como por D. WEBER, “Abuse of Law in European Tax law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2”, *European Taxation (ET)*, julho, 2013, pp. 323 e 324. Ao atuar segundo a lógica referida no corpo do texto, o TJUE parece não se ter então importado de reconhecer como legítimas

4.1.5. E da enunciação de um *abuse test* em diante

4.1.5.1. O Caso *Emsland-Stärke* e o *abuse test*

A decisão do Caso *Emsland-Stärke*²²³ (relativo ao direito à recuperação, por uma entidade administrativa, de restituições à exportação pagas a uma empresa), dá conta da alegação, pela Comissão Europeia, de que lhe assistia o direito a recuperar montantes que foram por si restituídos, por força do princípio jurídico, em vigor no direito comunitário, do abuso do direito, segundo o qual não deveriam ser concedidos benefícios financeiros ou, se for caso disso, deveriam esses benefícios ser revogados com efeito retroativo, quando se provasse que as operações comerciais em causa tiveram por finalidade obter um benefício incompatível com os objetivos das regras comunitárias aplicáveis, no sentido de que as condições de obtenção do referido benefício foram criadas artificialmente²²⁴. O TJUE, parecendo acompanhar a linha de raciocínio expendida pela Comissão Europeia, lembrou o que já havia decidido no Caso *General Milk Products*, de que o facto de as operações de importação e exportação não serem realizadas no âmbito de transações comerciais normais, mas apenas para beneficiar abusivamente da concessão de montantes compensatórios monetários, podia obstar à aplicação desses montantes compensatórios²²⁵.

Mas, no que será o ponto mais relevante desta decisão, o TJUE afirmou que a conclusão de que estamos perante uma prática abusiva depende, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objetivas, das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objetivo pretendido por essa legislação não foi alcançado²²⁶, e, por outro lado, requer a presença de um elemento subjetivo, que

as bases sobre as quais decorrem processos concorrenciais entre Estados-Membros, em matéria de imposto sobre as sociedades, do tipo *race to the bottom*, demonstrando o TJUE que poderia conviver com os benefícios que os agentes económicos retirariam desses processos concorrenciais (e com os problemas de política fiscal que por essa via fossem desencadeados nos Estados-Membros), na esperança de que encorajasse os Estados-Membros a aprofundarem a harmonização de modo a limitar essa concorrência ou a mitigar os seus efeitos.

²²³ Acórdão TJUE de 14/12/2000, proferido no processo C-110/99, pesquisável em www.curia.europa.eu

²²⁴ cf. § 43 do Acórdão *Emsland-Stärke*.

²²⁵ cf. § 51 do Acórdão *Emsland-Stärke*.

²²⁶ cf. § 52 do Acórdão *Emsland-Stärke*.

consiste na vontade de se obter um benefício que resulta da legislação comunitária criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção²²⁷.

Estamos aqui perante a enunciação do que parte da doutrina identificou como sendo as condições habilitantes para que um Estado-Membro possa combater o abuso nos termos do princípio da proibição de abuso do Direito da UE, ou seja, mediante o afastamento da primazia do princípio da segurança jurídica quando perante um abuso do Direito da UE.

Para que tal possa suceder, exige-se que se preencha um teste objetivo: que se verifiquem, no caso, as circunstâncias objetivas que, quando perspetivadas a partir do objetivo da norma de Direito da UE, permitam concluir que este objetivo não é atingido²²⁸. No âmbito deste teste é necessário que se verifique um importante pressuposto para que estejamos perante uma situação de abuso: estarmos perante um conjunto de factos claramente abrangidos pelo elemento literal da norma objeto de abuso (seja esta uma norma de Direito, originário ou derivado, da UE), ou claramente abrangidos pelas normas domésticas que transponham o direito derivado, ou, ainda, abrangidos pelas normas que concretizem uma derrogação permitida nos termos de uma diretiva ou que sejam abrangidos pelas normas invocadas numa situação com uma dimensão relacionada com o Direito da UE²²⁹.

Além do teste objetivo, impõe-se que seja levado a cabo um teste subjetivo, através do qual se verificará se, no caso em análise, está ou não está presente a intenção de obter uma vantagem através da criação artificial das condições para aceder a essa vantagem, admitindo-se que essa intenção possa ser inferida a partir de circunstâncias do caso²³⁰.

²²⁷ cf. § 53 do Acórdão *Emsland-Stärke*.

²²⁸ vd. D. WEBER, “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 Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 396. O afirmado no corpo do texto, obviamente, não elimina a dificuldade em se distinguir o abuso do mero uso não contemplado pelo legislador (ou seja, distinguir entre um uso contrário ao objetivo da norma e um uso que apenas não foi contemplado pelo legislador e que não se apresenta numa relação de contrariedade com os objetivos da norma), conforme apontou o Advogado-Geral Geelhoed, no § 173 das suas Conclusões proferidas no Caso *Akrich* (processo C-109/01, pesquisável em www.curia.europa.eu). Para conseguir, ainda que perfunctoriamente, distinguir entre ambas as realidades, parece que nos teremos que confiar ao que resulte do elemento subjetivo do teste, confiando que os casos em que estejamos perante um mero uso não contemplado pelo legislador haja ainda bastante ou suficiente substância para que sobre eles não deva incidir o princípio de proibição de abuso do Direito da UE.

²²⁹ vd. VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 530.

²³⁰ vd. WEBER, *Prohibition of Abuse*, p. 397.

Quanto à artificialidade, o TJUE notou então que a artificialidade de uma transação ou situação é uma circunstância do caso que é apta a demonstrar a intenção (subjativa) abusiva de um particular, ainda que, uma vez que ambos os testes incidem sobre os mesmos elementos concretos ou objetivos, estes testes possam, na prática, acabar por se confundir ou amalgamar²³¹.

4.1.5.2. Contributos do Caso *Halifax*

É possível surpreender no Acórdão *Halifax*²³² alguns contributos relevantes a respeito do *abuse test*.

Nesse Acórdão, através do qual o TJUE confirmou que a aplicação da regulamentação comunitária não pode ser alargada até abranger as práticas abusivas dos operadores económicos, isto é, as operações que não são realizadas no âmbito de transações comerciais normais mas sim com o único objetivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo direito comunitário²³³, o TJUE afirmou que o princípio de proibição de abuso do Direito da UE se aplica igualmente no domínio do IVA - um domínio harmonizado, sobre o qual incidem instrumentos de Direito derivado da UE e respetivas normas domésticas de transposição -, notando o Tribunal que a luta contra o abuso, tal como a luta contra possíveis fraudes e evasões, é um objetivo reconhecido e encorajado pela Sexta Diretiva²³⁴.

Na decisão *Halifax*, o TJUE entendeu que a verificação de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva IVA e da legislação nacional que transponha essa diretiva, resultem na obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições²³⁵, e, por outro lado, exige

²³¹ Sublinhando essa inevitabilidade *vd.* WEBER, *Prohibition of Abuse*, p. 397, e D. WEBER, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms – A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International, 2005, pp. 186 a 192, bem como SORENSEN, *CMLR*, p. 451. Note-se, com Dennis Weber, que, na prática, a consideração destes dois testes enquanto dois testes separados estabelece uma partilha do ónus da prova, nos termos da qual à administração fiscal caberá demonstrar a verificação do teste objetivo, suscitando a partir daí uma presunção de abuso que os particulares poderão afastar demonstrando que a transação ou situação é motivada por razões não fiscais – *vd.* WEBER, *Prohibition of Abuse*, p. 399.

²³² Note-se que pese embora o Caso *Halifax* tenha sido introduzido em juízo dois anos após a prolação da decisão do Caso *Emsland-Strärke* (em 2002, portanto), a sua decisão foi emitida apenas em 2006.

²³³ *cf.* § 69 do Acórdão *Halifax*.

²³⁴ *cf.* §§ 70 e 71 do Acórdão *Halifax*.

²³⁵ *cf.* § 74 do Acórdão *Halifax*.

que, de um conjunto de elementos objetivos, resulte que a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção dessa vantagem fiscal, notando ainda o TJUE que a proibição de práticas abusivas não abrange os casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais²³⁶.

O elemento ou teste subjetivo enunciado no Acórdão *Emsland-Stärke* acaba, nos termos da decisão *Halifax*, por ser desenvolvido, passando a corresponder à verificação de factos objetivos que evidenciem a ausência ou a presença, na situação em causa, de genuínas razões comerciais para uma determinada transação, dispensando-se definitivamente a necessidade de se verificar diretamente qual a motivação inerente à participação dos sujeitos passivos nessas operações, o que permitiu ultrapassar a limitação dos casos a que o princípio da proibição do abuso do Direito da UE seria aplicável que decorria de meras limitações probatórias²³⁷.

Quanto aos elementos objetivos capazes de documentar que a finalidade essencial de uma operação foi a obtenção de uma vantagem fiscal, o TJUE, ainda que salvaguardando que competiria ao órgão jurisdicional nacional averiguar os reais conteúdo e significado das operações em causa, afirmou que poder-se-ia, para esse efeito, ter em consideração o carácter puramente artificial das operações²³⁸, bem como as relações de natureza jurídica, económica e/ou pessoal entre os operadores envolvidos no plano de redução da carga fiscal²³⁹.

O TJUE, neste acórdão - e pese embora a atenção e precisão conferida pelo Advogado-Geral a este tema, professando a abordagem *sole purpose*²⁴⁰ -, acabou por identificar, como operações na mira do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, tanto as operações que são realizadas com o único objetivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo Direito da UE, o que é consistente com uma abordagem *sole purpose*, como as operações cuja finalidade essencial seja a obtenção de uma vantagem

²³⁶ cf. § 75 do Acórdão *Halifax*. É, portanto, a existência de certos elementos objetivos o suficiente para que possa ser detetada uma prática abusiva. Esta circunstância permite surpreender o quão próximas são as situações de abuso das situações de elisão fiscal, o que, simultaneamente, afasta as situações de abuso tanto das situações de evasão fiscal como das situações de fraude fiscal também aos olhos do TJUE (pese embora este Tribunal se refira, por vezes, a todas estas situações indistintamente), como notou P. PISTONE, “Abuse of Law in the context of Indirect Taxation: From (Before) *Emsland-Stärke* 1 to *Halifax* (and Beyond)”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 387.

²³⁷ vd. VOGUENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 538.

²³⁸ Ou, recorrendo para o efeito ao que consta na versão em língua Inglesa: *purely artificial nature*.

²³⁹ cf. § 81 do Acórdão *Halifax*.

²⁴⁰ cf. §§ 88 a 91 das Conclusões do Advogado-Geral no Caso *Halifax*.

fiscal, o que é consistente com uma abordagem *essential purpose*²⁴¹. A adoção desta última abordagem implica que a circunstância de uma operação ter mais finalidades para lá da obtenção de uma vantagem fiscal não coloca essa operação, por essa razão, a salvo do princípio de proibição de abuso, obrigando antes a um juízo ponderado sobre qual, de entre os vários propósitos em presença, é a finalidade essencial²⁴² da operação, podendo considerar-se que o elemento subjetivo se revela, ainda que a transação tenha também outros motivos não fiscais, alargando assim o âmbito das situações suscetíveis de serem combatidas devido ao seu carácter abusivo^{243 244}.

Num só lance, esta decisão reconheceu que o princípio de proibição de abuso não só era plenamente aplicável em matéria tributária harmonizada, como também refinou o teste de abuso já jurisprudencialmente ensaiado no Caso *Emsland-Stärke*, ao mesmo tempo que enunciou a demarcação entre o princípio da proibição de abuso e o direito ao planeamento fiscal não abusivo.

4.1.5.3. Contributos do Caso *Cadbury Schweppes*

Na decisão que coube ao Caso *Cadbury Schweppes*, o TJUE afirmou que o regime CFC do Reino Unido em matéria de imposto sobre as sociedades constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento²⁴⁵, restrição essa que só poderia ser admitida se se justificasse por razões imperiosas de interesse geral (caso em que seria ainda necessário que a sua aplicação fosse adequada a garantir a realização do objetivo prosseguido e que

²⁴¹ Como afirmado nos §§ 74 a 75 do Acórdão *Halifax*. Note-se, a este propósito, que o TJUE parece ter-se afastado do que concluiu o Advogado-Geral Póiares Maduro, o qual afirmou que “A proibição do abuso, como princípio de interpretação, já não é relevante nos casos em que a actividade económica exercida possa ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais. Em tais circunstâncias, interpretar uma disposição jurídica no sentido de que não confere tal vantagem, com base num princípio geral abstracto, seria atribuir à Administração Fiscal um poder discricionário excessivamente amplo para decidir qual dos objectivos de determinada transacção deve ser considerado predominante. Introduziria um elevado grau de incerteza relativamente às legítimas opções dos operadores económicos e afectaria as actividades económicas que claramente merecem protecção, desde que estas se justifiquem, pelo menos em alguma medida, por objectivos comerciais comuns.” - cf. §89 das Conclusões do Advogado-Geral proferidas no Caso *Halifax*. Mantendo em aberto a hipótese da diferença observada a este propósito, entre a decisão do TJUE e as conclusões do Advogado-Geral, não ser relevante (pelo menos até à prolação do Acórdão *Part Service*), vd. F. VANISTENDAEL, “Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, pp. 419 a 420.

²⁴² vd. VANISTENDAEL, *ECTR*, p. 193.

²⁴³ vd. WEBER, *Prohibition of Abuse*, p. 398.

²⁴⁴ Para uma descrição da insegurança conceptual resultante desta ambiguidade, a qual está presente na decisão *Halifax*, bem como da utilização errática que um e outro conceito foram conhecendo na jurisprudência do TJUE daí por diante, vd. VOGUENAUER, *Prohibition of Abuse*, pp. 539 a 540.

²⁴⁵ cf. § 46 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

não ultrapassasse o que é necessário para o atingir)²⁴⁶, tendo o TJUE notado que uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento se pode considerar justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais²⁴⁷ cuja finalidade seja fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa²⁴⁸.

O TJUE procurou desde logo preencher a que corresponderia a expressão *expedientes puramente artificiais*²⁴⁹, tendo-os equiparado a expedientes desprovidos de realidade económica, criados com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional²⁵⁰. A verificação da existência de um expediente puramente artificial exige, segundo o TJUE, a presença de um elemento subjetivo - a intenção de obter uma vantagem fiscal - e que resulte de elementos objetivos que, pese embora haja um respeito formal dos requisitos previstos pelo Direito Comunitário, o objetivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento não foi atingido²⁵¹.

²⁴⁶ cf. § 47 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁴⁷ Ou, recorrendo ao que consta na versão em língua Inglesa: *wholly artificial arrangements*.

²⁴⁸ cf. § 51 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁴⁹ Um esforço de tipificação levado a cabo pelo TJUE, através do qual este Tribunal avança com alguns elementos objetivos capazes de guiar os tribunais nacionais na aplicação do conceito de abuso, simultaneamente reduzindo a discricionariedade, consequentemente reduzindo a incerteza jurídica, inerente à aplicação desse conceito – *vd. DOURADO, Prohibition of Abuse*, p. 472.

²⁵⁰ cf. § 55 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁵¹ cf. § 64 do Acórdão *Cadbury Schweppes*. Foi, deste modo, reafirmada a necessidade de levar a cabo um teste objetivo e um teste subjetivo, ainda que possa ser difícil distinguir claramente entre um e outro teste face à sua sobreposição, pelo menos quando referidos às liberdades fundamentais previstas no TFUE - *vd.*, a este propósito, D. WEBER, “Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1”, *European Taxation (ET)*, junho, 2013, p. 255. No sentido da desadequação de um teste subjetivo para se determinar a artificialidade de um expediente, na medida em que esse teste releva a intenção do agente, *vd. LANG, Prohibition of Abuse*, p. 449. Note-se que o último autor citado defende a hipótese segundo a qual o que estava em causa no Caso *Cadbury Schweppes* era sobretudo um problema de interpretação da norma do Tratado que estabelece a liberdade de estabelecimento, nomeadamente de se saber se o âmbito dessa liberdade fundamental incluía igualmente os expedientes puramente artificiais (*vd. LANG, Prohibition of Abuse*, p. 450. No mesmo sentido *vd. DOURADO, Prohibition of Abuse*, p. 482), ou ainda, como afirmado por um outro autor, «‘Abuse’ is simply a pejorative label for the observation that article 49 TFEU does not protect brass plate companies.» – J. GHOSH, “Cadbury Schweppes: Breach, Abuse Justification and Why They Are Different”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 465. Mais do que um problema conceptual quanto à adequação dos dois testes para sinalizar ou identificar situações em que uma norma ou direito outorgado pela ordem jurídica europeia esteja a ser objeto de um abuso proibido nos termos do princípio geral de proibição do abuso, parece-nos que o que estes autores justamente sublinham é que o que está em causa numa situação como a que subjaz ao Acórdão *Cadbury Schweppes* é, antes de mais, uma vez que tal situação configura um expediente puramente artificial, questionar se tal situação corresponde a uma manifestação de um legítimo e efetivo exercício da liberdade fundamental de estabelecimento, sendo possível resolver-se essa questão desde logo perante o (atual) artigo 49.º do TFUE, sem necessidade de mobilizar o princípio geral de proibição do abuso do Direito da UE.

Para que a constituição de uma sociedade CFC correspondesse a uma realidade económica, essa constituição deveria, segundo o TJUE, corresponder a uma implantação real que tivesse por objetivo a realização de atividades económicas efetivas no Estado-Membro de acolhimento²⁵², assentando a verificação dessa circunstância em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, relativos ao grau de existência física da sociedade em termos de instalações, pessoal e equipamentos²⁵³. Se tais elementos conduzirem à conclusão de que estamos perante uma implantação fictícia, que não exerce qualquer atividade económica efetiva no território do Estado-Membro de acolhimento, deve-se considerar que corresponde a um expediente puramente artificial, admitindo o TJUE que tal será o caso perante as filiais ‘caixa de correio’²⁵⁴ ou de ‘fachada’^{255 256}.

A artificialidade é não só uma questão de presença física, mas também uma questão de, através dessa presença, ser exercida uma atividade²⁵⁷, ou, como pareceu interpretar a Comissão Europeia, uma questão de realidade económica ou substância. Com efeito, através da sua Comunicação de 10.12.2007²⁵⁸, a Comissão Europeia elencou os fatores objetivos a considerar de modo a determinar se há substância adequada, como o local efetivo da gestão e a presença tangível do estabelecimento, assim como o risco comercial real assumido pelo estabelecimento²⁵⁹. Neste contexto, não se estranhará que também os

²⁵² cf. § 66 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁵³ cf. § 67 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁵⁴ A respeito destas filiais ‘caixa de correio’, note-se que esta qualificação pode depender mais da inatividade da sociedade do que da inexistência de instalações ou de pessoal, pelo que se admite que os elementos factuais demonstrem que a sociedade leva a cabo uma qualquer atividade num outro Estado-Membro, impedindo a constatação de um expediente puramente artificial – *vd.*, neste sentido, LANG, *Prohibition of Abuse*, p. 445.

²⁵⁵ cf. § 68 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

²⁵⁶ O Acórdão parece, deste modo, ter aceite a relevância, para este tema, da realidade ou nível de implantação da filial no estado de acolhimento. Note-se, contudo, que outros fatores foram propostos e discutidos pelo Advogado-Geral, como por exemplo o carácter efetivo das prestações fornecidas pela filial (verificar a competência do pessoal da filial em relação às prestações fornecidas, bem como o nível de tomada de decisão na realização dessas prestações) ou o valor acrescentado gerado pela atividade da filial, critério este que permitiria ter em conta a situação em que as prestações fornecidas pela filial são desprovidas de todo e qualquer interesse económico relativamente à atividade desenvolvida pela sociedade mãe, e que admitiriam a identificação de um expediente puramente artificial, uma vez que o pagamento das prestações em questão pela sociedade mãe apareceriam desprovidas de qualquer contrapartida - *vd.* § 111 a 114 das Conclusões do Advogado-Geral Léger proferidas no Caso *Cadbury Schweppes*, pesquisável em www.curia.europa.eu.

²⁵⁷ *vd.* WEBER, *ET* (Part 1), p. 259.

²⁵⁸ Trata-se da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu de 10/12/2007 - *A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros*, doravante Comunicação de dezembro de 2007, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>

²⁵⁹ Pese embora salvaguardando a incerteza quanto ao papel desses critérios perante serviços financeiros intragrupo e SGPS, cujas atividades não exigem, em geral, uma presença física significativa - *cf.* p. 5 da Comunicação de dezembro de 2007.

Estados-Membros tenham, através de uma Resolução do Conselho da União Europeia²⁶⁰ (doravante Conselho da UE), acordado numa lista não exaustiva de indicadores que apontam para a possibilidade de terem sido artificialmente desviados lucros para uma CFC²⁶¹.

Contudo, o ponto mais inovador da decisão *Cadbury Schweppes* não residiu, ainda assim, na referência a expedientes puramente artificiais, mas sim na circunstância de se ter finalmente avançado com uma definição do que constitui um expediente puramente artificial²⁶², desenvolvendo este teste.

A relevância do que se entenda por expediente puramente artificial não fica, contudo, limitada à área de atuação do princípio geral de proibição do abuso de direito, tendo o TJUE já recorrido a este conceito, conforme ele foi aprimorado no Caso *Cadbury Schweppes*, igualmente perante a redação do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas²⁶³ que vigorou até fevereiro de 2015²⁶⁴, tendo o TJUE determinado, a esse propósito, que para que se considere que uma legislação nacional visa evitar fraudes e abusos, o seu objetivo específico deve ser o de impedir comportamentos que consistam em expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar

²⁶⁰ Trata-se da Resolução do Conselho de 8 de junho de 2010 sobre a coordenação das normas relativas às sociedades estrangeiras controladas (SEC) e à subcapitalização na União Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>.

²⁶¹ Como, por exemplo, a insuficiência de razões económicas ou comerciais válidas para a atribuição dos lucros, que não refletem, por conseguinte, a realidade económica; a constituição não corresponder fundamentalmente a um estabelecimento real destinado a exercer atividades económicas efetivas; a inexistência de correlação entre as atividades aparentemente exercidas pela CFC e o grau de existência física da mesma em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos; a sobrecapitalização da empresa não residente, cujo capital é claramente superior ao necessário para o exercício da atividade; o contribuinte ter efetuado operações desprovidas de realidade económica, cuja finalidade empresarial é reduzida ou nula, ou que podem ser contrárias aos interesses empresariais em geral, a menos que tenham sido efetuadas num intuito de evasão fiscal.

²⁶² *vd.* LANG, *Prohibition of Abuse*, pp. 435 a 436. Com efeito, o TJUE havia já afirmado, no Caso *ICI* (Acórdão do TJUE de 16/07/1998, proferido no processo C-264/96, pesquisável em www.curia.europa.eu), que uma medida nacional restritiva da liberdade de estabelecimento poderia apenas considerar-se justificada quando especificamente visasse prevenir os expedientes puramente artificiais – *vd.* DE LA FERIA, *CMLR*, pp. 427 e 428. Nos dizeres do § 26 do Acórdão *ICI*: “legislação em causa no processo principal não tem por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade era contornar a lei fiscal do Reino Unido (...)”.

²⁶³ Referimo-nos à Diretiva 2011/96/EU, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, a qual reformulou a Diretiva 90/435/CEE de 23 de julho de 1990.

²⁶⁴ Até à entrada em vigor da Diretiva 2015/121 do Conselho, a qual aditou ao n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas uma regra antiabuso e alterou a norma referida no corpo do texto, passando a mesma, como n.º 4, a dispor o seguinte: *A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.*

indevidamente de uma vantagem fiscal²⁶⁵, negando-se o TJUE a reconhecer que uma norma visa evitar abusos quando a mesma constitua uma presunção geral de fraude e de abuso, funcionando como um critério geral predeterminado que dispense as administrações de levar a cabo uma apreciação individual da totalidade da operação em causa²⁶⁶.

Parece-nos igualmente digno de nota a aparente relação de sinonímia que o TJUE permite que se estabeleça entre abuso e artificialidade^{267 268}, de tal modo que o conceito de abuso do Direito da UE que resulta desta decisão (o qual depende da verificação de um expediente puramente artificial) aparenta ser menos vasto que o conceito de abuso do Direito da UE aplicável em IVA (que apenas exige que a finalidade essencial das operações em causa seja a obtenção de uma vantagem fiscal)²⁶⁹, sendo que ambas as decisões, ainda que por caminhos diferentes, elegem como seu elemento axial a consideração que prestam à realidade económica da transação (ou à sua falta), de tal modo que ambas as decisões se preocupam em preservar essa mesma realidade económica²⁷⁰, ainda que o que resulta do Caso *Cadbury Schweppes* é que, na medida em que se surpreenda nas transações analisadas um substrato ou realidade económica, estaremos então perante uma efetiva integração ou interpenetração económica dos Estados-Membros - objetivo e finalidade das liberdades fundamentais - cuja presença deve ser

²⁶⁵ cf. § 30 do Acórdão do TJUE de 7/09/2017, proferido no processo C-06/16 (Caso *Eqiom e Enka*, pesquisável em www.curia.europa.eu)

²⁶⁶ cf. § 31 e 32 do Acórdão *Equiom e Enka*.

²⁶⁷ Na medida em que apenas os expedientes puramente artificiais podem ser entendidos como abusivos para efeitos do princípio de proibição de abuso do Direito da UE - *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 553. Noutras latitudes, nomeadamente na Austrália, em 1996, sugeria o respetivo Supremo Tribunal que decisões comerciais racionais não impediam que um contribuinte fosse considerado como tendo participado numa dada transação com o objetivo predominante de obter uma vantagem fiscal, uma vez que, como notou esse tribunal, uma dada estratégia pode simultaneamente ser uma decisão comercial racional e ser ditada por motivos fiscais, daí que esse Tribunal tenha recusado a dicotomia artificial/genuína, sugerindo que o importante será apurar qual seja o propósito predominante ou mais influente - *vd.* P. HARRIS, "Australia's General Anti-avoidance Rule: Part IV A Has Teeth But Are Some Missing?", *British Tax Review*, number 2, 1998, p. 133.

²⁶⁸ Outro ponto interessante, que a doutrina não deixou de salientar, é que esta decisão pareceu ter dado início a um processo de harmonização do conceito de abuso de direito, conceito este que começa a ser apto a proteger outros direitos para lá dos atribuídos exclusivamente pela ordem jurídica UE - *vd.* DE LA FERIA, *CMLR*, p. 430. Suspeitando que o caminho a seguir pelos Estados-Membros da UE pudesse vir a ser o de uma harmonização parcial de certos aspetos da tributação direta *vd.* WEBER, *Tax Avoidance*, pp. 262 a 264. Reconhecendo a harmonização como uma alternativa possível, pese embora criticável se apenas tendente à prevenção de abusos, à aplicação do princípio da proibição de abuso do Direito da UE pelos Estados-Membros, *vd.* SORENSEN, *CMLR*, p. 459.

²⁶⁹ *vd.*, neste sentido, DE LA FERIA, *CMLR*, pp. 428 e 429; WEBER, *ET* (Part 1), p. 256; e VANISTENDAEL, *Prohibition of Abuse*, p. 422.

²⁷⁰ É também essa a leitura de R. LYAL, "Cadbury Schweppes and Abuse: Comments", in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 431.

salvaguardada, independentemente da finalidade de obter uma vantagem fiscal ser ou não prevalente sobre a finalidade económica²⁷¹. Continua a verificar-se, deste modo, senão mesmo intensificou-se, uma outra relação de sinonímia em Direito da UE, nos termos da qual elisão fiscal corresponde a expediente puramente artificial cuja finalidade seja contornar a lei fiscal²⁷², notando-se que, tanto no campo do IVA como no da tributação direta, o TJUE aplica um único teste de abuso, o de verificar se estamos ou não perante um expediente puramente artificial destinado a contornar a legislação fiscal aplicável²⁷³, de tal modo que a existência de um expediente puramente artificial passa a ser a senha e contra senha da aplicação do princípio da proibição de abuso do Direito da UE, quando a mesma é uma consideração que deriva mais do cuidado que o TJUE investiu na salvaguarda, nos casos concretos, da efetividade da liberdade fundamental de estabelecimento, do que de uma tentativa de definir abuso.

4.1.6. Limites e consequências

4.1.6.1. Limites

O TJUE já teve a oportunidade de, neste âmbito, enunciar alguns dos limites que se impõem às legislações e práticas dos Estados-Membros que visem os mesmos fins que o princípio de proibição de abuso do Direito da UE.

Nomeadamente, o TJUE afirmou que uma legislação nacional que se baseie numa análise de elementos objetivos e verificáveis²⁷⁴ para determinar se uma transação é ou não um expediente puramente artificial, montado apenas com finalidades fiscais, não ultrapassará o que é necessário para evitar práticas abusivas quando, em cada um dos casos em que não possa ser desde logo excluída a existência de um expediente puramente artificial, seja dada a possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências

²⁷¹ *vd.* VANISTENDAEL, *ECTR*, 195.

²⁷² Sinonímia que foi introduzida pelo § 26 do Caso *ICI*, como nota PISTONE, *Prohibition of Abuse*, p. 386.

²⁷³ *vd.* LYAL, *Prohibition of Abuse*, p. 434.

²⁷⁴ Como, por exemplo, os elementos que decorram da aplicação de um critério de plena concorrência (*arm's length principle*), como referido no § 80 do Acórdão *Thin Cap Group Litigation* (Acórdão do TJUE de 13/03/2007, proferido no processo C-524-04, pesquisável em www.curia.europa.eu).

administrativas excessivas, de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por detrás da transação celebrada²⁷⁵.

Esta afirmação, a qual corresponde a determinar que o princípio de proibição de abuso do Direito da UE se encontra sujeito ao princípio da proporcionalidade, permite concluir que uma legislação antiabusiva não irá além do necessário para atingir o seu objetivo - opor-se a práticas abusivas - quando, após a apreciação dos elementos objetivos, se concluir que a transação em causa corresponde a um expediente puramente artificial que não tem verdadeiras motivações de ordem económica (e, por exemplo, a requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos prescrita pela norma se limita à fração desses juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros, ao invés dessa requalificação abranger todo o montante dos juros pagos)²⁷⁶. Deste modo, o TJUE reforçou a identificação entre uma situação abusiva e a existência de um expediente puramente artificial com meras finalidades fiscais, cuja determinação dependerá de uma análise caso a caso²⁷⁷ dos respetivos elementos objetivos²⁷⁸.

²⁷⁵ cf. § 82 do Acórdão *Thin Cap Group Litigation*. Note-se que o próprio TJUE também já afirmou que uma presunção geral de fraude ou de abuso não é suscetível de justificar uma medida fiscal que afete os objetivos de uma diretiva ou uma medida fiscal que prejudique o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (vd. § 45 do seu Acórdão *Comissão/Bélgica*, de 26/09/2000, proferido no processo C-478/98, e § 38 do Acórdão *SIAT*, de 5/07/2012, proferido no processo C-318/10, pesquisáveis em www.curia.europa.eu), ideia que o TJUE desenvolveu mais recentemente, ao afirmar que “para verificar se uma operação prossegue um objetivo de fraude e abuso, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, devendo proceder a uma apreciação individual da totalidade da operação em causa. A criação de uma medida fiscal de alcance geral que exclua automaticamente da vantagem fiscal certas categorias de contribuintes, não sendo a Administração Fiscal obrigada a fornecer nem mesmo uma prova perfunctória ou indícios de fraude ou de evasão, iria além do necessário para evitar fraudes e abusos” - § 32 do Acórdão *Eqiom e Enka* -, indo ao encontro do que se perspetivava já desde o Caso *Cadbury Schweppes*, de que mesmo as presunções inilidíveis incluídas em normas domésticas especiais antiabuso não seriam aceitáveis, uma vez que não satisfariam o teste de compatibilidade com o Direito da UE enunciado pelo TJUE - vd. DOURADO, *Prohibition of Abuse*, p. 482.

²⁷⁶ cf. § 83 do Acórdão *Thin Cap Group Litigation*. Para os casos em que seja determinada a indedutibilidade da fração dos juros excessivos pagos, que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros, cf. § 38 e 39 do Acórdão *Itelcar* (Acórdão do TJUE de 3/10/2013, proferido no processo C-282/12, pesquisável em www.curia.europa.eu).

²⁷⁷ vd. SORENSEN, *CMLR*, p. 453.

²⁷⁸ Com efeito, no Acórdão *Glaxo Wellcome* (Acórdão do TJUE de 17/09/2009, proferido no processo C-182/08, pesquisável em www.curia.europa.eu) o TJUE afirmou “quanto ao objetivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objetivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal, há que salientar (...) que, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, uma medida que prossegue esse objetivo deve permitir ao órgão jurisdicional nacional proceder a um exame casuístico que tome em consideração as particularidades de cada situação concreta, baseando-se em elementos objectivos, para ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas em causa.”.

Mas não só, pois que o TJUE sublinhou igualmente a necessidade das normas legais nacionais que encontrem a sua justificação no combate a situações abusivas, em concretização do princípio da proibição de abuso do Direito da UE, deverem consagrar a possibilidade do sujeito passivo apresentar, sem que seja sujeito a exigências administrativas excessivas, os elementos relativos às motivações comerciais subjacentes às transações em causa²⁷⁹ que possam eventualmente existir. Consagrada esta possibilidade de contraprova, há quem admita que o legislador nacional possa ainda assim recorrer a presunções ilidíveis de abuso, desde que estas se mantenham numa relação próxima com as situações de abuso, ou seja, não sejam essas presunções aplicáveis a um número considerável de situações não abusivas²⁸⁰. Com efeito, os autores referem-se, a respeito das exigências impostas a este propósito pelo princípio da proporcionalidade, da necessidade da concreta medida nacional ser suficientemente calibrada ao ponto de apenas atingir práticas abusivas, daqui retirando-se apenas uma proibição de presunções demasiado gerais ou com carácter inilidível²⁸¹.

É ainda possível assinalar alguns limites extrínsecos ao princípio de proibição de abuso do Direito da UE. Desde logo, a circunstância de este princípio não se destinar a proteger a ordem jurídica interna, pelo que, face a uma aplicação ou mobilização abusiva de normas domésticas, que não ponham em causa a efetividade do Direito da UE, este princípio não constitui uma resposta adequada, o que obriga os Estados-Membros a, nesses casos, terem que se confiar a outros instrumentos ou doutrinas jurídicas. Não é possível mobilizar este princípio para combater práticas abusivas que, pese embora possam constituir uma ameaça aos objetivos de normas domésticas, não representem qualquer perigo face aos objetivos da norma de Direito da UE, salvaguardando-se assim a distribuição de competências entre a UE e os Estados-Membros²⁸². O princípio da proibição do abuso do Direito da UE, conforme desenvolvido pelo TJUE, demonstra-se, a este respeito, ainda contido dentro dos limites que lhe serão impostos pela separação de poderes na UE e pelos valores que sustentam o Estado de Direito²⁸³.

²⁷⁹ cf. § 92 do Acórdão *Thin Cap Group Litigation*.

²⁸⁰ vd. SORENSEN, *CMLR*, p. 454.

²⁸¹ vd. K. LENAERTS, “The Concept of ‘Abuse of Law’ in the Case law of European Court of Justice on Direct Taxation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL)*, Vol. 22, n.º 3, 2015, p. 351.

²⁸² vd. LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 715.

²⁸³ vd. LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 712.

O princípio de proibição de abuso do Direito da UE dever-se-á ainda conter dentro dos limites que emanam de outras fontes, nomeadamente de outros princípios gerais de Direito da UE, ou mesmo de princípios de fonte constitucional dos Estados-Membros - como o princípio da legalidade, da certeza jurídica, da legítima expectativa ou, semelhantemente ao que já vimos ocorrer na esfera comunitária, do princípio da separação de poderes²⁸⁴.

É igualmente reconhecido que não haverá lugar à aplicação do princípio da proibição de abuso do Direito da UE quando estiver em vigor e for aplicável a uma dada situação um mecanismo mais específico de combate ao abuso²⁸⁵.

Convém igualmente recordar, a propósito de limites ao princípio da proibição de abuso do Direito da UE, e tal como o vem fazendo o TJUE, que a poupança fiscal que seja obtida pelos particulares decorrente do exercício das liberdades fundamentais, como a liberdade de estabelecimento ou a liberdade de circulação de capitais²⁸⁶, é protegida e tutelada pelo Direito da UE.

4.1.6.2. Consequências da violação do princípio

E que consequências há que retirar da constatação da ocorrência de uma prática abusiva a que se oponha o princípio de proibição de abuso do Direito da UE?

Têm sido várias as formulações gramaticais adotadas pelo TJUE a este respeito, ainda que a consequência principal seja reconduzível à seguinte ideia: a disposição jurídica em causa, nos casos em que se verifique o abuso, não pode ser considerada como efetivamente conferindo o direito que pareça acessível em virtude da sua aceção literal²⁸⁷.

²⁸⁴ *vd.* PETRIC, *Rule of Law*, ndr. 52 pp.191 e 192, e VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 544 a 549.

²⁸⁵ *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 545.

²⁸⁶ *cf.* § 71 do Acórdão *Barbier* (Acórdão TJUE de 11/12/2003, proferido no processo C-364/01, pesquisável em www.curia.europa.eu), no qual o TJUE afirma “um nacional comunitário não pode ser privado da possibilidade de invocar disposições do Tratado com fundamento em que beneficia de vantagens fiscais legalmente proporcionadas pelas normas em vigor num Estado-Membro diferente daquele em que reside.”. Recorde-se que é já ato claro do TJUE que o facto de um nacional de um Estado Membro se estabelecer noutro Estado Membro com o objetivo de beneficiar de um regime fiscal mais favorável não é comportamento suficiente, por si só, para que constitua um abuso dessa liberdade fundamental (*vd.* A. P. DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, p. 190). Dando nota da tutela que o Direito da UE confere nos termos referidos no corpo do texto relativamente a todas as liberdades fundamentais, incluindo aí expressamente a liberdade de circulação (de capitais), *vd.* LENAERTS, *MJECL*, pp. 329 a 330, 350.

²⁸⁷ *cf.* § 79 e 91 das Conclusões do Advogado-Geral no Caso *Halifax*.

Da consequência supra referida decorre o reconhecimento, pelo TJUE, de que os reembolsos ou as deduções que entretanto tenham sido conferidas, a título de vantagens abusivamente recebidas, devem ser restituídos, restituição essa que deve ocorrer nos termos dos mecanismos que para tal vigorem na ordem jurídica doméstica dos Estados-Membros²⁸⁸, impondo-se às autoridades nacionais a incumbência de redefinir as operações implicadas de forma a restabelecer a situação tal como ela existiria na ausência das operações constitutivas da prática abusiva²⁸⁹, ainda que, em qualquer caso, sem que se atinjam as vantagens que pudessem fluir para terceiros das transações reputadas como abusivas²⁹⁰. O TJUE nota também que a verificação da existência de uma prática abusiva nos termos do princípio da proibição de abuso do Direito da UE não deve conduzir a uma sanção, para a qual seria necessária uma base jurídica clara e inequívoca²⁹¹.

4.1.7. Desenvolvimentos relevantes mais recentes, os *Danish Cases*

Em duas suas recentes decisões de 26 de fevereiro de 2019, uma versando a interpretação do regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes implementado pela Diretiva Mães Filhas²⁹² e os artigos 49.º, 54.º e 63.º do TFUE²⁹³, e a outra versando sobre a interpretação da Diretiva Juros e Royalties²⁹⁴ e os artigos 49.º, 54.º e 63.º do TFUE²⁹⁵, o TJUE afirmou que o princípio geral de Direito da UE, segundo o qual os particulares não podem fraudulenta ou abusivamente invocar as normas do Direito da UE, deve ser interpretado no sentido de que o benefício da isenção da retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma filial à sua sociedade mãe, prevista no artigo 5.º da Diretiva Mães Filhas, conforme alterada pela

²⁸⁸ Devendo essa restituição acompanhar o âmbito das transações que tenham sido consideradas abusivas, no caso de estarmos perante uma situação em que apenas algumas das transações ou factos são reputados abusivos - *vd.*, quanto a este ponto, VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 542.

²⁸⁹ *cf.* § 98 do Acórdão Halifax.

²⁹⁰ *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 542 a 543.

²⁹¹ *cf.* § 93 do Acórdão Halifax. Esta passagem é interpretada como correspondendo à afirmação de que se as autoridades nacionais quiserem recuperar mais do que o imposto em falta tal só poderá ser feito mediante o recurso a uma base legal nacional expressa - *vd.* LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 718.

²⁹² Nomeadamente da isenção dos lucros distribuídos por sociedades de um Estado-Membro a sociedades de outros Estados-Membros nos termos desse regime.

²⁹³ Trata-se do Acórdão do TJUE de 26/02/2019, proferido nos processos C-116/16 e C-117/16, doravante Caso *T Danmark*, pesquisável em www.curia.europa.eu

²⁹⁴ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

²⁹⁵ Trata-se do Acórdão TJUE, de 26/02/2019, proferido nos processos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, doravante Caso *N Luxembourg 1*, pesquisável em www.curia.europa.eu), o qual, quando referido conjuntamente com o Caso *T Danmark*, são referidos como *Danish Cases*.

Diretiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, deve, perante uma prática fraudulenta ou abusiva, ser recusado a um contribuinte pelas autoridades e pelos órgãos jurisdicionais nacionais, mesmo que não existam disposições do direito nacional ou convencional que prevejam essa recusa, o mesmo devendo suceder em relação à isenção sobre os juros ou royalties prevista no artigo 1.º da Diretiva Juros e Royalties²⁹⁶.

O TJUE reafirma o princípio de proibição de abuso do Direito da UE, do qual decorre, segundo o TJUE, que um Estado-Membro deve recusar o benefício das disposições do Direito da UE quando estas são invocadas não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do Direito da UE e as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas²⁹⁷, e afirma que a inexistência de disposições antiabuso nacionais (ou convencionais) não tem qualquer impacto sobre a obrigação que recai sobre as autoridades nacionais de recusar o benefício de um direito previsto na Diretiva Mães Filhas ou na Diretiva Juros e Royalties que seja invocado de maneira fraudulenta ou abusiva²⁹⁸.

4.1.7.1. Os *Danish Cases* e a doutrina *Kofoed*

Da decisão que coube ao Caso *Kofoed* - na qual o TJUE aceitou que um Estado-Membro pudesse, por via de uma interpretação do direito nacional conforme com o Direito da UE, combater o abuso²⁹⁹ - decorria que o TJUE aceitava a aptidão do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE para suportar atos concretos dos Estados-Membros, ainda que esses atos fossem tomados por um Estado-Membro em que não se encontrasse disponível uma norma ou um conceito de abuso semelhante³⁰⁰, isto apesar de se afirmar igualmente nesse Acórdão que o princípio da segurança jurídica obstava a que as diretivas pudessem, por si só, criar obrigações para os particulares³⁰¹.

²⁹⁶ cf. 2) do dispositivo dos Acórdãos *T Danmark* e *N Luxembourg 1*.

²⁹⁷ cf. §§ 70 a 72 do Acórdão *T Danmark*.

²⁹⁸ cf. § 83 do Acórdão *T Danmark* e segundo parágrafo do § 122 do Acórdão *N Luxembourg 1*.

²⁹⁹ cf. §§ 40 a 46 do Acórdão *Kofoed*.

³⁰⁰ *vd.* WEBER, *Prohibition of Abuse*, p. 399. A partir do momento que aceitamos estar perante um princípio geral de direito, um resultado como o constatado no Caso *Kofoed* dificilmente pode constituir uma surpresa, pois é o próprio TJUE que vem sustentando que os Estados-Membros, através da sua administração pública e dos seus Tribunais, devem respeitar os princípios gerais na aplicação do Direito Comunitário na respetiva ordem jurídica interna, dentro do dever geral que lhes incumbe de aplicarem o Direito da UE – *vd.* DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 352 e 353.

³⁰¹ cf. § 42 do Acórdão *Kofoed*.

Nos *Danish Cases*, é patente que o TJUE se inclinou para o reconhecimento da autonomia do princípio da proibição de abuso do Direito da UE³⁰², enquanto princípio geral, face às restantes normas antiabuso, reconhecendo-lhe suficiente densidade para sobre ele repousar a ação de um Estado-Membro que, no exercício da sua função administrativa ou da sua função jurisdicional, recuse um benefício outorgado por uma disposição de Direito da UE quando em causa esteja uma prática abusiva (note-se que subjacente aos *Danish Cases* estava a circunstância de não vigorar então na Dinamarca qualquer norma antiabuso doméstica capaz de, nomeadamente, preencher a previsão contida no n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º da Diretiva Juros e Royalties, sendo que o próprio TJUE afirma que estas disposições das Diretivas não podem ser interpretadas no sentido de que excluem a aplicação do princípio geral do direito da União de proibição das práticas abusivas³⁰³).

Mas onde os *Danish Cases* vão mais longe, ultrapassando decisões anteriores do TJUE, é ao afirmar que, nos termos do princípio geral de proibição do abuso, é obrigação dos Estados-Membros recusar os benefícios previstos no Direito da UE, mesmo que não vigorem disposições antiabuso nacionais ou convencionais aplicáveis ao caso, e ainda que estejamos numa área ou matéria abrangida por uma Diretiva em que expressamente se prevê uma regra que permita aos Estados-Membros combater o abuso, e o Estado-Membro em causa não tenha, ainda assim, procedido à transposição ou implementação dessa regra.

Até estas decisões, uma circunstância como a que acabamos de referir apontaria, segundo a doutrina emanada pelo próprio TJUE, não só para a inexistência de uma tal obrigação, como mesmo para a sua inadmissibilidade³⁰⁴, por respeito ao princípio da segurança jurídica, princípio este que exigiria, para que o combate ao abuso numa matéria harmonizada fosse legítimo, que tivesse ocorrido a implementação/transposição de uma norma antiabuso na ordem jurídica doméstica³⁰⁵, na medida em que o recurso imediato

³⁰² Reconhecendo que nestas decisões o TJUE se confiou diretamente no princípio de proibição de abuso do Direito da UE *vd.* P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, “Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)”, *European Taxation (ET)*, September, 2019, p. 412.

³⁰³ *cf.* § 77 do Caso *T Danmark* e § 104 e 111 do Caso *N Luxembourg I*.

³⁰⁴ *cf.* §§ 40 a 47 do Acórdão *Kofoed*.

³⁰⁵ *vd.*, neste sentido, WEBER, *ET* (Part 1), p. 263, com fundamento nos §§ 40 a 46 do Acórdão *Kofoed*. Note-se que a posição contrária a esta - segundo a qual a proibição de abuso do Direito da UE constante de diretivas não deveria depender da transposição para o direito nacional, atenta a supremacia do

ao princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, devido ao maior grau de indeterminação inerente a este princípio geral, prejudicaria a harmonização pretendida³⁰⁶ e fragilizaria a posição ou confiança legalmente tutelada do particular, julgando-se, em geral, que uma situação como a descrita - em que um Estado-Membro manifestamente não transpôs uma norma tal como lhe permitia a Diretiva - constituiria uma situação abrangida pelo princípio de *estoppel*, o qual impede os Estados de invocarem, nas suas relações com particulares, normas de diretivas ainda não transpostas - o que o TJUE vem denominando como proibição do efeito direto inverso³⁰⁷ -, sob pena de se violar o princípio da certeza jurídica³⁰⁸.

Contudo, o TJUE assume agora uma perspetiva distinta, afastando-se do que a este propósito havia dito no Caso *Kofoed*, ao constatar que os factos constitutivos de fraude ou de abuso não podem fundamentar um direito previsto pela ordem jurídica da UE, e argumentando que a recusa de uma vantagem com base numa diretiva não equivale a impor uma obrigação ao particular afetado por força dessa diretiva, mas sim à mera constatação de que os requisitos objetivos para a obtenção da vantagem pretendida, estabelecidos pela referida diretiva, estão apenas formalmente preenchidos, e que, nessas circunstâncias, os Estados-Membros devem, portanto, recusar a vantagem resultante da Diretiva em conformidade com o princípio geral de proibição de práticas abusivas, segundo o qual o Direito da UE não pode cobrir as práticas abusivas de operadores económicos³⁰⁹.

Estas decisões são efetivamente distintas da que encontramos no Caso *Kofoed*, na medida em que agora o TJUE determina a mobilização direta do princípio de proibição do abuso do Direito da UE sem que sequer exija a intermediação de uma disposição ou princípio em vigor na ordem jurídica doméstica do Estado-Membro, indo esta decisão, a este respeito, em sentido claramente contrário ao da doutrina firmada no Caso *Kofoed*³¹⁰

Direito da UE sobre o direito doméstico ordinário - era já perspetivada, nomeadamente por PISTONE, *Prohibition of Abuse*, 2011, pp. 390 e 391.

³⁰⁶ *vd.* VOGENAUER, *Prohibition of Abuse*, p. 551.

³⁰⁷ *vd.* DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, pp. 433.

³⁰⁸ *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 272.

³⁰⁹ *cf.* §§ 89 e 90 do Caso *T Danmark* e §§ 119 e 120 do Caso *N Luxembourg I*.

³¹⁰ Defendendo que estamos, devido aos efeitos práticos da decisão que coube ao Caso *N Luxembourg I*, e apesar de todas as cautelas que o TJUE aí assumiu, perante um efetivo expurgo do Direito da UE da doutrina firmada no Caso *Kofoed*, *vd.* LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 721. Também neste sentido, ainda que notando a circunstância de para o efeito o TJUE ter recorrido a jurisprudência relativa a casos em matéria de IVA, para mais, em que se discutia a ocorrência de fraudes fiscais e não de elisão fiscal, *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, pp. 273 a 275. Parece-nos especialmente revelador do sentido e assertividade

³¹¹, pois aí o TJUE ainda indicava que seria necessário apurar, na ordem jurídica doméstica, um contexto jurídico geral que permitisse suportar a transposição da Diretiva quanto à regra antiabuso, aceitando apenas que a transposição dessa regra não dependeria de uma reprodução legislativa formal³¹².

Caso o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE se assuma doravante como uma obrigação autónoma, suscitar-se-á depois, estamos em crer, saber qual seja a relevância das cláusulas antiabuso previstas na Diretiva Mães Filhas, na Diretiva Fusões e na ATAD³¹³, bem como qual seja a relevância das reservas de competência a favor dos Estados-Membros relativamente à decisão de combater ou não o abuso de direito que tanto a Diretiva Fusões como a Diretiva Juros e Royalties ainda vão consagrando³¹⁴.³¹⁵

desta decisão do TJUE a circunstância das conclusões apresentadas pela Advogada-Geral Kokott em ambos os *Danish Cases* não apontar no sentido que foi abraçado pelas decisões, pois que se opõem expressamente quer à aplicação direta das normas antiabuso das diretivas quer à legitimidade da invocação de um princípio geral de proibição, seja de modo a salvaguardar a segurança jurídica ou a preservar o objetivo de harmonização das diretivas - *cf.* §§ 99 e 100 das Conclusões da Advogada-Geral Kokott proferidas no Caso *T Danmark* e §§ 103 e 104 das Conclusões da Advogada-Geral Kokott proferidas no Caso *N Luxembourg I*, pesquisáveis em www.curia.europa.eu

³¹¹ Na área do IVA/VAT, já o TJUE havia discutido e afirmado algo de semelhante quanto a práticas abusivas, nomeadamente concluindo, no seu Acórdão de 22/11/2017, proferido no processo C-251/16 (Caso *Cussens*, pesquisável em www.curia.europa.eu), que “1- O princípio da proibição de práticas abusivas deve ser interpretado no sentido de que pode ser diretamente aplicado, independentemente de uma medida nacional que lhe dê aplicação na ordem jurídica interna, para recusar a isenção do imposto sobre o valor acrescentado na venda de bens imóveis, como as que estão em causa no processo principal, realizadas antes de ter sido proferido o acórdão de 21 de fevereiro de 2006, Halifax (C-255/02, EU:C:2006:121), sem que a tal se oponham os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.”

³¹² *cf.* § 44 do Caso *Kofoed*.

³¹³ Neste sentido também *vd.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *ET*, p. 419; e DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 276.

³¹⁴ Com o aditamento da cláusula antiabuso ao artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas, promovido pela Diretiva 2015/121 do Conselho de 27 de janeiro de 2015, é já duvidoso que tal reserva de competência a favor dos Estados-Membros se mantenha plenamente em vigor, pese embora o n.º 4 desse artigo assumia a ideia que se retirava, na anterior redação, do n.º 2 do artigo 1.º.

³¹⁵ Fica, contudo, em aberto a questão de se saber como as ordens constitucionais dos Estados-Membros reagirão a esta posição do TJUE, nomeadamente quanto à dispensa por este de qualquer intermediação de disposições ou princípios gerais nacionais entre a obrigação decorrente do princípio de proibição de abuso do Direito da UE e outras exigências ou garantias de ordem constitucional que se possam fazer sentir, desde logo, em matéria tributária, o princípio da legalidade estrita (*nullum tributum sine lege*). Notando este e outros problemas, bem como salientando que, até hoje, apenas em duas circunstâncias foi doutrinariamente aceite que a efetividade do Direito da UE suplantasse a segurança jurídica, aceitando-se que o TJUE e os Tribunais nacionais possam, nesses casos, recusar a um indivíduo a proteção ou direitos que lhe sejam conferidos pela legislação doméstica: quando haja um incumprimento do Estado-Membro em sede de transposição de uma diretiva e um particular oportunisticamente recorra à norma que corporiza tal incumprimento, ou quando tal ajude o Direito da UE a atingir uma maior justiça social. – *vd.* LECZYKIEWICZ, *CMLR*, pp. 724 e 725.

4.1.7.2. Combater o abuso do Direito da UE, uma opção ou um dever?

Parece-nos evidente que o TJUE aproveitou os *Danish Cases* para esclarecer que retira do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE não já apenas um direito, uma permissão ou opção concedida aos Estados-Membros para combaterem o abuso³¹⁶, mas antes uma obrigação, a qual recai sobre os Estados-Membros, nos termos da qual lhes incumbe recusar o benefício das disposições do Direito da UE quando estas sejam invocadas não para realizar os objetivos dessas disposições mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do Direito da UE e as condições para beneficiar dessa vantagem estejam apenas formalmente preenchidas^{317 318}.

Observa-se, sobretudo, como que um resgate do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE do entendimento com que vinha sendo aplicado no âmbito da tributação direta - em que este princípio geral se encaminhava para assumir a função de uma mera exceção ou justificação de medidas domésticas discriminatórias desde que estas visassem expedientes puramente artificiais³¹⁹ -, ao reconhecer-se expressamente que esse princípio é fonte de uma obrigação, incidente sobre os Estados-Membros, de recusar benefícios

³¹⁶ *vd.* WEBER, *ET* (Part 1), p. 251.

³¹⁷ Num sentido semelhante ao que é por nós apreendido junto das decisões em análise, *vd.* A. C. MARTINS, *A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-abuso em Sede de IVA*, Cadernos IDEFF, n.º 7, Almedina, 2006, pp. 117 a 118, que já afirmava que este princípio, enquanto princípio geral de Direito comunitário, é imperativo para os Estados-Membros, que, em sua observância, ficam vinculados a reagir perante condutas, negociais ou outras, de contorno das normas comunitárias ou de fonte comunitária, para negar a possibilidade de invocação de normas comunitárias. A obrigatoriedade, para os Estados-Membros, de com base neste princípio combaterem o abuso de Direito da UE era já aceite igualmente por SORENSEN, *CMLR*, p. 440, e por Dennis Weber, este último autor, apenas na condição de o abuso ocorrer nas áreas em que, por unificação ou harmonização, os Estados-Membros tivessem colocado as suas jurisdições ao serviço da UE quanto a esse combate (como, por exemplo, sucede quanto a recursos próprios da UE, mas que de todo não se observa em matéria de tributação direta) – *vd.* WEBER, *Prohibition of Abuse*, pp. 399 e 340. Este autor defende igualmente que a possibilidade de um Estado-Membro invocar, na falta de uma disposição antiabuso doméstica, o princípio da proibição de abuso do Direito da UE, apenas existe quando perante o abuso de Direito da UE secundário ou derivado, mas não perante o Direito da UE primário - *vd.* WEBER, *ET* (Part 2), p. 327 -, asserção que os *Danish Cases* acabam por validar parcialmente, pois que apenas versam sobre a aplicação do princípio em caso de abuso do direito derivado.

³¹⁸ Não podemos deixar de notar que já perante a decisão do Caso *Cussens* era indicado, como caminho que estaria a ser trilhado pelo TJUE, o seguinte: as autoridades nacionais não podem mais negar-se a encontrar o abuso quando o objetivo essencial de uma transação for a obtenção de uma vantagem fiscal, bem como não podem mais recusar-se a rever, desconsiderar ou redefinir esquemas abusivos, pelo que o TJUE lhes atribuiu não só um novo poder como um novo dever. – *vd.* LECZYKIEWICZ, *CMLR*, p. 728.

³¹⁹ Traduzindo-se na aceitação de medidas nacionais restritivas de uma liberdade fundamental desde que justificáveis, ou seja, desde que visassem essencialmente expedientes puramente artificiais dirigidos a contornar a aplicação de legislação do Estado-Membro em causa - *vd.* LENAERTS, *MJECL*, p. 330.

outorgados pelo Direito da UE quando os operadores económicos tenham, para esse efeito, recorrido a expedientes puramente artificiais³²⁰.

Reconhece-se, portanto, a autonomia da proibição de abuso do Direito da UE, sob a forma de princípio geral, face às restantes normas antiabuso, reconhecendo o TJUE densidade suficiente a este princípio geral para que sobre ele um Estado-Membro, no exercício da sua função jurisdicional ou da sua função administrativa³²¹, fundamente a recusa de um benefício outorgado por uma disposição de Direito UE quando em causa esteja uma prática abusiva.

Note-se que esta autonomia do princípio geral de proibição do abuso do Direito da UE era já, em geral, aceite e professada doutrinariamente³²², o que nos parece relevante na medida em que o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE terá necessariamente que se revelar autónomo das normas nacionais antiabuso em matéria tributária, pois que de contrário não poderia este princípio desempenhar a sua função integradora e paramétrica de outras normas. A constatação desta autonomia permite, por outra banda, que se re questione se as normas domésticas antiabuso ou as equivalentes teses jurisprudenciais não passam, por conseguinte, para um estado de redundância face ao princípio geral de proibição do abuso, tal como já antevia Pasquale Pistone que se pudesse vir a passar³²³.

Curiosamente, o que não escapa a alguns autores, estas decisões reconhecem a relevância do princípio da proibição de abuso do Direito da UE ao nível do próprio âmbito da norma (de Direito da UE) que preveja o direito ou benefício, e não enquanto uma justificação para uma medida doméstica restritiva³²⁴, o que, não podemos nós deixar de notar, nos devolve às consequências que decorreriam de se tomar posição pelo lado que

³²⁰ Note-se que não há nenhuma razão fundamental para que um princípio geral de Direito da UE como o princípio geral de proibição do abuso não se aplique também aos Estados-Membros e às instituições submetidas ao TFUE tal como se aplica aos operadores económicos, como nota T. LYONS, “State Aid, Taxation and Abuse of Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA E S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011, p. 498.

³²¹ Conforme decorre do Acórdão, esta obrigação decorrerá de um princípio geral de Direito da UE e não de uma norma legal doméstica ou de Direito da UE, o que suscita alguma perplexidade quanto à sua aplicação por banda de administrações nacionais sujeitas, em regra, ao princípio da legalidade, conforme notam L. C. VAN HULTEN e J. J. A. M. KORVING, “SVIG OG MISBRUG: The Danish Anti-Abuse Cases”, *Intertax*, Vol. 47, n.ºs 8 e 9, 2019, p. 799.

³²² *vd.* SORENSEN, *CMLR*, p. 439, e WEBER, *ET* (Part 1), p. 263.

³²³ *vd.* PISTONE, *Prohibition of Abuse*, p. 392.

³²⁴ *vd.* VAN HULTEN e KORVING, *Intertax*, p. 795. Salientando, perante o Acórdão *Cadbury Schweppes*, que era precisamente outra a conclusão que se impunha retirar dessa decisão do TJUE, *vd.* LANG, *Prohibition of Abuse*, p. 451.

perdeu a disputa que, com alguma desenvoltura, decorreu até à prolação da decisão no Caso *Cadbury Schweppes*, a respeito de se saber se era este um princípio geral, com o conteúdo que nessa decisão acabou por ser enunciado, ou se era antes um princípio interpretativo das normas de Direito da UE.

Estas decisões acabam por sinalizar perante os Estados-Membros, bem como perante as instituições com a incumbência de zelar pelo cumprimento do Direito da UE, que há espaço para equacionar se os Estados-Membros não se poderão futuramente ver a braços com ações de incumprimento do Direito da UE por não terem, ao abrigo do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, recusado o benefício de disposições do Direito da UE em casos em que essas disposições tenham sido invocadas, não para realizar os objetivos dessa norma mas com o objetivo de beneficiar da vantagem nela prevista, e as condições para beneficiar dessa vantagem apenas tenham sido formalmente preenchidas, podendo o alegado incumprimento dos Estados-Membros observar-se tanto no exercício da sua função administrativa como no exercício da sua função judicial, antevendo-se que semelhante obrigação se possa encontrar ancorada no princípio da cooperação leal nas relações entre a Comunidade e os seus Estados-Membros^{325 326}.

Paralelamente, observa-se que quem suporta as consequências jurídicas da aplicação do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE são os particulares, não deixando o TJUE de afirmar, precisamente, que o respeito por este princípio geral de direito se lhes impõe³²⁷. Contudo, dos *Danish Cases* resulta que o TJUE entende que do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE decorre uma condição implícita ou não escrita, segundo a qual um contribuinte apenas pode beneficiar de uma vantagem decorrente de uma diretiva quando essa vantagem não for obtida de um modo abusivo, pelo que, caso uma conduta se revele abusiva, a negação dessa vantagem, entende o TJUE, não corresponderá à imposição, pelo Estado-Membro, de uma obrigação sobre o contribuinte, sendo antes a consequência desse contribuinte não ter cumprido, afinal, com todas as condições que lhe eram exigidas para que pudesse legitimamente aproveitar de

³²⁵ Princípio este que se encontra expressamente previsto no n.º 3 do artigo 4.º do TUE, segundo o qual os Estados-Membros se encontram obrigados a tomar todas as medidas adequadas a garantir o alcance e a eficácia do Direito da União, igualmente impondo às instituições deveres recíprocos de cooperação leal entre si e nas suas relações com os Estados-Membros. – *vd.* MOTA DE CAMPOS e MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu*, p. 276 a 277.

³²⁶ *vd.* também DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 276.

³²⁷ *cf.* § 97 do Caso *N Luxembourg I*.

tal vantagem³²⁸. Certo que os efeitos ou consequências jurídicas da violação do princípio geral incidem sobre os sujeitos passivos do imposto/particulares, mas esses efeitos não parecem ser encarados pelo TJUE como uma medida de reparação da violação do princípio geral de Direito da UE, mas antes como a consequência de não se verificarem todos os pressupostos enunciados por uma norma de Direito da UE, solução essa que não segue de todo a ortodoxia quanto às consequências jurídicas que decorrem da violação de princípios fundamentais de Direito da UE, a qual se baseia numa conceção reparatória³²⁹.

4.1.7.3. Desenvolvimentos observados quanto ao *abuse test*

Quanto à definição de abuso relevante para efeitos da aplicação do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, não se observa que o TJUE se afaste, nos *Danish Cases*, do duplo teste que vinha enunciando a esse propósito³³⁰, ainda que haja quem note que o TJUE se parece aproximar da definição de abuso que consta da GAAR prevista no artigo 6.º da ATAD, preconizando que o TJUE se poderá estar a dirigir no sentido da harmonização de todas as regras e princípios de combate ao abuso que vigoram no âmbito do Direito da UE, ao seguir de perto o que consta naquela cláusula geral antiabuso^{331 332}, quando afirma que um grupo de sociedades que não seja constituído por razões que reflitam a realidade económica, que tenha uma estrutura puramente formal e que tenha como principal objetivo, ou como um dos seus principais objetivos, a obtenção de uma vantagem fiscal, que contrarie o objeto ou a finalidade do Direito Fiscal aplicável, pode ser considerado uma montagem artificial, nessa medida constituindo abuso³³³.

O TJUE identificou que será esse o caso - ou seja, que estamos perante um abuso das vantagens previstas na Diretiva Mães Filhas ou na Diretiva Juros e Royalties -, quando,

³²⁸ cf. § 91 do Caso *T Danmark* e § 119 do Caso *N Luxembourg I*. Em sentido semelhante *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, pp. 276.

³²⁹ *vd.* TRIDIMAS, *The General Principles*, pp. 22 e 23

³³⁰ Antes pelo contrário, claramente reafirmando-o - *cf.* §§ 97 e 98 do Caso *T Danmark* e §§ 124 e 125 do Caso *N Luxembourg I*.

³³¹ Apontando claramente neste sentido *vd.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *ET*, pp. 413 e 416. Este mesmo autor ensaia aí uma justificação para esta posição do TJUE, atribuindo-a a uma tendência deste Tribunal para equilibrar as suas primeiras decisões na área do Direito Tributário, onde a abordagem prevalecte foi a defesa do mercado interno e das liberdades fundamentais em detrimento da prevenção da elisão fiscal e da garantia da cobrança das receitas fiscais pelos Estados-Membros, e a um eco dos movimentos globais contra a elisão fiscal ou contra o planeamento fiscal agressivo, os quais encorajaram o TJUE a adotar estas novas posições.

³³² Note-se, a título de curiosidade, que já em finais de 2007 a Comissão Europeia considerava ser aconselhável desenvolver definições comuns de ‘abuso’ e de ‘expedientes puramente artificiais’, de modo a orientar a aplicação desses conceitos no domínio dos impostos diretos - *vd.* Comunicação de dezembro de 2007, p. 10.

³³³ *cf.* § 100 do Caso *T Danmark* e § 127 do Caso *N Luxembourg I*.

através de uma entidade interposta inserida entre a sociedade que paga os dividendos/juros e a entidade que é a beneficiária efetiva destes, se evita o pagamento do imposto sobre os dividendos/juros³³⁴. Ou seja, para o TJUE, as sociedades interpostas são dotadas de artificialidade desde que permitam isentar do imposto devido na fonte os dividendos e os juros de que seja beneficiário efetivo uma terceira pessoa, a qual de outra forma não poderia usufruir das vantagens das Diretivas em causa (como será o caso, por exemplo, de residentes em países terceiros, de entidades residentes na UE não constituídas sob uma das formas referidas no anexo dessas diretivas, de entidades não sujeitas [ou deles isentas] aos impostos enumerados no anexo dessas diretivas, e de pessoas singulares).

O TJUE elencou ainda algumas situações que, no seu entender, constituem indícios da artificialidade da sociedade interposta (ou *conduit company*), afirmando que constitui um indício da existência de uma montagem destinada a beneficiar indevidamente da isenção prevista no n.º 1 do artigo 1.º da Diretiva Juros e Royalties e no artigo 5.º da Diretiva Mães Filhas, o facto de os referidos juros ou dividendos serem transferidos, na totalidade ou quase na totalidade, e num prazo muito curto após serem recebidos, pela sociedade que os recebeu, para entidades que não preenchem os requisitos de aplicação dessas Diretivas, seja porque essas entidades não estão estabelecidas em nenhum Estado-Membro, ou porque não foram constituídas sob uma das formas referidas nessas diretivas, ou porque não são sujeitos passivos de um dos impostos enumerados nessas diretivas (ou, sendo sujeitos, são isentos desses impostos, no caso de juros), ou ainda porque não têm a qualidade de sociedade associada ou de sociedade mãe nos termos dessas diretivas³³⁵. A aferição de que estamos perante um destes indícios implica que se tenham em conta os montantes de rendimento transferidos e as diferenças temporais entre a receção dos rendimentos e a transferência dos mesmos por parte da entidade interposta³³⁶.

Constitui indício de artificialidade igualmente, segundo o TJUE, a circunstância de o grupo de sociedades em causa estar estruturado de tal forma que a própria sociedade que recebe os dividendos ou os juros pagos pela sociedade devedora deve transferir esses dividendos ou esses juros para uma terceira sociedade que não preenche os requisitos de

³³⁴ cf. § 100 do Caso *T Danmark* e § 127 do Caso *N Luxembourg 1*.

³³⁵ cf. § 101 do Caso *T Danmark* e § 128 do Caso *N Luxembourg 1*.

³³⁶ vd. DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 283.

aplicação da Diretiva, observando-se que a sociedade que transfere esses rendimentos apenas realiza um lucro tributável insignificante quando atua na qualidade de sociedade interposta, de modo a permitir o fluxo financeiro da sociedade devedora para a entidade que é o beneficiário efetivo dos montantes pagos³³⁷.

Segundo o TJUE, constitui ainda indício de artificialidade, no sentido de que uma sociedade é uma mera sociedade interposta, a demonstração de que a sociedade tem como únicas atividades a cobrança dos dividendos ou dos juros e a sua transmissão ao beneficiário efetivo³³⁸ ou a outras sociedades interpostas. A este respeito, a inexistência de atividade económica efetiva deve, à luz das especificidades que caracterizam a atividade económica em questão, ser deduzida da análise do conjunto dos elementos pertinentes relativos, nomeadamente, à gestão da sociedade, ao seu balanço contabilístico, à estrutura dos seus custos e às despesas realmente efetuadas, ao pessoal que emprega, bem como às instalações e ao equipamento de que dispõe³³⁹.

Por último, o TJUE afirma que podem igualmente constituir indício de artificialidade os diferentes contratos existentes entre as sociedades envolvidas nas operações financeiras que dão origem a fluxos financeiros intragrupo, as modalidades de financiamento das operações, a avaliação dos fundos próprios das sociedades intermediárias, bem como o facto de a sociedade interposta não ter poderes para dispor economicamente dos dividendos recebidos, sendo, a este respeito, suscetíveis de constituir tais indícios, não só a existência de uma obrigação contratual ou legal, da sociedade mãe ou da sociedade associada que recebe os dividendos ou os lucros, de os

³³⁷ *cf.* § 103 do Caso *T Danmark* e § 130 do Caso *N Luxembourg I*. Notando que através da afirmação deste indício - o qual se relaciona com margens de rentabilidade - o TJUE introduz na noção de abuso, ainda que implicitamente, a noção de risco empresarial, *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 283.

³³⁸ Em matéria do ónus da prova, o TJUE afirma que as autoridades fiscais não se encontram obrigadas a identificar o beneficiário efetivo (e em que montante o seja) dos juros ou dos dividendos, por ser muito complexo e de prova impossível para a autoridade do Estado da fonte dada a complexidade das transações, especialmente quando o beneficiário efetivo resida num Estado terceiro, concluindo o TJUE que, para este efeito, bastará que as autoridades fiscais do Estado da fonte estabeleçam que a sociedade intermediária é uma sociedade interposta abusivamente. *cf.* §§ 117 a 120 do Caso *T Danmark* e §§ 142 a 145 do Caso *N Luxembourg I*.

³³⁹ *cf.* § 104 do Caso *T Danmark* e § 131 do Caso *N Luxembourg I*. Com base neste trecho das decisões, há quem impute ao TJUE a sugestão de que o que importa é surpreender a ausência de atividade económica ou de substância da sociedade interposta, sendo que este facto pode ser estabelecido com base em várias circunstâncias factuais, como por exemplo um capital próprio diminuto ou um elevado montante de dívida entre sociedades relacionadas, gastos reduzidos com a remuneração de administradores ou pessoal, a manutenção da sede na mesma morada que a de uma sociedade dedicada à gestão de outras sociedades, não tendo a sociedade interposta qualquer pessoal e recorrendo aos serviços de gestão prestados por aquela sociedade (nomeadamente para o preenchimento do seu conselho de administração), etc. - *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, p. 284.

transferir para um terceiro, mas também o facto de esta sociedade, sem estar vinculada por tal obrigação contratual ou legal, não dispor do direito de utilizar e de fruir desses dividendos³⁴⁰. Os indícios acabados de referir podem ser confirmados, segundo o TJUE, por coincidências ou proximidades temporais entre, por um lado, a entrada em vigor de novas legislações fiscais importantes, e, por outro, a organização de operações financeiras complexas e a concessão de empréstimos no âmbito de um mesmo grupo³⁴¹.

O TJUE nem firmou um limiar nem afirmou o carácter cumulativo dos indícios que precisam de se verificar para que se possa concluir pela artificialidade de uma dada situação, afirmando tão só que o facto de estar reunido um certo número de indícios pode demonstrar a existência de um abuso de direito, desde que esses indícios sejam objetivos e concordantes³⁴². Podem constituir tais indícios, nomeadamente, a existência de sociedades interpostas sem justificação económica, bem como o carácter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades, da montagem financeira e dos empréstimos, sendo que a circunstância de o Estado-Membro de onde provêm os juros ter celebrado uma convenção com o Estado terceiro no qual é residente a sociedade que é o beneficiário efetivo desses juros não é pertinente para a eventual constatação de um abuso de direito.

³⁴⁰ *cf.* § 105 do Caso *T Danmark* e § 132 do Caso *N Luxembourg I*.

³⁴¹ *cf.* § 106 do Caso *T Danmark* e § 133 do Caso *N Luxembourg I*.

³⁴² *cf.* § 106 do Caso *T Danmark* e § 139 do Caso *N Luxembourg I*.

5. CAPÍTULO 5 - (e depois a norma), a *General Anti-Abuse Rule* prevista na ATAD

5.1 Introdução

Fomos assistindo, ao longo do tempo e no seio do Direito da UE, à emissão de recomendações e a tentativas, nem sempre bem-sucedidas, de instituir cláusulas gerais antiabuso. Visitaremos, ainda que abreviadamente, alguns marcos desse percurso, começando pela Diretiva Fusões³⁴³, passando pela Diretiva Mães Filhas e acabando na ATAD (todas elas diretivas em matéria de tributação direta que preveem cláusulas gerais antiabuso), passando por algumas propostas legislativas de cláusula geral antiabuso que não chegaram a ser mais do que isso, não esquecendo a recomendação emitida pela Comissão Europeia, em 2012, a respeito de cláusulas gerais antiabuso em matéria de tributação direta.

5.2 Diretiva Fusões

Estamos, aqui, perante a primeira manifestação, na ordem jurídica da UE, de uma norma geral antiabuso em matéria de tributação direta, a qual continua em vigor.

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º da primeira Diretiva Fusões³⁴⁴, previa-se que qualquer Estado-Membro poderia recusar aplicar, no todo ou em parte, o disposto nos títulos II, III e IV dessa diretiva, ou retirar o benefício de tais disposições, sempre que a operação de fusão, de cisão, de entrada de ativos ou de permuta de ações tivesse como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscais, dispondo a norma ainda que o facto de uma das operações referidas no artigo 1.º não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que participaram na operação, podia constituir presunção de que essa operação teve como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscais.³⁴⁵

³⁴³ Trata-se da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma Sociedade Europeia ou de uma Sociedade Cooperativa Europeia de um Estado-Membro para outro.

³⁴⁴ Era a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, revogada pelo artigo 17.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009.

³⁴⁵ Portugal fez uso desta faculdade, como se constata pelo disposto no n.º 10 do artigo 73.º do Código do IRC.

A versão hodierna desta regra geral antiabuso, a qual se deve à codificação que foi operada pela Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, e que consta da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º dessa Diretiva, prescreve que os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4.º a 14.º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1.º tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais³⁴⁶; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas, como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação, pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais. É notória a estabilidade deste texto legislativo durante as suas três décadas de vigência, o que traz a esta cláusula antiabuso algumas notas de vetustez.

Quando em face da norma antiabuso prevista na Diretiva Fusões estamos na realidade perante uma efetiva cláusula geral antiabuso, dado que a aplicação dessa norma depende dos mesmos pressupostos, e convoca os mesmos dilemas, que são suscitados aquando da aplicação de uma cláusula geral antiabuso, não decaindo essa qualificação pelo facto dessa norma ser de aplicação sectorial, isto é, uma cláusula geral cujo âmbito de aplicação se restringe a um imposto ou se restringe mesmo apenas a um determinado aspeto desse mesmo imposto^{347 348}.

³⁴⁶ A versão em língua portuguesa da norma legal refere-se a *fraude ou evasão fiscal* (no que é acompanhada pelas versões em língua francesa e em castelhano dessa norma). Contudo, a versão em língua inglesa (bem como a sua versão em língua italiana, parece-nos) refere-se, a este propósito, a *tax evasion or tax avoidance*. Com efeito, dado o contexto e a função da norma, é de assumir que esta não pode deixar de almejar opor-se a práticas que tenham como principal objetivo, ou como um dos seus principais objetivos, a elisão fiscal (*tax avoidance*), ideia que, pese embora apenas se manifeste no elemento literal da norma em algumas versões linguísticas, julgamos que deve igualmente vingar perante as versões linguísticas da Diretiva que expressamente não contenham tal ideia, como é o caso da versão em língua portuguesa, sob pena de, ao insistir-se numa interpretação *ao pé da letra* dessa versão, acabarmos por deixar de estar perante uma norma antiabuso.

³⁴⁷ Neste caso, os aspetos relativos à aplicação do regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

³⁴⁸ Daí que seja possível encontrar quem, a este respeito, distinga entre as *general anti-abuse rules* (GAAR) e as *targeted anti-abuse rules* (TAAR), notando que estas últimas atribuem às administrações fiscais os mesmos poderes que as GAAR mas apenas relativamente a um âmbito mais restrito, não se chegando a confundir as TAAR com as normas específicas antiabuso ou *special anti-abuse rules* (SAAR). Neste sentido *vd.* PISTONE, *Tax Avoidance Revisited*, p. 2. No sentido contrário ao por nós defendido, ou seja, não reconhecendo na Diretiva Fusões qualquer cláusula geral antiabuso, *vd.* J. DE JUAN CASADEVALL, “La Codificación de la Cláusula Antiabuso en el Derecho de la Unión (I)”, *Cronica Tributaria*, n.º 170, 2019, p. 95; e F. BOULOGNE, “The Tax Merger Directive”, in *European Tax Law* (P. J. WATTEL, O. MARRES e H. VERMEULEN org), Volume I, seventh edition, Wolters Kluwer, 2018, p. 319, que nos dá conta de estarmos perante uma mera reserva de competência a favor dos Estados-Membros.

5.2.1. Conceito de abuso ou *abuse test*

Quanto ao conceito de abuso inerente a esta norma, sobressai que o TJUE, tendo reconhecido que esta norma reflete o princípio geral do Direito da UE de que o abuso desse Direito é proibido³⁴⁹, acabou por não extrair consequências de maior da sua distinta formulação gramatical (“tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos”) face ao que, nos termos do Caso *Cadbury Schweppes*, esse Tribunal vinha reconhecendo como constituindo abuso segundo uma abordagem *sole purpose*³⁵⁰, ainda que o TJUE não tenha deixado de estabelecer algumas nuances interpretativas, as quais convém aqui recordar.

Com efeito, o TJUE identificou, como práticas abusivas visadas por esta regra antiabuso, as transações que não correspondam a transações comerciais normais, estabelecendo uma correspondência direta entre as práticas abusivas visadas pela norma e as transações que não tenham sido levadas a cabo por razões económicas válidas.

Esta solução, que curiosamente resiste a quadrar-se com o elemento literal, na medida em que é notório que o abuso é aí interligado com a circunstância de uma determinada operação ter como seu principal objetivo a evasão ou elisão da lei fiscal, dispondo a norma que a inexistência de razões económicas válidas para uma dada operação (dando o próprio legislador UE dois exemplos de razões económicas válidas) é uma circunstância sobre a qual se admite que a legislação doméstica do Estado-Membro estabeleça uma presunção de abuso. Diríamos mesmo que a possibilidade ou a admissibilidade de se estabelecer tal presunção, prevista na alínea a), *in fine*, do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva Fusões, determina que essa presunção seja apta a substituir, para efeitos de aplicação desta cláusula geral antiabuso, a demonstração, por parte da administração fiscal ou do órgão jurisdicional, de que uma operação teve como seu principal objetivo, ou um como um dos seus principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscais. É que se, por um lado, é a própria norma que permite que se equiparem, por presunção, as situações em que inexistem razões económicas válidas à situação de abuso, por outro lado, não é fácil extrair dessa

³⁴⁹ Pese embora, como oportunamente já se notou, esta norma, tendo sido publicada em 1990, anteceda a própria enunciação, pelo TJUE, do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE - *vd.* K. PETROSOVITCH, “Abuse Under the Merger Directive”, *European Taxation (ET)*, dezembro 2010, p. 559.

³⁵⁰ Perante esta omissão houve, pois, quem defendesse que tal significava que o TJUE considerava que esta norma simplesmente correspondia à doutrina firmada no Caso *Cadbury Schweppes* - *vd.* VANISTENDAEL, *ECTR*, p. 421.

norma o que o TJUE efetivamente dela extraiu, ao afirmar que a existência de razões económicas válidas impede liminarmente que se possa estar perante uma operação tida como abusiva.

O modo como o TJUE acabou por recorrer ao critério das razões económicas válidas é, contudo, compreensível, parecendo-nos ter sido o expediente encontrado por esse Tribunal para preencher uma das mais óbvias omissões ou falhas desta norma antiabuso, cujo texto não permite retirar um sentido útil e inequívoco quanto ao que, para os seus efeitos, seja o conceito operativo de abuso nela adotado³⁵¹. É a partir deste facto que compreendemos porque o TJUE vislumbrou na figura das razões económicas válidas como que um salvo-conduto, um porto seguro, onde se podia amarrar alguma segurança jurídica para os particulares, uma necessidade que é aqui especialmente premente face ao oceano demasiado aberto de indeterminação da norma, depreendendo-se do decidido pelo TJUE que caso se vislumbre que uma determinada operação foi levada a cabo por razões económicas válidas não estaremos, então, perante uma prática abusiva visada por essa norma antiabuso³⁵².

Dada a centralidade que, deste modo, foi sendo atribuída às razões económicas válidas - e que não foi atribuída à desconformidade entre os objetivos prosseguidos pelas operações e os objetivos ou propósitos assumidos pela norma sujeita ao alegado abuso -, há que tentar perceber o que sejam, para este efeito, essas razões económicas válidas.

A este propósito, entende o TJUE que as razões económicas válidas são as razões que vão além da simples procura de um benefício puramente fiscal³⁵³, ainda que, depois, tenha já o TJUE admitido, no Caso *Foggia*³⁵⁴, que uma operação assente em diversos objetivos, entre os quais objetivos de natureza fiscal, é ainda assim suscetível de constituir uma operação que tem por base razões económicas válidas - estando desse modo a operação salvaguardada da aplicação da regra antiabuso -, desde que, frisa o TJUE, as considerações de natureza fiscal não sejam preponderantes no quadro da operação³⁵⁵.

³⁵¹ Notando a inexistência de uma definição comum de abuso para efeitos da Diretiva Fusões *vd.* PETROSOVITCH, *ET*, pp. 566 e 567.

³⁵² *cf.* § 42 do Acórdão *Leur-Bloem*. Identificando a relação de mútua exclusão entre as razões económicas válidas e a evasão e elisão fiscal *vd.* PETROSOVITCH, *ET*, p. 562.

³⁵³ *cf.* § 47 do Caso *Leur-Bloem*.

³⁵⁴ Acórdão do TJUE de 10/11/2011, proferido no processo C-126/10, pesquisável em www.curia.europa.eu

³⁵⁵ *cf.* § 36 do Acórdão *Foggia*.

Parece pois que, para efeitos da Diretiva Fusões, não temos bases suficientemente robustas que nos permitam antecipar quando estaremos ou não perante indubitáveis razões económicas válidas, pois que não nos é concedido, seja pela norma seja pela jurisprudência, qualquer critério de aplicação geral ou universal que nos sintetize o que possa ou deva ser entendido como uma razão económica válida (para lá da referência legal à reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação), tudo acabando por depender, enfim, dos factos e das circunstâncias do caso concreto em vista³⁵⁶ e da leitura que deles venha a ser feita pela autoridade que, no âmbito das suas funções, seja confrontada com essa questão. A presença de um considerável nível de ambiguidade e de incerteza jurídica nesta matéria é, pois, um adquirido (a que, diríamos nós, não será estranha a desconsideração concedida ao elemento normativo), e o mais evidente sinal de vetustez desta norma.

O TJUE identifica, nesta cláusula geral, uma exceção à aplicação do regime fiscal comum constante da Diretiva Fusões, pelo que defende que essa cláusula tem que ser interpretada de um modo estrito quanto ao seu âmbito³⁵⁷.

5.2.2. Consequência jurídica

Nos termos do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva Fusões, a uma operação tida como abusiva nos termos desta cláusula geral antiabuso há que recusar a aplicação ou retirar o benefício (ou vantagem) decorrente dessa Diretiva. Esta regra antiabuso não impõe um tratamento alternativo relativamente ao que resultaria da aplicação da Diretiva Fusões, impondo tão só que não se verifiquem os benefícios previstos nessa Diretiva e que, de outra forma, seriam reconhecidos à operação.

³⁵⁶ Neste sentido, *vd.* PETROSOVITCH, *ET*, p. 562, notando a autora que os Estados-Membros não se encontram impedidos de procurar dotar as suas normas antiabuso de maior certeza e de segurança jurídica, dando o exemplo da ordem jurídica dos Países Baixos, na qual vigora uma lista de motivações que são passíveis de constituir razões económicas válidas.

³⁵⁷ *vd.* F. BOULOGNE, *European Tax Law*, p. 318.

5.3 Proposta CCCTB de 2011

Em 16 de março de 2011, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Diretiva relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades³⁵⁸ (doravante CCCTB de 2011), constituída por um conjunto de normas que podia ser opcionalmente utilizado pelas sociedades com atividade no território da UE para calcular a sua matéria coletável de imposto sobre as sociedades, passando a sociedade, ou o grupo de sociedades, que por tal optasse, a ter de obedecer apenas a essas normas aquando do cálculo dos seus rendimentos tributáveis na UE, em vez de ter de cumprir as diferentes regras vigentes, a esse respeito, em cada um dos Estados-Membros em que operasse.

Pese embora esta proposta nunca tenha sido aprovada - tendo sido retirada e substituída, em 2016, por uma renovada proposta de diretiva relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades (CCTB)³⁵⁹ e por uma proposta de diretiva relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (CCCTB) -, nela se previa uma cláusula geral antiabuso. Com efeito, o artigo 80.º dessa proposta dispunha, no seu primeiro parágrafo, que “As transacções simuladas realizadas com o único objectivo de evitar a tributação não são consideradas para efeitos de cálculo da matéria colectável.”, e, no seu segundo parágrafo, que “O primeiro parágrafo não é aplicável a actividades comerciais realizadas de boa fé, podendo o contribuinte optar entre duas ou mais transacções que têm o mesmo resultado comercial mas que produzem montantes tributáveis diferentes.”.

Procurando sintetizar este artigo, podemos afirmar que esta norma incidiria sobre as transacções artificiais³⁶⁰ que tivessem sido levadas a cabo com o único propósito de elidir o imposto, devendo essas transacções ser ignoradas para efeitos de determinação da matéria coletável, quando não correspondessem a genuínas actividades económicas³⁶¹.

³⁵⁸ disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=EN>

³⁵⁹ Da qual consta uma proposta de cláusula geral antiabuso (no seu artigo 58.º) que visa proteger esse sistema de determinação da matéria coletável, a qual, adiante-se, segue de muito perto a cláusula geral antiabuso prevista na ATAD.

³⁶⁰ Com efeito, a forma mais correta e menos inequívoca que temos de nos referir ao pretendido pela Comissão Europeia é recorrendo à expressão ‘transacções artificiais’, ao invés de ‘transacções simuladas’, como, algo erroneamente, constava da versão em língua portuguesa da proposta de diretiva, uma vez que os atos ou negócios simulados, já o sabemos, não são matéria a tratar enquanto abuso.

³⁶¹ *vd.* P. HARRIS, “The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or Russian Roulette?”, in *CCCTB Selected Issues* (D. WEBER org.), Wolters Kluwer, 2012, p. 273.

É, pois, notório que esta proposta de cláusula geral assumia um conceito de abuso com um âmbito mais estrito do que aquele que correspondia às cláusulas gerais antiabuso que já vigoravam em alguns Estados-Membros, tomando para si a formulação mais restrita que à época era aceite pelo TJUE no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE (a abordagem *sole purpose*), nada arriscando a proposta face ao que decorria do Caso *Cadbury Schweppes*³⁶², mas, curiosamente, sem que sequer a proposta utilizasse a exata expressão entretanto sacralizada pelo TJUE - *expedientes puramente artificiais* -, tendo a Comissão Europeia optado antes por uma referência, que pese embora seja usual e funcional no contexto da tributação indireta, acaba por ser uma referência limitada e limitativa quando empregue na área da tributação direta: ‘transações’³⁶³.

A própria consequência jurídica da cláusula parecia ser curta ou insuficiente, ao estabelecer apenas que a transação deveria ser desconsiderada, pelo que a proposta, a este respeito, não acompanhava o TJUE, o qual vislumbrava, quanto ao princípio de proibição de abuso do Direito da UE, que após a desconsideração das operações abusivas dever-se-ia seguir uma redefinição dessas operações para efeitos de tributação³⁶⁴.

A título de avaliação geral desta cláusula geral antiabuso, era-lhe imputado um âmbito de aplicação diminuto³⁶⁵, tornando-a porventura desnecessária no contexto em que era proposta³⁶⁶.

5.4 A Recomendação da Comissão Europeia de 2012

Em dezembro de 2012, a Comissão Europeia apresentou aos Estados-Membros a sua Recomendação relativa ao planeamento fiscal agressivo³⁶⁷, nos termos da qual a Comissão Europeia considerava ser necessário obviar às situações em que um contribuinte beneficia de vantagens fiscais através do recurso a um planeamento fiscal que possibilite que os seus rendimentos não sejam tributados por nenhuma das jurisdições

³⁶² *vd.*, a este propósito, *supra*, o ponto 4.1.5.3 do presente trabalho.

³⁶³ Sobre este ponto *vd.* LANG, *Prohibition of Abuse*, p. 224.

³⁶⁴ *vd.* M. LANG, “The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base”, *European Taxation (ET)*, june 2011, p. 226.

³⁶⁵ *vd.* LANG, *ET*, p. 228.

³⁶⁶ *vd.* LANG, *ET*, p. 228, bem como HARRIS, *CCCTB*, p. 297.

³⁶⁷ Trata-se da Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE), doravante Recomendação de 2012, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012H0772&from=EN>

envolvidas (dupla não tributação), notando a Comissão Europeia que a persistência deste tipo de situações pode conduzir a fluxos de capitais e a movimentos de contribuintes artificiais no mercado interno, o que pode prejudicar o seu bom funcionamento e reduzir as matérias coletáveis dos Estados-Membros³⁶⁸.

A Recomendação de 2012 afirmava ser oportuno recomendar a adoção, pelos Estados-Membros, de uma regra geral antiabuso comum no âmbito da fiscalidade direta³⁶⁹, uma vez que, segundo a Comissão, as estruturas de planeamento fiscal são cada vez mais sofisticadas e frequentemente os legisladores nacionais não dispõem de tempo suficiente para reagir, pelo que muitas vezes as medidas específicas antiabuso se revelam inadequadas para responder às novas estruturas de planeamento fiscal agressivo. Tal abordagem, considerava-se, deveria permitir evitar a complexidade inerente à coexistência de inúmeras regras diferentes e, simultaneamente, ter em conta as limitações impostas pelo Direito da UE no que diz respeito a regras antiabuso³⁷⁰.

E é desse modo, nos termos do ponto 4 da Recomendação de 2012, que os Estados-Membros são instados a introduzir na sua legislação nacional a seguinte cláusula geral antiabuso: “Uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objetivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo como base a sua realidade económica.”

A Recomendação de 2012 esclarecia o que se deveria entender por ‘montagem’ - qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade, sendo que uma montagem pode incluir mais de uma medida ou parte³⁷¹-, e por ‘montagem artificial’ - uma montagem ou série de montagens é artificial quando não tiver substância comercial³⁷².

Esta recomendação foi ainda mais longe quanto ao modo de determinar se estamos perante uma montagem ou série de montagens artificial, convidando as autoridades nacionais, para esse efeito, a examinar se essas montagens dizem respeito a uma ou várias

³⁶⁸ *cf.* Considerando (5) da Recomendação de 2012.

³⁶⁹ Ainda que expressamente se salvaguardasse que esta Recomendação não se destinava aos casos já harmonizados, ou seja, os abrangidos pela Diretiva Mães Filhas, pela Diretiva Juros e Royalties e pela Diretiva Fusões.

³⁷⁰ *cf.* Considerandos (8) e (9) da Recomendação de 2012.

³⁷¹ *cf.* ponto 4.3 da Recomendação de 2012.

³⁷² *cf.* ponto 4.4 da Recomendação de 2012.

das seguintes situações: se a qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto; se a montagem ou a série de montagens é executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável; se a montagem ou a série de montagens inclui elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si; se as transações concluídas são de natureza circular; se a montagem ou a série de montagens dá origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflete nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa; ou se o lucro esperado antes de imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal previsto³⁷³.

Quanto a saber se uma montagem ou série de montagens tem por objetivo evitar a tributação, a Recomendação de 2012 esclarece que uma montagem ou série de montagens terá tal objetivo sempre que seja incompatível com o objetivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas, independentemente de qualquer intenção subjetiva do contribuinte³⁷⁴. A essencialidade de uma finalidade prosseguida pela montagem ou série de montagens considera-se estabelecida quando qualquer outra finalidade passível de ser imputada a essa montagem ou série de montagens se afigure, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação, no máximo, como negligenciável³⁷⁵.

E, por fim, quanto a saber se uma montagem ou uma série de montagens está na origem ou conduz a uma vantagem fiscal³⁷⁶, as autoridades nacionais são convidadas a comparar o montante do imposto devido pelo contribuinte à luz dessas montagens com o montante do imposto que o mesmo contribuinte deveria pagar em circunstâncias idênticas na ausência das referidas montagens³⁷⁷, considerando a Recomendação de 2012 que nesse contexto será útil apurar a presença de uma ou mais das seguintes situações: se um montante não é incluído na matéria coletável; se o contribuinte beneficia de uma dedução;

³⁷³ cf. alíneas a) a f) do ponto 4.4 da Recomendação de 2012.

³⁷⁴ cf. ponto 4.5 da Recomendação de 2012.

³⁷⁵ cf. ponto 4.6 da Recomendação de 2012.

³⁷⁶ A versão em língua portuguesa da cláusula geral recomendada refere-se, a este propósito, a *benefício fiscal*, ainda que depois, no ponto 4.7 da Recomendação de 2012, esse mesmo trecho normativo seja referido através da expressão *vantagem fiscal*, abordagem linguística esta que consideramos ser a mais rigorosa.

³⁷⁷ cf. ponto 4.7 da Recomendação de 2012.

se é registada uma perda fiscal (prejuízo fiscal); se não é devida qualquer retenção na fonte; ou se o imposto estrangeiro é compensado³⁷⁸.

Como se vê, esta Recomendação não só ultrapassava muitas das insuficiências de que padecia a cláusula geral antiabuso prevista na proposta CCCTB 2011, como apresentava a vantagem - dada a qualidade de guardiã dos Tratados de que se investe a autora da Recomendação (a Comissão Europeia) - de ser depositária da confiança dos Estados-Membros quanto à sua compatibilidade com o Direito UE, fosse em relação aos Tratados fosse quanto ao princípio geral de proibição de abuso do Direito UE conforme enunciado até aí pelo TJUE. Esta recomendação, como será perceptível adiante, terá sido mesmo uma influência decisiva quanto ao que veio depois a ser aprovado nos termos da Diretiva Mães Filhas e da ATAD em matéria de cláusula geral antiabuso, sinalizando o ingresso, no cardápio das preocupações que gravitam em torno da salvaguarda do mercado comum, de um rol de questões que comunicacionalmente se embrulhava já sob a expressão de planeamento fiscal agressivo.

5.5 Diretiva Mães Filhas

A Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, a qual aprovou originariamente o regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, previa, no n.º 2 do seu artigo 1.º, que essa diretiva não impedia a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos, norma esta que foi repetida aquando da reformulação desse regime fiscal comum pela Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011.

Esta norma, que em 2003 assistiu à introdução, no âmbito da Diretiva Juros e Royalties, de uma sua *norma siamesa*³⁷⁹, não constitui uma regra antiabuso³⁸⁰, muito menos uma regra geral antiabuso, sendo antes uma medida que procura salvaguardar a

³⁷⁸ cf. alíneas a) a e) do ponto 4.7 da Recomendação de 2012.

³⁷⁹ Cujo n.º 1 do artigo 5.º dispõe que *a presente directiva não impede a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos.*

³⁸⁰ Neste mesmo sentido *vd.* F. DEBELVA e J. LUTS, “The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive”, *European Taxation (ET)*, junho 2015, p. 223.

aplicabilidade do arsenal antiabusivo, que porventura vigore na ordem jurídica de um Estado-Membro, no âmbito de aplicação da Diretiva^{381 382}.

Com a entrada em vigor da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, este cenário alterou-se significativamente. Com efeito, não só a redação da norma que antes repousava no n.º 2 do artigo 1.º foi alterada, passando a dispor que *A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal*. - do que resulta uma refinação dos referentes conceptuais mobilizados -, como, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º, passou a prever-se uma regra antiabuso, a primeira no âmbito da tributação direta de implementação/transposição obrigatória pelos Estados-Membros³⁸³.

A título de base ou de justificação para a imposição da obrigação de transposição de tal norma foi notado que alguns Estados-Membros aplicavam disposições nacionais ou convencionais destinadas a combater a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas, apresentando essas disposições diferentes graus de severidade entre si, sendo, em todo o caso, concebidas de modo a refletirem as especificidades dos seus sistemas fiscais, enquanto outros Estados-Membros não possuíam nenhuma disposição nacional ou convencional em matéria de prevenção de práticas abusivas, pelo que a imposição desta norma mínima comum contra práticas abusivas visa prevenir utilizações indevidas da diretiva e assegurar uma maior coerência na sua aplicação em diferentes Estados-Membros³⁸⁴. Essa norma dispõe o seguinte:

2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a

³⁸¹ cf. § 17 do Caso *Egiom e Enka*: “o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mães e sociedades afiliadas reconhece unicamente aos Estados-Membros o poder de aplicar as disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos.”

³⁸² Retirando desta norma uma garantia para os particulares, nomeadamente de que os benefícios previstos na Diretiva Mães Filhas não poderão ser negados senão por normas dirigidas a prevenir o abuso e as fraudes fiscais que não sejam mais gravosas que o necessário para esse fim, respeitando ainda as disposições dos Tratados (em especial as liberdades fundamentais), *vd.*, por exemplo, J. A. BARCIELA PÉREZ, “Las Cláusulas Antiabuso De La Directiva Matriz-Filial Y La Reciente Jurisprudencia Del TJUE”, *Quincena Fiscal*, n.º 18, outubro, 2018, pp. 132 a 134.

³⁸³ Esta Diretiva foi transposta, entre nós, pela Lei n.º 5/2016 de 29 de fevereiro, a qual aditou ao Código do IRC os n.ºs 17 e 18 do artigo 14.º e os n.ºs 13 e 14 do artigo 51.º.

³⁸⁴ cf. Considerandos (3) a (5) da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro de 2015.

finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

*3. Para efeitos do n.º 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.*³⁸⁵

Sublinhe-se, desde logo, que estamos perante uma cláusula geral antiabuso, ainda que de aplicação sectorial, isto é, uma cláusula geral cujo âmbito de aplicação é não só restringido a um imposto (imposto sobre o rendimento das sociedades abrangido pela Diretiva Mães Filhas) como também apenas quanto a alguns dos aspetos desse mesmo imposto, *in casu*, os benefícios em que se traduza a aplicação dessa Diretiva^{386 387}.

De notar que, pese embora tal não resulte expressamente da norma, há quem entenda que esta cláusula geral antiabuso constitui um *standard* mínimo de aplicação obrigatória, caso em que os Estados-Membros estão obrigados a adotar uma provisão deste tipo que ofereça pelo menos um nível de proteção contra o abuso que seja equivalente ao que resulte da norma prevista na diretiva³⁸⁸.

³⁸⁵ Não deixando o Considerando (6) da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, de salientar que a aplicação de normas contra práticas abusivas (inclusivamente a aplicação desta norma, acrescentaríamos nós), deverá ser proporcional e deverá ter por finalidade específica o combate a uma montagem, série de montagens ou parte de montagens que não seja genuína, e salientando o Considerando (7) que, na avaliação do carácter abusivo de uma montagem ou série de montagens, as administrações fiscais dos Estados-Membros deverão efetuar uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias relevantes.

³⁸⁶ A aparelhagem antiabuso desta Diretiva não se esgota, contudo, aqui, podendo ainda encontrar-se normas específicas antiabuso, como as constantes da subalínea iii) da alínea a) do artigo 2.º (cláusula *subject to tax*), do n.º 2 do artigo 3.º (opção de estabelecer um período de dois anos de detenção das participações sociais relevantes) e do n.º 1 do artigo 4.º (regra anti-instrumentos híbridos) - como salienta D. WEBER, “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”, *Intertax*, Volume 44, n.º 2, 2016, p. 102.

³⁸⁷ Concordando que se trata de uma cláusula geral antiabuso, pese embora híbrida, julgando que a mesma está delineada de um modo demasiado restrito para que possa atingir os objetivos propostos (pois, na prática, apenas se oporá a expedientes puramente artificiais), *vd.* R. J. S. TAVARES e B. N. BOGENSCHNEIDER, “The New De Minimis Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?”, *Intertax*, Volume 43, n.ºs 8 e 9, 2015, p. 488 a 491.

³⁸⁸ *vd.*, neste sentido, DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 223. A conclusão de que estaremos perante um *standard mínimo* resulta do respetivo contexto de aprovação da Diretiva, mas, como bem nota Dennis Weber, nenhum elemento normativo da Diretiva nos permite chegar a semelhante conclusão, não decorrendo dos objetivos da Diretiva, nomeadamente do objetivo de assegurar uma maior coerência na sua aplicação em diferentes Estados-Membros, que os Estados-Membros se encontrem de mãos livres para implementar, ao abrigo do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas, cláusulas gerais antiabuso que sejam mais robustas que a aí prevista, sendo esta, afinal de contas, a faculdade em que se traduz a abordagem *de*

5.5.1. Conceito de abuso ou *abuse test*

A norma antiabuso presente na Diretiva Mães Filhas é construída em redor de um conceito de abuso que ostenta algumas diferenças face ao que a este respeito encontramos quer na Diretiva Fusões quer na proposta CCCTB 2011.

Desde logo, é patente que não foi adotada uma formulação literal do teste subjetivo que traduza uma abordagem *sole purpose*, na medida em que o abuso relevante não se encontra referido a expedientes puramente artificiais cujo objetivo ou propósito tenha sido a evasão ou a elisão fiscal, referindo-se antes a montagens ou séries de montagens cuja finalidade principal ou uma das finalidades principais seja a obtenção de uma vantagem fiscal³⁸⁹.

Mas, para que estejamos perante uma situação que seja considerada abusiva, é ainda necessário que a obtenção da vantagem fiscal frustre³⁹⁰ o objeto ou a finalidade da Diretiva Mães Filhas, o que não só implica que essa vantagem terá que decorrer dessa Diretiva (e respeitar a um imposto por ela abrangido), como implica que essa vantagem não deverá ser igualada por uma outra vantagem que, de outra forma (nos termos de uma convenção para a eliminação da dupla tributação, por exemplo), estaria de qualquer modo à disposição do sujeito passivo^{391 392}.

minimis. Quanto ao contexto de aprovação da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, nomeadamente quanto ao suposto carácter *de minimis* da cláusula antiabuso aí em causa, *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 101 e pp. 102 e 103.

³⁸⁹ Reconhecendo esta diferença (pese embora desvalorizando-a) e acreditando que o TJUE seguirá, como solução interpretativa, a solução correspondente à *finalidade predominante* desenvolvida perante a cláusula geral antiabuso da Diretiva Fusões, *vd.* WEBER, *Intertax*, pp. 109 e 110, e DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 225. Notando a dificuldade em distinguir uma finalidade principal de uma finalidade secundária ou não principal, *vd.* J. BUNDGAARD, L. FJORD KJÆRSGAARD e L. BO AARUP, “First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?”, *Intertax*, Volume 46, n.ºs 8 e 9, 2018, p. 717.

³⁹⁰ A efetiva expressão legal que consta do n.º 1 do artigo 1.º da Diretiva 2015/121/UE, certamente devido a uma gralha tipográfica, é *fruste*. Todavia, tendo em conta as restantes versões linguísticas do diploma legal parece-nos claro que aí deveria constar *frustre*, conforme assumido no corpo do texto.

³⁹¹ *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 111.

³⁹² Dennis Weber identifica nesta cláusula geral antiabuso a presença de três testes: um *main purpose test* (que o autor entende estar em linha com o *principal purpose test* que agora se prevê em sede de convenções para a eliminação da dupla tributação); um *conflict with object and purpose test*; e um *not genuine (artificiality)/economic reality test*. *vd.*, a este respeito, WEBER, *Intertax*, pp. 109 e 115, e TAVARES e BOGENSCHNEIDER, *Intertax*, p. 486. É igualmente possível arrumar a identificação dos pressupostos pertinentes em cinco testes: uma montagem ou série de montagens, que tenham sido levadas a cabo com o objetivo principal ou um dos objetivos principais, de obter uma vantagem fiscal, que fruste os objetivos e propósitos da diretiva, e não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias - *vd.* BUNDGAARD, FJORD KJÆRSGAARD e BO AARUP, *Intertax*, p. 717 -, ou mesmo em quatro testes: exista uma montagem ou

Esta norma refere-se ainda expressamente à frustração do objeto ou finalidade da Diretiva, havendo quem apropriadamente denomine este elemento como um teste normativo³⁹³, que estabelece a expressa exigência de que se identifique um conflito entre a vantagem obtida pelo sujeito passivo e o objeto ou finalidade da Diretiva, podendo aceitar-se que o objeto ou a finalidade da Diretiva correspondem à prevenção da dupla tributação, à cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes, bem como à prevenção de situações de dupla não tributação³⁹⁴.

Finalmente, será ainda necessário que se demonstre, tendo em conta todos os factos e circunstâncias, que a montagem ou série de montagens posta em prática não é genuína, determinando o legislador, no n.º 3 do artigo 1.º da Diretiva, que se considera que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

Este *teste de genuinidade* parece-nos que acaba por equivaler a um teste de substância ou de realidade económica, recuperando-se nesta norma o impreciso conceito de razões económicas válidas com que nos havíamos já confrontado no âmbito da cláusula geral antiabuso prevista na Diretiva Fusões, se bem que agora este conceito apareça intimamente interligado com a presença ou ausência de substância ou realidade económica. Deste emaranhado conceptual decorre que uma montagem ou série de montagens que seja dotada de genuinidade, isto é, que tenha sido posta em prática por razões económicas válidas ou que seja dotada de realidade económica, encontrar-se-á salvaguardada da aplicação da cláusula antiabuso. A importância ou destaque que por esta via é conferido à genuinidade das montagens justifica que haja quem aponte a esta cláusula geral antiabuso uma dependência demasiado acentuada quanto a elementos de substância ou de realidade económica, dotando assim esta cláusula de uma característica híbrida³⁹⁵. Neste contexto, parece-nos evidente que o que o legislador decidiu denominar como genuinidade desempenha aqui a mesmíssima função que é desempenhada pelo

série de montagens, que tenha sido posta em prática com o principal objetivo ou com um dos principais objetivos em obter uma vantagem fiscal (destacando também a semelhança entre este teste e o *principal purpose test* convencional), que a obtenção dessa vantagem fiscal fruste os objetivos e propósitos da Diretiva Mães Filhas, e a montagem ou série de montagens não seja genuína, isto é, que não tenha sido posta em prática por razões económicas válidas que reflitam a realidade económica - *vd.* DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 223.

³⁹³ *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 112.

³⁹⁴ Com base na jurisprudência do TJUE que aí é referida pelo autor, é esta a conclusão a que chega WEBER, *Intertax*, p. 113.

³⁹⁵ *vd.* TAVARES e BOGENSCHNEIDER, *Intertax*, p. 489.

conceito de artificialidade a que o TJUE vem recorrendo no âmbito do princípio geral de abuso do Direito da UE³⁹⁶, pelo que a genuinidade e a artificialidade (enquanto não-genuinidade) assemelham-se a dois prismas de uma e mesma questão.

Nos termos legais, a genuinidade depende dos factos e circunstâncias de cada caso concreto, pelo que, mais uma vez, e tal como perante a Diretiva Fusões, é difícil refinar ou extrair do texto legal um conceito geral de genuinidade que possa ser aplicado a todos os casos³⁹⁷, pelo que se podem apenas ir avançando algumas circunstâncias que poderão ou não vir a preencher a exigência legal de não-genuinidade, como por exemplo as situações de *directive shopping* ou as situações de conversão de juros (sujeitos a imposto) em dividendos isentos³⁹⁸.

Uma vez que a genuinidade de uma montagem ou série de montagens é interligada à existência de uma realidade económica, é interessante notar que esta última categoria - a realidade económica - foi já mobilizada pelo TJUE, parecendo que a realidade económica é perspetivada por esse Tribunal como o reflexo ou o substrato de concretas realidades contratuais, no sentido em que as disposições contratuais ou negociais serão o ponto de partida das análises jurisdicionais que, com base nos factos e nas circunstâncias, verificarão se essas disposições têm correspondência com a realidade económica, ou que existe um seu substrato físico, traduzido em instalações, pessoal e equipamento (como no Caso *Cadbury Scwheppes*), ou que tenha existido colusão entre os agentes, o que afastaria a realidade económica (como no Caso *Emsland-Starke*), entre outras situações³⁹⁹. Em princípio, este critério pode permitir a aplicação de abordagens *substance-over-form*, tornando com certeza mais fácil a conciliação com o critério utilizado pelo TJUE, de avaliar a consistência da operação com os seus objetivos económicos⁴⁰⁰.

Uma nota final quanto à circunstância desta norma ter que ser, segundo o TJUE, e tal como sucede na Diretiva Fusões, interpretada de um modo restrito, enquanto exceção ao regime fiscal comum constante da Diretiva Mães Filhas⁴⁰¹.

³⁹⁶ Neste sentido *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 114, e BUNDGAARD, FJORD KJÆRSGAARD e BO AARUP, *Intertax*, p. 718.

³⁹⁷ *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 117.

³⁹⁸ *vd.* WEBER, *Intertax*, p. 117.

³⁹⁹ Para uma recapitulação do sentido e do contexto em que o TJUE já se debruçou sobre os efeitos que retira sobre o que se deve entender por realidade económica, *vd.* WEBER, *Intertax*, pp. 118 a 120.

⁴⁰⁰ *vd.* PISTONE, *Tax Avoidance Revisited*, p. 6.

⁴⁰¹ *vd.*, sublinhando esta circunstância, TAVARES e BOGENSCHNEIDER, *Intertax*, p. 602.

5.5.2. Consequência jurídica

Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas, a uma situação que seja considerada abusiva nos termos desta cláusula geral antiabuso não são concedidos ou reconhecidos os benefícios ou vantagens decorrentes dessa Diretiva, pelo que esta regra antiabuso não trata nem impõe um tratamento alternativo relativamente ao que resultaria da aplicação da Diretiva⁴⁰², apenas impondo a retirada daqueles seus benefícios que, de outra forma, seriam validamente reconhecidos ao sujeito passivo.

5.6 Diretiva Antielisão Fiscal

A entrada em vigor da ATAD, diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno⁴⁰³, trouxe um elemento novo ao panorama do tratamento a conferir ao abuso das normas jurídicas relativas à tributação das empresas no seio da ordem jurídica da UE.

Esta diretiva, proposta no âmbito de um pacote mais vasto - o pacote antielisão fiscal (ATAP)⁴⁰⁴ -, documenta o esforço desenvolvido pela UE no sentido de comungar das então contemporâneas prioridades políticas em matéria de fiscalidade internacional - garantir que o imposto seja pago no país onde os lucros e o valor são gerados -, considerando que é imperativo restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e permitir que os governos possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal⁴⁰⁵.

Estes objetivos políticos, cuja presença no azimute de ação da UE é uma novidade, foram sendo assumidos na sequência do impacto sobre as finanças públicas provocado pela crise económica de 2007-2008⁴⁰⁶, tendo-se traduzido, no âmbito internacional, nas

⁴⁰² *vd.* DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 231.

⁴⁰³ Aprovada pela Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, e complementada pela Diretiva 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que alterou, entre outros pequenos aspetos, sobretudo, as regras aplicáveis a assimetrias híbridas com países terceiros.

⁴⁰⁴ Cujas apresentação consta da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 28 de janeiro de 2016, Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação e maior transparência fiscal na UE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=PT>

⁴⁰⁵ *cf.* Considerando (1) da ATAD.

⁴⁰⁶ *vd.*, para um bom resumo do caminho trilhado ao nível das instituições da UE até à apresentação da ATAD, A. RIGAUT, “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European Taxation (ET)*, novembro, 2016, pp. 497 e 500.

recomendações e *standards* emitidos no contexto do projeto BEPS, constantes dos relatórios finais das suas quinze ações.

No âmbito da UE, houve, por sua vez, a necessidade de encontrar soluções que fossem comuns mas flexíveis e que fossem coerentes com as conclusões e recomendações atingidas no âmbito das ações do projeto BEPS, de modo a garantir uma execução eficaz, rápida e coordenada das medidas de luta contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros, daí a opção por adotar essas medidas a nível da UE, nomeadamente através de uma diretiva que executasse tais pretensões⁴⁰⁷. Foi, a este propósito, reputado como essencial para o bom funcionamento do mercado interno, que os Estados-Membros pusessem em prática os compromissos assumidos no âmbito das ações do projeto BEPS⁴⁰⁸ e, de um modo mais geral, tomassem medidas adequadas a desencorajar as práticas de elisão fiscal e a garantir uma tributação justa e eficaz na UE, de uma forma suficientemente coerente e coordenada, pois o mercado interno é caracterizado por uma forte integração das economias nele abrangidas, o que exige abordagens estratégicas comuns e ações coordenadas, a fim de melhorar o seu funcionamento e maximizar os efeitos positivos do projeto BEPS, evitando-se a sua fragmentação e pondo termo a assimetrias e distorções atualmente existentes⁴⁰⁹.

Foi igualmente considerado que as regras constantes da ATAD não devem ter como único objetivo o combate às práticas de elisão fiscal, devendo também evitar a criação de outros obstáculos ao mercado, como a dupla tributação, razão pela qual, se da aplicação das regras da ATAD resultarem casos de dupla tributação, os contribuintes deverão beneficiar de um desagravamento através de uma dedução do imposto pago noutro Estado-Membro ou país terceiro⁴¹⁰. O legislador UE considerou ainda que a existência de medidas nacionais de execução que seguissem uma linha comum em toda a UE daria uma

⁴⁰⁷ *cf.* Considerando (2) da ATAD.

⁴⁰⁸ Havendo quem considere que os objetivos da ATAD são apenas um objetivo intermédio num caminho que tem como destino a plena harmonização da matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades – *vd.* DE JUAN CASADEVALL, *Cronica Tributaria*, pp. 71 e 72.

⁴⁰⁹ *cf.* Considerando (2) da ATAD. No sentido de que a ATAD não é bem sucedida quanto a este ponto, ao não prever uma cláusula de livre circulação que proteja os operadores económicos que cumpram com o *standard* mínimo, ainda que não satisfaçam critérios domésticos que sejam mais exigentes, *vd.* I. LAZAROV e S. GOVIND, “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *Intertax*, volume 47, n.º 10, 2019, p. 857.

⁴¹⁰ *cf.* Considerando (5) da ATAD, pese embora dessa diretiva não conste nenhuma regra autónoma com esse claro objeto ou finalidade.

segurança jurídica acrescida aos contribuintes, nomeadamente quanto à compatibilidade dessas medidas com o Direito da UE⁴¹¹.

Esse mesmo legislador afirmou que as regras previstas na ATAD tendem para o reforço do nível médio de proteção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno, mas, uma vez que essas regras terão de se enquadrar em 27 sistemas diferentes de tributação das sociedades, acabam por ser disposições gerais, que deverão ser executadas pelos Estados-Membros, estando estes em melhor posição para definir os elementos específicos dessas regras de forma a que melhor se adequem aos seus sistemas de tributação do rendimento das sociedades. Paralelamente, esta Diretiva expressamente consagra o seu carácter *de minimis*, pelo que a ATAD acaba por estipular um nível coordenado, mas mínimo, de proteção dos sistemas nacionais de tributação do rendimento das sociedades contra as práticas de elisão fiscal em toda a UE⁴¹², não obstante à aplicação de disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir, a nível nacional, um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades (*cf.* artigo 3.º da ATAD) que o nível de proteção que resulte das suas regras.

Quanto ao seu âmbito de aplicação, a ATAD aplica-se a todos os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro (*cf.* artigo 1.º da ATAD).

Através da ATAD, e procurando atingir os objetivos que vimos de referir, foram estabelecidas regras contra a erosão das bases tributáveis no mercado interno e contra a transferência de lucros para fora do mercado interno nos seguintes domínios: limitações à dedutibilidade dos juros, tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas às sociedades estrangeiras controladas e regras para combater as assimetrias híbridas.

Em suma, parece-nos uma leitura correta a que professa que a ATAD estabeleceu um enquadramento comum mínimo de medidas antielisão fiscal ao nível da UE, transferindo para aí parte dessa competência, a qual até então mantinha-se substancialmente nas mãos dos Estados-Membros, e alargando o âmbito da obrigação dos Estados-Membros de

⁴¹¹ *cf.* Considerando (2) da ATAD.

⁴¹² *cf.* Considerando (3) da ATAD. Quanto à possibilidade de esta característica poder conduzir à frustração do próprio mercado comum, *vd.* G. BIZIOLI, “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, 2017-3, 2017, p. 172.

combaterem a elisão fiscal, obrigando alguns deles (como a Irlanda, o Luxemburgo, Malta e os Países Baixos) a adotar medidas antielisivas que não estavam em linha com a sua política fiscal até essa data, e obrigou os Estados-Membros que já dispunham dessas regras a adaptar as suas medidas antielisivas ao padrão mínimo e, sobretudo, atribuiu ao TJUE jurisdição sobre a interpretação das regras previstas na ATAD, tal como sobre as regras nacionais que transponham estas últimas⁴¹³.

5.7 A *General Anti-Abuse Rule* prevista na ATAD

Pese embora a justificação que subjaz, em geral, à ATAD, seja a de que esta diretiva permite uma rápida e coordenada implementação, pelos Estados-Membros da UE, dos *standards* mínimos e recomendações que resultaram das várias ações do projeto BEPS da OCDE, estamos, ao fim ao cabo, perante uma diretiva que contém também algumas regras que não constam do cardápio de recomendações ou *standards* mínimos resultantes daquele projeto, como é o caso da cláusula geral antiabuso, medida esta cuja presença na ATAD se deverá mais à dinâmica e à sobreposição com o discutido no âmbito da UE a respeito de outras diretivas (como, por exemplo, da proposta CCCTB de 2011⁴¹⁴) do que ao projeto BEPS da OCDE.

Foi, pois, por sua conta e risco, que a UE se lançou no desafio de postular uma cláusula geral antiabuso, harmonizando desse modo um determinado limiar mínimo de proteção face a práticas abusivas que se observem no âmbito dos impostos sobre o rendimento das sociedades em cada um dos Estados-Membros, pretendendo, com esta regra, impor a obrigação de combater as práticas fiscais abusivas⁴¹⁵ relativamente às quais ainda não existam disposições específicas ou sectoriais, tanto ao nível da UE como ao nível dos ordenamentos domésticos dos Estados-Membros, considerando o legislador UE que as regras gerais antiabuso têm, portanto, a função de colmatar (essas) lacunas, não prejudicando esta cláusula a aplicabilidade das regras antiabuso específicas⁴¹⁶. Esse

⁴¹³ Um sumário certo que se deve a PISTONE, *Tax Avoidance Revisited*, 2017, p. 7.

⁴¹⁴ Como bem nota o Fundo Monetário Internacional, *vd.* INTERNATIONAL MONETARY FUND, *IMF Policy Paper, Corporate Taxation in the Global Economy*, março, 2019, p. 8, consultado em <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/03/08/Corporate-Taxation-in-the-Global-Economy-46650>

⁴¹⁵ Identificando esta obrigação como uma consequência da ATAD e procurando fixar-lhe alguns efeitos, *vd.* D. DE CHARETTE, “The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law”, *EC Tax Review*, 2019-4, 2019, pp. 179 a 180.

⁴¹⁶ *cf.* Considerando (11) da ATAD.

mesmo legislador considerou que esta regra contribuirá para um aprofundamento do mercado interno pelo combate que tece às práticas abusivas, o qual não seria atingível por cada Estado-membro atuando individualmente em resultado das disparidades existentes entre os sistemas de tributação nacionais, assumindo o legislador da UE que a ação independente dos Estados-Membros apenas intensificaria os pontos de fragmentação do mercado interno⁴¹⁷.

A cláusula geral antiabuso em causa apresenta, nos termos do artigo 6.º da ATAD, a seguinte redação:

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

2. Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

3. Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional.

Ainda que com um âmbito de aplicação diferente, porque mais abrangente, são notórias algumas semelhanças entre a GAAR prevista na ATAD e a cláusula geral antiabuso prevista na Diretiva Mães Filhas⁴¹⁸, nomeadamente quanto ao conceito de

⁴¹⁷ Pese embora em sentido muito crítico quanto à oportunidade e ao sentido da opção de política fiscal subjacente à ATAD, bem como quanto à desadequação entre os objetivos da ATAD e a sua respetiva base legal, *vd.* A. BÁEZ MORENO e J. J. ZORNOZA PÉREZ, “The ATAD General Anti-Avoidance Rule”, in *Combating Tax Avoidance in the EU - Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDÍ CID, J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ e P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA org.), Wolters Kluwer, 2019, pp. 115 a 120.

⁴¹⁸ Não estamos sós nessa constatação, *vd.* BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, p. 115.

abuso mobilizado e quanto à salvaguarda do direito do contribuinte de optar pela estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para as suas atividades económicas⁴¹⁹, ainda que também hajam assinaláveis diferenças entre ambas estas regras, como se perceberá seguidamente.

5.7.1. Âmbito de aplicação

Resulta do disposto no artigo 1.º da ATAD que a GAAR é aplicável aos contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro, o que determina duas importantes conclusões quanto à delimitação do âmbito de aplicação da GAAR: esse âmbito não depende de que o imposto sobre as sociedades em causa corresponda a um imposto especificado numa listagem elaborada para esse efeito, nem depende da concreta forma jurídica do sujeito passivo (como se observa perante a Diretiva Mães Filhas).

Contudo, a ATAD acaba por não definir dois importantes elementos de que depende a delimitação do seu âmbito de aplicação, pois não define o que se deve entender por *contribuinte* nem por *imposto sobre as sociedades*, pelo que a interpretação destes dois termos aparenta ter sido confiada aos Estados-Membros.

Pese embora se declare que a ATAD abrange também os regimes especiais de imposto sobre as sociedades⁴²⁰, aceitando-se que um Estado-Membro, por sua iniciativa, aplique algumas das regras previstas na ATAD a entidades transparentes para efeitos de imposto sobre as sociedades⁴²¹, julgamos que tal releva mais da qualificação de um particular como contribuinte ou sujeito passivo de um imposto sobre as sociedades do que da qualificação desse imposto.

É precisamente quanto à referência ao imposto sobre as sociedades que, tememos, terão ficado em aberto duas importantes questões com relevância quanto ao âmbito da ATAD. Em primeiro lugar, observa-se que a norma não cuidou de precisar que o âmbito dessa diretiva corresponde, com ele coincidindo, ao âmbito de aplicação do imposto que

⁴¹⁹ *cf.* Considerando (11) da ATAD.

⁴²⁰ *vd.* RIGAUT, *ET*, pp. 497 e 500.

⁴²¹ *vd.* C. DOCLO, “The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States’ Disparate Tax Legislations”, *Bulletin for International Taxation*, July, 2017, p. 369.

incida sobre o rendimento das sociedades em cada Estado-Membro, mas julgamos que esta solução, se tivermos em conta o tipo de regras que se encontram previstas na ATAD, as quais correspondem a arquétipos de regras criadas no âmbito de impostos sobre o rendimento e em resposta a desafios que são próprios, ou mesmo privativos, desses impostos, será uma conclusão pacífica. Menos pacífica poderá ser a segunda questão, nomeadamente quando num determinado Estado-Membro vigore mais do que um imposto incidente sobre o rendimento das sociedades, quanto a saber se todos esses impostos se encontram ou não submetidos ao âmbito da ATAD ou se caberá a cada Estado-Membro tomar uma posição a esse respeito, dado o silêncio da ATAD a esse respeito, parecendo-nos que seria do interesse da UE ter resolvido desde logo esta questão, adotando, por exemplo, uma solução em linha com o que consta, a esse propósito, dos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 2.º da Convenção Modelo da OCDE, esclarecendo-se desse modo a identificação dos impostos sobre o rendimento das sociedades sujeitos à ATAD, seja quanto à sua incidência real seja quanto ao respetivo sujeito ativo, bem como quanto à sua sucessão no tempo.

O âmbito de aplicação da ATAD, quando perspectivado a partir da GAAR, coaduna-se com o elemento gramatical desta regra, sendo este um aspeto que claramente distingue esta GAAR das cláusulas gerais antiabuso anteriormente previstas no Direito da UE em matéria de tributação direta, na medida em que esta GAAR não é erigida como uma proteção especificamente dirigida a uma determinada norma ou conjunto de normas do Direito da UE - como havíamos assistido até aqui, tanto na Diretiva Mães Filhas como na Diretiva Fusões -, mas sim como uma proteção relativamente a práticas abusivas dirigidas ao conjunto das normas de direito fiscal⁴²², não distinguindo a GAAR, para este efeito, entre normas de Direito da UE e normas de direito doméstico dos Estados-Membros. É o âmbito da GAAR, assim identificado, que traduz a intenção de harmonização das cláusulas gerais antiabuso em vigor em cada Estado-Membro, pelo menos quanto à aplicação destas cláusulas em matéria de imposto sobre as sociedades.

Por outro lado, mas militando neste mesmo sentido, temos que o legislador UE considerou que as regras gerais antiabuso harmonizadas serão uniformemente aplicáveis

⁴²² Admitindo que a GAAR da ATAD tem de facto um objetivo mais amplo que aquele com que até agora nos vínhamos deparando no âmbito do direito derivado da UE em matéria de tributação direta, nomeadamente o de combater o abuso do sistema de tributação das empresas, *vd.* C. ÖNER, “Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance?”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2020-1, 2020, p. 51.

tanto a situações nacionais como a situações transfronteiriças, sejam estas intraUE ou relativas a países terceiros, de modo que o âmbito e os resultados da sua aplicação não sejam diferentes em situações nacionais ou transfronteiriças⁴²³, o que aponta para uma harmonização de triplo nível da norma (ao nível doméstico, ao nível da sua aplicação a situações intraUE e ao nível da sua aplicação a situações envolvendo estados terceiros à UE), implicando uma uniformidade interpretativa e aplicativa da norma em cada, e entre cada, um desses contextos⁴²⁴.

5.7.2. Carácter *de minimis*

O carácter *de minimis* das regras previstas na ATAD, estabelecido pelo artigo 3.º dessa Diretiva, e que, naturalmente, abrange a GAAR, implica, por exemplo, que muitos Estados-membros lograram implementar esta regra apenas mantendo em vigor as suas cláusulas gerais antiabuso domésticas, na medida em que essas cláusulas garantiam já uma proteção contra práticas abusivas de nível semelhante ou superior ao nível de proteção que decorre da GAAR prevista no artigo 6.º da ATAD⁴²⁵. Mas não só. Esse carácter *de minimis* permite aos Estados-Membros igualmente estabelecer regras que conduzam a um patamar de proteção mais elevado do que resulta da regra prevista no artigo 6.º da ATAD.⁴²⁶

Caso os Estados-Membros mantenham ou estabeleçam cláusulas gerais antiabuso que conduzam a um patamar de proteção mais elevado que o estabelecido pela GAAR, há que notar que a admissibilidade desses padrões mais elevados de proteção não será só analisada à luz do artigo 3.º da ATAD, sendo avisado reconhecer a possibilidade de essa opção ser igualmente jurisdicionalmente analisada à luz do Direito primário da UE, daí que não sejam inéditos os avisos de que este carácter *de minimis* não corresponde a um cheque em branco emitido a favor dos Estados-Membros⁴²⁷. Esta posição não é, contudo,

⁴²³ *cf.* Considerando (11) da ATAD.

⁴²⁴ *vd.* J. DE JUAN CASADEVALL, “La Codificación de la Cláusula Antiabuso en el Derecho de la Unión (II)”, *Cronica Tributaria*, n.º 171, 2019, p. 166.

⁴²⁵ *vd.* BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, p. 124.

⁴²⁶ De notar que o artigo 3.º da ATAD, quanto ao nível de proteção mais elevado, é inusitadamente preciso, indicando que se trata do nível de proteção mais elevado da *matéria coletável* do imposto sobre as sociedades a nível nacional, uma referência que é comum a outras versões linguísticas da norma.

⁴²⁷ *vd.* PISTONE, *Tax Avoidance Revisited*, p. 6. De tal modo assim é que há mesmo quem negue qualquer efetividade ao artigo 3.º da ATAD relativamente aos elementos essenciais da GAAR, aceitando que o carácter *de minimis* se revele apenas quanto a aspetos acessórios ou secundários, como a previsão de sanções. Neste último sentido *vd.* DE JUAN CASADEVALL, *Cronica Tributaria II*, pp. 167 e 168.

na prática, tão líquida quanto a sua lógica interna nos poderia levar a supor, não faltando quem lembre a relutância até hoje manifestada pelo TJUE em considerar que as regras nacionais que fixem critérios ou requisitos mais rigorosos ou exigentes, exercendo os Estados-membros, desse modo, uma possibilidade que lhes seja conferida por uma norma de harmonização de Direito da UE - como por exemplo uma harmonização que apenas fixe um *standard* mínimo -, constituam atos praticados pelos Estados-Membros no âmbito do Direito da UE⁴²⁸.

5.7.3. Conceito de abuso

O conceito operativo de abuso adotado pela GAAR tem por base a ideia de que será abusiva aquela montagem ou série de montagens⁴²⁹ que verifique, cumulativamente, três pressupostos ou testes: (i) que tenha sido posta em prática com a finalidade principal, ou uma das finalidades principais, de obter uma vantagem fiscal (teste subjetivo), (ii) que a obtenção dessa vantagem fiscal frustre o objeto ou a finalidade do Direito Fiscal aplicável (teste normativo), e (iii) que não seja genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, considerando-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica (teste das razões económicas válidas)⁴³⁰.

⁴²⁸ Posição do TJUE de que dá notícia SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, p. 33 do *Chapter 5*.

⁴²⁹ É esta a expressão que efetivamente consta da versão em língua portuguesa da ATAD. A versão em língua inglesa refere-se, a este propósito, a *an arrangement or a series of arrangements*. Por outro lado, já o sabemos, porque disso a norma expressamente nos informa (*cf.* n.º 1, *in fine*, do artigo 6.º da ATAD), uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte. Mergulhando no pormenor quanto ao que poderá ser considerado como uma montagem ou uma série de montagens, e ainda que o legislador da UE tenha optado, a este respeito, por não introduzir na ATAD qualquer definição do que deverá ser entendido como uma montagem ou série de montagens, observa-se que não é a primeira vez que na ordem jurídica da UE se recorre, no contexto de uma cláusula geral antiabuso em matéria de tributação direta, ao conceito de montagem, vindo-se a tomar por válida, neste contexto, a definição de montagem que foi ensaiada na Recomendação da Comissão Europeia de 2012: qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade (*cf.* 4.3 dessa Recomendação). Neste sentido *vd.*, entre outros, ÖNER, *ECTR*, p. 47.

⁴³⁰ *vd.* BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, p. 125.

5.7.3.1. Do teste subjetivo

A formulação do teste subjetivo que se encontra no artigo 6.º da ATAD não corresponde na íntegra ao que, a este respeito, constava da proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia.

Com efeito, onde agora o que importa é que a montagem tenha sido posta em prática com a finalidade principal, ou uma das finalidades principais, de obter uma vantagem fiscal (*main purpose or one of the main purposes*), a proposta da Comissão Europeia dispunha que a montagem teria que ter sido realizada com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal (*carried out for the essential purpose of*), no que a proposta apresentada se afastava, a este respeito, da formulação do teste subjetivo que se encontra na GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas⁴³¹.

Contudo, a solução que acabou por ser adotada retomou aquela que já havia sido a formulação assumida no âmbito da GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas, introduzindo na GAAR prevista na ATAD a mesma semelhança que havia sido já apontada, no âmbito da Diretiva Mães Filhas, entre o seu teste subjetivo e o *principal purpose test* desenvolvido, no âmbito da ação 6 do projeto BEPS da OCDE⁴³², como reação à utilização abusiva das convenções para eliminação da dupla tributação⁴³³.

Que efeitos podemos extrair da alteração, a este respeito, entre o que constava da proposta inicial e o efetivo texto normativo?

⁴³¹ *vd.*, salientando esta diferença, RIGAUT, *ET*, p. 500.

⁴³² *vd.* RIGAUT, *ET*, p. 500.

⁴³³ Na sequência dos relatórios finais do projeto BEPS da OCDE, inclusivamente do relatório que coube à ação 6 desse projeto, foi celebrada a Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros (doravante MLI), adotada em Paris, em 24 de novembro de 2016, e aprovada, entre nós, pela Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, Resolução essa da qual consta uma tradução para língua portuguesa (ainda que a versão autenticada seja somente a versão em língua inglesa), a partir da qual o texto que corresponde ao n.º 1 do artigo 7.º (Prevenção do uso abusivo das convenções fiscais) é o seguinte: *Não obstante as disposições de uma convenção fiscal abrangida, não serão concedidos benefícios ao abrigo da convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da convenção fiscal abrangida..* Esta norma é apontada como constituindo uma das principais razões pelas quais os Estados Unidos da América ainda não subscreveram a Convenção Multilateral - *vd.* R. AVI-YONAH e G. MAZZONI, “BEPS, ATAP and the New Tax Dialogue: A Transatlantic Competition?”, in *Combating Tax Avoidance in the EU – Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDÍ CID, J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ e P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA org.), Wolters Kluwer, 2019, p. 18 e ss.

Desde logo, salienta-se o alinhamento deste teste com o teste subjetivo exigido no âmbito da cláusula geral antiabuso contida na Diretiva Mães Filhas.

Depois, e ainda que não tenha sido avançada qualquer justificação para esta mudança por parte do Conselho da UE, não nos choca imputar-lhe a intenção que melhor decorre do elemento gramatical da norma, pelo que entendemos que a formulação concretamente adotada sinaliza precisamente a intenção legislativa de que este teste se deverá considerar cumprido nos casos em que se verifique que um dos motivos, propósitos ou objetivos (as ditas finalidades) que conduziram o contribuinte a participar na montagem ou série de montagens sob análise, corresponde à intenção de diminuir a sua dívida tributária, e se verifique igualmente que esta motivação foi, pelo menos, uma das motivações principais que conduziram à concretização da montagem ou série de montagens⁴³⁴.

Entendido deste modo, este teste é menos exigente do que o teste subjetivo que decorreria tanto da consagração da abordagem *sole purpose* - segundo a qual a obtenção da vantagem fiscal terá que ser a exclusiva finalidade da montagem -, como da abordagem *essential purpose*, conforme fora proposto pela Comissão Europeia - segundo a qual se admite que uma montagem possa até ter outras finalidades para lá das finalidades fiscais, ainda assim exigindo-se que a obtenção da vantagem fiscal seja a sua única finalidade essencial -, pois o critério estabelecido no artigo 6.º da ATAD admite que uma montagem ou série de montagens que possua dois ou mais propósitos principais, desde que um deles seja o de obter uma vantagem fiscal⁴³⁵, possa ser uma montagem que fique sob efeito da GAAR, isto, claro está, caso essa montagem verifique os demais pressupostos para que estejamos perante uma situação abusiva relevante nos termos dessa regra.

Tratar-se-á, por conseguinte, de um teste subjetivo menos exigente que aquele que tradicionalmente vem sendo enunciado pelo TJUE, pelo menos desde o Caso *Cadbury Schweppes*, no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação direta⁴³⁶, aproximando-se assim este teste mais da formulação que dele era feita no âmbito do Caso *Halifax*, pelo menos na leitura que desta decisão fez o

⁴³⁴ vd. M. WILDE, “Is the ATAD’s GAAR a Pandora’s Box?”, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study* (P. PISTONE e D. WEBER org.), IBFD, 2018, p. 6 do Chapter 14.

⁴³⁵ O outro lado da mesma moeda é que uma montagem que demonstre uma finalidade económica não tributária relevante (isto é, em que se identifique uma finalidade económica extrafiscal que não seja nem marginal, nem acessória nem inconsequente) corre, ainda assim, o risco de poder vir a ser considerada abusiva, como notam BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, pp. 126 e 127.

⁴³⁶ vd., neste sentido, WILDE, *The Implementation*, p. 6 do Chapter 14.

TJUE no Caso *Part Service*⁴³⁷ (a respeito, portanto, do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação indireta). Curiosamente, a possibilidade de se vir a assistir a uma aproximação, nas decisões do TJUE, entre as formulações do teste subjetivo em cada uma dessas áreas da tributação era algo que se vinha admitindo - mesmo antes da aprovação da ATAD ou mesmo da aprovação da GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas - que pudesse suceder, perspetivando-se que perante uma mistura de motivações fiscais e motivações não-fiscais pudesse ainda assim haver abuso, caso a motivação fiscal fosse a mais importante ou uma das mais importantes⁴³⁸.

A formulação do teste subjetivo adotada não transforma, contudo, qualquer montagem que assuma como uma das suas principais motivações a obtenção de uma vantagem fiscal, imediatamente numa situação de abuso visada pela GAAR⁴³⁹. É certo que as empresas não se organizam nem atuam num vazio motivacional, e que entre as motivações e razões para as sociedades se organizarem e atuarem como atuam constam decerto significativas considerações fiscais, do que decorre que é séria a probabilidade de este teste subjetivo se ver muitas vezes, senão quase sempre, preenchido⁴⁴⁰. Contudo, tal não quer dizer que todas as montagens que verifiquem o teste subjetivo sejam, desse modo, ou por essa razão, consideradas como abusivas nos termos da GAAR. Partir para uma tal conclusão apenas com base no teste subjetivo implicaria desconsiderar, menosprezando-o, o decisivo papel que neste conceito de abuso é desempenhado pelos outros dois testes, sobre os quais, em contrapartida, se observa que a maior abertura do teste subjetivo acaba por fazer incidir mais pressão⁴⁴¹.

Quanto ao teste subjetivo, cabe ainda notar que é igualmente sugerido que a GAAR permitirá que este teste seja interpretado de acordo com a abordagem da finalidade

⁴³⁷ Acórdão do TJUE de 21/02/2008, proferido no processo C-425/06, pesquisável em www.curia.europa.eu, em cujo § 45 se dispõe que a Sexta Diretiva IVA deve ser interpretada no sentido de que se pode considerar que existe uma prática abusiva quando o objetivo de obter uma vantagem fiscal constitui o fim essencial da operação ou das operações em causa, não se exigindo que seja o seu único objetivo.

⁴³⁸ *vd.*, neste sentido, VANISTENDAEL, *Prohibition of Abuse*, p. 422.

⁴³⁹ Em aparente sentido contrário ao nosso, *vd.* BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, p. 127.

⁴⁴⁰ Circunstância para que nos alerta WILDE, *The Implementation*, p. 7 do Chapter 14.

⁴⁴¹ Como se afirma, perante este mesmo teste (*main purpose or one of the main purposes*) no âmbito da GAAR do Reino Unido: “*The subjective test forms only a first step to a much more stringent set of conditions*”- *cf.* J. FREEDMAN, “The UK General Anti-Avoidance Rule: Transplants and Lessons”, *Bulletin for International Taxation*, Volume 73, n.º 6/7, 2019, p. 335.

predominante que foi desenvolvida pelo TJUE no Caso *Foggia*⁴⁴², nos termos da qual se admite que possam concorrer vários propósitos numa só montagem, exigindo-se, para que a norma antiabuso seja aplicável, que o objetivo de índole fiscal corresponda à motivação preponderante, nomeadamente, que se sobreponha a qualquer motivação ou objetivo económico de índole não fiscal⁴⁴³. Na medida em que esta posição se aproxima de uma abordagem *essential purpose*, a qual até foi proposta mas que, de todo, não consta do elemento gramatical da norma, não nos parece que seja esta abordagem a principal candidata a guiar-nos na interpretação deste teste no âmbito do artigo 6.º da ATAD. Esta possibilidade poderá, contudo, vir a funcionar como uma solução de compromisso, e nessa medida teremos que esperar para ver se o TJUE sentirá a necessidade de estabelecer tal compromisso, possivelmente no âmbito de uma tentativa deste em integrar numa só leitura os vários conceitos de abuso que já vigoram no âmbito do Direito da UE, mas, efetivamente, não nos parece ser esta uma interpretação que se imponha por si mesma, face ao elemento gramatical da norma e à clara diferença que se observa relativamente ao que havia sido proposto a esse respeito.

Uma última palavra para sublinhar que este teste se mantém, quanto à sua verificação, conforme enunciado no Acórdão *Emsland-Stärke*, dependendo essa verificação de factos objetivos que evidenciem a ausência ou a presença, no caso concreto, de genuínas razões comerciais para uma determinada montagem ou série de montagens, não havendo uma imperiosa necessidade de verificar e de demonstrar diretamente a motivação inerente à participação dos sujeitos envolvidos⁴⁴⁴.

5.7.3.2. Do teste normativo

Pese embora possa haver quem se refira a este teste como o teste da mera suficiência que se frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável⁴⁴⁵, parece-nos que este é, pelo contrário, um ponto fulcral do conceito de abuso adotado pela GAAR. Por mais difícil que possa ser a tarefa de identificar o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, e de concluir que da montagem ou série de montagens resulta a respetiva

⁴⁴² “Consequentemente, uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada.” - *cf.* § 35 do Acórdão *Foggia*.

⁴⁴³ Neste sentido *vd.* DE JUAN CASADEVALL, *Cronica Tributaria II*, pp. 173 a 175.

⁴⁴⁴ Conforme vimos *supra*, em 4.1.5.1 do presente trabalho.

⁴⁴⁵ *vd.*, neste sentido, ÖNER, *ECTR*, p. 46.

frustração, não há qualquer abuso sancionado nos termos desta cláusula sem que este teste seja verificado com sucesso⁴⁴⁶.

Há autores que, perante a espinhosidade da tarefa supra referida, arriscam desde logo identificar quais sejam o objeto e a finalidade da lei fiscal aplicável perante a própria ATAD, de modo que assumem que o objeto ou finalidade relevante é a preservação de que o imposto sobre as empresas seja pago onde os lucros e o valor são gerados, protegendo igualmente os sistemas fiscais dos Estados-Membros contra a erosão da base fiscal que resulte de estratégias agressivas de planeamento fiscal, o que se pode resumir como a proteção dos interesses de política fiscal dos Estados-Membros quanto à obtenção de receitas de imposto sobre as empresas⁴⁴⁷.

Duvidamos, contudo, que a identificação do objeto ou da finalidade das normas de direito fiscal, que é exigido pelo artigo 6.º da ATAD, se baste com a análise do objeto ou da finalidade da ATAD, pois que - algo inovadoramente - e no que se distingue esta das anteriores cláusulas gerais antiabuso contidas em diretivas da UE relativas à tributação direta - a GAAR não é imposta aos Estados-Membros como uma medida de proteção contra práticas abusivas das normas previstas nesse mesmo instrumento de Direito derivado da UE (no caso, a ATAD) de que possam resultar, para os contribuintes, vantagens fiscais.

De facto, não se observa na norma positivada qualquer elemento que nos permita concluir que a GAAR sequer se demonstra especialmente dirigida à proteção das normas de Direito da UE, ordem jurídica onde (ainda) não abundam as normas fiscais atinentes à tributação do rendimento das sociedades, pelo que entendemos que as normas que são, por esta GAAR, protegidas de práticas abusivas não se limitam certamente às normas fiscais que procedam dessa ordem jurídica.

Deste modo, julgamos que a verificação do teste normativo implicará que se identifique o objeto e a finalidade das normas fiscais que, em cada caso, se identifiquem como tendo sido alvo de abuso⁴⁴⁸ - independentemente de se tratarem de normas fiscais

⁴⁴⁶ Neste último sentido *vd.* D. STEVANATO, “The New Italian GAAR in Light of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)”, *European Taxation (ET)*, September, 2019, p. 437, incluindo as referências que constam da *ndr* 48.

⁴⁴⁷ *vd.*, neste sentido, WILDE, *The Implementation*, p. 7 do *Chapter* 14.

⁴⁴⁸ Apontando igualmente para uma análise casuística deste elemento referida à norma fiscal doméstica, *vd.* D. SMIT, “The Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)”, in *European Tax Law* (P. J. WATTEL, O. MARRES e H. VERMEULEN org), Volume I, seventh edition, Wolters Kluwer, 2018, p. 535.

da ordem jurídica da UE ou de normas fiscais domésticas do Estado-Membro -, desde que umas e outras normas digam respeito ao imposto sobre o rendimento das sociedades.

Concedemos que a própria circunstância de hoje vigorar a ATAD, com o conteúdo que se lhe reconhece, atribui um muito maior lastro à existência de uma preocupação da ordem jurídica da UE relativamente à preservação das bases tributárias do imposto sobre as sociedades dos Estados-Membros, de que a ATAD é um sinal inequívoco, mas julgamos que o teste normativo da GAAR exige uma maior profundidade, finura ou pormenor quanto à sua verificação, nomeadamente exigindo que seja identificada a norma alvo de abuso e que a mesma seja interpretada, precisando-se qual seja o seu objeto ou finalidade, de modo a demonstrar em que medida estamos perante a frustração desse objeto ou finalidade. A este propósito, estamos em crer, não bastará referir aquela que é a finalidade da grande maioria das normas fiscais substantivas: a obtenção de receitas por parte do sujeito ativo da relação tributária.

Este teste normativo, que é expressamente afirmado na letra da norma, não será, contudo, uma novidade, pois que constitui o alicerce que suporta qualquer GAAR baseada na teoria da fraude à lei - como julgamos ser também o caso desta GAAR -, sendo que esse elemento era já vislumbrado na jurisprudência do TJUE, tanto no Caso *Halifax* como no Caso *Cadbury Schweppes*⁴⁴⁹.

Perante este teste normativo é, contudo, legítimo questionar se o mesmo implica a obrigação de se identificar qual seja a norma de cobertura em causa numa determinada montagem abusiva ou se, pelo contrário, a obrigação que há é a de identificar a norma defraudada por essa montagem. Num primeiro instante, numa reação certamente impulsiva, responderíamos que o teste normativo constante do n.º 1 do artigo 6.º da ATAD exige que seja identificada e demonstrada a frustração do objeto ou finalidade da norma fiscal relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades que tenha sido defraudada através da concreta montagem ou série de montagens. Contudo, uma leitura mais atenta da norma acaba por abalar esta nossa certeza, pois que, efetivamente, não nos parece que o legislador da UE tenha sido, ou tenha sequer procurado ser, claro a esse respeito, pelo menos não o foi de modo a permitir-nos excluir taxativamente, da mecânica

⁴⁴⁹ Como salienta G. MARIN BENITEZ, “The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms”, in *Combating Tax Avoidance in the EU - Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDÍ CID, J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ e P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA org.), Wolters Kluwer, 2019, p. 59.

do teste normativo, considerações relativas à norma de cobertura, ainda que, como afirmámos, nos pareça que esse teste, conforme está enunciado, se preocupe sobretudo em cuidar da norma defraudada.

Este tópico revela-nos mais uma das diferenças que se constata quando se compara esta GAAR com o princípio da proibição de abuso do Direito da UE, onde deparamos com um cenário oposto ao supra referido, pois é aí clara a preocupação desse princípio geral em impedir que o Direito da UE possa ser utilizado como norma de cobertura. Por outro lado, é igualmente óbvia a diferença, a este respeito, entre a GAAR prevista na ATAD e a GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas, pois esta última preocupa-se exclusivamente com a norma defraudada, pois visa impedir a defraudação das normas que estabeleçam os benefícios constantes da Diretiva Mães Filhas. Parece-nos, pois, que, a este respeito, o teste normativo previsto no n.º 1 do artigo 6.º da ATAD se distingue dos testes normativos já expressamente enunciados em matéria de abuso do Direito da UE.

5.7.3.3. Do teste das razões comerciais válidas (que refletem a realidade económica)

Sobre uma montagem ou série de montagens que verifique os dois testes a que nos vimos de referir poderá a GAAR apenas vir a incidir caso essa montagem se revele não genuína.

Quanto a saber em que consiste o carácter não genuíno de uma montagem ou série de montagens, temos, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º da ATAD, que esse carácter é estabelecido quando, tendo em conta todos os factos e circunstâncias, se possa concluir que a montagem ou série de montagens não terá sido posta em prática por razões comerciais válidas⁴⁵⁰, que reflitam a realidade económica. Esta solução foi igualmente adotada no âmbito da GAAR prevista pela Diretiva Mães-Filhas.

⁴⁵⁰ A versão em língua portuguesa da norma refere-se a *razões comerciais válidas*. Contudo, parece-nos que o conceito será melhor apreendido se o entendermos mais vastamente, como dizendo respeito a ‘razões económicas válidas’, tal qual já o fez o legislador nacional aquando da transposição da cláusula antiabuso prevista na Diretiva Fusões (*cf.* n.º 10, *in fine*, do atual artigo 73.º do Código do IRC), pois que não está aqui em causa uma qualquer atenção especial a um sector económico específico - como o do comércio - nem a GAAR se preocupa especialmente ou apenas com transações (comerciais). Quanto ao que possam ser estas razões económicas válidas, acabamos por aceitar, no presente momento, face à grande indeterminação que neste campo ainda subsiste, que se possam considerar como válidas todas as razões económicas com exceção das razões (económicas) de natureza fiscal – *vd.*, neste sentido, WILDE, *The Implementation*, p. 11 do *Chapter 14*.

Este trecho da norma pode ser visto como cristalizando a doutrina *business purpose*, sobre a qual orbita a análise da autenticidade ou genuinidade de atos ou negócios jurídicos⁴⁵¹, ou, dado o entendimento desse teste nos termos do n.º 2 do artigo 6.º da ATAD, em alguma medida introduz a abordagem *substance over form*⁴⁵². Neste contexto, um ato ou negócio jurídico integrado numa montagem ou série de montagens será genuíno quando o seu propósito corresponda a razões comerciais válidas, isto é, a motivos económicos válidos e que estejam de acordo com a realidade económica observada no caso concreto. Não basta, pois, que se fixe qual tenha sido o propósito subjetivo desses atos ou negócios, é ainda necessário que estes resistam ao confronto com a realidade económica⁴⁵³, sendo este, parece-nos, o sentido geral deste teste, ainda que, cumpre notar, entre este teste e o teste subjetivo exista uma relação muito forte⁴⁵⁴.

Alguma doutrina, na esteira do que resulta do Caso *Cadbury Schweppes*, não se coíbe de reconhecer a este teste um papel charneira ou de preponderância na aferição de uma situação abusiva, na medida em que se defende que esta GAAR deve ser aplicada, na UE, apenas a montagens que não sejam genuínas⁴⁵⁵, assumindo em pleno a doutrina do expediente puramente artificial, desenvolvida pelo TJUE no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação direta, a qual professa que, na medida em que se surpreenda nas transações analisadas um substrato ou realidade económica, estaremos então perante uma efetiva integração ou interpenetração económica dos Estados-Membros - objetivo e finalidade das liberdades fundamentais previstas no Tratado -, cuja presença é salvaguardada, independentemente de a finalidade de obter uma vantagem fiscal ser ou não prevalente sobre a finalidade económica⁴⁵⁶.

Por outro lado, a linguagem mobilizada pelo legislador na GAAR da ATAD induz que algum grau de abuso poderá estar presente mesmo perante algum nível de substância, ou seja, mesmo que se observe alguma genuinidade nas montagens ou série de montagens⁴⁵⁷, o que afastaria esta GAAR da doutrina do expediente puramente artificial. Para mais quando, como nos parece, não é claro que a superioridade hierárquica do

⁴⁵¹ Neste sentido *vd.* DE JUAN CASADEVALL, *Cronica Tributaria*, p. 169.

⁴⁵² *vd.* SMIT, *European Tax Law*, p. 532.

⁴⁵³ *vd.* DE JUAN CASADEVALL, *Cronica Tributaria*, pp. 169 e 170.

⁴⁵⁴ A que regressaremos *infra*, em 5.7.5 do presente trabalho.

⁴⁵⁵ *vd.*, neste sentido, BENITEZ, *Combating*, p. 59. Deste tópico trataremos *infra*, em 5.7.5 do presente trabalho, em maior pormenor.

⁴⁵⁶ *vd.* VANISTENDAEL, *ECTR*, 195.

⁴⁵⁷ Como nota WILDE, *The Implementation*, p. 13 do *Chapter 14*.

princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE baste para que o TJUE esteja obrigado a alinhar a interpretação da GAAR prevista na ATAD pelo diapasão utilizado no âmbito daquele princípio geral⁴⁵⁸.

Regressando agora ao texto do artigo 6.º da ATAD, temos que esta norma, ao enunciar o teste das razões comerciais válidas, afirma que o carácter não genuíno deve ser aferido *tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*. Esta enunciação legislativa não constitui propriamente uma novidade, podendo já encontrar-se algo de semelhante na GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas, mas, ainda assim, sentimos necessidade de perceber o que significa ao certo a expressão *tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*.

Esta questão, que não parece ter sido até à data motivadora de grandes considerações doutrinárias no seio das análises à GAAR prevista na ATAD, não se resume a uma simples questão linguística, na medida em que é perceptível que, em jurisdições de *common law*, a esta mesma expressão (*facts and circumstances*) é reconhecido um valor normativo próprio, correspondendo aí esta expressão a um recurso que permite resolver os casos em que as consequências legais, nomeadamente as fiscais, de uma determinada atividade estão na dependência de informação que é apenas do conhecimento do sujeito passivo (como, por exemplo, qual seja a sua motivação subjacente à prática de um determinado ato), de modo que o investigador ou inquiridor se encontra, por natureza, impedido de observar diretamente essa informação, pelo que, no estabelecimento de factos que dependam dessa informação, a esse investigador ou inquiridor é apenas possível inferir esses factos a partir de outros factos ou informações que sejam por si observáveis⁴⁵⁹, o que abre caminho a decisões tomadas não apenas com base em factos inequívocos, mas também com base na avaliação que o agente (administração fiscal ou tribunal) faça de

⁴⁵⁸ Especularemos *infra*, em 5.7.5 do presente trabalho, se há ou não motivos para que se questione se ao teste das razões comerciais válidas deve ser reconhecido, no âmbito da GAAR prevista na ATAD, um papel semelhante ao que é reconhecido no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, nomeadamente quanto a impor a exigência de um expediente puramente artificial.

⁴⁵⁹ *vd.* A. T. HAYASHI, “A Theory of Facts and Circumstances”, *Alabama Law Review (ALR)*, Vol. 69, n.º 2, 2017, p. 293. Atente-se no exemplo aí avançado pelo autor, relativo ao imposto federal norte-americano sobre o rendimento: saber se uma transferência do direito de propriedade é ou não uma doação para efeitos de imposto sobre o rendimento depende do ânimo ou intenção com que atua quem transfere o direito de propriedade para outrem, aceitando os tribunais que tal intenção ou ânimo do transmitente possa ser firmado com base em todos os factos e circunstâncias observáveis que rodeiem essa transferência.

todos os factos e circunstâncias atinentes a um determinado facto⁴⁶⁰, aproximando-nos do que habitualmente é, entre nós, referido como prova indireta ou indiciária.

O recurso aos factos e circunstâncias relevantes permite ultrapassar situações de prova bastante difícil ou impossível, implicando, em contrapartida, uma maior dose de incerteza e insegurança jurídica, na medida em que se torna difícil garantir quer a padronização desses factos e circunstâncias - sob pena de se permitir, depois, a respetiva manipulação pelos sujeitos passivos -, quer a padronização e universalidade da sua avaliação por cada um dos agentes que a eles recorram.

No contexto da Diretiva Mães Filhas encontra-se um esclarecimento útil a este respeito, através do qual o legislador UE clarifica que ao avaliar se uma montagem ou uma série de montagens constitui uma prática abusiva, as administrações fiscais dos Estados-Membros devem efetuar uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias relevantes⁴⁶¹. Lamentavelmente, não se encontra semelhante esclarecimento no âmbito da ATAD, sobretudo quando nos parece que o elemento gramatical da norma dedicado a esta questão pode, ainda que inadvertidamente, induzir a interpretação segundo a qual apenas em relação ao teste das razões económicas válidas pode haver recurso aos factos e circunstâncias relevantes, quando, atenta a natureza deste recurso probatório, nos parece que não há nenhuma razão que justifique a prevalência dessa interpretação.

Se compararmos o teste subjetivo com o teste das razões comerciais válidas, não se observa que a verificação deste último teste dependa em maior medida de factos ou informações que apenas estejam na disposição do sujeito passivo do que ocorre no teste subjetivo - nos termos do qual há que estabelecer qual seja a motivação subjacente a determinada montagem ou série de montagens -, especialmente quando a substância económica, fator a que se confia a GAAR para aferir da genuinidade de uma montagem ou série de montagens, é perceptível por outrem que não o sujeito passivo, em claro contraste com o que sucede em relação à finalidade principal que subjaz a uma determinada montagem ou série de montagens. Deste modo, não faz sentido admitir o

⁴⁶⁰ Com esta natural consequência: «One problem that taxpayers face in “sail[ing] on an illimitable ocean of individual beliefs and experiences” of factfinders is that they get different outcomes depending on how their judge or jury thinks that gift givers behave, or what sorts of purchases and expenditures generate personal pleasure and which ones do not. The uncertainty about which facts a court will look to is compounded by the uncertainty about how those facts will be weighed against each other if they suggest opposite conclusions.» - *vd.* HAYASHI, *ALR*, p. 294.

⁴⁶¹ *cf.* Considerando (7) da Diretiva Mães Filhas.

recurso a prova indireta - através de todos os factos e circunstâncias relevantes -, relativamente ao teste das razões comerciais válidas e não o fazer também perante o teste subjetivo, que do recurso à prova indireta está mais carecido, para mais quando, como vimos, se vem aceitando que a verificação do teste subjetivo depende sobretudo de factos objetivos e não necessariamente da demonstração inequívoca de qual tenha sido a motivação do sujeito passivo. Em suma, julgamos que o recurso a todos os factos e circunstâncias relevantes deve aqui ser entendido tal como o é para efeitos da GAAR prevista na Diretiva Mães Filhas: que ao avaliar se uma montagem ou uma série de montagens constitui uma prática abusiva (quanto ao teste subjetivo e ao teste das razões comerciais válidas, pois são estes os testes em que se discutirá matéria de facto), as administrações fiscais (e os Tribunais) dos Estados-Membros devem efetuar uma análise objetiva de todos os factos e circunstâncias relevantes.⁴⁶²

5.7.4. Consequência jurídica

Nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da ATAD, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que seja considerada abusiva para efeitos do cálculo do imposto sobre as sociedades⁴⁶³. Por sua vez, o disposto no n.º 3 desse artigo postula que, no caso da montagem ou série de montagens não ser tomada em consideração nos termos do n.º 1, a coleta⁴⁶⁴ é calculada nos termos do direito nacional.

⁴⁶² É, a este propósito, mais satisfatória a redação do *principal purpose test* enunciada no n.º 1 do artigo 7.º da MLI, ao dispor que *Não obstante as disposições de uma convenção fiscal abrangida, não serão concedidos benefícios ao abrigo da convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da convenção fiscal abrangida.*

⁴⁶³ É certo que a versão em língua portuguesa da norma se refere a *Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades*. Contudo, esta é uma opção linguística que não só se estranha, por apontar o intérprete no sentido de que os efeitos da aplicação da GAAR se limitariam ao cálculo da matéria coletável, ou seja, incidiriam apenas sobre a parte do procedimento de apuramento da obrigação de imposto correspondente ao cálculo da matéria coletável, como julgamos que é uma opção cuja relevância e acerto é questionável, pois consultando algumas outras diferentes versões linguísticas da ATAD não se observa que essa ideia aí igualmente pontue, postulando a versão em castelhano, a este respeito, *efectos del cálculo de la deuda tributaria*, da versão em língua inglesa constando *purposes of calculating the corporate tax liability*, a versão em francês determinando *du calcul de la charge fiscale des sociétés*, ou a versão em italiano que se refere a *calcolo dell'imposta dovuta sulle società*. Caso para dizer que a influência da discussão da proposta CCCTB de 2011 na GAAR prevista na ATAD é, na versão em língua portuguesa, *um gato com o rabo de fora*.

⁴⁶⁴ A norma, na sua versão em língua portuguesa, refere-se a coleta. Note-se que, caso acompanhássemos a referência que no n.º 1 desse artigo é feita ao cálculo da matéria coletável, esta

Todavia, a dimensão normativa do verbo escolhido pelo legislador UE - *ignorar* uma montagem ou série de montagens -, está longe de ser inequívoca quanto ao seu sentido e alcance, não tendo ainda esta expressão lastro suficiente, nem se observando uma sua utilização corrente nos direitos nacionais, de modo a que se tenha uma noção uniforme de quais possam ser as concretas consequências em que se traduzirá esse ignorar de uma montagem ou série de montagens, o que nos coloca perante a contingência dessas consequências poderem vir a variar perante diferentes situações de abuso, ainda que se aceite que o sentido útil mínimo desta expressão seja o de que as autoridades tributárias não terão que reconhecer, para efeitos tributários, as partes das montagens ou séries de montagens que sejam abusivas⁴⁶⁵.⁴⁶⁶

Quanto à primeira e principal consequência jurídica que cabe extrair desta norma - ignorar uma montagem ou série de montagens -, temos que o denominador mínimo que é estabelecido pela GAAR acaba por se fixar um pouco aquém do que a doutrina vinha extraíndo, a este respeito, do Caso *Halifax*⁴⁶⁷, ainda que esta consequência jurídica se apresente em linha com o que resulta das cláusulas gerais antiabuso da Diretiva Fusões e da Diretiva Mães Filhas. Parece-nos, contudo, que o legislador UE, no âmbito da ATAD, conta que os Estados-Membros não só ignorem a montagem ou série de montagens como acabem por, de algum modo, redefinir, para efeitos fiscais, e quando tal se justifique, as montagens ou séries de montagens que reputeem como abusivas, tendo-se expressamente confiado os exatos termos dessa operação à lei doméstica dos Estados-Membros⁴⁶⁸. Se se preferir, parece-nos que o legislador UE não só antecipou como admitiu que os Estados-Membros não só desconsiderarão os efeitos fiscais das montagens ou séries de montagens reputadas abusivas nos termos da cláusula geral antiabuso que transponha a GAAR, como também admitiu que procederão à redefinição, para efeitos tributários, e quando tal se justifique, dessas mesmas montagens ou séries de montagens abusivas, tendo o legislador UE, todavia, optado por não harmonizar esse trecho da reação jurídica, só assim se justificando, aliás, a permanência no diploma legal do n.º 3 do artigo 6.º da ATAD, uma

referência a *coleta* aparecer-nos-ia como um elemento absolutamente espúrio, pois a grandeza que resulta do cálculo da matéria coletável é a matéria coletável, a qual antecede, e não necessariamente coincide, com a coleta do imposto.

⁴⁶⁵ Neste sentido, *vd.* ÖNER, *ECTR*, p. 48.

⁴⁶⁶ Refira-se, a este propósito, que a proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia dispunha, a este respeito, “não são tomadas em consideração”. Contudo, esta diferença apenas se revela na versão em língua portuguesa, pelo que não a reputamos como significativa, além de que nos seria ainda mais difícil discernir qual seria o sentido útil a imputar a essa diferença.

⁴⁶⁷ *vd.*, neste sentido, ÖNER, *ECTR*, p. 48.

⁴⁶⁸ Admitindo esta possibilidade *vd.* WILDE, *The Implementation*, p. 5 do *Chapter 14*.

vez que esta norma nada acrescenta em termos de harmonização. Note-se que o n.º 3 do artigo 6.º da ATAD não corresponde na íntegra ao que havia sido proposto pela Comissão Europeia, a qual pretendia que, nos casos sobre os quais incidisse a GAAR, não só fossem as montagens ou séries de montagens tidas por abusivas desconsideradas, para efeitos do cálculo do imposto, como também que o imposto fosse, nesses casos, calculado com base na substância económica em conformidade com a legislação nacional.⁴⁶⁹

Uma vez que a versão final da GAAR não vai tão longe quanto o que fora originalmente proposto - pois não prevê a obrigação de reconfigurar as montagens ou séries de montagens de acordo com a sua substância económica (ainda que de acordo com as regras nacionais)-, concordamos com aqueles que percecionam, quanto às consequências jurídicas de segunda ordem, como a redefinição da situação para efeitos de cálculo do imposto sobre as sociedades, ou mesmo quanto às consequências de terceira ordem, como a previsão e cominação de sanções sobre o sujeito passivo, que estes são aspetos do funcionamento das cláusulas gerais antiabuso que, pese embora a ATAD, não se encontram harmonizados^{470 471}.

5.7.5. Relação, entre si, dos testes em que se decompõe o conceito de abuso

Ao considerarmos, como consideramos, que a GAAR prevista na ATAD denota a preocupação de seguir de perto o que o TJUE vinha afirmando em relação ao princípio da proibição de abuso do Direito da UE na área da tributação direta - de tal modo que a atuação do Conselho da UE pode até parecer ter sido algo conservadora, pois que, na aparência, procura deixar a imagem que estaria em grande medida a seguir a par e passo aquela doutrina jurisprudencial -, julgamos que esse exercício é, em parte, mais aparente do que real, pois que o reconhecimento que é prestado pelo legislador da UE ao trabalho que vinha sendo feito pelo TJUE, atentos os termos em que é prestado, acaba por dar azo

⁴⁶⁹ As dificuldades em harmonizar este aspeto em particular seriam consideráveis, dada a variedade de soluções nacionais existentes, pelo que não nos incomoda imaginar que os Estados-Membros tenham reconhecido que a busca por um acordo quanto a essa matéria poderia vir a prejudicar a reconhecidamente célere adoção da ATAD, razão pela qual esse ensejo harmonizador perdeu fôlego durante a discussão, no Conselho da UE, da ATAD.

⁴⁷⁰ *vd.* STEVANATO, *ET*, p. 437.

⁴⁷¹ Havendo mesmo quem perspetive que este vazio de harmonização pode vir a dar origem a tributação arbitrária ou múltipla em sede de imposto sobre as sociedades - *vd.* WILDE, *The Implementation*, p. 5 do *Chapter* 14.

a algumas dificuldades, quando não mesmo constitui um *presente envenenado*, que caberá ao TJUE desembrulhar.

Um exemplo do que vimos de referir *supra*, por ventura o seu exemplo maior, pode ser constatado perante o teste subjetivo, o qual, conforme se encontra positivado, não indica que o Conselho da UE tenha sufragado a abordagem *sole purpose* - sendo que era esta última a abordagem que vinha sendo ditada pelo TJUE no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE aplicável em matéria de tributação direta -, pois que admite que venha a ser considerada como abusiva uma montagem ou série de montagens quando um dos seus principais objetivos seja o de obter uma vantagem fiscal, e não apenas quando a obtenção da vantagem fiscal seja o seu único principal objetivo⁴⁷².

A onda de choque que é provocada por esta diferença pode não afetar apenas o entendimento do que constitua o teste subjetivo no âmbito da GAAR, vislumbrando nós que poderá vir até a implicar a revisão da interpretação e valoração de outros testes que compõem o conceito de abuso dessa norma. Ainda que, sem dúvida, de um modo especulativo, vejamos:

O principal efeito que se retira do modo como o Conselho da UE conformou o teste subjetivo na GAAR, já o vimos, é a possibilidade de se considerarem como montagens abusivas um número maior de montagens ou séries de montagens face, por exemplo, ao princípio de proibição do abuso de Direito da UE em matéria de tributação direta, na medida em que este teste não exclui do âmbito de aplicação da GAAR as montagens ou séries de montagens que, conjuntamente com objetivos fiscais, prossigam igualmente um relevante objetivo económico extrafiscal, exclusão essa que sucede no âmbito do princípio de proibição do abuso de Direito da UE em matéria de tributação direta.

No entanto, a coexistência numa única montagem ou série de montagens de, pelo menos, dois objetivos ou propósitos principais, sendo um deles um objetivo económico não fiscal, faz com que seja expectável que, aquando da análise da genuinidade ou artificialidade dessa montagem ou série de montagens no âmbito do teste das razões comerciais válidas, depararemos com alguma substância, nomeadamente a substância subjacente aos objetivos económicos extrafiscais da montagem ou série de montagens.

⁴⁷² Notando esta diferença, *vd.* L. DE BROE e D. 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 (ECTR)*, 2017-3, 2017, p. 144.

Esta é uma circunstância nova, pois nos termos em que habitualmente vínhamos perspetivando o teste subjetivo no âmbito do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, o teste de artificialidade era aí enunciado e entendido de um modo congruente com a doutrina *sole purpose*, na medida em que numa montagem em que o único objetivo seja a obtenção de uma vantagem fiscal muito dificilmente depararemos com uma substância económica capaz de colocar em causa a circunstância de estarmos perante um expediente puramente artificial.

Por outro lado, convém recordar que a separação expositiva e dogmática que empreendemos entre o teste subjetivo e o teste das razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica não tem uma repercussão prática semelhantemente estanque, observando-se mesmo que há uma elevada interpenetração ou aglutinação entre estes dois testes, chegando ao ponto de ambos os testes poderem ser aferidos perante os mesmos factos e circunstâncias relevantes.

É este *continuum* entre os dois testes que nos parece que está em risco de ser interrompido caso se insista em atribuir a todos os testes da ATAD as mesmas funções, estabelecendo entre eles a mesma relação que é observável no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE. Se a um critério de abuso mais amplo, traduzido na concreta formulação legal do teste subjetivo inerente à GAAR, não se seguir uma reanálise dos restantes elementos ou testes desse conceito de abuso, depararemos com a inutilização da abertura do âmbito de aplicação que resulta da adoção desse critério mais amplo.

Se, por exemplo, insistirmos numa leitura da importância e da função do teste das razões comerciais válidas que se limite a transpor para a GAAR o que o TJUE vem afirmando quanto ao teste de artificialidade no âmbito do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, isto é, se entendermos que este teste impõe a exigência de que uma montagem, para que seja abusiva, tenha que corresponder a um expediente puramente artificial, estaremos a inutilizar o que resulta da adoção de um teste subjetivo menos exigente. Estaremos, no limite, a reduzir este teste a um teste *sole purpose*, pois da interação entre ambos os testes resultará que apenas as montagens ou séries de montagens cuja finalidade principal seja exclusivamente a de obter uma vantagem fiscal estarão em condições de se revelar expedientes puramente artificiais. É que, ao admitir-se que numa montagem abusiva possam coexistir, como finalidades ou propósitos principais, tanto

razões económicas extrafiscais como razões fiscais, passa a ser expectável que essa montagem ostente alguma substância económica - a substância correspondente aos seus objetivos económicos não fiscais -, o que, caso se siga uma abordagem do teste das razões comerciais válidas que se limite a decalcar o critério dos expedientes puramente fiscais, inutilizará por completo a maior abrangência do conceito de abuso resultante do teste subjetivo. Seria, se nos é permitida a ilustração, como deitar fora pela janela aquilo que antes se fez entrar pela porta, sem que se tenha tido o cuidado de perceber o que era.

Por esta razão, é com alguma ansiedade que esperamos por saber qual virá a ser a posição do TJUE a este respeito, admitindo nós que o TJUE, ao invés de repetir aqui o corpo jurisprudencial por si criado a respeito do teste de artificialidade no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, poderá, eventualmente, sentir a necessidade de, no âmbito da GAAR, procurar restabelecer o equilíbrio e a congruência entre o teste subjetivo e o teste das razões comerciais válidas, à imagem do equilíbrio que, no âmbito do princípio de proibição de abuso do Direito da UE, se observa entre a doutrina *sole purpose* e a exigência de um expediente puramente artificial⁴⁷³.

Caso o TJUE enverede pela reposição do equilíbrio ou *continuum* entre o teste subjetivo e o teste das razões comerciais válidas, uma das vias possíveis para tratar convenientemente da coexistência de razões fiscais com razões não-fiscais, poderá passar por interpretar a exigência de não genuinidade no sentido de que o seu respetivo teste exige, para que uma montagem seja considerada genuína, que estejamos perante uma substância económica que se demonstre adequada face aos objetivos económicos extrafiscais que tenham sido identificados nos termos do teste subjetivo. Nestes termos, uma montagem ou série de montagens será abusiva quando tenha como um dos seus objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal, a qual frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, e não revele a substância adequada aos objetivos económicos que porventura essa montagem igualmente prossiga.

A leitura por nós aqui avançada para o teste das razões comerciais válidas tem como um dos seus efeitos, não o negamos, uma ligeira erosão da função de *safe-harbour* ou de abrigo que o TJUE, e com ele quase toda a doutrina, vem identificando em redor da exigência ou requisito relacionado com o expediente puramente artificial, requisito esse

⁴⁷³ Apercebendo-se deste mesmo problema, e sublinhando a arbitrariedade da resposta que poderá vir a ser endereçada pelo TJUE caso este venha a enveredar pela fixação de um determinado limiar de substância, *vd.* Wilde, *The Implementation*, p. 13 do *Chapter 14*.

que no âmbito do princípio da proibição de abuso do Direito da UE é interpretado como constituindo um importante fator de segurança e de certeza jurídica, o que é especialmente relevante quando, como ainda sucede, estamos aí perante um princípio não escrito, de criação jurisprudencial, do qual decorre a negação do efeito de normas legais certas e determinadas (as normas de cobertura) previstas na ordem jurídica da UE, normas essas que, de outra forma, seriam plenamente válidas e cujos efeitos estariam plenamente à disposição dos particulares.

Parece-nos, contudo, que a GAAR prevista na ATAD, quando confrontada com o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, apresenta duas diferenças que podem ser significativas.

Desde logo, a GAAR é uma norma jurídica escrita, a qual será objeto de implementação enquanto *standard* mínimo nas ordens domésticas dos Estados-Membros, pelo que a insegurança e incerteza jurídicas inerentes a um princípio geral, para mais dotado de alguma dinâmica ao longo dos anos, não se revela aqui com a mesma acutilância, deixando, por conseguinte, de ser tão premente identificar *safe-harbour* ou refúgios quanto à aplicação da GAAR que funcionem como refrigérios para inelutáveis incertezas e inseguranças jurídicas.

Depois, e no que nos parece ser o argumento mais relevante, há uma diferença estrutural entre o âmbito de proteção do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE e o âmbito de proteção da GAAR prevista na ATAD.

É que enquanto o princípio geral de Direito da UE visa proteger de práticas abusivas as normas desta ordem jurídica, não interferindo com a aplicação ou mobilização abusiva de normas domésticas que não ponham em causa a efetividade do Direito da UE, sob pena de interferência com a distribuição de competências entre a UE e os Estados-Membros, como vimos *supra*^{474 475}, da GAAR resulta, outrossim, a harmonização de um mecanismo de reação ao abuso de normas fiscais relativas ao imposto sobre as sociedades, independentemente de qual seja a ordem jurídica que sustenta essas normas, do que resulta que a GAAR protege também - diríamos mesmo, sobretudo, dada a rarefação

⁴⁷⁴ Como vimos *supra*, em 4.1.6.1 do presente trabalho.

⁴⁷⁵ Notando que a jurisprudência do TJUE, fixada no Caso *3M Italia*, esclarece que em situações de abuso de normas domésticas em áreas não harmonizadas não há obrigação de combater o abuso nos termos do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, *vd.* DE BROE e GOMMERS, *ECTR*, 2019/6, pp. 281.

dessas normas na ordem jurídica da UE - as normas fiscais domésticas em matéria de imposto sobre as sociedades.

São estas diferenças entre a GAAR e o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE que nos deixam de sobreaviso - num exercício que é hoje meramente especulativo, recorde-se -, quanto a podermos vir a ser confrontados com a reavaliação, pelo TJUE, do papel que, para efeitos da GAAR, se deverá reconhecer ao teste das razões comerciais válidas⁴⁷⁶.

É que a imputação ao teste das razões comerciais válidas, sem qualquer alteração, do conteúdo e da função que é reconhecido ao critério de artificialidade no âmbito do princípio geral da proibição de abuso do Direito da UE, pode conduzir-nos a resultados que nos inspiram, de um ponto de vista normativo, alguma estranheza, como por exemplo, por essa via, vir a negar-se a aplicação da GAAR a uma montagem que tenha como um dos seus objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal, na medida em que essa montagem seja dotada de uma substância (mesmo que desadequada face aos seus objetivos económicos), ainda que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, ou seja, ainda que essa montagem efetivamente defraude uma norma de direito fiscal. Ora, um resultado como este, perante uma cláusula geral antiabuso que expressamente recebe no seu regaço um teste normativo, constitui um resultado que poderá vir a ser de difícil digestão, pois que, ao fim ao cabo, impede que a cláusula geral antiabuso realize aquele que é o seu verdadeiro objetivo típico: proteger o ordenamento jurídico, em especial a norma concretamente defraudada, de condutas fraudulentárias.

Numa situação como a supra referida, seremos colocados perante uma tensão ou conflito, em que de um lado estarão o resultado que é imposto pela promoção da efetividade das liberdades fundamentais (que é a função e objetivo, nos termos da jurisprudência do TJUE, da exigência de um expediente puramente artificial) e, do outro lado, estará o combate a práticas de fraude à lei no âmbito do imposto sobre as sociedades, que é o objetivo da GAAR prevista na ATAD, tensão essa que será agudizada pela circunstância da GAAR não se aplicar exclusivamente a situações transfronteiriças - as situações em que pode a efetividade das liberdades fundamentais estar em causa -, não

⁴⁷⁶ Em sentido contrário, notando mesmo que a interpretação da não genuinidade para efeitos da GAAR e a interpretação da artificialidade para efeitos do princípio geral de abuso do Direito da UE se deverão manter unidas, *vd.* ÖNER, *ECTR*, p. 47.

sendo de todo desejável que uma tensão como a supra referida perdure no tempo, de modo que mais cedo ou mais tarde assistiremos, decerto, à sua resolução, no sentido, espera-se, que todos os testes inerentes ao conceito de abuso possam congruentemente relacionar-se entre si, de modo a que ambos os propósitos do Direito da UE que aqui se encontram em jogo se possam realizar.

5.7.6. Relação da GAAR com as regras antiabuso previstas em outros instrumentos de direito derivado da UE

Há quem retire da frase com que começa o artigo 6.º da ATAD que a GAAR aí prevista não pretende ver-se aplicada às situações que são visadas pelas regras antiabuso, gerais ou específicas, que se encontram previstas em outras diretivas⁴⁷⁷. Tal conclusão tem por base a consideração de que semelhantes conflitos entre normas se resolvem de acordo com o princípio *lex specialis derogat legi generali*, nos termos do qual uma norma dotada de maior especificidade derroga, na aplicação, uma regra de natureza menos específica ou geral⁴⁷⁸.

Contudo, há que o frisar, o princípio *lex specialis derogat legi generali* será aplicável apenas quando a GAAR e a norma mais específica cobrirem o mesmo tipo de abuso, do que resulta que este princípio efetivamente determina a aplicação de uma GAAR mais específica em detrimento da aplicação, nesse caso, da GAAR da ATAD, mas não terá a aptidão de afastar a aplicação dessa GAAR naqueles outros casos em que seja aplicável uma cláusula antiabuso específica (SAAR). Efetivamente, entre a GAAR e as regras específicas antiabuso a questão coloca-se em termos diferentes dos que já vimos quanto à relação da GAAR prevista na ATAD com as GAAR mais específicas, previstas noutros instrumentos de Direito derivado da UE - em que estas se aplicam em vez da GAAR -, termos esses que não são convenientemente resolvidos mediante o recurso ao princípio supra referido.

Ainda que aceitemos, como aceitamos, que a prioridade de aplicação deve ser reconhecida às SAAR - dada a sua maior especificidade congénita e dado que a sua aplicação se encontra preenchida legalmente, sem necessidade de qualquer contribuição

⁴⁷⁷ *vd.* DOCCLO, *Bulletin*, p. 377.

⁴⁷⁸ Foi esta a solução adotada pelo TJUE no § 31 do Acórdão *Denkavit*, Acórdão de 22/06/2011, proferido no processo C-346/09, pesquisável em www.curia.europa.eu

de maior por banda da administração fiscal -, julgamos que a circunstância de se encontrar prevista uma SAAR relativamente a um determinado aspeto do imposto não permite que daí se extraia que uma montagem ou série de montagens em que esse concreto aspeto do imposto seja relevante poderá apenas vir a ser sindicada nos termos da SAAR, de um tal modo que, se da SAAR não resultar qualquer correção, estará ainda essa montagem ou série de montagens salvaguardada quanto à aplicação da GAAR relativamente aos restantes aspetos do imposto com que não bula a SAAR. Esta última perspetiva não colhe, especialmente se tivermos em conta que as GAAR visam precisamente os casos que não sejam abrangidos ou por uma GAAR mais específica ou por normas antiabuso específicas.⁴⁷⁹

5.7.7. Relação da GAAR com o direito primário da UE

Não nos parece que se suscitem muitas dúvidas quanto à necessidade da GAAR, enquanto parte de um instrumento de Direito derivado da UE (a ATAD), ter que ser consistente com o Direito primário da UE, nomeadamente com as liberdades fundamentais previstas no Tratado, em razão do princípio da hierarquia das normas, o qual coloca o Direito derivado da UE numa posição hierárquica inferior face ao Direito originário da UE⁴⁸⁰. Esta conclusão carece, contudo, de ser matizada, uma vez que é o próprio TJUE quem vem considerando que as diretivas aproveitam de uma presunção de legalidade e de concordância com os Tratados⁴⁸¹, razão pela qual não tem o TJUE o dever de, *ex officio*, escrutinar a compatibilidade do Direito secundário da UE com, por exemplo, as liberdades fundamentais⁴⁸², pelo que, implementada a GAAR, há que questionar qual seja o grau de sindicância que será dirigido às normas domésticas antiabuso através das quais a GAAR seja transposta quanto à sua consistência com o Direito primário da UE.

Pese embora estejamos perante uma das poucas secções da área da tributação direta em que se observa já algum grau de harmonização, a circunstância de nos encontrarmos perante uma harmonização sob a forma de *standard* mínimo coloca-nos perante a hipótese

⁴⁷⁹ Em sentido semelhante, mas por uma via diferente, *vd.* DEBELVA E LUTS, *ET*, p. 232.

⁴⁸⁰ *vd.* SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 14 e 15 do *Chapter 3*.

⁴⁸¹ Como salientam SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 2 a 3 do *Chapter 7*, e DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 228.

⁴⁸² Como nota SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, p. 3 do *Chapter 7*.

de, em matéria de cláusulas gerais antiabuso aplicáveis em matéria de imposto sobre as sociedades, não estarmos ainda perante uma situação em que se observe uma harmonização completa⁴⁸³, a qual, caso existisse, implicaria uma menor preocupação quanto à compatibilidade das normas nacionais com o Direito primário da UE, pois que a conformidade da norma nacional com o Direito da UE seria, nesse caso, aferida pelo TJUE primordialmente perante o Direito derivado pertinente.

Uma vez que a ATAD reconhece aos Estados-Membros, dentro do seu âmbito de aplicação, uma margem de ação, correspondendo a GAAR a um padrão mínimo, admitindo-se medidas nacionais mais restritivas que as previstas na ATAD (*cf.* artigo 3.º da ATAD e o carácter *de minimis* aí consagrado), há que ser cauteloso quanto à afirmação de que a consistência de uma dada medida nacional com o Direito derivado da UE a torna imune ao escrutínio à luz do Direito originário da UE⁴⁸⁴, pois que a circunstância de um Estado-Membro optar por consagrar um padrão de proteção contra práticas abusivas que seja mais restrito ou mais severo do que aquele que é previsto no artigo 6.º da ATAD, ainda que essa opção por parte do Estado-membro seja permitida pela ATAD, não pode a mesma deixar de ser exercida de modo a, ainda assim, garantir o cumprimento do Direito originário da UE, nomeadamente no que respeita às liberdades fundamentais, aos direitos, liberdades e princípios previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a princípios gerais de Direito da UE.

Dito de um modo sintético: Sempre que um Estado-Membro, ao abrigo do carácter *de minimis* do artigo 6.º da ATAD, se afastar do esforço de harmonização positiva em que se traduz a ATAD, resultará desse afastamento em relação ao espaço já harmonizado, e na sua medida, a reposição da importância da harmonização negativa (a qual, sobretudo, torna inoperantes as regras nacionais que possam constituir obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais), repondo o controlo jurisdicional da compatibilidade da medida nacional com o Direito primário da UE, nomeadamente com as liberdades garantidas pelo

⁴⁸³ *vd.*, quanto à prototípica relação entre os princípios gerais de Direito da UE e o Direito derivado da UE, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, “The Principle Of Legal Certainty And The Limits To The Applicability of EU Law”, *Cahiers de Droit Européen (CdDE)*, n.º 1, 2016, p. 128. No sentido de que estamos, contudo, perante uma harmonização parcial quando o ato de direito derivado apenas fixa requisitos mínimos, permitindo aos Estados-Membros a implementação de requisitos mais rigorosos, *vd.* SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 14 e 15 do *Chapter 3*.

⁴⁸⁴ Uma cautela que é inspirada pelo afirmado por SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 38 a 42 do *Chapter 8*; e, ainda que a propósito de um outro instrumento de Direito derivado da UE, que não a ATAD, por DEBELVA e LUTS, *ET*, p. 229.

Tratado, conforme o que é já prática habitual do TJUE na área da tributação direta quanto a aspetos não harmonizados.

5.7.8. Um único conceito de abuso no Direito derivado da UE em matéria de tributação direta?

As semelhanças que observámos entre as cláusulas gerais antiabuso previstas na Diretiva Mães-Filhas e na ATAD permitem equacionar a possibilidade de se começar a observar, doravante, a construção, por via interpretativa e pela mão do TJUE, de um único conceito de abuso de Direito em matéria de tributação direta, conceito esse que, através do princípio da interpretação consistente do Direito derivado da UE, poderia até abranger a cláusula geral antiabuso prevista na Diretiva Fusões.

Neste momento, afirmar que tal vá ou não acontecer seria, da nossa parte, demasiado temerário, mas julgamos que há já alguns sinais disponíveis na prática do TJUE, nomeadamente a circunstância de este Tribunal procurar, em regra, estabelecer uma interpretação consistente de um mesmo conceito entre instrumentos de Direito derivado da UE, desde que esse conceito não seja, nesses instrumentos, objeto de definição⁴⁸⁵, bem como alguns sinais nesse sentido que se encontram nos *Danish Cases*⁴⁸⁶, o que nos leva a reconhecer a relevante probabilidade dessa linha de atuação futura do TJUE.

Contudo, dados os diferentes âmbitos de proteção das cláusulas gerais antiabuso previstas na Diretiva Mães Filhas e na Diretiva Fusões (referidas à ordem jurídica da UE) face à GAAR prevista na ATAD (referida às normais fiscais, tanto domésticas como de Direito da UE), parece-nos que a tentativa de estabelecimento de um único conceito de abuso que seja partilhado por estas três cláusulas gerais antiabuso não será uma tarefa de fácil consecução quando tenda a abranger igualmente esta última GAAR.

5.7.9. Um único conceito de abuso do Direito da UE?

Mesmo antes de ser apresentada a ATAD, já se discutia se deveria ou não existir um único conceito de abuso do Direito da UE, o qual seria uniformemente entendido tanto

⁴⁸⁵ Ilustrando tal tendência do TJUE, *vd.* SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 17 e 18 do Chapter 7.

⁴⁸⁶ *vd.*, *supra*, 4.1.7.3 do presente trabalho.

em sede do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE como nas concretas normas antiabuso que se encontram previstas nas diretivas na área da tributação direta, assumindo-se que seria até aquele princípio geral que exigiria que os critérios para definir o abuso fossem interpretados consistentemente quer face às liberdades fundamentais quer face às diretivas supra referidas⁴⁸⁷.

Uma posição como a supra referida tem em conta a diferente posição hierárquica dos princípios gerais de Direito da UE e das diretivas, aí firmando a necessidade das normas de posição hierárquica inferior (as diretivas) deverem estar alinhadas com as de estatuto hierárquico superior (os princípios gerais), mas, sobretudo, assenta na preocupação com a circunstância de o Direito derivado da UE poder permitir uma definição mais ampla de abuso do que a que é reconhecida nos termos do princípio geral, aceitando-se que os Estados-Membros possam, nesses termos, opor-se a uma gama maior de transações, desse modo impedindo o exercício das liberdades fundamentais, daí a defesa aí expendida de que se deveria aplicar o mesmo *standard* quanto ao que seja ou não abusivo no âmbito das diretivas na área da tributação direta e no âmbito das liberdades fundamentais, de modo a sublinhar que apenas as situações dotadas de artificialidade possam ser consideradas abusivas, salvaguardando-se, assim, a aplicação das liberdades fundamentais⁴⁸⁸.

Se assim era antes da apresentação da ATAD, após a sua aprovação outros autores salientam também as vantagens de se contar com um único conceito de abuso no Direito da UE, ainda que sublinhando que esse conceito único de abuso não é ainda um dado adquirido, estando antes como que num processo de fermentação, que se alimentará do que vier a ser a aplicação da GAAR prevista na ATAD pelas administrações fiscais e pelos tribunais, desse modo progressivamente apurando o âmbito e os limites das regras fiscais⁴⁸⁹. Defende-se, igualmente, que esse caminho aportaria uma maior certeza e segurança jurídica, bem como contribuiria para uma aplicação mais consistente dos testes antiabuso entre os Estados-Membros, podendo ainda repor o equilíbrio perdido entre o

⁴⁸⁷ *vd.* neste sentido - pese embora assumindo que o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE não passa, para si, de um princípio interpretativo - SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, p. 50 do *Chapter 8*. Julgando que o TJUE não será sensível às diferenças linguísticas entre o artigo 6.º da ATAD e o conceito de abuso inerente ao princípio de proibição de abuso do Direito da UE, e que irá interpretar a norma de acordo com o princípio, *vd.* SMIT, *European Tax Law*, pp. 529 e 530.

⁴⁸⁸ *vd.* SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law*, pp. 50, 51 e 56 do *Chapter 8*.

⁴⁸⁹ *vd.* DOURADO, *Prohibition of Abuse*, p. 472 e 473, bem como, vislumbrando já essa tendência nos *Danish Cases*, HERNANDEZ GONZALEZ-BARREDA, *ET*, p. 420.

direito ao exercício das liberdades fundamentais e o dever de pagar impostos, incluindo o direito dos Estados-Membros de lançar e cobrar impostos (equilíbrio esse que a competência limitada da UE na área da tributação direta fez pender totalmente para a defesa do mercado interno e conseqüente desmantelamento de tudo o que o possa empecilhar)⁴⁹⁰.

Entre a necessidade de estarmos perante um único conceito de abuso no Direito da UE, em razão da hierarquia das normas, e a vantagem de estar a ser trilhado um caminho dirigido à refinação desse conceito único de abuso do Direito da UE, parece-nos que é de abraçar esta segunda perspectiva.

Ainda que, de um ponto de vista sistemático, fosse vantajoso que o Direito da UE mobilizasse um só conceito de abuso, não nos parece que esse seja o estado da arte nessa matéria. Por outro lado, a perspectiva que defende a necessidade de existir um único conceito de abuso acaba por se traduzir no alinhamento de todos os conceitos de abuso pela bitola do conceito de abuso apurado no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, alinhamento esse que nos merece alguma reserva quando perante a GAAR da ATAD, uma vez que esta norma não trata exclusivamente do abuso do Direito da UE.

Ainda que aceitemos a relação hierárquica identificada entre princípios gerais de Direito da UE e Diretivas, cumpre precisar que o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE não foi propriamente erigido como uma resposta à necessidade de afirmar, perante as normas de direito doméstico que afetassem o exercício de liberdades fundamentais, a efetividade dessas liberdades. Com efeito, esse princípio foi erigido com o propósito de proteger as normas da ordem jurídica da UE de práticas abusivas, nomeadamente das condutas que, ao abrigo da literalidade das normas que estabelecem as liberdades fundamentais - transformando estas em normas de cobertura de condutas fraudulentárias -, permitissem atingir resultados contrários ou indesejados pela norma jurídica defraudada.

Deste modo, o sentido deste princípio geral de Direito da UE é de facto peculiar, na medida em que, conforme vem sendo entendido pelo TJUE, dele pode resultar a não aplicação, nas situações tidas por abusivas, de alguma das liberdades fundamentais. O

⁴⁹⁰ *vd.*, neste sentido, HERNANDEZ GONZALEZ-BARREDA, *ET*, p. 420.

fito deste princípio geral de Direito da UE não é, pois, o de garantir o efetivo exercício das liberdades fundamentais, mas sim o de bloquear o acesso a essas liberdades em determinadas circunstâncias. Feita esta precisão, estamos em condições de compreender qual o contexto dentro do qual o TJUE construiu o requisito ou exigência do expediente puramente artificial, através do qual buscou garantir que da aplicação do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE fossem preservadas aquelas situações em que, estando presentes todos os restantes elementos constitutivos do abuso que é proibido nos termos do princípio geral, se verifique igualmente um efetivo exercício de uma das liberdades fundamentais. Mas, apesar deste requisito, o objetivo principal deste princípio geral não deixa de ser a proteção da ordem jurídica da UE face a práticas abusivas que se desenrolem a coberto de normas constitutivas dessa mesma ordem jurídica.

Por outro lado, recordemo-lo mais uma vez, o âmbito de proteção da GAAR prevista no artigo 6.º da ATAD não coincide perfeitamente com o âmbito de proteção do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE. Com efeito, a fraude que é atacada pela GAAR é a que atinge as normas relativas a impostos sobre o rendimento das sociedades, sejam essas normas domésticas ou comunitárias, registando-se um semelhante desinteresse quanto à origem (doméstica ou comunitária) da norma de cobertura. Esta circunstância distingue claramente esta regra de Direito derivado da UE das restantes cláusulas gerais antiabuso previstas nesse Direito relativamente a aspetos da área da tributação direta, em que se procura proteger de abuso as normas que implementem a Diretiva em causa, sendo que esta diferença nos coloca algumas reticências quanto à necessidade, senão mesmo quanto à conveniência, de um alinhamento perfeito entre a GAAR e o princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE, especialmente quando notamos que é o TJUE quem vem assumindo a independência e autonomia de cada princípio geral de Direito da UE face às concretizações que desse princípio sejam feitas em instrumentos de Direito derivado⁴⁹¹, o que desde logo nos alerta para a possibilidade do TJUE, também quanto a esta matéria, poder querer salvaguardar a autonomia do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE face às suas concretas declinações legislativas na área da tributação direta. Não se pode hoje, em segurança, dizer que o TJUE firmará essa distinção, mas esta é uma via decisória disponível quanto a uma das questões cujo tratamento pelo TJUE valerá a pena acompanhar futuramente.

⁴⁹¹ *vd., supra*, o que a este propósito sucedeu nos *Danish Cases*, em 4.1.7.1 do presente trabalho.

6. CAPÍTULO 6 - A terceira CGAA

6.1 Introdução

No decurso do presente estudo foi apresentada à Assembleia da República uma proposta de lei que, tendo por objeto a transposição para a ordem jurídica nacional da ATAD, contemplava, entre outros aspetos, a alteração do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

No decorrer desse procedimento legislativo, essa proposta de lei foi discutida e aprovada pela Assembleia da República, tendo sido publicada enquanto Lei n.º 32/2019 a 3 de maio de 2019, determinando a sua entrada em vigor no dia seguinte ao da publicação, passando, a partir de então, nos termos do seu artigo 3.º, o artigo 38.º da LGT, quanto à CGAA, a dispor o seguinte:

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

3 — Para efeitos do número anterior considera-se que:

a) Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica;

b) Uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

4 — Para efeitos de aplicação do disposto no n.º 2, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera -se que a correspondente vantagem fiscal se produz

na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

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

6 — Em caso de aplicação do disposto no n.º 2, os juros compensatórios que sejam devidos, nos termos do artigo 35.º, são majorados em 15 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de junho, na sua redação atual.

6.2 Os elementos constitutivos do abuso fiscal visado pela CGAA

Os elementos em que se decompõe a CGAA, cuja soma nos indica quais as situações sujeitas à sua prescrição, indicam-nos o que é que constitui abuso fiscal, ou pelo menos, o que constitui o abuso fiscal combatido pela CGAA. Como é compreensível, a identificação, a denominação e o concreto conteúdo dos vários elementos que, em conjunto, acabam por traduzir o conceito de abuso, variam quanto à sua apresentação consoante a opção expositiva de cada autor, tal como, certamente, apresentarão diferenças consoante o ordenamento jurídico analisado.

Apesar desta fonte de potencial diversidade, é ainda assim possível notar que as várias cláusulas gerais antiabuso, pese embora vigorem em jurisdições diferentes, acabam por identificar o abuso relevante como correspondendo à realização de esquemas ou negócios lícitos, em que a escolha da forma jurídica é determinada essencialmente por razões fiscais, de que resulta um tratamento fiscal menos oneroso⁴⁹².

Se é este, em geral, o quadro ou denominador comum nesta matéria, analisemos os elementos constitutivos do que é considerado abuso fiscal para efeitos da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, nomeadamente tendo em conta a influência que sobre esta cláusula exerce a GAAR prevista na ATAD.

Para este efeito, e pese embora as alterações que lhe foram imprimidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio de 2019, parece-nos que é ainda aconselhável recorrer ao quadro

⁴⁹² *vd.* DOURADO, *Governança Fiscal Global*, p. 60.

conceptual e à nomenclatura desenvolvida por Gustavo Lopes Courinha, tanto em relação aos requisitos de aplicação da CGAA (hipótese da norma) como em relação à sua consequência jurídica (estatuição)⁴⁹³. Esta nossa opção (que não coincide com a decomposição que foi adotada aquando da análise do conceito de abuso da GAAR prevista na ATAD), não só garante uma continuidade quanto ao quadro conceptual dentro do qual se vem analisando mais proficuamente a CGAA, como permite ao leitor mais facilmente aperceber-se onde a nova redação imprime descontinuidade face ao entendimento que, até aqui, vinha sendo sufragado face à redação anterior da CGAA.

De notar, quanto aos elementos constitutivos do conceito de abuso denominados como *elemento meio*, *elemento resultado* e *elemento intelectual*, que se continua a observar uma interligação entre estes elementos quanto à verificação do preenchimento de cada um deles, interligação essa que não é apreendida pelo formato expositivo adotado, pelo que importa desde já frisar que a demonstração do preenchimento de um desses elementos poderá ter por base os mesmos factos que tenham já sido mobilizados para comprovar a verificação *in casu* de qualquer um dos outros elementos, quando não mesmo auxiliar-se dessa verificação⁴⁹⁴.

6.2.1. Quanto ao elemento meio

O elemento meio diz respeito aos atos ou negócios jurídicos que compõem uma estrutura determinada em função da obtenção de um resultado fiscal vantajoso. É este elemento composto, portanto, por toda e qualquer ação ou conduta humana à qual sejam atribuídos efeitos jurídicos, bem como acordos de vontade⁴⁹⁵.

Vale a pena sublinhar que os atos ou negócios jurídicos correspondentes ao elemento meio terão que ser atos ou negócios válidos e lícitos⁴⁹⁶, devendo ser igualmente reais, no sentido em que não são simulados nem ocultos, correspondendo à efetiva vontade do

⁴⁹³ Quadro conceptual e nomenclatura que, note-se, foram jurisprudencialmente sufragados - *vd.* Acórdão do TCA-Sul de 15/02/2011, proferido no processo 4255/10, Acórdão do TCA-Sul de 14/02/2012, proferido no processo 5104/10, e Acórdão do TCA-Norte de 28/09/2017, proferido no processo 1188/11.

⁴⁹⁴ Sublinhando esta evidência perante a anterior redação da CGAA *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 185.

⁴⁹⁵ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 166.

⁴⁹⁶ Tratar-se-ão, portanto, de atos ou negócios jurídicos que, sob o ponto de vista do Direito que trata da sua emissão ou celebração, são válidos, como sublinham LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual*, 2008, p.72.

contribuinte, sendo-lhes, pois, reconhecida plena validade civil, ainda que, por via da CGAA, o mesmo possa não vir a suceder no âmbito fiscal⁴⁹⁷.

Deverão igualmente esses atos ou negócios jurídicos corresponder a um ato livre e optativo, pois só na hipótese de o contribuinte ter optado por esse ato ou negócio jurídico pode essa mesma escolha ser desconsiderada, porque abusiva, pela administração fiscal, na medida em que essa escolha é uma condição *sine qua non* da atuação elisiva e, adiante-se desde já, porque nos casos em que o contribuinte não tenha qualquer alternativa de atuação não existirão igualmente termos de comparação adequados ou justificáveis⁴⁹⁸, impossibilitando, nesses casos, a identificação e estabelecimento da vantagem fiscal.

Nos termos do elemento meio, estão sujeitos à CGAA as construções ou séries de construções, ou seja, os conjuntos de atos ou negócios jurídicos sequenciais, lógicos e planeados, que tenham sido organizados de modo unitário ou encadeado, com vista a atingir um resultado fiscal vantajoso⁴⁹⁹. Estaremos, nestes casos, perante estruturas, no âmbito das quais uma pluralidade de atos ou negócios é reconhecida, nos termos da *step-by-step doctrine*⁵⁰⁰, como uma unidade lógica que se estende desde o momento da

⁴⁹⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 169. Esta característica dos atos e negócios jurídicos que correspondam ao elemento meio não decorre expressamente da norma, nem, em bom rigor, julgamos que tal seja necessário, uma vez que essa característica dos atos e dos negócios jurídicos em causa decorre da distinção conceptual subjacente à CGAA, a distinção entre fraude, evasão e elisão fiscais.

⁴⁹⁸ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 170 e 171. O exemplo avançado por este autor - cisão de sociedades em cumprimento de exigências decorrentes de lei *anti-trust* - parece-nos ilustrar convenientemente os casos em que se justifica que a ausência de opção do contribuinte pelos concretos atos ou negócios jurídicos celebrados retira tais atos ou negócios do âmbito do elemento meio. Será, efetivamente, mais simples perceber este aspeto perante casos em que a prática de determinado ato ou negócio provenha de uma heterovinculação, o que sucederá, por exemplo, perante uma obrigação legal em agir de determinado modo, mas já não estamos certos que a solução seja a mesma quando a inexistência de opção em agir de outro modo provenha da prévia autovinculação do sujeito passivo em proceder de um determinado modo, caso em que nos parece que o ato ou negócio através do qual o contribuinte se vinculou a proceder desse determinado modo deverá integrar a construção ou série de construções sob análise nos termos da CGAA, mais do que impede a aplicação desta norma.

⁴⁹⁹ Seguimos, renovando, o que a respeito de estruturas de atos ou negócios jurídicos refere LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 168. Frise-se o quão incompreensível seria a solução contrária, ou seja, excluir-se do âmbito de aplicação da CGAA as estruturas referidas no corpo do texto, especialmente quando se sabe que os contribuintes, quando alteram a forma jurídica das suas interações de modo a manipular a seu favor as regras de incidência de imposto, habitualmente substituem uma simples transação por uma estrutura com múltiplas etapas e/ou plúrimos intervenientes - *vd.* R. E. KREVER, "General Report: GAARs", in *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World* (M. LANG *et alii* org.), IBFD, 2016, p. 3.

⁵⁰⁰ O que foi já, aliás, reconhecido pela jurisprudência, tendo-se afirmado, no Acórdão do TCA-Sul de 15/02/2011, proferido no processo 4255/10, que «Estamos aqui perante as denominadas "step by step transactions" nas quais se encontra uma "facti species" complexa, envolvendo uma sucessão de actos/negócios coordenados entre si, embora possam ocorrer em momentos temporais diversos, e com o objectivo comum de conseguir uma vantagem fiscal. Face a esta espécie de operações, deve o aplicador da lei operar um tratamento integrado visualizando-as como uma única transacção, propendendo para um único e final resultado. Trata-se da "step transaction doctrine", a qual se deve aplicar ao caso dos autos, daí

realização do primeiro ato ou negócio quando for pouco razoável admitir que outros não se lhe seguirão forçosamente, de modo a completá-lo, e assim obter a vantagem fiscal pretendida e o fim económico visado. Para que tal unidade lógica seja reconhecida bastará que o circunstancialismo económico-prático permita, com base nele, concluir que os atos posteriores ao primeiro não deixariam de ser levados a cabo (não é, pois, preciso um acordo expreso para que se ilustre tal unidade)⁵⁰¹.

Para que a estrutura de atos ou negócios jurídicos em que se traduz a construção ou série de construções seja relevante é ainda preciso, juntamente com os laços que liguem os diferentes atos ou negócios jurídicos de um ponto de vista lógico ou finalístico, que o conteúdo de cada ato ou negócio se encontre determinado no momento em que o primeiro ato ou negócio tem lugar, sob pena da CGAA se aplicar em casos em que as vantagens fiscais obtidas o foram mais por coincidência do que em razão de um planeamento do sujeito passivo dirigido nesse sentido⁵⁰².

6.2.1.1. O elemento meio - a referência legal a construções ou séries de construções

A alteração legal promovida pela Lei n.º 32/2009, de 3 de maio, incidiu sobre a componente gramatical da norma respeitante ao elemento meio, de modo a que onde antes a norma se referia a *os actos ou negócios jurídicos (...) e com abuso das formas jurídicas* se refere hoje às *construções ou séries de construções que (...) sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas*.

Serão estas alterações significativas? Vejamos:

A substituição observada, da referência a atos ou negócios jurídicos pela referência a construções ou séries de construções, não será, julgamos, uma alteração capaz de invalidar a relevância que se reconhecia aos atos e aos negócios jurídicos perante a redação legal anteriormente vigente.

decorrendo que a disposição anti-abuso pode e deve aplicar-se ao momento decisivo e final que é representado, "in casu", pela recepção de acréscimos patrimoniais como dividendos dedutíveis, em vez de juros, que seria o que aconteceria na ausência da operação compósita evasiva.»

⁵⁰¹ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 167.

⁵⁰² *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 168.

Com efeito, desta alteração legal retiramos antes a maior visibilidade que é agora dada à circunstância do objeto sobre o qual a CGAA incide, uma construção ou série de construções, coincidir com o que anteriormente se vinha definindo como uma estrutura de atos ou negócios jurídicos, estrutura essa sobre a qual se aceitava já que podia incidir a CGAA, pelo que esta alteração acaba por, a este respeito, incorporar no texto legal o que era já um dado adquirido quanto à incidência da CGAA sobre estruturas de atos ou negócios jurídicos.

Por outro lado, esta alteração, a qual acompanha o que a este respeito consta do artigo 6.º da ATAD sob a fórmula *uma montagem ou série de montagens* - não nos conduz a abandonar a convicção de que a CGAA incide sobre concretos atos ou negócios jurídicos, precisamente aqueles atos ou negócios jurídicos em que se decomponha uma construção ou série de construções, pelo que a nossa atenção não poderá deixar de continuar a dirigir-se a esses atos ou negócios jurídicos, ainda que o texto legal não se lhes expressamente refira. A razão para esta nossa conclusão é simples: Não só o legislador cuidou de afirmar que uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte (*vd.* alínea b) do n.º 3 do artigo 38.º da LGT)⁵⁰³ - o que, *a contrario*, permite concluir que uma construção pode igualmente ser constituída por uma só etapa ou parte -, como a expressão *construções ou série de construções*, à imagem e semelhança do que sucede no âmbito da cláusula geral antiabuso sectorial prevista nos n.ºs 17 e 18 do artigo 14.º e n.ºs 13 e 14 do artigo 51.º, ambos do Código do IRC, não corresponde a um qualquer conceito ou noção jurídica que se encontre, pelo menos para já, dotada da suficiente densidade ou estabilidade para que, de um modo autónomo relativamente à noção de estrutura de atos ou negócios jurídicos, seja apta a delimitar o âmbito de aplicação da CGAA (ainda que sejam patentes os esforços, tanto do legislador nacional como do legislador da UE, para dotar a expressão *construções ou série de construções* de alguma concretude, o que se constata na alínea b) do n.º 3 do artigo 38.º da LGT⁵⁰⁴). Uma vez que não conseguimos extrair desta opção do legislador nacional um claro sentido normativo, para além do

⁵⁰³ Num lance em que o legislador mimetiza o legislador da UE, na medida em que este último afirmou o mesmo nos termos do n.º 1, *in fine*, do artigo 6.º da ATAD.

⁵⁰⁴ É certo que fica expressamente esclarecido que uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte, o que não decorria tão claramente da anterior redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, mas julgamos que tal não constitui, de um ponto de vista normativo, qualquer diferença substancial quanto ao que já se considerava que decorria dessa norma.

alinhamento, a este respeito, entre a CGAA e a GAAR prevista na ATAD⁵⁰⁵, é para nós obscuro que qualquer algum outro motivo tenha presidido a essa alteração.

Poder-se-ia especular se esta alteração não permite que a referência legal a construções ou séries de construções - e não já a atos ou negócios jurídicos - seja interpretada como indicando que a CGAA se aplica apenas a atos ou negócios jurídicos quando estes estejam encadeados em estruturas, introduzindo o que poderíamos batizar como um *pressuposto de complexidade*. Não vamos tão longe, parecendo-nos que esta alteração terá apenas visado estabelecer o alinhamento, a este respeito, entre a CGAA nacional e a GAAR harmonizada nos termos da ATAD, de modo que este será um dos aspetos da CGAA que estará hoje inapelavelmente harmonizado pela ATAD.

Pese embora o legislador UE não tenha introduzido na ATAD qualquer definição do que se deverá entender como uma montagem ou série de montagens, observa-se que a ordem jurídica da UE já havia recorrido, no âmbito da Recomendação de 2012 da Comissão Europeia aos Estados-Membros para introduzirem uma cláusula geral antiabuso em matéria de tributação direta, a esse conceito (a que, estamos em crer, equivale o conceito de *construção*), definindo-o aí em termos suficientemente amplos, na medida em que uma montagem corresponderia a qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade (*cf.* 4.3 dessa Recomendação). Perante a abrangência já professada, no âmbito do Direito da UE, quanto ao que pode ser uma montagem, também por esta via nos parece prejudicada qualquer interpretação que impute a esta alteração legal a introdução de limitações quanto ao que possa constituir uma construção ou série de construções, o que sucederia se reconhecêssemos algo semelhante ao que supra nos referimos como *pressuposto de complexidade*.

O alinhamento que se verifica entre a CGAA e a GAAR é um alinhamento duplo, na medida em que, por um lado, se alinhou este aspeto da CGAA com as cláusulas gerais antiabuso sectoriais previstas nos artigos 14.º e 51.º do Código do IRC, e, por outro lado, se alinhou também este aspeto da CGAA com a GAAR prevista no artigo 6.º da ATAD (sendo que esta GAAR, por sua vez, se encontrava já alinhada, quanto a este aspeto, com a GAAR sectorial prevista no artigo 1.º da Diretiva Mães Filhas), pelo que o alinhamento

⁵⁰⁵ Fechando a este propósito, como se verá *infra*, um círculo que começou a ser delineado com a transposição, para a ordem jurídica nacional, da cláusula geral antiabuso sectorial prevista na Diretiva Mães Filhas.

promovido nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT fecha um círculo de equivalências, cujo significado caberá aos intérpretes (quer a administração fiscal, quer os tribunais nacionais quer, ainda, o TJUE) vivificar, parecendo-nos que, por via desse alinhamento, qualquer sentido interpretativo de construção/montagem que venha a ser imputado a uma destas cláusulas gerais será à partida comunicável às restantes, ou, pelo menos, para que assim não seja, importa que cada desvio à interpretação deste aspeto que se observe entre cada uma dessas normas exija um exercício justificativo convincente.

6.2.1.2. O elemento meio - uma norma antiabuso, dois fundamentos

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a CGAA limitava-se a incidir, nos termos da lei, sobre os atos ou negócios jurídicos levados a cabo com abuso das formas jurídicas, sendo que era este abuso das formas jurídicas o que qualificava, em exclusivo, uma estrutura de atos ou negócios jurídicos como passível de ser sujeita à CGAA.

Por sua vez, o atual n.º 2 do artigo 38.º da LGT dispõe que a CGAA se aplica às construções ou séries de construções que sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não sejam consideradas genuínas, pelo que a nota de exclusividade que antes era reconhecida ao abuso das formas jurídicas desapareceu, do que resulta um aumento do potencial campo de aplicação da CGAA, uma vez que agora esta cláusula geral não só se aplicará às construções ou séries de construções em que se observe um abuso das formas jurídicas, como também se aplicará às situações em que as construções ou séries de construções não sejam consideradas genuínas.

É seguro afirmar que a delimitação do âmbito de aplicação da CGAA que vigorava antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, e que decorria da adoção da teoria do abuso das formas jurídicas, se mantém hoje plenamente, pois não resulta da norma qualquer restrição desse âmbito no sentido de que a cláusula geral se deva deixar de aplicar às situações em que se observe um abuso das formas jurídicas.

O que se observa agora, constituindo uma novidade relevante, é que se enuncia que os atos ou negócios jurídicos sujeitos à CGAA serão não só aqueles que correspondam a um abuso das formas jurídicas, como serão também os atos ou negócios jurídicos que correspondam a construções ou séries de construções que não sejam consideradas

genuínas, determinando-se que uma construção ou série de construções não será genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica (*cf.* alínea a) do n.º 3 do artigo 38.º da LGT), o que constitui um alargamento dos fundamentos ou base de aplicação da CGAA.

Com efeito, atento o elemento literal, e ainda que continue a formalmente vigorar no n.º 2 do artigo 38.º da LGT uma só CGAA, parece que esta cláusula se encontra agora como que equipada, em regime de alternatividade, com uma de duas diferentes *motorizações* - distinguindo-se uma da outra pelo facto de uma dessas *motorizações* continuar a basear-se no abuso das formas jurídicas⁵⁰⁶, enquanto que a outra *motorização* tem por fundamento o carácter não genuíno da construção ou série de construções.

A decisão legislativa de concatenar estes dois fundamentos em alternatividade poderá compreender-se se recordarmos que a CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT não é uma cláusula geral antiabuso cuja aplicação se limite às relações de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, antes pelo contrário, mantendo a CGAA, mesmo após as recentes alterações legais, o seu potencial de aplicação sobre a totalidade das relações de imposto às quais se aplique a LGT, não existindo garantia que para todas estas relações de imposto o teste das razões comerciais válidas, conforme é enunciado no âmbito da GAAR prevista na ATAD (norma cujo âmbito de aplicação se limita às relações de imposto sobre o rendimento das sociedades, recorde-se), constitua o critério de abuso mais adequado ou mesmo que possa ser um critério relevante.

A possibilidade de termos uma aplicação da CGAA baseada no abuso das formas jurídicas ou baseada na não genuinidade da construção ou série de construções é relevante para compreender as relações estabelecidas entre este enunciado legal e o Direito da UE, inspirando-nos cautelas quanto a considerar que a totalidade da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT se encontra hoje harmonizada nos termos do artigo 6.º da ATAD.

⁵⁰⁶ Nos termos do qual esta cláusula geral antiabuso incidirá sobre os atos ou negócios que assumam uma forma jurídica que se considere anómala, inusual, artificiosa, complexa ou mesmo contraditória, quando se considerem os fins económicos visados pelo contribuinte. Deste modo, acaba por ser sobre a incoerência entre a forma ou a estrutura escolhida e o propósito económico-prático final do contribuinte, ou se se preferir, sobre a incoerência entre o fim para que é empregue concretamente a forma jurídica adotada e a causa que lhe é própria, que se aferirá o elemento meio no âmbito do abuso das formas jurídicas - *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 166. Em sentido semelhante *vd.* LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual*, pp. 80 a 81.

É certo que muitos dos elementos constitutivos da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT estão, de ora em diante, e como veremos ao longo desta secção, abrangidos e submetidos a essa harmonização - por via da qual se reconhece competência à ordem jurídica da UE quanto à definição e fixação, por interpretação do artigo 6.º da ATAD, do que se deverá entender quanto a esses elementos, mesmo quando a CGAA venha a ser aplicada em relações de imposto diferentes daquelas a que diz respeito a ATAD⁵⁰⁷ -, mas temos dúvidas que tal se observe, igualmente, a respeito do fundamento do abuso das formas jurídicas e quando a CGAA vier a ser aplicada em razão desse abuso, pois que, como julgamos, esse fundamento estará fora do âmbito da harmonização imposta pelo artigo 6.º da ATAD⁵⁰⁸.

Por outro lado, a aplicação da CGAA a relações de imposto sobre o rendimento das sociedades com fundamento no abuso das formas jurídicas, e sem que se preste qualquer atenção ao carácter genuíno ou não genuíno das construções em presença, não se encontra vedada pela ATAD, nomeadamente por consideração ao seu carácter *de minimis*. Ainda que a aplicação da CGAA, com aquele fundamento, ocorra no que é reconhecidamente o âmbito da ATAD, tal aplicação, porque - e na medida em que - vai além do *standard* mínimo previsto no artigo 6.º dessa Diretiva, localizar-se-á num campo que não foi objeto de harmonização⁵⁰⁹.

6.2.1.3. O elemento meio - do carácter não genuíno da construção ou série de construções

Como vimos, nos termos legais, a aplicação da CGAA pode basear-se no abuso das formas jurídicas ou no carácter não genuíno da construção ou série de construções, sendo este último fundamento uma novidade no âmbito da CGAA.

A sua introdução corresponde ao alinhamento desta norma com o disposto no artigo 6.º da ATAD - nomeadamente com o que *supra* denominamos como teste das razões

⁵⁰⁷ Como se verá melhor *infra*, em 6.4 do presente trabalho.

⁵⁰⁸ Parafrazeando a dupla René Gosciny / Albert Uderzo, a atual redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT corresponde ao seguinte cenário: *Toda a CGAA está harmonizada pela ATAD... Toda? Não! Uma parte dessa norma está habitada por um irreductível fundamento jurídico - o abuso das formas jurídicas -, que resiste ainda e sempre à harmonização.*

⁵⁰⁹ Note-se que, pese embora não estejamos perante um campo harmonizado pela ATAD, a aplicação da CGAA continuará, quanto a este trecho, ainda assim submetida ao Direito da UE, nomeadamente ao exercício de harmonização negativa que é levado a cabo pelo TJUE com base no direito primário da UE, como assinalado *supra*, em 5.5.7 do presente trabalho.

comerciais válidas que reflitam a realidade económica⁵¹⁰ -, alinhamento esse que o legislador estabeleceu mediante a transplantação desse elemento normativo do artigo 6.º da ATAD para o n.º 2 do artigo 38.º da LGT, o que importa que a interpretação deste trecho normativo da CGAA não se possa fazer sem que se tenha em conta a interpretação que se venha a fixar a respeito desse mesmo elemento no artigo 6.º da ATAD.

Nos termos da norma legal (*cf.* a alínea a) do n.º 3 do artigo 38.º da LGT), o carácter não genuíno de uma construção ou série de construções é estabelecido segundo os mesmos critérios que são avançados no n.º 2 do artigo 6.º da ATAD, pelo que, também entre nós, o carácter não genuíno da construção ou série de construções depende de que se conclua, tendo em conta todos os factos e circunstâncias, que essa construção ou série de construções não terá sido posta em prática por razões comerciais válidas⁵¹¹, que reflitam a realidade económica. Visto pelo prisma inverso: um ato ou negócio jurídico será genuíno quando o seu propósito corresponder a razões comerciais válidas, a motivos económicos que estejam de acordo com a realidade económica *in casu* observada.

Se, por sua vez, considerarmos os termos através dos quais este elemento é previsto no artigo 6.º da ATAD, é notório que não estamos aí perante um requisito ou elemento que fundamente a aplicação da GAAR, mas estamos - na senda do que se reconhece quanto à exigência de um expediente puramente artificial formulada pelo TJUE no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação direta - perante um requisito negativo ou um limite à aplicação da GAAR, através do qual se impede que essa norma se aplique a montagens ou séries de montagens que, pese embora sejam ordenadas a obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade de normas fiscais, tenham carácter genuíno.

Contudo, o que na GAAR prevista na ATAD é um requisito negativo vê-se, nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, equiparado a um fundamento de aplicação da CGAA, pois que é colocado numa relação de alternatividade com o fundamento do abuso das formas jurídicas, de onde resulta que este requisito não é, na norma doméstica, encarado como uma salvaguarda ou limite negativo quanto à aplicação da CGAA, mas

⁵¹⁰ *vd.*, a respeito deste teste, 5.7.3.3 do presente trabalho.

⁵¹¹ Quanto ao que possam ser estas razões económicas válidas, recorde-se, aceitamos que no presente momento, e face à indeterminação que neste campo ainda subsiste, se possam considerar como válidas todas as razões económicas com exceção das razões (económicas) de natureza fiscal – *vd.*, neste sentido, WILDE, *The Implementation*, p. 11 do *Chapter 14*.

sim como um seu fundamento de aplicação, de tal modo que a lei induz o intérprete a ter por assente que a CGAA ou se aplica com base no abuso das formas jurídicas (ainda que se observe substância económica) ou se aplica com base na não genuinidade da construção ou série de construções (ainda que não se observe um abuso das formas jurídicas).

O diferente entendimento entre a GAAR e a CGAA quanto à função e imprescindibilidade do teste das razões comerciais válidas não nos traz tranquilidade, induzindo mesmo um estado de alerta quanto à possibilidade da aplicação da CGAA se poder tornar um caminho de pedras, obrigando-nos não só a ziguezaguear entre elementos harmonizados e não harmonizados, mas também, sob pena de abrirmos uma fonte de intermináveis mal-entendidos, a ter um extremo cuidado com o manuseamento dos elementos que, sendo comuns à norma harmonizada, acabam por ter, na economia da CGAA, uma função diferente da que desempenham na GAAR, como é o caso do carácter não genuíno da construção ou série de construções.

Ainda que possamos estar aqui perante uma diferente compreensão dos legisladores nacional e UE quanto a qual seja a função, no contexto de uma cláusula geral antiabuso, do requisito de não genuinidade, o que nos parece desde já claro é que esta é uma mutação importante da CGAA nacional, a qual, doravante, congrega no seu regaço dois fundamentos distintos e autónomos entre si, um que se relaciona intimamente com a ideia de fraude à lei fiscal (o abuso das formas jurídicas) e outro mais em linha com considerações de substância económica (o carácter não genuíno).

6.2.2. Quanto ao elemento resultado

Para que estejamos perante uma situação de aplicação da CGAA exige-se que os atos ou negócios jurídicos correspondentes ao elemento meio tenham sido executados ou ordenados de modo a obter uma vantagem fiscal.

6.2.2.1. O elemento resultado - a ausência de uma definição legal de vantagem fiscal

A redação da CGAA que vigorou até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, dispunha que constituía uma vantagem fiscal a redução, eliminação ou o

diferimento temporal dos impostos, e conjugava esta enumeração de vantagens fiscais com a enunciação de um conceito amplo de vantagem fiscal, nos termos do qual seria vantagem fiscal relevante, para efeitos de aplicação da CGAA, qualquer vantagem de índole fiscal que não fosse alcançada, total ou parcialmente, sem a utilização dos atos ou negócios correspondentes ao elemento meio. Estávamos, pois, já para lá do estádio em que se poderia ponderar se a vantagem fiscal relevante se limitaria à obtenção indevida de um benefício fiscal (mormente, uma isenção) ou de uma não sujeição. Com efeito, o espectro de vantagens fiscais a que, para efeitos da CGAA, se atribuía relevância, era bastante alargado, podendo traduzir-se, por exemplo, na obtenção de reembolsos, na obtenção de reembolsos acrescidos no seu montante ou pagos em antecipação ao que seria normal, na dedução de um gasto ou numa dedução antecipada de um gasto, na obtenção de um crédito de imposto ou na obtenção de um benefício fiscal⁵¹², ou numa dedução ou depreciação majorada, etc..

Como se deverá preencher este elemento da CGAA agora que não só deixámos de contar com a enumeração de situações aptas a constituir uma vantagem fiscal como também deixámos de contar com a expressa enunciação legal do conceito de vantagem fiscal?

Pese embora a vantagem fiscal seja um elemento partilhado entre a CGAA e a GAAR prevista na ATAD, sendo desse modo, também ele, um elemento harmonizado, temos que também na ATAD não existe qualquer definição do que se deva entender por vantagem fiscal, pelo que, por enquanto, não se vislumbram contributos da ordem jurídica UE que nos auxiliem decisivamente quanto a saber o que pode ou não constituir uma vantagem fiscal para efeitos da CGAA. No entanto, recorde-se que, ainda que a título meramente exemplificativo, a Recomendação de 2012 indicava, a respeito da cláusula geral antiabuso aí recomendada, que para determinar se uma montagem está na origem da vantagem fiscal seria útil apurar se um montante não é incluído na matéria coletável, se o contribuinte beneficia de uma dedução, se é registada uma perda (prejuízo) fiscal, se não é devida qualquer retenção na fonte, ou se o imposto estrangeiro é compensado⁵¹³. Este elenco de situações não é significativamente menos vasto que o elenco de vantagens

⁵¹² Até aqui seguimos exemplos avançados em LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 172, *ndr* 390.

⁵¹³ *cf.* ponto 4.7 da Recomendação de 2012.

fiscais que vigorou entre nós nos termos da anterior redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

Se atentarmos no papel que é desempenhado pela vantagem fiscal na definição do que seja o abuso visado pela CGAA, vemos que esse papel se mantém inalterado, não tendo sofrido qualquer degradação, pelo que não temos qualquer razão que nos motive a concluir que a ausência de uma qualquer enumeração ou de uma definição de vantagem fiscal corresponda à renúncia do acervo doutrinal e jurisprudencial já reunido a esse respeito perante a anterior redação da CGAA, ou que nos imponha um conceito mais limitado de vantagem fiscal, parecendo-nos que se tratará até, precisamente, do oposto: que o legislador entende que esta questão estará já suficientemente madura, ao ponto de poder prescindir da sua enunciação legal.

Se conjugarmos a alteração recentemente imprimida ao n.º 2 do artigo 38.º da LGT com a alteração, sua contemporânea, promovida ao artigo 63.º do CPPT, podemos claramente perceber que a relevância conferida à identificação da vantagem fiscal se mantém, não nos parecendo que as diferenças patentes entre as redações sucessivas da alínea b) do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT fundamentem um qualquer aligeiramento quanto ao cuidado que, aquando da aplicação da CGAA, deverá, por imposição legal, continuar a ser devotado à identificação da vantagem fiscal.

6.2.2.2. O elemento resultado - como identificar e determinar a vantagem fiscal?

À exceção de um ponto (que abordaremos *infra*), julgamos que se mantém em geral válida a asserção segundo a qual a verificação do elemento resultado (vantagem fiscal) efetua-se comparando os ónus fiscais que foram evitados através da construção ou série de construções em causa com os ónus fiscais que teriam sido devidos caso essa construção ou série de construções não tivesse ocorrido em abuso das formas jurídicas ou se tivesse ocorrido de acordo com a substância e realidade económica patente no caso. Constatar-se-á uma vantagem fiscal relevante quando dessa comparação resulte uma efetiva diferença objetivamente vantajosa para o contribuinte⁵¹⁴. De notar que o artigo 6.º da ATAD não impõe qualquer disciplina quanto ao cálculo ou comparação destes ónus, pelo

⁵¹⁴ Seguimos de perto LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 171 e 172.

que, salvo melhor opinião, esta matéria não se encontra sujeita a harmonização, na medida em que dependerá estritamente de qual seja a solução vigente em cada Estado-Membro, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º da ATAD.

Mas, onde antes, perante a anterior redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, havia que, nessa comparação, atender aos ónus fiscais correspondentes a uma atuação segundo uma via jurídica considerada normal para se obterem os equivalentes resultados económicos, práticos, materiais ou financeiros (os resultados não fiscais) prosseguidos pelos atos ou negócios jurídicos - ou seja, havia que atender aos ónus fiscais correspondentes aos negócios ou atos de idêntico fim económico aos efetivamente realizados -, agora, nos termos do n.º 2, *in fine*, do artigo 38.º da LGT, os atos ou negócios que deverão ser assumidos no âmbito dessa comparação, a título de contrafactual aos atos e negócios jurídicos efetivamente realizados, são os atos ou negócios que correspondam à substância ou realidade económica do caso⁵¹⁵.

A diferença introduzida pela alteração legal supra referida é notória, ainda que na prática possa não ter significativas repercussões, na medida em que não conseguimos antever situações em que a substância ou realidade económica subjacente aos atos ou negócios potencialmente abusivos realizados possa não coincidir com o que antes identificávamos como sendo o *idêntico fim económico ao negócio ou ato realizado*. Estamos, pois, em crer que tanto uma como outra expressão apontam e sublinham a importância decisiva que, na escolha do contrafactual, é desempenhada pela substância económica dos atos e negócios (potencialmente abusivos) realizados, substância económica essa que, tanto perante a anterior como perante a atual redação da norma, deverá declinar-se nos atos ou negócios hipotéticos que acompanhem essa substância económica.

Em suma, quando a braços com o elemento resultado, o que legalmente se impõe é que se demonstre que o sujeito passivo, pelos atos ou negócios que preenchem o elemento meio, logrou obter uma determinada vantagem fiscal. Esta demonstração implica que seja estabelecida a equivalência entre os efeitos económicos (substância ou realidade

⁵¹⁵ Devendo, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT, a fundamentação do projeto de decisão de aplicação da CGAA conter necessariamente a identificação dos atos ou negócios que correspondam à substância ou realidade económica.

económica) dos atos ou negócios realizados e os atos ou negócios hipotéticos assumidos como contrafactual e que permitiram identificar e determinar a vantagem fiscal.

6.2.3. Quanto ao elemento intelectual

Este elemento, o qual é característico das normas gerais antielisão, respeita à motivação do agente em prosseguir determinados atos ou negócios jurídicos (os que correspondem ao elemento meio) de modo a obter um resultado fiscal vantajoso (identificado nos termos do elemento resultado)⁵¹⁶.

O elemento intelectual, o qual encerra em si uma acentuada suscetibilidade à polémica⁵¹⁷, estava, até à entrada em vigor das mais recentes alterações ao n.º 2 do artigo 38.º da LGT, expressamente previsto entre nós sob a fórmula legal de *atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos*, pelo que a CGAA só seria aplicável quando também este elemento se demonstrasse preenchido⁵¹⁸.

6.2.3.1. O elemento intelectual - a finalidade principal ou uma das finalidades principais

Após as alterações promovidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, observa-se que onde antes o n.º 2 do artigo 38.º da LGT se referia a atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos à obtenção de vantagens fiscais, se refere agora a norma a

⁵¹⁶ De notar que o elemento intelectual tem uma dignidade igual à que é reconhecida ao elemento resultado, não se devendo confundir aquele elemento com este, não se podendo substituir a verificação de um elemento pela verificação do outro, de modo a que, por exemplo, pudesse a CGAA ser aplicada nos casos em que se verifique ter existido a motivação fiscal exigida mas em que não se observou o resultado fiscal pretendido, ou nos casos em que se verifique ter sido obtida uma vantagem fiscal pese embora a obtenção de tal vantagem não tivesse sido uma das principais motivações do contribuinte beneficiado.

⁵¹⁷ Como nota LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 177, e o demonstra, por exemplo, a discussão em redor do valor da expressão *finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal* no âmbito do artigo 6.º da ATAD, como vimos *supra*, em 5.7.3.1 do presente trabalho.

⁵¹⁸ Note-se que até quem, como Diogo Leite de Campos, mantinha algumas dúvidas quanto à pertinência deste elemento perante a primeira CGAA - *vd.* LEITE DE CAMPOS, *Evasão Fiscal, Problemas Fundamentais*, p. 217) -, parece-nos que vinha aceitando já a relevância do elemento intelectual: “Ao praticarem os actos ou celebrarem os negócios previstos no n.º 2 do art. 38.º da LGT, com o fim (exclusivo ou principal) de diminuir a carga fiscal, os cidadãos estão, não a gerir os seus assuntos próprios, mas a gerir os assuntos do Estado, os impostos, ingerindo-se na esfera jurídica do Estado. Desta ilegitimidade decorre a ineficácia dos actos praticados a nível da sua relevância fiscal.” – *cf.* LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual*, pp. 61 a 62.

construções ou séries de construções realizadas com a *finalidade principal ou uma das finalidades principais* de obter uma vantagem fiscal.

Tal alteração parece-nos ser prenhe de significado.

Desde logo, cumpre assinalar que o legislador nacional, através desta alteração, alinhou o elemento intelectual da CGAA pelo que, a esse respeito, consta do artigo 6.º da ATAD, ainda que esta não fixe expressamente o que se deva entender por finalidade principal ou uma das finalidades principais para efeitos da GAAR. Do alinhamento operado pelo legislador nacional resulta que também a interpretação deste aspeto da CGAA não poderá, de futuro, passar ao lado de qual venha a ser a interpretação de tal trecho do artigo 6.º da ATAD.

Desta forma, e recordando o que já tivemos oportunidade de afirmar quanto ao teste subjetivo contido no artigo 6.º da ATAD⁵¹⁹, tendemos a militar no campo que considera que o elemento intelectual se encontra preenchido nos casos em que se verifique que um dos motivos, propósitos ou objetivos (finalidades) que conduziram o contribuinte a participar na construção ou série de construções sob análise, foi a intenção de diminuir a sua dívida tributária, e se verifique que esta motivação foi ainda, pelo menos, uma das motivações principais que conduziram à concretização dessa construção ou série de construções. Entendido este elemento deste modo, estamos perante um padrão menos exigente que aquele que encontraríamos caso fosse referido à essencialidade da motivação.

A intensidade que se reconheça ao elemento intelectual em sede de uma CGAA é importante, pois que influencia o âmbito de aplicação dessa norma, mas não nos parece que seja uniforme ao longo das cláusulas gerais antiabuso (ou doutrinas jurisprudenciais equivalentes) previstas em cada ordem jurídica, podendo encontrar-se cláusulas em que o elemento motivacional se considera verificado com a mera presença de motivações fiscais ou com a presença de uma motivação fiscal preponderante, ainda que não exclusiva⁵²⁰, ou se considera verificado apenas quando a motivação fiscal seja a única

⁵¹⁹ *vd.*, a este propósito, 5.7.3.1 do presente trabalho.

⁵²⁰ Será o caso da doutrina jurisprudencial *fraus legis*, aplicável desde 1926 nos Países Baixos - *vd.* R. KOK e I. M. VALDERRAMA, “Netherlands Branch Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103^a, IFA, 2018, p 547.

principal motivação para os atos e negócios em causa⁵²¹, podendo mesmo, no que será a modalidade de elemento intelectual mais exigente com que nos podemos deparar, considerar-se tal elemento verificado apenas quando não exista qualquer razão económica (não-fiscal) válida para os atos ou negócios em causa⁵²². Reconhecendo que este elemento da CGAA se encontra hoje harmonizado, certo é que, independentemente de qual seja a nossa opinião a seu respeito, o mesmo terá que assumir a feição que lhe vier a ser reconhecida pelo TJUE no contexto do artigo 6.º da ATAD.

E em que se pode traduzir a finalidade principal de obter uma vantagem fiscal?

Ainda que o elemento intelectual, quando é referido à finalidade principal ou uma das finalidades principais, seja menos exigente do que quando é referido à finalidade exclusiva de obter uma vantagem fiscal (abordagem *sole purpose*) ou à finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal (abordagem *essential purpose*), ainda assim julgamos que se continua a exigir uma motivação fiscal especialmente qualificada, a qual, naturalmente, não pode deixar de ser comprovada. Tal comprovação deverá ser efetuada perante os meios empregues e os resultados dos atos e negócios jurídicos realizados, e limitar-se à demonstração de que a pretensão do contribuinte em relação a uma construção ou série de construções visou, a título principal, obter as vantagens fiscais proporcionadas. De facto, não se deverá confundir a motivação em causa no elemento intelectual com uma outra e diferente motivação - a de obter um resultado ou finalidade contrária ao espírito da norma e ao ordenamento jurídico -, pois a verificação do elemento intelectual não depende do conhecimento que um contribuinte tenha quanto à congruência sistemática ou normativa do resultado fiscal obtido, pelo que a motivação relevante, nesta sede, se cinge a perceber qual tenha sido a motivação que presidiu à escolha dos atos ou negócios jurídicos implementados e quais foram os seus correlativos efeitos fiscais (o elemento meio e o elemento resultado), e, no caso de ter existido uma motivação de cariz fiscal, se esta foi ou não relevante, ao ponto de se poder considerar que foi uma das principais motivações (ainda que não a exclusiva motivação principal) que presidiu à escolha dos atos ou negócios levados a cabo.

Quanto à comprovação ou demonstração da existência e da importância da motivação de ordem fiscal numa determinada construção ou série de construções, parece-nos avisado

⁵²¹ Como será o caso do texto normativo em França, pese embora a leitura jurisprudencial não seja tão estrita - *vd.* CALLOUD, *Cahiers de Droit Fiscal International*, pp. 322 e 323.

⁵²² *vd.* KREVER, *GAARs*, p. 5.

sublinhar que se mantém o que se vinha considerando (e que se entende que acontece também perante o teste subjetivo da GAAR), ou seja, que este elemento deve ser analisado sob uma perspetiva objetiva - o que, entre nós, se extrai do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT -, admitindo-se que a prova dessa motivação seja feita por recurso a factos ou elementos de prova objetivos, que permitam inferir, com razoável segurança e segundo critérios de razoabilidade e normalidade, a conclusão de que o contribuinte adotou as formas negociais que adotou tendo em vista um fim preponderantemente fiscal⁵²³. Julgamos que se manterá igualmente válida a asserção de que os dados objetivos obtidos deverão permitir ao aplicador da CGAA concluir, diretamente ou, se necessário for, por recurso a ilações ou presunções judiciais, que o elemento motivacional se verifica, ainda que se imponha a salvaguarda da possibilidade do contribuinte poder demonstrar, nos mesmos termos, tanto a existência de uma exclusiva ou essencial motivação económica não fiscal⁵²⁴ como a inexistência ou irrelevância da motivação fiscal.

Perante a anterior redação da CGAA defendia-se, quanto ao que seria exigido demonstrar no âmbito deste elemento, que à administração fiscal caberia igualmente provar que inexistia qualquer outra motivação que não a motivação fiscal em relação à estrutura em causa⁵²⁵. Um requisito como este estará em consonância com a modalidade de elemento intelectual mais exigente com que nos podemos deparar - nos termos da qual esse elemento apenas se considera verificado quando não existir qualquer razão económica válida para os atos ou negócios em causa -, mas não é essa, contudo, a perspetiva que melhor se adequa aos termos em que a CGAA atualmente enuncia o elemento intelectual. Deste modo, julgamos que à administração fiscal caberá demonstrar e provar, face a uma determinada construção ou série de construções, que lhes presidiu, como sua motivação principal ou uma das suas motivações principais, uma motivação de ordem fiscal (correspondente à obtenção da vantagem fiscal identificada em sede do elemento resultado), não se lhe exigindo que demonstre igualmente a inexistência de alguma outra motivação para lá dessa motivação fiscal. Atente-se que uma exigência como essa seria hoje até destituída de efeito prático, uma vez que, como estamos em crer, a existência simultânea de uma motivação económica extrafiscal relevante e de uma

⁵²³ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 182 e 183. Não estávamos já longe, portanto, de *todos os factos e circunstâncias relevantes*, expressão que agora encontramos no n.º 2 do artigo 38.º da LGT. Sobre o significado desta expressão *vd. supra*, 5.7.3.3, *in fine*, do presente trabalho.

⁵²⁴ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 183.

⁵²⁵ *vd.*, neste sentido, G. LOPES COURINHA, “Portugal Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103^a, IFA, 2018, p. 625.

motivação fiscal igualmente relevante não invalida a verificação, nesse caso, do elemento intelectual.

A CGAA continua sem cuidar de listar os indícios a considerar pela administração fiscal em sede de avaliação da presença de uma motivação fiscal preponderante, nem sequer estabelece uma lista de critérios objetivos sobre os quais se possa repousar a constatação de que estamos perante uma motivação fiscal relevante, pelo que esta norma não estabelece qualquer preferência⁵²⁶, tal como não estabelece qualquer exclusão, quanto aos factos, indícios ou elementos de prova que possam ser utilizados. É, contudo, apontada a conveniência, perante um ato ou negócio jurídico, em atentar nas obrigações e direitos legalmente acordados entre as partes, ou na sucessão de efeitos produzidos pelos atos praticados, notando-se que perante formas complexas e insólitas, escolhidas em detrimento de vias usualmente consagradas para a obtenção do resultado não fiscal, esta análise impor-se-á, sabendo-se que, quanto mais insólita, complexa ou inusual se revelar a estrutura escolhida, mais facilitada fica a tarefa do aplicador da CGAA quanto à demonstração da verificação do elemento intelectual⁵²⁷.

6.2.4. Quanto ao elemento normativo

Verificados que estejam os elementos meio, resultado e intelectual - elementos estes cuja verificação é de natureza factual -, faltar-nos-á ainda verificar a presença do elemento normativo, o qual se reconduz a uma questão de direito: saber se o resultado tributário que se pretendeu alcançar através daquela construção ou série de construções é ou não reprovável quando confrontado com a intenção ou o espírito da lei fiscal, do Código do Imposto em causa ou do próprio ordenamento jurídico-tributário⁵²⁸, ou, na expressão legal agora vigente, se uma vantagem fiscal frustra o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável.

A circunstância de este elemento não ter conhecido, até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, uma expressa consagração na letra do n.º 2 do artigo 38.º da LGT

⁵²⁶ Nota-se que, em jurisdições que optaram por estabelecer preferências deste género, são indicados como indícios a ter em conta, por exemplo, a forma como a estrutura foi montada e executada, a forma e a substância do esquema ou estrutura, a evolução da posição financeira do contribuinte em resultado desse esquema ou estrutura ou a sua oportunidade - *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 184.

⁵²⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 185.

⁵²⁸ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 186.

- pese embora seja uma das mais fortes exigências dirigidas às cláusulas gerais antiabuso de acordo com a sua respetiva doutrina explicativa -, foi uma circunstância suficiente para que se tenham, entre nós, lançado dúvidas sobre a pertinência deste elemento na aplicação da CGAA⁵²⁹.

O que está verdadeiramente em causa no elemento normativo é a desconformidade do resultado obtido pelo sujeito passivo, através dos atos ou negócios jurídicos realizados, com a *ratio legis*, o espírito ou o propósito da lei, os princípios do Código em causa ou do próprio sistema fiscal, sendo este elemento o que verdadeiramente ilustra o desvalor jurídico-tributário de uma determinada conduta e que permite ver nessa prática uma elisão fiscal.

É este elemento, por conseguinte, um requisito insuperável de uma cláusula geral antiabuso, sendo através dele que se afere da antijuridicidade do resultado fiscal pretendido pelo contribuinte, pelo que a exigência do elemento normativo há de ser pressuposta, mesmo quando tal elemento não se encontre expressamente firmado na letra da norma⁵³⁰, pois do que trata o elemento normativo é de verificar a *reprovação normativo-sistemática*⁵³¹ dos atos, negócios ou construção levada a cabo, sob a perspetiva dos seus efeitos fiscais, cabendo o ónus da sua alegação à administração fiscal⁵³². Estamos, quando tratamos do elemento normativo, a cuidar do fundamento radical que legitima a aplicação da cláusula geral antiabuso.

Quanto à sua função, o elemento normativo é um garante da aplicação coerente do sistema jurídico tributário, auxiliando o aplicador na obtenção de soluções teleologicamente orientadas, de modo a que a cláusula geral antiabuso funcione como um

⁵²⁹ Compreendendo e defendendo a necessidade deste elemento ou pressuposto, notando, contudo, a sua omissão na norma correspondente à primeira CGAA, *vd.* AVELÁS NUNES, *Fiscalidade*, p. 56. Negando este requisito ou elemento, na medida em que apenas reconhece os elementos de meio e de fim (no qual este autor opera a aglutinação, num único elemento, do que nós aqui denominamos como elemento resultado e elemento intelectual), *vd.* LEITE DE CAMPOS e COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual*, p. 10. Negando a utilidade e a autonomia do elemento normativo, defendendo a sua subserviência face aos demais pressupostos ou elementos de facto, considerando que o mesmo se verifica caso os demais requisitos se encontrem verificados, *vd.* a Decisão arbitral do CAAD de 20/12/2013, proferida no processo n.º 47/2013-T, a Decisão arbitral do CAAD de 13/11/2014, proferida no processo n.º 131/2014-T, a Decisão arbitral do CAAD de 27/11/2014, proferida no processo n.º 51/2014-T, e a Decisão arbitral do CAAD de 11/04/2015, proferida no processo n.º 315/2014-T, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt. Aceitando expressamente este elemento como pressuposto de aplicação da CGAA, *vd.*, entre outros, o Acórdão do TCA-Sul de 15/02/2011, proferido no processo n.º 4255/10, o Acórdão do TCA-Sul de 14/02/2012, proferido no processo n.º 5104/10, e o Acórdão TCA-Norte de 28/09/2017, proferido no processo n.º 1188/11.

⁵³⁰ *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 188.

⁵³¹ Recorremos à certa expressão cunhada por LOPES COURINHA, *Fiscalidade*, p. 111.

⁵³² *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 190.

instrumento de aperfeiçoamento desse mesmo sistema, não dando azo à sua aplicação de um modo imprevisível, o que suscitaria níveis intoleráveis de insegurança jurídica⁵³³.

Ademais, sublinhe-se que é o elemento normativo o que acaba por nos permitir distinguir entre os casos de planeamento fiscal lícito e os casos de planeamento fiscal abusivo, pois nos casos em que o legislador tenha avalizado, apoiado ou assumido como normal e aceitável um dado resultado ou vantagem fiscal (ou seja, em que a ordem jurídico-fiscal não demonstre qualquer sinal de rejeição face aos resultados fiscais dos atos ou negócios empreendidos⁵³⁴), devemos considerar que o sistema fiscal não se opõe ao resultado (fiscal) que decorra de uma dada construção ou série de construções, pelo que não podem essas construções ser, ulteriormente, alvo de aplicação da cláusula geral antiabuso⁵³⁵. A verificação, no âmbito da aplicação da CGAA, da presença do elemento normativo constitui a pedra de toque quanto à distinção entre planeamento fiscal abusivo e planeamento fiscal lícito, confiando à CGAA a função de delimitar o campo de cada um dos planeamentos fiscais supra referidos. É, pois, uma constatação correta a afirmação de que não existe um entendimento universal do que seja uma cláusula geral antiabuso, ou mesmo do que constitua a elisão fiscal que é visada pelas cláusulas gerais antiabuso⁵³⁶, pois que tudo depende, em última instância, da concreta cláusula geral e do concreto ordenamento jurídico protegido por essa cláusula geral, daí resultando a impossibilidade de termos uma enumeração universalmente válida das situações que constituam elisão fiscal.

É igualmente o elemento normativo que nos permite vislumbrar na CGAA um instrumento colocado ao dispor da administração fiscal sem que se moleste o princípio da separação de poderes e salvaguardando-se a reserva de lei formal quanto a normas de incidência fiscal, pois que da exigência de verificação do elemento normativo resulta que a CGAA não deverá ser aplicada revogando a vontade do legislador, o que impede que tal cláusula geral venha a ser entendida como atribuindo ao intérprete (a administração fiscal, numa primeira instância, e o poder judicial, em sede de controlo judicial da atuação da administração) o poder de criar regras em matéria reservada a lei formal⁵³⁷. Sem o elemento normativo, a CGAA poderia transmutar-se num instrumento integrativo de

⁵³³ *vd.* LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, p. 630.

⁵³⁴ *vd.* LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, p. 630.

⁵³⁵ *vd.*, neste sentido, LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, pp. 625 e 626.

⁵³⁶ *vd.* KREVER, *GAARs*, p. 1

⁵³⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, p. 631.

lacunas⁵³⁸, circunstância esta em que seriam certamente mais espessas e negras as dúvidas de constitucionalidade envolvendo a previsão e aplicação da CGAA⁵³⁹.

6.2.4.1. O elemento normativo - um mero esclarecimento

Após as alterações promovidas pela Lei n.º 32/2019 de 3 de maio, observa-se que onde antes a norma legal não continha qualquer expressão que impusesse a exigência da verificação do elemento normativo é agora outro o cenário. Com efeito, decorre hoje da norma legal que encontrar-se-ão ao alcance da CGAA as construções ou séries de construções que tenham sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que *frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável*. No nosso entender, este novo cenário não corresponde, contudo, a uma inovação legislativa, nos termos da qual se passe a prever a exigência, *ex novo*, do elemento normativo, constituindo, outrossim, um esclarecimento ou clarificação quanto à exigência, para este efeito, do elemento normativo, o qual se justifica tendo em conta a algo surpreendente falta de uniformidade verificada na jurisprudência a este respeito.

6.2.4.2. O elemento normativo - um elemento harmonizado

Desta alteração legal decorre que o elemento normativo não só passa a estar expressamente previsto como o está de um modo que espelha fielmente o que a esse respeito consta do artigo 6.º da ATAD, contexto este no qual identificámos este elemento como *teste normativo*⁵⁴⁰. Mais uma vez, assistimos à assunção, pelo legislador nacional, de que esta é agora uma matéria harmonizada, de modo que também quanto ao que se venha a entender constituir o elemento normativo e ao modo como se deve proceder à sua

⁵³⁸ Risco este que é reconhecido por G. LOPES COURINHA, “A Cláusula Geral Antiabuso no CAAD: A Insustentabilidade de Uma Jurisprudência Contraditória - Comentários às Decisões dos Processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014”, in *Desafios Tributários* (N. BARROSO e P. MARINHO FALCÃO org.), Vida Económica, 2015, p. 107.

⁵³⁹ *vd.* LOPES COURINHA, *Desafios*, p. 100, onde este autor afirma que “A tolerar-se a aplicação da CGAA sem a demonstração do elemento normativo - ou secundarizando-o, como sucede nas decisões 47/2013, 51/2014 e 131/2014 - estar-se-ia a transigir com os riscos de uma aplicação equívoca do sistema fiscal: as zonas de planeamento fiscal abertas e promovidas pelo legislador - desde logo, por via da concessão de tratamentos não neutrais a realidades similares ou sucedâneas, ou por via da concessão acrítica de benefícios fiscais - seriam, ulteriormente, vedadas pela administração, naquilo que só se poderia designar de uma patologia aplicativa bipolar.”.

⁵⁴⁰ De que tratámos *supra*, em 5.7.3.2 do presente trabalho.

aferição haverá que ter em conta o que, a esse respeito, se venha a fixar face ao artigo 6.º da ATAD.

6.3 Consequência jurídica da CGAA - o elemento sancionatório

O elemento sancionatório corresponde à estatuição da CGAA. É, portanto, o elemento da norma através do qual se fixa qual será a consequência jurídica da sua aplicação, isto é, qual o efeito jurídico que decorre de, num determinado caso, se verificarem, cumulativamente, todos os elementos ou pressupostos de que depende a identificação de uma situação de abuso abrangida pela CGAA.

6.3.1. O elemento sancionatório - a desconsideração para efeitos tributários

Nos termos legais ora vigentes, a primeira consequência jurídica da aplicação da CGAA é a desconsideração, para efeitos tributários, das construções ou séries de construções relativamente às quais se verificarem os elementos constitutivos de abuso.

Se, por um lado, é desde logo claro que a consequência jurídica da CGAA corresponde à atribuição de um desvalor sobre determinados atos ou negócios jurídicos, observa-se que a fórmula legal utilizada - *desconsideração* - não é imediatamente elucidativa sobre qual seja, ao certo, a modalidade de desvalor que está aí em jogo.

Como vimos supra, o artigo 6.º da ATAD refere-se, a este respeito, a *ignorar* a montagem ou série de montagens. Ainda que não tenhamos um alinhamento *ipsis verbis* entre a norma doméstica e essa norma da ATAD, tal não impede que a CGAA se encontre alinhada com a GAAR prevista na ATAD a este respeito, pois, como vimos em sede desta última norma⁵⁴¹, não é líquido de que modo o verbo desconsiderar se distinga normativamente do verbo ignorar, partilhando ambos estes verbos de uma certa falta de rigor quanto ao seu preciso conteúdo normativo. Por outro lado, o termo utilizado a este propósito no artigo 6.º da ATAD não é ele também ainda juridicamente inequívoco, pelo que não é, pelo menos neste momento, um elemento interpretativo que nos auxilie por aí além a fixar o sentido normativo deste trecho da norma doméstica.

⁵⁴¹ Em 5.7.4 do presente trabalho.

Pese embora as dificuldades supra referidas - e de ser uma incógnita a razão pela qual o legislador nacional abdicou de, como até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019 sucedia, se referir à *ineficácia*, ainda que meramente para efeitos fiscais⁵⁴²-, acabamos por não vislumbrar nesta alteração legal uma alteração significativa quanto ao desvalor jurídico que decorre da aplicação da CGAA.

Com efeito, não nos parece que desconsiderar uma construção ou série de construções para efeitos tributários corresponda a determinar a ilegalidade, a inexistência ou a invalidade - todas estas, formas mais graves de desvalor jurídico - dos atos ou negócios jurídicos em que se decomponha essa construção ou série de construções. Nessa medida, parece-nos que esta desconsideração, para efeitos tributários, dos atos ou negócios jurídicos abusivos aos quais se aplique a CGAA, continua a implicar que esses atos ou negócios se tornem inoponíveis à administração fiscal, mantendo-se, contudo, incólumes todos os seus efeitos civis, seja entre as partes intervenientes seja nas suas relações com terceiros⁵⁴³, mantendo-se os atos ou negócios jurídicos desconsiderados para efeitos fiscais tão juridicamente válidos após a aplicação da CGAA quanto o eram antes dessa aplicação, ainda que no âmbito da relação tributária pertinente tudo se venha a passar como se esses atos não tivessem sido praticados. Deste modo, o desvalor jurídico cominado pela CGAA acaba por corresponder aos moldes em que é geralmente perspetivada em Direito a ineficácia de atos ou negócios jurídicos - inoponibilidade de um ato (existente e válido) a certas pessoas, tudo se passando como se esses atos não tivessem sido praticados⁵⁴⁴.

Ora, interpretada a desconsideração cominada pelo n.º 2 do artigo 38.º da LGT deste modo, simultaneamente se esvazia de significado a alteração legislativa observada a este respeito, pois que tudo se passará afinal como se a norma se continuasse a referir à ineficácia, não vendo nós como, neste momento - pelo menos enquanto não se observarem desenvolvimentos de monta quanto à interpretação deste aspeto em sede do artigo 6.º da ATAD que abram outras perspetivas interpretativas -, possa ser de outra maneira.

⁵⁴² Se é que alguma outra razão presidiu a esta opção do legislador para além da clara intenção de promover um alinhamento, ainda que não literal, com o que, a este respeito, consta do artigo 6.º da ATAD.

⁵⁴³ *vd.*, em relação à anterior redação da CGAA, LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 198 e 199.

⁵⁴⁴ *vd.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 94.

Quanto à seleção dos atos ou negócios jurídicos cuja eficácia é posta em causa, para efeitos tributários, pela aplicação da CGAA, temos que não será aconselhável assumir como regra a desconsideração global ou em bloco da totalidade dos atos ou negócios constitutivos de uma construção ou série de construções abusiva, podendo até uma tal regra revelar-se contraproducente e insustentável, quando não mesmo injustificável, perante o propósito (agora expresso) da CGAA de evitar a fraude à lei fiscal, pelo que ao aplicador da CGAA incumbe ser preciso quanto à escolha dos atos e negócios jurídicos cujos efeitos fiscais desconsidera com base na CGAA, desconsideração essa que deverá limitar-se aos atos ou negócios jurídicos que sejam necessários para garantir a frustração da vantagem fiscal pretendida pelo contribuinte através da construção abusiva, observando-se essa ineficácia apenas quanto ao contribuinte ou aos contribuintes relativamente aos quais se verifiquem todos os elementos constitutivos do abuso visado pela CGAA⁵⁴⁵.

6.3.2. O elemento sancionatório - a reconstrução do enquadramento tributário

O n.º 2 do artigo 38.º da LGT, ao contrário do que sucede no artigo 6.º da ATAD, vai mais além quanto às consequências jurídicas que devem emanar da aplicação da CGAA. Para além de prescrever a desconsideração, para efeitos fiscais, da construção ou série de construções abusivas, comina ainda que dever-se-á efetuar a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica, de modo que o elemento sancionatório da CGAA acaba por se subdividir em dois: a ineficácia, para efeitos tributários, da construção ou série de construções abusivas, e a reconstrução da situação tributária de acordo com os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

Assim, determinada a desconsideração, para efeitos fiscais, dos atos e negócios jurídicos abusivos, caberá ainda à administração fiscal, nos termos do disposto na CGAA, a tarefa de efetuar a tributação de acordo com as normas fiscais que seriam aplicáveis aos

⁵⁴⁵ *vd.*, em relação à anterior redação da CGAA, LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, pp. 201 e 202. Como é aí afirmado por este autor, “pode suceder que os demais sujeitos com os quais o contribuinte contratou ou sobre os quais se repercutem os efeitos tributários dos seus atos, em nada tenham diretamente beneficiado ou, a terem beneficiado, não tenham neles participado com o propósito essencial de obterem para si vantagens fiscais. (...) A CGAA afetará apenas os efeitos tributários dos atos e negócios do contribuinte que visam a vantagem fiscal.”.

atos ou negócios que correspondam à substância ou realidade económica subjacente aos atos e negócios desconsiderados.

Esta tarefa, julgamos, implica que seja empreendida a reconstrução do enquadramento tributário aplicável ao caso, tributando-se o sujeito passivo segundo as normas tributárias que seriam aplicáveis aos atos ou negócios jurídicos que melhor correspondam à substância ou realidade económica observada *in casu*.

Quanto ao que se exige e é permitido à administração fiscal, nos termos do mandato para reformular o enquadramento tributário de acordo com a substância ou realidade económica de uma dada situação a que se aplique a CGAA, note-se que essa reconstrução implica forçosamente que a relação que se estabelece entre o enquadramento tributário reconstruído e a substância ou realidade económica presente no caso seja mediada por atos ou negócios jurídicos de natureza hipotética. Há, pois, que substituir os atos ou negócios jurídicos abusivos ineficazes para efeitos tributários, por outros atos ou negócios, os quais, pese embora não tenham sido praticados ou celebrados - sendo, por isso, juridicamente inexistentes -, melhor traduzam a substância ou realidade económica observada nessa concreta situação, procurando-se que o enquadramento tributário que resulte da aplicação da CGAA esteja de acordo com a tributação que teria resultado da aplicação da norma fiscal iludida, estabilizando-se assim esta situação tributária o mais possível como se o contribuinte tivesse recorrido *ab initio* aos atos ou negócios hipotéticos mas sem que se verifiquem as vantagens fiscais abusivamente prosseguidas⁵⁴⁶.

Sublinhe-se que através desta reconstrução não se substituem na íntegra, para efeitos tributários, os atos ou negócios jurídicos desconsiderados, uma vez que estes atos ou negócios continuarão a produzir efeitos tributários fora do âmbito da relação jurídica em que foi aplicada a CGAA - como, por exemplo, assumindo que a CGAA é aplicada no âmbito de um imposto sobre o rendimento, quanto aos impostos devidos em razão da transmissão de direitos sobre imóveis ou sobre partes sociais, quanto a emolumentos ou taxas de registo ou quanto a outras consequências fiscais secundárias⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ *vd.*, quanto à redação anterior da CGAA, LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 199.

⁵⁴⁷ *vd.* LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, p. 632. Segundo este autor, a vantagem fiscal que era posta em causa através da aplicação da anterior CGAA era já a específica vantagem fiscal visada pela estrutura abusiva, não devendo a reconstrução da situação do contribuinte interferir com os impostos acessórios já suportados ou a suportar em razão dos atos ou negócios abusivos (por exemplo, Imposto do

Observa-se, deste modo, que a CGAA se inscreve no campo das cláusulas gerais antiabuso que determinam que a administração fiscal reconstrua os atos ou negócios abusivos, substituindo esses atos ou negócios por hipotéticos atos ou negócios que melhor traduzam a substância ou realidade económica, o que afasta a CGAA das cláusulas gerais antiabuso que professam a aplicação das normas fiscais vigentes sobre os atos ou negócios abusivos, ditando uma interpretação destes que permita a aplicação da norma defraudada⁵⁴⁸.

A propósito da reconstrução do enquadramento tributário, torna-se oportuno questionar se este exercício tem uma natureza constitutiva ou uma natureza meramente declarativa, pretendendo-se perceber se a aplicação da CGAA deve ser entendida como a reposição da situação tributária que era já legalmente devida, mesmo antes da sua aplicação (caso em que a aplicação da CGAA terá uma natureza declarativa), ou se, pelo contrário, as responsabilidades tributárias que resultam da aplicação da CGAA apenas se constituem com essa aplicação (caso em que a aplicação da CGAA terá uma natureza constitutiva).

Tem-se tendido - e não erradamente, julgamos, pelo menos até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019 de 3 de maio -, para o reconhecimento da natureza constitutiva do enquadramento tributário que resulte da aplicação da CGAA, uma vez que se vem decidindo que tal enquadramento tributário não é apto a responsabilizar a entidade que, caso se tivessem efetivamente realizado os atos ou negócios hipotéticos, legalmente assumiria, nesse cenário, a qualidade de substituto tributário⁵⁴⁹, sendo notória, pelo menos

Selo sobre certos atos ou documentos, impostos sobre a transmissão de bens, emolumentos, taxas, etc.) - *vd.* LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 201, o que julgamos ser igualmente válido perante a atual CGAA.

⁵⁴⁸ Quanto a esta distinção, *vd.* KREVER, *GAARs*, p. 3.

⁵⁴⁹ Veja-se, neste sentido, entre outras, a Decisão arbitral do CAAD de 24/11/2014, proferida no processo 379/2014-T, a Decisão arbitral do CAAD de 19/12/2014, proferida no processo 200/2014-T, a Decisão arbitral do CAAD de 4/05/2015, proferida no processo 283/2014-T, e a Decisão arbitral do CAAD de 3/07/2015, proferida no processo 180/2014-T, todas pesquisáveis em www.caad.org.pt. Esta é, contudo, uma questão que, à luz da anterior redação da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, se foi revelando controversa, como se obtém desde logo nas Declarações de voto presentes nas decisões supra referidas, e o atestam a Decisão arbitral do CAAD de 25/08/2016, proferida no processo 671/2015-T, a Decisão arbitral do CAAD de 14/12/2016, proferida no processo 363/2016-T (e as Declarações de voto que acompanham estas decisões), a Decisão arbitral do CAAD de 4/11/2015, proferida no processo 173/2015-T, a Decisão arbitral do CAAD de 14/11/2017, proferida no processo 162/2017-T, e a Decisão arbitral do CAAD de 11/06/2018, proferida no processo 324/2017-T, nas quais se admite que a CGAA é apta a revelar responsabilidades decorrentes da substituição tributária. Quanto à questão de a reconstrução decorrente da aplicação da CGAA implicar também a responsabilidade que decorreria da substituição tributária que seria aplicável à situação reconstruída caso esta tivesse sido desde logo levada a cabo, afirma a jurisprudência que “pela própria natureza do dever de retenção na fonte, a aplicação da cláusula geral antiabuso, dependente de uma verificação a posteriori dos requisitos da sua aplicação, não pode originar deveres de

até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a propensão da doutrina para a impossibilidade de, com fundamento na situação fiscal reconstruída, serem ao contribuinte exigidos juros compensatórios⁵⁵⁰ ou que pudesse ser exigido o pagamento da dívida tributária a um putativo substituto tributário⁵⁵¹. A estes dois tópicos regressaremos *infra*, em 6.3.4.2 e em 6.3.4.3 do presente trabalho.

6.3.3. O elemento sancionatório - a não produção das vantagens fiscais pretendidas

Tanto a desconsideração, para efeitos tributários, dos atos e negócios jurídicos efetivamente tributados, como a reconstituição do enquadramento tributário tendo em conta a substância económica em presença, são consequências jurídicas da aplicação da CGAA que se devem ter por ordenadas à obtenção de um objetivo, o qual vai até já afirmado na própria norma: a não produção das vantagens fiscais pretendidas (*cf.* n.º 2, *in fine*, do artigo 38.º da LGT) através da construção ou série de construções abusivas.

A necessária ligação que identificamos entre a aplicação da CGAA e a não produção das vantagens fiscais pretendidas pela construção ou série de construções abusivas, a qual já se observava perante a redação anterior da CGAA, manter-se-á plenamente válida,

retenção na fonte que não existiam no momento em que foram praticados os actos ou negócios considerados abusivos de que emergiu uma vantagem fiscal indevida, à face [do] circunstancialismo factual e jurídico existente nesse momento.” (*cf.* Decisão arbitral do CAAD de 19/12/2014, proferida no processo 200/2014-T). Em sentido divergente, veja-se a Declaração de voto (vencido) do árbitro Manuel Pires exarada nessa Decisão arbitral, na qual este árbitro parece abraçar a natureza declarativa da aplicação da CGAA ao afirmar que “Dizer-se que a retenção seria impossível antes de saber que a cláusula em causa seria aplicável é esquecer o que deveria ter ocorrido se não tivesse sido praticado o abuso. Não se trata de uma actuação conforme a lei, trata-se de algo que não deveria ter sido praticado, de um abuso. E o raciocínio e o tratamento não podem ser idênticos para casos de abuso e não abuso. Não há, pois, retroactividade, é como se a situação não tivesse ocorrido e ab initio tudo tivesse sido conforme com o que a lei dispõe.”. Neste mesmo sentido, *vd.* Declaração de voto (vencido) do árbitro Américo Brás Carlos exarada na Decisão arbitral do CAAD de 4/05/2015, proferida no processo 283/2014-T: “A obrigação de pagamento do imposto existe desde o facto gerador do imposto, que, obviamente, não é a aplicação da CGAA. Não há, pois, retroactividade. É como se a situação abusiva não tivesse ocorrido e ab initio tudo tivesse sido conforme ao que a lei dispõe.”.

⁵⁵⁰ Em sentido contrário, isto é, defendendo que a aplicação da CGAA é apta a constituir o contribuinte igualmente na obrigação de pagamento de juros compensatórios, indicando que tal sujeição a juros compensatórios é até pacífica - ainda que para o efeito se tenha convocado jurisprudência emanada pelo Supremo Tribunal Administrativo relativamente a atos ilícitos - *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 10/07/2017, proferida no processo 219/2016-T. Aceitando que da aplicação da CGAA surja a obrigação de pagamento de juros compensatórios, vislumbrando um nexo de causalidade adequada entre o atraso na liquidação e a atuação de um contribuinte tida por abusiva nos termos da CGAA, e a censurabilidade, a título de dolo, dessa atuação, *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 22/05/2015, proferida no processo 377/2014-T, pesquisável em www.caad.org.pt.

⁵⁵¹ *vd.*, nestes sentidos, LOPES COURINHA, *Cahiers de Droit Fiscal*, p. 632.

assim o interpretamos, também perante (e pese embora) a atual redação desta norma, sob pena de sermos confrontados com um cenário de aplicação sucessiva e cumulativa, não de duas, mas de três consequências jurídicas: a ineficácia, para efeitos tributários, dos atos e negócios jurídicos abusivos; a tributação dos atos ou negócios jurídicos hipotéticos que correspondam à substância ou realidade económica observada *in casu*; e a não produção da vantagem fiscal pretendida.

Um cenário como este, parece-nos, daria azo a resultados completamente esdrúxulos, obrigando o aplicador da CGAA a acumular efeitos jurídicos acriticamente, impedido de cuidar de verificar se a tributação que teria existido na ausência das práticas abusivas se encontra ou não já restabelecida por via da consequência jurídica aplicada anteriormente. Como bem se compreenderá, há situações em que a mera ineficácia, para efeitos fiscais, dos atos ou negócios jurídicos abusivos, bastará para que não se produzam as vantagens fiscais pretendidas através da construção ou série de construções - por exemplo, quando essa construção ou série de construções vise assegurar benefícios fiscais, não sujeições a imposto ou a obtenção de despesas dedutíveis, casos em que a regularização tributária se basta com a ineficácia, para efeitos fiscais, de alguns dos atos ou negócios compreendidos na construção ou série de construções -, não se impondo, em ordem a assegurar tal objetivo, levar a cabo qualquer reconstrução do enquadramento tributário, pois que a tributação ocorre de acordo com a substância ou realidade económica do caso concreto por mero efeito da desconsideração, para efeitos fiscais, daqueles atos ou negócios jurídicos. Neste cenário, haveria ainda que definir como poderia vir a ser feita a reconstrução do enquadramento tributário de acordo com a substância ou realidade económica perante atos de natureza circular, relativamente aos quais não há atos ou negócios hipotéticos que possam substituir os atos ou negócios jurídicos abusivos⁵⁵², ou perante os casos em que pura e simplesmente inexistia substância ou realidade económica.

Uma alternativa ao cenário de cumulação acrítica e excessiva de consequências jurídicas (*overkill*) seria dispormos, no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, de uma ordem de aplicação preferencial das consequências jurídicas previstas nessa norma, o que não sucede.

De modo que interpretamos a norma do n.º 2 do artigo 38.º da LGT como prescrevendo que o que importa garantir com a aplicação da CGAA é que o elemento

⁵⁵² *vd.*, salientando esta circunstância, LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral*, p. 200.

resultado (as vantagens fiscais pretendidas) não se concretize, o que se deverá obter através da ineficácia, para efeitos fiscais, dos atos ou negócios jurídicos abusivos, bem como, quando tal se justifique em ordem a negar essas vantagens fiscais, tributando o sujeito passivo segundo os atos ou negócios hipotéticos que, pese embora não tenham sido efetivamente realizados ou celebrados, melhor correspondam à substância ou realidade económica que *in casu* se observe.

O resultado mais importante que o ordenamento jurídico espera obter da aplicação da CGAA é a negação contrafáctica da vantagem fiscal obtida através da construção ou série de construções abusivas, para o que pode ou não ser necessário proceder à reconstrução do enquadramento tributário correspondente à substância ou realidade económica.

Da ligação entre a aplicação da CGAA e a não produção das vantagens fiscais pretendidas pela construção ou série de construções retiramos, igualmente, que se mantém válida a asserção, já jurisprudencialmente afirmada com base nessa circunstância, de que a CGAA deve ser dirigida aos sujeitos passivos que verdadeiramente possam ter auferido as vantagens fiscais abusivas⁵⁵³.

6.3.4. O elemento sancionatório – três notas finais relativamente a outros quantos seus aspetos não harmonizados

Alterações houve ao artigo 38.º da LGT, promovidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, que não se devem a qualquer exercício de transposição imposto pelo artigo 6.º da ATAD, de que são exemplo os aditamentos àquele artigo da LGT de um n.º 4, de um n.º 5 e de um n.º 6.

O aditamento destes números correspondeu, estamos em crer, à intenção do legislador em disciplinar expressamente algumas das questões que já aqui vimos que a jurisprudência não estaria a resolver de um modo unívoco e inequívoco, sendo que as matérias subjacentes a essas normas não revelam qualquer relação direta com a transposição da GAAR prevista na ATAD, tratando-se antes de alterações que, aproveitando o ensejo dessa transposição⁵⁵⁴, visaram esclarecer ou estabelecer uma nova

⁵⁵³ *vd.* Decisão arbitral do CAAD de 19/12/2014, proferida no processo 200/2014-T, em especial a declaração de voto do árbitro Ricardo da Palma Borges.

⁵⁵⁴ Um pouco ao jeito do que se observa, no contexto da lei do orçamento de estado, com as denominadas normas cavaleiras.

disciplina a respeito de aspetos particulares da CGAA a que é indiferente a harmonização imposta pelo artigo 6.º da ATAD.

O n.º 4 aditado dispõe que, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondem à substância económica ou realidade económica, dispendo o n.º 5 que, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento da construção ou série de construções abusivas, se aplicam as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária. Por sua vez, o n.º 6 dispõe que, em caso de aplicação da CGAA, são majorados em 15 pontos percentuais os juros compensatórios que sejam devidos nos termos do artigo 35.º (da LGT). O aditamento destes números merece-nos as seguintes três breves notas.

6.3.4.1. Primeira breve nota, o n.º 4 do artigo 38.º da LGT

A título de primeira nota, temos que o n.º 4 esclarece que a vantagem fiscal relevante é a que se produz na esfera do beneficiário, ainda que a reconstrução da situação tributária do contribuinte, empreendida no âmbito da aplicação da CGAA, se traduza em atos ou negócios hipotéticos que, caso tivessem sido levados a cabo, teriam dado azo a substituição tributária sob a forma de retenção na fonte com carácter definitivo⁵⁵⁵ ou a uma retenção na fonte com essas características em montante superior ao efetivamente retido, pelo que esta norma, se bem a interpretamos, acaba por afirmar a centralidade que deve ser reconhecida ao beneficiário da vantagem fiscal em sede da aplicação da CGAA, aspeto que não vinha sendo uniformemente entendido, fosse pela administração fiscal fosse pela jurisprudência.

⁵⁵⁵ Ou sob a forma de retenção na fonte com natureza liberatória. Estamos em crer que a norma não só admite como exigirá esta interpretação, pois, caso contrário, teremos uma norma que será apta a esclarecer a questão no âmbito das relações de imposto estabelecidas nos termos do Código do IRC mas inapta para o fazer no âmbito das relações de imposto estabelecidas nos termos do Código do IRS, sem que se perceba onde, e como, a questão ou problema será diferente num e noutro imposto.

6.3.4.2. Segunda breve nota, o n.º 5 do artigo 38.º da LGT

A título de segunda nota, refira-se que, apesar da regra estabelecida no n.º 4 do artigo 38.º da LGT, nem assim o legislador abdicou de todos os efeitos jurídicos que possam decorrer da hipotética relação de substituição tributária, pois que o n.º 5 desse artigo determina que, caso se demonstre que o (hipotético) substituto tributário - aquele que, caso tivessem sido levados a cabo os atos ou negócios hipotéticos considerados para efeitos da reconstrução do enquadramento tributário, teria assumido a qualidade de substituto tributário e, nessa qualidade, teria a obrigação de proceder a uma retenção ou efetuar uma retenção em montante superior ao efetivamente retido⁵⁵⁶ - tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, então, e pese embora o disposto no n.º 4, ainda assim o hipotético substituto tributário será responsabilizado pelo pagamento do imposto nos termos das regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária, mormente as previstas no artigo 28.º da LGT.

Concatenando este n.º 5 do artigo 38.º da LGT com o disposto no artigo 28.º desse diploma, temos que quando a hipotética retenção tiver a natureza de pagamento por conta do imposto devido a final, o hipotético substituto tributário assumirá a responsabilidade subsidiária pelo imposto não retido, ficando ainda sujeito aos juros compensatórios devidos desde o termo do prazo de entrega até ao termo do prazo para apresentação da declaração pelo responsável originário ou até à data da entrega do imposto retido, se anterior (*cf.* n.º 2 do artigo 28.º da LGT), e, nos restantes casos de substituição tributária, o hipotético substituto tributário assumirá a responsabilidade principal pelo pagamento da diferença entre as importâncias que deveriam ter sido deduzidas e as que efetivamente o foram (*cf.* n.º 3 do artigo 28.º da LGT).⁵⁵⁷ A remissão para o artigo 28.º da LGT tem

⁵⁵⁶ O legislador, desta feita, ao contrário do sucedido no n.º 4 do artigo 38.º da LGT, não distingue entre a relação de substituição tributária em razão de retenção na fonte por conta do imposto devido afinal e a relação de substituição tributária em razão de retenção na fonte com carácter definitivo ou com natureza liberatória.

⁵⁵⁷ Face ao que, estamos em crer, a hipotética substituição tributária, pese embora não interfira com muitos aspetos da aplicação da CGAA - como a identificação do beneficiário (junto de quem se deve aferir a motivação e a vantagem fiscal), a identificação dos atos ou negócios abusivos ou a reconstrução do enquadramento tributário -, será, contudo, relevante, nos termos do n.º 5 do artigo 38.º da LGT, em sede de responsabilidade pelo pagamento do imposto liquidado através da aplicação da CGAA, pelo menos quanto ao montante de imposto que se demonstre em falta e que, no âmbito da hipotética relação de substituição tributária, devesse ter sido pago pelo hipotético substituto tributário, para o que, de qualquer modo, se impõe que a administração tributária, em sede do procedimento específico de aplicação da CGAA, tenha tido o cuidado de dirigir esse procedimento também ao hipotético substituto tributário (*cf.* alínea b) do n.º 4 do artigo 63.º do CPPT) e aí tenha demonstrado que o hipotético substituto tributário tinha ou deveria ter conhecimento da construção ou série de construções (*cf.* alínea d) do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT). Fica assim em aberto, a possibilidade do sujeito passivo beneficiário da vantagem fiscal poder vir, por ser do seu interesse, auxiliar a administração fiscal nesta tarefa, uma vez que se a administração fiscal aplicar a

ainda o condão de nos esclarecer quanto ao âmbito da responsabilidade do hipotético substituto tributário, esclarecendo que este, nos termos do n.º 5 do artigo 38.º da LGT, não será responsável por todo o imposto que venha a ser apurado nos termos da aplicação da CGAA, mas sim apenas quanto ao montante de imposto correspondente à hipotética retenção na fonte que não tenha sido efetivamente retido.

O n.º 5 do artigo 38.º da LGT provoca-nos ainda a erupção de alguns outros pontos de interrogação, nomeadamente, quanto a um aspeto que a norma não esclarece, como qual seja o conteúdo mínimo que é exigível para que estejamos perante um conhecimento relevante para efeitos do n.º 5 do artigo 38.º da LGT. Repare-se que a norma não se refere ao conhecimento do carácter abusivo das construções ou série de construções, o que, a suceder, nos permitiria concluir que seria relevante o conhecimento do carácter abusivo da construção ou da série de construções, como julgamos que seria curial que sucedesse, ao admitirmos, como admitimos, que através desta norma se pretende responsabilizar os hipotéticos substitutos tributários que se comportem como promotores de abuso em matéria tributária, ao arquitetarem, promoverem ou comercializarem construções ou séries de construções abusivas. Contudo, o elemento gramatical da norma é algo escasso para que sobre ele repousemos com segurança a nossa proposta de delimitação do conhecimento relevante para este efeito, pois que indica bastar-se com o conhecimento das construções ou séries de construções, interpretação esta que, caso vingue, estamos certos que aprofundará mais o problema do que o resolverá de um modo satisfatório.⁵⁵⁸

6.3.4.3. Terceira breve nota, o n.º 6 do artigo 38.º da LGT

Como terceira e última nota, temos que a aplicação da CGAA, nos termos do n.º 6 do artigo 38.º da LGT, implica a majoração, em 15 pontos percentuais, dos juros compensatórios⁵⁵⁹ que sejam devidos nos termos do artigo 35.º da LGT. Esta prescrição

CGAA ativando o n.º 5 do artigo 38.º da LGT, e caso se trate de uma hipotética retenção na fonte com carácter definitivo ou com natureza liberatória, a responsabilidade do sujeito passivo beneficiário pelo pagamento do montante de imposto decorrente da aplicação da CGAA, correspondente à diferença entre as importâncias que hipoteticamente deveriam ter sido deduzidas e as que efetivamente o foram, passa a ser uma responsabilidade meramente subsidiária, nos termos conjugados do n.º 5 do artigo 38.º e do n.º 3 do artigo 28.º, ambos da LGT.

⁵⁵⁸ Note-se que para a identificação e comprovação do conhecimento referido no n.º 5 do artigo 38.º da LGT não recorreu o legislador à fórmula *todos os factos e circunstâncias relevantes*, pelo que não é claro se a prova indireta desse conhecimento é admitida, nos mesmos termos que o é face aos elementos previstos no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

⁵⁵⁹ O elemento gramatical da norma não é totalmente apto a esclarecer se o que o legislador pretendeu impor foi a majoração, em 15 pontos percentuais, da taxa que presidirá ao cálculo dos juros

legal é referida a todos os casos de aplicação da CGAA (*Em caso de aplicação do disposto no n.º 2 (...)*) pelo que a respetiva relevância não se esgota nos casos de aplicação do n.º 5 desse artigo, onde como acabamos de ver, da interseção entre o aí disposto com o que consta do n.º 2 do artigo 28.º da LGT, resulta expressamente uma sujeição a juros compensatórios no caso de hipotéticas retenções na fonte por conta do imposto devido a final.

Independentemente das dúvidas que possamos manter relativamente ao seu preciso conteúdo, esta norma introduz, no contexto da CGAA, um novo cenário, nos termos do qual, à previsão do desvalor jurídico de certos atos ou negócios⁵⁶⁰ para efeitos tributários se junta a imposição, sobre o sujeito passivo beneficiário da vantagem fiscal pretendida pelos atos ou negócios abusivos, de uma sanção jurídica em sentido próprio⁵⁶¹, a qual é apenas na aparência compensatória, pois que o objetivo ressarcitório se bastaria com a sujeição a juros compensatórios⁵⁶², assumindo assim, ao majorar o que já seja devido a título de juros compensatórios, efetivas feições de sanção punitiva, sem que, contudo, se observe que a aplicação desta sanção se sujeite à disciplina própria das sanções desta natureza, isto é, se sujeite ao direito contraordenacional ou ao direito penal⁵⁶³.

compensatórios nos termos do artigo 35.º da LGT, ou se foi a majoração, em 15%, do montante dos juros compensatórios que seja devido nos termos do artigo 35.º da LGT.

⁵⁶⁰ Que, enquanto se mantiver referido à ineficácia, se reconduz ao mais ligeiro dos desvalores jurídicos, sinalizando que estamos igualmente perante uma mera desconformidade da atuação do sujeito passivo com a ordem jurídica tributária.

⁵⁶¹ Quanto à distinção entre desvalor jurídico e sanção jurídica, *vd.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 98. No sentido de que o desvalor jurídico, que aí é referido como invalidade, não dever ser perspetivado como uma sanção, nomeadamente uma sanção em razão de uma autonomia privada mal exercida, *vd.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição refundida, Almedina, 2017, pp. 76 a 80.

⁵⁶² A que, curiosamente, não procede o n.º 6 do artigo 38.º da LGT, pois dos termos dessa norma não resulta a determinação de que são devidos juros compensatórios em caso de aplicação da CGAA, enredando-se o legislador, a este propósito, num perigoso jogo de assunções que não é propiciador de certeza e segurança jurídica, sobretudo quando a questão de base, à qual a jurisprudência já demonstrou ter dificuldades em resolver de um modo unívoco - saber se há ou não sujeição a juros compensatórios -, fica afinal por esclarecer em termos claros.

⁵⁶³ Tememos que a referência legal, presente no n.º 6 *in fine* do artigo 38.º da LGT, ao RGIT (*sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de junho, na sua redação atual.*), seja um *enigma da esfinge*, que, para nosso infortúnio, não somos capazes de resolver, uma vez que não descortinamos qual seja o tipo de ilícito contraordenacional ou criminal que possa estar em causa perante uma construção ou série de construções consideradas abusivas nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, e cuja aplicação esteja carecida de ser salvaguardada nos termos em que o faz o n.º 6 do artigo 38.º da LGT. Será que planeia o legislador avançar com uma tal tipificação? É que é-nos especialmente penoso imaginar que o legislador tenha confundido a fraude à lei fiscal com a fraude fiscal prevista e punida como crime nos termos do artigo 103.º do RGIT. Há cláusulas gerais antiabuso que assumem expressamente a sua natureza sancionatória, a mais conhecida das quais vigora no direito tributário francês, natureza sancionatória essa que projeta repercussões sobre a aplicabilidade da norma, forçando uma sua aplicação menos frequente que o assumido pelo legislador no texto legal, *vd.*, a este respeito, CALLOUD, *Cahiers de Droit Fiscal International*, p. 323.

O lance correspondente ao aditamento do n.º 6 do artigo 38.º da LGT acaba igualmente por documentar, na medida em que são pressupostos indispensáveis dessa norma, as seguintes duas convicções do legislador nacional: que em razão da aplicação da CGAA há sujeição a juros compensatórios - o que só é possível assumindo ou aceitando a natureza declarativa da aplicação da CGAA -, e, depois, a assunção de uma perspetiva punitiva, e não meramente ressarcitória - o que só é possível quando conscientemente se confunda uma atuação *contra legem* com uma atuação *extra legem*, e ainda assim se considere que a CGAA tem por alvo as condutas ou atuações *contra legem*, bem como se confunda a faculdade de atuação que a CGAA propicia à administração fiscal com uma norma de incidência material de imposto, e se considere que o que a CGAA sanciona é uma suposta violação da norma de incidência e não a conduta abusiva do contribuinte, três perspetivas essas que nos parecem equivocadas e, por conseguinte, nos suscitam as maiores reservas conceptuais, bem como suscitam dúvidas quanto à adequação das expectativas do legislador à natureza, objeto e função da CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

6.4 O reforço da jurisdição do TJUE relativamente à CGAA

Uma vez que a opção do legislador nacional, quanto à transposição da GAAR prevista no artigo 6.º da ATAD, foi a de alterar a CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, ao invés de, por exemplo, aditar uma cláusula geral antiabuso sectorial ao Código do IRC, temos que o legislador nacional acabou por transpor essa regra não só em relação ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas mas também em relação a todas as outras relações tributárias a que a CGAA seja aplicável, promovendo, desse modo, a aplicação do artigo 6.º da ATAD, pelo menos quanto aos elementos da CGAA que estejam alinhados com aquela GAAR, mesmo relativamente a relações de imposto que sejam estranhas ao âmbito de aplicação da ATAD.

Este passo determinou, simultaneamente, a atribuição ao TJUE de competência ou jurisdição para se pronunciar, a título de reenvio prejudicial, sobre a CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, mesmo quando a sua aplicação ocorra fora do âmbito da ATAD, sem que para tal se exija sequer uma referência formal nesse sentido na legislação doméstica, bastando, para esse efeito, que tenha sido adotada a mesma solução (*same*

solution standard)⁵⁶⁴ tanto para as situações abrangidas pela ATAD como para as situações não abrangidas por essa diretiva.

Como vimos, as recentes alterações legislativas promovidas à CGAA foram, sobretudo, no sentido de alinhar esta CGAA com a GAAR prevista na ATAD, pelo que é expectável que o TJUE, quando for convidado a exercer a sua jurisdição sobre esta norma de direito doméstico, nomeadamente fixando o sentido e a interpretação de muitos dos seus elementos constituintes, não deixe escapar essa oportunidade⁵⁶⁵.

Deste modo, a aplicação da CGAA prevista n.º 2 do artigo 38.º da LGT pelas entidades administrativas, bem como as revisões jurisdicionais dessa aplicação, passarão, a partir deste momento, a constituir um desafio ainda mais exigente do que aquele que até agora vivenciávamos, pois aos elementos interpretativos que o intérprete devia já mobilizar terá que necessariamente que acrescer, em relação aos elementos desta norma que vimos serem comuns à GAAR prevista na ATAD, o que resultar das decisões que o TJUE venha a emitir, e que constitua atos claros, relativamente ao artigo 6.º da ATAD, independentemente de o TJUE se pronunciar a respeito da CGAA ou de uma cláusula geral antiabuso (ou de uma doutrina que lhe seja equiparável) de outro Estado-Membro. Deste efeito poderá resultar, assim se espera, um contributo para que a indeterminação intrínseca às cláusulas gerais antiabuso vá diminuindo, reduzindo a inerente incerteza jurídica⁵⁶⁶, ainda que este efeito positivo seja colocado sob condição de o TJUE ser coerente e consistente nas suas futuras decisões a respeito do artigo 6.º da ATAD⁵⁶⁷, pois, caso contrário, há o risco que a transposição desta regra pelos 27 sistemas jurídicos dos Estados-Membros, para mais quando conjugada com o seu carácter *de minimis*, conduza a resultados incoerentes com o mercado interno⁵⁶⁸ e a confusões de aplicação ao nível doméstico que transformarão esse exercício numa via sacra para todos os intervenientes.

⁵⁶⁴ *vd.*, neste sentido, integrando o que já resultava do Caso *Leur Bloem* com a doutrina firmada no Caso *Dzodzi*, BÁEZ MORENO e ZORNOZA PÉREZ, *Combating*, pp. 137 a 143. Notando igualmente esta extensão da jurisdição do TJUE *vd.* A. CORDEWENER, “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards Under Treaty Freedoms and EU Directives?”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2017-2, 2017, p. 66.

⁵⁶⁵ Neste sentido, *vd.* também SMIT, *European Tax Law*, p. 531.

⁵⁶⁶ *vd.* DOURADO, *Tax Avoidance Revisited*, p. 11 do *Chapter 1*.

⁵⁶⁷ *vd.* DOURADO, *Tax Avoidance Revisited*, p. 11 do *Chapter 1*.

⁵⁶⁸ *vd.* CORDEWENER, *ECTR*, p. 66.

Conclusões

As cláusulas gerais antiabuso funcionam como uma solução de último recurso - quando as regras de preços de transferência e as regras específicas antiabuso não são aplicáveis⁵⁶⁹ - no combate à elisão fiscal, sendo-lhes igualmente reconhecido algum efeito dissuasor de tais práticas. A sua abertura ou indeterminação, a qual é característica das cláusulas gerais, é uma condição habilitante para o cumprimento da sua função, permitindo a sua constante regeneração ao longo do tempo, independentemente da intervenção do legislador (qualidade de que não beneficiam as cláusulas específicas antiabuso), seja perante novas práticas por parte dos contribuintes ou perante alterações no ordenamento jurídico fiscal.

Estas cláusulas gerais, na medida em que se sustentam na aversão da ordem jurídica tributária a práticas de fraude à lei fiscal, têm por principal função proteger a ordem jurídica em que se integrem dessas práticas, razão pela qual a sua aplicação se traduz na reafirmação, ainda que contrafáctica, da validade da norma fiscal defraudada. As cláusulas gerais antiabuso em matéria fiscal preocupam-se com a consistência e coerência da ordem jurídica tributária, constituindo um mecanismo jurídico de salvaguarda e reafirmação do princípio da igualdade - ou da capacidade contributiva, critério material de igualdade em matéria de impostos -, e não são, ao contrário do que se poderá pensar, um instrumento primordialmente dirigido à salvaguarda das pretensões de receita do sujeito ativo da relação jurídica, como o são as normas de incidência material ou a aparelhagem legal dirigida à cobrança coerciva da dívida de imposto.

As cláusulas gerais antiabuso recorrem a conceitos indeterminados, visando a individualização, por forma a terem em conta as circunstâncias relevantes do caso individual ou concreto. Tal implica que a sua aplicação é casuística, o que não só inviabiliza uma sua aplicação massificada como exige uma intervenção administrativa qualificada, o que aconselha a autoridade competente a empreender um juízo prévio relativo à oportunidade de cada aplicação da cláusula geral, no âmbito do qual se admite que sejam relevadas considerações relativas à receita fiscal, de modo a promover uma alocação eficiente dos escassos recursos administrativos.

As cláusulas gerais antiabuso acabam por, em geral, identificar o abuso com a realização de atos ou negócios lícitos, em que a escolha da forma jurídica é determinada

⁵⁶⁹ *vd.* DOURADO, *Tax Avoidance Revisited*, p. 11 do *Chapter 1*.

por razões fiscais (por resultar num tratamento fiscal menos oneroso), de modo que estas cláusulas se aplicam a atos lícitos, e não a atos ilícitos ou *contra legem*, nem sequer a atos que se traduzam numa infração fiscal ou que estejam previstos e punidos como fraudes fiscais (circunstância para a qual a ineficácia, para efeitos tributários, cominada pela cláusula geral antiabuso, de tais atos ou negócios, arriscaria redundar na neutralização da própria infração ou conduta criminal), em relação aos quais os ordenamentos jurídicos reagem, em regra, através de outros, mais robustos, mecanismos. Por conseguinte, as cláusulas gerais antiabuso são um mecanismo de combate a práticas de elisão fiscal (*tax avoidance*), não tendo, apesar do que possa resultar da proliferação do uso de uma linguagem menos rigorosa, qualquer utilidade no combate a práticas de evasão fiscal (*tax evasion*) ou mesmo de fraude fiscal.

Quais são, então, os atos lícitos que se encontram sujeitos à aplicação de uma cláusula geral antiabuso?

É impossível responder a esta questão de um modo que seja universalmente válido perante todas as cláusulas gerais antiabuso, não só porque podem ser distintos entre si os conceitos de abuso adotados por essas várias cláusulas gerais, mas também porque o abuso é, em regra, determinado em confronto com uma determinada ordem jurídica, de tal modo que, mesmo perante dois conceitos de abuso equivalentes entre si, um ato pode ser considerado abusivo numa determinada ordem jurídica e não o ser perante uma outra ordem jurídica.

A definição do que seja abuso fiscal só é, portanto, apreensível, perante uma concreta cláusula geral antiabuso - como por exemplo a cláusula geral antiabuso que, após as alterações que lhe foram promovidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, vigora nos termos dos n.ºs 2 a 6 do artigo 38.º da LGT (CGAA) -, e perante a sua respetiva ordem jurídica.

A CGAA, nos termos do que denominamos como elemento meio, aplica-se sobre uma construção ou série de construções realizada com abuso das formas jurídicas ou que não seja considerada genuína. Atinge, por conseguinte, os atos ou negócios jurídicos válidos, lícitos e reais, nomeadamente os que estabeleçam entre si uma unidade lógica, mantendo-se, a este respeito, e em geral, válidas as demais considerações que em relação a este elemento do conceito de abuso adotado na CGAA foram sendo produzidas, no

âmbito da redação anterior da CGAA, relativamente aos atos ou negócios jurídicos abrangidos ou às suas estruturas.

A expressão construção ou série de construções, equivale, estamos em crer, à expressão *montagem ou série de montagens* que consta do n.º 1 do artigo 6.º da ATAD, pelo que se observa, a este respeito, um alinhamento entre o disposto na CGAA e o disposto nessa GAAR - fechando, a este propósito, o alinhamento que já se verificava entre a cláusula geral antiabuso prevista na Diretiva Mães Filhas, a transposição entre nós desta cláusula e a GAAR -, encontrando-se este aspeto da CGAA doravante harmonizado pelo Direito da UE. Ainda que a ATAD não defina o que seja uma montagem ou série de montagens, observa-se que a Recomendação de 2012 da Comissão Europeia, nos termos da qual se recomendava aos Estados-Membros a adoção da cláusula geral antiabuso em matéria de tributação direta aí constante, esclarecia que *montagem* correspondia a qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade, podendo uma montagem incluir mais de uma medida ou parte⁵⁷⁰, o que nos concede uma pista reveladora do igualmente vasto e amplo alcance desta expressão no âmbito do Direito da UE, vastidão e amplitude que se coaduna com os termos em que vinha sendo interpretada, entre nós, a referência a atos ou negócios jurídicos.

A CGAA enuncia agora, no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, que os atos ou negócios jurídicos que se lhe encontram sujeitos serão não só aqueles que correspondam a um abuso das formas jurídicas, como também os atos ou negócios jurídicos que correspondam a construções ou séries de construções que não sejam consideradas genuínas.

Tal constitui um alargamento dos fundamentos ou base de aplicação da CGAA, pois que a CGAA não só se aplicará, como até aqui, sobre os atos ou negócios que assumam uma forma jurídica anómala, inusual, artificiosa, complexa ou contraditória face ao propósito económico da construção ou série de construções (abuso das formas jurídicas), como se aplicará igualmente sobre os atos ou negócios jurídicos integrados numa construção ou série de construções não genuína, implicando o elemento literal da norma que a CGAA ora se aplicará com base no abuso das formas jurídicas (ainda que a construção ou série de construções seja genuína) ora se aplicará com base na não

⁵⁷⁰ cf. ponto 4.3 da Recomendação de 2012.

genuinidade da construção ou série de construções (ainda que não se observe um abuso das formas jurídicas).

A subsistência da possibilidade da CGAA ser aplicada a construções ou séries de construções em abuso das formas jurídicas, independentemente do seu carácter genuíno, é um ponto em que a CGAA vai além do previsto no artigo 6.º da ATAD, pelo que esse trecho normativo, tal como as situações em que o mesmo seja aplicado, se encontram fora do campo harmonizado pela ATAD. A aplicação da CGAA, com base no abuso das formas jurídicas, numa relação de imposto sobre o rendimento das sociedades, ainda que não se encontre vedada pela ATAD, em razão do carácter *de minimis* dessa diretiva e na medida em que tal aplicação vá além do *standard* mínimo previsto no artigo 6.º dessa Diretiva, não se encontra igualmente protegida por esta diretiva, pelo que essa aplicação continuará sujeita à harmonização negativa levada a cabo pelo TJUE em face do Direito primário da UE.

A introdução, *ex novo*, do fundamento relativo ao carácter não genuíno da construção ou série de construções - carácter que se revela quando, tendo em conta todos os factos e circunstâncias, se possa concluir que essa construção ou série de construções não terá sido posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica (*cf.* alínea a) do n.º 3 do artigo 38.º da LGT) -, corresponde ao alinhamento da CGAA com o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 6.º da ATAD, alinhamento que o legislador nacional estabeleceu transplantando esse elemento normativo do artigo 6.º da ATAD para o n.º 2 do artigo 38.º da LGT, de modo que a interpretação deste trecho normativo da CGAA não se poderá fazer sem que se tenha em conta a interpretação que se venha a fixar a respeito desse mesmo elemento no artigo 6.º da ATAD. A este propósito, observa-se que o carácter não genuíno de uma montagem ou série de montagens não é perspectivado, no artigo 6.º da ATAD, como um requisito ou elemento que fundamente a aplicação da GAAR, sendo antes entendido - na senda do que se reconhece quanto à exigência de um expediente puramente artificial formulada pelo TJUE no âmbito do princípio geral de proibição de abuso do Direito da UE em matéria de tributação direta - como um requisito negativo ou um limite à aplicação da GAAR, através do qual se impede que a GAAR seja aplicada a montagens ou séries de montagens que, pese embora sejam ordenadas a obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade de normas fiscais, tenham carácter genuíno. O diferente entendimento, entre a GAAR e a CGAA, quanto à função e prescindibilidade do carácter não genuíno das construções ou série de construções,

coloca-nos perante o risco da aplicação da CGAA se vir a tornar um caminho de pedras, o que nos obriga a ter uma extrema atenção quanto à forma como irá ser manuseado este elemento, pois pese embora seja um elemento comum à norma harmonizada, tem, na economia da CGAA, uma função diametralmente oposta à que desempenha na GAAR.

Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, a CGAA incide sobre construções ou séries de construções que tenham sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal, do que resulta que não só se continua a exigir a verificação do elemento vantagem fiscal, como esse elemento é agora comum à GAAR prevista na ATAD, sendo, desse modo, também ele, um elemento harmonizado.

Pese embora a CGAA já não contenha nem uma enumeração nem uma definição do que constitua uma vantagem fiscal, e na ATAD também não exista qualquer definição do que se deva entender por vantagem fiscal, resta-nos, a este respeito, ainda que a título meramente exemplificativo, recordar que a Recomendação de 2012 indicava, a respeito da cláusula geral antiabuso aí recomendada, que para determinar se uma montagem está na origem da vantagem fiscal é útil apurar se um montante não é incluído na matéria coletável, se o contribuinte beneficia de uma dedução, se é registada uma perda (prejuízo) fiscal, se não é devida qualquer retenção na fonte, ou se o imposto estrangeiro é compensado⁵⁷¹. Este elenco de situações não é significativamente menos vasto que o elenco de vantagens fiscais que vigorou entre nós nos termos da anterior redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT. Mantendo-se inalterado o papel desempenhado pelo elemento vantagem fiscal na CGAA, não tendo este elemento sofrido qualquer degradação, a ausência de uma enumeração ou definição de vantagem fiscal não nos parece que corresponda à renúncia do acervo doutrinal e jurisprudencial já reunido a esse respeito perante a anterior redação da CGAA, parecendo-nos que se tratará precisamente do oposto: que o legislador entende que esta questão estará já suficientemente madura, ao ponto de poder prescindir da sua enunciação legal.

A verificação da vantagem fiscal processa-se comparando os ónus fiscais evitados através da construção ou série de construções em causa com os ónus fiscais que teriam sido devidos caso essa construção ou série de construções não tivesse ocorrido em abuso das formas jurídicas ou se tivesse ocorrido de acordo com a substância e realidade económica patente no caso. O artigo 6.º da ATAD não impõe qualquer disciplina a este

⁵⁷¹ *cf.* ponto 4.7 da Recomendação de 2012.

respeito, pelo que esta matéria não se encontra sujeita a harmonização, até por que é matéria que dependerá, em grande medida, de qual for a solução implementada em cada Estado-Membro, conforme admitido pelo n.º 3 do artigo 6.º da ATAD.

Após as alterações promovidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, observa-se que onde antes o n.º 2 do artigo 38.º da LGT se referia a atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos à obtenção de vantagens fiscais, a norma refere-se agora a construções ou séries de construções realizadas com a *finalidade principal ou uma das finalidades principais* de obter uma vantagem fiscal, alinhando a CGAA pelo que a este respeito consta do artigo 6.º da ATAD. Desta forma, o elemento intelectual encontrar-se-á preenchido nos casos em que se verifique que um dos motivos, propósitos ou objetivos (finalidades) que conduziram o contribuinte a participar na construção ou série de construções sob análise, tenha sido a intenção de diminuir a sua dívida tributária, e se verifique que esta motivação foi, pelo menos, uma das motivações principais que conduziram à concretização dessa construção ou série de construções.

Ainda que o elemento intelectual, quando referido à finalidade principal ou uma das finalidades principais, seja menos exigente do que seria se fosse referido à finalidade exclusiva de obter uma vantagem fiscal (abordagem *sole purpose*) ou se fosse referido à finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal (abordagem *essential purpose*), ainda assim se exige uma motivação fiscal especialmente qualificada, a qual, naturalmente, não pode deixar de ser comprovada sob uma perspetiva objetiva (o que, entre nós, se extrai dos termos do n.º 3 do artigo 63.º do CPPT), admitindo-se a prova dessa motivação por recurso a factos ou elementos de prova objetivos, que permitam inferir, com razoável segurança e segundo critérios de razoabilidade e normalidade, se necessário for, por recurso a ilações ou presunções judiciais, que o contribuinte adotou as formas negociais que adotou tendo em vista um fim preponderantemente fiscal. Manter-se-á igualmente válida a asserção de que terá que se salvaguardar a possibilidade do contribuinte poder demonstrar, nos mesmos termos, tanto a existência de uma exclusiva ou essencial motivação económica não fiscal como a inexistência ou irrelevância da motivação fiscal.

A norma dispõe agora que a CGAA se aplica às construções ou séries de construções que tenham sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que *frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável*. Esta referência legal, que é nova, não é, contudo, inovadora, constituindo,

outrossim, um esclarecimento ou clarificação quanto à exigência do elemento normativo, esclarecimento que se justifica plenamente tendo em conta a algo surpreendente falta de uniformidade verificada na jurisprudência a respeito deste elemento charneira. Desta alteração legal decorre não só que o elemento normativo passa a estar expressamente previsto como também que o está de um modo que espelha fielmente o que a esse respeito consta do artigo 6.º da ATAD. Mais uma vez, o legislador doméstico assume que esta é agora uma matéria harmonizada, de modo que também quanto ao que se venha a entender constituir o elemento normativo, e ao modo como se deve proceder à sua aferição, haverá que estar atento ao que, a esse respeito, se venha doravante a fixar face ao artigo 6.º da ATAD.

As alterações promovidas ao n.º 2 do artigo 38.º da LGT foram além das alterações já aqui sinalizadas, relativas ao conceito operativo de abuso da CGAA, tendo igualmente incidido sobre o elemento sancionatório da norma, determinando que da aplicação da CGAA resulta a desconsideração, para efeitos tributários, das construções ou séries de construções relativamente às quais se verifiquem os elementos constitutivos de abuso.

A fórmula legal utilizada - *desconsideração* - não é imediatamente elucidativa sobre qual seja, ao certo, a concreta modalidade de desvalor jurídico que está em jogo. O artigo 6.º da ATAD, por sua vez, refere-se, a este respeito, a *ignorar* a montagem ou série de montagens. Ainda que não tenhamos um alinhamento *ipsis verbis* entre a norma doméstica e a GAAR da ATAD, tal não impede que se considere que a CGAA se encontra alinhada com aquela norma a este respeito, até porque não é clara qual seja a distinção normativa a reconhecer entre *desconsiderar* e *ignorar*, partilhando ambos estes verbos de uma certa falta de rigor quanto ao seu preciso conteúdo normativo (pelo que o termo utilizado no artigo 6.º da ATAD não é, por agora, um elemento interpretativo que nos auxilie a fixar o sentido normativo deste trecho da norma doméstica). Face a estas dificuldades, não vislumbramos nesta alteração legal uma alteração significativa quanto ao desvalor jurídico que decorre da aplicação da CGAA, parecendo-nos que desconsiderar uma construção ou série de construções para efeitos tributários continua a corresponder à inoponibilidade de certos atos ou negócios jurídicos perante a administração fiscal, mantendo-se, contudo, incólumes todos os seus efeitos civis, seja entre as partes intervenientes seja nas suas relações com terceiros, pois que tudo se passará, afinal, como se a norma se continuasse a referir à ineficácia para efeitos tributários, não vendo nós como, neste momento - pelo menos enquanto não se

observarem desenvolvimentos de monta quanto à interpretação deste aspeto em sede do artigo 6.º da ATAD que abram outras perspectivas interpretativas -, possa ser de outra maneira.

O n.º 2 do artigo 38.º da LGT, ao contrário do que sucede no artigo 6.º da ATAD, vai mais longe quanto às consequências jurídicas que devem emanar da aplicação da CGAA, pois além de determinar a desconsideração, para efeitos fiscais, dos atos e negócios jurídicos abusivos, a CGAA determina que a administração fiscal efetue a tributação de acordo com as normas que seriam aplicáveis aos atos ou negócios que correspondam à substância ou realidade económica subjacente. Esta reconstrução do enquadramento tributário implica forçosamente que entre o enquadramento tributário reconstruído e a substância ou realidade económica se identifiquem atos ou negócios jurídicos de natureza hipotética, que substituam os atos ou negócios jurídicos abusivos ineficazes para efeitos tributários. Os atos ou negócios hipotéticos, pese embora não tenham sido praticados ou celebrados - sendo, por isso, juridicamente inexistentes -, terão que ser aqueles que melhor traduzam a substância ou realidade económica observada na situação concreta, procurando-se que o enquadramento tributário que resulte da aplicação da CGAA esteja de acordo com a tributação que teria resultado da aplicação da norma fiscal iludida, estabilizando-se o enquadramento tributário o mais possível como se o contribuinte tivesse recorrido, *ab initio*, aos atos ou negócios hipotéticos mas sem que se verifiquem as vantagens fiscais abusivamente prosseguidas.

O resultado mais importante que o ordenamento jurídico confia obter da aplicação da CGAA é a negação contrafáctica da vantagem fiscal pretendida através da construção ou série de construções abusivas, para o que se impõe desconsiderar, para efeitos fiscais, alguns atos ou negócios jurídicos dessa construção ou série de construções, podendo ainda ser necessário proceder à reconstrução do enquadramento tributário correspondente à substância ou realidade económica do caso, pelo que interpretamos a referência legal, no n.º 2, *in fine*, do artigo 38.º da LGT, a *e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas*, como prescrevendo que da aplicação da CGAA tem que resultar a negação das vantagens fiscais pretendidas, decorra essa negação da mera desconsideração de atos ou negócios jurídicos ou decorra de se associar a desconsideração de atos ou negócios jurídicos com a reconstrução do enquadramento tributário, pelo que não interpretamos essa referência como impondo uma terceira consequência jurídica da aplicação da CGAA.

Finalmente, uma vez que o legislador nacional optou por transpor o artigo 6.º da ATAD mediante alteração à CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT - ao invés de, por exemplo, aditar uma cláusula geral antiabuso sectorial ao Código do IRC -, temos que essa regra de Direito derivado da UE abrange agora não só as relações de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas mas também todas as outras relações tributárias a que a CGAA seja aplicável, promovendo-se, desse modo, a aplicação do artigo 6.º da ATAD, quanto aos elementos da CGAA que estejam alinhados com aquela GAAR, mesmo quanto a relações de imposto estranhas ao âmbito de aplicação da ATAD. Este passo determinou, simultaneamente, a atribuição ao TJUE de competência ou jurisdição para se pronunciar, a título de reenvio prejudicial, sobre a CGAA prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, nomeadamente quanto ao conceito de abuso adotado nessa regra, ainda que a sua concreta aplicação ocorra fora do âmbito da ATAD.

Bibliografia

- A. ARNULL, “What is a General Principle of EU Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- A. BÁEZ MORENO e J. J. ZORNOZA PÉREZ, “The ATAD General Anti-Avoidance Rule”, in *Combating Tax Avoidance in the EU - Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDÍ CID, J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ e P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA org.), Wolters Kluwer, 2019
- A. C. MARTINS, *A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-abuso em Sede de IVA*, Cadernos IDEFF, n.º 7, Almedina, 2006
- A. CALLOUD, “France Branch Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103a, IFA, 2018
- A. CORDEWENER, “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards Under Treaty Freedoms and EU Directives?”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2017-2, 2017
- A. LIMA GUERREIRO, *Lei Geral Tributária Anotada*, Lisboa, Rei dos Livros, 2001
- A. P. DOURADO, “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- A. P. DOURADO, *Direito Fiscal - Lições*, 3.ª edição, Almedina, 2018
- A. P. DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.ª edição, Almedina, 2018
- A. P. DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra Editora, 2010
- A. P. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007
- A. P. DOURADO, “Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017
- A. R. SAMPAIO DORIA, “A Evasão Fiscal Legítima: Conceito e Problemas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 143, novembro, 1970
- A. RIGAUT, “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European Taxation (ET)*, novembro, 2016
- A. T. HAYASHI, “A Theory of Facts and Circumstances”, *Alabama Law Review (ALR)*, Vol. 69, n.º 2, 2017
- A. XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Almedina, 1972
- A. XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª edição, Almedina, reimpr., 2016
- A. XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Volume I, Almedina, reimpr., 1981

- A. J. MARTÍN JIMÉNEZ, “Chapter 2: Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning as an International Standard – BEPS and the “New” Standards of (Legal and Illegal) Tax Avoidance”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017
- C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1999
- C. DOCCLO, “The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States’ Disparate Tax Legislations”, *Bulletin for International Taxation*, July, 2017
- C. ÖNER, “Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance?”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2020-1, 2020
- C. PAMPLONA CORTE-REAL, A Interpretação Extensiva como Processo de Reprimir a Fraude à Lei no Direito Fiscal Português, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 152-153, 1971
- D. DE CHARETTE, “The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2019-4, 2019
- D. LECZYKIEWICZ, “Prohibition of Abusive Practices as a “General Principle” of EU Law”, *Common Market Law Review (CMLR)*, n.º 56, 2019
- D. LEITE DE CAMPOS e J. COSTA ANDRADE, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (a norma geral anti-elisão)*, Almedina, 2008
- D. LEITE DE CAMPOS, “As Garantias Constitucionais dos Contribuintes”, in *Lições de Fiscalidade - Princípios Gerais e Fiscalidade Interna*, Vol. I (J. RICARDO CATARINO e J. BRANCO GUIMARÃES org.), 4.º edição, Almedina, 2015
- D. LEITE DE CAMPOS, “Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (D. LEITE DE CAMPOS org.), Vislis Editores, 1999
- D. LEITE DE CAMPOS, “Interpretação das Normas Fiscais”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (D. LEITE DE CAMPOS org.), Vislis Editores, 1999
- D. LEITE DE CAMPOS, B. SILVA RODRIGUES e J. LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, 3.ª edição, Vislis Editores, 2003
- D. PETRIC, “On Neo-Institutionalism, the Court of Justice of the EU and General Principles”, in *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century* (M. BELOV org.), Eleven International Publishing, 2018
- D. SMIT, “The Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)”, in *European Tax Law* (P. J. WATTEL, O. MARRES e H. VERMEULEN org), Volume I, seventh edition, Wolters Kluwer, 2018

- D. STEVANATO, “The New Italian GAAR in Light of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)”, *European Taxation (ET)*, September, 2019
- D. WEBER, “Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1”, *European Taxation (ET)*, junho, 2013
- D. WEBER, “Abuse of Law in European Tax law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2”, *European Taxation (ET)*, julho, 2013
- D. WEBER, “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 Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- D. WEBER, “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”, *Intertax*, Volume 44, n.º 2, 2016
- D. WEBER, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms – A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International, 2005
- E. SORENSEN, “Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?”, *Common Market Law Review (CMLR)*, 43, 2006
- F. BOULOGNE, “The Tax Merger Directive”, in *European Tax Law* (P. J. WATTEL, O. MARRES e H. VERMEULEN org), Volume I, seventh edition, Wolters Kluwer, 2018.
- F. DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 2.^a reimpressão, Almedina, 2008
- F. DEBELVA e J. LUTS, “The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive”, *European Taxation (ET)*, junho, 2015
- F. VANISTENDAEL, “Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- F. VANISTENDAEL, “Halifax and Cadbury Schweppes: one single european theory of abuse in tax law”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2006-4, 2006
- G. AVELÃS NUNES, “A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em sede fiscal – art. 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária – À luz dos princípios constitucionais do direito fiscal”, *Fiscalidade*, n.º 3, 2000
- G. BIZIOLI, “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, 2017-3, 2017
- G. LOPES COURINHA, “A Cláusula Geral Antiabuso no CAAD: A Insustentabilidade de Uma Jurisprudência Contraditória – Comentários às

- Decisões dos Processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014”, in *Desafios Tributários* (N. BARROSO e P. MARINHO FALCÃO org.), Vida Económica, 2015
- G. LOPES COURINHA, “Chapter 22: Portugal in Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017
 - G. LOPES COURINHA, “E assim começou a história...a aplicação jurisprudencial da cláusula geral anti-abuso: anotação ao AC TCA-S P. n.º 4255/10 (rel.: José Correia), de 15/02/2011”, *Fiscalidade*, n.º 44, out.-dez., 2010
 - G. LOPES COURINHA, “Portugal Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103^a, IFA, 2018
 - G. LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, reimpr., 2009
 - G. MARIN BENITEZ, “The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms”, in *Combating Tax Avoidance in the EU - Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDI CID, J. A. FERRERAS GUTIERREZ e P. A. HERNANDEZ GONZALEZ-BARREDA org.), Wolters Kluwer, 2019
 - I. LAZAROV e S. GOVIND, “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *Intertax*, volume 47, n.º 10, 2019
 - INTERNATIONAL MONETARY FUND, *IMF Policy Paper, Corporate Taxation in the Global Economy*, março, 2019, p. 8, consultado em <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/03/08/Corporate-Taxation-in-the-Global-Economy-46650>
 - J. A. BARCIELA PEREZ, “Las Cláusulas Antiabuso De La Directiva Matriz-Filial Y La Reciente Jurisprudencia Del TJUE”, *Quincena Fiscal*, n.º 18, outubro, 2018
 - J. BACELAR GOUVEIA, “A Evasão Fiscal na Interpretação e Integração da Lei Fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 373, Jan-Mar, 1994
 - J. BUNDGAARD, L. FJORD KJÆRSGAARD e L. BO AARUP, “First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?”, *Intertax*, Volume 46, n.ºs 8 e 9, 2018
 - J. CASALTA NABAIS, “A liberdade de Gestão Fiscal das Empresas”, *Fiscalidade*, n.º 44, Out-Dez, 2010
 - J. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, reimpr., 2009
 - J. DE JUAN CASADEVALL, “La Codificación de la Cláusula Antiabuso en el Derecho de la Unión (I)”, *Cronica Tributaria*, n.º 170, 2019
 - J. DE JUAN CASADEVALL, “La Codificación de la Cláusula Antiabuso en el Derecho de la Unión (II)”, *Cronica Tributaria*, n.º 171, 2019

- J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição refundida, Almedina, 2017
- J. FREEDMAN, “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA E S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- J. FREEDMAN, “The UK General Anti-Avoidance Rule: Transplants and Lessons”, *Bulletin for International Taxation*, Volume 73, n.º 6/7, 2019
- J. GHOSH, “Cadbury Schweppes: Breach, Abuse Justification and Why They Are Different”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a edição, Coimbra Editora, 1997
- J. L. SALDANHA SANCHES, “Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, alcance e limites”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, abril-junho, 2000
- J. L. SALDANHA SANCHES, “As duas constituições – Nos dez anos da cláusula geral anti-abuso”, in *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal* (J. L. SALDANHA SANCHES, F. DE SOUSA DA CAMARA E J. TABORDA DA GAMA org.), Coimbra Editora, 2009
- J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a edição, Coimbra Editora, 2007
- J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006
- J. MOTA DE CAMPOS / J. L. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu*, 6.^a edição, Coimbra Editora, 2010
- J. P. FORMIGAL CARDOSO DA COSTA, “A Evasão e Fraude Fiscais face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal”, *Fisco*, n.º 74/75, Ano VIII, 1996
- J. TABORDA DA GAMA, “Acto Elisivo, Acto Lesivo – Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, Volume XL, n.ºs 1 e 2, 1999
- K. LENAERTS, “The Concept of 'Abuse of Law' in the Case law of European Court of Justice on Direct Taxation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL)*, Vol. 22, n.º 3, 2015
- K. PETROSOVITCH, “Abuse Under the Merger Directive”, *European Taxation (ET)*, dezembro, 2010
- L. A. CARVALHO FERNANDES, “Alcance do regime do artigo 32.º-A do Código de Processo Tributário e a simulação fiscal”, *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999

- L. C. VAN HULTEN e J. J. A. M. KORVING, “SVIG OG MISBRUG: The Danish Anti-Abuse Cases”, *Intertax*, Vol. 47, n.ºs 8 e 9, 2019
- L. DE BROE e D. 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 (ECTR)*, 2017-3, 2017
- L. DE BROE e S. GOMMERS, “Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases”, *EC Tax Review (ECTR)*, 2019/6, 2019
- L. M. MENEZES LEITÃO, “A Evasão e a Fraude Fiscais face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal”, *Fisco*, n.º 32, ano 3, junho, 1991
- L. MUTÉN, “The Swedish Experiment with a General Anti-Avoidance Rule”, in *Tax Avoidance and The Rule of Law* (G. S. COOPER org.), IBFD, 1997
- M. Á. CASCAJERO SÁNCHEZ, *Las Cláusulas Anti-Abuso en el Ámbito de Recaudación*, Madrid, 2006
- M. COSTENARO CAVALI, *Cláusulas Gerais Antielusivas: Reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2006
- M. F. TRIGO DE NEGREIROS, “A “Evasão” Legítima” e o Abuso de Direito no Sistema Jurídico Português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 151, Julho, 1971
- M. H. DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 6.ª edição, Almedina, 2018
- M. LANG, “The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base”, *European Taxation (ET)*, June, 2011
- M. NOGUEIRA DE BRITO, “A cláusula geral anti-abuso do direito fiscal e a Constituição”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (T. SERRÃO, C. AMADO GOMES e P. OTERO org.), Almedina, 2015
- M. PIRES, “Evasão Fiscal”, in *Polis – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*, Volume 2, Verbo, 1984
- M. POIARES MADURO, “Interpreting European Law - Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, in *European Journal of Legal Studies (EJLS)*, Vol. I, n.º 2, 2007
- M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, reimpr., 2018
- M. WILDE, “Is the ATAD’s GAAR a Pandora’s Box?”, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study* (P. PISTONE e D. WEBER org.), IBFD, 2018
- M. LANG, “Cadbury Schweppes’ Line of Case Law from the Member States’ Perspective”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011

- N. DE SA GOMES, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, 2.^a edição, Rei dos Livros, 2000
- N. SA GOMES, “As Garantias dos Contribuintes: Algumas questões em aberto”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 371, Jul-Set, 1993
- N. SA GOMES, *Manual de Direito Fiscal*, Volume II, 9.^a edição, Rei dos Livros, 2000
- OECD, “OECD: Work on Tax Avoidance and Evasion”, *Intertax*, Volume 8, n.º 1, 1980
- OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, 2015, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>
- P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, “Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)”, *European Taxation (ET)*, September, 2019
- P. HARRIS, “Abus de Droit in the Field of Value Added Taxation”, *British Tax Review (BTR)*, number 2, 2003
- P. HARRIS, “Australia’s General Anti-avoidance Rule: Part IV A Has Teeth But Are Some Missing?”, *British Tax Review*, number 2, 1998
- P. HARRIS, “The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or Russian Roulette?”, in *CCCTB Selected Issues* (D. WEBER org.), Wolters Kluwer, 2012
- P. MARTIN RODRIGUEZ, “The Principle Of Legal Certainty And The Limits To The Applicability of EU Law”, *Cahiers de Droit Européen* (CdDE), n.º 1, 2016
- P. PISTONE, “Abuse of Law in the context of Indirect Taxation: From (Before) Emsland-Stärke 1 to Halifax (and Beyond)”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- P. PISTONE, “Chapter 4: The Meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by the European Union”, in *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context* (A. P. DOURADO org.), IBFD, 2017
- P. SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, 7.^a edição, 1993
- R. AVI-YONAH e G. MAZZONI, “BEPS, ATAP and the New Tax Dialogue: A Transatlantic Competition?”, in *Combating Tax Avoidance in the EU – Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (J. M. ALMUDÍ CID, J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ e P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA org.), Wolters Kluwer, 2019

- R. DE LA FERIA, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax”, *Common Market Law Review (CMLR)*, 45, 2008
- R. DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado – Controlled Foreign Companies – O Art. 60.º do C.I.R.C.*, Coimbra Editora, 2005
- R. DUARTE MORAIS, “Sobre a noção de “cláusulas anti-abuso” em direito fiscal”, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, 2006
- R. E. KREVER, “General Report: GAARs”, in *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World* (M. LANG *et alii* org.), IBFD, 2016
- R. J. S. TAVARES e B. N. BOGENSCHNEIDER, “The New De Minimis Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?”, *Intertax*, Volume 43, n.ºs 8 e 9, 2015
- R. KOK e I. M. VALDERRAMA, “Netherlands Branch Report”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 103^a, IFA, 2018
- R. LYAL, “Cadbury Schweppes and Abuse: Comments”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- R. SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*, IBFD, 2014
- S. VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, reimp., 2012
- S. VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, 2008
- S. VOGENAUER, “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- SANTO AGOSTINHO, *Confissões, Livro XI, XIV, 17*, 2.^a edição, I.N.C.M., 2004
- T. LYONS, “State Aid, Taxation and Abuse of Law”, in *Prohibition of Abuse of Law A New Principle of EU Law?* (R. DE LA FERIA e S. VOGUENAUER org.), Hart Publishing, 2011
- T. TRIDIMAS, “The General Principles of Law: Who Needs Them?”, in *Cahiers de Droit Européen (CdDE)*, n.º 1, 2016
- T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999
- V. R. ALMENDRAL e J. ZORNOSA PEREZ, “Interpretación, Calificación, Integración y Medidas Anti-Elusión en la Ley n.º 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria”, in *La Reforma de la Ley General Tributaria*, 57, Madrid, 2004

Lista de Jurisprudência nacional

- Decisões do Tribunal Constitucional

(pesquisáveis em www.tribunalconstitucional.pt)

- Acórdão TC n.º 84/2003, de 12 de fevereiro de 2003, proferido no processo n.º 531/99
- Acórdão TC n.º 77/2012, de 9 de fevereiro de 2012, proferido no processo n.º 778/10
- Acórdão TC n.º 497/2015, de 13 de outubro de 2015, proferido no processo n.º 1079/14

- Decisões do Tribunal Central Administrativo – Sul

(pesquisáveis em www.dgsi.pt)

- Acórdão TCA-Sul, de 15.2.2011, proferido no processo n.º 4255/10
- Acórdão TCA-Sul, de 14.02.2012, proferido no processo n.º 5104/11

- Decisões do Tribunal Central Administrativo – Norte

(pesquisável em www.dgsi.pt)

- Acórdão TCA - Norte, de 28.09.2017, proferido no processo n.º 1188/11

- Decisões arbitrais do Centro de Arbitragem Administrativa – Arbitragem Tributária

(pesquisáveis em www.caad.org.pt)

- Decisão arbitral CAAD, de 26.1.2012, proferida no processo 05/2011-T
- Decisão arbitral CAAD de 23.04.2013, proferida no processo 128/2012-T
- Decisão arbitral CAAD de 6.06.2013, proferida no processo 124/2012-T
- Decisão arbitral CAAD de 4.09.2013, proferida no processo 123/2012-T
- Decisão arbitral CAAD de 18.10.2013, proferida no processo 46/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 28.10.2013, proferida no processo 34/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 4.11.2013, proferida no processo 70/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 14.11.2013, proferida no processo 124/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 26.11.2013, proferida no processo 43/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 20.12.2013, proferida no processo 47/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 2.04.2014, proferida no processo 224/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 31.07.2014, proferida no processo 196/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 18.09.2014, proferida no processo 305/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 13.11.2014, proferida no processo 131/2014-T

- Decisão arbitral CAAD de 24.11.2014, proferida no processo 379/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 27.11.2014, proferida no processo 51/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 19.12.2014, proferida no processo 200/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 6.02.2015, proferida no processo 285/2013-T
- Decisão arbitral CAAD de 11.04.2015, proferida no processo 315/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 4.05.2015, proferida no processo 283/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 22.05.2015, proferida no processo 377/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 3.07.2015, proferida no processo 180/2014-T
- Decisão arbitral CAAD de 28.10.2015, proferida no processo 32/2015-T
- Decisão arbitral CAAD de 4.11.2015, proferida no processo 173/2015-T
- Decisão arbitral CAAD de 19.02.2016, proferida no processo 335/2015-T
- Decisão arbitral CAAD de 15.07.2016, proferida no processo 49/2016-T
- Decisão arbitral CAAD de 25.08.2016, proferida no processo 671/2015-T
- Decisão arbitral CAAD de 14.12.2016, proferida no processo 363/2016-T
- Decisão arbitral CAAD de 10.07.2017, proferida no processo 219/2016-T
- Decisão arbitral CAAD de 14.11.2017, proferida no processo 162/2017-T
- Decisão arbitral CAAD de 2.03.2018, proferida no processo 184/2017-T
- Decisão arbitral CAAD de 2.03.2018, proferida no processo 296/2017-T
- Decisão arbitral CAAD de 29.03.2018, proferida no processo 177/2017-T
- Decisão arbitral CAAD de 11.06.2018, proferida no processo 461/2017-T
- Decisão arbitral CAAD de 5.08.2018, proferida no processo 324/2017-T

Lista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

(pesquisáveis em www.curia.europa.eu)

- Acórdão TJUE de 12/11/1969, proferido no processo C-29/69 (Caso *Erich Stauder v City of Ulm*)
- Acórdão TJUE, de 3/12/1974, proferido no processo C-33/74 (Caso *Van Binsbergen*)
- Acórdão TJUE, de 17/07/1997, proferido no processo C-28/95 (Caso *Leur-Bloem*)
- Acórdão TJUE, de 16/07/1998, proferido no processo C-264/96 (Caso *ICI*)
- Acórdão TJUE, de 9/03/1999, proferido no processo C-212/97, (Caso *Centros*)
- Acórdão TJUE, de 26/09/2000, proferido no processo C-478/98 (Caso *Comissão/Bélgica*)
- Acórdão TJUE, de 14/12/2000, proferido no processo C-110/99 (Caso *Emsland-Stärke*)
- Acórdão TJUE, de 11/12/2003, proferido no processo C-364/01 (Caso *Barbier*)
- Acórdão TJUE, de 22/11/2005, proferido no processo C-144/04 (Caso *Mangold*)
- Acórdão TJUE, de 21/02/2006, proferido no processo C-255/02 (Caso *Halifax*)
- Acórdão TJUE, de 12/09/2006, proferido no processo C-196/04 (Caso *Cadbury Schweppes*)
- Acórdão TJUE, de 13/03/2007, proferido no processo C-524-04 (Caso *Thin Cap*)
- Acórdão TJUE, de 5/07/2007, proferido no processo C-321/05 (Caso *Kofoed*)
- Acórdão TJUE, de 21/02/2008, proferido no processo C-425/06 (Caso *Part Service*)
- Acórdão TJUE, de 17/09/2009, proferido no processo C-182/08 (Caso *Glaxo Wellcome*)
- Acórdão TJUE, de 22/06/2011, proferido no processo C-346/09 (Caso *Denkavit*)
- Acórdão TJUE, de 10/11/2011, proferido no processo C-126/10 (Caso *Foggia*)
- Acórdão TJUE, de 5/07/2012, proferido no processo C-318/10 (Caso *SIAT*)
- Acórdão TJUE, de 3/10/2013, proferido no processo C-282/12 (Caso *Itelcar*)
- Acórdão TJUE, de 7/09/2017, proferido no processo C-06/16 (Caso *Eqiom e Enka*)
- Acórdão TJUE, de 22/11/2017, proferido no processo C-251/16 (Caso *Cussens*)
- Acórdão TJUE, de 26/02/2019, proferido nos processos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16 (Caso *N Luxembourg 1*)
- Acórdão TJUE, de 26/02/2019, proferido nos processos C-116/16 e C-117/16 (Caso *T Danmark*)

Lista de documentos

- COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, de 10 de dezembro de 2007, *A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa - na UE e em relação a países terceiros*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>
- COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 28 de janeiro de 2016, *Pacote Antielisão Fiscal: Próximas etapas para uma tributação e maior transparência fiscal na UE*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=PT>
- COMISSÃO EUROPEIA, Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades, de 16 de março de 2011, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=EN>
- COMISSÃO EUROPEIA, Recomendação da Comissão (2012/772/UE), de 6 de dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012H0772&from=EN>
- Conclusões da Advogada-Geral Kokott, de 1 de março de 2018, proferidas no Caso *N Luxembourg I* (C-115/16), pesquisável em www.curia.europa.eu
- Conclusões da Advogada-Geral Kokott, de 1 de março de 2018, proferidas no Caso *T Danmark* (C-116/16), pesquisável em www.curia.europa.eu
- Conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, de 27 de fevereiro de 2003, proferidas no Caso *Akrich* (Processo C-109/01), pesquisável em www.curia.europa.eu
- Conclusões do Advogado-Geral Léger, de 2 de maio de 2006, proferidas no Caso *Cadbury Schweppes* (C-196/04), pesquisável em www.curia.europa.eu
- Conclusões do Advogado-Geral Poiras Maduro, de 7 de abril de 2005, proferidas no Caso *Halifax* (Processo C-255/02), pesquisável em www.curia.europa.eu
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Resolução do Conselho, de 8 de junho de 2010, sobre a coordenação das normas relativas às sociedades estrangeiras controladas (SEC) e à subcapitalização na União Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>
- SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o triénio 2015 - 2017*, janeiro de 2015, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/at/Pages/plano-estrategico-combate-fraude-fiscal.aspx>
- SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2018 - 2020*, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/at/Instrumentos_Gestao/PECFEFA/Documents/PECFEF_A_2018_2020.pdf
- SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Relatório de Combate à Fraude e à Evasão Fiscais e Aduaneiras - 2013*, junho de 2014, disponível em app.parlamento.pt
- GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Relatório sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras - 2017*, junho de 2018, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=a2893ee2-ada7-4c16-9dc5-4c38eea47c8e>
- HM REVENUE AND CUSTOMS GUIDANCE *Tax avoidance: an introduction*, de 6 de Setembro de 2016, disponível em <https://www.gov.uk/guidance/tax-avoidance-an-introduction>
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras (2012-2014)*, outubro de 2011, p. 27, disponível em https://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Julho_2012/RelatorioCombateIvasaoFiscal_2011.pdf