

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



Planeamento Fiscal,
Cláusula Geral Anti - Abuso

Jorge Miguel Rosmaninho Tragedo

Lisboa

2015

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



Planeamento Fiscal.
Cláusula Geral Anti - Abuso

Jorge Miguel Rosmaninho Traguedo

Aluno n.º 19945

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudo
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Área de Especialização: Ciências Jurídicas-Forenses

Orientador: Professor Doutor Carlos Batista Lobo

Lisboa

2015

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, de aprendizagem e enriquecimento pessoal e intelectual e na pessoa do Professor Carlos Batista Lobo, meu Professor durante a Licenciatura e Mestrado, pela disponibilidade demonstrada em assumir a orientação deste trabalho e pelas oportunas sugestões do Professor Gustavo Courinha.

Em especial, à Susana Mateus por tudo.....

ABREVIATURAS

Art.º – Artigo

ALP - Arm' length principle

AT – Autoridade Tributária

BEPS - Base Erosion and Profit Shifting Action Plan

CC – Código Civil

CSC – Código Sociedades Comerciais

CCCTB - Common Consolidated Corporate Tax Base

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CEAA – Cláusulas Específicas Anti - Abuso

CEDT – Convenção para Evitar a Dupla Tributação

CFC – Controlled Foreign Companies

CGAA- Cláusula Geral Anti Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre Rendimento Singular

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

EBF – Estatuto dos benefícios Fiscais

IVA – Imposto sobre valor Acrescentado

IMT – Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

IS – Imposto do Selo

LGT – Lei Geral Tributária

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONGs – Organizações Não Governamentais.

RGIT - Regime Geral das Infrações Tributárias

RJAT – Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

SGPS - Sociedades Gestoras de Participação Social

SIT – Serviço de Inspeção Tributária

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAS- Tribunal Central Administrativo do Sul

UE – União Europeia

ZFM- Zona Franca da Madeira

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	3
ABREVIATURAS.....	4
I INTRODUÇÃO.....	9
I.II A PREVISÃO DA CLAUSULA GERAL ANTI – ABUSO.....	12
I.III A VANTAGEM FISCAL E A EQUIVALÊNCIA ECONÓMICA OBTIDA–Resultado	12
I.IV A FORMA UTILIZADA PELO CONTRIBUINTE O CARACTER ARTIFICIOSO DOS ATOS OU NEGOCIOS JURÍDICOS – Meio.....	16
I.V A MOTIVAÇÃO DO CONTRIBUINTE – Intelectual.....	16
I.VI O ABUSO DAS FORMAS JURIDICAS – Normativo.....	18
I.VII A EFECTIVAÇÃO DA CLAÚSULA – Sancionatório.....	19
II AS FIGURAS AFINS DA CGAA E AS SUAS CONEXÕES JURIDICAS – TRIBUTÁRIAS INTERNACIONAIS.	
II.I A simulação.....	20
II.II A proibição do abuso de direito.....	22
II.III As cláusulas especiais anti abuso (CEAA).....	23
II.IV As conexões jurídico-tributárias internacionais (CEDT).....	24
III O PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO DE APLICAÇÃO DA CGAA NO CPPT.....	27
III.I Os momentos estruturais.....	28

IV Transformação de Sociedades por Quotas em Sociedades Anónimas.....	30
IV.I ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TCAS E DO CAAD.....	32
IV.II TCAS, Processo n.º 0455/10 de 15/02/2011.....	32
IV.III Acórdão Processo n.º 305/2013-T do CAAD.....	33
IV.IV Acórdão Processo n.º 240/2014-T do CAAD.....	34
IV.V Acórdão Processo n.º 208/2014-T do CAAD.....	34
IV.VI Acórdão Processo n.º 234/2014-T do CAAD.....	34
IV.VII Acórdão Processo n.º 47/2013-T do CAAD.....	36
IV.VIII Síntese global das decisões.....	37
V BENEFÍCIOS FISCAIS.....	39
V.I Regime Fiscal da Zona da Madeira	40
V.II Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participação Social.....	45
VI FUSÃO INVERSA.....	47
VI.II A mens legis fiscal.....	47
VI.III. Aumento de Capital.....	50
VI.IV. Cláusula Anti-Abuso.....	50
VI.V Análise de Jurisprudência.....	54

VI.VIII Conclusões.....	59
VI.IX Acórdão Processo n.º 14/2001-T do CAAD.....	60
VI.X A notificação.....	60
VI.XI Fundamentos dos Serviços de Inspeção Tributária.....	61
VI.XII A Fusão Inversa e os Conceitos do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC.....	62
VI.XIV A Dupla Fusão Inversa.....	63
VI.XV Uma interpretação taxativa ao n.º 1 do artigo 73.º do CIRC e os objetivos do regime de neutralidade fiscal.....	64
VI.XVI O aumento de capital e a ausência de troca de participações sociais.....	67
VI.XVII Decisão do CAAD e Conclusão.....	70
VII A troca automática de informações entre os Estados-Membros, de Iure Condito.....	70
VII.I Normas Anti - abuso específicas, CFC, novos caminhos de Iure Condendo.....	76
CONCLUSÃO.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	83
JURISPRUDÊNCIA.....	94

I INTRODUÇÃO

A Tese de Dissertação que apresento trata da problemática que envolve o recurso ao Planeamento fiscal legítimo e ilegítimo.

O tema justifica sob o argumento de que, cada vez mais, os países tem utilizado as normas fiscais internas, como meio de concorrência de atração de investimento e para fazer frente a um planeamento fiscal agressivo, nomeadamente, o organizado, que fortalece e melhora os seus métodos de atuação, com intuito de escapar ao sistema de tributação de cada país e conseqüente diminuição da arrecadação da receita fiscal.

Ainda que esteja em causa um combate à elisão fiscal que corrompe o Estado Democrático de Direito, o combate a tal flagelo não pode ser levado a cabo indiscriminadamente, daí se fazer necessária uma permanente reflexão sobre os regimes jurídicos que estabelecem e sua operacionalidade, nomeadamente da Cláusula Geral Anti-Abuso (doravante CGAA) como instrumento essencial.

A ideia de abordar deveu-se à linha titubeante que separa este campo de material específico sobre o tratamento do tema pela doutrina e jurisprudência nacional, com zonas conflitantes, bem como os novos ventos que sopram pela OCDE Organização Cooperação Desenvolvimento Económica, através do Plano de Ação do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting Action Plan) para o combate à erosão fiscal e ao desvio de resultados para jurisdições de baixa tributação.

Para contribuir, humildemente para uma cidadania fiscal, a educação como meio para atingir o “fim” da erosão fiscal.

O antigo Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, proferiu, “*todo imposto é ruim, por isso chama-se imposto, se não chamaria voluntário*”, mas o imposto é uma consequência, a decisão básica de qualquer sociedade, a respeito das despesas públicas que vai ter, e por vezes é esquecido, porque a despesa é o lado agradável e somos todos a favor de algumas, mas já no que diz respeito ao imposto representa o lado odioso.

A moral fiscal dos cidadãos, a percepção que têm das questões fiscais e a percepção que têm quanto à qualidade das despesas públicas, importa para construir caminhos, liga-los entre o civismo fiscal e a cidadania e os valores que são os alicerces da responsabilidade coletiva e a vida da sociedade democrática.

Neste contexto é imperioso a educação em geral, mas em especial a fiscal, com vista a consciencializar os cidadãos sobre a função social do tributo, de que este pode e deve ter um papel ativo a promover a justiça social, na aplicação da arrecadação e fiscalização dos dinheiros públicos.

É dar a conhecer o outro lado da moeda, o Estado para realizar a sua função principal, necessita de angariar recursos financeiros, que são da maior fatia do bolo orçamental, arrecadados dos tributos e que devem ser aplicados na melhoria da qualidade vida dos cidadãos. Dar a conhecer que a despesa cria o imposto, em saúde, educação, saneamento básico, pensão de reforma, etc., e quando reduzimos um certo bem público, ele têm de ser financiado.

Por vezes, aparece o discurso público contra o Estado, em que parece supor que não temos nada a ver com o Estado; isto deve ser pago pelo Estado ou é tudo culpa do Estado, esse ente “estranho, monstro à solta”. O Estado somos todos nós, os contribuintes e a comunidade que sustenta um certo país.

Neste âmbito é necessário um plano de atuação, desde logo nos estabelecimentos de ensino, como forma de combater a iliteracia fiscal e de promover valores em que se organiza a convivência social numa cultura democrática, identificando o cumprimento das obrigações tributárias como um dever cívico, como mais um instrumento de combate evasão fiscal.

O Papa Francisco, na audiência geral em Roma, comunicou: “ *É mais forte a tentação de defender o próprio interesse, sem se preocupar com o bem comum.*”

Esta escolha pretende ser prática na abordagem com o espírito de eficácia e clareza de novos desenvolvimentos pelo Direito Fiscal do século XXI.

A estrutura do tema se fará em sete capítulos:

No primeiro capítulo, far-se-á uma contextualização da CGAA do Art.º 38 nº 2 da LGT, no âmbito nacional e os seus pressupostos e consequências da sua aplicação.

No segundo capítulo, analisar-se-á as figuras afins da CGAA e as suas conexões jurídicas – tributárias internacionais.

No terceiro capítulo, o procedimento tributário de aplicação da CGAA no CPPT.

No quarto capítulo, análise da Transformação de Sociedades por Quotas em Sociedades Anónimas e da jurisprudência do TCAS e do CAAD.

No quinto capítulo, Benefícios Fiscais; Regime Fiscal da Zona da Madeira e Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participação Social.

No sexto capítulo, a Fusão Inversa.

No sétimo e último capítulo, A troca automática de informações entre os Estados-Membros, de Iure Condito e as Normas Anti – abuso específicas, CFC, novos caminhos de Iure Condendo.

I.II A PREVISÃO DA CLAUSULA GERAL ANTI – ABUSO

A norma geral do Art.º 38º, n.º 2 da LGT, inscrita desde o ano 2000, dispõe: ”*São ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essenciais ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas*”.

Assim, vamos analisar os pressupostos substantivos de aplicação e o *Modus Operandis* da AT e as consequências da sua aplicação.

O professor Gustavo Lopes Courinha, que lecionou uma aula, de Contencioso Administrativo e Fiscal, específica do Mestrado em Ciências Jurídicas - Forenses, como convidado sobre o tema, elencou e caracterizou cinco pressupostos de aplicação da CGAA, Meio - a forma utilizada pelo contribuinte; Resultado - vantagem fiscal e a equivalência económica obtida; Intelectual - a motivação do contribuinte; Normativo - reprovação normativa do sistema jurídico e o Sancionatório - a efetivação da cláusula, todos eles entrecruzados.

I.III A VANTAGEM FISCAL E A EQUIVALÊNCIA ECONÓMICA OBTIDA - Resultado

A prática de atos ou negócios com o principal objetivo de obter uma vantagem

fiscal concomitantemente relevou conceitos de vantagem fiscal e do comportamento para aplicação da CGAA.

A vantagem fiscal engloba eliminação, redução ou diferimento temporal de impostos.

Falou também, que qualquer situação, em virtude da prática de determinados atos, se obtém uma carga tributária mais favorável ao contribuinte do que aquela que resultaria da prática dos atos normais e de efeito económico equivalente, sujeitos a tributação. Assim estaremos perante uma comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida.

Esta vantagem fiscal terá os seus benefícios económicos, como fim da eliminação ou redução do quantum da prestação tributária, através de atos que permitem excluir a aplicação de uma norma de incidência ou da base de incidência do imposto, no sentido de redução da taxa do mesmo imposto, ou da redução da coleta do mesmo.

O diferimento do momento da incidência do imposto ou da obrigação da entrega fazem parte do conceito de vantagem fiscal ou seja benefícios económicos.

Um benefício de natureza económica que tem consequências no aumento do património do contribuinte, seja a eliminação, redução ou diferimento temporal da obrigação de imposto, no âmbito da LGT do Art.º 38, que tinha conseguido se não houvesse a *ut supra* vantagem fiscal.

Assim CGAA terá de realizar a comparação entre a obrigação de imposto que se efetivou na esfera jurídica do contribuinte e aquela que se teria efetivado se não fosse obtida a eliminação, redução ou diferimento temporal da obrigação de imposto.

A autorização da *praxis* da AT a diligenciar no sentido de apurar os requisitos da CGAA, que concretizou uma vantagem patrimonial para o contribuinte, resultante da alteração de imposto, se esta traduzir-se numa vantagem fiscal.

A CGAA do Art.º 38 da LGT é atípica, não cataloga quais os atos ou negócios

jurídicos que podem ser relevantes para a sua aplicação. Em abstrato são admissíveis quaisquer atos ou negócios no comércio jurídico para a concretização de uma vantagem fiscal.

Contudo existem limites, balizas, apenas são aceites no comércio jurídico os atos ou negócios não ilegais, que por serem atípicos ou anómalos, são lícitos na realização e concretização da escolha do contribuinte que traduz uma vantagem fiscal.

O comportamento do contribuinte ao praticar os atos ou negócios jurídicos antes do nascimento da relação jurídica-tributária antecipa a petrificação da obrigação tributária, o qual teleologicamente condiciona o conteúdo e o objeto da relação jurídica e da obrigação tributária.

Este comportamento do contribuinte pretende não sujeitar-se que se crie a relação tributária da qual surgiria a obrigação de imposto, porque iria petrificar ou que tenha consequências quantitativas aligeiradas. São atos que impossibilitam que nasça o facto tributário na previsão da norma de incidência, do qual tira partido da falta de neutralidade do ordenamento fiscal.

No âmbito da aplicação da CGAA tem consagração a fraude à lei, que consiste de grosso modo, na fuga de uma norma ou instituto jurídico para outro dentro da mesma ordem. A reação à fuga descrita impõe que se aplique a norma defraudada ao caso subsumível. A violação direta da lei fiscal, *contra legem*, onde são violados deveres e obrigações já definitivas e petrificadas da relação jurídica é tratada de forma própria, quer no âmbito do ilícito contra-ordenacional ou penal.

A evasão fiscal dá-se, regularmente, após a ocorrência do facto gerador de tributação e tem como único objetivo ocultar a existência da obrigação tributária dos seus atos, sendo então ilícitos os meios utilizados por violarem a configuração legal da relação jurídica.

O contribuinte ao tentar ilicitamente subtrair ao pagamento de impostos, consubstanciando a evasão fiscal, é reprimido pelos Art.º 103º e 104º do RGIT.

O planeamento fiscal de certos atos ou negócios jurídicos podem ser aferidos dentro do contexto da CGAA, e embora sejam legais são ilegítimos, se houver aproveitamento abusivo, consubstanciando a elisão fiscal ou planeamento fiscal ilegítimo.

A luta contra a elisão fiscal é um dos principais problemas do Estado Fiscal e deve ser combatida pelo ordenamento. A carga fiscal elevada leva a que os contribuintes “ engenhosos” aumentem as suas técnicas de elisão fiscal, furtando-se ao pagamento dos impostos devidos, provocando uma quebra da receita fiscal, com consequências para toda comunidade, em especial aos contribuintes cumpridores violando a capacidade contributiva, gerando um sentimento de injustiça.

Ao legislador parlamentar cabe a criação e a disciplina dos impostos e o combate à sua fraude e elisão, dentro do princípio da legalidade fiscal, mas não é possível prever e regulamentar tudo, pois a vida real é bem mais imaginativa do que as previsões e sanções das normas.

O princípio da legalidade fiscal reparte-se em dois: 1) reserva de lei formal, intervenção do parlamento; 2) reserva material da lei, é exigido à lei que a disciplina seja tão completa quanto possível das matérias atinentes aos impostos, positivado na CRP no Art.º 103º n.º 2, e mais não é que o princípio da tipicidade em ação.

Com efeito o contribuinte ao praticar atos ou negócios jurídicos como meios tendentes à obtenção de uma vantagem fiscal, quer dar uma aparência de realidade a um negócio ou ato que vai ter um resultado económico equivalente àquele negócio ou ato que normalmente, seria praticado.

Os meios para conseguir uma vantagem fiscal podem ser singulares ou plurais e interdependentes entre si, com o fim de retirar as devidas vantagens e numa economia cada vez mais internacionalizada mais difícil se torna identificar os seus métodos e esquemas de atuação.

LIV A FORMA UTILIZADA PELO CONTRIBUINTE O CARACTER ARTIFICIOSO DOS ATOS OU NEGOCIOS JURÍDICOS - Meio

Os meios artificiosos são aqueles em que determinadas ações efetuadas com técnicas e esquemas talentosos conseguem uma vantagem fiscal e tem no seu escopo a aderência fictícia de estruturas jurídicas sem a aderência substancial à realidade que lhe são próprias. Neste contexto, veja-se o conceito de expediente puramente artificioso relevante para efeitos do Direito da União Europeia, definido pelo TJUE, no Acórdão de 12 de Setembro de 2006, proferido no âmbito do Processo C-196/04 (Acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas)

Os atos ou os negócios jurídicos embora sejam legais, efetuados através de meios artificiosos com “arte e talento” sejam desprovidos de uma causa negocial da própria natureza do negócio e não espelham a realidade material onde o contribuinte atua. Podemos elencar os casos de lacuna da lei, pois o legislador “anda sempre atrás do prejuízo” por manifesta imperfeição das normas legais.

A doutrina faz referência à *step transaction*, aceite pelos tribunais, que está relacionada com a sequência de atos, “olhando para a floresta e não só para a árvore” e o que releva não é apenas último ato mas sim em conjunto com outros, sua sequência e cadeia temporal de modo a identificar esquema abusivo, a AT tem demonstrar a natureza pré-planificadora e unidade dos mesmos não é ipso facto.

IV A MOTIVAÇÃO DO CONTRIBUINTE - Intelectual

É necessário demonstrar que os negócios realizados pelo contribuinte têm como base a intenção de reduzir ou eliminar uma oneração fiscal. Esta verificação da intenção do abuso, redução da carga fiscal em virtude da estrutura montada.

Há que distinguir as situações de gestão normal e anormal, devendo Administração Empresarial justificar que certa opção só se justifica por motivos, não apresentando qualquer propósito negocial. Neste âmbito quanto mais complexas forem as estruturas ou vias utilizadas, melhor se verifica a intenção do contribuinte na obtenção de uma vantagem fiscal. Na jurisprudência fiscal americana este teste tem o nome de “prova de objeto negocial” ou *business purpose test*¹; haverá uma desconsideração da personalidade jurídica, um levantamento do véu, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais obtidas.

Contudo a CGAA não é aplicável em resultado de uma situação meramente incidental, sem que tenha havido propósito do contribuinte. A intenção não pode ser verificada subjetivamente, por ser uma *probatio diabólica* e tinham como consequências a violação do princípio da segurança jurídica, por ser difícil demonstração da real motivação.

¹ Aparece a primeira vez, no precedente de 1935, caso *Gregory vs Helvering*. A teoria do Supremo Norte Americano foi afirmado o caráter universal, a ausência de um dever cívico de pagar mais tributos. O precedente, *leading case*, O contribuinte tem o direito de diminuir o montante do tributo que de outra forma seria devido, ou ainda, evitar totalmente a sua incidência, desde que utilize meios legalmente permitidos”. O que definirá a legalidade dos meios empregues será o propósito, intenção negocial. Assim pode-se retirar duas conclusões injuntivas de acordo com princípio do *stare decisis*: 1º O direito à economia fiscal está ligado ao recurso de meios lícitos; 2º A ilicitude dos meios afere-se no caso concreto, partindo da teoria do *business purpose test*. Mas este conceito do propósito negocial, a sua caracterização levanta problemas de subjetividade e de casuística. A ideia está enunciada de forma simples no precedente “ *the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the which the statute intended*”. A caracterização na verificação do propósito negocial, sobre a existência ou não de uma finalidade útil ao negócio realizado, além da intenção de reduzir a carga fiscal. A regra foi repetida no precedente *Higging vs Smith*, em que ficou decidido que a manifestação de vontade que vise não a relação jurídica privada, mas as suas consequências tributárias é indiferente para o Direito Fiscal, admitir o contrário seria sobrepor a vontade dos contribuintes da relação jurídica à vontade da lei.

A construção jurisprudencial de desconsideração de atos jurídicos, não definiu previamente categorias, ou seja não edificou um tipo específico ao qual fosse possível enquadrar o caso concreto, pelo contrário foi confiada à Autoridade Judicial.

I.VI O ABUSO DAS FORMAS JURIDICAS - Normativo

De acordo com, o professor Gustavo Lopes Courinha, que na existência de fraude à lei, destina-se o Art.º 38º n.º 2 – “ *a conferir coerência ao sistema fiscal, às normas e ao Ordenamento, i.e. à interpretação e aplicação do Direito Tributário, tentando extrair, manter presente e evidenciar os princípios e propósitos que os enformam – espírito e intenção da lei e não apenas a sua letra, contribuindo para a sua compreensão e evitando os respetivos abusos formais*”². Neste contexto ao aderir a CGAA à teoria de fraude à lei, a qual não cumprindo a lei ou no mínimo não a violando, se viola o seu espírito ou a sua intenção, visando iludir o sistema tributário.

A falta de racionalidade económica se não estiver comprovada, a CGAA não pode ser acionada. Os comportamentos dos contribuintes ficarão, sujeitos ao juízo administrativo acerca da natureza do negócio celebrado e sobre a intenção que esteve na base do mesmo, de acordo com a realidade subjacente sobre a forma, ou seja de acordo com o princípio prevalência da substância sob a forma, independente da forma jurídica que se apresentam.

O ordenamento jurídico reprovava o resultado obtido pelo contribuinte, a vantagem fiscal, ao ser confrontada com o espírito, não só da norma que fazia nascer, a obrigação tributária, como também com o espírito da norma que o contribuinte fez aplicar.

As normas utilizadas pelo contribuinte tem de ser verificadas se reduz, difere ou evita o pagamento do imposto, no sentido de estar dentro da norma incidência que o favorece mais, ludibriando, ocultando a realidade de facto existente. O professor Gustavo Lopes Courinha, “*O ato fraudulento configura-se em função da reprovação pelo Direito da sua natureza verdadeira e substancial – os efeitos obtidos. Efeitos esses que não são desejados, previstos ou promovidos pelo Direito, mas antes rejeitados*”³.

² Gustavo Lopes Courinha, ob.cit, pág 188 e 189

³ Gustavo Lopes Courinha, ob.cit, pág 187

A posição de Vasco Moura Ramos “*entende, porém, que havendo genuíno e autêntico conteúdo económico e não só benefícios tributários, não há fraude à lei. Um motivo económico válido, motivos de carácter económico e financeiro que justifiquem a operação, por muito artificiosos que sejam, são meios empregues válidos*”⁴. Por outro lado, Calvão da Silva “*entende que se não existem motivos económicos válidos para justificar o recurso a figuras jurídicas manifestamente impróprias e insólitas, entramos no domínio da elisão fiscal e já não no da economia por opção*”⁵.

I.VII A EFECTIVAÇÃO DA CLAÚSULA – Sancionatório

A efetivação da CGAA da qual resulta a sanção de desqualificação para efeitos fiscais os atos ou negócios que se tenham traduzido na obtenção de uma vantagem fiscal.

Os negócios ineficazes não tem qualquer vício em si mesmos, diferente do que acontece nos negócios nulos anuláveis, apenas se verificando no contexto, num caso concreto, não permitem a produção dos efeitos que seria normal serem produzidos.

Estes atos ou negócios jurídicos praticados não são nulos ou anuláveis, por não conterem quaisquer vícios.

A AT não está condicionada pela qualificação atribuída pelas partes aos factos tributários, de acordo com o preceituado Art.º n.º 36 da LGT que afasta, expressamente, o *nomem iuris* atribuído pelas partes ao facto ou negócio. Daqui retira-se que a qualificação segue os princípios gerais de Direito. A qualificação para efeitos fiscais, deverá abstrair-se de qualquer consideração económica, uma posição evidente face ao atrás exposto. A rejeição de qualquer tipo de interpretação económica dos factos tributários de acordo com a posição

⁴ Vasco Moura Ramos “Da Cláusula Geral Anti-Abuso em Direito Fiscal e da sua Introdução no Ordenamento Jurídico Português” in *separat do BFDUC*, Vol.LXXVII pág 690 e ss.

⁵ Calvão da Silva, *ob. Cit.* Pág. 791.

maioritária da doutrina, e Gustavo Lopes Courinha, *“Privilegiando a unidade do sistema jurídico, o legislador decidiu assegurar que à qualificação civil de um determinado contrato, não pode ser contraposta uma qualificação própria, para efeitos de imposição concreta. Os efeitos civis de um negócio terão de possuir correspondência lógica nos efeitos fiscais, por força de uma identidade na qualificação”*⁶.

A aplicação da CGAA ao envolver os negócios ou atos jurídicos corretamente qualificados não podem ser apostos à Autoridade Tributária, por a sua teleologia ser ilegítima, elisiva, por ser contrária às boas práticas fiscais a AT pode desconsidera-los nos seus efeitos fiscais, mas não nos seus efeitos civis.

Os efeitos fiscais são ineficácia enquanto consequência de um negócio abusivo, em Direito Civil, os efeitos manter-se-ão quer entre as partes, quer relativamente a terceiros.

Ao ser usada a CGAA, não quer dizer que tenha como consequência imediata a liquidação adicional do imposto, mas se verificar os requisitos, e em momento posterior e autónomo pode ser essa a medida.

II AS FIGURAS AFINS DA CGAA E AS SUAS CONEXÕES JURIDICAS – TRIBUTÁRIAS INTERNACIONAIS.

II.I A simulação

No código civil, Art.º 240º “ se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado” e a consequência que “o negócio é nulo”. A doutrina decompõe a simulação em três elementos: 1º- Intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração; 2º – Acordo entre

⁶ Gustavo Lopes Courinha, ob.cit., pág.113

declarante e o declaratório (acordo simulatório) e 3º – Intuito de enganar terceiros.

No contexto da CGAA, os negócios ou atos serão sempre verdadeiros ou reais, realizados visando obter um efeito económico, embora sujeitos a uma carga tributária mais reduzida, ou inexistente, do que aquela que seria devida se o contribuinte escolhe-se o negócio normal estatuído pela norma legal.

A distinção entre a CGAA e a simulação no direito civil, resulta do facto de esta respeitar o negócio real e a simulação um fictício. A CGAA opera por via da verdade ou como diz, Gustavo Lopes Courinha “ *desconsidera os negócios em que o contribuinte operou por via da verdade, atingido os fins globais do negócio (fiscais e não Fiscais), verdade esta que pode, no entanto, ser censurável. O negócio ou ato, no segundo caso são verdadeiramente queridos pelas partes (genuine transactions) e nada é ocultado (salvo, por vezes, a motivação com que são praticados) ”*⁷.

O planeamento fiscal ilegítimo não se vê à partida qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada do sujeito passivo.

O sujeito passivo quer é obter uma vantagem fiscal, e pratica o negócio que lhe for mais favorável.

A simulação trata-se de um ato singular ou pluralidade de atos ilícitos que jamais poderia ser um planeamento fiscal, embora ilegítimo, é sempre legal.

Não há qualquer confusão entre a simulação e a CGAA, as realidades ou factos a que ambas respeitam são diferentes.

No Art.º 39º da LGT, nos termos da qual no contexto de uma simulação tributária, a AT tributará o “ negócio real” (ou seja o negócio dissimulado) e não o negócio simulado.

Contudo podem existir algumas dificuldades de distinção pratica. Uma

⁷ Gustavo Lopes Courinha, A Cláusula Geral Anti-Abuso No Direito Tributário, Contributos para A Sua Compreensão, Almedina, Coimbra 2004, pág. 84

realidade são aqueles negócios em que existe uma divergência intencional outra completamente distinta é composta pelos negócios reais celebrados por pleno acordo das partes e com o fim de um resultado favorável ou menos oneroso.

II.II A proibição do abuso de direito

No código civil, Art.º 334º, “ é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fim social ou económico desse direito”.

Neste trabalho, já mencionei que é proibido o exercício abusivo, legal mas não legítimo de posições jurídicas que infringem o espírito da lei e do sistema jurídico.

No direito civil, o abuso de direito tem como sanção a anulabilidade do negócio, à destruição dos efeitos do mesmo e a consequente indemnização pelos danos causados, se eles ocorrerem.

Em virtude de o remédio do abuso de direito ser diferente da CGAA, poderia AT também aplicar a mesma vacina, ou seja desconsiderar o negócio em causa, também em termos civis, por fins tributários.

Com esta medida, se fosse admissível a AT, violaria a autonomia privada do sujeito passivo e também o princípio da proporcionalidade que está elencado no Art.º 18º da CRP.

Logo se a CGAA não existisse, com os devidos requisitos, não poderia AT, recorrer do abuso de direito do Art.º 334º CC, para desconsiderar os negócios que qualificassem como abusivos das formas jurídicas existentes, com a teleologia de enganar o sistema para obter uma vantagem fiscal.

II.III As cláusulas especiais anti abuso (CEAA)

As normas especiais anti abuso e a CGAA, existem para combater negócios abusivos ou para mitigar de acordo com Gomes Canotilho “ *O recurso a formas manifestamente insólitas e impróprias para a obtenção de certos fins económicos*”⁸, constituindo um limite à liberdade contratual dos cidadãos. A legitimidade destas cláusulas está quando tais opções anormais tenham como fim tributários essencialmente.

As diferenças entre as CEAA e a CGAA são que as CEAA tem um carácter estático e a CGAA rígido.

No nosso ordenamento as CEAA entraram em vigor antes da CGAA, já se aplicavam a situações concretas, muito pormenorizadas pelo legislador, como por exemplo os Art.º 58º a 61º do CIRC.

O campo de aplicação destas normas, por serem muito minuciosas, é muito circunscrito. Devido ao seu regime detalhado, só é admissível naquelas situações que estão dentro da tipificação, e a consequência se faltar alguns dos elementos é que não é possível fazer a subsunção dos factos à norma, ou seja aplica-la.

Os contribuintes ao terem conhecimento da letra da lei poderão fugir à previsão da norma e realizam negócios ou atos que não estejam estatuídos.

Refere, Casalta Nabais” *a luta contra as múltiplas e imaginativas formas, que tais fenómenos (elisão e fraude fiscais) apresentam, muito dificilmente poderá ser levada a cabo com êxito pelo legislador através de uma casuística previsão de múltiplas e diversificadas cláusulas especiais, num autêntico jogo do gato e do rato*”⁹

Quando uma CEAA possa ser admissível num determinado caso específico, mas falte um dos requisitos, fica sem efeito a sua aplicação, o que por outro lado

⁸ J.J Gomes Canotilho, “ Cláusulas de Rigor E Direito Constitucional”, in RLJ, n.º 3971, pág. 82.

⁹ Casalta Nabais, “ Direito Fiscal”, Almedina, 2010, 6ª edição, pág. 218

também não se pode lançar mão da CGAA, porque era uma clara e injustificada restrição ao princípio da segurança jurídica e da *mens legis* fiscal, uma vez que a norma especial é sempre aplicada em detrimento da geral ¹⁰.

Face ao exposto, estas CEAA, ao invés de tornar o sistema fiscal mais coerente diminuem-no. O ordenamento jurídico – tributário para ser eficiente e sistemático, (a LGT e do mesmo modo o CPPT; CIRS etc.) fica em causa.

II.IV As conexões jurídico-tributárias internacionais (CEDT)

O problema da elisão fiscal não se verifica só a nível interno, os Estados, tem vindo a perder receitas fiscais, não só pelo abrandamento da economia mundial, e consequentemente gerando crises, mas também pelos esquemas fiscais internacionais arquitetados engenhosamente para fugir ao devido pagamento dos impostos.

O fenómeno de elisão fiscal internacional, corporiza a forma de *treaty shopping* no qual traduz-se o *animus* dos sujeitos passivos, tendo em vista conseguir vantagens decorrentes de uma determinada Cláusula Especial de Dupla Tributação (CEDT), que manobram artificialmente os elementos constitutivos da relação jurídica – tributária, (e.g. fonte de rendimentos, residência), com o fim de preencher o âmbito dessa CEDT, as quais nunca seriam aplicáveis. Há uma motivação exclusiva para o aproveitamento do regime mais favorável de um tratado. Aqui estão em causa atos lícitos realizados no âmbito da esfera da liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, ponderando a existência de vários regimes fiscais em ordenamento distintos.

Assim, coabitam a elisão fiscal subjetiva (quando opera através de elementos de conexão subjetiva, como residência ou domicílio). Temos, como exemplo, a

¹⁰ Nunes, quando diz que “ a sua existência (de uma cláusula específica anti-abuso) exclui, em princípio, o direito da administração fiscal de aplicar às matérias por elas especialmente definidas a cláusula geral anti-abuso, no caso da situação em causa ficar fora do âmbito de previsão dessas normas especiais” – A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em sede Fiscal, in “ Fiscalidade”, n.º 3 Julho de 2000, pág. 47.

transferência do domicílio para um país de tributação mais reduzida.

A elisão fiscal objetiva opera quando os elementos de conexão são objetivos, tais como, local onde situa a fonte de produção ou de pagamento de um rendimento, como exemplo o local de exercício de uma atividade ou local de instalações de um estabelecimento. Pode neste caso o contribuinte dividir o rendimento, distribuindo-o entre territórios fiscais distintos, acumular o rendimento em território fiscal mais favorável, transferir o rendimento de um para outro ordenamento fiscal menos oneroso.

A fronteira entre o uso e o abuso das possibilidades permitidas pelas leis fiscais não é muito clara, gera muita controvérsia, tendo o legislador multiplicado as formas de combate ao uso ou abuso, do planeamento fiscal, através de medidas anti abuso genéricas ou específicas, já ut supra mencionadas, tais como a inversão do ónus de prova, presunções legais, obrigações de pedido de deferimento, etc.

Esta fronteira, que não se encontra bem balizada, entre o abuso ou uso das possibilidades permitidas pelas leis fiscais, poderá por um lado violar os princípios da segurança jurídica e da autonomia privada, mas por outro entrar aqui na elisão ou fraude fiscal, situação em que a poupança resulta da prática de atos lícitos no primeiro caso e no segundo ilícitos.

Neste contexto é possível aferir comportamentos quadro, tais como uma conduta elisiva tributária internacional, no corpo de uma CEDT potencialmente aplicável podem os contribuintes modular os elementos objetivos e subjetivos de modo a conseguir vantagens fiscais, entre as quais mitigar as tributações. Deste modo não é possível prever uso e abusos de todas as práticas, e face à tipificação das CEDT, só depois de definido o elemento de conexão, é admissível ou não a sua operacionalidade.

A sua efetivação diligencia-se no sentido de apurar se um negócio ou ato é abusivo, o qual tem como resultado a sanção de ineficácia. Esta operação realiza-se em dois momentos seguidos, primeiro apurar a sua legalidade nível interno e depois internacional, não sendo admitido recorrer diretamente ao campo internacional, logo as CEDT não são acionadas e os contribuintes não ficam sob o

efeito do seu chapéu.

Outra conduta elisiva internacional, diz respeito quando é unicamente estatuída pelas normas internas dos vários Estados que estabelecem ligações plurilocalizadas, na ausência de uma CEDT, pelo que o seu regime regulatório passa pelo uso das normas anti - abuso internas dos Estados, sendo esta uma das suas prerrogativas, no conceito de soberania fiscal.

Por último verificar como o Direito da União Europeia tem irradiado essas condutas elisivas internacionais, dado o papel primordial do TJUE, no Acórdão Halifax¹¹ “ *é ao órgão jurisdicional que compete verificar, em conformidade com as regras de prova do direito nacional, contanto que a eficácia do direito comunitário não seja posta em causa, se os elementos constitutivos de uma prática abusiva estão preenchidos no litígio no processo principal*”.

Se o único fim é ser beneficiado das vantagens concedidas pelo Direito da União Europeia, podem os Estados Membros desqualificar os negócios abusivos, que não sejam praticados no contexto de operações comerciais normais.

Posteriormente, o TJUE no Acórdão Cadbury Schweppes mencionou que a aplicação daquelas normas pode ir contra as liberdades fundamentais da União Europeia. O Acórdão referiu que o modo de resolução do conflito, compatibilização, entre normas anti - abuso, internas de cada Estado - Membro com o Direito da União Europeia, não serão aplicadas de formas automática, sem apurar os resultados das vantagens fiscais, efetivados por negócios ou atos jurídicos abusivos e artificiosos.

O combate à elisão fiscal está na ordem do dia, nas principais agendas e as decisões do TJUE tem contribuído de forma ímpar contra essa erosão fiscal, que de outro modo escapavam às malhas tributárias dos Estados.

¹¹ Acórdão do TJUE de 21 de Fevereiro de 2006, proferido no âmbito do Processo C- 255/02 (Acórdão Halifax e O.

III O PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO DE APLICAÇÃO DA CGAA NO CPPT

O conceito de procedimento tributário, previsto no Art.º 44 do CPPT como a série de atos praticados que tem como objetivo a definição da relação jurídica – tributária, da obrigação de imposto ou à clarificação de direito ou situações jurídicas no âmbito fiscal.

O recurso por parte da AT, à CGAA, tem um procedimento de aplicação especial, previsto no Art.º 63 do CPPT na Secção IV – Procedimentos Próprios, por forma assegurar as especificidades desta, não sendo só prevista na LGT.

A AT vai verificar a legalidade da situação concreta, porque paralelamente vai haver uma inspeção tributária, enxertada ao procedimento especial.

Neste campo, existirão dois procedimentos tributários ao mesmo tempo, tendo AT que cumprir o procedimento específico da CGAA e inspeção tributária na qual detetou um caso de uma situação possível de aplicação CGAA.

Ao apurar uma admissível aplicação da CGAA, a AT, Art.º 63º n.º 3 CPPT tem de notificar o contribuinte do projeto de aplicação da CGAA, necessariamente fundamentado com a descrição do negócio ou ato efetuado pelo contribuinte que considera abusivo e artificioso, indicando a finalidade de obter uma vantagem fiscal e dos negócios ou atos jurídicos de fim económico idêntico que permitiria a incidência de tributação diversa, indicando as normas de incidência em causa.

Ao ser notificação do projeto de decisão, o contribuinte tem um prazo de 30 dias para exercer o seu direito de audiência prévia, Art.º 63º n.º5 do CPPT, e caso deseje apresentar provas como necessárias, Art.º 63º n.º 6 do CPPT.

Posteriormente, após a realização da audiência prévia, a AT tem obrigatoriamente de ter autorização do responsável máximo do serviço para aplicação da CGAA. Após este modo de proceder a AT tem de fundamentar a aplicação da CGAA, conforme vem elencado no Art.º 63º n.º 3 alíneas a) e b) do CPPT, e com a resposta às declarações do contribuinte da audiência prévia. A

aplicação da CGAA deve também ser notificada a autorização.

Ao ser autorizada a aplicação da CGAA, o contribuinte é notificado do despacho e dos factos em causa, que indicará os elementos da fundamentação.

No final, se o contribuinte tinha solicitado uma informação vinculativa sobre a situação jurídica – tributária, a AT não pode despoletar o procedimento de aplicação da CGAA, Art.º 63º n.º 8 do CPPT.

Esta informação vinculativa deve pormenorizar todos os factos do contexto com a situação tributária em causa, em virtude de AT poder aferir ou não a sua relevância como potencialmente de aplicação da CGAA. O prazo de 150 dias, Art.º 63º n.º 8 in fine, do CPPT sem que AT não tenha respondido, está bloqueada a aplicação da CGAA, no caso específico.

Esta consequência de não ser possível recorrer a CGAA, visa que a AT não ignore os pedidos dos contribuintes, que anseiam por uma resposta, de forma a prever a sua situação tributária, de forma a não ser violado a sua segurança jurídica e do princípio da obrigatoriedade de decisão, o silêncio da AT têm como sanção, o indeferimento tácito ou o deferimento tácito.

III.I Os momentos estruturais

III.II O prazo de caducidade de instauração do procedimento de aplicação da CGAA, decorre no prazo geral de caducidade do direito à liquidação dos tributos, previsto no Art.º 45º da LGT.

III.III Ao acionar a CGAA, a AT vai aferir os elementos de aplicação, previstos no Art.º 63 do CPPT, devendo notificar o contribuinte do projeto de aplicação da CGAA. Este dever de fundamentação da AT, é uma garantia acrescida do contribuinte, devido à margem de discricionariedade por parte da AT, de forma a não violar a segurança jurídica dos contribuintes, logo no momento da elaboração

do projeto de aplicação da CGAA.

Este projeto tem de descrever os negócios ou atos jurídicos, artificiosos ou abusivos que consubstanciaram a vantagem fiscal. Não basta referir em termos gerais, deve indicar as normas de incidência que tributaram e demonstrar que os fins económicos utilizados pelos contribuintes são realmente os mesmos que normalmente empregaria. Esta demonstração deve também averiguar a teleologia dirigida à eliminação, diferimento temporal ou redução dos impostos que seriam devidos na ausência dos mesmos, bem como salientar o item quantitativo.

III.IV A audição prévia do contribuinte no âmbito de aplicação da CGAA é de relevar, face ao espaço de discricionariedade decisão da AT, por a mesma recorrer a conceitos indeterminados, Art.º 38º da LGT. Esta audição prévia Art.º 60º da LGT, está alicerçado no Art.º 267º n.º 5 da CRP, de forma que os contribuintes participem na decisão da AT, carreando factos e as provas se entenderem, de modo a relatar a sua versão, por estar numa posição privilegiada em relação a AT, que eventualmente não são logo inteligíveis.

Quanto ao prazo, é de 30 dias, Art.º 63º, n.º 3 do CPPT, para o contribuinte se pronunciar sobre o projeto de decisão da AT, na audiência prévia, este prazo é superior ao prazo geral, que não pode ser inferior 8 dias nem superior a 15 dias, Art.º 60º da LGT, ou seja um maior garantia do contribuinte, contra a discricionariedade da AT.

Esta garantia não é *tout cour*, é um mero interesse legalmente protegido, o contribuinte não pode exigir diretamente à AT a prática de atos concretos, tais como a inquirição na sequência do exercício do seu direito de audiência prévia, limitando-se a poder reagir, arguindo a ilegalidade e conseqüente anulabilidade da decisão administrativa que previra esses atos. Esta qualificação visa a legalidade das decisões da AT, por não ser individualizável e não ter como objetivo a tutela direta da esfera tributária do contribuinte.

III.V A autorização de aplicação da CGAA, Art.º 63º n.º7 do CPPT depende do dirigente máximo do serviço competente, que vai apreciar os factos e o direito em causa, decidindo no mesmo sentido da AT ou não. Este controlo é intra-administrativo, endo-processual, é prévio à decisão final, ou seja é um controlo do mérito da proposta da AT de aplicar a CGAA.

Esta tem de ser fundamentada e notificada ao contribuinte, conforme o Art.º 63º n.º 3 do CPPT.

IV Transformação de Sociedades por Quotas em Sociedades Anónimas

A resposta prudentium controvertida e tratado pela nossa jurisprudência, no âmbito da aplicação da CGAA, prende-se com a alteração da forma societária, de sociedade por quotas para sociedade anónima, e a posterior alienação onerosa das participações sociais, detidas há mais de doze meses.

Esta transformação, consubstanciava-se num esquema adotado pelos sujeitos passivos, motivado por razões fiscais, visto ter o legislador fiscal optado, expressamente por tributar a venda das quotas e não tributar a venda das ações.

Assim, até à revogação do n.º 2 do art. 10.º do CIRS, pela Lei n.º 15/2010, de 26 de julho, previa a alínea a) da referida norma a exclusão de tributação em IRS das mais valias derivadas da alienação de ações detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses.

Este regime de exclusão da tributação desencadeou a transformação de muitas sociedades por quotas em sociedades anónimas, seguindo-se a alienação das participações sociais, geradoras de mais-valias não sujeitas a tributação, o que desencadeou a aplicação pela AT da CGAA, por considerar tal esquema abusivo e fraudulento.

Para os sujeitos passivos, os negócios de transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, e subsequente venda das ações, não revestiu uma forma anómala, inusual, artificiosa, complexa ou mesmo contraditória, tendo em consideração os fins com eles visados.

Entenderam, assim, que a forma utilizada correspondeu totalmente à substância, uma vez que o meio jurídico utilizado foi o negócio típico que a lei prévia para a realização do fim em vista.

Consideraram, ainda, não se encontrar preenchido o elemento normativo, visto não terem atuado através de meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, apenas existindo a execução e implementação de uma operação de exclusão tributária desejada e aceite expressamente pela al. a) n.º 2 do art. 10.º do CIRS, que determinava a não tributação das mais-valias de ações detidas por mais de 12 meses.

Em suma, para os sujeitos tributários, a questão da aplicabilidade do art. 38.º, n.º 2 da LGT aos casos de transformação de uma sociedade por quotas em sociedade anónima (...), não faz qualquer sentido porque não está em causa qualquer abuso, mas antes o exercício de uma opção expressamente prevista pelo legislador.

A AT fundamentou a sua posição defendendo que na transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima e a subsequente venda das ações foram encenados vários atos jurídicos, mais ou menos complexos e dispendiosos. Actos, “que face à realidade e dimensão económica, estrutural e societária em concreto, se revelam manifestamente desnecessários e denunciam claramente a intenção artificiosa da sua utilização, ou seja, evitar a tributação que seria devida. Assim, considerou que os pretensos actos e negócios visaram em primeira instância, a exclusão da tributação das mais-valias em sede de IRS.

Entendeu ainda a AT que a transformação das sociedades foi absolutamente artificiosa, procurando apenas revestir sobre forma de ações as participações que continuaram a constituir quotas inexistindo qualquer indício de racionalidade económica e financeira subjacente à transformação, ou seja, que não existiu nenhuma justificação económica, não se podendo considerar lícito, nem legítimo que um contribuinte transforme rendimentos sujeitos a tributação em rendimentos dela excluídos, construindo artificialmente uma mais-valia fiscal não sujeita a tributação.

A AT salientou que com a alteração do modelo societário, não se verificou qualquer alteração no funcionamento da empresa, uma vez que se manteve a mesma atividade, o mesmo capital, a mesma detenção de capital, o que é perfeitamente identificável uma vez que as ações são nominativas e, mantendo a

mesma gestão, porquanto os gerentes da sociedade por quotas são igualmente os administradores da sociedade anónima, ou seja que a transformação da sociedade por quotas, numa sociedade anónima com estrutura complexa e dispendiosa não teve os objetivos associados a este tipo de transformação

Para esta conclusão concorreram o facto dos actos realizados pelos contribuintes terem sido registados após o conhecimento da proposta de lei, que alterou a tributação das mais-valias mobiliárias.

Assim, através de um conjunto de operações, que desencadearam a alteração do tipo societário, os rendimentos obtidos nestas alienações foram excluídos de tributação, o que não aconteceria se as sociedades mantivessem o tipo societário por quotas.

IV.I ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TCAS E DO CAAD

A jurisprudência em questão: Acórdão TCAS de 15 de Fevereiro de 2011 «Processo n.º 04255/10»; Acórdão CAAD de 18 de Setembro «Processo n.º305/2013-T»; Acórdão CADD de 03 de Janeiro de 2015 «Processo n.º 240/2014-T»; Acórdão CAAD de 22 de Julho de 2014 «Processo n.º 208/2014-T»; Acórdão CAAD de 16 de Setembro de 2014 «Processo n.º 234/2013-T»; Acórdão CAAD de 20 de Setembro de 2014 «Processo n.º 47/2013-T.

Esta escolha foi realizada intencionalmente devido a aplicação da CGAA nestes Acórdãos. Esta análise vai ser efetuada de forma crítica, mas navegar sempre com terra a vista, ou seja, identificar qual o seu padrão e desenvolvimento na aplicação da CGAA, suas tendências na sua interpretação e na balização do planeamento fiscal legítimo vs ilegítimo de modo a retirar ilações de consenso ou dissenso na jurisprudência.

IV.II Esta decisão jurisprudencial, do TCAS, Processo n.º 0455/10 de 15/02/2011, é a primeira em 12 anos de vigência da CGAA. Proferiu o tribunal que o sujeito passivo ultrapassou os limites da liberdade de gestão em empresarial – e que são, precisamente os da “ *subsistência e manutenção do sistema fiscal*” – pela motivação fiscal. Esta terá assentado no facto de os atos ou negócios praticados,

que implicaram a interposição de diversas empresas do Grupo, serem, essencialmente ou parcialmente, dirigidos à transformação de juros em dividendos, que escapavam à tributação pela aplicação do regime de eliminação de dupla tributação económica de lucros distribuídos, atualmente previsto no CIRS. Ou seja, aquela estrutura societária serviu exclusivamente para um propósito fiscal, sem nenhuma substância económica por de trás. Perfazendo, desta maneira, um caso típico de abuso de formas jurídicas ou de fraude à lei, e onde estatui a lei (art.º 38 n.º 2 in fine da LGT) a sua ineficácia quanto aos efeitos fiscais.

Quanto aos elementos doutrinários da CGAA, seus quatro pressupostos cumulativos, o elemento meio; elemento resultado; elemento intelectual e o normativo (se existirem os quatro o quinto sancionatório estará presente), o tribunal considerou estarem preenchidos os pressupostos devidamente fundamentados.

Até esta data, 100 % vitórias para AT nos tribunais, mas ao consultar o CAAD no âmbito do RJAT, aprovado pelo Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, alterado pela Lei 66/2012, de 31 de Dezembro, já não é assim, existem bem mais decisões arbitrais (da nossa amostra todos menos um) de não aplicação da CGAA.

IV.III Acórdão Processo n.º 305/2013-T do CAAD

Estava em causa uma transformação da sociedade em quotas em sociedade anónima, aumentos de capital e sua distribuição pelos sócios e as respetivas operações distribuição dos dividendos.

O tribunal considerou que a transformação *ut supra* é um ato normal enquadrado na liberdade de gestão fiscal, bem como incorporação da sociedade C e o aumento de capital na estratégia empresarial, relevando o princípio da prevalência da substância económica. A venda de ações sem sujeição a tributação não pode ser vista como abusiva ou proibida. Há uma lacuna aqui, que o *legislator* fiscal criou e que os contribuintes usam de modo legal e legítimo. Mais elencou que

os contribuintes não são obrigados a escolher os atos ou negócios tributários mais onerosos, quando o quadro jurídico apresentam outros atos ou negócios fiscais com mais vantagens.

Na aferição dos pressupostos da CGAA, o tribunal proferiu que faltou o preenchimento do elemento intelectual, que os atos ou negócios devam ser dirigidos essencialmente ou principalmente à eliminação, redução ou diferimento temporal de impostos, e a consequência do comportamento do contribuinte não pode ser considerado planeamento fiscal abusivo em sede de IRS.

IV.IV Acórdão Processo n.º 240/2014-T do CAAD

Na problemática está em causa, alienação de ações de uma acionista maioritária e posteriormente adquiridas pelo contribuinte, tendo a AT desconsiderado o ato fiscal e requalificado como distribuição de dividendos.

O tribunal na verificação dos pressupostos da CGAA evidenciou que para estar preenchido o elemento resultado, terá de ser demonstrado para além da vantagem fiscal também uma equivalência de resultados e efeitos entre os dois atos ou negócios. O ato jurídico de distribuição de dividendos e o ato jurídico de compra e venda de participações sociais não são atos jurídicos de idêntico fim económico, unilateralidade da distribuição de dividendos e a bilateralidade da compra e venda de ações. Logo falta o elemento resultado, e cita Gustavo Courinha que deve ser rejeitada a aplicação da CGAA aos casos ” por força de uma opção legislativa, certas zonas propícias à obtenção de vantagens fiscais significativas, sejam deixadas fora do âmbito de tributação”, sinalizando que não há fraude à lei.

IV.V Acórdão Processo n.º 208/2014-T do CAAD

Mais uma vez está em causa a transformação de uma sociedade por quotas

numa sociedade anónima, o que sujeitava a tributação em sede de IRS a título de mais-valias, e que o seu único objetivo era o capital estar expresso em ações como forma de substituir o tributamento da operação por outra economicamente equivalente, ou seja não sujeita aos tributos.

Ao verificar os elementos de aplicação da CGAA o tribunal refere que esta transformação é uma operação que beneficia de um regime legal mais vantajoso, dando como preenchido elemento resultado. Os elementos meio e intelectual, deve-se ponderar toda operação e não só o intuito fiscal, pois não existem factos que levem a retirar ilações que a vantagem fiscal conseguida ter como motivo principal ou exclusivo a realização da transformação da sociedade e na dúvida pró contribuinte, concluindo que o elemento intelectual não se verifica. Vem também sinalizar a lacuna consciente de tributação pelo legislador, pelo qual procura incentivar essas transformações de sociedades devido a ter uma gestão mais profissional e eficiente, faltando elemento normativo. Faz menção ainda que o escopo dessa operação fosse exclusivamente tributária, não seria condenável porque foi o legislador fiscal no seu campo de atuação exprimiou-se por tributar em sede de IRS os ganhos da venda de quotas e não de ações.

IV.VI Acórdão Processo n.º 234/2014-T do CAAD

Em causa a operação de transformação de uma sociedade por quotas em sociedade anónima, constituição da SGPS e a aquisição da SGPS, aos seus acionistas das participações sociais da sociedade anónima sem que verifique o pagamento, praticando um conjunto complexo de atos com objetivo eliminar a carga tributária.

Analisando os elementos, o tribunal deu como preenchido o elemento resultado, a evidente vantagem fiscal conseguida com a transformação. Quanto aos elementos meio e intelectual não existem factos que levem a retirar ilações que a vantagem fiscal conseguida ter como motivo principal ou exclusivo a realização da transformação da sociedade e na dúvida pró contribuinte, concluindo que o elemento intelectual não se verifica. Vem também sinalizar a

lacuna consciente de tributação pelo legislador, pelo qual procura que o contribuinte obtenha a vantagem fiscal através da exclusão de tributação de alienações de ações detidas há mais de doze meses, faltando elemento normativo.

IV.VII Acórdão Processo n.º 47/2013-T do CAAD

Em causa a transformação de uma sociedade por quotas numa sociedade anónima, com a venda de ações cujas mais-valias, estavam excluídas de tributação, porque estavam em seu poder há mais de doze meses e que o seu único objetivo era isentar a tributação das mais-valias.

Quanto aos pressupostos de aplicação da CGAA, o tribunal considerou estar preenchido o elemento meio, a transformação societária e a venda de participações sociais, foi uma combinação de dois atos que teve como consequência a eliminação do imposto devido, contudo essa operação pode ser um ato normal na gestão da sociedade se tiver justificação económica, o que neste caso não existe motivo económico algum. Ao ser submetido ao *business purpose test*, não passa porque as únicas razões apresentadas são a dinâmica da sociedade e dos sócios, e a compra envolve um contrato-promessa que pelo conteúdo e período temporal escolhido não foi ao acaso.

O elemento resultado foi averiguado através da comparação da atividade normal, não existindo razões económicas na transformação da sociedade, logo o que motivou foi o resultado fiscal mais vantajoso, devido a equivalência económica da venda da sociedade e a diferença no resultado.

Ao aferir o elemento intelectual, a transformação da sociedade, a venda de ações ocorreu em dois dias, com um contrato-promessa celebrado três meses antes, que não houve vantagens aos vendedores, e que a formação do preço foi irrelevante, concluindo que apenas havia vantagem fiscal.

Na verificação do elemento normativo, chamou colação as lacunas conscientes de tributação, já atrás expostas noutros processos, mas caminhou em direção

diferente, afirmando que a CRP nos Art.º 103 e 104 e a lei pressupõe a tributação segundo a capacidade contributiva, aplicando-o mesmo sobre as participações sociais. Não pode deixar de ser censurado o aproveitamento ilícito de exclusões fiscais pelo ordenamento jurídico ou premiar aqueles que o conseguem, sendo o remédio a CGAA.

Assim todos elementos foram preenchidos na aplicação CGAA.

IV.VIII Síntese global das decisões.

O sentido da jurisprudência caminha numa tendência de argumentações de consenso que têm como consequência maioritária a não aplicação da CGAA por parte da AT, por os seus pressupostos cumulativos, elementos não estarem preenchidos, conclui-se que não há lugar à estatuição prevista no n.º 2 do art. 38.º da LGT, conducente à ineficácia no âmbito tributário.

O elemento intelectual e normativo são os que colocam mais barreiras a aplicação da CGAA devido à subjetividade do primeiro e da intenção do legislador no segundo.

Em todos Acórdãos existe uma semelhança das operações com um fim fiscal e não económico, e o elemento meio afere a prática de atos ou negócios dirigidos essencial ou principalmente com vista reduzir, eliminar ou diferimento temporal dos impostos, o que releva nestes não é o último acto mas sim o conjunto, a “engenharia talentosa” o esquema que permite retirar o véu demonstrando a natureza abusiva para impedir a tributação.

A motivação fiscal, o elemento resultado foi o mais verificado nos arestos, pois seja a transformação societária e posterior venda de ações é notório que o regime é mais favorável.

O elemento intelectual, o comportamento do contribuinte ser essencial ou principalmente dirigidos ao resultado fiscal, mas se surgir razões económicas de promoção daquele comportamento, não se verifica o elemento, na maioria existe

uma intenção fiscal contudo não se pode ignorar que haja uma motivação económica subjacente. Neste mar específico e agitado, turbulento porque o contribuinte invoca uma opção económica e financeira, dentro da sua liberdade de atuação. Nestas águas problemáticas as decisões que levantaram dúvidas, beneficiaram o contribuinte, porque não foi devidamente fundamentado a concretizado pela AT, ou seja não dissiparam as dúvidas e assim “*in dubio contra fiscum*”.

O comportamento do contribuinte quando abusa das formas jurídicas e obtém a vantagem fiscal, o elemento normativo, é reprovável, mas a sua aferição é difícil porque se por um lado está a intenção legislador por outro a censura ética- jurídica desse comportamento. Como referência é dado as lacunas conscientes de tributação, na maioria dos casos, é o legislador que opta expressamente por não tributar certos actos ou negócios jurídicos em detrimento de outros. Mas no Acórdão Processo n.º 47/2013-T do CAAD, afasta-se desta posição maioritária, com os argumentos mencionados no processo, com os quais não posso concordar, por ser da opinião que estamos perante uma lacuna consciente de tributação, tirando daí as devidas consequências.

Por fim o elemento sancionatório, que se verificar cumulativamente os elementos anteriores, os efeitos são desconsideração fiscal do ato ou negócio jurídico, o que se verificou nos Acórdão TCAS de 15 de Fevereiro de 2011 Processo n.º 04255/10 e Acórdão CAAD de 20 de Setembro de 2014 Processo n.º 47/2013-T.

V Benefícios Fiscais

A questão que se coloca nesta sede reside em apurar se os sujeitos passivos, ao aproveitarem de determinados benefícios fiscais concedidos pelo legislador, se encontram a praticar um planeamento ilícito, e portanto abusivo e fraudulento, ou, pelo contrário, um planeamento totalmente lícito.

Conforme menciona o Processo n.º 0529/1259, as normas que estabelecem benefícios fiscais são normas de carácter excecional, que derogam os princípios

gerais que presidem à tributação, da capacidade contributiva, da generalidade e da igualdade da tributação e apenas encontram justificação na tutela de interesses públicos constitucionalmente relevantes, superiores aos da própria tributação, sejam eles de carácter político, económico, social ou cultural, sendo insuscetíveis de aplicação a casos que não tenham sido expressamente contemplados no benefício concedido.

No que concerne aos benefícios fiscais, o legislador, ao afastar a tributação para determinadas situações, tem que definir com exatidão as situações concretas que isenta de tributação, sem que possam levantar-lhes as eventuais desconformidades com as regras da tributação pela real capacidade contributiva que só ocorrerá caso não seja o caso enquadrável no benefício fiscal.

Desta forma, na circunstância de a situação de determinado sujeito passivo não se enquadrar no âmbito de incidência de uma qualquer norma que conceda certo benefício fiscal, não pode o mesmo com base nela, ou na veracidade das operações que realizou, exigir que seja também isenta de tributação uma situação que o legislador não abrangeu.

Os benefícios fiscais, tratados e discutidos pela nossa jurisprudência tributária, no âmbito da aplicação ou não aplicação da CGAA, cingem-se ao regime fiscal da ZFM e das SGPS, como infra analisaremos. Cumpre assim, determinar se o aproveitamento destes benefícios advém de um negócio/ato abusivo ou fraudulento, concebido unicamente para retirar vantagens fiscais que de outra forma, não seriam possível alcançar-se.

V.I Regime fiscal da Zona Franca da Madeira¹²

Uma das situações que chegaram aos nossos tribunais superiores, no processo n.º 04255/10 e n.º 51104/11, ambos do TCA-S, residia na instalação de empresas na ZFM, com o propósito de beneficiarem da isenção de IRC.

A questão que se colocou consistia em determinar se essa escolha e opção empresarial se devia configurar de abusiva e, porquanto, subsumível à CGAA.

O n.º 1 do art. 41.º do EBF, Revogado pelo art. 7.º do Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de outubro, na redação do Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho, isentava de IRC as entidades que participassem na constituição do capital social de empresas a instalar na ZFM relativamente aos rendimentos provenientes de juros e outras formas de remuneração de suprimentos, abonos ou adiantamentos de capital feitos pelos sócios à sociedade, aos lucros atribuídos aos sócios por essas sociedades e, bem assim, aos resultantes dos juros e outras formas de remuneração devidos pelo facto de os sócios não levantarem os lucros ou remunerações colocados à sua disposição.

¹² Novo regime fiscal da Zona Franca da Madeira (Sumúla)

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 64/2015, de 1 de julho, que aprova as alterações ao regime fiscal da Zona Franca da Madeira e altera o Estatuto dos Benefícios Fiscais em conformidade.

O novo regime é aplicável às entidades licenciadas entre 1 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2020, vigorando até 31 de dezembro de 2027.

São de salientar as seguintes características gerais deste novo regime:

- Manutenção da taxa de IRC de 5% e dos plafonds existentes para aplicação desta taxa reduzida;
- Isenção de retenção na fonte relativamente a dividendos e juros pagos a acionistas, exceto se estes forem residentes em Portugal ou em jurisdições com tributação privilegiada;

- Isenção de imposto do selo, IMI e IMT, derramas regional e municipal e taxas, sujeita a uma limitação de 80%, por tributo, por cada ato ou período;

- Sujeição a PEC e tributação autónoma (exceto se referentes a despesas não documentadas ou correspondentes a importâncias pagas ou devidas a residentes em jurisdições com tributação privilegiada) apenas na proporção da taxa de IRC aplicável. Tal como já era regra, são aplicáveis limitações à aplicação destes benefícios a algumas atividades económicas, nomeadamente atividades intragrupo e financeiras e de seguros, e à origem dos rendimentos que podem beneficiar dos mesmos. É introduzida uma limitação ao montante dos benefícios anuais, o qual não pode exceder um dos seguintes limites:

- 20,1% do valor acrescentado bruto obtido anualmente;

- 30,1% dos custos anuais de mão de obra incorridos;

- 15,1% do volume anual de negócios. As entidades licenciadas ao abrigo do regime em vigor até 2014 podem beneficiar do novo regime desde que preencham os requisitos previstos aí previstos.

O esquema consistia na instalação na ZFM de uma participada, sob a forma de SGPS, pertencente a um grupo empresarial, a qual teria por objeto prestar serviços a outras subsidiárias, nomeadamente serviços de financiamento do investimento externo, com o aproveitamento das vantagens fiscais concedidas nessa zona.

A Requerente, no caso em apreço, utilizou uma participada para conceder empréstimos a outras empresas por forma a socorrer-se do seu estatuto de isenção em sede de IRC, para eliminar a tributação fiscal, convertendo os juros pagos em resultado de tais empréstimos em dividendos, dedutíveis ao abrigo do art. 46.º CIRC.

Ao analisar os factos, entendemos relevante elencar os seguintes: 1) a participada não possuía qualquer tipo de estrutura física, própria ou arrendada na ZFM; 2) não contratou ou subcontratou pessoal para a realização de tarefas próprias ou subjacentes a qualquer dos negócios constantes do objeto social da empresa; 3) os seus gerentes foram e/ou são funcionários das empresas que constituem o grupo empresarial; 4) os proveitos gerados na esfera da participada não tiveram como finalidade incrementar a estrutura económica da empresa, dado os mesmos terem sido transferidos na sua totalidade para os seus sócios; 5) a única atividade que desenvolveu, consistiu na aplicação de prestações suplementares de capital entregues pela Requerente, a outras empresas do mesmo grupo.

A Requerente alegou que a constituição de uma sociedade operacional na ZFM, destinada a promover a prestação de serviços e de financiamento a entidades não residentes em território nacional, teve como principal motivação a circunstância de o legislador, oferecer um regime de tributação mais favorável a sociedades que se localizassem nessa zona.

Entendeu a Requerente que a opção de instalação da referida empresa na ZFM se consubstanciou como a via mais racional e económica, na medida em que não faria, de todo, sentido algum escolher a via mais onerosa, quando o legislador fiscal incentiva a instalação de empresas nestas zonas, atendendo à baixa tributação.

Por sua vez, e com um entendimento totalmente oposto, a AT entendeu que a operação desencadeada pela Requerente constituía um ato abusivo e fraudulento, subsumível de forma clara no n.º 2 do art. 38.º da LGT, uma vez que a utilização pela Requerente da sua participada, na celebração de contratos de empréstimos, teve como único e inequívoco objetivo a eliminação da carga fiscal sobre os

respectivos juros, que se traduziu na sua esfera, numa redução significativa da base tributável.

Para a Fazenda Pública, os lucros distribuídos pela participada constituem atos dirigidos, por meios artificiosos, e com abuso das formas jurídicas, através da utilização desnecessária de uma empresa, à eliminação do imposto que seria devido caso os juros provenientes dessa aplicação de capital fossem contabilizados na esfera da Requerente. Além do que, sem a utilização dessa participada, que beneficia de um regime fiscal mais favorável, atendendo à sua localização na ZFM, os referidos lucros seriam tributados, em sede de IRC na esfera da Requerente, concorrendo para a formação do seu resultado fiscal.

Na verdade - segundo a AT -, Requerente, ao transformar os juros do capital em lucros distribuídos por uma empresa sua participada isenta de IRC, produz um efeito de fuga ao imposto, exigido na circunstância de se ter seguido a via do negócio direto, com resultados económicos equivalentes.

A Requerente obtém rendimentos sob a forma jurídica de lucros distribuídos, quando na realidade, os mesmos consistem em juros resultantes dos empréstimos efetuados.

A AT sublinha, assim, que a utilização da empresa participada da Requerente teve como principal finalidade retirar um aproveitamento abusivo do benefício fiscal concedido, uma vez que sem a utilização dessas formas legais, a operação ficaria sujeita a tributação.

O esquema executado pela Requerente permitiu, no entendimento do Tribunal, enquadrar os atos no n.º 2 do art. 38.º da LGT, por se apresentarem preenchidos cumulativamente todos os seus pressupostos, como seguidamente analisaremos.

Quanto aos pressupostos de aplicação da CGAA é importante evidenciar o facto de o Tribunal ter seguido a linha de raciocínio substantiva que vem sendo adotada pela doutrina nacional nesta matéria¹³.

Quanto ao primeiro pressuposto de aplicação, elemento meio, relevam para a sua análise os meios jurídicos utilizados e a forma essencial ou principalmente

¹³GUSTAVO LOPES COURINHA, A CGAA no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão, 2.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 163 e ss.

artificiosa ou fraudulenta com que o são, tendo como fim a minimização dos impostos.

O Tribunal considerou que a existência de empréstimos entre empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial através de uma participada, de forma pré planeada é um negócio jurídico artificioso.

Para comprovar o carácter artificioso das operações levadas a cabo, releva ainda a circunstância de os gerentes da participada pertencerem ao grupo empresarial, o que lhes possibilitava tomar as deliberações adequadas e oportunas em relação aos empréstimos a conceder, sempre com a finalidade de minimizar os impostos a pagar.

No processo n.º 05104/11, o Tribunal, do mesmo modo, considerou preenchido este elemento, uma vez que a opção escolhida pelo contribuinte, recebimento de lucros em vez de juros, teve como objeto a obtenção de uma vantagem fiscal. Na verdade, ao distorcer a operação, através da utilização artificiosa de uma empresa na referida operação e através do conseqüente tratamento indevido dos proveitos inerentes à operação como lucros distribuídos, a Recorrente conseguiu anular a carga tributária a que a operação em causa, em condições normais, estaria sujeita¹⁴.

No que concerne ao segundo requisito, elemento resultado, o Tribunal¹⁵ concluiu que o resultado elisivo em termos fiscais se verificou no caso em apreço, para tanto sendo utilizada a situação tributária de uma empresa, que beneficiava de isenção de IRC.

No âmbito do desenvolvimento das suas atividades na ZFM, cfr. Decreto Regulamentar n.º 53/82, de 23 de agosto., para efetuar empréstimos de capitais a entidades terceiras e beneficiando da correspondente receção de acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis, em vez de juros passíveis de tributação em sede de lucro tributável.

Verifica assim o órgão jurisdicional a existência de vantagens fiscais resultantes da estrutura elisiva do negócio jurídico praticado, com a inexistência de carga fiscal decorrente da operação de financiamento.

¹⁴Acórdão do TCA-S, processo n.º 05104/11, de 14/02/2012, pp. 23.. ,

¹⁵ Processo n.º 04255/10, de 15/02/2011 e n.º 05104/11, de 14/02/2012

Quanto ao elemento intelectual, também conclui que, no caso em apreço, este elemento estava integralmente preenchido, uma vez que a Requerente, de modo deliberado utilizou uma participada para conceder empréstimos a outras empresas, de forma a aproveitar o estatuto de isenção em sede de IRC, para eliminar a tributação fiscal, convertendo os juros pagos em resultado de empréstimos em dividendos. Acórdão TCA-S, processo n.º 04255/10, de 15/02/2011, pp. 22. Foram assim, as escolhas e formas adotadas pela Requerente fiscalmente dirigidas ao resultado fiscal, o qual prevaleceu sobre o não fiscal.

Por fim, quanto ao elemento normativo, o mesmo tem que ver com a reprovação de um certo resultado obtido ou pretendido, quando confrontado com a intenção ou espírito da lei.

Para o Tribunal tal reprovação existe, pois com estas operações, o sujeito passivo procura evitar que sejam tributadas situações que a lei fiscal visa tributar, como é o caso dos juros. A Requerente procura, na verdade, beneficiar de uma vantagem fiscal, de dedução de rendimentos obtidos, resultantes de lucros distribuídos, não estando no espírito do legislador a utilização deste mecanismo em situações criadas unicamente com o intuito abusivo, facto conseguido neste caso, através da transformação de juros em lucros distribuídos.

Afigura-se assim, o comportamento da Recorrente anti-jurídico, devido ao espírito da norma isenta de imposto, Decreto Regulamentar N.º 53/82, de 23 de Agosto, medida em que a única atividade económica que a empresa participada desenvolve na ZFM consiste na aplicação de prestações suplementares que recebe e transfere seguidamente para entidades terceiras, não possuindo para as desenvolver quaisquer meios físicos para a prossecução do seu escopo.

O TCA-S recorre ao entendimento das instâncias jurisdicionais da UE, que decidiram que quando a minimização da tributação diga apenas respeito aos expedientes puramente artificiais destinados a contornar o imposto nacional normalmente devido não deverá aceitar-se a posição do sujeito passivo, a não ser que seja demonstrado que a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado Membro de acolhimento e aí exerce atividades económicas efetivas.

Acontece que, no presente caso, as sociedades sediadas na ZFM, conforme resulta da análise da matéria de facto provada, não desenvolvem qualquer atividade económica efetiva no referido território nacional.

Face ao exposto, no processo n.º 05104/11, o Tribunal, seguindo o entendimento da AT, concluiu pela não existência de qualquer racionalidade económica na constituição e intervenção da empresa participada, em toda a operação desenvolvida pelo grupo empresarial. Na verdade, o percurso escolhido pelo sujeito passivo para obter o resultado pretendido, não tinha qualquer razão económica válida, mas unicamente a procura de um resultado fiscal, para a obtenção das desejadas vantagens fiscais

V.II Regime fiscal das Sociedades Gestoras de Participação Social

As SGPS consubstanciam-se numa forma societária, sob o tipo de sociedade anónima ou de sociedade por quotas, que têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício da atividade económica (n.º 1 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro). O n.º 2 do art. 32.º do EBF na redação dada pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro. *Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro. Acórdão do TCA-S, Processo n.º 05104/11, de 14/02/2012, pp. 33.*, até ser revogado pelo art. 210.º da Lei n.º 83C/2013, de 31 de dezembro, previa que as mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS, de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades. No processo n.º 05104/11, a Requerente vem alegar que assumiu a forma societária de SGPS em resposta a uma proposta do nosso legislador de encorajamento dos empresários portugueses a deterem as participações nas suas sociedades operacionais através de sociedades deste tipo.

Para a adoção dessa forma societária atendeu ao regime fiscal mais favorável que às mesmas estava associado, que contemplava condições especiais para excluir da base tributável das SGPS os lucros que lhe fossem distribuídos pelas

suas participadas, bem como regras favoráveis para a tributação de mais-valias realizadas com a alienação de participações sociais.

A Requerente afirmou que, ao optar por esse tipo societário, norteou-se por princípios económicos substantivos e racionais, dando cumprimento ao programa de incentivos fiscais criado pelo nosso legislador, pelo que não levou a cabo um esquema artificioso, fraudulento ou abusivo.

O Tribunal, no processo n.º 05104/11, entendeu que, não obstante ter o regime das SGPS sido criado com o objetivo último de incentivar a criação de grupos económicos, a atividade que a Requerente imprimia à sua participada, que se cingia à realização de prestações suplementares de capital em outras sociedades do mesmo grupo, não tinha qualquer substância económica, o que conduzia ao desconfigurar de uma atividade típica e própria de uma sociedade comercial, nos termos do art. 980.º e ss do CSC, a qual consiste no exercício de uma atividade económica, que não seja de mera fruição, no gerar lucros para posteriormente distribuir aos seus sócios. Na realidade, a participada da Requerente apenas funcionava como recetáculo ao recebimento dos juros (aproveitando o regime fiscal favorável da ZFM – o que lhe é lícito e não se encontra aqui em causa), distribuindo-os de seguida, como dividendos, à Requerente, que os deduzia na sua base tributável.

Da matéria factual provada, resultou que os proveitos gerados na esfera da Requerente não tiveram como objetivo incrementar a estrutura económica financeira da empresa, visto terem os mesmos sido transferidos na sua totalidade para os sócios.

No Processo n.º 0144/14, do STA, a Requerente, mais uma vez, referiu ser a regra concernente às mais-valias obtidas por uma SGPS a da não tributação, o que significa que o legislador considerou que essas mais-valias não representam capacidade contributiva adequada quando obtidas por SGPS. Como tal, não há na operação em apreço qualquer subversão ao sistema jurídico, mas apenas e somente um aproveitamento da opção de não tributação, criada pelo legislador, para este tipo de sociedades.

No entendimento do STA, quando o Estado decide não tributar SGPS, definindo as situações em que o faz, não faz qualquer sentido trazer para a análise dos preceitos respetivos as normas relativas à fraude e evasão fiscal, dado que estas

impõem que o imposto seja devido e o contribuinte não o queira pagar, enquanto que na situação em análise a norma consagra que o imposto não é devido, o que é o inverso.

Desta forma, não é o regime das SGPS subsumível ao procedimento de aplicação CGAA, na medida em que é o próprio legislador fiscal que consagra, através de uma norma habilitante a não tributação.

Porém, situação diferente verifica-se no caso de terem sido praticados atos ou negócios jurídicos, sem qualquer substância económica, dirigidos, por meios artificiosos e com abuso das formas jurídicas, à obtenção das vantagens fiscais do regime das SGPS, o que se entendeu acontecer relativamente ao caso supra referenciado.

Capítulo VI Fusão Inversa

VI.I A fusão inversa é uma operação através da qual uma sociedade é incorporada e dissolvida numa sua subsidiária que detém a 100%, ou seja, a sociedade participante é incorporada na sociedade participada.

Este tipo de operações, tal como as operações de concentração de actividades podem ter vários motivos. Estas operações podem ter sinergias de direcção, de administração, empresariais ou estratégicas, ou seja, uma melhor eficiência que resulte da combinação de entidades.

Podem ainda ter como objectivo um aumento de poder de mercado e crescimento devido a um aumento de preços ou a aumento de quantidades vendidas.

O crescimento pode dar-se por extensão de linha dos produtos vendidos e por expansão geográfica.

As operações de concentrações empresariais permitem resolver alguns problemas de agência.

Outra motivação pode ser a assimetria de informação que existe quando um potencial comprador ou os gestores possuem informação sobre o verdadeiro valor da empresa, logo, estas operações podem ser realizadas, muitas vezes, a valores inferiores aos valores reais.

A redistribuição ou reaplicação estratégica de recursos ou de meios é outro motivo destas operações. Este motivo pode dever-se ao facto de algumas empresas atingirem um estado crítico no seu ciclo de vida e decidem realizar uma estratégia de reestruturação dos seus activos .

Este tipo de fusão não vem previsto no CSC, tanto em termos de afluência de uma definição como de regulação de qualquer aspecto em particular.

Ao analisar a noção de fusão prevista no número 1 do artigo 97º do CSC, não existe uma definição específica de fusão inversa. No entanto, o mesmo número prevê que uma fusão é a reunião de duas ou mais sociedades, mesmo que estas sejam de tipo diverso.

Dessa forma, e considerando as definições de fusão inversa já referidas, constata-se que numa fusão desse tipo, existe transferência de património da sociedade fundida para a sociedade beneficiária, já existente. Isto é, existe a reunião do património das duas sociedades numa só sociedade, apenas com uma particularidade, a de a sociedade fundida deter a totalidade das partes representativas de capital social da sociedade beneficiária. Mesmo com esta particularidade, estas operações não deixam de ser uma reunião numa só, de duas sociedades.

Tendo em conta isso, pode-se considerar que uma fusão inversa se insere no conceito de fusão previsto no número 1 do artigo 97º do CSC.

VI.II A mens legis fiscal

Os componentes do património que são transferidos da sociedade fundida para a sociedade incorporante, o único bem a transferir são as participações que a sociedade incorporada tinha na sociedade incorporante, que devido à fusão são registadas, na sociedade incorporante, como acções próprias.

O mesmo artigo põe em causa a continuidade, que consta no número 3 do artigo 74º do CIRC, uma vez que este é um dos princípios básicos para a aplicação do regime de neutralidade fiscal, devido ao facto de existir entrega das participações da filial aos sócios da mesma. Além disso, ainda é defendido que, do ponto de vista económico não existe distinção entre incorporar a sociedade “mãe” na sociedade “filha” e a sua liquidação, com a partilha do seu património com os accionistas,

apenas se evita tributação com a aplicação do regime de neutralidade fiscal na primeira situação.

Tendo em conta a informação vinculativa da A.T., Processo n.º 2012001151, pela razão acima descrita, os efeitos de uma fusão inversa afastavam-se dos efeitos pretendidos a atingir com o estatuto do regime de neutralidade fiscal.

De acordo com a respectiva informação, numa fusão inversa não existe distinção entre incorporar o património da sociedade fundida na sociedade que esta detinha a 100% ou proceder à sua liquidação.

A diferença possível é quando, na primeira situação, não existe tributação, no caso de lhe ser aplicado o regime de neutralidade fiscal. É por esse motivo que os efeitos da fusão inversa se afastam dos efeitos pretendidos com o regime de neutralidade fiscal.

A informação vinculativa prevê que numa fusão inversa não existem bens no activo corrente da empresa que sejam suscetíveis de gerar um diferimento de tributação.

Numa fusão do tipo neutral, como não se verificam efeitos de uma transmissão, permite um diferimento da tributação a não se encontram as consequências de uma transmissão, o que permite ao regime de neutral um diferimento da tributação.

Eram esses os motivos pelos quais não existiam motivações económicas para o suporte da operação e por essa razão, a mesma, não deveria de beneficiar do regime de neutralidade fiscal.

Contudo, no que diz respeito a este assunto, existe a transmissão dos patrimónios da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, logo, este motivo contra o benefício, pela fusão inversa, do regime de neutralidade fiscal, não seria o mais correcto.

A informação vinculativa da Direcção Geral dos Impostos, processo número 3127/2003, para que uma operação de fusão beneficie do regime de neutralidade fiscal é necessário que a operação de fusão seja observada no CIRC e cumpra os requisitos que aí se possam observar.

No entanto, se uma operação não for prevista no respectivo código, essa já não pode usufruir do regime de neutralidade fiscal.

Nas fusões inversas, não existiam previsões ou regulações específicas, logo, este tipo de operações era afastado da aplicação do regime especial de neutralidade fiscal.

No entanto, com a Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro, a operação de fusão inversa passou a fazer parte das operações previstas no CIRC, passando a usufruir do regime de neutralidade fiscal.

Com essa reforma, a fusão inversa passa, então, a ser prevista na alínea e) do número 1 do artigo 73º do CIRC, onde se considera fusão a transferência total do património da sociedade fundida para a sociedade beneficiária, quando a totalidade das partes representativas do capital social da beneficiária, sejam detidas pela sociedade fundida.

Anteriormente à Reforma do CIRC, muitos eram os autores¹⁶, e até mesmo a Autoridade Tributária, que não consideravam que este tipo de operação se enquadraria em alguma das operações previstas no número 1 do artigo 73º do CIRC. E por esse motivo não deveriam usufruir do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 74º do CIRC.

No entanto, existiam outros autores¹⁷, que defendiam que estas operações de fusões se enquadrariam na operação de fusão prevista na alínea a) do número 1 do artigo 73º do CIRC, uma vez que existia a transferência total do património de uma sociedade para outra sociedade já existente. E dessa forma, usufruía do regime especial de neutralidade fiscal.

Com a Reforma do CIRC, as reestruturações empresariais ficaram mais protegidas evitando conflitos que pudessem ser desnecessários, resolvendo o problema da aplicação do regime de neutralidade fiscal.

Como já foi referido, uma vez a fusão invertida prevista no CIRC, esta pode usufruir do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 74º do CIRC, se cumprir os pressupostos necessários.

A fusão inversa terá o mesmo tratamento fiscal de uma fusão em termos gerais. Isto é, em IRC irá usufruir do regime de neutralidade fiscal e não sofrerá tributação de mais-valias; bem como em sede de IRS.

¹⁶ Carvalho 2010

¹⁷ Sanches 2008 e Lousa 2014

No que respeita ao IVA, ao IMT e ao IS, nenhuma especificidade há a apresentar em face das fusões ditas normais.

VI.III. Aumento de Capital

Este tema era controverso no passado, hoje a lei é clara e nas fusões inversas não há qualquer aumento de capital.

Além disso, com a reforma do IRC no que diz respeito às fusões inversas, previstas na alínea e) do número 1 do artigo 73º do CIRC, esta não exige necessidade de atribuição de partes representativas de capital social aos sócios da sociedade fundida, logo não existe necessidade de aumento de capital, logo ficou resolvida.

Uma vez que este tipo de fusão está previsto no CIRC, outro aspecto importante a ter em conta, é a necessidade de aumento de capital social por parte da sociedade incorporante. Como já foi mencionado anteriormente, para que exista a aplicação do regime de neutralidade fiscal é necessário a existência de um aumento de capital social e da entrega de novas partes de capital aos sócios da sociedade incorporada.

No comentário ao artigo 112º do CSC¹⁸, este defende que seria indiferente os accionistas receberem mais acções da sociedade incorporante, uma vez que as acções que nela possuem representam a soma dos patrimónios das sociedades uma vez que, esses patrimónios pertencem às mesmas pessoas.

No entanto a Autoridade Tributária, como já foi referido, defende que o aumento de capital é um requisito fundamental para que o regime de neutralidade fiscal seja aplicado.

O aumento de capital social por parte da sociedade incorporante pode ser desnecessário e por vezes até um obstáculo ao desenvolvimento da sua actividade e objecto social. O que em termos económicos, como o capital social tem um nível de rigidez superior ao de outros componentes do capital próprio, se for excessivo existe a possibilidade de reduzir a rentabilidade dos capitais próprios para níveis que não sejam os óptimos, logo, irão dificultar operações de reorganização económico-financeira¹⁹.

¹⁸ Ventura 1999

¹⁹ Carvalho 2010

Em termos de sociedade, o autor defende que, um aumento de capital social da sociedade incorporante pode ser ineficiente no caso de esta se encontrar num caso de perda de metade do capital, comparando com outras possíveis opções de aumento dos capitais próprios.

No que diz respeito à protecção dos direitos dos sócios e terceiros, refere que, estes estarão assegurados, quando não existir qualquer mudança no valor real das suas participações ou qualquer variação nos seus direitos de votos, devido a uma operação de fusão. No caso da fusão invertida, o mesmo autor defende que a posição do sócio com o aumento de capital, não se iria alterar pois manter-se-ia o valor de mercado e os direitos de voto existentes.

Os direitos e interesses de todos os participantes na fusão forem assegurados, a legislação societária não deveria impor tantos obstáculos às escolhas e opções dos agentes económicos, logo, permitir uma maior autonomia e capacidade de decisão aos sócios, tal como, o regime de neutralidade fiscal deveria abranger todas as operações que se possam qualificar e enquadrar como fusões

VI.IV. Cláusula Anti-Abuso

As operações de fusão são áreas onde existem muitas tentativas de obter economias fiscais através de actos abusivos.

Este tipo de operações tem um risco fiscal mais elevado, requerem um cuidado especial para, avaliar as motivações que levam a este processo, tendo como objectivo a aplicação ou não da cláusula anti-abuso que se encontra descrita no número 10 do artigo 73º do CIRC.,” *o regime especial não se aplica, total ou parcialmente, se as operações abrangidas pelo mesmo, tiverem como objectivo a evasão fiscal, podendo isso ser verificado, caso as sociedade que intervenham no processo de fusão, não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em sede de IRC, ou então, quando não existem razões económicas válidas que justifiquem as operações realizadas, sendo que nesses casos existe as liquidações adicionais de imposto”.*

Daqui se permite, que os benefícios do regime de neutralidade fiscal possam ser retirados aos intervenientes da operação, no caso do principal objectivo ser a “fuga” fiscal e também conjugar com o objecto do nosso estudo, a cláusula geral

anti-abuso do Art.º 38º da L.G.T., a qual sanciona a tributação de acordo com as normas que são aplicáveis e não se produzem as vantagens referidas.

No âmbito da operação de fusão pode ainda existir a transmissão de prejuízos fiscais, prevista no artigo 75º do CIRC, que pode ser tida como uma vantagem fiscal, dessa forma, a operação de fusão invertida pode proporcionar uma maior capacidade da dedução dos prejuízos, sendo que, estes necessitam de uma apreciação dos requisitos necessários às vantagens económicas válidas, sobretudo para que a respectiva operação se insira numa estratégia de redimensionamento e de desenvolvimento empresarial num médio e longo prazo, que tenham resultados positivos na estrutura positiva.

No passado, a forma mais comum de abuso consistia numa tentativa de uma empresa que tivesse obtido lucros, os compensa-se através de uma fusão com uma sociedade que tivesse acumulado prejuízos, e dessa maneira diminuir ou até mesmo eliminar o imposto a pagar.

No entanto, isso só era possível se o Ministro das Finanças o autorizasse, entretanto hoje em dia já não é preciso autorização. Esta autorização funcionava como uma norma anti-abuso que poderia ser defraudada através de uma espécie de fusão inversa.

A sociedade que tinha prejuízos absorvia a sociedade com lucros que tinha comprado a baixo preço a primeira sociedade, para depois essa absorver a sociedade que apresentava os elevados lucros.

Esta situação levou a que a Administração Tributária considera-se a fusão inversa como uma operação que tinha como objectivo principal a evasão fiscal.

Entretanto e com a reforma do IRC, não existem razões para a fusão inversa continuar a ser considerada como forma de evasão fiscal.

Um dos objectivos de uma fusão pode ser de natureza fiscal, ou seja, pode ser considerado uma razão económica válida, no entanto, este objectivo não deve ser predominante.

Para que seja possível a aplicação da norma anti-abuso é necessário uma análise global da situação, tendo em conta todos os elementos e circunstâncias relevantes para a realização da operação de forma a concluir se os benefícios fiscais são

superiores aos benefícios económicos, financeiros, organizações ou outros benefícios que levem a optar por uma fusão inversa.

Nas operações de fusão podem existir comportamentos abusivos que retiraram a aplicação do regime de neutralidade fiscal se estes forem comprovados, mas não existem razões que levam a que exista tendência para o abuso nas operações de fusões inversas.

Por isso, com base nos aspectos atrás mencionados, as fusões do tipo invertido devem beneficiar do regime de neutralidade fiscal, se não apresentarem comportamentos abusivos que levem à aplicação do número 10 do artigo 73º do CIRC.

VI.V Análise de Jurisprudência

A jurisprudência uniformizada do STA, e a proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem carácter vinculativo em matéria de Direito da UE e também para todas as jurisdições nacionais dos diferentes Estados-Membros.

Neste capítulo analisaremos dois acórdãos de reenvio de questões prejudiciais ao TJUE, escolhidos de forma parcial, referentes ao nosso estudo. Os Acórdão A.Leur-Bloem, Processo C-28/95 e o Acórdão Foggia, Processo C126/10. Estes são para nós os acórdãos de maior relevância dentro deste tema e por isso consideramos que as suas análises serão fundamentais para a compreensão da posição da UE face a este regime.

VI.VI. Acórdão do TJUE, Processo C-28/95 – A.Leur-Bloem

O acórdão A.Leur-Bloem do TJUE, Processo C-28/95, visou uniformizar a interpretação a dar às alíneas d) e a) dos artigos 2.º e nº 1 do 11.º, respetivamente, da Diretiva 2009/133/CE. Este acórdão foi submetido ao TJUE pelo Tribunal de Amesterdão, no seguimento de um litígio entre A.Leur-Bloem e o Inspetor das Contribuições das Empresas de Amsterdão (doravante, Inspetor).

Da matéria factual deste acórdão que A.Leur-Bloem, acionista única de duas sociedades privadas neerlandesas, pretendia adquirir as ações de uma terceira sociedade privada (holding), efetuando o pagamento através da permuta com as ações das duas primeiras sociedades que diretamente detém. Assim, depois desta operação, A.Leur-Bloem tornar-se-ia, não diretamente, mas indiretamente, a única acionista das duas primeiras sociedades (ponto 3 do acórdão).

Neste contexto, A.Leur-Bloem solicitou à Administração Fiscal neerlandesa que considerasse a operação supra descrita como uma “fusão por permuta de ações”, para dessa forma beneficiar da isenção do imposto sobre a mais-valia realizada na cessão das ações e da possibilidade de compensar as eventuais perdas no interior da entidade fiscal criada, pedido esse que foi indeferido.

No seguimento, A.Leur-Bloem interpôs recurso dessa decisão ao Tribunal de Amsterdão, e este decidiu que, para resolver o litígio, deveria reenviar a questão ao TJUE por forma a este interpretar as disposições da Diretiva.

O Tribunal de Amsterdão colocou então 6 questões prejudiciais. A primeira questão pretendeu apurar se o TJUE é competente (nos termos no artigo 177.º do Tratado da União Europeia) para interpretar o Direito da UE quando este não rege diretamente a situação em causa, mas o legislador nacional pretenda tratar essa situação do mesmo modo que trataria uma situação que diga respeito à Diretiva, por força da transposição da mesma para o seu ordenamento jurídico.

As quatro questões seguintes referiam-se à interpretação a dar ao conceito de “permuta de ações” constante no artigo 2.º, alínea d) da Diretiva. A última pergunta referia-se à existência ou não de razões económicas válidas nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva, para efeitos da aplicabilidade do regime de neutralidade fiscal a este caso em concreto.

Relativamente à primeira questão, o TJUE proferiu no ponto 32 do acórdão, *“concluindo, que quando a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou, como no caso em apreço no processo principal, de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram*

buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quais quer sejam as condições em que se devem aplicar”²⁰.

Quanto à interpretação a dar ao conceito de “permuta de ações” constante da alínea d) do artigo 2.º da Diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio referiu no ponto 36 do acórdão que resulta do artigo 2.º, alínea d), bem como da economia geral da directiva, que o regime fiscal comum que institui, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, cisão, entrada de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais.

Em resposta à 5ª questão, acerca da existência de razões económicas válidas para efeitos da aplicação deste regime, o órgão jurisdicional de reenvio referiu na alínea b) do ponto 48 do acórdão que o artigo 11.º da Diretiva deve ser interpretado no sentido de que para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação.

O acórdão refere também que os Estados-Membros podem prever que o facto das operações em causa não terem sido realizadas por razões económicas válidas constitui presunção de fraude ou de evasão fiscais. Nesse caso, é competência destes determinar os procedimentos internos necessários à aplicação dessa disposição, respeitando no entanto o princípio da proporcionalidade (alínea b) do ponto 48 do acórdão).

Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio acautela que a instituição de um preceito de carácter geral que exclua automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, quer haja ou não efetivamente evasão ou fraude fiscais, excederia aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou evasão fiscais e prejudicaria o objetivo prosseguido pela Diretiva (alínea b) do ponto 48 do acórdão).

Por fim, é também referido neste acórdão que a interpretação a dar ao conceito de “razões económicas válidas”, na aceção do artigo 11.º da Diretiva, deve ir além da simples procura de um benefício fiscal (alínea c) do ponto 48 do acórdão)

²⁰ sic

VI.VII Acórdão do TJUE, Processo C-126/10 – Foggia

O Acórdão do TJUE, Processo C-126/10 – Foggia, resulta de um pedido de decisão uniformizador relativo à interpretação a dar ao artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2009/133/CE, à semelhança do acórdão anterior.

A decisão por parte do STA Português de suspender a instância e submeter ao TJUE as questões prejudiciais, surgiu na sequência de um litígio que opôs a Foggia, SGPS ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (doravante “Secretário de Estado”), por este não a autorizar a efetuar uma transmissão de prejuízos fiscais apurados, mas ainda não deduzidos da Riguadiana SGPS, S.A. (a seguir, “Riguadiana”), na sequência da incorporação desta e de outras três sociedades gestoras de participações sociais, pertencentes ao mesmo grupo.

O Secretário de Estado fundamentou o deferimento do pedido alegando que a dita operação não teve interesse económico para a Foggia, na medida em que a Riguadiana, relativamente aos exercícios considerados nos prejuízos fiscais (de 1997 a 2002), havia deixado de ter uma carteira de participações, não tinha praticamente obtido rendimentos da sua atividade económica e apenas tinha investido em títulos. Mais refere que esta entidade apresentou na sua declaração fiscal de 2002, uma menos-valia fiscal de cerca de 2 milhões de Euros, não tendo sido a mesma devidamente justificada. Por fim, o Secretário de Estado alega que esta operação não teve qualquer interesse económico para a Foggia, embora a incorporação da Riguadiana pudesse conduzir a uma redução dos custos de administração e de gestão.

Ambas as questões prejudiciais enviadas ao TJUE pelo STA referem-se à interpretação a ser dada aos conceitos de “razões económicas válidas” e “reestruturação ou racionalização das atividades” de sociedades participantes em operações de fusão, nos termos no disposto no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva.

Para responder a estas questões, o TJUE referiu praticamente todas as fundamentações dadas às questões referidas no acórdão A.Leur-Bloem. Assim, conforme mencionado na análise do anterior acórdão, o TJUE fundamenta, no ponto 31 do mesmo, que os benefícios previstos na Diretiva devem ser aplicados indistintamente a todas as operações de fusão, independentemente dos seus

fundamentos (quer sejam económicos, financeiros ou puramente fiscais). Refere também que, de acordo com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva, os Estados-Membros podem, excecionalmente, recusar aplicar, no todo ou em parte, os benefícios previstos nesta Diretiva e sempre que a operação tenha como principal objetivo a fraude ou evasão fiscais e não tenha sido realizada por razões económicas válidas (ponto 33 do acórdão).

No ponto 36 deste acórdão que, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva, quando a operação de fusão visa unicamente obter um benefício fiscal e não é efectuada por razões económicas válidas, tal constatação pode constituir uma presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais.

No ponto 37 que “para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais competentes não se podem limitar a aplicar critérios gerais predeterminados, mais deve proceder, caso a caso, a uma análise global da operação”.

Assim, após todas estas alegações e considerações, o TJUE refere no ponto 38 do acórdão, concluindo que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, considerando todas as circunstâncias que qualificam o litígio que lhe foi submetido, os elementos integrantes da presunção de fraude ou de evasão fiscais, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva estão reunidos.

Para o efeito, o acórdão refere alguns critérios que podem ser utilizados nesta análise, podendo ser aplicados a este caso em concreto, mas também em todos os outros (pontos 40 a 49 do acórdão):

- Uma fusão realizada através da incorporação de uma sociedade que não exerce nenhuma atividade e que não entra com ativos próprios pode, não obstante, ser considerada como efetuada por razões económicas válidas;
- A existência de prejuízos fiscais na sociedade incorporante não pode ser motivo da exclusão da hipótese da fusão ter sido efetuada por razões económicas válidas. Não obstante, o facto de esses prejuízos serem muito elevados e de não se entender a razão para tal, pode constituir um indício de fraude ou evasão fiscais;
- Os conceitos de “reestruturação e racionalização” devem ser entendidos como “indo além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal, e

qualquer operação de reestruturação e de racionalização que apenas vise alcançar esse objectivo não pode constituir uma razão económica válida”;

A economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que sucede, tanto para a operação de reestruturação/racionalização empresarial, como qualquer outra, não pode ser suficiente para a alegação da existência de razões económicas válidas, pois, nesse caso, a regra enunciada no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva, “ficaria desprovida da sua razão de ser”.

VI.VIII Conclusões

Da análise destes acórdãos é possível concluir que o entendimento do TJUE é que o regime especial que a Diretiva 2009/133/CE institui é aplicável a todas as operações de reestruturação empresariais, não relevando para o efeito as motivações que relevaram para a decisão de reestruturação.

Assim, embora a Diretiva permita aos Estados-Membros excluir do regime de neutralidade fiscal as operações que tenham como principal objetivo fraude ou evasão fiscais (por aplicação do artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva), estes terão de, para tal, fazer uma análise e apreciação global da operação, caso a caso, tendo em consideração todas as circunstâncias e todos os elementos constantes da operação e também os critérios referidos em jurisprudência assente do TJUE.

Desta forma, não é permitida a exclusão automática de certas categorias de operações ao regime de neutralidade fiscal.

A análise da interpretação dada pelo TJUE ao regime de neutralidade fiscal torna-se também fundamental pois, segundo o proferido pelo TJUE no acórdão A.Leur-Bloem, a partir do momento em que os Estados-Membros acolhem as “leis” provenientes do Direito da UE, são obrigados a interpretá-lo à luz do texto e da finalidade das Diretivas da UE, para atingir o resultado por elas pretendido.

Relacionando as conclusões da análise destes dois acórdãos com o objeto, Saldanha, Sanches afirma que *“considerar previamente que as operações feitas mediante a chamada fusão inversa não estão abrangidas pela Diretiva – i.e. que não podem gozar de neutralidade – é totalmente contrário à jurisprudência constante*

do TJCE “, na sua interpretação do regime de fusões, e cisões em todo o espaço comunitário

VI.IX Processo n.º 14/2001-T do CAAD

Uma situação idêntica a esta foi já objeto de decisão e pronúncia , como já referido, dando origem ao Acórdão do CAAD, Processo n.º 14/2011-T.

O pedido de pronúncia foi feito pela A (Requerente), decorrente de vários atos de liquidação adicional de IRC e de fixação da matéria coletável referentes a 2007 e às sociedades B e C, feitos pelos SIT em consequência de uma Inspeção Tributária efetuada à sociedade A, sendo esta notificada do Relatório Final.

De todos os atos efetuados pelos SIT, interessa-nos analisar o ato de fixação da matéria tributável e respetivas correções aritméticas em sede de IRC, para o ano de 2007, no montante de 4.241.231,50 €, e relativos à C.

A Requerente impugnou este ato à ilegalidade da interpretação do n.º 1 do artigo 73º (anterior 67º) do CIRC do regime da neutralidade fiscal.

VI.X A notificação

A notificação recebida pela sociedade A continha, entre outros, como já referimos, correções meramente aritméticas para ano de 2007 no montante de 4.241.231,50 €, relativo à C. A fundamentação para estas correções feitas pelos SIT tiveram como base o facto de estes considerarem que a fusão por incorporação da C e da B na A, consubstanciou uma fusão inversa, na medida em que as sociedades mães foram incorporadas na sociedade filha (A incorporou C, que detinha 90% do seu capital social e incorporou B que detinha 78,95% da C). Assim, os SIT consideraram que estas fusões não se encontram previstas na definição de fusão contida no n.º 1 do artigo 73º do CIRC, e que portanto não lhes é aplicável o regime de neutralidade fiscal.

Os SIT, neste seguimento, referiram que se deverá considerar que as ações da A, pertencentes a C, foram transmitidas para a A pelo seu valor de mercado, à data

da operação. Neste caso, esse valor deverá ser o último preço praticado, o que significa que deverá corresponder ao valor de compra da totalidade das ações da C pela B (visto que 90% dos ativos da C são representados pelas ações de A).

Assim, como a compra de 78,95% das ações da C pela B foi feita através do pagamento de 15.947.000 € (10.815.508,33 € + 5.132.391,67 €), os SIT deduziram que 100% da C serão aproximadamente 20.200.000 €.

Ora, se o único ativo da C são 90% das ações da A, os SIT concluíram que o valor de mercado de 90% das ações de A eram, àquela data, 20.200.000 €. Desta forma, o custo de aquisição de 90% das ações da A é o valor pago pela C à A, a 28 de dezembro de 2005, ou seja, 15.493.950 €.

A notificação recebida pela A referia então que esta mais-valia deveria ser acrescida ao seu lucro tributável, na medida em que a mesma não beneficia das vantagens fiscais contidas no atual artigo 32.º do EBF, pois a “alienante” (entidade C) detém as ações de A por um período inferior a 3 anos e estas foram adquiridas a uma sociedade com as quais tinha relações especiais (C adquiriu as ações de A aos próprios acionistas e administradores).

VI.XI Fundamentos dos Serviços de Inspeção Tributária

Os SIT, nos seus fundamentos para o acto acima mencionado, descrevem novamente os factos relativos a todo o processo de reestruturação do Grupo, pretendendo com isto demonstrar que o mesmo não teve subjacente um efetivo interesse económico, mas apenas como único objetivo, significativas poupanças fiscais. Assim, de acordo com os SIT, os factos ocorridos foram os seguintes:

- D constituiu a sociedade B com o único propósito desta contrair um empréstimo e transferir, após a fusão, os encargos financeiros desta para a A. Esta operação foi planeada pois, se fosse a D a contrair o empréstimo, os consequentes encargos financeiros não seriam fiscalmente aceites;
- O financiamento obtido pela B teve como único objetivo o pagamento das ações da C e, consequentemente, das ações da A, aos acionistas originários.

Desta forma as operações, como este procedimento não foi aplicado, não pode o Tribunal averiguar a existência de razões económicas válidas para a operação em causa.

Assim, os SIT mencionam que, não tendo ocorrido este procedimento, esta cláusula não pode ser objeto do processo, pois não integra o procedimento de liquidação, sendo assim inócua tal constatação.

VI.XII A fusão inversa e os conceitos do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC

Não sendo aplicável a cláusula específica anti abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC a este caso, os SIT fundamentaram as correções efetuadas referindo que, para efeitos da aplicação do regime previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, a fusão deverá estar contemplada taxativamente no n.º 1 do artigo 73.º do CIRC e verificar os requisitos aí previstos.

Como sabemos, a fusão inversa ocorre quando uma sociedade controlada a 100% incorpora a sua sociedade-mãe, adquirindo, conseqüentemente, como ações próprias, aquelas que eram detidas pela incorporada, entregando-as ao mesmo tempo aos sócios da sociedade-mãe, que com a fusão se dissolve. Assim, de acordo com os SIT, este tipo de fusão não é passível de se enquadrar em nenhuma das alíneas do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC e, portanto, do regime de neutralidade fiscal. Segundo os SIT, o facto de o legislador ter regulado especificamente na alínea c) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC o caso da fusão direta, em que a sociedade-mãe incorpora a sociedade controlada, detida a 100%, e em que para tal se limita a anular a participação detida, é um pressuposto para se considerar que para as fusões inversas poderem ser contempladas neste regime, deveriam também estas de estar especificamente reguladas.

Neste contexto, de acordo com o Parecer n.º 27/2005 do CEF, o legislador autonomizou a hipótese de fusão contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, por se tratar de uma operação em que não existe a necessidade de uma relação de troca de participações, já que as “ações próprias” adquiridas serão as mesmas a ser transferidas para os sócios da sociedade incorporada.

Por fim, os SIT mencionam que o regime de neutralidade fiscal aproxima-se de um verdadeiro regime de benefícios fiscais, pois estabelece uma exceção mais vantajosa para o contribuinte.

Concluindo, os SIT referem que a operação em causa, por se tratar de uma fusão inversa, não poderá beneficiar do regime de neutralidade fiscal previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC.

VI.XIII. Análise do Caso e dos Fundamentos dos Serviços de Inspeção Tributária

VI.XIV. A dupla fusão inversa

As fusões em análise, como já referido, consubstanciam fusões inversas, na medida em que as sociedades incorporadas (B e C) são as dominantes, e a sociedade incorporante (A) é a dominada: A incorporou C, que detém 90% do seu capital social e incorporou B que detém 78,95% da C.

Em termos jurídicos, estas fusões estão perfeitamente enquadradas no conceito e modalidades previstas no artigo 97.º do CSC, conforme anteriormente verificado. O n.º 1 do artigo 97.º refere que duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião numa só, o que são claramente os casos em análise.

No elenco de modalidades, podemos enquadrar estas fusões na alínea a) do n.º 4 do mesmo artigo, que nos diz que a fusão pode realizar-se mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para a outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, ações ou quotas desta.

Em termos fiscais, como já referido e defendido anteriormente, consideramos as fusões inversas previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC onde é considerada fusão a operação pela qual se realiza a transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades fundidas) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária) e a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10 % do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas.

Em termos económicos, e começando pela fusão por incorporação de B na A, podemos constatar que ambas as sociedades têm um objeto social idêntico (fabricação de móveis refrigerados, acessórios e sua comercialização). Assim, e como sabemos, sendo as fusões horizontais, fusões entre sociedades que atuam no mesmo tipo de mercado, atividade ou indústria, podemos concluir que esta fusão consubstancia uma fusão horizontal.

A motivação principal para este tipo de fusões é a união de conhecimentos, de posições de mercado, e a possibilidade de redução de custos, alcançando desta forma a obtenção de economias de escala e a extensão da carteira de produtos e de mercados. Assim, a fusão de B na A poderá potenciar sinergias entre as empresas, contribuindo para o alcance de melhores capacidades e competências, melhor posição no mercado e, conseqüentemente, maiores lucros.

A outra fusão inversa em análise (fusão por incorporação de C na A), dado as empresas atuam em mercados diferentes e que não se relacionam (o objeto social da C é a gestão de participações sociais), esta fusão é considerada, economicamente, uma fusão conglomeral.

Esta fusão deve-se, a estratégias de diversificação, tendo como vantagem a utilização de oportunidades, a flexibilidade e versatilidade, a segurança e a gestão do risco.

VI.XV Uma interpretação taxativa ao n.º 1 do artigo 73.º do CIRC e os objetivos do regime de neutralidade fiscal

Relativamente ao argumento dos SIT referente a uma interpretação taxativa e restritiva do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, consideramos que este não se coloca apenas para este artigo, nem para a lei fiscal em particular, mas sim para a lei em geral. Assim, para sabermos se uma disposição contém uma enumeração taxativa, devemos procurar o sentido geral da letra da lei, a finalidade do regime, a intenção do legislador e o enquadramento sistemático das definições, na subsecção que rege o regime onde esteja enquadrado. Adicionalmente, se a disposição resultar de uma transposição de uma Diretiva da UE, ainda que se trate de uma situação puramente interna, deve ser interpretado conforme a Diretiva.

No nosso caso, o objetivo do regime de neutralidade fiscal previsto na Diretiva 2009/133/CE e nos artigos 73.º e seguintes do CIRC é eliminar/reduzir as barreiras fiscais à realização de reestruturações societárias, assegurando o diferimento da tributação de mais-valias para períodos futuros, por forma a não desincentivar estas operações. Caso contrário, a tributação destas mais-valias criaria elevadíssimos custos.

Este regime não considera para a determinação do lucro tributável das sociedades fundidas qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais, nem considera como proveitos ou ganhos as provisões constituídas e aceites para efeitos fiscais que respeitem aos créditos, existências, obrigações e encargos objeto de transferência. Desta forma, a tributação das mais-valias resultantes do processo de fusão, é adiada para o momento em que os ativos sejam alienados a terceiros.

Este regime encontra também justificação, quando observadas as condições do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 73.º do CIRC, não existe um incremento patrimonial resultante da operação de reestruturação.

Desta forma, e tendo presente os objetivos deste regime, uma interpretação taxativa e restritiva dos conceitos enumerados no n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, é ilegal à luz do Direito Europeu.

Importa também referir que, as razões por detrás de uma interpretação taxativa e restritiva dos conceitos previstos no artigo 73.º do CIRC são razões anti abuso, decorrentes de uma grande desconfiança por parte da Administração Fiscal deste tipo de operações.

A este propósito, para evitar o abuso deste regime de neutralidade fiscal, existe já no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC uma cláusula específica anti abuso. Desta forma, não será legítimo restringir à partida o âmbito de aplicação do regime de neutralidade fiscal a uma certa categoria de fusões, devendo antes ser analisado globalmente caso a caso, tendo em consideração todas as circunstâncias e todos os elementos constantes da operação.

No nosso caso em concreto, e tendo em conta que não foi utilizado este procedimento anti abuso, a finalidade deste não poderá ser prosseguida através da interpretação restritiva da alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC.

Por outro lado, a aplicação desta cláusula não pode ser feita através da instituição de um preceito de carácter geral que exclua automaticamente certas categorias de operações do regime de neutralidade fiscal, tal como a fusão inversa, quer haja ou não efetivamente evasão ou fraude fiscais. Segundo jurisprudência uniformizadora, esta exclusão excederia aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou evasão fiscais e prejudicaria o objetivo prosseguido pela Diretiva, sendo portanto contrária ao Direito Europeu.

Assim, conclui-se que as fusões inversas não podem ser excluídas das definições constantes da alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC pelo pressuposto de que por outro lado, conforme já referido, a partir do momento em que a lei nacional adota os conceitos da Diretiva 2009/133/CE para as fusões internas, como é o nosso caso, os conceitos previstos no regime interno passam a ser conceitos de Direito Europeu, tendo por isso de ser interpretados uniformemente para as situações internas e transfronteiriças. Assim, a interpretação do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC tem de ser conforme à interpretação dada pelo TJUE no âmbito da neutralidade fiscal das fusões transfronteiriças.

Neste contexto, é acto claro que as vantagens fiscais previstas na Diretiva 2009/133/CE se aplicam sem distinção a todas as fusões, independentemente das razões subjacentes às operações de reestruturação serem financeiras, económicas ou simplesmente fiscais. Desta forma, defendemos a ilegitimidade da restrição do âmbito do artigo 73.º do CIRC, através de uma interpretação literal taxativa.

Um outro ponto a referir será o argumento histórico, também utilizado pelo STA no acórdão da 2.ª secção, Processo n.º 865/11, de 20 de dezembro de 2011, para contestar a interpretação taxativa do artigo 73.º do CIRC. Segundo este argumento, a interpretação da lei portuguesa e da Diretiva da UE, nas versões originárias, levaram o STA à conclusão de que as operações de fusão beneficiárias do regime especial de neutralidade não devem ser interpretadas taxativamente, pois tanto o direito interno quanto o Direito Europeu legislou este regime com a finalidade de conferir neutralidade fiscal às operações de fusão, eliminando assim entraves à reorganização e fortalecimento do tecido empresarial e de um mercado interno sem distorções de concorrência. Isto porque, se antes da transposição da Diretiva 90/434/CEE (atual Diretiva 2009/133/CE) o CIRC continha um conceito bastante abrangente, considerando, para a aplicação do regime, todos os tipos de fusão, sem

qualquer distinção, o regime previsto na Diretiva também não poderia ter uma interpretação restritiva.

Relativamente à alegação de que este regime constitui um regime de benefícios fiscais e que por isso deve ser interpretado taxativamente, consideramos que os benefícios fiscais previstos no EBF são os definidos no n.º 1 do artigo 2.º deste Código e que são regimes excecionais que prosseguem finalidades públicas extrafiscais superiores aos da tributação que impedem. Estes podem ser isenções, reduções de taxas, reduções à matéria coletável e à coleta, entre outras.

Assim, na medida em que as vantagens fiscais previstas neste regime não prosseguem finalidades públicas extrafiscais e não constituem um regime excecional, este regime não constitui um benefício fiscal e, como tal, não deverá ser interpretado taxativamente. Pelo contrário, e como já referido, este regime tem como objetivo não penalizar a racionalização empresarial e não onerar fiscalmente as mais-valias resultantes dos processos de reestruturação, não contendo assim uma isenção de mais-valias, mas sim um adiamento da tributação das mesmas para o momento em que efetivamente estas forem realizadas. Desta forma, e de acordo com o já mencionado, consideramos que este regime não pretende incitar ou promover as reestruturações empresariais, mas apenas eliminar os obstáculos que, na ausência deste regime, como sabemos, existiriam.

VI.XVI O aumento de capital e a ausência de troca de participações sociais

O argumento de que a fusão inversa não é enquadrável na alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, por esta exigir um aumento de capital e troca de participações sociais, em nossa opinião, não é válido.

Segundo entendemos, este regime de neutralidade fiscal é aplicável a todas as fusões, desde que estas sejam válidas numa perspetiva da lei societária, nomeadamente, desde que protegidos os interesses dos sócios minoritários e credores.

Assim, e partindo do princípio de que as fusões em análise são válidas do ponto de vista da lei comercial, a proteção dos sócios através do aumento do capital só seria exigível caso as reservas livres disponíveis das sociedades contribuidoras não fossem suficientes para a necessária garantia de participação dos acionistas

das sociedades contribuidoras, nomeadamente se ocorressem as situações a que se referem as alíneas do n.º 2 do artigo 103.º do CSC:

- Se aumentassem as obrigações de todos ou alguns dos sócios;
- Se afetassem direitos especiais de que fossem titulares alguns sócios; e
- Se alterassem a proporção das participações sociais em face dos mesmos sócios da mesma sociedade.

Contudo, sendo que na fusão em análise o único sócio da A é a sociedade D, nenhuma destas situações ocorreu relativamente à sua situação anterior. A transmissão dos encargos financeiros de B para A não resultou num problema de sobre-endividamento desta, nem aumentou as obrigações de D, dado que esta também era a única sócia de B.

Assim, não poderia ser suscitada a invalidade da fusão sob este aspeto.

A este propósito, o acórdão do STA 2ª Seção, Processo n.º 865/11, concluiu que a atribuição de participações aos sócios da sociedade beneficiária não constitui um requisito da neutralidade fiscal. Segundo este, o objetivo da lei com esta atribuição é assegurar a proteção dos sócios da sociedade cindida e não assegurar a neutralidade da fusão. É também referido que esta proteção não se justifica nos casos em que a sociedade fundida é detida a 100% pela beneficiária da operação, como é o nosso caso.

Por outro lado, de acordo com o estudo efetuado, as fusões inversas em análise estão claramente enquadradas na modalidade de fusão prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, pois nestas fusões ocorreu, como prevê esta alínea, a transferência global do património das sociedades fundidas (B e C) para a sociedade beneficiária (A) e a atribuição aos sócios das sociedades incorporadas (D) de partes representativas do capital social da A (sociedade incorporante). Desta forma, as ações da sociedade incorporante/dominada, isto é, da sociedade A, serão os únicos ativos a não serem incorporados no processo de fusão.

Relativamente ao argumento da aquisição por parte da sociedade incorporante de ações próprias (sendo estas as detidas pela incorporada) e entrega destas, automaticamente, aos sócios da sociedade-mãe que se dissolve como consequência da operação de fusão, consideramos que este está diretamente relacionado com o argumento da taxatividade, que foi já anteriormente rejeitado.

Segundo os SIT, está ausente na fusão inversa a necessidade de troca de títulos, já que as ações próprias adquiridas são as mesmas que serão transferidas para os sócios das incorporadas, não havendo assim lugar à anulação das participações.

A este propósito, e no caso das fusões em análise, mesmo que se defendesse a não existência da troca das participações que o sócio D detinha na C e na B, pela participação da A (sociedade incorporante), existiria sempre a extinção das antigas participações e a aquisição das novas. Assim, a sociedade D (sócio das sociedades extintas), tornou-se o sócio direto da sociedade incorporante, i.e., a sociedade A. Desta forma, a totalidade das ações da A que eram detidas pela C, foram atribuídas diretamente à sociedade D. Aceita-se por isso que não houve lugar a fixação de outros critérios de avaliação de relações de troca das participações sociais.

Por outro lado, para que ocorresse por parte da A a aquisição de ações próprias, de acordo e no sentido do CSC (ações que faziam parte do balanço de C), seria indispensável que o procedimento de aquisição das mesmas ocorresse. Consideramos que neste caso não existe qualquer aquisição por parte da A, ainda que momentânea, das ações de A detidas pela C.

Neste seguimento, ainda que fosse feita uma interpretação literal e taxativa ao conceito e enumeração prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CIRC (não acompanhado este argumento), a fusão inversa continuaria a caber na letra desse mesmo número.

Por fim, importa referir que, em minha opinião, a especificação criada pelo legislador para os casos em que uma sociedade (sociedade fundida) transfere o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade (sociedade beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social, constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, deve-se ao facto de, neste tipo de fusões, não haver troca de títulos representativos do capital.

Esta individualização denota a intenção de esclarecer que nos casos de fusões em que não existe atribuição de ações aos sócios da sociedade incorporante, por extinção dos títulos da incorporada, é também garantida a neutralidade fiscal. Assim, esta alínea visa o alargamento do regime da neutralidade fiscal, e não a sua restrição.

VI.XVII Decisão do CAAD e Conclusão

Análise efetuada e as conclusões por ela retiradas são também a opinião e posição do CAAD, que após todas as considerações concluiu pela ilegalidade da interpretação do regime efetivada pelos SIT, julgando assim procedente o pedido de declaração da ilegalidade dos atos respeitantes à C, de liquidação adicional de IRC n.º 2011, juros compensatórios e acertos de contas, relativos a 2007.

Fazendo análise global, e após todas as considerações feitas e discussão dos argumentos referidos neste caso, sou da opinião que, visto que esta dupla fusão inversa está indubitavelmente prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, deverá ser-lhe conferida automaticamente as vantagens fiscais previstas no regime especial aplicável às fusões.

Consideramos ainda que, tendo estas fusões ocorrido por razões económicas válidas, e após terem sido verificados todos os restantes pressupostos e requisitos para a aplicação deste regime, o objetivo primordial deste deverá ser prosseguido, não desincentivando assim esta operação de reestruturação empresarial pela tributação das mais-valias que dela decorreriam.

VII A troca automática de informações entre os Estados-Membros, de Iure Condito.

A Comissão Europeia, em Março, divulgou uma proposta de diretiva que visa alterar a troca de informações entre os Estados – Membros. Esta proposta surge devido ao forte crescimento que o planeamento fiscal considerado “agressivo” tem tido nos últimos tempos, incluindo tirar benefícios de determinados aspetos de um sistema fiscal ou até mesmo através de desfasamentos existentes entre dois sistemas de modo a reduzir ou evitar a carga fiscal que dessas operações advêm. Estas práticas provocam consequências preocupantes para a Comissão, como a dupla dedução, ou seja a mesma despesa é deduzida no Estado de origem e no Estado de residência; e a dupla não tributação, que consiste em rendimentos que não são tributados no seu Estado de origem nem no estado de residência do beneficiário.

A dimensão da fraude e evasão fiscal tem sido cada vez maior, devido à forte globalização e mobilidade dos contribuintes que se tem vindo a verificar com maior frequência, o que torna difícil para os Estados- Membros, a determinação da forma mais correta e justa da matéria coletável. Estas matérias afetam o funcionamento dos sistemas fiscais dos Estados e permitem a evasão fiscal, bem como elisão fiscal, comprometendo o funcionamento do mercado interno desses Estados.

O Teor da Proposta, o Conselho da União Europeia teve necessidade de alterar a diretiva 2001/16/EU que visa a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade entre os Estados- Membros. A proposta apresentada teve como objetivo garantir que a diretiva 2001/16/EU estabeleça uma cooperação administrativa mais abrangente e eficaz entre as diversas administrações dos Estados – Membros. Para isso o Conselho pretende que se passe a exigir aos Estados – Membros a troca automática de informações de base em matéria de acordos fiscais prévios transfronteiriços e de acordos prévios de preços de transferência com todos os Estados – Membros.

No fundo a proposta visa a existência de uma partilha de informações que vai ao encontro do princípio de que são os Estados – Membros que estão em melhor posição para avaliar o potencial impacto e a pertinência desses acordos e não o Estados – Membros que estabelecem esse acordo.

A proposta foi elaborada de forma a permitir que a troca automática de informações sobre acordos fiscais prévios se baseie nas regras já existentes na diretiva 2001/16/EU relativas às disposições para a troca de informações, como a utilização de formulários normalizados.

Na elaboração da proposta, um dos pontos preocupantes do Conselho passava por respeitar os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade consagrados no Art.º 5, n.º 3 e 4 do Tratado da União Europeia. Foi realizada em conformidade com estes dois princípios, uma vez que Art.º 115º Tratado de Funcionamento da União Europeia defende que exista uma aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados – Membros e que tenham

incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno, visto que as medidas propostas pelo Conselho da União Europeia serem de extrema importância para o mercado interno dos Estados – Membros, e estas medidas vão encontrar necessidades de aproximação das disposições.

O objetivo de assegurar que todos os Estados – Membros tenham todas as informações suficientes sobre os acordos prévios fiscais e os acordos prévios de preços de transferência não pode ser realizado através de uma ação não coordenada por cada Estado – Membro. Assim a troca de informação sobre este tipo de acordos que possam afetar a matéria coletável exige uma abordagem comum e obrigatória por parte dos mesmos.

Os acordos fiscais são efetuados com base em estruturas transfronteiriças, onde os Estados – Membros dependem uns dos outros para obter essa mesma informação. É por este motivo que os Estados – Membros trabalham em conjunto encontrando-se numa melhor posição do que aqueles que atuam sozinhos para assegurar uma eficácia do sistema de troca de informações relativo aos acordos fiscais prévios.

De modo a tornar o sistema mais eficaz e garantir uma transparência do sistema fiscal e cooperação entre os diversos sistemas e administrações fiscais na luta contra a evasão fiscal, a União Europeia teria de harmonizar a legislação nesta temática de modo a que todos os Estados – Membros tivessem ao seu dispor, os mesmos instrumentos fiscais não existindo diferenças entre eles.

As Considerações do Conselho da União Europeia, após ter analisado os parecer do Parlamento Europeu, do Comité Económico e Social Europeu e do Comité das Regiões concluiu que a crescente elisão fiscal transfronteiriça, na União Europeia, através do planeamento fiscal agressivo e da concorrência fiscal prejudicial, tem vindo a aumentar ao longo dos anos, tornou-se num dos principais motivos de preocupação por parte da União Europeia, pois a erosão da matéria coletável reduz as receitas fiscais nacionais o que impede os Estados – Membros de aplicarem políticas fiscais mais favoráveis ao seu crescimento. Posto isto, o

Conselho da União Europeia defende que deve existir uma maior transparência, que esta é uma medida urgente e necessária, sendo necessário reforçar os mecanismos e instrumentos implementados pela diretiva 2011/16/EU.

Esta diretiva 2011/16/EU implementou a troca de informações entre os Estados – Membros em apenas cinco casos: rendimentos de trabalho; honorários de administradores; produtos de seguro de vida não abrangidos por outros instrumentos jurídicos da União em matéria de troca de informações e outras medidas análogas; pensões e propriedade e rendimento de bens imóveis, e com determinado prazo.

A troca espontânea de informações nos casos em que autoridade competente de um Estado- Membro tenha motivos para supor que existe perda de receitas fiscais noutra Estado – Membro já se aplica a um acordo fiscal prévio que um Estado – Membro possa aceitar no que respeita a um determinado contribuinte em relação à sua aplicação de disposições fiscais ou à interpretação, e que tenha também dimensão transfronteiriça. Mas a eficácia desta troca espontânea de informações em matérias de acordos fiscais prévios internacionais e de acordos prévios de preços de transferência é complicada devido as dificuldades de ordem prática que existem, como o poder discricionário do Estado – Membro que estabelece o acordo para decidir quais são os restantes Estados – Membros que devem ser informados. Este tipo de partilha de informações pode ser recusada se estiver em causa a divulgação de um segredo comercial, industrial ou profissional ou até mesmos os casos em que as informações divulgadas são contrárias a ordem pública. Nestas situações, as disposições relativas à troca automática de informações obrigatórias sobre os acordos fiscais internacionais e acordos fiscais prévios de transferência de preços não se devem aplicar. Aliás todas as trocas automáticas obrigatórias de informações sobre este tipo de acordos devem incluir um relatório que deve sempre acompanhar as informações trocadas, onde se encontra definido um conjunto de informações de base para todos os Estados – Membros.

O retorno das informações do Estado – Membro que as receba ao Estado – Membro que as enviou é elemento necessário a um funcionamento eficaz do

sistema da troca automática de informações. Deste modo, é necessário prever algumas medidas específicas que permitam o retorno das informações nos casos em que as mesmas tenham sido utilizadas e que o retorno não possa ser fornecido de acordo com a diretiva 2011/16/EU.

Assim, todos os Estados – Membros devem adotar medidas que eliminem todo e qualquer obstáculo que exista, ou venha a existir, na troca automática de informações obrigatória, tornando assim a troca mais eficaz e ampla possível sobre os acordos fiscais prévios transfronteiriços e os acordos prévios de preços de transferência.

De modo a facilitar a troca de informações, eficácia do sistema e para evitar que os Estados - Membros criem mecanismos de armazenamento de informação, o Conselho da União Europeia propõem a criação de um diretório central, uma espécie de base de dados de toda informação, que estará acessível a todos os Estados – Membros, bem como à própria Comissão Europeia. Nesta base de dados de informação, será possível aos Estados- Membros carregarem e armazenarem as informações que detiverem em vez de as partilhar entre eles. Deste modo, este será um procedimento mais fácil e acessível, onde todo o sistema de troca de informações será muito eficaz.

As mudanças mais significativas, o Art.º 1 n.º 3 da proposta da diretiva insere um novo artigo, o 8º - A, que visa estabelecer o âmbito de aplicação e as condições para a troca automática de informações obrigatória sobre os tipos de acordos fiscais e acordos de preços de transferências. Visa também o dever das autoridades competentes de um Estado – Membro comunicar às autoridades competentes de todos os Estados – Membros as informações relativas a acordos fiscais definidos que alterem ou emitirem. Este dever é alargado a todos os acordos estabelecidos nos dez anos anteriores à data em que a diretiva proposta produzir efeitos e que se encontrarem válidos à data da entrada em vigor da mesma.

O Art.º 8º -B da proposta da diretiva estabelece que os Estados – Membros devem fornecer à Comissão Europeia estatísticas anuais sobre o volume das trocas

automáticas efetuadas. Assim, de acordo com este artigo, os Estados – Membros devem, antes de 1 de Outubro de 2017, fornecer as estatísticas pedidas. Por sua vez, a Comissão Europeia, antes de 1 de Outubro de 2018, terá de apresentar, de acordo com o n.º 2 Art.º 8 – B, um relatório apresentando os resultados fornecidos bem como uma avaliação das estatísticas e das informações partilhadas pelos Estados- Membros.

O Art.º 1 n.º 6 da proposta da diretiva prevê a criação de um diretório central seguro, ou sejam uma espécie de base de dados. Relativo a todas as informações transmitidas no âmbito da proposta. Com a criação do diretório, o processo de troca de informações será muito mais facilitado e irá apoiar os Estados – Membros no seu trabalho de análise aos acordos partilhados entre os Estados – Membros.

Esta proposta também irá atualizar as regras existentes na diretiva de 2011, relativas ao retorno das informações e a avaliação da cooperação administrativa de forma a torná-las extensíveis à troca automática de informações sobre acordos fiscais prévios transfronteiras e acordos prévios de preços de transferência.

Outro ponto a destacar desta proposta é o seu Art.º 3 que vem definir, com algum rigor, o que se entende por acordos fiscais prévios transfronteiras bem como o que são operações transfronteiras no ponto 14; define também o que se entende por acordo prévio de preços de transferência, esclarecendo ainda o que são preços de transferência, no ponto 15.

O Art.º 8 n.º 6 da proposta tipifica ainda um limite mínimo para as comunicações: estas têm de ter lugar, pelo menos uma vez por ano, num prazo de nove meses a contar do termo do ano fiscal do Estado – Membro a que as informações digam respeito. Todas estas alterações bem como as restantes têm como principal objetivo assegurar o bom funcionamento do mercado interno de todos os Estados – Membros.

A diretiva irá entrar em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia. Em relação aos Estados – Membros, estes devem publicar e adotar estas medidas nas suas disposições legislativas e administrativas até 31 de Dezembro de 2015, e ainda devem comunicar à Comissão Europeia essas

mesmas disposições. Todas as disposições relativas à diretiva devem ser aplicadas a partir de 1 Janeiro de 2016.

VI.I Normas Anti – abuso específicas, CFC, novos caminhos de Iure Condendo.

Estas normas CFC²¹, de limite à dedução juros, de luta contra o *treaty shopping*, com intuito de implementação individual, será viável a adoção de um sistema comum a todas as normas Anti – Abuso, (gerais – CGAA ou específica-CEAA, atrás mencionadas), que por um lado, possa incentivar ao investimento das multinacionais e por outro limitar o abuso.

A Comissão Europeia realizou uma proposta de diretiva, em Março de 2011, com o projeto CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base), tem como objeto um conjunto único de regras que as empresas ativas na União Europeia podem utilizar para o cálculo dos seus lucros tributáveis.

O Parlamento Europeu, em 19 de Abril de 2012, propôs aplicação obrigatória do CCCTB após cinco anos da sua implementação, às grandes empresas e as outras empresas por natureza transfronteiriças, a proposta inicial, O CCCTB apresentou-se como meramente facultativo.

O projeto, uma vez implementado, mesmo que possa ser aplicado às empresas de Estados não membros da União Europeia, desde que atuem na EU, o mesmo não tem aplicação quando essa empresa atua fora da EU. Assim, um projeto semelhante ao CCCTB fará sentido no âmbito dos Estados – Membros da OCDE, que não sejam Estados – Membros da EU.

Será praticável um plano de ação contra o planeamento fiscal agressivo?

²¹ CFC: A corporate entity that is registered and business in a different jurisdiction or country than the residency of the controlling owners. Control of the foreign company is defined, in the U.S., according to the percentage of share owned by U.S. citizens. CFC law work alongside tax treaties to dictate how taxpayers declare their foreign branches or partnerships in a foreign is lower even after the tax implications, or when the global exposure could help the business grow. www.investopedia.com

A OCDE reconhece que os princípios internacionais para a fixação da jurisdição fiscal não acompanham a mudança verificada na tributação mundial, e que o relatório BEPS é mais um “fator de stresse” para os Estados.

Este Plano de Ação preocupa-se com as formas mais agressivas de abusos adotadas pelas multinacionais, mas outros problemas de tributação das empresas em geral continuam por resolver.

Esta proposta CCCTB, poderá ser uma resposta positiva e virtuosa ao Plano de Ação BEPS, visto que a única regra para o cálculo de base fiscal fará com que a empresa seja tributada de acordo com uma fórmula apportionment²² nos Estados onde é ativa. Por outras palavras, mesmo que tenha atividades num paraíso fiscal, nem todo o lucro será aí tributado, mas apenas uma parte. Desta perspetiva, o próprio CCCTB será uma norma “Anti – Abuso”.

As empresas multinacionais, em vez de serem tratadas como entidades independentes, situadas em diferentes Estados, deve-mos aceitar como entidades unitárias e trata-las como tal. O CCCTB proposto da EU é uma forma de imposto unitário, que considera a empresa multinacional como entidade individual, do ponto de vista económico e fiscal. Parte-se do pressuposto que a multinacional é uma única entidade e que a tributação é feita através da fórmula apportionment. Em vez de basear em regras complexas de identificação do lucro proveniente de várias jurisdições do mundo, o lucro total da empresa multinacional será dividido entre os Estados onde atua para efeito de tributação de acordo com uma fórmula pré-estabelecida.

A fórmula apportionment coloca muitas dúvidas acerca da possibilidade de

²² Formulary apportionment is method of allocating profit earned (or loss incurred) by a corporation or corporate group to a particular tax jurisdiction in which the corporation or group has a taxable presence. It is an alternative to separate entity accounting, under which a branch or subsidiary within the jurisdiction is accounted for as a separate entity, requiring prices for transactions with other parts of the corporation or group to be assigned according to the Arm's length standard commonly used in transfer pricing. In contrast, formulary apportionment attributes the corporation's total worldwide profit (or loss) to each jurisdiction, based on factors such as the proportion of sales, assets or payroll in that jurisdiction. When applied to a corporate group, formulary apportionment requires combined reporting of the group's results. The parent and all of its subsidiaries are viewed as though they were a single entity (unitary combination), and the method is then also known as worldwide unitary taxation.
www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information

funcionamento correto, uma vez que ela implica a “ verdadeira” localização dos lucros. Partindo da premissa que uma empresa multinacional é muito mais que o conjunto das empresas que a compõem, uma empresa multinacional obtém elevados níveis de lucro porque atua internacionalmente, e por isso, os lucros não podem ser alocados diretamente a nenhum sítio.

Mas se atual arm’ s length²³, não resolve o problema a sua substituição pela fórmula apportionment, gera ainda mais dúvidas. Mesmo que este passo seja ultrapassado, há que estabelecer novas regras de alocação de lucros entre os que possam vir adotar o CCCTB e os Estados que não o façam, e que adotem, provavelmente o princípio arm’ s length.

A conclusão é que a ideia de um imposto unitário numa economia global é muito perfeito em teoria, mas muito duvidoso na prática e levanta dificuldades extraordinárias a nível da implementação na própria UE de Iure Condendo.

²³ Arm’ length principle, (ALP) is the condition or the fact that the parties to a transaction are independent and on equal footing. It is used specifically in contract law to arrange an equitable agreement that will stand up to legal scrutiny, even though the parties may have shared interest. The OECD has adopted in Article 9 of OECD Model Tax Convention.
www.oecd.org

CONCLUSÃO

A realização deste trabalho no campo do Direito Fiscal, nomeadamente a CGAA do Art.º 38º n.º 2, demonstrou ser um remédio eficaz contra a elisão ou evitação fiscal, que em tempos de crises económicas, mais importante é essa luta. Contudo após a exposição dos seus pressupostos de aplicação, definindo os seus elementos, a sua prática nos casos jurídicos têm pautado por uma escassa aplicação e os temas são quase sempre os mesmos, não havendo diversidade, conforme os diversos Acórdãos mencionados.

A doutrina e a jurisprudência na metodologia de aplicação da CGAA está na maioria de acordo, apenas em um Acórdão do CAAD se afasta dando um passo em frente que já tivemos oportunidade de não concordar, por constituir uma manifesta restrição a autonomia privada e liberdade contratual, ou seja um direito fundamental, que era necessário preencher os requisitos do Art.º 18º n.º2 da CRP.

Mas no Direito não há direitos absolutos, é sistema constante de tensões, que só no caso concreto se pode aferir qual deve prevalecer, a dicotomia Justiça/Segurança um duelo de titãs.

O nosso sistema jurídico – fiscal, a CGAA define o critério de distinção entre o planeamento fiscal ilegítimo e legítimo, demonstrando o epicentro do direito subjetivo do contribuinte, bem como seus alicerces constitucionais no princípio da capacidade contributiva.

Ao sistema fiscal falta a neutralidade, havendo campos onde o contribuinte por sua livre iniciativa de acordo com as suas opções pode escolher qual o caminho mais vantajoso, sendo aí que entra em ação a CGAA, mas sem esquecer as lacunas conscientes de tributação.

O procedimento de aplicação da CGAA é especial, o que demonstra uma garantia efetiva para os contribuintes, devido ter prazos mais alargados, especial dever de

fundamentação exigência formalidade ter de ser autorizada pelo dirigente máximo do serviço.

A fusão, como operação de reestruturação empresarial, consiste em unir os elementos patrimoniais e pessoais de duas ou mais sociedades preexistentes, para que passe a existir apenas uma. Para tal, é imprescindível que uma ou mais sociedades envolvidas no processo se extingam - é esta a característica principal que distingue a fusão dos restantes tipos de concentração empresarial.

O regime n.º 3 do artigo 74.º do CIRC, a sociedade incorporante deve manter, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência, pelos mesmos valores que estes tinham nas sociedades fundidas, por forma a manter uma identidade e continuidade contabilística.

Diversas vantagens que decorrem da aplicação deste regime de neutralidade fiscal está a possibilidade de reporte dos prejuízos fiscais. Através desta, no caso de reestruturações entre sociedades, os prejuízos fiscais apurados pelas sociedades incorporadas em períodos de tributação anteriores poderão ser deduzidos ao lucro tributável da sociedade incorporante.

Assim, serão compensados os prejuízos de uma ou mais empresas envolvidas no processo de fusão, com os lucros da empresa incorporante -resultante.

Por outro lado, com o objetivo de permitir impedir que as sociedades que operem reestruturações societárias com o propósito de elisão fiscal beneficiem deste regime, está prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC uma cláusula específica anti abuso, segundo a qual, se for provada a inexistência de razões económicas válidas, salvo se o contribuinte conseguir demonstrar o contrário, presume-se que a operação é abusiva e que assim não poderá beneficiar do regime de neutralidade fiscal.

Para além das vantagens previstas no regime de neutralidade fiscal analisado, o artigo 60.º do EBF confere ainda às fusões a possibilidade de obterem isenção de Imposto Municipal sobre as Transmissões onerosas de imóveis e Imposto do Selo, relativamente aos imóveis, não destinados a habitação, necessários à fusão; de Imposto do Selo, relativamente à constituição, aumento de capital ou do ativo de

uma sociedade de capitais necessários à fusão; e de emolumentos e outros encargos legais que se mostrem devidos pela prática dos atos inseridos no processo de fusão.

Neste artigo não encontramos qualquer tipo de restrição ou especificidade no que respeita às fusões, demonstrando-se assim que a intenção do legislador é a de aplicar estas isenções a todas as fusões, seja qual for o seu tipo.

Como forma de contribuir para a perfeição das leis fiscais, elas não deviam ser entendidas só por juristas qualificados, mas sim por todos os contribuintes que formam a comunidade, ou seja é necessário leis simples, claras, objetivas, estáveis modelos simplificados de enquadramento, tudo num só acto e não um sistema complexo, prolífico, burocrático, que apesar dos avanços informáticos por vezes é cego, tendo do outro lado da relação jurídica-fiscal, um contribuinte, mas pessoa com Dignidade Humana. Este sistema é caro e muito menos eficiente e a tendência é a crescente complexidade, contribuindo para que as obrigações fiscais não sejam cumpridas.

A educação é fundamental no desenvolvimento de um país e dentro dos currículos escolares teria de haver um capítulo sobre Cidadania Fiscal, uma parte teórica e outra prática, com a realização de trabalhos dos alunos, do 1º Ciclo estudos até Secundário (ensino escolar obrigatório).

É importante elucidar acerca das questões fiscais e conecta-las entre o civismo fiscal e a cidadania e os valores que são os alicerces da responsabilidade coletiva e a vida da sociedade democrática, tendo como horizonte a consciencialização dos cidadãos sobre a função social do tributo, de que este pode e deve ter um papel ativo a promover a justiça social, na aplicação da arrecadação e fiscalização dos dinheiros públicos. Sendo a escola um espaço privilegiado para conseguir este desafio a que ninguém fica indiferente, pois não só os alunos beneficiam como as suas famílias e a comunidade em geral.

A OCDE vem desenvolver novos caminhos e formas de os percorrer para dar

resposta á constante erosão da base fiscal tornando o ambiente fiscal mundial mais hostil aos responsáveis por esse comportamento. A EU é um espaço onde há mais concorrência fiscal entre os vários membros, como forma de atração de investimento, mas a receita fiscal tem vindo a cair, devido ao aproveitamento dos sistemas fiscais porosos dos vários países membros, que com ajuda profissional, consultoras e outras, conseguem através de esquemas, engenharias talentosas de actos ou negócios jurídico-fiscais, eliminar, reduzir ou diferir o pagamento dos impostos devidos.

Podemos estar aqui num equilíbrio não cooperativo (*John Nash*), uma situação em que todos otimizam tendo em conta o que os outros estão a fazer, (baixar a tributação entre Estados-Membros). Contudo o equilíbrio não cooperativo por vezes não levanta problemas, (ótimo de Pareto -ninguém pode ficar melhor sem piorar o estado do outro), mas não é o caso da Fiscalidade ou Tributação na União Europeia e Mundial. O equilíbrio de Nash é um subótimo de Pareto, isto significa que através da cooperação é possível obter melhores resultados para todos do que os obtidos com a abordagem não cooperativa.

A Comissão Europeia e o Parlamento Europeu já encontrou algumas respostas, mas muito há ainda por fazer no domínio da transparência fiscal para combater a evasão e a elisão fiscal.

No futuro, que já é amanhã a economia digital cresce a um ritmo alucinante, apelidado por alguns como a 5ª Liberdade, além da Liberdade de Circulação de Pessoas; Liberdade Circulação de Bens; Liberdade de direito de estabelecimento e prestação de serviços; Liberdade de capitais do Tratado Funcionamento da União Europeia, assim é colocado mais um desafio como conciliar estas Liberdades com a taxação desta economia digital.

Neste caminho que foi percorrido desde a criação da EU até hoje há uma crescente perda de poderes estatais para entidades super-estatais, ou seja uma perda de soberania em troca de um ideal Europeu, com as suas vantagens e desvantagens. Nesta senda será que no futuro como meio de combate ao planeamento fiscal ilegítimo, agressivo crescente vamos criar um ente europeu de forma a controlar

estes comportamentos que colocam em crise os Estados Democráticos como hoje os que conhecemos?

Assim um marco importante têm sido as decisões do TJUE, que de acordo com os novos desenvolvimentos marcara cada vez mais o dia-a-dia de todos os Cidadãos da EU em geral e em especial no âmbito fiscal, pois o dinheiro ou a falta dele trás consequências a que ninguém fica indiferente.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto, Teoria da Igualdade Tributária, Malheiros Editores, 2ª edição

BEPS , disponível em: <http://www.oecd.org> acesso em Outubro de 2015

CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As operações de reestruturação e a cláusula anti abuso prevista no artigo 67º, nº 10 do CIRC” in “Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal”, 2009

CÂMARA, Francisco de Sousa (2006). Aspectos Contabilísticos e Fiscais nas Fusões e Cisões, in J.L. Saldanha Sanches. Francisco de Sousa Câmara. J. Taborda da Gama.

Cahiers de droit fiscal international: double non-taxation, O volume 89a da obra, Viena 2004, page 766, disponível em: <http://www.ifa.nl/publication/cahiers/pages/default.aspx>

CAMPOS, Diogo Leite de; RODRIGUES, Benjamim Silva; SOUSA, Jorge Lopes de, “Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, Vislis Editores, 3ª edição, 2003

CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de, “Direito Tributário”, Almedina, 2ª edição, 2000

CAMPOS, Diogo Leite de, “Evasão Fiscal, fraude fiscal e prevenção fiscal” in Problemas Fundamentais do Direito Tributário, Vislis Editores, 1999

CALDAS, Marta; O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal, Cadernos IDEEF, n.º 18, Almedina;

CARVALHO, João Filipe Pacheco de, “O Regime Procedimental de Aplicação das Normas Anti-Abuso (análise do artigo 63º do Código de Procedimento e de

Processo Tributário”, in Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, nº 23, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes “ Cláusulas de Rigor E Direito Constitucional”, in RLJ, ano 141, n.º 3971, págs. 70-91.

CÓDIGOS Tributários, Universitário, Almedina, 5ª edição, 2012

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 3ª edição, 1993

CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, Tomo I, Almedina, 3ª edição, 2005

COSTA, Joaquim Cardoso da, “A Evasão e Fraude Fiscais face à teoria da Interpretação da Lei Fiscal”, in Fisco, nº74/75, Janeiro/Fevereiro 1996

COSTA, Eva Dias; A substância económica dos fatos tributários: as normas anti-abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal, Revista Electrónica de Direito, Outubro 2015, n.º 3;

COURINHA, Gustavo Lopes; Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão, Almedina, Abril, 2009;

COURINHA, Gustavo Lopes; A Cláusula Geral Anti-Abuso no CAAD: a insustentabilidade de uma jurisprudência contraditória: comentários às decisões dos processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, A. 7, N.º 3, Outono 2014;

COURINHA, Gustavo Lopes; E assim começou a história... a aplicação jurisprudencial da cláusula geral anti-abuso: anotação ao ACTCA-S P n.º 4255/10 (rel: José Correia), de 15/02/2011, in Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal N.º 44, Outubro-Dezembro de 2010;

Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro. Coimbra Editora: 159-183 Carlos, A. B. Abreu, I. A. Durão, J. R. & Pimenta, M. E. 2013.

DÓRIA, António Roberto Sampaio, “A Evasão Fiscal Legítima: Conceito e Problemas” in *Ciência Técnica Fiscal*, nº 143, 1970

FAVEIRO, Vítor, “O Estatuto do Contribuinte”, Coimbra Editora, 2002

FUKUYAMA, Francis “As Origens da Ordem Política”, dos tempos pré-humanos até à Revolução Francesa, Dom Quixote, 1ª edição, 2012

GAMA, João Taborda da, “Acto Elisivo, Acto Lesivo – Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XL – nº1 e 2, Coimbra Editora, 1999

GOMES, Nuno Sá, “Evasão Fiscal, infracção fiscal e processo penal fiscal”, Rei dos Livros, 2ª edição, 2000

GOMES, Nuno de Sá; in *Manual de Direito Fiscal*, 11ª edição com adenda, Almedina, 2000;

GOUVEIA, Jorge Bacelar, “A evasão fiscal na interpretação e integração da lei fiscal”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 373, Janeiro-Março de 1994

GUERREIRO, António Lima, “Lei Geral Tributária Anotada”, Editora Rei dos Livros 2001

LANG, Michael Lang, “Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”, IBFD, Linde Verlag, Vienna, 2010

LEIRIÃO, Patrícia Meneses; A Cláusula Geral Antiabuso e o seu procedimento de aplicação, Vida Económica, Porto, 2012;

LOPES, Cidalia M. Mota, “Simplicidade e Complexidade do Sistema Fiscal...”
Fiscalidade n.º 13/14 Revista de Direito e Gestão Fiscal(2003) ob. cit.pág 58,
76,77.

MARQUES, Paulo, “Elogio do Imposto – A relação do Estado com os Contribuintes”, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 1ª edição, Janeiro de 2011

MATOS, Pedro Vidal, “O Princípio Inquisitório no Procedimento Tributário”,
Wolters Kluwer – Coimbra Editora, Outubro de 2010

MACHADO, Jónatas E. M, COSTA, Paulo Nogueira da; Curso de Direito Tributário,
2.ª ed., Coimbra Editora, 2012;

MELO, Miguel de; Principais diferenças de tributação em IRC entre SGPS e as
restantes sociedades, in Fiscalidade Toc 111, Junho de 2009;

MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo III, Coimbra Editora,
5ª edição, 2004

MORAIS, Rui Duarte; Convenções sobre Dupla Tributação: de novo em diálogo
com a jurisprudência, in Cadernos de Justiça Tributária, n.º 1, julho/setembro,
2013;

NABAIS, José Casalta, “Direito Fiscal”, Almedina, 2010, 6ª Edição

NABAIS, José Casalta, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2009

NEGREIROS, Maria Fernanda Trigo de, “A Evasão Legítima e o Abuso de Direito no

- Sistema Jurídico Português”, in Ciência e Técnica Fiscal, nº 151, Julho de 1971
- NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs, “A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em sede fiscal – art. 38º, nº 2, da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal, in “Fiscalidade”, nº 3, Julho de 2000
- OLIVEIRA, António Fernandes de, “A Legitimidade do Planeamento Fiscal, As Cláusulas Gerais Anti- Abuso e os Conflitos de Interesse”, Coimbra Editora, 2009
- OTERO, Paulo, “Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade”, Almedina, 2003
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, “Fiscalidade”, Almedina, 3ª edição, 2009
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz, “ O Futuro da Justiça “, Nova Vega, 1ª edição, 2015
- PIRES, José Maria Fernandes, BULCÃO, Gonçalo e outros; Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, Almedina, Julho, 2015;
- PIKETTY, Thomas, “ O Capital” no século XXI, Circulo de Leitores, 1ª edição, 2014
- PHILLIPSON, Nicholas, “ Adam Smith, “ Uma Vida Iluminada”, Texto Editores, 1ª edição, 2012
- RAMOS, Vasco Moura, “Da Cláusula Geral Anti-Abuso em Direito Fiscal e da sua Introdução no Ordenamento Jurídico Português”, in separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol.LXXVII,2001
- SANCHES, J. L. Saldanha, “Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites”, in Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, nº 398, 2000
- SANCHES, J. L. Saldanha, “ Manual de Direito Fiscal”, Coimbra Editora, 3ª edição, 2007

SANCHES, J. L. Saldanha, “Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”, Coimbra Editora, 2006

SANCHES, J. L. Saldanha, “Princípios do Contencioso Tributário”, Fragmentos, 1988

SANCHES, SALDANHA; Os limites do Planeamento Fiscal no direito português, Coimbra Editora, 2006;

SANCHES, SALDANHA; A interpretação da Lei Fiscal e o Abuso de Direito – Anotação ao Acórdão de 21 de junho de 1995 do STA) Secção do Contencioso Tributário), in Fisco n.ºs 74/75, 1996;

SANCHES, J. L. Saldanha, “Justiça Fiscal”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SILVA, João Nuno Calvão da, “Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso” in Revista da ordem dos Advogados, ano 2006, ano 66, Vol.II Set.2006

SILVA, Vasco Pereira da, “Para um Contencioso Administrativo dos Particulares”, Almedina, 1997

SOLOW, Robert M. e MURRAY, Janice, “ Os Desafios da Economia”, 12 Prémios Nobel da Economia, Análise das principais questões da atualidade, Clube do Autor, 1ª edição, 2014

SOUSA, Jorge Lopes de, “Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado e Comentado” – Vol.I, Áreas Editora, 5ª edição, 2006

SOARES, Domitília Diogo, Percepção social da Fiscalidade em Portugal. Um estudo Exploratório, Coimbra, Almedina, 2004, ob. cit. pág. 141

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas, “Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva”, Malheiros Editores, 2002

TORMENTA, Júlio; As Sociedades Gestoras de Participações Sociais como instrumento de Planeamento fiscal e os seus limites, Coimbra Editora, 1ª Edição, Abril, 2011.

TORRÃO, João António Valente, “Código de Procedimento e Processo Tributário Anotado e Comentado”, Almedina, 2005

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Contratos Atípicos”, Almedina, Reimpressão da 1ª edição, 2002

VASQUES, Sérgio, “O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária”, Almedina, Janeiro de 2008

XAVIER, Alberto, Direito Tributário Internacional, Almedina, 2ª edição, 2009

XAVIER, Alberto, “O Negócio Indirecto em Direito Fiscal”, in Ciência e Técnica Fiscal, nº 147, 1971

XAVIER, Alberto, “Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Elisiva”, Dialética, São Paulo, 2001

XAVIER, Cecília “A Proibição da Aplicação Analógica de Lei Fiscal no Âmbito do Estado Social de Direito”, Almedina, 2

WARD, David e outros, “ The Business Purpose Test And Abuse Of Right”, in British Tax Review, n.º 2, 1985.

Guia dos Impostos em Portugal. Lisboa: Quid Juris – Sociedade Editora Carvalho, H. S. (2010). Fusões Fiscalmente Neutras entre Sociedades detidas pelo mesmo Sócio- Uma Breve Reflexão. *Revista dos Revisores Oficiais de Contas* 48: 42-49

Deloitte. (2008). *Business combinations and changes in ownership interests - A guide to revised IFRS 3 and AS 27* Disponível em: http://www.deloitte.com/assets/Dcom-luxembourg/Local%20Assets/Documents/Whitepapers/2009/ca_en_business%20combinations_150409.pdf (2014/10/23; 09H 48M) Deloitte. (2009).

A Roadmap Accounting for Business Combinations and Related Topics. Disponível em: [UnitedStates/Local%20Content/Articles/AERS/Accounting-Standards-Communications/us_assur_Business_Combinations_Roadmap1209.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Content/Articles/AERS/Accounting-Standards-Communications/us_assur_Business_Combinations_Roadmap1209.pdf) (2014/10/23; 10H 54M)

Deloitte. (2009b). *O guia do SNC: Getting on the right track*. Disponível em: [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Portugal/Local%20Assets/Documents/SNC/pt\(pt\)_audit_sncaudit_10092010.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Portugal/Local%20Assets/Documents/SNC/pt(pt)_audit_sncaudit_10092010.pdf) (2014/10/23; 11H 50M)

Deloitte (2014). *IFRS in your Pocket*. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/dk/Documents/audit/IFRS-in-your-pocket-Deloitte.pdf> (2014/10/23; 11H 55M) Ferreira, D. (2002). *Fusões*.

Aquisições e Reestruturações de Empresas – Volume I. Lisboa: Edições Silabo
Fieldman, D. N. (2006). *Reverse Mergers – Taking a Company Public without an IPO*. New York: Blommborg Press
Lopes, C. A. (2011) *Consolidação de Contas – Teoria e Casos Práticos* (2.^a Edição). Lisboa: Edições Silabo
Lousa, M. (2014).

Enquadramento de uma Operação de Fusão Inversa (ou Invertida) no Regime Fiscal Aplicável às Fusões. *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 430: 261-279. Janeiro

PriceWaterhouseCoopers. (2013). *A Global Guide To Accounting For Business Combinations And Noncontrolling Interests – Application of the U.S. GAAP and IFRS Standards*. PriceWaterhouseCoopers. (2014). *IFRS and US GAAP: similarities and differences*. Outubro

Rodrigues, J. (2010). *Sistema de Normalização Contabilística Explicado*. Porto Editora. S.A. *Contabilidade e Empresas*. (2012).

Regime Especial de Neutralidade Fiscal não se aplica a operações de fusão inversa. Nº 18: 26-27. Sanches, J. L. (2008). Fusão Inversa e Neutralidade (Da Administração) Fiscal.

Statement of Financial Accounting Standards No.141 - Business Combinations.

Disponível em:

http://www.fasb.org/jsp/FASB/Document_C/DocumentPage?cid=1218220124901&acceptedDisclaimer=true

Szydlik. A. & Czamecki. J. (2014). *Downstream merger: acquisition of a parent company by a subsidiary*. Disponível em: (2015/01/29; 21H 13M) <http://www.transactionsportal.pl/en/publications-and-studies/art,418,downstream-merger-acquisition-of-a-parent-company-by-a-subsiary.html> (2014/10/23; 11H 36M)

Ventura. R. (1990). *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Livraria Almedina

Autoridade Tributária e Aduaneira (2012). Informação Vinculativa. *Aplicação do regime especial de neutralidade fiscal às operações de fusão inversa*. Processo n.º 2012001151, Agosto

Autoridade Tributária e Aduaneira (2013). Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro. *Orçamento do Estado para o ano de 2014*. Disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/6C8CEDD5-2C4A-45B4-8908-625D83C2477A/0/OE2014.pdf> (2015/01/29; 15H 57 M)

Código das Sociedades Comerciais in *Comercial* (2013). Coleção Legislação. 18ª Edição. Porto Editora

Código do Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (2014). Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/3585A626-43F1-4CF0-AE19-EC17E6455505/0/CIMT01_2014.pdf (2014/10/23; 12H 10M)

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (2014). Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/DB0D5898-6686-41CA-A750-3498D9BCB579/0/CIRC_03_2014.pdf (2014/10/23; 12H 20M)

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (2014). Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/8787D561-FF96-4DC1-B8B3-23A4AC97947E/0/CIRS_01_2015.pdf (2015/01/29; 11H 30M)

Código do Imposto do Selo (2014). Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/32419936-4B39-469F-B442-597F75B7326D/0/CIS_2014.pdf (2014/10/23; 12H 15M) Código do

Imposto sobre o Valor Acrescentado (2014). Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/16D874FC-9374-4DA3-86CA-311A6E4CC142/0/CIVA_10_2014.pdf (2014/10/23; 12H 05M)

Código dos Valores Mobiliários (2014). Disponível em: http://www.cmvm.pt/CMVM/Legislacao_Regulamentos/Codigo%20dos%20Valores%20Mobiliarios/Documents/CodVMVersDownload_alterado%20Junho%202014_v2.pdf (2014/10/23; 12H 25M) Direcção-Geral dos Impostos. (2003).

Colectâneas anotadas Colectânea Tributária Anotada 2014 – Volume I e II, PricewaterhouseCoopers, Lisboa, Janeiro, 2014.

Informação Vinculativa. Fusão Inversa, a incorporante é totalmente detida pela incorporada. Enquadramento no Regime de Neutralidade Fiscal. Processo n.º 3127/2003

Estatuto dos Benefícios Fiscais. Disponível em:
http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/2FA94B1C-F2A8-4785-AE7E-83F0F6FF6C94/0/EBF_10_2014.pdf (2014/10/23; 12H 00M)

Lei Geral Tributária (2014). Disponível em:
http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT_01_2014.pdf (2015/01/29; 11H 35M).

Revistas

Revista de Direito e Gestão. Edição 34: 8-34. Silva, A. Antunes, J. &, Franco, P. (2012). Dissolução, liquidação, fusão e cisões de sociedades. DIS3012. Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. Outubro;

Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, IDEFF, ano 6, Número 2, novembro 2013;

Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, IDEFF, ano 6, Número 4, maio 2014;

Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, IDEFF, ano 7, Número 3, abril 2015;

Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, IDEFF, ano 7, Número 4, julho 2015;

Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, IDEFF, ano 8, Número 1, novembro; 2015.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO US, n.º 127, Gregory vs Helvering, 293 US 465. 79 L.ed.596 (1935), disponível em: [http:// www.supremecourtus.gov](http://www.supremecourtus.gov). acesso em Setembro de 2015

SUPREMO US, n.º 146, Higging vs Smith, 308 US 473. (1940), disponível em: <http://www.supremecourt.gov>. acesso em Setembro de 2015.

Acórdão do TCAS Processo 04255/10, disponível em <http://www.dgsi.pt> acesso Maio de 2015

TJUE, no Acórdão de 12 de Setembro de 2006, proferido no âmbito do Processo C-196/04 (Acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas), disponível em: <http://curia.europa.eu> acesso em Maio de 2015

TJUE, no Acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, proferido no âmbito do Processo C-255/02 (Acórdão Halifax e O.) disponível em: <http://curia.europa.eu> acesso em Maio de 2015

Acórdão CAAD de 18 de Setembro Processo n.º305/2013-T , disponível em: <http://www.caad.org.pt/jurisprudencia> acesso em Novembro de 2015

Acórdão CADD de 03 de Janeiro de 2015 «Processo n.º 240/2014-T, disponível em: <http://www.caad.org.pt/jurisprudencia> acesso em Novembro de 2015

Acórdão CAAD de 22 de Julho de 2014 «Processo n.º 208/2014-T, disponível em: <http://www.caad.org.pt/jurisprudencia> acesso em Novembro de 2015

Acórdão CAAD de 16 de Setembro de 2014 «Processo n.º 234/2013-T, disponível em: <http://www.caad.org.pt/jurisprudencia> acesso em Novembro de 2015

Acórdão CAAD de 20 de Setembro de 2014 «Processo n.º 47/2013-T, disponível em: <http://www.caad.org.pt/jurisprudencia> acesso em Novembro de 2015

Tribunal de Justiça da União Europeia Acórdão de 12 de Setembro de 2006, Presidente: V. Skouris, Processo n.º C-196/04, disponível em <http://curia.europa.eu/juris>, acedido a 21.10.2015;

Supremo Tribunal Administrativo Acórdão de 21 de junho de 1995, Relator: Benjamim Silva Rodrigues, Processo n.º 14.275, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 25.11.2016;

Acórdão de 28 de novembro de 2012, Relator: Pedro Delgado, Processo n.º 0529/12, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 25.11.2016;

Acórdão de 26 de fevereiro de 2014, Relator: Valente Torrão, Processo n.º 01088/13, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 25.11.2016;

Acórdão de 13 de julho de 2015, Relator: Ana Paula Lobo, Processo n.º 0144/14, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 25.11.2016

Acórdão de 27 de janeiro de 2016, Relator: Dulce Neto, Processo n.º 01720/13, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 25.11.2016;

Tribunal Central Administrativo – Sul

Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Relator: José Correia, Processo n.º 04255/10, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 27.11.2016;

Acórdão de 14 de Fevereiro de 2012, Relator: Eugénio Sequeira, Processo n.º 05104/11, disponível em www.dgsi.pt, acedido a 27.11.2016;

Centro de Arbitragem Administrativa

Decisão do Tribunal Arbitral de 26 de janeiro de 2011, Presidente: Jorge Lino Alves de Sousa, Processo n.º 5/2011-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes>, acessido a 27.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 29 de outubro de 2012, Processo n.º 76/2012, Presidente: Jorge Manuel Lopes de Sousa, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 29.11.2016.

Decisão do Tribunal Arbitral de 09 de maio de 2013, Presidente: Jorge Lopes de Sousa, Processo n.º 123/2012-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 06 de junho de 2013, Presidente: Jorge Lino Ribeiro Alves de Sousa, Processo n.º 124/2012-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 12 de julho de 2013, Presidente: Manuel Luís Macaísta Malheiros, Processo n.º 138/2012-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 04 de novembro de 2013, Presidente: Jorge Lino Ribeiro Alves de Sousa, Processo n.º 70/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 26 de novembro de 2013, Presidente: Maria Manuela Roseiro, Processo n.º 43/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 22.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 20 de dezembro de 2013, Presidente: Jorge Carita, Processo n.º 47/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisooes/>, acessido a 22.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 17 de março de 2014, Presidente: Jorge Lino Ribeiro Alves de Sousa, Processo n.º 230/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/> , acessido a 24.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 22 de julho de 2014, Presidente: Jorge Manuel Lopes de Sousa, Processo n.º 208/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 24.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 31 de julho de 2014, Presidente: Alexandra Coelho Martins, Processo n.º 196/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 24.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 15 de setembro de 2014, Presidente: Jorge Lino Ribeiro Alves de Sousa, Processo n.º 101/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 24.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 16 de setembro de 2014, Presidente: Jorge Manuel Lopes de Sousa, Processo: 234/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 24.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 18 de setembro de 2014, Presidente: José Poças, Processo n.º 305/2013-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 30.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 07 de outubro de 2014, Presidente: Jorge Manuel Lopes de Sousa, Processo n.º 264/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 30.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 13 de novembro de 2014, Presidente: José Pedro Carvalho, Processo n.º 131/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, acessido a 30.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 14 de novembro de 2014, Presidente: José Pedro Carvalho, Processo n.º 299/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 30.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 24 de novembro de 2014, Presidente: Jorge Manuel Lopes de Sousa, Processo n.º 379/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 26 de novembro de 2014, Presidente: Jorge Lopes de Sousa, Processo n.º 320/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 27 de novembro de 2014, Presidente: Jorge Lopes de Sousa, Processo n.º 51/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 29.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 05 de dezembro de 2014, Presidente: José Poças Falcão, Processo n.º 275/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 23.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 31 de dezembro de 2014, Presidente: José Pedro Carvalho, Processo n.º 420/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 23.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 30 de janeiro de 2015, Presidente José Poças Falcão, Processo n.º 381/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 23.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 02 de março de 2015, Presidente: Jorge Lopes de Sousa, Processo n.º 395/2014-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>, acessado a 23.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 11 de abril de 2015, Presidente: José Poças Falcão, Processo n.º 315/14-T, in <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>,
acedido a 23.11.2016;

Decisão do Tribunal Arbitral de 03 de julho de 2015, Presidente José Poças Falcão,
Processo n.º 180/2014