

Sérgio Fernandes Pereira

# A Cláusula Geral Anti Abuso no âmbito dos Impostos sobre o Rendimento

Uma análise de jurisprudência relativa à sua aplicação

Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças

Orientador: Prof. Doutor António Martins

Julho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA





• U • C •

FEUC FACULDADE DE ECONOMIA  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Sérgio Fernandes Pereira

# A Cláusula Geral Anti Abuso no âmbito dos Impostos sobre o Rendimento

Uma análise de jurisprudência relativa à sua aplicação

Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças

apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

para obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof. Doutor António Martins

Coimbra, 2015



## **Agradecimentos**

Ao Professor Doutor António Martins, agradeço pela compreensão, orientação e disponibilidade, indispensável para a realização desta dissertação.

Aos meus pais, pela oportunidade que me proporcionaram: um sincero obrigado!



## Resumo

Esta dissertação tem por objeto a análise jurisprudencial da aplicação da Cláusula Geral Anti Abuso (CGAA) em diversos casos relativos a planeamento fiscal, no âmbito do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Coletivas (IRC) e do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Singulares (IRS). Este estudo analisa o que é considerado planeamento fiscal, legítimo e ilegítimo, numa primeira fase pela Autoridade Tributária (AT) e, numa segunda, pelos Tribunais e pelo Centro de Arbitragem Administrativo (CAAD).

A investigação centra-se na análise de diversos acórdãos, nomeadamente do Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS) e do CAAD e, em conjunto com a base teórica desenvolvida nesta dissertação, procurar-se-á identificar a tendência nas decisões dos tribunais quanto à delimitação do planeamento fiscal legítimo do planeamento fiscal ilegítimo, através da aplicação da CGAA.

Concluimos, deste estudo, que a tendência nas decisões dos acórdãos em análise pende para a procedência dos pedidos de declaração de ilegalidade das liquidações adicionais de imposto determinadas pela AT. Assim, embora a aplicação da CGAA, pela AT, tenha crescido nos últimos anos, por forma a combater esquemas considerados de planeamento fiscal ilegítimo, a interpretação da legislação que regula a aplicação da mesma por parte do TCAS e do CAAD recai para uma utilização da CGAA muito restrita, dando na maioria dos casos razão ao contribuinte.

**Palavras-chave:** Cláusula Geral Anti Abuso; Planeamento Fiscal; IRC; IRS.





## **Abstract**

The purpose of this master dissertation is the jurisprudential analysis of the application of the General Anti Abuse Clause in several cases where tax planning was considered, in the context of Corporate Income Tax (IRC) and Individual Income Tax (IRS). This study carries out an analysis of what is considered abusive tax planning, in the first instance by the Tax Authority (AT) and, in a second instance, by the courts and the Administrative Arbitration Centre (CAAD).

We will proceed with the investigation by analyzing some court decisions, specifically from the Southern Central Administrative Court (TCAS) and CAAD and, also with the theoretical basis developed in this work, identify trend, in decision-making found in the case law.

We conclude, from this study, that courts decisions are clearly favorable to taxpayers mainly because the verification of fiscal motivation of the taxpayer is always very complex to prove and legislation used in this type of tax planning schemes are considered to be deliberated gaps in the law. Thus, although the application of CGAA by AT has grown in recent years in order to combat illegitimate tax planning schemes, the interpretation of the legislation which regulates the application of CGAA by the TCAS and CAAD results in a very restricted use of CGAA.

**Keywords:** General Anti Abuse Clause; Tax planning; Corporate Income Tax; Individual Income Tax



## Lista de abreviaturas

AITR – *Average Invoice Tax Rate*

AT – Autoridade Tributária

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CGAA – Cláusula Geral Anti Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre Rendimentos das pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre Rendimentos das pessoas Singulares

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

EBF – Estatutos dos Benefícios Fiscais

ENR – Economia Não Registada

ETR – *Effective Tax Rate*

IRC – Imposto sobre Rendimentos das pessoas Coletivas

IRS – Imposto sobre Rendimentos das pessoas Singulares

LGT – Lei Geral Tributária

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

PEC – Pagamento Especial por Conta

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RJAT – Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

SA – Sociedade Anónima

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TAF – Tribunais Administrativos e Fiscais

TA – Tribunal Arbitral

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TC – Tribunal Constitucional

ZFM – Zona Franca da Madeira



## **Lista de tabelas**

Tabela 1 – “Totais de ganhos resultantes dos juros obtidos” .....	39
Tabela 2 – “Estrutura societária da requerente” .....	44
Tabela 3 – “Composição da sociedade Laboratório de Patologia Clínica, Lda” .....	57



## Lista de figuras

Figura 1 – “Total de receitas em impostos em % do PIB, 2000 – 2014”.....	6
Figura 2 – “Total de receitas em impostos sobre o rendimento em % do PIB, 2000 – 2013”.....	7
Figura 3 – “Tipos de custos de cumprimento”.....	10
Figura 4 – “Economia Não Registada no PIB oficial (%), em Portugal”.....	17
Figura 5 – “ Indicador do controlo de corrupção a nível mundial, 2013”.....	18





## **Lista de quadros**

Quadro 1 – “Quadro síntese do âmbito e decisões dos acórdãos em análise” .....	59
Quadro 2 – “Síntese da não verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA” .....	63



## Índice

Agradecimentos .....	iii
Resumo .....	v
Abstract.....	vii
Lista de abreviaturas .....	xi
Lista de tabelas.....	xi
Lista de figuras.....	xiii
Lista de quadros .....	xv
Índice .....	xv
Introdução .....	1
Capítulo I .....	3
Sistema fiscal português .....	3
1.1. Noções e aspetos introdutórios.....	3
1.2. Princípios de tributação.....	8
1.3. O IRC e o IRS .....	11
Capítulo II.....	15
Planeamento fiscal .....	15
2.1. O planeamento fiscal legítimo e ilegítimo .....	15
2.2. Os incentivos ao planeamento fiscal.....	19
2.3. Cláusula geral anti abuso .....	21
2.4. Cláusulas específicas anti abuso .....	27
2.5. A interpretação das normas jurídico-fiscais.....	29
Capítulo III.....	31
A aplicação da Cláusula Geral Anti Abuso à luz das decisões do TCAS e do CAAD .....	31
3.1. Metodologia de investigação e objetivo.....	31

---

3.3. Definição da amostra.....	33
3.4. Análise dos acórdãos do TCAS e do CAAD.....	33
3.4.1. O IRC e a Cláusula Geral Anti Abuso .....	36
3.4.2. O IRS e a Cláusula Geral Anti Abuso.....	43
3.4.3. Análise global .....	59
Capítulo IV.....	71
Conclusões .....	71
Bibliografia .....	75

## Introdução

Esta dissertação tem por objetivo a análise de decisões jurisprudenciais no âmbito da aplicação da cláusula geral anti abuso (CGAA) prevista no n.º 2 do artigo 38º da Lei Geral Tributária (LGT), com vista a delimitar o planeamento fiscal, legítimo e ilegítimo, através do procedimento de aplicação da CGAA. Esta investigação focar-se-á apenas nos impostos sobre o rendimento, nomeadamente no Imposto sobre o Rendimento das pessoas Coletivas (IRC) e no Imposto sobre o Rendimento das pessoas Singulares (IRS). Para isso, recorreu-se à análise de decisões tomadas pelo Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS) e pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e, assim, perceber a tendência geral da jurisprudência na aplicação da norma anti abuso. Conforme as diversas entidades empresariais a nível mundial evoluem, também a importância do planeamento fiscal nas empresas cresce. Neste âmbito, é objetivo deste trabalho procurar uma resposta para a interpretação acerca da fronteira entre o planeamento fiscal legítimo e ilegítimo, e analisar se existe divergência ou convergência nas decisões tomadas pelos tribunais com base na aplicação da CGAA.

Inicialmente, no capítulo I e II, abordar-se-ão algumas questões introdutórias relativas ao sistema fiscal nacional e aos impostos em estudo nesta dissertação, bem como uma base conceptual sobre planeamento fiscal legítimo e ilegítimo. Analisaremos também os incentivos ao planeamento fiscal nas empresas e a explicação do método de aplicação das normas fiscais.

A análise posterior, no capítulo III, com base em diversos acórdãos do TCAS e do CAAD, consistirá, inicialmente, em perceber se a aplicação da CGAA é feita consistentemente e de acordo com os pressupostos de aplicação da mesma. Esta análise será de carácter qualitativa, através de estudo de caso. Este estudo incidirá sobre a análise crítica aos acórdãos supracitados.

O objetivo será compreender e descrever a aplicação da CGAA. Assim, uma vez que a delimitação de ambos os tipos de planeamento fiscal se entrecruzam maioritariamente neste tipo de casos, será feita uma análise crítica das decisões dos referidos tribunais, tanto no âmbito de IRC como de IRS. Tenta-se, desta forma, perceber a tendência, se esta existir, das mesmas e perceber se existe convergência ou divergência na jurisprudência. Ou seja, se existe uma linha interpretativa evidente da CGAA na nossa jurisprudência. Será para isso

importante iniciar o capítulo de análise com um resumo dos acórdãos a estudar para entendermos todos os pormenores que possam ser relevantes para a tomada de decisão por parte dos órgãos jurídicos e depois proceder a uma análise global dos mesmos.

Esta dissertação permite-nos concluir que, globalmente, existe convergência na tomada de decisões quanto à aplicação da CGAA. A tendência cede para os pedidos de procedência para a declaração de ilegalidade na aplicação da CGAA, por parte da AT. Ou seja, os tribunais, globalmente, tendem para a não verificação de, pelo menos, um pressuposto de aplicação da CGAA.

Os resultados do estudo levam-nos a crer que existe relutância, por parte dos tribunais, em analisar a subjetividade do elemento intelectual (relacionado com a motivação do contribuinte) e o desejo do legislador, e subsequentes *lacunas conscientes da lei*. Esta relutância é devida, principalmente, à dificuldade em mensurar a motivação fiscal do contribuinte, bem como à constante existência de razões económicas e empresariais ordinárias.

Assim, dado que, globalmente, existem elementos que não são verificados pelos tribunais, conclui-se que a aplicação da CGAA se faz erradamente, sem que os seus pressupostos sejam consistentemente verificados.

# Capítulo I

## Sistema fiscal português

### *1.1. Noções e aspetos introdutórios*

É função do Estado colmatar diversas necessidades coletivas, nomeadamente nas áreas da saúde, educação, segurança. Estes traduzem-se em despesas, que devem ser suportadas essencialmente por receita pública, proveniente maioritariamente de impostos. Este tipo de sistema é regulado pelo Direito Fiscal, entendido como o conjunto de normas que regulam os procedimentos entre o Estado e os cidadãos na área fiscal (Catarino & Vasco, 2012).

A noção clássica de *sistema fiscal* pode ser encontrada, desde logo, na Constituição da República Portuguesa (CRP)<sup>1</sup>, em que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Segundo Pereira (2010: 61), o conceito é “tradicionalmente usado para designar o conjunto de impostos existentes num certo espaço, reportando-se, sobretudo, ao domínio normativo, ou seja à legislação fiscal existente”. A interrelação entre os diversos impostos é incluída noutra visão, sendo o *sistema fiscal* definido como “o conjunto de impostos e a forma como entre si eles se relacionam globalmente na sua articulação lógica e na coerência social” (Franco, 1999 *apud* Gomes, 2003: 146).

Em Portugal, os impostos dividem-se em várias tipologias. Segundo Gomes (2003: 60),

podemos definir juridicamente imposto como a prestação patrimonial positiva e independente de qualquer vínculo anterior, definitiva ou não sinalagmática, estabelecida pela lei a favor de entidades que exerçam funções públicas e para a satisfação de fins públicos, que não constituem sanção de actos ilícitos.

Pode definir-se *imposto* como uma prestação: pecuniária, ou seja, uma prestação concretizada em dinheiro; unilateral, dado que não existe nenhuma contrapartida direta específica a favor do contribuinte; de carácter definitiva, não dando lugar a qualquer reembolso, restituição ou indemnização; e coativa, pois é estabelecida pela lei, ou seja, uma

---

<sup>1</sup> Artigo 103º da CRP.

prestação *ex lege* (Nabais, 2003: 11). Esta prestação é exigida por entidades que exerçam funções públicas a detentores com capacidade contributiva, nomeadamente contribuintes individuais e/ou coletivos. No entanto, esta prestação não tem qualquer carácter sancionatório. O *imposto* pode igualmente ser definido como “uma prestação pecuniária, exigida aos particulares por via de autoridade, a título definitivo e sem contrapartidas, com vista à cobertura dos encargos públicos” (Jeze, 1931 *apud* Pereira, 2010: 13), indo de encontro com a anterior definição. Já a OCDE define o *imposto* mais genericamente sendo “the compulsory, unrequited payment to general government”<sup>2</sup> (OCDE, 1996), indo em consonância com a definição dada por James & Christopher (2000) referindo que *imposto* é “a compulsory levy made by public authorities for which nothing is received directly in return”<sup>3</sup>. Dalton (1923) refere que o *imposto* é uma “compulsory contribution imposed by a public authority, irrespective of the exact amount of service rendered to the taxpayer in return, and not imposed as a penalty for any legal offence”<sup>4</sup>.

Os impostos inseridos no sistema fiscal português são classificados em diversas tipologias. Iremos enumerar pelo menos as principais e explicar sucintamente cada uma. Segundo Pereira (2010: 47 e ss.), podem existir:

1. Impostos diretos e impostos indiretos: a grelha de leitura mais aplicada à distinção entre estes dois tipos de impostos é a classificação económica das receitas públicas, sendo impostos diretos os impostos sobre o rendimento (*e.g.* IRC e IRS) e impostos indiretos os impostos sobre o consumo e outros (*e.g.* IVA e IS);
2. Impostos reais e impostos pessoais: os impostos reais correspondem aos impostos que se abstraem do condicionalismo económico ou da situação pessoal em que se encontra o contribuinte, também denominado como objetivo, já o imposto pessoal toma em consideração os referidos condicionalismos económicos ou situação pessoal do contribuinte, ou seja, subjetivo;

---

<sup>2</sup> Tradução livre do autor: “um pagamento sem contrapartida ao Governo” OCDE (1996).

<sup>3</sup> Tradução livre do autor: “uma cobrança compulsória realizada pelas autoridades públicas em que nada é recebido diretamente em troca.” James & Christopher (2000).

<sup>4</sup> Tradução livre do autor: “uma contribuição compulsória imposta por autoridades públicas, independentemente do montante exacto de serviços prestados ao contribuinte em troca, e não imposta como uma penalização de alguma ofensa legal” Dalton (1923).



3. Impostos de quota fixa e impostos de quota variável: se o imposto a pagar por cada contribuinte é fixado na lei através de uma importância fixa, ou se o imposto varia (*e.g.* variando conforme a matéria coletável), respetivamente, sendo que a taxa do imposto de quota variável pode ser progressiva, degressiva ou regressiva;
4. Impostos periódicos e impostos de obrigação única: quando o pressuposto de tributação apresenta uma certa característica de estabilidade ou continuidade é um imposto periódico (*e.g.* exercício de uma atividade comercial), caso contrário, quando esse pressuposto se apresenta isolado e mesmo quando se possa repetir é tomado isolado, então é de obrigação única (*e.g.* aquisição de um prédio);
5. Impostos principais, impostos acessórios e impostos dependentes: os impostos principais gozam de autonomia, existem por si, não dependendo de qualquer relação tributária anterior, ao contrário dos impostos acessórios que acrescem aos anteriores, cuja existência prévia dependem. Já os impostos dependentes podem não depender do imposto principal, a dependência não está na existência efetiva do imposto, mas sim no conteúdo deste, refletindo-se qualquer reação quanto a esse conteúdo<sup>5</sup>;
6. Impostos estaduais e impostos não estaduais: tem em vista a natureza do sujeito ativo da obrigação do imposto, sendo que se o sujeito é o Estado, então o imposto é estadual, caso contrário é um imposto não estadual (*e.g.* autarquia local);
7. Impostos sobre o rendimento, impostos sobre o património e impostos sobre o consumo: atende-se à natureza económica da base sobre o qual incide o imposto, sendo que a natureza pode incidir sobre o rendimento, o património ou sobre o consumo.

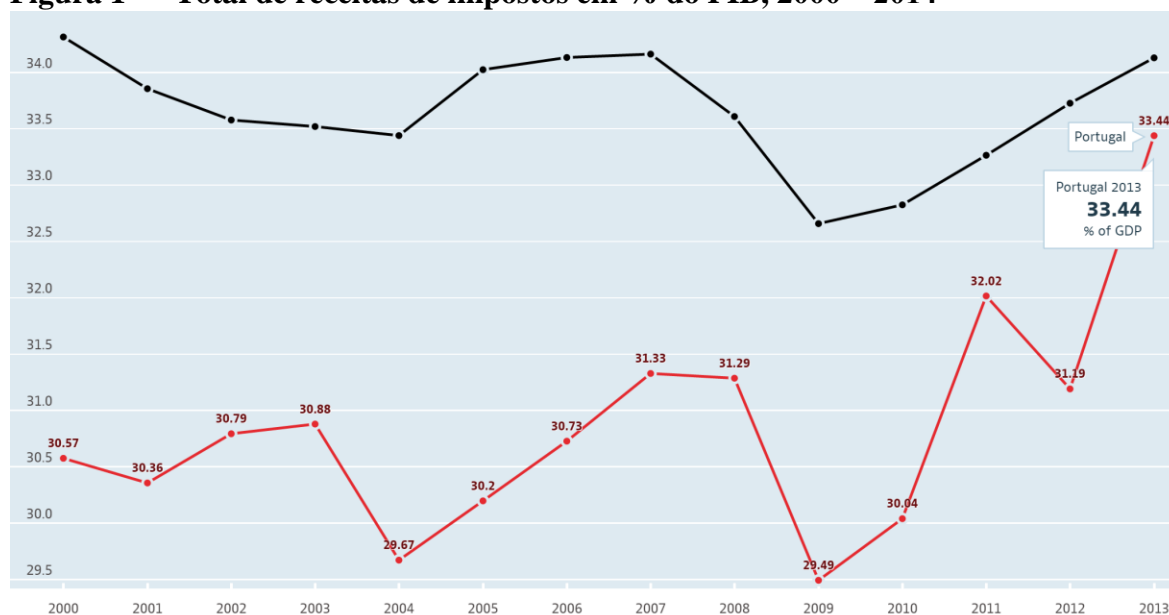
Um indicador importante para compreender a situação fiscal em Portugal é o rácio<sup>6</sup> relacionado com o total da receita fiscal arrecadada pelo Estado, indicando a carga fiscal total do país. Como podemos analisar na figura 1, o indicador evidencia a relevância das

<sup>5</sup> Caso exista uma isenção de imposto principal, esta pode não significar nada para o imposto dependente e ser tributado.

<sup>6</sup> Este indicador é definido pelo rácio entre o total de receitas em impostos, nomeadamente em impostos sobre rendimentos, contribuições para a segurança social, impostos sobre o consumo, impostos sobre propriedades e outros impostos, e o total do PIB.

receitas fiscais relacionando as mesmas com o Produto Interno Bruto (PIB). Portugal encontra-se ligeiramente abaixo da média dos países da OCDE, em que o total de receitas com impostos em 2014, em Portugal, representa 33,44% do PIB, enquanto que a média dos países da OCDE ascende a 34,13% do PIB.

**Figura 1 – “Total de receitas de impostos em % do PIB, 2000 – 2014”**

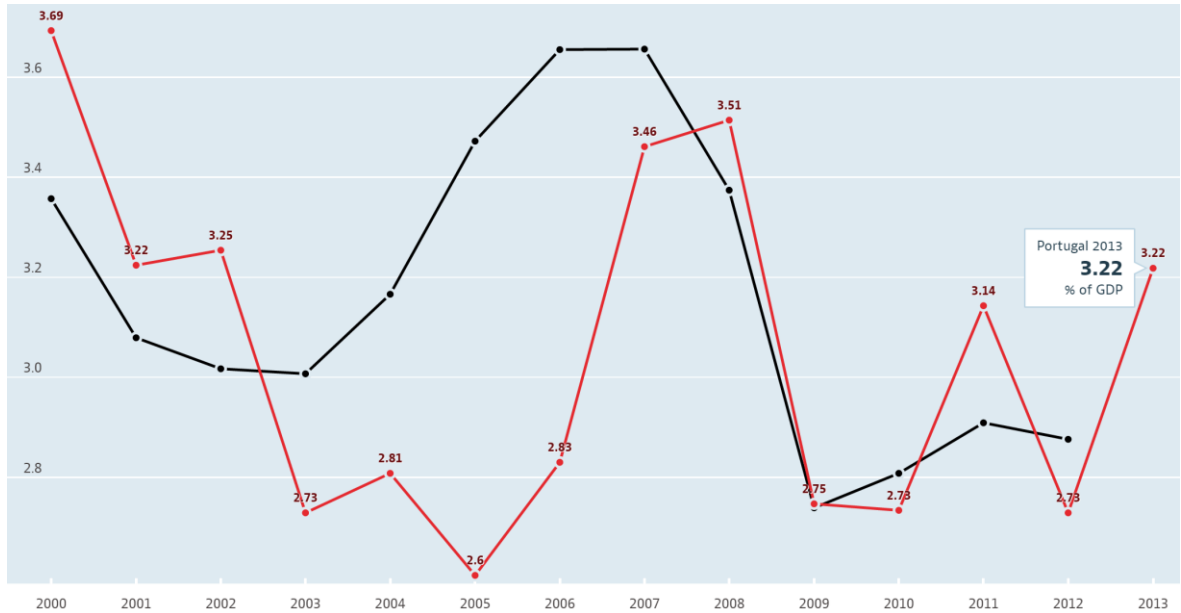


Fonte: OCDE (2015), Tax revenue (indicator). doi: 10.1787/d98b8cf5-en (Acedido a 10 de junho 2015).

É ainda pertinente a análise separada dos impostos sobre o rendimento, objeto de estudo desta dissertação, nomeadamente do IRC e do IRS. Para isso utilizaremos os indicadores do total de receitas em IRC, ilustradas na figura 2, painel A, e do total de receitas em IRS, ilustradas na figura 2, painel B, ambos em relação ao PIB. Ao longo dos anos observa-se que, em termos de IRC, Portugal tem acompanhado a tendência dos restantes países da OCDE, sendo que em 2013 o total de receitas em IRC correspondia a 3,22% do PIB. Já no campo do IRS, na última década, Portugal tem-se mantido cerca de 4 pontos percentuais abaixo da média da OCDE, exceto a partir do ano 2010 em que houve um aumento significativo na receita arrecadada pelo Estado, passando de 5,46% para 7,68% do PIB em 2013, aproximando-se substancialmente da média de 8 pontos percentuais dos países da OCDE.

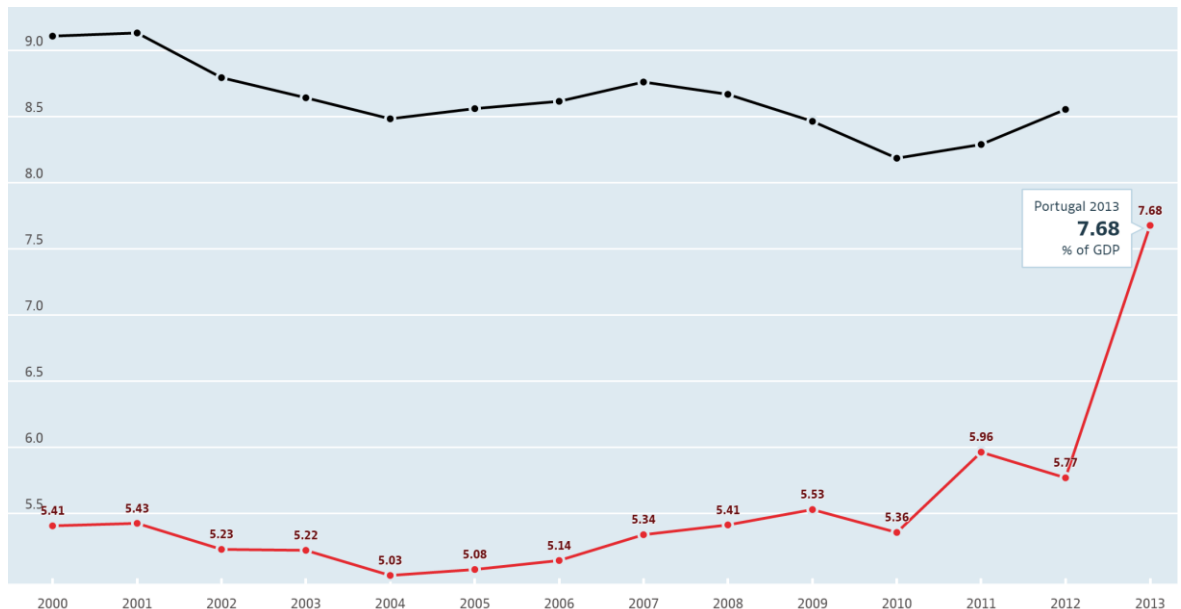
**Figura 2 – “Indicadores do total de receitas em impostos sobre o rendimento em % do PIB, 2000 – 2013”**

Painel A – Total de receitas em IRC em % do PIB, 2000 – 2013



Fonte: OCDE (2015), Tax on corporate profits (indicator). doi: 10.1787/d30cc412-en (Acedido a 10 de junho 2015).

Painel B – Total de receitas em IRS em % do PIB, 2000 – 2013



Fonte: OCDE (2015), Tax on personal income (indicator). doi: 10.1787/94af18d7-en (Acedido a 10 de junho 2015).

Podemos, pois, concluir que as receitas em IRC e IRS são, de facto, muito importantes no orçamento, sendo fruto da política fiscal adotada pelo país. Um indicador da saúde do sistema fiscal pode ser dado, segundo Pereira & Rodrigues (2014), pela *qualidade das finanças públicas*, avaliada comparando as características do seu sistema fiscal com um conjunto de propriedades ideais que este deve ter, nomeadamente ser: suficiente; eficiente; equitativo; simples, transparente e apresentar normas estáveis no tempo. No entanto, a qualidade do sistema fiscal é uma reflexão do seu desempenho, tanto na ótica do Estado, como na ótica do contribuinte, fruto da correta aplicação dos princípios de tributação, como iremos analisar no próximo sub-capítulo.

## ***1.2. Princípios de tributação***

Um sistema fiscal deve observar um conjunto de normas e princípios básicos para a sua aplicação. Para Adam Smith, deveriam existir quatro princípios básicos: a justiça, a certeza, a comodidade e a economia. Atualmente sublinham-se três princípios base: equidade, eficiência económica e simplicidade (Pereira, 2010: 66). Outros princípios podem ser encontrados na literatura, tais como o princípio da legalidade fiscal, da segurança jurídica e da proibição do referendo fiscal. Adicionalmente, a competitividade internacional ou mesmo a arrecadação de receita por parte do Estado são também princípios importantes.

A equidade consiste, segundo Pereira (2010), na repartição justa da carga fiscal pelos diversos contribuintes e não deve ser confundida com igualdade, pois representaria a repartição da carga fiscal de forma idêntica e equivalente para todos os contribuintes, não tendo em conta qualquer fator económico ou social dos mesmos. Um método que inicialmente parecia ser interessante para a consecução de um critério para obter equidade, seria a distribuição da carga fiscal consoante o que cada contribuinte também utilizasse em necessidades de serviços públicos (James & Nobes, 2000: 79). Este critério não é utilizado por se associar de imediato os diversos apoios a contribuintes económica e socialmente frágeis a que estes tivessem que pagar mais impostos. Atualmente, o critério utilizado é o da capacidade contributiva, cuja tradução económica é o rendimento, a riqueza ou o consumo, mas tendo em conta as circunstâncias especiais de cada contribuinte, nomeadamente o

agregado familiar (Pereira, 2010)<sup>7</sup>. Consistente com esta opinião, Bairrada & Martins (*s.d.*) afirmam que na avaliação da equidade num determinado imposto, se recorre normalmente ao princípio da capacidade contributiva.

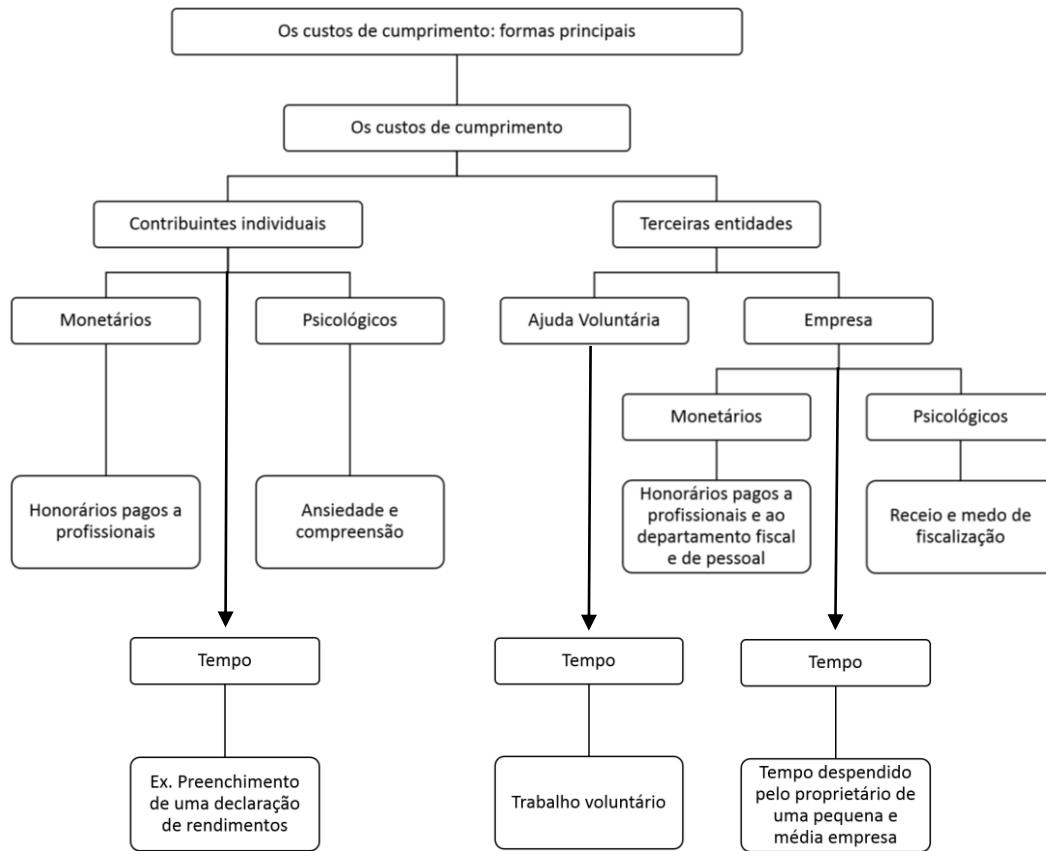
A eficiência económica tem como principal objetivo que os impostos tomem a mesma proporção em diferentes casos com a mesma finalidade, ou seja, que haja neutralidade fiscal. O ordenamento jurídico atual não é totalmente neutro, existindo diversos artigos dos códigos tributários que concedem ao contribuinte certas vantagens fiscais. Este é o ponto de partida para que haja o incentivo ao planeamento fiscal, procurando formas alternativas de tributar, ou não, determinados atos ou negócios jurídicos obtendo assim uma poupança a nível fiscal.

A simplicidade, como o termo refere, traduz-se na necessidade de um sistema fiscal simples e compreensível. Este é um princípio importante para que possa haver uma melhor eficiência administrativa, tais como os custos para o Estado na gestão dos impostos ou para o contribuinte nas suas diversas tarefas para fazer face às suas obrigações. Este último custo, denominado como custo de cumprimento, pode ainda dividir-se em três tipos: custo monetário, custo de tempo e custos físicos ou psicológicos (Sandford, 1995 *apud* Pereira, 2010: 76). Estes tipos de custos podem também ser esquematizados na figura 3:

---

<sup>7</sup> Martins (1999) afirma que as sociedades, tributadas pelo IRC, não estão de acordo com este princípio da capacidade contributiva, pois como Ribeiro (1991: 278) refere, capacidade contributiva é “capacidade para sofrer os sacrifícios que os impostos implicam” e portanto apenas as pessoas físicas podem sentir o sacrifício resultante do pagamento de impostos.

**Figura 3 – “Tipos de custos de cumprimento”**



Fonte: Sandford, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter (1989), *Ob. Cit.*, p. 11.

Lopes (2008) afirma igualmente a existência de três grupos principais: os custos de tempo, que constitui o valor do tempo gasto pelos contribuintes no cumprimento das suas obrigações, nomeadamente no arquivo de documentos, preenchimento de declarações, tempo gasto pelos diretores e empregados com os assuntos fiscais; os custos monetários, que representam despesas de carácter geral como telefone, livros, equipamentos e honorários pagos em consultadoria fiscal; os custos psicológicos, onde se pode incluir a angústia, ansiedade e nervosismo no processo de cumprimento e pagamento de impostos. Embora não seja diretamente uma prestação pecuniária, é certamente equivalente ao custo que os contribuintes estariam dispostos a pagar para se libertarem do encargo (Smith, 1776 *apud* James & Nobes, 2000: 40).

Com um sistema fiscal simples, existe uma relação aceitável por parte do contribuinte para com o Estado, dado que se torna num sistema compreensível por estes e assim não implicar mais custos de cumprimento, sejam monetários, de tempo ou físicos/psicológicos.

No entanto, deve-se ter em conta a difícil combinação de equidade, eficiência económica e simplicidade num sistema fiscal.

Quanto aos limites de natureza formal, o princípio da legalidade fiscal tem por base a *autoimposição*, *autotributação* e o *autoconsentimento* dos impostos, ou seja, devem ser consentidos pelos representantes dos contribuintes, sendo que são criados e disciplinados nos seus elementos essenciais através da lei, na sua aprovação, ou não, do orçamento anual de Estado. O princípio da segurança jurídica limita o legislador na edição de normas retroativas (desfavoráveis) e na livre revogabilidade e alterabilidade das leis fiscais (favoráveis), tendo em atenção que o primeiro está refletido também no artigo 103º da CRP pela não retroatividade dos impostos. Iremos, nos próximos dois subcapítulos, descrever os dois impostos subjacentes ao estudo em causa, nomeadamente o IRC e o IRS.

### **1.3. O IRC e o IRS**

O imposto sobre rendimentos de pessoas coletivas (IRC) é atualmente regulado pelo Código do IRC, aprovado pelo DL n.º 442-B/88, de 30/11, entrando em vigor a 1 de janeiro de 1989. Foram abolidos os impostos da contribuição industrial, imposto sobre a indústria agrícola, imposto de mais-valias, contribuição predial, imposto de capitais, imposto complementar e imposto do selo<sup>8</sup>, por forma a estabelecer-se como uma evolução no âmbito do sistema fiscal.

O IRC é um imposto sobre o acréscimo patrimonial líquido das sociedades com fins lucrativos, sendo que a base fiscal consiste nos resultados líquidos obtidos num determinado ano e em certas alterações patrimoniais, deduzidos dos prejuízos de anos anteriores, benefícios fiscais e custos permitidos por Lei (Pereira & Rodrigues, 2014). A taxa de IRC em vigor é de 21%<sup>9</sup>, sendo que está programada a descida progressiva desta taxa nos próximos anos. O IRC pode ser caracterizado, segundo Catarino e Vasco (2012), por ser um imposto: direto, utilizando o critério que atende à capacidade contributiva, incidindo sobre manifestações imediatas dessa capacidade; periódico, pois renova-se por sucessivos períodos de tributação; estadual, visto que é o Estado o sujeito ativo da relação jurídica de

---

<sup>8</sup> Imposto constante da verba 134 da Tabela Geral do Imposto do Selo.

<sup>9</sup> Exceto nos casos previstos no artigo 87º do CIRC, dado pela redação republicada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, com as atualizações dadas pelas Leis n.º 82-B/2014, 82-C/2014 e 82-D/2014, todas de 31/12.

imposto; unitário, dado que engloba diversos tipos de rendimentos; e proporcional, prevendo diferentes taxas para os diversos tipos de sujeitos passivos.

Se formos à génese da capacidade contributiva, poderíamos afirmar que a tributação seria logicamente aplicável apenas aos sócios das sociedades, dado que são esses que auferem dos lucros das mesmas. No entanto, a criação deste imposto visa essencialmente minorar algumas lacunas que aconteceriam na tributação do rendimento aos sócios, pois uma vez não existindo este imposto, os sócios seriam incentivados a não distribuir o lucro (Morais, 2009). O mesmo autor refere ainda que a importância da existência deste tipo de imposto passa igualmente pela necessidade da repartição internacional do direito à tributação e pela eficácia e simplicidade ao sistema fiscal que a intervenção das sociedades proporcionam.

Naturalmente, existem inúmeros outros esquemas utilizados com o fim de realizar planeamento fiscal, seja legítimo ou abusivo, conseqüente da interpretação e/ou manipulação das normas fiscais e contabilísticas, tanto a nível de IRC como de IRS, como iremos analisar de seguida.

O imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) é regulado pelo Código do IRS (CIRS), aprovado pelo Decreto Lei nº442-A/88, de 30 de novembro, entrando em vigor a 1 de janeiro de 1989, ao mesmo tempo que foram abolidos diversos impostos referidos no subcapítulo anterior, com a introdução do CIRC.

O IRS configura-se como um imposto estadual, pois tem como sujeito ativo o Estado, de âmbito nacional, sobre o rendimento e periódico. É um imposto pessoal e subjetivo pois inclui diversos elementos para o seu cálculo, nomeadamente a situação pessoal e familiar do sujeito passivo. Como já referido anteriormente, este imposto subordina-se ao princípio da capacidade contributiva, sendo que a medida de avaliação dessa capacidade é aqui medida pelo rendimento<sup>10</sup>.

O CIRS não define *rendimento*, sendo que a base fiscal é calculada através da soma dos rendimentos classificados por seis categorias, depois de efetuadas as deduções e abates, consoante a constituição do agregado familiar. As categorias incluem rendimentos provenientes de trabalho dependente (categoria A) e trabalho independente (categoria B),

---

<sup>10</sup> Catarino & Vasco (2012) referem três tipos de rendimentos: o rendimento produto, o rendimento consumo e o rendimento acréscimo. Para o imposto em causa, a tipologia fixa-se no rendimento acréscimo.



rendimentos de capitais (categoria E), rendimentos prediais (categoria F), rendimentos de incrementos patrimoniais (categoria G) e rendimentos de pensões (categoria H). Catarino & Guimarães (2012) afirmam que o IRS integra uma vertente analítica constituída pela autonomização dos rendimentos tributáveis em categorias, pela consagração de regras próprias de determinação do rendimento líquido, e por isso associam-se-lhe consequências ao nível da cobrança antecipada do imposto (*e.g.* retenções na fonte e pagamentos por conta). No entanto, a principal inovação da reforma fiscal de 1989 foi superar esse sistema pela substituição por um sistema de tributação sintética, que implica que os rendimentos das diversas categorias sejam englobados para efeitos de o rendimento global ser submetido à tributação (Basto, 2007).

Uma vez introduzido o sistema fiscal, bem como as noções introdutórias no âmbito dos impostos, pudemos analisar os diversos tipos de impostos existentes em Portugal. Conclui-se que a carga fiscal em Portugal é menor que na média da OCDE, sendo que as receitas em IRC e IRS são de grande importância no orçamento.

Após a apresentação dos princípios de tributação, dos quais se destacam a equidade, a eficiência económica e a simplicidade, introduziram-se os impostos sobre o rendimento: o IRC e o IRS. Inicia-se o debate de esquemas, atos e negócios com cariz de planeamento fiscal abusivo, pelo que no próximo capítulo iremos explorar extensivamente esta área, fundamental para o desenvolvimento desta dissertação.



## Capítulo II

### Planeamento fiscal

#### *2.1. O planeamento fiscal legítimo e ilegítimo*

Ao iniciar este capítulo, os conceitos essenciais devem ser definidos. Segundo Sanches (2006), o planeamento fiscal pode subdividir-se em dois tipos: o planeamento fiscal legítimo e o ilegítimo. O planeamento fiscal legítimo consiste numa técnica de redução da carga fiscal, no qual o sujeito passivo escolhe a solução que está associada a menores encargos fiscais, dentro das possibilidades que o ordenamento jurídico disponibiliza, ou seja, as quais têm lugar *intra legem*. Já o planeamento fiscal abusivo, ou evasão fiscal, consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar a intenção ou propósito das normas. Para Courinha (2004: 15), o planeamento fiscal abusivo, ou elisão fiscal, corresponde à “atuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário”. Assim, para melhor compreensão neste estudo, iremos a partir de agora utilizar a terminologia planeamento fiscal legítimo e planeamento fiscal abusivo ou evasão fiscal, pois consideramos que estas são as terminologias mais utilizadas no âmbito fiscal.

Para além destes dois tipos de planeamento fiscal, ainda pode existir a hipótese do contribuinte ter um comportamento que o leve a ser considerado como fraude fiscal, sendo que segundo o Regime Geral de Infrações Tributárias (RGIT)<sup>11</sup> define fraude fiscal como

(...) as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais suscetíveis de causarem diminuição das receitas tributárias.

---

<sup>11</sup> Artigo 103, n.º 1 do RGIT.

A distinção entre planeamento fiscal legítimo e abusivo pode ser definida com os termos utilizados pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América<sup>12</sup> citadas por Slemrod & Yitzhaki (2002),

*When the law draws a line, a case is on one side of it or the other, and if on the safe side is none the worse legally that a party has availed himself to the full of what the law permits. When an act is condemned as evasion, what is meant is that it is on the wrong side of the line...*

Esta classificação das operações entrecruza-se normalmente nas discussões da legalidade da aplicação da CGAA da LGT, no seu artigo 38º, n.º 2. De realçar que apenas situações reconhecidas como planeamento fiscal ilegítimo, ou abusivo, se incluem no domínio da CGAA. Assim, caso esteja incluído noutra domínio, esse ato ou negócio é externo à aplicação da CGAA. Isto é o mesmo que dizer que, quer no domínio de planeamento fiscal legítimo, ou não abusivo, quer no domínio de fraude fiscal qualificada criminalmente, não se aplicará a CGAA.

Além da CGAA, no domínio do planeamento fiscal abusivo, existem diversas cláusulas específicas na legislação portuguesa. Aliás, essas cláusulas devem ser, de facto, os instrumentos preferenciais na delimitação da fronteira entre os diversos tipos de planeamento, pois são mais objetivas na sua interpretação. Não existem, hoje em dia, regimes que não tenham este tipo de instrumentos. Aliás, todas as organizações internacionais, tal como a OCDE, recomendam a existência destas almofadas de proteção. Temos assim cláusulas destinadas a regular considerações de abusos dentro de cada regime fiscal e, por isso, a tendência é naturalmente para o aumento da existência deste tipo de instrumentos protetores.

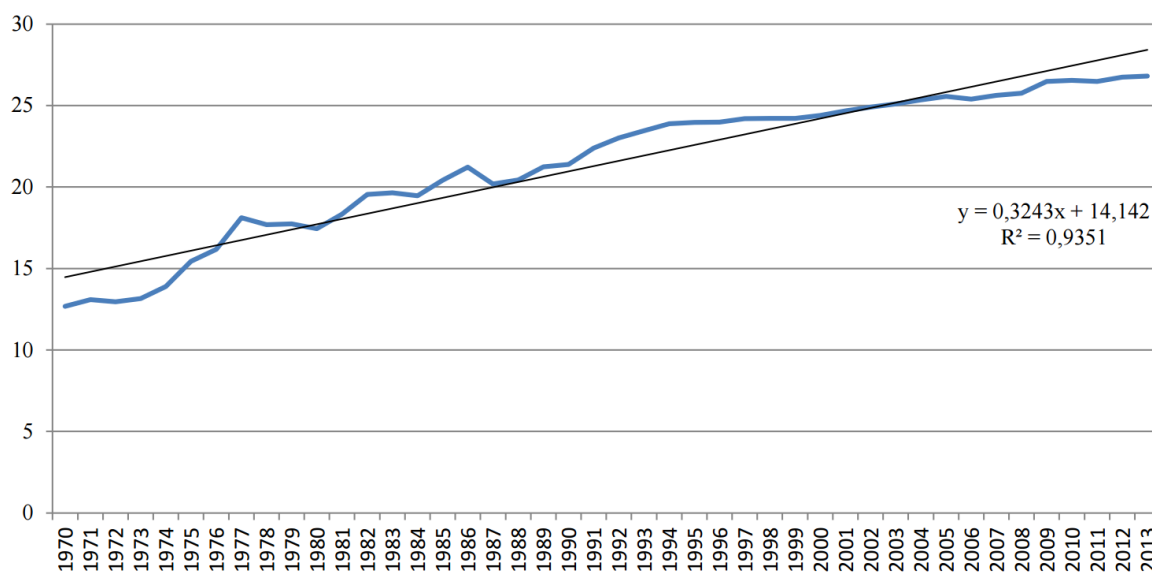
Segundo Lang, Melz & Kristoffersson (2009: 518), a criação de uma CGAA pode trazer problemas à segurança jurídica e à eficiência do sistema fiscal. Por isso, quanto mais concreta a CGAA for, maior segurança jurídica existirá e, por outro lado, quanto menos concreta for a CGAA, menos eficiente e útil será a mesma. Embora a cláusula geral possa ser considerada um instrumento poderoso do Estado, toda a complexidade na aplicação da norma exigem da AT um esforço de fundamentação especial, a que corresponde um procedimento especial de aplicação da norma.

---

<sup>12</sup> Bullen v. Wisconsin (1916), 240. US. 625-630.

Um elemento que pode ajudar a perceber a dimensão que o planeamento fiscal tem em Portugal é, precisamente, através da Economia Não Registada (ENR), frequentemente denominada como economia paralela<sup>13</sup>. Segundo um estudo realizado pelo Observatório de Economia e Gestão de Fraude, da Faculdade de Economia do Porto, a ENR em Portugal toma valores crescentes desde pelo menos 1970, representando 12,68% do PIB, e em 2013 representando o equivalente a 26,81% do seu PIB, conforme podemos observar na figura 4:

**Figura 4 – “Economia Não Registada no PIB oficial (%), em Portugal”**



Fonte: Afonso, Óscar (2014), *A Economia Não-Registada em Portugal Índice de 2013*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, 26, Figura 3.

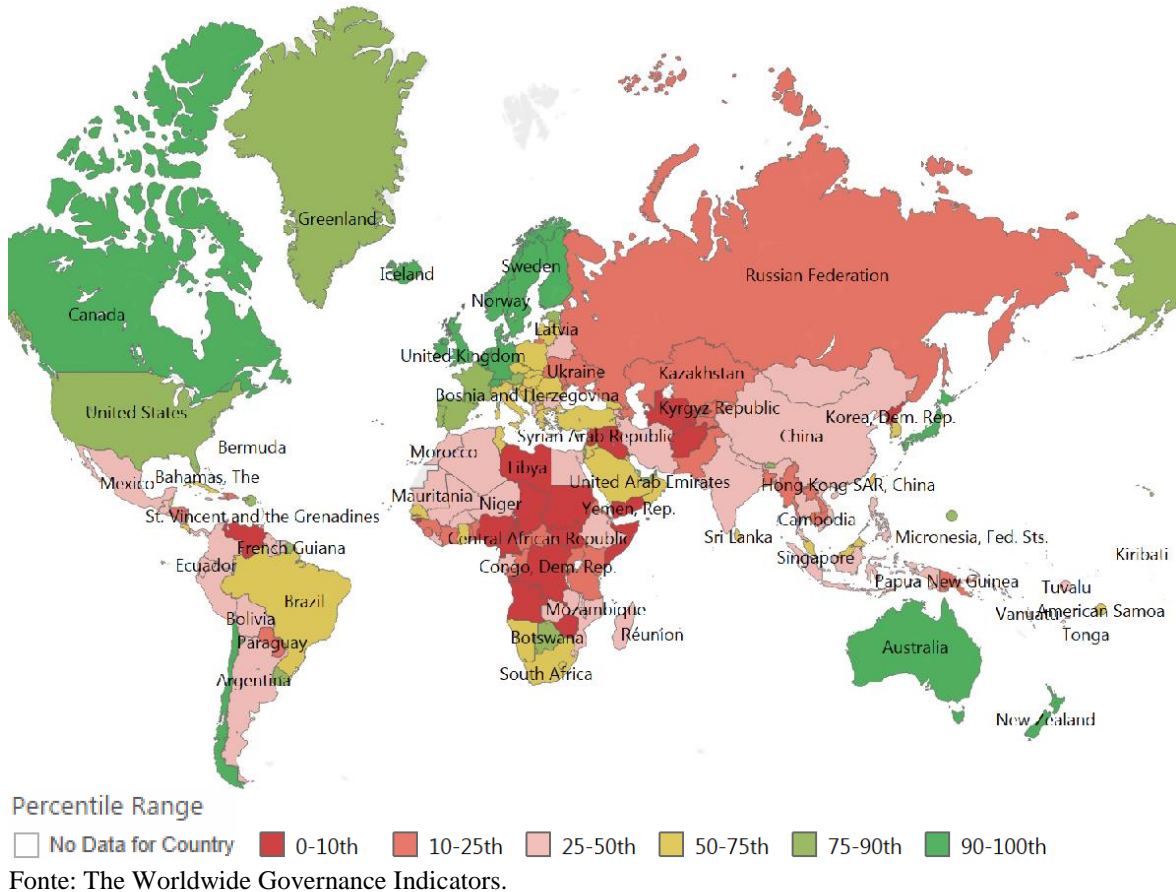
Sabe-se que, hipoteticamente, caso a totalidade da ENR entrasse efetivamente para a economia formal, existiria, provavelmente, uma quebra do volume do produto realizado comparado com a situação de existência de uma economia paralela. No entanto, cerca de um terço do volume da ENR continuaria a ser realizado mesmo com a eliminação da economia paralela (Jensen & Wöhlbier, 2012 *apud* Stankevicius & Vasiliauskaite, 2014: 1), o que representaria um aumento de cerca de 9% do PIB, valor este bastante significativo.

Na ótica europeia, Portugal continua a ser um dos países em que a economia paralela representa uma grande parcela do produto do país. A média, entre 1999 e 2010, encontra-se

<sup>13</sup> Não iremos desenvolver este tema extensivamente nesta dissertação. Cf. Schneider (2012) para mais desenvolvimentos sobre o tema.

em cerca de 23% do PIB<sup>14</sup>, acima da média dos países em análise que representa 20% do PIB (Pappa, Sajedi, & Vella, 2015). No entanto, Portugal tem uma posição positiva no que respeita ao controlo de corrupção<sup>15</sup> a nível mundial, alcançando um lugar entre o intervalo de 75-90, ou seja, mais concretamente, podemos afirmar que 78,90% dos países constantes deste ranking estão abaixo de Portugal, conforme podemos observar na figura 5:

**Figura 5 – “ Indicador do controlo de corrupção a nível mundial, 2013”**



Ainda sobre a questão da determinação da legitimidade, ou não, do planeamento fiscal, podemos seguir os pressupostos da aplicação da CGAA. Parece haver consenso na aplicabilidade da doutrina desenvolvida por Courinha (2004). Essa doutrina divide em cinco elementos a avaliação da forma de aplicação da norma. Esta doutrina é composta pelos elementos meio, resultado, intelectual, normativo e sancionatório. Uma vez preenchidos os

<sup>14</sup> Valor ligeiramente abaixo do que o encontrado no estudo do Observatório de Economia e Gestão de Fraude.

<sup>15</sup> Este indicador mede o poder público e a eficácia política de um país no combate à corrupção. Um valor alto significa uma melhor atuação do governo.

quatro primeiros pressupostos, aplicar-se-á então o quinto pressuposto – elemento sancionatório – e então a CGAA, obtendo-se o efeito fiscal que ocorreria sem o esquema de planeamento fiscal utilizado.

Na análise desta delimitação deve verificar-se a prevalência da substância sobre a forma. Ou seja, quando a natureza do contrato ou do negócio é processada erradamente quanto à sua forma, abre-se assim uma possibilidade a que a AT possa reagir, mas apenas quando se encontre perante formas de planeamento fiscal, ou seja, caso exista uma manipulação da qualificação legal. Um breve exemplo deste tipo de situações é a qualificação de uma remuneração de um serviço prestado como uma simples doação, não sendo tributado fiscalmente, como deveria. A origem do conceito de prevalência da substância sobre a forma na aplicação da CGAA encontra-se na jurisprudência anglo-americana. No entanto, segundo Sanches (2006), este poder [da CGAA] depressa encontra os seus limites e manifesta a sua total impotência perante formas mais sofisticadas de planeamento fiscal, o que é facilmente alcançável com um aumento de complexidade das cláusulas negociais.

## ***2.2. Os incentivos ao planeamento fiscal***

O incentivo para as operações de planeamento fiscal pode partir do próprio sistema tributário. Segundo Pinto (2011), se as taxas dos impostos forem elevadas, o ganho resultante da procura e realização de atos ou negócios jurídicos que tenham como objetivo obter vantagens fiscais será conseqüentemente mais relevante. Por outro lado, se houverem expectativas de que a fiscalização por parte da AT seja fraca ou deficiente, então aumenta a tendência a que esquemas de planeamento fiscal ocorram. Para James & Nobes (2000: 101), as principais causas para a existência de esquemas de planeamento fiscal são as taxas de imposto altas, leis imprecisas, insuficiência de sanções e a inequidade fiscal existente.

Por outro lado, num mundo económico e empresarial cada vez mais evoluído e interligado, também a fiscalidade se torna numa área cada vez mais complexa, levando a que existam lacunas no ordenamento jurídico das quais as empresas possam retirar vantagens fiscais que não eram intenção do legislador. Uma das formas que as empresas têm optado para tornar essa gestão fiscal mais eficiente relaciona-se com os incentivos que oferecem aos

seus diversos colaboradores dessa área, nomeadamente chefes executivos, financeiros, operacionais, entre outros.

Armstrong e Blouin (2012) concluem que as compensações dos diretores fiscais têm uma relação negativa associada à *Generally Accepted Accounting Principals Effective Tax Rate (GAAP ETR)*<sup>16</sup>. A interpretação teórica e lógica deste comportamento é por a *GAAP ETR* ser relativamente controlável pelo diretor fiscal e pode ser mensurada com precisão suficiente para o mesmo ser avaliado e, assim, incentivado. No entanto, este estudo apresenta algumas limitações, nomeadamente a impossibilidade de analisar diretamente os contratos de compensação dos mesmos, apenas sendo analisadas compensações monetárias, podendo existir outros incentivos.

Também Philips (2003) encontrou evidência consistente com o facto de a mensuração da *performance* do Resultado Depois de Impostos dos *Business-Unit Managers* resultar numa taxa efetiva de imposto mais reduzida e em vantagens fiscais economicamente significantes. Estes resultados sugerem que outros incentivos, que não a mensuração da *performance*, como veja a progressão na carreira, são suficientes para motivar os *Chief Executive Officer's (CEO)* a darem atenção especial ao Resultado Depois de Imposto.

Por fim, Marques *et al.* (2011) mencionam que empresas com um maior *Average Income Tax Rate (AITR)*<sup>17</sup> têm tendência a utilizar uma maior manipulação dos seus resultados, dado que são incentivados a minimizar os seus impostos e os seus resultados. Analisa-se ainda neste artigo a alteração em alta dos limites mínimos e máximos do Pagamento Especial por Conta (PEC) em 2003<sup>18</sup>, concluindo-se que as empresas em que o PEC estava estimado entre esses novos limites tem um acréscimo na manipulação dos resultados, como seria de esperar.

Com o crescente aumento de incentivos à poupança fiscal e à crescente elaboração de esquemas inseridos no planeamento fiscal, por parte de departamentos específicos das sociedades, ou até por profissionais contratados para tal, é compreensível que o Estado crie, e estabeleça, procedimentos de combate à evasão fiscal. Assim, o Governo aprovou, em outubro de 2011, um Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o triénio de 2012 a 2014, definindo as grandes linhas estratégicas de atuação a médio

---

<sup>16</sup> Taxa efectiva de imposto relativa ao resultado contabilístico.

<sup>17</sup> Taxa média de imposto.

<sup>18</sup> O limite mínimo foi alterado de 498,80€ para 1.250,00€ e o limite máximo foi alterado de 1496,39€ para 200.000,00€.



prazo pela administração fiscal, com o objetivo de progredir no nível de eficácia de combate à fraude e evasão fiscal. Dentro dos objetivos cumpridos e executados dentro desse período consta a flexibilização das regras de utilização da CGAA por parte da AT para combater o planeamento abusivo. Semelhantemente, para o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o triénio de 2015 a 2017<sup>19</sup>, o Governo pretende, no âmbito operacional, continuar a reforçar o uso da CGAA para combater novos esquemas de planeamento abusivo, bem como os respetivos promotores e intensificar a utilização do regime legal da CGAA.

### **2.3. Cláusula geral anti abuso**

As cláusulas anti abuso têm por objetivo prevenir e reprimir as crescentes práticas de evasão fiscal. Essas normas podem ser cláusulas gerais e cláusulas específicas, sendo que, neste subcapítulo, iremos abordar as primeiras, mais concretamente a CGAA.

A primeira discussão sobre a temática de existência de uma cláusula no ordenamento jurídico que fizesse face à evasão fiscal, e assim combater esta tendência crescente, ocorreu na década 70. No entanto, esta questão ficara esquecida até aos anos 90. Em 1998 foi introduzida então a Cláusula Geral Anti Abuso. Sendo já existentes diversas normas de combate à evasão fiscal, o âmbito desta nova cláusula devia ser bem analisado e determinado, pois, se não o fosse, poderia dizer-se que as restantes normas anteriormente impostas eram ineficientes, sendo essa a motivação do legislador ao aplicar a CGAA.

Inicialmente<sup>20</sup>, a redação do n.º 2, do artigo 38º da LGT era bastante limitada. Os efeitos práticos desta norma legislativa eram reduzidos,

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

---

<sup>19</sup> Governo de Portugal (2015), *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, acedido a 1 de junho 2015.

<sup>20</sup> Após a Lei n.º 100/99, de 26 de julho.

Apenas na revisão da LGT<sup>21</sup>, se estabeleceria então uma norma com maior alcance com a imposição do atual n.º 2, do artigo 38º da LGT,

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

A possibilidade de uma norma legal dar poderes à Administração para desconsiderar os efeitos fiscais dos contratos, ou outros negócios jurídicos, não pode deixar de ser considerada como uma limitação ou restrição à autonomia privada do sujeito passivo, à liberdade que a este assiste de escolher livremente o processo que deseja no ordenamento jurídico em vigor. É importante perceber que a luta contra as múltiplas e imaginativas formas deste tipo de fenómeno, muito dificilmente poderá ser levada a cabo com êxito pelo legislador através de uma previsão de múltiplas e diversificadas cláusulas especiais (Nabais, 2003: 219), pois as sociedades encontram regularmente novas formas de interpretar ou contornar a legislação com o objetivo de conseguirem poupança fiscal. No entanto, o mesmo autor questiona-se se, tendo exercidos esses poderes, tal se arrisca a violar a livre disponibilidade económica dos indivíduos e das empresas. Com efeito, a liberdade de escolha em praticar atos ou negócios jurídicos com o objetivo de diminuir a carga fiscal pode ser uma opção económica, desde que não se utilizem meios ou instrumentos insólitos ou de todo desapropriados ao objetivo ou objetivos económicos desejados.

A escolha do contrato ou negócio mais eficiente deve ser feita por razões exclusivamente económicas, mas tal contende muitas vezes com a falta de neutralidade fiscal, característica do nosso sistema, que deveria permitir ao sujeito passivo a escolha da solução ótima, conseguindo o mesmo resultado fiscal independentemente da via que optasse. Segundo Sanches (2006), os requisitos de aplicação da norma são três: que os negócios tenham como intenção a redução ou a eliminação de uma oneração fiscal; que se utilize meios artificiosos ou fraudulentos; e, que se verifique um abuso das formas jurídicas. No

---

<sup>21</sup> Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro.

entanto, uma primeira restrição à aplicação da norma passa por perceber a forma de qualificação de determinado negócio como *negócio artificioso e fraudulento*, tendo em atenção o aspeto da liberdade de gestão fiscal constituir um princípio constitucional do maior significado em sede da tributação das empresas. No entanto, como todos os direitos e liberdades, não pode deixar de ter limites (Nabais, 2006).

Uma vez que a aplicação da CGAA conduz a diversos problemas, a AT não pode simplesmente aplicar a mesma ao seu livre arbítrio, sob pena de lesar os direitos dos contribuintes. Assim sendo, existem cinco pressupostos de aplicação da CGAA, sugeridos, como anteriormente referido, por Courinha (2004): elemento meio; elemento resultado; elemento intelectual; elemento normativo; e, elemento sancionatório, sendo este último aplicável apenas após a verificação dos outros quatro pressupostos. Os vários pressupostos serão agora desenvolvidos consoante a doutrina proposta por Courinha (2004).

O elemento meio corresponde à forma utilizada e escolhida pelo contribuinte para obter a vantagem fiscal pretendida. Pode aqui fazer-se referência à doutrina *step transaction*, aceite pelos tribunais, que está relacionada com a sequência de atos, olhando todos os atos como um todo, e não independentemente. Por vezes, não só o último ato é relevante, mas sim em conjunto com outros atos. O ato final teve na base uma sequência de atos, existindo efetivamente uma cadeia temporal na qual foram realizados estes negócios jurídicos. Isso permite antever um esquema de natureza abusiva com o objetivo exclusivo de impedir a tributação, havendo uma interdependência entre eles. No entanto, não basta existirem diversos atos e um resultado fiscal, mas sim a demonstração pela AT do caráter pré-planificado e unitário daqueles atos.

O elemento resultado representa a vantagem fiscal e a equivalência económica obtidas consequentes pelos meios identificados no elemento anterior. A vantagem fiscal é um conceito relativo quanto à delimitação nas comparações com o nível de tributação das diversas operações. Segundo Courinha (2004: 172),

as situações de vantagem fiscal devem entender-se, para efeitos da CGAA, como qualquer situação pela qual, 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.

Ou seja, neste elemento, o objetivo é a demonstração do alcance de determinada vantagem fiscal por um sujeito passivo através de um ato economicamente equivalente ao do ato normalmente tributado.

O elemento intelectual determina a motivação do sujeito passivo, e é, por isso, subjetivo. Esta determinação é importante, pois podem ser praticados atos ou negócios jurídicos com os fins descritos anteriormente sem que tenha havido uma motivação clara de lesar a AT e de obter qualquer vantagem fiscal. Verifica-se por isso, neste elemento, que a motivação para a finalidade fiscal é preponderante sobre a finalidade não fiscal, não bastando um ato ou negócio jurídico em que se obtenha apenas um resultado fiscalmente vantajoso. Ou seja, se a motivação fiscal do contribuinte é a principal, senão a única motivação. Se existirem outras razões de ordem económica que sugiram a operação, ou a necessidade de promover aquele tipo de atuação, então não se verifica o elemento intelectual. No entanto, por vezes, pode existir uma intenção fiscal, mas de todo não se pode negar que exista uma motivação económica acessória, caminhando-se então para uma área cinzenta. Alguns países apontam critérios para a delimitação desta fronteira, nomeadamente a forma como o esquema foi montado, a respetiva forma e substância, os resultados financeiros do contribuinte e o *timing* do esquema.

O elemento normativo é de muito difícil apreciação, conduzindo para a avaliação da censura ético-jurídica do comportamento do contribuinte, face aquela que era a intenção do legislador. Não só o elemento racional é muito subjetivo, como ganha cada vez mais peso, com o objetivo de perceber qual é o desejo do legislador. Existem muitos casos em que há falta de esclarecimento nas normas que contenham uma intenção implícita, e essa intenção deliberada do legislador confere um convite à opção. Este elemento pretende manter demonstrar o espírito e a intenção da lei, e não a sua leitura formal, ou seja, analisar a lei numa perspetiva não literal. A sua comprovação pode ser direta, podendo a intenção da lei ser investigada em relatórios, estudos, diplomas e outros documentos legais, sendo que, normalmente, o legislador ocupa-se de situações gerais e não de casos particulares.

O elemento sancionatório relaciona-se com a proposta de substituir os efeitos fiscais pelo ato que a AT considera normal, conduzindo por isso para a desconsideração do efeito fiscal da operação, dependendo da verificação cumulativa de todos os elementos anteriormente identificados.

Já referimos aqui que a questão principal para a aplicação da CGAA passa pela distinção entre os negócios elaborados por razões económicas e os negócios elaborados por razões meramente fiscais. Para isso, o legislador, tendo em conta a importância da aplicabilidade da CGAA, introduziu no ordenamento jurídico os procedimentos da sua fundamentação, descritos no artigo 63º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) que trata da relação entre a norma fiscal e a atuação do sujeito passivo, assinalando uma base para o exercício dos poderes pela AT. A fundamentação supracitada passa exatamente pela demonstração de determinada intenção lesiva por parte do sujeito passivo, caso esta exista. Pretende-se caracterizar a sua motivação, sendo que se deve indicar: a descrição do negócio ou ato jurídico realizado e dos negócios ou atos de idêntico fim económico, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam; e, a demonstração que o mesmo foi essencial ou principalmente dirigida à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em caso de negócio ou ato com idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais<sup>22</sup>. Um método utilizado para entender essa motivação é o denominado *business purpose test*, sendo “uma razão comercial legítima tal como vir a ser demonstrada pelo sujeito passivo, em particular no caso de este ter adotado uma via pouco habitual” (Sanches, 2006: 176). A AT deve demonstrar que a operação realizada se deveu, senão unicamente, a um objetivo essencial de redução de carga fiscal. Realçamos ainda que, na redação anterior<sup>23</sup> do CPPT, esta consagrava um prazo de aplicação de três anos a contar do início do ano civil seguinte ao da realização do negócio jurídico objeto das disposições anti abuso e que atualmente esse prazo não existe, tendo sido um objetivo cumprido constante no Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras do triénio 2012-2014<sup>24</sup>. Assim, flexibilizou-se a utilização das normas anti abuso, tornando-as mais eficazes no combate aos esquemas de planeamento fiscal abusivo e de elevada complexidade.

A CGAA sanciona o comportamento abusivo, caso este se verifique, considerando o ato ou negócio como ineficaz no âmbito tributário. Assim, a AT, tendo poderes para desconsiderar os atos ou negócios, adapta-os de forma a poder anular as vantagens fiscais primordiais, reconstruindo-os como se a motivação fiscal não tivesse lugar. Esta

---

<sup>22</sup> Artigo 63º, n.º 3 do CPPT.

<sup>23</sup> Redação anterior à Lei n.º 64-B/2011, de 30-12.

<sup>24</sup> Governo de Portugal (2015), *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, acedido a 1 de junho 2015.

reconstrução jurídica deve ser elaborada “realizando-se a tributação de acordo com a carga tributária que resultaria da aplicação direta da norma iludida e sem recurso aos meios que, assegurando sempre o resultado não fiscal equivalente, permitem a vantagem fiscal” (Courinha, 2004: 199). No entanto, não se pode recorrer à aplicação da CGAA em casos onde o legislador, por diversas razões, deixou que em determinadas situações certos tipos de negócios ou atos não fossem tributados, estando sempre salvaguardadas as alterações à lei que têm como objetivo a tributação dos mesmos, mas que a sua interpretação não segue a vontade do legislador. Um exemplo claro disso podia ser encontrado na antiga redação do CIRS sobre a tributação de mais-valias na alienação de quotas e de ações.<sup>25</sup> Certo é que a divulgação pela AT das decisões sobre os diversos casos existentes constitui um alerta para os contribuintes sobre o pensamento administrativo, prevenindo o comportamento dos mesmos.

A nível europeu, a União Europeia (UE) tem liderado os seus Estados-Membros na boa governação nas questões fiscais, promovendo princípios neste domínio. Em comunicado<sup>26</sup> da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho no âmbito da transparência fiscal para combater a evasão e a elisão fiscais, refere-se que se espera que o projeto BEPS<sup>27</sup> fique concluído em 2015, conduzindo a uma reforma do ambiente fiscal mundial, tornando-o bastante mais hostil no futuro para os responsáveis pela evasão fiscal. Os objetivos da UE para combater a evasão fiscal constam no Pacote de Transparência Fiscal elaborado pela Comissão Europeia, sendo eles sucintamente: estabelecer disposições rigorosas em matéria de transparência para os acordos fiscais prévios; racionalizar a legislação relativa à troca automática de informações; avaliar a necessidade de novas iniciativas em matéria de transparência; rever o Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das Empresas; melhorar a quantificação do diferencial de tributação; e, promover uma maior transparência fiscal a nível internacional.

---

<sup>25</sup> O artigo 10º, n.º 2, a) do CIRS, com a redação à data em vigor, excluía de tributação as mais-valias provenientes da alienação de ações detidas por mais de 12 meses.

<sup>26</sup> Comissão Europeia (2015), *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a transparência fiscal para combater a evasão e a elisão fiscais*, acedido a 5 de junho 2015.

<sup>27</sup> Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros («Base Erosion and Profit Shifting»), que visa combater a erosão da base tributável e evitar a transferência de lucros entre sociedades para jurisdições com baixa tributação.

A título de exemplo, recentemente o Conselho Europeu aprovou a alteração da diretiva da UE sobre as sociedades-mães e filiais<sup>28</sup>, introduzindo uma cláusula geral anti abuso para combater a evasão e elisão fiscais nos grupos empresariais. No entanto, para além da CGAA, como referido anteriormente, existem diversas cláusulas específicas anti abuso espalhadas pela nossa legislação, por forma a restringir as operações efetuadas com vista ao planeamento fiscal, tomando por base situações mais particulares.

#### ***2.4. Cláusulas específicas anti abuso***

Para além da aplicação da CGAA no combate ao planeamento fiscal abusivo, existe outra possibilidade: a criação e aplicação de normas específicas anti abuso. Estas normas caracterizam-se pela delimitação de zonas ou comportamentos específicos, através da criação de presunções ilidíveis ou inilidíveis, inversões do ónus da prova ou desconsideração de certos gastos, onde o seu campo de operação é restrito (Sanches, 2006). A principal diferença entre a CGAA e as normas específicas anti abuso reside que na CGAA a sua aplicação é abstrata e tem por isso que ser devidamente fundamentada pela AT. Já com a aplicação das normas específicas anti abuso, a decisão deverá ser imediata, dispensando a AT de um significativo esforço de indagação ou de responsabilidade da decisão, sendo por isso utilizadas preferencialmente em detrimento da primeira. Assim, à partida os contribuintes já terão por base algumas das situações concretas que refletem a intenção clara do legislador.

As cláusulas específicas anti abuso são normas antissistemáticas. Ou seja, são exceções e derrogações dos princípios estruturantes do sistema fiscal, para corrigir determinadas falhas do mesmo, solucionando as mesmas através da criação de normas avulsas.

No nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no CIRC, podemos encontrar diversas cláusulas específicas anti abuso, tais como:

1. Dedução de prejuízos fiscais (artigo 52º): limitação do período e valor relativo à dedução de prejuízos fiscais que podem ser deduzidos ao lucro tributável em períodos seguintes;

---

<sup>28</sup> Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011: relativa a ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

2. Preços de transferência (artigo 63º): limitação na construção de preços declarados nas transações entre sociedades com relações especiais, quando estes não respeitem as condições enunciadas na norma;
3. Pagamentos a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (artigo 65º): limitação à dedutibilidade de importâncias pagas ou devidas a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado;
4. Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento (artigo 67º): limitação em relação à constituição do financiamento da empresa, mais concretamente na relação entre o capital próprio e outros tipos de financiamento, limitando a dedutibilidade dos gastos de financiamento;
5. RETGS – Âmbito e condições de aplicação (artigo 69º): determinação de condições e restrições à aplicação do Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades.

No âmbito do CIRS, algumas das cláusulas específicas anti abuso lá constantes são:

1. Residência (artigo 16º, n.º 5): determinação de residentes em Portugal, mesmo que a pessoa com nacionalidade portuguesa se desloque para país, território ou região, com regime fiscal claramente mais favorável;
2. Mais-valias (artigo 43º, n.º 5): apuramento do saldo das mais-valias não releva as perdas apuradas quando a operação está relacionada com residentes ou operações efetuadas em países, território ou região, com regime fiscal claramente mais favorável, nas condições descritas;
3. Taxas de tributação autónoma (artigo 73, n.º 6): tributação autónoma de despesas pagas a entidades singulares ou coletivas residentes num país, território ou região, com regime claramente mais favorável, salvo se puder comprovar que foram operações realizadas, sem carácter anormal;
4. Encargos com imóveis e equipamentos novos de energias renováveis (artigo 85º, n.º 4 e 5): os benefícios fiscais relativos a estes encargos não são atribuídos se forem os mesmos forem devidos a entidades residentes em país, território ou região, com regime fiscal claramente favorável.



Enumeradas algumas das cláusulas específicas anti abuso que se encontram no CIRC e no CIRS, falta analisar de que forma as normas fiscais devem ser interpretadas, não só as referentes às cláusulas anti abuso, mas também à generalidade da restante legislação fiscal.

### **2.5. A interpretação das normas jurídico-fiscais**

Nos critérios a adotar para a interpretação das normas jurídico-fiscais, pode ter-se por base o artigo 11º da LGT, no qual se refere que “na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis”. Ou seja, devem-se interpretar as normas jurídico-fiscais como quaisquer outras normas jurídicas, levando a crer que este ponto levaria à desnecessidade da criação de regras de interpretação especiais para as leis fiscais. Esta norma ainda remete para que a interpretação de conceitos que tenham origem noutros ramos do direito sejam interpretados conforme seriam nesse mesmo ramo do direito, sem que o legislador possa adaptar a sua interpretação ao contexto fiscal, caso este exista (Sanches, 2006: 155). Ainda o n.º 3, do artigo 11º, da LGT consagra que “persistindo dúvidas sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários”, o que de uma forma dá a possibilidade da interpretação das normas seguirem a teoria da interpretação económica. No entanto, as opiniões dividem-se dado que existem outras teorias de formas de interpretação, nomeadamente a da interpretação literal, a da interpretação económica ou a da interpretação funcional (Nabais, 2003: 213), sendo claro a necessidade de perceber a distinção entre a interpretação literal da letra da lei e a interpretação do espírito da lei (Dowling, 2014).

Segundo Pereira (2010: 193), existem quatro teorias de interpretação das leis fiscais que a doutrina utiliza: o princípio “*in dubio contra fiscum*”, em que nos casos duvidoso deve-se adotar a posição mais favorável aos contribuintes; o princípio “*in dubio pro fisco*”, em que, ao contrário do princípio anterior, em caso de dúvida devem ser interpretadas no sentido mais favorável ao Estado; a interpretação literal das leis fiscais, em que os defensores desta posição subscrevem que as leis fiscais devem interpretar-se literalmente, mas criticada por este tipo de interpretação se equiparar quase a uma recusa de interpretação; a aplicação às leis fiscais dos princípios gerais de interpretação, uma vez que o direito fiscal é um ramo de direito como outro qualquer, existe aqui a possibilidade quer da interpretação declarativa,

quer da interpretação restritiva ou quer da interpretação extensiva; a interpretação económica, tem um conteúdo essencialmente económico; e, por fim, a interpretação funcional, em que se deve ter em conta os aspectos políticos, económicos, jurídicos e sociológicos dos atos em causa, fazendo com que o resultado final variasse consoante estas componentes. É de realçar que a existência de um vasto leque de opiniões e interpretações dada a natureza e quantidade de processos fiscais, poderá pôr em causa a segurança jurídica, uma vez que não é providenciado um fio condutor aos sujeitos passivos e ao legislador.

Pudemos, neste capítulo, entender a terminologia aplicada na área subjacente ao planeamento fiscal, nomeadamente na distinção entre os atos legítimos e abusivos. Concluimos que, embora Portugal seja um dos países da Europa com um sistema fiscal mais desenvolvido e rígido, a economia paralela ainda tem uma expressão significativa na economia do país. O planeamento fiscal é devido pela crescente necessidade de alcançar uma maior eficiência da sua gestão fiscal, levando às empresas a incentivar os seus gestores/diretores a criarem esquemas fiscalmente vantajosos. Os incentivos podem traduzir-se em compensações monetárias, fixas ou variáveis, consoante o resultado alcançado, ou noutras compensações, nomeadamente profissionais.

Introduzimos a CGAA e as suas características, como norma reguladora em casos onde o planeamento fiscal abusivo poderá estar presente, para além das cláusulas específicas anti abuso, embora neste estudo apenas se dê ênfase à aplicação da CGAA. Uma vez analisados os cinco pressupostos de aplicação da CGAA, e os diversos modelos de interpretação das normas fiscais, estamos agora em condições de iniciar a análise das decisões de jurisprudência no âmbito da aplicação da CGAA em IRC e em IRS.

## Capítulo III

# A aplicação da Cláusula Geral Anti Abuso à luz das decisões do TCAS e do CAAD

### ***3.1. Metodologia de investigação e objetivo***

O propósito de uma investigação é providenciar conhecimento em relação a um certo fenómeno (Zikmund, *et al.*, 2013). Para a investigação pretendida, será importante definir três pontos, segundo Martins & Theóphilo (2009): a abordagem metodológica, a estratégia de pesquisa, a técnica de coleta de informações, dados e evidência e a avaliação dos mesmos. A abordagem metodológica será empírica, considerando que o facto existe independentemente sem qualquer atribuição de valor ou posicionamento teórico e possui um conteúdo evidente, livre de pressupostos subjetivos. A pesquisa, de carácter qualitativa, será efetuada através de estudo de caso. Embora a pesquisa qualitativa seja difícil de definir, pois não tem nenhuma teoria, paradigma, práticas ou métodos próprios (Denzin & Lincoln, 2011 *apud* Ritchie *et al.*, 2014: 2), existem autores que definem a pesquisa qualitativa com as palavras-chave de preocupação sobre “o quê”, “porquê” e “como” em vez de perguntas relacionados com “quantos” (Ritchie, *et al.*, 2014). Uma forma simplista de distinguir os dois tipos de investigação é que a pesquisa quantitativa está diretamente relacionada com a mensuração de algo, enquanto a pesquisa qualitativa não está (Bryman & Bell, 2015). Contextualizando o estudo de caso na pesquisa qualitativa, este é o mais predominante internacionalmente na pesquisa em área empresarial (Tsang, 2013). A avaliação qualitativa é caracterizada pela descrição, compreensão e interpretação de factos e fenómenos, sendo este tipo de avaliação relacionada ao estudo de caso, pois é o estudo de uma unidade social que se analisa profundamente. Nesta dissertação, o estudo de caso incidirá sobre a análise crítica aos diversos acórdãos do TCAS e do CAAD, procurando compreender e descrever a aplicação da CGAA e, portanto, a delimitação entre planeamento fiscal legítimo e planeamento fiscal abusivo. O estudo de caso pode ser definido como uma exploração por

diversas perspetivas que está todo interligado a um determinado contexto<sup>29</sup> (Ritchie, *et al.*, 2014), analisando determinado(s) caso(s) e retendo uma perspetiva holística e real dos acontecimentos (Yin, 2014).

O objetivo principal será analisar criticamente as decisões impostas pelo TCAS e pelo CAAD que constam nos acórdãos dos mais diversificados casos relacionados com planeamento fiscal no âmbito do IRC e do IRS, com o objetivo de procurar entender se existe convergência ou divergência nas decisões tomadas. Ou seja, se existe uma linha interpretativa clara da CGAA na nossa jurisprudência.

Inicialmente, efetuou-se a recolha de dados, ou seja, a procura de acórdãos onde se discute a aplicação da CGAA ou outras cláusulas específicas anti abuso, pois estes estão diretamente relacionados com casos de planeamento fiscal. Após a composição dos dados, analisou-se a tendência das interpretações do TCAS e do CAAD, nomeadamente na dificuldade em delimitar o planeamento fiscal legítimo e abusivo, estudando a aplicação da CGAA e concluir se existem divergências ou convergências na jurisprudência. Para além do levantamento de referências expostas em meios escritos, tais como livros e periódicos, houve uma pesquisa em material não editado, neste caso os acórdãos supracitados. Sendo este um tema ainda pouco discutido, a pesquisa documental trouxe algumas limitações ao estudo, dado que os acórdãos existentes são ainda escassos, fruto da complexidade de aplicação da CGAA, sendo uma área em que a metodologia de estudo de caso acaba por fazer mais sentido, dada a escassez de recursos (Gerring, 2007).

Assim, a questão de investigação objeto desta dissertação, passa por conseguirmos responder às seguintes perguntas: “existe, ou não, convergência nas decisões tomadas pelos tribunais, no âmbito da aplicação da CGAA?”; “Se sim, qual a interpretação tendencial na aplicação dos pressupostos de aplicação da CGAA para delimitar o planeamento fiscal legítimo e ilegítimo?”. A análise será subdividida no estudo das características dos casos, nas alegações das partes envolvidas nos processos e nas fundamentações dos órgãos jurídicos.

Espera-se concluir que as decisões económicas das empresas não sejam de todo consideradas como sendo planeamento fiscal ilegítimo, mas sim apenas como uma mera decisão de otimização fiscal e económica das mesmas. No entanto, dever-se-á compreender que esquemas demasiado elaborados e complexos, utilizando várias lacunas da legislação

---

<sup>29</sup> Pode estar interligado a diversos contextos, se a análise tiver por base vários casos de estudo.

serão alvo de uma maior desconfiança por parte da Autoridade Tributária, dando realce à aplicação de normas anti abuso.

### ***3.3. Definição da amostra***

A amostra desta dissertação é constituída por sete acórdãos, designadamente: Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10); Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2013-T); Acórdão CAAD 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 234/2014-T); Acórdão CAAD de 20 de dezembro 2013 (Processo n.º 47/2013-T); e Acórdão CAAD de 26 de novembro 2013 (Processo n.º 43/2013-T).

A escolha destes acórdãos foi feita com base na pesquisa nas bases de dados das instituições, sendo que o principal critério utilizado relaciona-se com o âmbito primordial ser relativo à aplicação da CGAA. Notou-se, no entanto, que ainda não existe uma grande diversidade de registos de casos jurídicos com a problemática da aplicação da CGAA, e maior parte dos existentes são sobre temas idênticos.

Os dois primeiros acórdãos (processos n.º 04255/10 e n.º 305/2013-T) são referentes à aplicação da CGAA no âmbito do IRC, sendo os restantes no âmbito do IRS. Embora os temas base dos acórdãos serem maioritariamente semelhantes, achamos que contêm algumas distinções, nomeadamente nas particularidades dos requerentes e constituição das sociedades, sendo que são pormenores necessários para a análise das decisões tomadas.

### ***3.4. Análise dos acórdãos do TCAS e do CAAD***

Embora exista na amostra um acórdão proveniente do TCAS, achamos que se deva dar uma especial relevância ao processo de arbitragem tributária. A arbitragem tributária em Portugal é regulada pelo Regulamento Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, sendo a última alteração feita pela Lei n.º 66/2012, de 31 de dezembro.

A arbitragem constitui uma forma de resolução de litígios através da constituição de um Tribunal Arbitral (TA), constituído por um ou vários árbitros, cuja decisão tem o mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais<sup>30</sup>.

São da competência do TA a pronúncia sobre: a ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; a declaração de ilegalidade de atos de determinação de matéria tributável, de matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais.<sup>31</sup> Assim, a matéria em análise enquadra-se nas competências do TA, nomeadamente na pronúncia sobre a ilegalidade de liquidação de impostos, tanto no âmbito de IRC como de IRS.

É importante realçar que os árbitros que compõem o TA são escolhidos consoante o âmbito do litígio, pois esses mesmos são obrigatoriamente juristas com pelo menos 10 anos de experiência profissional na área de direito tributário<sup>32</sup>, sendo regidos pelos princípios da imparcialidade e da independência e obrigados ao sigilo fiscal nos termos impostos pelos intervenientes.<sup>33</sup>

Para a apresentação de pronúncia arbitral, o Requerente deverá efetuar o devido pedido no prazo de 90 dias (na temática em que o nosso tema está enquadrado), feito mediante requerimento enviado por via eletrónica ao Presidente do CAAD<sup>34</sup>, sendo que caso for um TA constituído por um árbitro singular esse mesmo é designado pelo Conselho Deontológico do CAAD, caso este seja constituído por diversos árbitros, então podem ser designados pelo Conselho Deontológico do CAAD ou pelas partes intervenientes.<sup>35</sup> Ao efetuar o pedido de constituição do TA<sup>36</sup>: o dirigente máximo do serviço da AT pode, no prazo de 30 dias, proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do ato tributário em causa; o contribuinte preclui o direito de, com os mesmos argumentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão ou a promoção da revisão oficiosa ou suscitar pronúncia arbitral sobre os atos.

O processo arbitral tem início na data da constituição do TA, e assim que é recebida a carta do Presidente do Conselho Deontológico do CAAD sobre essa constituição, o tribunal

---

<sup>30</sup> Prêambulo do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>31</sup> Artigo 2º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>32</sup> Artigo 7º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>33</sup> Artigo 9º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>34</sup> Artigo 10º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>35</sup> Artigo 6º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>36</sup> Artigo 13º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

constituído notifica o dirigente máximo dos serviços da AT para apresentar resposta e prova adicional, se esta o entender.<sup>37</sup> Após receber resposta, o TA convoca reunião com as partes<sup>38</sup>, regendo-se pelo princípio da livre condução do processo<sup>39</sup>, importante para a celeridade do processo.

Uma das principais vantagens da arbitragem tributária reside na rápida resolução do litígio, sendo estabelecido um limite máximo de seis meses para a tomada de decisão, salvo exceções<sup>40</sup>. Essa decisão é tomada por deliberação da maioria absoluta, podendo esta ser decomposta por pronúncias parciais incidentes sobre as várias questões do processo, sendo assinada por todos os árbitros, identificando os factos objetos de litígio, as razões de facto e de direito que motivaram a decisão, a data em que a decisão foi proferida e remetida a cada uma das partes um exemplar assinado da decisão, bem como a fixação<sup>41</sup>.

Após conhecermos mais profundamente os procedimentos utilizados na arbitragem tributária em Portugal, regulada pelo RJAT, poderemos dar início à análise dos acórdãos para entender se existe ou não convergência na aplicação da CGAA quanto a casos de planeamento fiscal. Embora o tema em estudo seja o mesmo – a aplicação da CGAA – optámos por dividir a apresentação dos acórdãos em duas secções, dado que os impostos em causa são distintos: o IRC e a CGAA, com dois acórdãos relativos à discussão da aplicação da CGAA no âmbito do IRC, e o IRS e a CGAA, com cinco acórdãos com a mesma discussão mas em âmbito do IRS. Em cada uma destas secções apresentar-se-á uma apresentação genérica dos casos e um resumo mais detalhado dos acórdãos, nomeadamente as alegações das partes intervenientes, a fundamentação do facto e, por fim, a apresentação da decisão, seguida de uma análise global mais profunda sobre os casos constantes e sobre a tendência da jurisprudência. Esta análise global permite-nos compreender se existe, ou não, tendência nos procedimentos de aplicação da CGAA com mais clareza, sendo, no entanto, importante não esquecer todas as particularidades que influenciam a tomada de decisão por parte destes órgãos.

---

<sup>37</sup> Artigo 17º do DL nº 10/2011, de 20 janeiro.

<sup>38</sup> Artigo 18º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro.

<sup>39</sup> Artigo 19º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro, este princípio impõe que a falta de comparência de qualquer das partes no ato processual, a inexistência de defesa ou a falta de produção de qualquer prova solicitada não obstem ao prosseguimento do processo e à consequente emissão de decisão arbitral com base na prova produzida.

<sup>40</sup> Artigo 21º do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro, pode haver prorrogação do prazo por sucessivos períodos de dois meses, com o limite de seis meses, ou seja, num total máximo de doze meses.

<sup>41</sup> Artigo 22º do DL 10/2011, de 20 de janeiro.

### **3.4.1. O IRC e a Cláusula Geral Anti Abuso**

Nesta secção, abordaremos dois acórdãos, no âmbito do IRC, referentes a operações em que foram aplicadas a CGAA pela AT.

O primeiro acórdão data de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10). A requerente é a Jerónimo Martins, SGPS, S.A. que recorre para o Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS) da sentença do Tribunal de 1ª Instância de Lisboa que julgou improcedente a ação em causa – a aplicação da aplicação da CGAA por despacho do Diretor Geral dos Impostos – sendo que o recurso deveria, no entender da requerente, ser julgado procedente e, assim, revogada a decisão recorrida com todas as devidas consequências.

O acórdão seguinte, de 18 de setembro de 2013 (Processo n.º 305/2013-T), tem como requerente uma Sociedade Gestora de Participações Sociais (SGPS) que submete à apreciação do TA a legalidade de liquidação de IRC, relativo ao ano de 2008, com fundamento na errada aplicação da CGAA.

A pretensão objeto do pedido de pronúncia arbitral consiste: (a) Na apreciação da legalidade da liquidação de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas; (b) Na restituição do montante pago em excesso; e (c) No pagamento de juros indemnizatórios calculados, à taxa legal em vigor, sobre o montante indevidamente pago.

Embora esteja inserido no âmbito do IRC – classificação dada pelo CAAD – o acórdão que data 18 de setembro de 2013 avalia um caso de presumível planeamento fiscal abusivo no âmbito de tributação de IRS, como verificaremos posteriormente.

#### **a) Acórdão TCAS Processo n.º 04255/10**

##### **a1) Alegações**

###### **i) da Requerente**

O processo em análise tem por base a liquidação adicional de IRC imposta pela AT devido a atos ou negócios jurídicos que se classificaram como essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos, à redução, eliminação ou deferimento temporal de impostos.

A requerente entende que no caso concreto, a aplicação da CGAA constitui uma violação do dever da boa fé por parte da AT na sua fundamentação para a aplicação da mesma e remete, consequentemente, para a ilegalidade da decisão da AT. Analisando



concretamente a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 38º da LGT, a requerente aponta para a análise efetuada pela AT acerca dos pressupostos para a sua aplicação: o elemento meio, o elemento resultado, o elemento intelectual e o elemento normativo.

Devem-se também ter em consideração as referidas vantagens económicas das operações existentes, ou seja, da existência de uma racionalidade económico-financeira em si mesmo justificativa dos atos ou negócios elaborados. O elemento meio encontra assim justificação através da aplicação da prevalência da substância sobre a forma, argumento amplamente utilizado pela requerente.

Quanto ao elemento intelectual, a forma pré-planeada e deliberada das operações não são negadas, no entanto o sentido pretendido pela AT é refutado.

O resultado é qualificado *secundum legem*, dado que não existem nenhuma oposição à lei, qualquer ilícito, mas sim uma mera aplicação da lei que pareceu mais favorável ao contribuinte.

Assim, para a AT fazer uso da tributação dos atos ou negócios em causa de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais visadas, tem o ónus de provar que a atuação do contribuinte preenche os referidos pressupostos, o que, no recurso da requerente, não sucederia, acusando-se a AT de atacar a gestão e a liberdade negocial.

## **ii) da Requerida**

A requerida (AT) alega que se prova, inequivocamente, a verificação de todos os pressupostos legais para autorizar a tributação pelo recurso à aplicação das normas anti abuso, dado que é minucioso, pormenorizadamente descrito e provado todo o itinerário artificioso e fraudulento que a requerente utilizou para a obtenção da redução, eliminação ou deferimento temporal da carga fiscal, tal como é disposto no artigo 38º da LGT e no artigo 63º do CPPT.

## **a2) Fundamentação do tribunal**

Com vista à apreciação da legalidade dos atos impugnados, foram dados como provados em 1ª instância diversos factos, na qual a AT alega que a requerente utilizou um esquema de planeamento fiscal abusivo. Vejamos.

O capital social da Requerente, “Recheio, SGPS, SA”, era detido à data de 31/12/2002, na percentagem de 84% pela sociedade “Servicompra – Consultores de Aprovisionamento, Lda.” e na percentagem de 15,9% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, sendo que a referida “Servicompra – Consultores de Aprovisionamento, Lda.” era detida na percentagem de 96% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”.

A sociedade “Recheio, SGPS, SA” detém a percentagem de 89% do capital social da sociedade “PSQ – Sociedade de Investimentos Mobiliários e Imobiliários, Lda.”, sendo os restantes 11% detidos pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, sociedade esta sediada na Zona Franca da Madeira (ZFM), isenta de I.R.C<sup>42</sup> e tendo como objeto social a atividade de prestação de serviços na área contabilística e económica, elaboração de estudos económicos e sociais, entre outras similares.

A sociedade “EUROCASH – HOLDING BV”, sociedade sedeada na Holanda, tinha o capital social detido em 99,99% pela sociedade “Recheio, SGPS, SA”, e foi posteriormente incorporada em 1998 na empresa “TAND BV”, sociedade igualmente sedeada na Holanda detida em 99,99% pela sociedade “Recheio, SGPS, SA”. Por fim, a sociedade “HERMES” era detida 100% pela sociedade “Jerónimo Martins, SGPS, SA”, sedeada na ZFM e, por isso, igualmente isenta de IRC. A sociedade “Biedronka”, sedeada na Polónia, tinha o capital social detido em 100% pela “Jerónimo Martins, SGPS, SA”.

A sociedade “Recheio, SGPS, SA” transferiu capital em diversas datas (distribuído por 39 atos específicos de transferências) para a sociedade “PSQ”, a título de prestações suplementares de capital. Por sua vez, esta transferiu a favor da empresa “EUROCASH”, anterior e posteriormente à sua incorporação com a empresa “TAND”, assumindo a responsabilidade dos empréstimos contraídos pela “EUROCASH”.

A sociedade “Hermes” efetuou vários empréstimos à sociedade “TAND”, sendo os direitos a obrigações decorrentes do contrato de mútuo (onde esses empréstimos constam) cedidos à sociedade “PSQ” através de celebração de contato de cedência de posição contratual. De realçar que, no dia seguinte à cedência anteriormente referida, a sociedade “Recheio, SGPS, SA” transferiu para a “PSQ” determinado montante a título de prestação suplementar de capital, montante esse que “PSQ” transferiu, na mesma data, para a “Hermes”.

---

<sup>42</sup> Ao abrigo do disposto no artigo 41º, nº1, do EBF, aprovado pelo DL 215/89, de 1/7.

Também no mesmo ano, a “Recheio” transferiu capital para a “PSQ”, a título de prestação suplementar de capital, que esta transferiu por sua vez para a sociedade “MONT BLANC”, empresa sediada em Channel Islands, considerada não residente, na sequência de um contrato de empréstimo obrigacionista por um período de 10 anos.

Assim, os dividendos gerados pela “PSQ”, em resultado dos juros obtidos com os empréstimos concedidos, conforme demonstrado na Tabela 1, são distribuídos nas percentagens de 11% para a sociedade “Jerónimo Martins” e de 89% para a “Recheio” sem tributação, dada a isenção de IRC de que beneficia a “PSQ” e a dedução dos dividendos no cálculo do lucro tributável das sociedades “Jerónimo Martins” e “Recheio”.

**Tabela 1 – “Totais de ganhos resultantes dos juros obtidos”**

	Ano 2000	Ano 2001	Ano 2002
“MONT BLANC”	12.888.237,98€	12.853.024,22€	12.853.024,22€
“HERMES”, “EUROCASH” e “TAND BV”	13.088.349,41€	13.050.313,26€	6.594.906,17€

Fonte: Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10)

Encontramo-nos perante um conjunto complexo de atos sujeitos a uma arquitetura global. Existem pois eventos preparatórios para alcançar determinado fim, denominados *step by step transactions*, como já foi referido anteriormente. Logo, dever-se-á aplicar a *step transaction doctrine*, dado que existe, de facto, uma sucessão de negócios coordenados entre si para a obtenção de uma vantagem fiscal, permitindo a aplicação da CGAA.

A requerente alega que devem ser consideradas as amplamente referidas vantagens económicas da operação. Todo esse percurso resultaria da existência de uma racionalidade económico-financeira, justificada pela montagem da operação de investimento na Polónia, na sociedade Biedronka, detida em 100% pelo grupo Jerónimo Martins.

No entanto, a aplicação da mesma deve consagrar os seus quatro pressupostos. No que diz respeito ao primeiro, o elemento meio prende-se com os empréstimos realizados pela sociedade “Recheio” a outras empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, através da sua participada “PSQ”, de forma pré-planeada. Apela também à consideração que os gerentes da “PSQ” eram quadros integrados no grupo “Jerónimo Martins”, podendo, de certa forma, influenciar decisões do grupo. Quanto ao segundo pressuposto, o elemento resultado encontra-se explicitamente demonstrado dado o resultado elisivo em termos fiscais, uma vez

que foram utilizados quer a isenção de IRC da participada “PSQ” para efetuar empréstimos a empresas do grupo, quer a dedução dos dividendos ao abrigo do artigo 46º do CIRC, ao invés de juros tributáveis em sede do lucro tributável da sociedade “Recheio”. O terceiro pressuposto, o elemento intelectual, é justificado com o modo deliberado que a sociedade “Recheio” utiliza a sua participada “PSQ” para a concessão de empréstimos a outras empresas, eliminando a tributação dos seus juros, e assim demonstrada a motivação fiscal do contribuinte para a obtenção de vantagens fiscais. Por último, quanto ao quarto pressuposto, o elemento normativo encontra-se no comportamento anti jurídico da sociedade “Recheio” na aplicação da isenção de tributação obtida através da participada “PSQ”, sendo que a única atividade económica que esta desenvolve na ZFM consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe da sociedade “Recheio” em empréstimos para entidades terceiras, não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social. Também é citado o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) “Cadbury Schwepps”, no qual se proferiu na sua argumentação que quando a minimização da tributação

digam 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.

Ora esta exceção não acontece, no entender do tribunal, no caso em apreciação, pelo que conclui a existência do quarto pressuposto.

Assim, o tribunal entende que se encontram reunidos os quatro pressupostos de aplicação da CGAA, encontrando-se os mesmos devidamente fundamentados. Ainda quanto à liberdade de gestão, constante no artigo 103º da CRP, naturalmente que é inquestionável a liberdade de gestão empresarial, mas o tribunal refere que há limites com que tal direito tem de confrontar. Nomeadamente sobre a matéria em apreciação, a lei prevê mecanismos de planeamento fiscal mas, ao mesmo tempo, pretendendo que se previnam a ocorrência de situações de evasão. Citando Sanches (2007), o tribunal refere que não está em causa o exercício da sua autonomia privada: o que se limita é a possibilidade de a vontade do contribuinte ser relevante no que respeita ao grau da sua oneração fiscal.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> L. Saldanha Sanches, Manual de Direito Fiscal, 3ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 155.

**a3) Apresentação da decisão**

Nesta conformidade, acordaram os Juízes da 2ª Secção do tribunal em negar o provimento ao recurso e confirmar a sentença recorrida.

b) Acórdão Processo nº 305/2013-T

**b1) Alegações**

**i) da Requerente**

Embora não havendo acesso às alegações iniciais do processo, referidas no acórdão mas não disponibilizadas, a requerente submete à apreciação do TA a legalidade da liquidação de IRC por aplicação da CGAA alegando uma aplicação errónea dos pressupostos.

**ii) da Requerida**

A AT veio, após a análise de diversos fluxos financeiros descritos posteriormente, considerar que os pressupostos de aplicação da CGAA se encontram verificados.

**b2) Fundamentação do tribunal**

Em 1993 foi constituída a sociedade B, tendo como objeto o “exercício da atividade de serviços de consultoria e assistência oficial, contabilística e financeira, projetos e gestão de empresas, representações nacionais e estrangeiras” com quotas no valor de 5.000,00€, tendo como sócios: sócio 1, com uma quota no valor de 3.750,00€; e sócio 2, com uma quota no valor de 1.250,00€.

Em junho de 2008 foi realizado um aumento de capital através de incorporação de reservas (44.700,00€) e dinheiro (300,00€), de 5.000,00€ para 50.000,00€ e respetiva transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima – B. O aumento de capital em dinheiro foi subscrito pela entrada de três novos sócios, com 100,00€ cada um (sócio 3, sócio 4 e sócio 5). O capital ficou, deste modo, composto por 50.000 ações com o valor nominal de 1,00€.

Em dezembro de 2008 verificou-se um novo aumento de capital para 96.955,00€ e uma incorporação por fusão da sociedade C, ficando o capital distribuído pelo sócio 1 (quota no valor de 84.570,00€) e pelo sócio 2 (quota no valor de 12.425,00€).

Em 2009, o acionista maioritário da B, sócio 1, vendeu as suas 84.570 ações de B à empresa A, SGPS, S.A., constituída em 2008, pelo valor de 2.186.980,00€, ou seja, a um preço unitário de 25,86€. A sociedade A foi constituída com o capital social de 50.000,00€, com o valor nominal de 1,00€, pertencentes aos seguintes acionistas: sócio 7 (participação no valor de 49.996,00€); e sócios 3, 4, 5, 6 e 7 (participação no valor de 1,00€ cada um). A venda descrita engloba-se nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 10º do CIRS<sup>44</sup> e assim excluída de tributação, dado que o sócio 1 detinha as ações há pelo menos um ano.

A AT verificou que a sociedade B apresentava resultados positivos nos exercícios de 2008 a 2010. No entanto, não distribuía quaisquer dividendos nesses anos, apenas a partir de 2011, ou seja, após a realização das operações descritas.

Assim, a AT considerou que a venda das ações devia ser desconsiderada, pois essa operação permitiu que o alienante financiasse a sua própria compra e tornar-se credor pelo pagamento de ações alienadas. Com esta operação, quando B distribuiu dividendos a A ficou dispensada de qualquer encargo tributário<sup>45</sup>, pois ao invés dos fluxos financeiros chegarem aos acionistas sob a forma de dividendos e sujeitos a IRS, estes chegaram sob a forma de reembolso de crédito sem tributação ao nível de IRS.

No entanto, o TA questiona-se se todo este encadeamento visou tão só e apenas subtrair a tributação de rendimentos a ela sujeitos ou, pelo contrário, não foi esse o único ou principal motivo. Atende-se à prática comum de utilização da *step transaction doctrine*, devendo-se analisar o momento decisivo e final das operações em causa<sup>46</sup>. Tendo por base o princípio da prevalência da substância económica, o tribunal considera que a transformação da sociedade por quotas da sociedade B, em sociedade anónima é um ato normal que se insere no campo da liberdade de gestão fiscal, bem como o ato de aumento de capital e incorporação da sociedade C, relacionado com a linha de gestão e estratégia empresarial. Embora o tribunal entenda que se deve analisar se os sobreditos passos realizados serão abusivos, reconduzidos para um final com uma objetiva poupança fiscal, considera que a venda de ações sem sujeição a tributação não se pode ver como algo abusivo

---

<sup>44</sup> Redação dada pelo D.L. n.º 228/2002, de 31/10.

<sup>45</sup> Redação dada pelo disposto no Artigo 32º do EBF da redação anterior à republicação pelo D.L. n.º 108/2008, de 26/06.

<sup>46</sup> Conforme referido *supra* este acordão relata uma situação de entender se as mais-valias provenientes da venda de ações deveria, ou não, serem tributadas, não como tal, mas sim como distribuição de dividendos. Assim, este caso retrata uma decisão arbitral no âmbito de IRS, mas foi considerado na secção de IRC por o CAAD assim o classificar.

ou proibitivo. Estamos, para o TA, em presença de uma lacuna que o próprio legislador fiscal criou deliberadamente, e que a sociedade se aproveitou legal, compreensível e legitimamente. Acrescenta ainda que os contribuintes não são obrigados a optar por negócios que lhes sejam fiscalmente mais onerosos, quando a lei lhes propicia outros negócios fiscalmente mais vantajosos.

#### **i) Apresentação da decisão**

Conclui-se que não se verifica um dos pressupostos de aplicação da CGAA – o elemento intelectual, uma vez que para aplicação da CGAA é necessário que os negócios devam ser dirigidos essencial ou principalmente à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, e neste caso o tribunal entendeu que isso não foi comprovado ou evidente. Assim, a atuação da requerente não pode ser considerada um planeamento fiscal abusivo destinado a evitar a liquidação de IRS, determinando a anulação da liquidação do imposto e pagamento da AT os respetivos juros indemnizatórios à requerente.

### **3.4.2. O IRS e a Cláusula Geral Anti Abuso**

Abordaremos agora cinco acórdãos no âmbito do IRS, em que a aplicação da CGAA por parte da AT foi impugnada por pessoas singulares.

Na generalidade dos acórdãos os intervenientes são pessoas singulares<sup>47</sup>, onde o objeto de pronúncia arbitral é a apreciação da legalidade da liquidação de IRS. Esses indivíduos partem de situações diversas, nomeadamente da constituição de uma sociedade unipessoal por quotas ou a aquisição de quotas<sup>48</sup>.

A base inicial dos acórdãos é dada pela enumeração das pessoas singulares e a pretensão objeto do pedido de pronúncia arbitral consiste: i) no pedido de declaração de ilegalidade da liquidação adicional de imposto, resultante da errada aplicação da CGAA; ii) no direito à sua restituição e a juros indemnizatórios; e iii) na condenação da Requerida nos custos do processo.

---

<sup>47</sup> Excepto o Acórdão de 03 de janeiro de 2015 (Processo n.º 240/2014-T) em que o Requerente é uma sociedade comercial (sociedade anónima) na área do investimento mobiliário e imobiliário, em que a pronúncia arbitral tem por objeto a declaração da ilegalidade da liquidação referente ao ano 2009 e que ditou retenção na fonte de IRS.

<sup>48</sup> A incidência temporal dos acórdãos está compreendida em 2009, exceto o Acórdão de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T) que é referente ao ano 2008.

a) Acórdão Processo nº 240/2014-T do CAAD

**a1) Alegações genéricas**

**i) da Requerente**

A requerente põe em causa os pressupostos de aplicação da CGAA que, segundo esta, não são verificados neste caso como é previsto no artigo 38º da LGT, que resultou na desconsideração fiscal do ato efetuado (alienação de ações de uma acionista maioritária e adquiridas pela Requerente). Consequentemente, vem esta contestar a operação requalificada pela AT como distribuição de dividendos.

**ii) da Requerida**

A requerida alega que se prova, inequivocamente, a verificação de todos os pressupostos legais para autorizar a tributação pelo recurso à aplicação das normas anti abuso. Assim, é minucioso, pormenorizadamente descrito e provado todo o itinerário artificioso e fraudulento que a requerente utilizou para a obtenção da redução, eliminação ou deferimento temporal da carga fiscal, tal como é disposto no artigo 38º da LGT e no artigo 63º do CPPT.

**a2) Fundamentação do tribunal**

A Requerente apresentava, em 31/12/2008, a seguinte estrutura societária:

**Tabela 2 - “Estrutura societária da requerente”**

<b>Acionista</b>	<b>Nº de ações</b>	<b>Capital</b>	<b>%</b>
B	1.197	59.850,00€	66,50%
C	150	7.500,00€	8,33%
D	150	7.500,00€	8,33%
E	150	7.500,00€	8,33%
Ações Próprias	153	7.650,00€	8,50%
<b>Total</b>	<b>1.800</b>	<b>90.000,00€</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: Acórdão CAAD de 03 de janeiro de 2015 (Processo n.º 240/2014-T).

Foi deliberado em Assembleia Geral que a Requerente adquirisse à acionista B (e administradora) 27.000 ações, representando 1,5% do capital social da sociedade no



montante de 6.977.000,00€ e assim a aquisição foi efetivada. Assim, a AT obteve a autorização da aplicação da CGAA, desconsiderando a alienação de ações da acionista e enquadrando a operação como uma distribuição de dividendos. Dadas as circunstâncias, a AT aplicou a CGAA uma vez que os pressupostos estavam reunidos procedendo à liquidação adicional de imposto no valor de 1.395.400,00€.

Quanto à verificação dos pressupostos, as entidades têm posições opostas: a requerente não considera que os mesmos estejam verificados, e a AT considerem estarem reunidos os referidos requisitos, uma vez que os atos jurídicos foram dirigidos para a obtenção da eliminação total do imposto que seria devido. Assim, caso a Requerente tivesse pago integralmente o valor em dividendos, esse mesmo estaria sujeito a tributação enquanto rendimento da categoria E de IRS à taxa de 20%, concluindo assim que o elemento resultado se encontra evidenciado.

No entanto, o tribunal considera que a requerente tem razão na sua argumentação. O tribunal sustenta que os atos ou negócios jurídicos devem ser pautados por uma idêntica finalidade económica e, que para se verificar o elemento resultado, terá de ser evidenciado para além de uma vantagem fiscal, também uma equivalência de resultado e efeitos entre os dois negócios ou atos. O ato jurídico de compra e venda de participações sociais e o ato jurídico de uma distribuição de dividendos não são atos jurídicos de *idêntico fim económico*, dada a bilateralidade da compra a venda de ações (abdicando a acionista maioritária de capacidade de intervenção) e a unilateralidade da distribuição de dividendos. Assim, não se encontra verificado o elemento resultado e dado que a aplicação da CGAA pressupõe a verificação cumulativa dos seus quatro elementos, a falta de um deles mete em causa a apreciação dos demais elementos e a aplicação da mesma.

O tribunal entende que a CGAA não pode obstar às opções dos contribuintes na escolha entre dividendos e mais-valias, mesmo que estes optem por razões fiscais. Deliberadamente, o legislador fiscal promoveu precisamente essa opção fiscal com a não tributação das mais-valias<sup>49</sup> e tributação dos dividendos à taxa de 20%. O tribunal cita Gustavo Courinha, que considera que se deverá rejeitar a aplicação da CGAA aos casos em que “por força de uma opção de política legislativa, certas zonas propícias à obtenção de vantagens fiscais significativas, sejam deixadas fora de âmbito de tributação”, evidenciando que não estamos perante evidências de fraude à lei.

---

<sup>49</sup> Artigo 10º, n.º 2, a) do CIRS, com a redação à data em vigor.

Uma vez que a acionista em questão já detinha as ações referidas há mais de vinte anos, por força da aplicação do artigo 5º do D.L. nº 442-A/88, de 30/11<sup>50</sup>, a mais-valia em causa estaria fora de âmbito de incidência de IRS, facto não contestado pela AT.

### **a3) Apresentação da decisão**

Dado que os pressupostos dos quais depende a aplicação da CGAA não se encontram reunidos, o tribunal decidiu que a AT violou, por errada interpretação e aplicação, o n.º 2 do artigo 38º da LGT. Assim, foi declarada a ilegalidade do ato de liquidação adicional de imposto no valor de 1.395.400,00€ e justificada a sua anulação.

#### **b) Acórdão Processo nº 208/2014-T**

### **b1) Alegações genéricas**

#### **i) da Requerente**

A verificação dos pressupostos da aplicação da CGAA foram erradamente justificados, dada a vertente económica da operação. A transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima é justificada pela adequação da sua estrutura jurídica, pois o tipo “sociedade por quotas” encontra-se especialmente vocacionado para a organização da pequena empresa.

A sociedade anónima é o tipo de sociedade que se melhor adapta à estrutura de uma empresa em crescente desenvolvimento, através da concentração dos órgãos de administração, além de melhorar a imagem juntos de instituições financeiras, fornecedores e outras entidades, dando realce à facilidade da mobilidade de capital, atraindo mais investimento.

#### **ii) da Requerida**

Em condições normais, a operação em causa implicaria a sujeição a tributação em sede de IRS a título de rendimentos de mais valias, à taxa de 10%. Assim, a transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima teve como único objetivo o capital estar

---

<sup>50</sup> Conjugado com o disposto no D.L. nº 46/373.

expresso em ações e substituir uma operação sujeita a imposto por outra economicamente equivalente, não sujeita a tributação.

Alega ainda que esta transformação não correspondeu a nenhuma necessidade de ajustamento decorrente de qualquer alteração operacional, evidenciando que o negócio jurídico subjacente foi efetuado com caráter artificioso, apenas com o objetivo de evitar a sua tributação em sede de IRS. E, ao contrário do que a Requerente sustenta, é evidente que a sociedade sempre foi uma pequena empresa de cariz familiar (adequando-se à sociedade por quotas), para além de que nem no processo de divisão da quota única, nem no processo de transformação da sociedade se ter verificado aumento de capital ou entrada de novos acionistas relevantes para a gestão.

## **b2) Fundamentação do tribunal**

A requerente constituiu, em 2001, a sociedade unipessoal por quotas “B” com o capital social de 435.000,00€, dedicando-se à atividade farmacêutica. Em 2007, fruto de celebração de divisão de quota, a sociedade passou a ter cinco sócios, sendo que a quota da requerente manteve-se no valor nominal de 434.600,00€, ou seja, 99,9% do capital da sociedade. No mesmo mês, a sociedade foi transformada em sociedade anónima “C” – com a sua devida fundamentação essencialmente económica e empresarial – representada por 87.000 ações com o valor nominal de 5,00€, distribuídas da seguinte forma: “A” com 86.920 ações; “D”, “E”, “F” e “G” com 20 ações cada um.

Em 2009, a Requerente vendeu a “D” as ações que detinha na sociedade “C” pelo preço de 3.696.597,70€. Assim, a mesma obteve uma mais-valia não tributável, por se tratar de transmissão de ações detidas por mais de 12 meses.

Comparando de uma forma isolada e objetiva, tendo em conta os negócios jurídicos da transformação da sociedade em sociedade anónima e posterior venda de ações, é inequívoco que com este tipo de sociedade se beneficiaria de um regime legal de tributação mais vantajoso do que se o fosse realizado em sociedade por quotas, verificando o elemento resultado.

Quanto aos elementos meio e intelectual, embora o elemento resultado indique os seus preenchimentos, devem-se ter em atenção as possíveis razões existentes para além das razões fiscais, justificativas de tal operação. Assim, é da opinião do tribunal que não existem elementos que permitam formular uma conclusão quanto à obtenção fiscal ter sido, ou não,

o motivo exclusivo ou principal da operação de transformação da sociedade. Considerando o tribunal que, no mínimo, teria que se ficar numa situação de dúvida que iria sempre ser valorada a favor da Requerente, por força do n.º 1 do artigo 100º do CPPT. Conclui-se, então, que não se verifica um dos pressupostos de aplicação da CGAA – o elemento intelectual.

Por fim, o TA recorre à deliberada vontade do legislador fiscal da existência de *lacunas conscientes de tributação*, procurando o incentivo de transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas, formas de organização mais avançadas, proporcionando tendencialmente uma gestão mais profissionalizada e eficiente. Assim, não se considera igualmente verificado o elemento normativo.

Consequentemente, não se verifica uma situação enquadrável no n.º 2 do artigo 38º da LGT, por não existir um ato que se possa considerar dirigido essencial ou primacialmente à obtenção de vantagens fiscais e por não ter sido utilizado qualquer meio artificioso ou fraudulento para a obtenção de vantagens fiscais. A diferença de tratamento entre as diversas formas societárias resulta de um longo caminho que o legislador tomou em virtude da não tributação dessas situações, privilegiando e promovendo a adoção desse tipo de sociedade. Conclui-se que, mesmo que a transformação da sociedade tivesse exclusivamente fins fiscais, não se estaria perante um ato condenável dado que o próprio legislador fiscal optou por tributar em sede de IRS os ganhos decorrentes da venda de quotas e não de ações.

### **b3) Apresentação das decisões**

Não se tendo demonstrado a verificação cumulativa dos pressupostos de aplicação da CGAA, considera-se ilegal o ato de liquidação adicional de imposto com base na aplicação da CGAA, tendo a requerida que proceder à restituição do valor em causa, bem como dos juros indemnizatórios.

c) Acórdão Processo nº 234/2014-T

### **c1) Alegações genéricas**

#### **i) pela Requerente**

As situações em causa encontram-se fora do perímetro de aplicação da CGAA, dado que as operações estão relacionadas com objetivos empresariais e fundamentos económicos genuínos e lícitos.

A transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima foi apenas devido ao reforço da capacidade comercial da empresa, sendo que a posterior venda de ações é classificada como uma eventualidade. A transformação justifica-se, essencialmente, pela possibilidade de entrada de novos investidores, pelo que a sociedade se teve que modelar de modo a facilitar o interesse e a entrada imediata de novo capital.

Alega que a aplicação da CGAA deve ser efetuada em casos impróprios, onde são utilizadas formas jurídicas insólitas, em que há uma total ausência de fins económicos. Assim, conclui-se que a aplicação da CGAA, neste caso, é errada, uma vez que os meios utilizados são os adequados e justificados com os fins económicos para os quais foram criados.

Por outro lado, ainda que tenha havido a obtenção de vantagens fiscais com a alienação de ações, esta mesma vantagem é derivada de uma escolha fiscal que o próprio legislador quis conceder às empresas e as incentivou a utilizar.

## **ii) da Requerida**

A operação de transformação da 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 se verificasse o respetivo pagamento constituem atos destituídos de qualquer racionalidade económica que tiveram como objetivo fundamental a eliminação de encargos tributários.

Para a obtenção de tal objetivo, os requerentes praticaram um conjunto complexo de atos, sendo que olhando de uma perspetiva global e pela inexistência de razões económicas válidas subjacentes às operações em causa, o fim lesivo é facilmente concluído.

## **c2) Fundamentação do tribunal**

Os requerentes A e B constituíram em 1995 a sociedade C, Lda. O capital social ascendia a 274.338,84€, sendo o sócio A detentor de uma quota no valor de 246.904,96€ (90% do capital) e a sócia B detentora de uma quota no valor de 27.433,88€ (10% do capital).

Em 2008, foi deliberado em Assembleia Extraordinária um aumento de capital no valor de 721.661,16 a realizar por incorporação de reservas pelos sócios A e B e no valor de 4.000,00€ a realizar por dinheiro, com a entrada de novos sócios. Assim, o sócio A ficou com uma quota no valor de 896.400,00€ (89,64%) e a sócia B com uma quota no valor de

99.600,00€ (9,96%). O remanescente do aumento de capital foi realizado em dinheiro por quatro sócios (sócios E, F, G e H), no valor de 1.000,00€ cada um, correspondendo a 0,10% cada respetiva quota.

Para além do aumento de capital, foi deliberada a transformação de sociedade por quotas em sociedade anónima para C, SA, mantendo o seu objeto social e passando os acionistas a deterem ações no valor nominal de 1,00€ cada. Este aumento de capital foi justificado com as possibilidades mais amplas de financiamento, facilitando a obtenção de fundos alheios e apresentando vantagens económicas quanto à dispersão do capital através da mobilização de recursos e eventuais alianças estratégicas, e, por fim, a facilidade de negociabilidade das ações.

Em fevereiro de 2010, deliberou a Assembleia Geral Extraordinária da sociedade a alteração do objeto social, passando de *“fabricação de aparelhos receptores de som e imagem, antenas parabólicas”* para *“fabricação de aparelhos receptores de som e imagem, antenas parabólicas, compra a venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, locação de imóveis próprios ou de terceiros e a prestação de serviço conexos”*. Já em julho do mesmo ano, deliberou-se um projeto de cisão simples, resultando a constituição de uma nova empresa, a C, SA, tendo como objeto social o mesmo que a anterior sociedade por quotas detinha e a empresa cindida, a C -, SA alterando o seu objeto social para *“compra a venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, locação de imóveis próprios ou de terceiros e a prestação de serviços conexos”*, sendo o capital social reduzido para 100.000,00€. Em 2011, terá sido alterada a designação social da empresa C -, SA para D, SA.

Em 2009, foi constituída a C, SGPS, SA, com um capital social de 50.000,00€, tendo como acionistas os mesmos acionistas da sociedade C, SA, sendo a sua atividade exercida por A, B, E e F. Em 2009 foram efetuados contratos de transmissão de ações, onde os acionistas da sociedade C, SA alienaram a totalidade das suas ações para a sociedade C, SGPS, SA pelo preço de 14.000.000,00€, o que corresponde um preço unitário de 14,00€. Assim, foi reconhecido um crédito dos acionistas da C, SA na contabilidade da C, SGPS, SA no mesmo montante, acordado através de um plano de pagamento.

Resumidamente, os negócios jurídicos em causa passam pela transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, a constituição de uma sociedade SGPS, a alienação das ações da sociedade operacional à SGPS e, por fim, a constituição de um direito

junto da SGPS. Com o seguimento destes diversos atos ou negócios jurídicos, a alienação das participações tornou-se isenta de tributação, dado que se tratou de ações detidas há mais de 12 meses, isenção esta que não seria alcançada sem a transformação da sociedade.

Quanto à análise dos pressupostos de aplicação da CGAA, o elemento resultado parece estar preenchido, dado que os requerentes obtiveram uma clara vantagem fiscal com a transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, sendo que foram beneficiados por um regime legal de tributação mais vantajoso do que a primeira. Já no elemento meio e intelectual, a opinião do TA diverge. Os requerentes alegam existirem razões que vão para além das meramente fiscais a justificar a concretização das operações em causa – inseridas na denominada *step transaction doctrine* – pelo que não existem elementos que possam comprovar que a obtenção da vantagem fiscal tenha sido o principal ou único objetivo desta operação, havendo boas razões económicas que aconselhavam tal transformação. Assim, uma vez que mesmo em dúvida seria processualmente valorada a favor da requerente<sup>51</sup>, conclui-se que não se verifica um dos requisitos de aplicação da CGAA. Finalizando, o TA recorre, quanto ao elemento normativo, ao exemplo da *lacuna consciente de tributação*, uma vez que foi opção do legislador que o contribuinte obtivesse vantagens fiscais através da exclusão de tributação de alienações de ações detidas há mais de 12 meses. Por isso, não se verifica uma situação enquadrável no n.º 2 do artigo 38º da LGT, pois não existe nenhum ato que possa considerar-se essencial ou primacialmente à obtenção de vantagens fiscais.

### **c3) Apresentação da decisão**

Conclui-se assim que não se verificam os pressupostos de aplicação da CGAA e a declaração da ilegalidade do ato adicional de liquidação de IRS no valor de 373.071,97€, por erro sobre os pressupostos de facto e direito.

---

<sup>51</sup> Através do n.º 1 do artigo 100º do CPPT.

d) Acórdão Processo nº 47/2013-T

**d1) Alegações genéricas**

**i) da Requerente**

A requerente contesta os argumentos da aplicação da CGAA, alegando que vendeu as suas ações na sociedade, cujas mais-valias estariam excluídas de tributação pois eram detidas há mais de 12 meses, entidade esta que era anteriormente uma sociedade por quotas. Assim, a requerente contesta a suposição por parte da AT segundo a qual a transformação da sociedade terá sido dirigida essencial ou principalmente à eliminação da tributação das mais-valias.

A requerente alega por isso que a AT terá violado a necessidade de especial ponderação e fundamentação ao apresentar uma fundamentação deficiente, parcial e errónea, desprezando qualquer prova apresentada pelo contribuinte, não tendo a AT procedido às devidas diligências a que estaria legalmente obrigado.

Por fim, a requerente procede a uma análise dos pressupostos legais para a aplicação da CGAA e conclui que estes não se encontram preenchidos.

**ii) da Requerida**

A AT entende que a decisão de aplicação da CGAA se encontra legalmente fundamentada, procedendo à análise dos elementos pressupostos da aplicação da mesma, concluindo pela verificação dos mesmos. Assim, considera que a operação desenvolvida é artificial e abusiva, e teve como principal motivação a vantagem fiscal obtida através da venda de ações, ao invés da tributação com a venda de quotas.

Ainda alega que a transformação social da sociedade não trouxe qualquer benefício de carácter económica, financeiro ou outro à entidade.

**d2) Fundamentação do tribunal**

A requerente, pessoa singular, adquiriu em 2005 duas quotas, E e H, por preço igual ao seu valor nominal, 2.500,00€ cada, à sociedade A. Em 31/07/2008 foi celebrado um contrato promessa de compra e venda de participações sociais entre B, SA e os sócios da sociedade A, que se comprometem a vender à primeira 90% do capital da sociedade. Em 29/10/2008, os sócios da sociedade A deliberam transformar a sociedade por quotas em sociedade anónima. A sociedade B, SA é uma sociedade integrada no grupo de sociedades



controladas pela sociedade suíça I, SA, à qual cedeu a sua posição contratual. A 31/10/2008, ou seja, dois dias após a deliberação supracitada, a requerente vende a sua participação social a I, SA correspondente a 5.000 ações ordinárias com o valor nominal de 1,00€ cada, pelo preço de 356.006,75€, sendo a correspondente mais-valia excluída de tributação.

Numa análise mais profunda acerca dos pressupostos de aplicação da CGAA, o tribunal entendeu que o elemento meio se considera fundamentado. A transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima e a venda das participações sociais representam uma combinação de dois atos que resulta na eliminação do imposto que seria devido. Embora a transformação societária possa constituir um ato normal na vida de uma sociedade com a sua devida justificação económica, esta sociedade não o fez, não existindo assim qualquer motivação económica subjacente à transformação da sociedade. Na própria aplicação do *business purpose test*, entende-se que esta operação não consegue passar esse teste, pois as únicas razões que a sociedade requerente apresenta são razões relacionadas com a dinâmica da sociedade (crescimento e diversificação da atividade da empresa, entre outras) e razões ao nível dos sócios (associação com outras entidades em face de novas oportunidades). A realização do contrato-promessa traz sérias dúvidas às razões económicas enumeradas, pois a compra poderia ter por objeto quotas ou ações, ou seja, que para a compradora seriam insignificantes. Se assim não fosse, esta condição estaria inequivocamente prevista no contrato-promessa – o que não se verifica – e a transformação não seria efetuada dois dias antes da celebração do contrato, tendo o contrato-promessa sido celebrado três meses antes. Outro aspeto deste contrato-promessa tem que ver com as razões enumeradas pela requerente para a transformação da sociedade só seriam do interesse da compradora e não da vendedora, já que o contrato estaria celebrado desde janeiro 2008, com implicações de pura gestão corrente.

Quanto ao elemento resultado, é aferido pela comparação com a operação “normal”. Ou seja, a tributação a 10% da mais-valia resultante da diferença entre o preço de realização e o preço de aquisição das ações, com a operação efetuada, pela isenção de tributação da mais-valia resultante da venda de quotas. O resultado económico derivado da aquisição pela compradora de 90% da sociedade, seja qual forma societária que a sociedade assumisse, seria sempre a obtenção do controlo da sociedade, e por isso não existe qualquer razão económica na transformação societária. Assim, dada a equivalência económica da venda da

sociedade e a diferença no resultado fiscal desta operação, conclui o tribunal que foi a motivação fiscal que determinou essencialmente a atuação do contribuinte.

Para a verificação do elemento intelectual é necessário recorrer a indícios, sendo que o maior indício que a AT parece ter em consideração é o facto de o período decorrido entre a transformação societária e a venda de participações ter sido apenas dois dias. A isso acresce-se a falta de vantagens que a transformação trouxe aos vendedores e ao contrato-promessa celebrado três meses antes, havendo um *timing* suficiente disponível para proceder à operação. Outro indício assenta no facto da inutilidade, tanto para os compradores como para os vendedores, das razões económicas apresentadas que motivaram, supostamente, a transformação societária. Logo, dada a irrelevância da operação, como também na irrelevância da operação para a formação do preço, apenas se pode concluir que a operação se realizou pela vantagem fiscal.

Quanto ao elemento normativo, embora a requerente apresente como indiscutível a vontade da própria lei em que o contribuinte obtenha determinados resultados fiscais com a tributação de mais-valias de ações e não de quotas (as apelidadas *lacunas conscientes de tributação*), à semelhança de diversos argumentos apresentados em decisões arbitrais anteriormente realizadas, o TA recusa seguir essa posição. A CRP e a lei pressupõe a tributação segundo a capacidade contributiva<sup>52</sup>, princípio este aplicável mesmo quando a tributação incide sobre a alienação de participações sociais. O aproveitamento ilícito do regime de exclusão tributária não pode deixar de merecer censura normativa por parte do ordenamento jurídico, sendo esse o principal objetivo da CGAA – sancionar comportamentos abusivos, no qual se inclui a transformação societária por razões unicamente fiscais. Ainda se considera que a vontade do legislador não é premiar aqueles que alteram a forma societária antes da alienação com a intenção única de escapar à tributação, sendo a revogação do disposto no artigo 10º, n.º 2 do CIRS interpretada como forma de terminar com os abusos ocorridos neste âmbito. Dado os argumentos expostos, considera-se o elemento normativo verificado.

---

<sup>52</sup> Artigos 103º e 104º da CRP.

### **d3) Apresentação da decisão**

Todos os elementos de aplicação da CGAA encontram-se, no entender do tribunal, preenchidos, devendo o ato de transformação ser desconsiderado para efeitos fiscais, devendo a liquidação do imposto efetuada pela AT manter-se na ordem jurídica.

e) Acórdão Processo n.º 43/2013-T

### **e1) Alegações**

#### **i) da Requerente**

A requerente alega várias ilegalidades cumulativas, nomeadamente violação da lei, vícios de fundamentação e vícios de procedimento, quanto à aplicação de diversas normas, entre elas a CGAA.

A transformação societária seria irrelevante para o sócio H (maioritária), pois estaria sempre excluído da tributação das mais-valias, por deter as quotas anteriormente a 1989<sup>53</sup> e a transformação foi, supostamente, condição colocada pelo comprador para a compra do capital social pela simplicidade na transmissão das ações, face às quotas, e da garantia de uma gestão mais profissional e com maior controlo. Assim, o regime fiscal não influenciou o preço de venda das partes sociais da sociedade, dado que a venda seria efetuada independentemente de o capital estar representado em quotas ou ações.

Alega que a requerida não procurou obter junto do comprador quaisquer depoimentos ou informações sobre os procedimentos da operação de compra e venda da sociedade. Já na aplicação da CGAA, entende a requerente que a AT não fez a verificação adequada dos pressupostos de aplicação da mesma e a fundamentação apresenta preconceito contra a requerente. Assim, fica em falta a verificação do elemento meio, pois a transformação societária não se realizou essencial ou principalmente com vista à eliminação de impostos. Também embora o contrato promessa permitir que a venda acontecesse quer se tratasse de quotas ou ações, o comprador pensava já na transformação quando do contrato promessa e exigiu-a depois. Assim, não só a transformação societária foi imposta pelos compradores como a vontade de D, cônjuge da requerente, era irrelevante dado ter apenas uma participação social de 5% na sociedade, sendo por isso considerado um sócio minoritário e por isso esteve ausente das negociações.

---

<sup>53</sup> Artigo 5º do DL n.º 442-A/88, de 30 de novembro.

A requerente considera também que o elemento normativo não se encontra verificado, pois não atuou por meios artificiosos ou fraudulentos e com abusos de formas jurídicas, apenas optou por utilizar uma operação desejada e aceite pelo ordenamento jurídico.

## **ii) da Requerida**

A AT alega que a sucessão de eventos é demasiada óbvia. Ou seja, existe, de facto, matéria para fundamentar o ato de liquidação adicional de IRS como sendo um caso de *step by step transactions*, devido à sucessão de datas do contrato promessa e da transformação da sociedade em quotas em sociedade anónima. A motivação para a transformação societária é vaga, pois ao invocar o desenvolvimento futuro da atividade da empresa entra diretamente em contradição com o facto de se efetuar em breve a venda de 90% do capital social, sendo que a posição dos sócios maioritários – sócios que efetivamente tinha poder de decisão quanto à transformação societária – seria irrelevante. Assim, a AT chegou à conclusão de que a transformação societária não teve qualquer razão económica legítima, mas sim a obtenção de vantagens fiscais.

Quanto aos pressupostos de aplicação da CGAA, a AT considera que se encontram todos verificados. Foi considerada correta a desconsideração dos efeitos fiscais dos contratos de compra e venda de ações, encontrando-se devidamente fundamentada; verificou-se a prática ou celebração de atos ou negócios jurídicos de carácter artificioso ou fraudulento; tendo-se mostrado manipulação negocial da celebração do contrato promessa, seguido da transformação societária, tendo como principal objetivo o benefício de exclusão de tributação. Aceitar a legitimidade da transformação significaria um desigual tratamento tributário de idênticas situações de capacidade contributiva, dando, assim, cobertura a uma operação abusiva.

## **e2) Fundamentação do tribunal**

A 31 de julho de 2008, os sócios da sociedade “Laboratório de Patologia Clínica, Lda”, de agora em diante denominada como LPC, celebraram um contrato promessa com a empresa LABS, SA, de agora em diante denominada como LABS, em que os primeiros se comprometem em alienar à segunda pelo menos 90% do capital da sociedade LPC, quer se trate de ações quer se trate de quotas. No entanto, existem diversas referências ao

consentimento e conhecimento do processo de transformação da sociedade anónima, estando esta transformação ao encargo dos vendedores. Ou seja, da sociedade LPC e que os vendedores se comprometem a que a sociedade se mantenha apenas em gestão corrente até à efetivação da venda, com exceção da transformação da sociedade em sociedade anónima.

A negociação do contrato promessa foi feita entre um administrador da LABS e os sócios principais, da LPC (Dr. J e Dr. M. conforme representados na tabela 3), tendo os sócios minoritários aceitado por adesão aos termos do acordo.

**Tabela 3 – “Composição da sociedade Laboratório de Patologia Clínica, Lda”**

Sócio	Quota	% Capital Social
M	45.000,00€	45,00%
J	43.200,00€	43,20%
D	5.000,00€	5,00%
A	5.000,00€	5,00%
J	1.800,00€	1,80%
Total	100.000,00€	100,00%

Fonte: Acórdão CAAD de 26 de novembro 2013 (Processo n.º 43/2013-T).

A participação de D e sua esposa (Requerente) foi adquirida em 2002, pelo valor de 4.987,98€, fruto da venda de duas quotas de 2.493,99€ cada aos sócios J e M e havendo um aumento de capital, em dinheiro, pelos sócios, na proporção das suas quotas, passando a deter uma quota com o valor nominal de 5.000,00€.

A 29 de outubro de 2008 foi aprovada por unanimidade a transformação da sociedade em sociedade anónima, invocando razões relacionadas com a dinâmica da sociedade e ao nível dos sócios, passando o sócio D e esposa a serem titulares de 5.000 ações, com o valor unitário de um euro, representativas do capital social total de 100.000,00€.

A 31 de outubro de 2009, dois dias após a transformação societária, realizou-se a venda de 90% das participações sociais da LPC, sendo a adquirente a empresa LABS, vendendo D e esposa as 5.000 ações que detinham pelo preço de 356.006,75€. Em 2009, a requerente não entregou qualquer declaração de rendimentos, tributáveis ou não, sendo que na audição prévia sobre a aplicação da CGAA, a requerente considera não verificados os

requisitos de aplicação da CGAA, dado que a lei concedia diretamente tratamento fiscal favorável.

O TA realça que a requerida considera essencial a possibilidade da entidade ser sociedade anónima ou por quotas, mas despreza completamente as inúmeras indicações e referências que o contrato promessa faz à transformação societária, a realizar antes da venda da sociedade. No entanto, entende-se que embora a transformação societária seja importante para a compradora, a falta desta não seria motivo de incumprimento do contrato promessa.

O TA sustentou que a requerida valorizou apenas alguns factos, como a data da transformação, dando pouca ênfase a outras informações constantes no contrato promessa sobre a questão da transformação anterior à cessão, bem como a permanência de um sócio maioritário, que detinha 10% do capital social.

Procede-se, depois, à análise da verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA. Quanto ao elemento resultado, será perceptível que o resultado alcançado com a alienação de ações é consideravelmente mais vantajoso fiscalmente do que o resultado alcançável com a alienação de quotas, caso a transformação societária não se tivesse verificado. Nos elementos meio e intelectual, o TA refere que a proximidade de datas entre a transformação e a alienação de ações pode não significar, necessariamente, que os adquirentes não tivessem um interesse em que essa transformação ocorresse antes da venda. Através da leitura do contrato promessa, parece existir certeza quanto à ocorrência da transformação, a ser realizada anteriormente à alienação. Assim, a *step by step doctrine* pode ser descartada. O TA considera que, quanto ao elemento normativo, este não pode ser interpretado como uma norma da CGAA que pressuponha uma obrigação geral dos contribuintes deverem optar pelas opções negociais que resultassem maior tributação. A AT invoca a existência de um negócio artificioso, dado que, segundo a lei, constituía um incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais, atraindo investimentos, não beneficiando de vantagens de curto prazo, como a da exclusão de tributação da mais-valia venda de ações através da transformação da sociedade, processo que esta considera como artificioso e injustificado. No entanto, o TA considera que estas observações não legitimam a tributação, sendo que se conclui que, em situações idênticas, este elemento não se encontra verificado para a aplicação da CGAA.

Realça-se, ainda, que mesmo que a transformação societária fosse com o único objetivo a obtenção de vantagens fiscais, esta nunca poderia ser considerada como planeamento fiscal abusivo, uma vez que o legislador optou por tributar em sede de IRS as

mais-valias de quotas e não as mais-valias de ações, mencionando a denominação desta lei como uma *lacuna consciente de tributação*.

### e3) Apresentação das decisões

Uma vez que os pressupostos de aplicação da CGAA não se encontram inteiramente verificados, é procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação de IRS.

### 3.4.3. Análise global

De acordo com os fundamentos por parte de ambas as partes, Requerentes e Requerida, os órgãos jurídicos seguem uma tendência nas argumentações que apresentam, levando a concluir, na maioria dos acórdãos<sup>54</sup>, que a AT aplicou a CGAA ilegitimamente. As decisões no âmbito do pedido de pronúncia sobre a ilegalidade de aplicação da CGAA por parte da AT são normalmente declaradas como procedentes, sendo que, após a análise da verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA, conclui-se que a mesma não foi aplicada conforme os procedimentos requeridos, nomeadamente através da verificação dos seus pressupostos.

Pode-se observar o resumo das decisões dos acórdãos em análise no seguinte quadro:

**Quadro 1 – “Quadro síntese do âmbito e decisões dos acórdãos em análise”**

Acórdão n.º Processo	Tema	Decisão do TA
TCAS 04255/10	IRC – Declaração de ilegalidade de aplicação da CGAA	Improcedente
CAAD 305/2013-T		Procedente
CAAD 240/2014-T	IRS – Declaração de ilegalidade de aplicação da CGAA	Procedente
CAAD 208/2014-T		Procedente
CAAD 234/2014-T		Procedente
CAAD 47/2013-T		Improcedente
CAAD 43/2013-T		Procedente

Fonte própria.

<sup>54</sup> Excepto o Acórdão de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) e o Acórdão de 26 de novembro 2013 (Processo n.º 47/2013-T).

Como podemos observar, cinco dos sete acórdãos em estudo declararam procedente o pedido efetuado pelos contribuintes para a declaração de ilegalidade na liquidação de imposto, fruto de aplicação da CGAA. Iremos agora analisar a estrutura de argumentação que os tribunais utilizaram na globalidade dos casos.

Embora todos os acórdãos sejam no âmbito da aplicação da CGAA, o acórdão do grupo Jerónimo Martins corresponde a um caso muito específico sobre planeamento fiscal e diferente do tema dos restantes acórdãos – o aproveitamento da vantagem fiscal obtida através da alínea a), do n.º 2, do artigo 10º do CIRS<sup>55</sup>. O acórdão do grupo Jerónimo Martins constitui um dos acórdãos que mais influência trouxe à doutrina sobre a aplicação da CGAA. O TCAS considera que existe um meio artificioso para alcançar um determinado resultado fiscal, e esta é a única ou principal motivação da criação da sociedade. Não teve pois em consideração a perspetiva de investimento na Polónia que a requerente reclamava, não levando em conta a doutrina da opção fiscal. Assim sendo, optou-se por considerar que se tratava de um caso de evasão fiscal, uma vez que a criação da sociedade na ZFM tinha como único objetivo a obtenção de uma vantagem fiscal, dado que não havia qualquer outro indício de atividade comercial ou outra atividade acessória da mesma. Quanto aos restantes acórdãos, embora os requerentes sejam, na maioria dos processos, pessoas singulares<sup>56</sup>, o tema em causa foca-se na liquidação adicional de IRS<sup>57</sup> devido à utilização da vantagem fiscal existente no CIRS quanto à alienação de ações detidas há mais de 12 meses, conforme referido anteriormente. Assim, a tendência de decisão arbitral vai no sentido da procedência quanto ao pedido de declaração de ilegalidade no ato de liquidação de imposto. Apesar de os acórdãos se diferenciarem nos seus pedidos de pronúncia e respetivos requerentes, a análise da argumentação será efetuada em conjunto, para que se evite redundância de informação e surja uma conclusão mais concisa. Uma vez que tanto as alegações das requerentes como as alegações da requerida, a AT, bem como as fundamentações dos factos em análise são bastante convergentes. Não iremos portanto desenvolver novamente as alegações de ambas as partes, mas sim enumerá-las em conjunto.

---

<sup>55</sup> Redação dada pelo D.L. n.º 228/2002, de 31/10.

<sup>56</sup> Exceto o Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2014) em que a Requerente é uma SGPS, S.A.

<sup>57</sup> Reforça-se novamente o facto de que embora o Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2014) esteja no âmbito de IRS, este foi classificado nesta dissertação como IRC, conforme classificação do CAAD.



Começando pelas alegações feitas pelas requerentes, elas recaem sobre: i) a violação do dever de boa-fé por parte da AT na fundamentação da decisão de aplicação da CGAA<sup>58</sup>; ii) a falta de indicação dos negócios não artificiosos, não fraudulentos, não abusivos correspondentes em alternativa aos atos ou negócios praticados<sup>59</sup>; iii) a não consideração das vantagens económicas e empresariais das operações realizadas<sup>60</sup>; iv) a não existência de qualquer oposição à lei, mas sim o aproveitamento do desejo do legislador em incentivar o tipo de operação<sup>61</sup>; v) a não efetuação de diligências a que estaria legalmente obrigado, no intuito da descoberta da verdade material<sup>62</sup>; vi) a operação efetuada estava prevista em contrato-promessa de compra e venda de participações já celebrado anteriormente<sup>63</sup>; e vii) a não verificação global dos pressupostos de aplicação da CGAA, dadas as alegações anteriores<sup>64</sup>.

Analisando agora as alegações da requerida, ou seja, da AT, as principais alegações apresentam-se como: i) a prova de todo o itinerário artificial e fraudulento que as requerentes adotam para a fuga ao pagamento de imposto<sup>65</sup>; ii) a inexistência de justificação económico-financeira para o ato e/ou negócio realizado<sup>66</sup>; e iii) a verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA<sup>67</sup>.

Resumidas as principais alegações de ambas as partes, partiremos para a fundamentação dos factos por parte do TA e do TCAS. Todos os acórdãos contêm uma forte componente teórica inicial, explorando definições de termos e análise da doutrina a utilizar. Existe, por norma, uma extensa definição de planeamento fiscal, das suas limitações e da inerência à racionalidade económica e minimização dos impostos a suportar. Debatem-se dois tipos de planeamento fiscal, o planeamento fiscal legítimo e o planeamento fiscal abusivo, e, por fim, a fraude fiscal. Não iremos prolongar a análise a estes termos, dado que já foram explorados no capítulo II.

---

<sup>58</sup> Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) e Acórdão CAAD de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T).

<sup>59</sup> Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) e Acórdão CAAD de 03 de janeiro de 2015 (Processo n.º 240/2014-T).

<sup>60</sup> Todos, exceto o Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2013-T).

<sup>61</sup> Todos, exceto o Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2013-T).

<sup>62</sup> Acórdão CAAD de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T) e Acórdão CAAD de 26 de novembro de 2013 (Processo n.º 43/2013-T).

<sup>63</sup> Acórdão CAAD de 26 de novembro de 2013 (Processo n.º 43/2013-T).

<sup>64</sup> Todos os acórdãos.

<sup>65</sup> Todos, exceto o Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2013-T).

<sup>66</sup> Todos os acórdãos.

<sup>67</sup> Todos os acórdãos

Quanto à interpretação das leis fiscais, refere-se que elas se devem interpretar como todas as outras, havendo que determinar o seu verdadeiro sentido de acordo com as técnicas e termos utilizados no âmbito do caso e aceites pela doutrina.

São referidas, na maioria dos casos, as denominadas *step by step transactions*, dada a possível existência de uma sucessão de atos e/ou negócios com o objetivo comum de alcançar uma vantagem fiscal e assim o legislador aplicar a designada *step transaction doctrine*. No acórdão TCAS<sup>68</sup>, entende-se que este mesmo esquema acontece, pela receção de acréscimos patrimoniais como dividendos isentos, ao invés de juros tributáveis, que seria de esperar num cenário normal e equivalente.

O princípio da boa-fé é um princípio do direito civil, sendo que é considerado ilegítima a celebração de contratos ou o exercício de um direito e/ou obrigação se este exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé<sup>69</sup>. No entanto, este princípio só pode ser invocado caso exista algum indício de falta de boa-fé concreta para acreditar na sua validade, indício este que não existe no acórdão Jerónimo Martins, tendo sido apenas feito uma acusação sem ter demonstrado, objetivo ou subjetivamente, tal factualidade.

Quanto à liberdade de gestão, existem de facto posições contraditórias. Embora a liberdade de gestão esteja consagrada na CRP<sup>70</sup>, nomeadamente quanto à forma e organização da empresa, financiamento, local da sede da empresa, políticas de gestão, entre outras, esta suposta liberdade de gestão concretiza-se no princípio da neutralidade fiscal<sup>71</sup>. Por isso, existem limites com que tal direito se tem que confrontar, desde a relevância da matéria em apreciação à manutenção do sistema fiscal, que são delineados através da prevenção de ocorrências de situações de evasão ou fraude fiscal por razões de justiça social. Assim, por princípio, as operações de planeamento fiscal são lícitas. No entanto, devem-se distinguir atos e negócios que a lei considera abusivos e que não correspondem à vontade do legislador e por isso regulados por cláusulas anti abuso, que impõem limites ao direito ao planeamento fiscal.

Por fim, e sendo a parte fundamental da análise da delimitação do planeamento fiscal legítimo e do planeamento fiscal ilegítimo, este estudo só ficaria completo com a verificação dos cinco pressupostos de aplicação da CGAA: os elementos meio, intelectual, resultado,

---

<sup>68</sup> Para mais rápida associação ao caso, o Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) será de agora em diante referido como “acórdão TCAS”.

<sup>69</sup> Constante nos artigos 227º, 334º e 762º do Código Civil.

<sup>70</sup> Artigos 61º, 80º e 86º da CRP.

<sup>71</sup> Artigo 81º da CRP.

normativo e sancionatório. Assim, dada a importância deste procedimento na decisão do TA e do TCAS, iremos analisar a interpretação e aplicação em cada acórdão, elemento a elemento. Podemos observar no seguinte quadro, um resumo da verificação de cada elemento em cada acórdão:

**Quadro 2 – “Síntese da não verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA”**

	<b>M</b>	<b>R</b>	<b>I</b>	<b>N</b>	<b>S</b>
Acórdão TCAS Processo n.º 04255/10					
Acórdão CAAD Processo n.º 305/2013-T			X	X	
Acórdão CAAD Processo n.º 240/2014-T		X			
Acórdão CAAD Processo n.º 208/2014-T	X		X	X	
Acórdão CAAD Processo n.º 234/2014-T	X		X	X	
Acórdão CAAD Processo n.º 47/2013-T					
Acórdão CAAD Processo n.º 43/2013-T	X		X	X	

Legenda: M – elemento Meio

N – elemento Normativo

R – elemento Resultado

S – elemento Sancionatório

I – elemento Intelectual

Fonte própria.

Como podemos analisar no quadro 2, o maior entrave na verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA é precisamente no elemento intelectual e no elemento normativo, devido à subjetividade do primeiro, e do desejo subjacente do legislador do segundo.

O elemento meio tem a ver com a forma utilizada, ou com a prática de certos atos ou negócios dirigidos, essencial ou principalmente, à redução eliminação ou diferimento temporal de impostos. Para estes casos, não é só o último ato relevante, mas sim o conjunto de outros atos, sendo que o ato final para este efeito teve que resultar de uma sequência de operações, existindo efetivamente uma sequência temporal na qual foram realizados estes negócios jurídicos, permitindo antever um esquema de natureza abusiva com o objetivo exclusivo de impedir a tributação. Em todos os acórdãos, há uma grande proximidade das operações que leva a crer que não foram decisões sem um interesse económico e extrafiscal, mas sim apenas com um fim fiscal. Por exemplo, no acórdão TCAS, os negócios em causa demonstram a canalização de fluxos financeiros por várias empresas do grupo provenientes de empréstimos concedidos, passando por empresas terceiras beneficiárias desses

empréstimos e conseguindo, através da utilização de uma empresa sediada na ZFM, com que os juros não fossem tributados, considerando o elemento meio verificado. Na maioria dos casos é mencionada a denominada *step transaction doctrine*, subjacente à argumentação da AT. Contudo, nos outros acórdãos em estudo<sup>72</sup>, o TA considera que a proximidade das datas dos negócios, pode não significar necessariamente que os vendedores não tivessem um interesse na transformação societária, dado que existem alegações e justificações vulgares e aceitáveis para a mesma, nomeadamente em contratos promessas, como veremos adiante.

O elemento resultado tem a ver com a motivação fiscal como fim da atividade do contribuinte. Ou seja, com a redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos. No que diz respeito a este elemento, no acórdão TCAS considera-se clara a prova da sua existência, uma vez que foi utilizado um regime fiscal claramente mais favorável<sup>73</sup> para efetuar empréstimos a entidades terceiras e beneficiando dos dividendos dedutíveis ao abrigo do artigo 46º do CIRC, verificando-se assim o pressuposto. No que diz respeito aos restantes casos, comparando os negócios jurídicos da transformação da sociedade em sociedade anónima e posterior venda de ações e a eventual manutenção da sociedade por quotas e a subsequente venda das quotas, é claro que o primeiro negócio beneficia de um regime fiscal bastante mais vantajoso. Isto ocorre em face da exclusão tributária das mais-valias e o segundo negócio equivaler à tributação das mais-valias a uma taxa de 10%<sup>74</sup>, sendo naturalmente visível a verificação deste pressuposto.

O elemento intelectual consiste na motivação fiscal do contribuinte. Ou seja, com o facto dos atos ou negócios pelo mesmo praticados serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado, que é a vantagem fiscal. Se houverem outras razões de ordem económica que sugira a operação ou a necessidade de promover aquele tipo de atuação, então não se verifica o elemento intelectual. Aqui, na maioria dos casos, existe uma intenção fiscal, mas não se pode negar de todo que exista uma motivação económica acessória. Estamos portanto numa zona cinzenta, dado que o contribuinte invoca uma opção económico-financeira. No âmbito deste elemento, conexo com o elemento meio, no acórdão TCAS a empresa utilizou a filial sediada na ZFM para conceder empréstimos a outras empresas, beneficiando da isenção de IRC, convertendo juros tributáveis em dividendos isentos,

---

<sup>72</sup> Exceto o Acórdão CAAD de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T) em que o CAAD partilha da mesma opinião referida *supra*.

<sup>73</sup> Isento de IRC.

<sup>74</sup> Conforme o artigo 10º, n.º1, alínea b) e o artigo 72º, n.º 4 do CIRS, na redação do D.L. n.º 192/2005, de 7 de novembro.

confirmando a verificação deste elemento. Embora, na globalidade dos casos, as alegações da AT recaem para a existência de razões que vão para além das meramente fiscais a justificar a concretização das operações, o TA considera que não há elementos que permitam formular uma conclusão no sentido de a obtenção de vantagem fiscal ter sido o motivo exclusivo ou principal das operações, sendo que teria que se ficar necessariamente numa situação de dúvida. Nesse caso, por força da aplicação do CPPT<sup>75</sup>, onde se conclui que “sempre que da prova produzida resulte a fundada dúvida sobre a existência e quantificação do facto tributário, deverá o ato impugnado ser anulado”, ou seja, teria sempre de ser processualmente valorada a favor da requerente, não se acabando por verificar assim este pressuposto. A exceção, no acórdão processo n.º 47/2013-T, refere que a AT é obrigada a recorrer a elementos indiciários e presuntivos, sendo que o elemento indiciário mais forte é o facto dos dias ocorridos entre as operações ser muito curto (2 dias), o que não permitiria que existissem vantagens para o comprador. O contrato-promessa já tinha sido celebrado há 3 meses, tempo suficiente para fazer a transformação societária. As justificações económicas não seriam determinantes para o comprador, pelo que ficou verificado o elemento intelectual.

O elemento normativo tem a ver com a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida, caso o contribuinte atue com o abuso das formas jurídicas. É um elemento muito difícil de apreciação, pois conduz para a avaliação da censura ético-jurídica do comportamento do contribuinte face à intenção do legislador. Não só o elemento racional é muito subjetivo, como ganha cada vez mais peso, com o objetivo de perceber qual é o desejo do legislador. Existem muitos casos em que há uma falta de esclarecimento nas normas que contenham uma intenção implícita, e essa intenção deliberada do legislador confere um convite à opção. No acórdão TCAS, o comportamento do contribuinte afigura-se antijurídico, pois a única atividade económica da empresa sediada na ZFM é a aplicação das prestações suplementares que a mesma recebe da empresa-mãe e transfere para outras empresas, não possuindo meios físicos para a prossecução do seu objeto social. Porém, na maioria dos acórdãos é dado como exemplo a *lacuna consciente de tributação*, sublinhando que se o legislador tributa as mais-valias das vendas de quotas e não das vendas de ações, então não poderá de deixar aceitar fiscalmente a transformação societária, mesmo que esta seja motivada por razões exclusivamente fiscais. É o legislador que opta expressamente por

---

<sup>75</sup> Conforme o artigo 100º, n.º 1 do CPPT.

tributar uma operação e não tributar a outra. Observando a legislação, desde a criação do CIRS, aprovado pelo DL n.º 442-A/88, sujeitou-se a tributação as mais-valias resultantes de ganhos obtidos com a alienação onerosa de partes sociais, excluindo desde já as ações detidas por um período superior a 24 meses. Conjugando esta determinação de exclusão tributária com o que estaria descrito no EBF, na redação inicial<sup>76</sup>, onde constava que “a data de aquisição de ações resultantes da transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas é a data de aquisição das quotas que lhe deram origem”, reforçando a preocupação legislativa em incentivar este tipo de transformação societária, mesmo havendo a posterior alienação imediata de ações. Sucintamente, podemos mencionar as alterações legislativas no âmbito da exclusão de tributação de mais-valias obtidas com a venda de ações: a Lei n.º 30-B/92, de 28 de dezembro, o prazo mínimo de detenção de ações passou a ser 12 meses, aumentando assim a possibilidade de exclusão de tributação; a Lei n.º 39-B/94, de 27 de dezembro, elimina a alínea onde o prazo é indicado, mas é adicionado a alínea que afirma a não tributação, reforçando mais uma vez este regime; a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, traria a eliminação da exclusão da tributação de mais-valias provenientes de alienação de ações, limitando a exclusão às ações adquiridas após a sua entrada em vigor, no entanto este regime nunca foi aplicado dado que a Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro estabeleceu que nos anos 2001 e 2002 seria aplicado o regime anterior à Lei n.º 30-G/2000, e, posteriormente, terá o DL n.º 228/2002, de 31 de outubro reintroduzido o regime de exclusão de tributação das mais-valias provenientes de alienação de ações detidas por um período superior a 12 meses. Por fim, este regime foi revogado pela Lei n.º 15/2010, de 26 de julho. Com estas alterações, percebe-se que existiu uma clara opção legislativa em excluir este tipo de mais-valias de tributação, incentivando transformação societária e criação deste tipo de entidades. No entanto, no acórdão relativo ao processo n.º 47/2013-T é verificado este elemento com o argumento de que esse incentivo estava direcionado aos investidores que transformam e aproveitam a nova forma de gestão, e não apenas aqueles que aproveitam a sua vantagem fiscal. De facto, pode ser considerado o “reverso da moeda”. No entanto, parece-nos que essa nova forma de gestão é aproveitada igualmente, independentemente dos seus sócios serem os vendedores ou os compradores.

Antes de finalizarmos com o quinto e último elemento – o elemento sancionatório – existem outros pormenores que podem ditar a diferença entre a procedência ou não do pedido

---

<sup>76</sup> Redação dada pelo DL n.º 215/89, de 1 de julho.

de ilegalidade. Temos presente, por exemplo, a existência de um contrato promessa quanto à compra e venda das participações. Este contrato contém informações relevantes, nomeadamente na vontade do comprador em ver acontecer a transformação societária previamente à compra e venda. Ora, percebe-se nas alegações, que a AT sublinha o ponto que refere que o vendedor estaria interessado em comprar capital social da sociedade, quer se tratem de ações ou de quotas. Contudo, despreza completamente a vontade e comprometimento entre as duas partes em que ambas acordam em que, previamente à data de aquisição, procedam à transformação societária. Percebe-se aqui, à semelhança de outros argumentos subjetivos utilizada pela mesma, alguma insistência por parte da AT em tentar provar a não justificação económica e financeira que a requerente alega existir para a transformação da sociedade. A AT considera ainda que existe falta de interesse por parte dos vendedores na transformação da sociedade, nomeadamente nas vantagens da forma societária SA, mas essa avaliação da forma jurídica que a sociedade deve, ou não, ter, mais do que a opinião dos sócios vendedores, a opinião dos futuros sócios compradores deve prevalecer sobre a dos sócios vendedores.

Para finalizar, o elemento sancionatório, relaciona-se com a proposta de substituir os efeitos fiscais pelo ato que a AT considera normal, conduz-nos, por isso, para a desconsideração do efeito fiscal da operação. Caso a verificação dos cinco elementos tenha sido positiva, então não será declarada a ilegalidade do ato de liquidação adicional de imposto e, por isso, julgado improcedente o pedido do mesmo, ocorrido no Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10) e no Acórdão de 20 de dezembro de 2013 (Processo n.º 47/2013-T). Nos restantes acórdãos, observa-se uma tendência na (não) verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA, pelo que os pedidos de declaração de ilegalidade de liquidação foram considerados procedentes, justificando que não existe, de facto, qualquer proibição de optar por uma operação fiscalmente mais vantajosa, quando essa opção não é artificiosa nem proibida por lei, tanto que o artigo 10º, n.º 2, alínea a) do CIRS<sup>77</sup> constituía um incentivo claro ao desenvolvimento do mercado de capitais, bolsita, atraindo investimento para esta área de negócio e salvaguardando-se de esquemas artificiosos elaborados a curto prazo para apenas obter efeitos fiscais<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Redação em vigor à data.

<sup>78</sup> Requisito da permanência das ações durante pelo menos 12 meses.

Em nossa opinião, os tribunais procedem, em termos gerais, à aplicação da CGAA conforme os pressupostos referidos no artigo 38º da LGT, apenas nos parecendo discutível a improcedência do pedido referente ao processo n.º 47/2013-T do CAAD. Numa análise mais detalhada, entendemos que o elemento resultado estabelece-se como o elemento que mais facilmente é considerado verificado. Esta verificação é, pois, devida à existência de uma vantagem fiscal associada aos casos em análise. Ou seja, entre o ato e/ou negócio ocorrido e o ato e/ou negócio que seria normal ou equiparado, em condições ordinárias, o contribuinte beneficia de regime fiscal mais vantajoso.

À parte deste pressupostos, os restantes foram pelos tribunais, globalmente, considerados não verificados, em boa parte devido à sua natureza subjetiva. A existência das denominadas *step by step transaction* podem significar que houve uma sucessão de atos e/ou negócios com o objetivo de alcançar uma determinada vantagem fiscal. No entanto, a proximidade das datas dos negócios não significa, inevitavelmente, que não existam razões económicas válidas, como já verificado nos casos em que foram celebrados contratos promessa. Ou seja, a motivação do contribuinte pode não estar, essencial ou principalmente, dirigida ao resultado fiscal. As alegações económicas e financeiras invocadas parecem-nos aceitáveis. Em caso de dúvida, por força da aplicação do CPPT, o processo será sempre valorado a favor do contribuinte.

Por fim, as normas que contenham intenções implícitas devem ser consideradas como *lacunas conscientes de tributação*. Se é intenção deliberada do legislador em favorecer determinadas operações, em detrimento de outros, estas devem ser consideradas como um convite à opção tributária. No caso concreto da isenção de tributação de mais-valias resultantes de alienação de ações e da tributação de mais-valias resultantes de alienação de quotas, não se pode invocar que, caso seja escolhida a opção fiscalmente mais vantajosa, o contribuinte esteja a abusar das formas jurídicas.

Neste estudo, dois casos foram considerados pelos tribunais como planeamento fiscal abusivo. No caso Jerónimo Martins, embora a grande motivação económica fosse o investimento na Polónia, o tribunal considerou que a operação equivalente seria o empréstimo direto à sociedade pretendida, resultando o recebimento de juros tributáveis em sede de IRC. No entanto, verifica-se a utilização de uma sociedade isenta de IRC, sem atividade económica senão a de aplicar as prestações suplementares recebidas em empréstimos para entidades terceiras. Nesta situação, e no entender do tribunal, a motivação



fiscal sobrepõe-se à motivação económica, pois o empréstimo direto à sociedade pretendida seria a operação a efetuar, se a vantagem fiscal não fosse o principal objetivo. Aliás, na exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 316/XII, referente aos benefícios fiscais da ZFM, lê-se que o novo regime fiscal tem por objetivo conferir à Região Autónoma da Madeira a continuidade e a estabilidade de um instrumento potencialmente importante para a sua estratégia de desenvolvimento económico e social.

Embora discordemos da verificação dos elementos meio e intelectual no processo n.º 47/2013-T do CAAD, realçamos a verificação do elemento normativo. Parece-nos que os elementos meio e intelectual devem ser analisados conforme os restantes acórdãos em análise, análise essa que já foi amplamente discutida. O TA decide não seguir a tese relativa à *lacuna consciente de tributação* (dando como exemplo o processo n.º 43/2013-T, também em análise neste estudo). É referido pelo TA que o incentivo de exclusão de tributação de mais-valias resultantes de alienação de ações era direcionado aos investidores que transformam e aproveitam a nova forma de gestão. Discordamos da utilização desta afirmação como justificação para a verificação do pressuposto, pois a nova forma de gestão acaba por ser aproveitada, seja pelos atuais sócios, seja pelos futuros sócios.



## Capítulo IV

### Conclusões

Da análise efetuada anteriormente, procederemos à enumeração das ideias conclusivas sobre a aplicação da CGAA e a sua consecutiva delimitação do planeamento fiscal legítimo e abusivo.

É certo que na última década, a generalidade dos países têm atravessado uma crise económica acentuada, levando a uma queda no Produto Interno Bruto (PIB) reduzindo o poder de compra dos contribuintes. Consequentemente, houve uma acentuada diminuição de ganhos nas sociedades, levando, obviamente, a que os seus resultados decrescessem, atingindo por vezes resultados negativos e, naturalmente, inúmeras sociedades caíram no incumprimento de obrigações, até à sua falência.

As sociedades tiveram então que começar a tomar medidas para alcançarem uma maior rentabilidade dos seus ganhos, significando principalmente uma redução de gastos mais vulgares e facilmente elimináveis, mesmo que isso significasse uma diminuição de qualidade ou capacidade de produção/prestação de serviço, nomeadamente gastos com prestações de serviço externas, matéria-prima, pessoal. No entanto, outros centros de custos têm sido analisados, sendo um deles os custos relacionados com os encargos fiscais. A carga fiscal tem tomado uma posição com cada vez mais relevo no seio das sociedades, uma vez que a exigência e controlo fiscal por parte das administrações tributárias de todos os países têm significativamente incrementado. Com a crise económica a sentir-se no país nos últimos anos, também o Estado tem necessidade de arrecadar mais receita por parte dos contribuintes, sendo a carga fiscal a variável mais facilmente alterável, o que leva o Estado a aumentar constantemente os impostos, conforme foi analisado no capítulo I.

Consequentemente, as sociedades têm hoje em dia gestores fiscais, ou outros profissionais relacionados com a área tributária, que procuram atos ou negócios fiscalmente mais vantajosos para obterem poupanças fiscais. São incentivados para tal. No entanto, por vezes este tipo de atitude, denominado de planeamento fiscal, pode não ir de encontro à vontade do legislador. O Estado, para se proteger contra este tipo de comportamentos, cria cláusulas anti abuso, nomeadamente a CGAA. As autoridades fiscais, nos últimos anos, têm tido uma atitude mais agressiva quanto ao combate ao planeamento fiscal abusivo,

delineando formas e objetivos de combate através do Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras.

No entanto, a aplicação da CGAA tem diversos problemas associados. Nomeadamente, a interpretação dos factos para a verificação, ou não, dos pressupostos de aplicação da CGAA, pois a sua aplicação tem como principal discórdia, a nível geral, o ataque à liberdade de gestão das empresas, levando a que as decisões de liquidação adicional de imposto, tanto a nível de IRC como de IRS, sejam, em regra, impugnadas pelos contribuintes e assim havendo pedidos de declaração de ilegalidade da aplicação da CGAA por não verificação dos pressupostos de aplicação da mesma.

Quanto à análise dos pressupostos, conclui-se que, nos acórdãos do CAAD, o elemento intelectual e o elemento normativo não se consideram, geralmente, verificados. O elemento intelectual não é verificado pela subjetividade subjacente ao pressuposto, pois a análise da motivação fiscal do contribuinte não é, geralmente, mensurável e as razões económicas, sejam elas as que forem apresentadas pelo contribuinte, mesmo que não seja a principal motivação, acabam por se demonstrar como razões económicas e empresariais normais e aceites pelo tribunal. No entanto, deve-se ter em consideração a existência de razões económicas válidas implícitas à realização das operações, sob pena das operações serem desconsideradas. A análise do elemento normativo recai sobre a vontade do legislador e as designadas *lacunas conscientes da lei*. Ou seja, em situações que a vontade do legislador está minimamente expressa (como é o caso da isenção de tributação das mais-valias provenientes de ações detidas por mais de 12 meses), é considerado que a operação não pode ser julgada como abusiva, dado que a própria lei incentiva esse tipo de operações.

Por fim, concluímos que existe convergência na tomada de decisões quanto à aplicação da CGAA nos casos que estudámos, embora existam algumas exceções pontuais, e essa tendência cede para os pedidos de procedência para a declaração de ilegalidade na aplicação da CGAA. Temos, no entanto, a realçar que ainda são reduzidos os processos em que se debate a delimitação do planeamento fiscal legítimo do planeamento fiscal abusivo, podendo significar ou que as sociedades habitualmente não recorrem da decisão atribuída pela AT ou que a AT ainda não consegue aplicar a CGAA com fundamentação suficiente para esta seja aceite posteriormente pelos tribunais, principalmente pela subjetiva fundamentação necessária em alguns pressupostos de aplicação da CGAA, como pudemos analisar neste estudo.

A escassa existência de acórdãos no âmbito do tema em análise apresenta-se como a principal limitação da dissertação. A amostra foi composta por sete acórdãos, sendo seis deles referentes à mesma problemática, maioritariamente no âmbito do IRS. Embora se tenha encontrado uma linha orientadora clara, na nossa jurisprudência, quanto à aplicação da CGAA, a consistência do estudo seria maior caso a amostra fosse igualmente maior.

No entanto, a existência de poucos processos sobre o tema pode-se justificar por dois acontecimentos: a AT pode não ter condições para a aplicação da CGAA, dada a dificuldade de argumentação necessária; ou, embora a CGAA seja regularmente aplicada, pela AT, contra possíveis esquemas de planeamento abusivo, os contribuintes não prosseguem para o pedido de pronúncia sobre a declaração de ilegalidade na aplicação da CGAA, seja por falta de argumentação, ou mesmo pelos custos financeiros associados. A resposta a esta questão pode nos trazer alguma clareza quanto à escassez de processos no âmbito da aplicação da CGAA, e é, sem dúvida, um estudo importante que pode complementar esta dissertação. Para além da resposta a esta pergunta, poder-se-á, em processos que não tenham sido impugnados pelos contribuintes, perceber, mais amplamente, a tendência da argumentação utilizada desta vez não pelos tribunais, mas sim pela AT.

Finalizando, podemos afirmar que, independentemente da interpretação legislativa fiscal pela qual o leitor se rege, o dilema da consideração legítima ou ilegítima da operação encontrar-se-á impreterivelmente presente.



## Bibliografia

- Allingham, M. G., & Sandmo, A. (1972). Income tax evasion: theoretical analysis. *Journal of public economics* 1, 323-338.
- Bairrada, C., & António, M. (s.d.). Uma nota sobre a justiça fiscal em Portugal, Scientific Electronic Library Online - SciELO Portugal, <http://www.scielo.mec.pt/pdf/egg/v13n3/v13n3a03.pdf> [15 de junho de 2015].
- Basto, J. G. (2007). *IRS Incidência real e determinação dos rendimentos líquidos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Bryman, A., & Bell, E. (2015). *Business Research Methods*. Oxford: Oxford University Press.
- Catarino, J., & Vasco, G. (2012). *Lições de Fiscalidade*. Coimbra: Edições Almedina.
- Courinha, G. L. (2004). *A Cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Edições Almedina.
- Dalton, H. (1923). Principals of Public Finance. *The Economic Journal*, 33, 94-96.
- Dowling, G. R. (2014). The Curious Case of Corporate Tax Avoidance: Is it Socially Irresponsible? *Journal of Business Ethics*, 124, 173-184.
- Gaspar, P. (2014). O IRC como instrumento de competitividade: reforma num contexto de crise. Em G. Teixeira, & A. F. Cunha, *IV Congresso de Direito Fiscal* (pp. 223-234). Porto: Vida Económica.
- Gerring, J. (2007). *Case study research: principles and practices*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gomes, N. d. (2003). *Manual de Direito Fiscal (Vol. I)*. Lisboa: Rei dos Livros.

- Governo de Portugal "Documentos oficiais referente ao Ministério das Finanças"  
<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/documentos-oficiais.aspx> [18 de junho de 2015].
- James, S., & Christopher, N. (2000). *The Economics of Taxation*. Harlow: Pearson Education.
- Lang, M., Melz, P., & Kristoffersson, E. (2009). *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences*. Amsterdam: IBFD.
- Lopes, C. M. (2008). *Quanto custa pagar Impostos em Portugal?* Coimbra: Edições Almedina.
- Martins, G. d., & Theóphilo, C. R. (2009). *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. São Paulo: Edições Atlas.
- Morais, R. D. (2009). *Apontamentos ao IRC*. Coimbra: Edições Almedina.
- Nabais, J. C. (2006). Liberdade de gestão fiscal e dualismo na tributação das empresas. Em J. S. Sanches, & A. Martins, *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto* (pp. 419-442). Coimbra: Coimbra Editora.
- OECD: Organization for Economic Co-operation and Development, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs*: <http://www1.oecd.org/daf/> [05 de junho de 2015].
- Pappa, E., Sajedi, R., & Vella, E. (2015). Fiscal consolidation with tax evasion and corruption. *Journal of International Economics* 96, 56-75.
- Pereira, A., & Rodrigues, P. (2014). O papel da reforma fiscal numa estratégia de consolidação orçamental sustentável em Portugal. Em A. Pereira, C. Rodrigues, C. Silva, J. Loureiro, J. Miranda, L. Gonçalves, . . . T. Fernandes, *Por onde vai o Estado Social em Portugal?* (pp. 23-66). Porto: Vida Económica.
- Pereira, M. H. (2010). *Fiscalidade*. Coimbra: Edições Almedina.
- Pinto, J. A. (2011). *Fiscalidade*. Porto: Areal Editores.



- Ritchie, J., Lewis, J., Nicholls, C., & Ormston, R. (2014). *Qualitative Research Practice*. Londres: SAGE.
- Sanches, J. L. (2006). *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Schneider, F. (2012). The Shadow Economy and Work in the Shadow: What Do We (Not) Know? *IZA Discussion Papers 6423, Institute for the Study of Labour (IZA)*.
- Slemrod, J., & Yitzhaki, S. (2002). Tax avoidance, evasion and administration. Em A. Auerbach, & M. Feldstein, *Handbook in public economics 3* (pp. 1423-1465).
- Slemrod, J., & Yitzhaki, S. (2002). Tax avoidance, evasion and administration. *Handbook in public economics 3*, 1423-1465.
- Stankevicius, E., & Vasiliauskaite, A. (2014). Tax burden level leverage on size of the shadow economy, cases of EU countries 2003-2013. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 548-552.
- Tsang, E. W. (2013). Case study methodology: causal explanation, contextualization, and theorizing. *Journal of International Management*, 16, 195-202.
- Yin, R. K. (2014). *Case study research*. Califórnia: SAGE Publications.
- Zikmund, W., Babin, B., Carr, J., & Griffin, M. (2013). *Business Research Methods*. Canadá: South-Western - Cengage Learning.

**Jurisprudência:**

Acórdão TCAS de 15 de fevereiro de 2011 (Processo n.º 04255/10);

Acórdão CAAD de 18 de setembro de 2014 (Processo n.º 305/2013-T);

Acórdão CAAD 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 234/2014-T);

Acórdão CAAD de 20 de dezembro 2013 (Processo n.º 47/2013-T);

Acórdão CAAD de 26 de novembro 2013 (Processo n.º 47/2013-T).