



CIDEEFF

MONOGRAFIAS

Nº 2 / 2022

O REGIME PORTUGUÊS DE CFC

COMPATIBILIDADE COM O DIREITO CONSTITUCIONAL,
INTERNACIONAL E EUROPEU

Dalila Alexandra Mendes Leal



CIDEEFF

CIDEEFF MONOGRAFIAS

ISSN: 2795-4870

-

Nº2/2022

TAX GOVERNANCE

O regime português de CFC:
Compatibilidade com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu

Autora

Dalila Alexandra Mendes Leal

WP Coordinators

Ana Paula Dourado
Pedro Infante Mota
Miguel Moura e Silva
Nazaré da Costa Cabral

Publisher

**CIDEEFF - Centre for Research in
European, Economic, Fiscal and Tax Law**

www.cideeff.pt | cideeff@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

-

Design & Production

OH! Multimedia

mail@oh-multimedia.com

Agradecimentos

A realização da presente dissertação marca o fim de mais uma importante etapa da minha vida. Não obstante a elaboração de uma dissertação ser o resultado de um processo solitário, a mesma reúne o contributo de várias pessoas. Por isso, gostaria de agradecer a todos aqueles cujo ânimo contribuiu de forma decisiva para a sua concretização. Correndo o risco de injustamente não mencionar algum desses contributos decisivos, gostaria de agradecer, em particular, às pessoas abaixo elencadas.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Ana Paula Valle-Frias Madureira Piedade Dourado pelo seu valioso contributo na elaboração desta dissertação. Aos meus pais, Manuel e Lurdes, a quem qualquer reconhecimento nunca será suficiente, agradeço pelos valores que me transmitiram, por me terem dado asas para voar, por me terem dado oportunidade de lutar pelos meus sonhos e objetivos, por acreditarem mais em mim e nas minhas capacidades do que qualquer outra pessoa, por terem abdicado de tanto em prol da minha felicidade, por serem os meus maiores conselheiros e apoiantes e, finalmente, por nunca se esquecerem de me demonstrar que me amam e que têm orgulho em mim. Agradeço particularmente à minha mãe, Lurdes, por ser o maior exemplo de garra que eu conheço e por ter sempre um conselho, um sorriso, um beijo e um abraço reservados para mim. De igual modo, sou infinitamente grata ao meu pai, Manuel, pela sua bondade, paciência e ponderação e por me ter ensinado, desde sempre, que a pressa é inimiga da perfeição e que o importante não é chegarmos rápido, é chegarmos longe. À minha irmã Liliana, agradeço por (quase) todas as memórias bonitas que construí na infância, bem como por ser a minha mais antiga companheira de gargalhadas e por todos os momentos de cumplicidade que já vivemos juntas. Serei eternamente grata pelo seu carinho e incentivo, pela sua imensa generosidade e paciência e, bem assim, pelo seu incomparável amor, por acreditar em mim, por me demonstrar que em toda a luta há uma vitória, por nunca me omitir a sinceridade dos seus pensamentos e, principalmente, por estar sempre pronta para me ajudar em tudo na vida, como sucedeu com a revisão da presente dissertação. Aos meus avós (in memoriam), que desde os meus primeiros passos acreditaram em mim e me incentivaram a procurar a minha melhor versão, agradeço por tudo aquilo que me ensinaram, pelo carinho que me deram como ninguém e pelo lindo exemplo de vida que me deixaram. À minha querida Mimi, que desde sempre (e para sempre) foi (e será) uma avó para mim, agrade-

ço a generosidade em cada gesto e o amor em cada palavra, e bem assim, por me ensinar o que é ter coragem e determinação, mas, sobretudo, por ser a prova viva de que a nossa felicidade e o nosso destino estão nas nossas mãos e no modo como reagimos às adversidades. Ao meu namorado, Tiago, e ao nosso passado, presente e futuro, agradeço por todo o amor, incentivo, apoio e compreensão, sem paralelo. A realização desta dissertação foi sem dúvida uma tarefa menos hercúlea por o ter ao meu lado, apresentando sempre um sorriso no rosto, enquanto sacrificávamos os dias, as noites, os fins-de-semana e os feriados em prol da realização da dissertação de mestrado de cada um. À minha amiga Ana agradeço por ser, há vários anos, um dos pilares mais fundamentais da minha vida e por sempre ter encontrado nela todo o apoio que em

tantos momentos precisei. Agradeço também por nela sempre ter a certeza de um companheirismo, cumplicidade e amor incondicional, por ser a primeira a dizer que “vai correr tudo bem”, mas também que “estarei aqui se assim não for”. À minha amiga Joana, agradeço por todo o apoio que sempre me deu, por todas as dificuldades superadas em conjunto, por todos os risos compartilhados, por todas as confidências, por todas as aventuras e desventuras e por ser uma inspiração a vários níveis. À minha amiga Ana Rita, agradeço porque desde que a conheço que me demonstrou o verdadeiro significado de amizade e de lealdade, brindando-me sempre com a sua força e a sua boa-disposição, sem nunca procurar aligeirar os desafios a que me proponho, mas sempre garantindo que os superarei com sucesso. À minha amiga Carolina, agradeço por todo carinho e amizade com que me vem brindando desde o meu primeiro dia de trabalho na Garrigues e por todas as palavras de incentivo que sempre me dirigiu. À minha amiga Catarina, agradeço pela sua amizade e boa disposição constantes, bem como pelo seu enorme incentivo para a realização desta dissertação. À Mafalda, agradeço por aguçar a minha capacidade de questionar e analisar tudo de forma racional, mas essencialmente por sempre me ter dado a mão e me ter ajudado a evoluir pessoal e profissionalmente. Ao meu amigo Cilauro, agradeço pelas nossas conversas, sempre tão dirigidas ao progresso mútuo, pela pragmaticidade com que me ajuda a encarar as adversidades, pela amizade sincera e por sempre me ter dado palavras de ânimo nos momentos mais desafiantes que a elaboração desta dissertação comportou. Às minhas afillhadas, Mélanie e Irene, e ao meu amigo Marco, agradeço por me manterem sempre desperta para o lado mais divertido, simples e puro da vida e por entenderem sempre aquilo que digo e o que não digo. Às minhas amigas Andreia, Laurine e Sofia, agradeço por me demonstrarem que a amizade nunca foi e nunca será uma questão de presença física. Finalmente, agradeço a todos os meus colegas da Garrigues, por tudo, dirigindo um especial agradecimento ao Pedro Miguel Braz, por me dar o privilégio de fazer parte desta grande equipa e por ter sido o melhor patrono que poderia ter pedido.



*Dedicada à memória dos meus avós,
aos meus pais, à minha irmã e ao Tiago.*

O regime português de CFC

Compatibilidade com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu

DALILA ALEXANDRA MENDES LEAL¹
CIDEEFF | Universidade de Lisboa

1 Mestrado em direito e ciência jurídica- especialidade em direito fiscal

Índice

Sumário / Palavras Chave

(pag. 7) ►

Abstract / Keywords

(pag. 8) ►

1. Introdução

(pag. 10) ►

2. Considerações preliminares sobre as regras CFC

(pag. 15) ►

3. As regras CFC no contexto da ação 3 da iniciativa BEPS

(pag. 34) ►

4. As regras CFC no âmbito da União Europeia

(pag. 61) ►

5. O regime português de CFC

(pag. 101) ►

6. A (in)compatibilidade do atual regime português de CFC com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu

(pag. 125) ►

...

7. Propostas de alteração ao regime português de CFC

(pag. 158) ►

Conclusões

(pag. 165) ►

Bibliografia

(pag. 172) ►

Jurisprudência

(pag. 188) ►

Sumário

Nos últimos anos, a legislação em matéria de CFC ganhou uma renovada atenção no panorama da fiscalidade, atento o papel relevante que a mesma pode desempenhar na luta contra o fenómeno do BEPS. Neste contexto, quer a OCDE/G20, por via da Ação 3, quer a Comissão Europeia, através da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (“Diretiva ATAD I” ou “Diretiva ATAD”), reconheceram a importância da introdução ou do reforço de regras CFC, nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Não obstante Portugal dispor de um regime CFC desde 1995, tal regime tem vindo a sofrer sucessivas alterações, tendo a última sido operada recentemente pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, por força da transposição para o ordenamento jurídico português das disposições da Diretiva ATAD.

Um ano volvido sobre tais alterações, a presente dissertação revisita o atual regime português em matéria de CFC, procurando avaliar a conformidade do mesmo com as recomendações emanadas pela OCDE/G20 neste âmbito (mais concretamente, as dirigidas aos Estados- Membros da União Europeia), com as imposições da Diretiva ATAD, com o Direito Primário da União Europeia (designadamente, com a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais) e com o Direito Constitucional Português (em particular, com os princípios da proporcionalidade e da igualdade).

Concluindo-se que o regime português de CFC carece de alterações profundas, ensaiam-se na presente dissertação diversas propostas de redação alternativas ao atual artigo 66.º do CIRC, as quais se justificam, essencialmente, pela necessária compatibilização do regime português de CFC com os princípios constitucionais aplicáveis nesta matéria e com as imposições do Direito da União Europeia, bem como, com as recomendações emanadas pela OCDE/G20, no âmbito do Relatório Final da Ação 3.

Palavras Chave

Anti-abuso, BEPS, CFC, Diretiva ATAD, Ação 3

Abstract

In recent years, CFC legislation has gained renewed attention in the tax arena, giving the relevant role it can play in the fight against BEPS. In this context, both the OECD / G20, through Action 3, and the European Commission, through the Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016 (“Anti-Tax Avoidance Directive I” or “ATAD Directive”), recognized the importance of introducing or reinforcing CFC rules, in national legislations.

Notwithstanding the fact that Portugal has had a CFC regime since 1995, this regime has experienced successive modifications, the last one being recently brought by Law No. 32/2019 of May 3, due to the transposition into the Portuguese legal system of the provisions of the ATAD Directive.

One year after these changes occurred, this master thesis revisits the current Portuguese CFC regime, seeking to assess its compliance: with the recommendations issued by the OECD/G20 in this context (more specifically, those addressed to European Union Member States); with the impositions resulting from the ATAD Directive; with the European Union’s Primary Law (namely, with the freedom of establishment and the free movement of capital); and, with the Portuguese Constitutional Law (in particular, with the principles of proportionality and equality).

Since the Portuguese CFC regime needs profound changes, in this dissertation several alternative proposals will be made to the current article 66 of the Corporate Income Tax Code, whose justification relies on the necessary compatibility of the Portuguese CFC regime with the constitutional principles applicable in this matter and with the impositions of European Union Law, as well as, with the recommendations issued by the OECD/G20, within the scope of the Action 3 Final Report.

Keywords

Anti-abuse, BEPS, CFC, ATA Directive, Action 3

Lista de siglas e abreviaturas

ATAD – Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016

BEPS- Base Erosion and Profit Shifting

CDT- Convenção de Dupla Tributação

CFC- Controlled Foreign Company

Cfr.- Conferir

CIRC- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CRP – Constituição da República Portuguesa

EEE – Espaço Económico Europeu

G20 –Grupo dos 20

IBFD – International Bureau of Fiscal Documentation

N.º- Número

OCDE- Organização para o desenvolvimento e Cooperação Económica

P./PP. – Página/Páginas

SS.- Seguintes

TJUE-Tribunal de Justiça da União Europeia

UE- União Europeia

V. - Vide

§ - Parágrafo



1. Introdução

1.1 Enquadramento do tema

O mecanismo de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado previsto no artigo 66.º do CIRC (de ora em diante, “regime português de CFC”), encontra-se consagrado desde 1995 no ordenamento jurídico português, tendo sofrido, desde então, diversas alterações legislativas no sentido da sua compatibilização com as fontes de Direito que lhe são hierarquicamente superiores, entre as quais se encontram as do Direito da União Europeia e do Direito Internacional.

Não obstante as diversas alterações de que tem sido alvo ao longo da sua existência jurídica, a última das quais levada a cabo em maio de 2019, o regime português de CFC continua a ser pródigo em deficiências aos mais diversos níveis, designadamente, no plano constitucional, internacional e europeu.

Considerando a importância dos regimes CFC para o combate à transferência artificial de lucros e à erosão das bases tributáveis (“BEPS”), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”) e o Grupo dos 20 (“G20”) publicaram, em 5 de outubro de 2015, no decurso do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (“Projeto BEPS”), um relatório intitulado “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*” (“Relatório Final”). Tal relatório contém várias recomendações dirigidas aos Estados de abordagens relativas à estruturação de regras CFC eficazes.

Na sequência das conclusões e recomendações alcançadas naquele Relatório Final, a União Europeia (“UE”) promoveu duas iniciativas legislativas complementares, conhecidas como o Pacote ATAD, direcionadas à regionalização das soluções previamente apontadas pela OCDE/G20, com um caráter vinculativo, atenta a sua consagração em duas Diretivas “*Anti-Tax Avoidance*”.

Uma vez que a integração na UE dita que os Estados-Membros transponham as Diretivas emitidas pelo Conselho, dentro de um determinado prazo e com uma margem de conformação limitada, transformando as Diretivas da UE em legislação nacional, o legislador português não beneficiava de uma liberdade incondicional nas alterações que poderia introduzir ao seu regime CFC.

À luz da Diretiva Anti-elisão Fiscal I (“Diretiva ATAD”) foram fixados certos padrões mínimos que deveriam ter sido observados. Acresce que, sendo a Diretiva ATAD uma fonte de Direito Europeu Secundário, o legislador português não poderia olvidar a necessidade de assegurar que, nem a livre circulação de capitais, nem a liberdade de estabelecimento, consagradas no Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), fonte de direito primário da UE, seriam potencialmente violadas pelo seu regime.

Tudo isto sem descurar a importância da compatibilidade das alterações introduzidas ou omitidas com os próprios princípios constitucionais que sustentam o Estado de Direito democrático português e, bem assim, com as demais obrigações internacionais a que o Estado Português se encontra vinculado.

Neste contexto, esta dissertação tem como objetivo confrontar o regime português de CFC, em particular, na redação em vigor após as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio com: (i) o Direito Constitucional Português; (ii) o Direito Internacional, concretamente, com as recomendações resultantes do Relatório Final da Ação 3 do Projeto OCDE/BEPS, que se destinam especificamente aos Estados-Membros da EU; e, (iii) o Direito da UE, designadamente, no que às liberdades fundamentais e à Diretiva ATAD diz respeito.

Dessa confrontação e das conclusões dela retiradas, resultará apurada a necessidade de modificação do regime português de CFC, no sentido da sua compatibilização com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu, a qual ditará o ensaio de uma proposta de redação alternativa à que atualmente se encontra consagrada no ordenamento jurídico português.

1.2 Delimitação do objeto

Tendo a pretensão de assentar este estudo na base do que tem sido construído no ordenamento jurídico interno e, bem assim, no patamar em que nos encontramos no plano europeu e internacional, e não obstante o tema que nos propomos aqui desenvolver ser, em potência, um tema vastíssimo, é crucial uma delimitação clara do que pretendemos ou não tratar, sobretudo pela limitação do espaço de que dispomos.

A presente dissertação tem como objetivo geral o estudo do regime português de CFC e objetivos específicos a análise da compatibilidade de tal regime com o Direito Constitucional Português, o Direito Internacional e o Direito da UE.

Na presente dissertação não pretendemos, por isso, aprofundar-nos na discussão sobre qual é ou deveria ser, o princípio preponderante na formulação da legislação fiscal: se o princípio da fonte ou o princípio da residência. Reconhecemos, desde já, que o critério da residência é o critério legitimador por excelência do poder de tributar dos Estados e é desse ponto que partimos.

Sem prejuízo de iniciarmos esta dissertação com uma análise da origem, desígnios e diferentes formulações das regras CFC em abstrato, a nossa pretensão é que esta seja breve. Sendo o propósito da presente investigação a análise do regime português de CFC, após as alterações operadas na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, à luz do Direito Constitucional, Internacional e Europeu, e ainda que muito mais houvesse por dizer, imperiosa se tornou a seleção do imprescindível para o encadeamento lógico do caminho que nos propomos percorrer.

Deste modo, cumpre ter sempre a consciência que este é um estudo onde o caminho a palmilhar e as conclusões intermédias que vamos descobrindo devem ser entendidos como isso mesmo: a sequência necessária para, depois de apresentadas as propostas da Ação 3 do BEPS e da Diretiva ATAD em matéria de CFC e desenhados os moldes do direito interno, confrontarmos os planos supramencionados e compreendermos que alterações ao regime português de CFC se revelam imprescindíveis.

Ressalve-se que, não obstante a intercomunicação do tema dos regimes em matéria de CFC com outros temas, pretendemos excluir do âmbito deste trabalho, a regra CFC prevista no âmbito da Proposta CC(C)TB) e, bem assim, qualquer temática da relação das regras CFC com a *Globe Proposal* e o novo regime global de rendimento intangível de baixa tributação (*Global Intangible Low-Taxed Income – GILTI*).

Acrescenta-se, ainda, que ficam excluídas do âmbito desta dissertação, a compatibilidade das regras CFC com as Convenções de Dupla Tributação celebradas por Portugal, bem como, a coordenação entre a Ação 3 e as outras Ações (outras medidas propostas pelo BEPS).

Mais se clarifica que a interação das regras CFC com outras regras será sucintamente tratada, na estrita medida do imposto pela abordagem que do tema é feita na própria Ação 3 do BEPS.

1.3 Estrutura da dissertação

A investigação de que ora nos ocupamos encontra-se estruturada em oito capítulos, sendo que o primeiro capítulo se consubstancia na presente introdução.

No capítulo segundo, atendendo a que as regras CFC são disposições muito complexas e de elevada sofisticação técnica para as administrações tributárias e para as empresas multinacionais, traçaremos um quadro geral introdutório das mesmas, designadamente, abordando de modo sintético a sua origem e os desígnios por elas visados, bem como os diferentes elementos constitutivos que as mesmas foram conhecendo num momento prévio ao Projeto OCDE/G20 BEPS.

O terceiro capítulo focar-se-á no Relatório Final da Ação 3 do BEPS, o qual estabeleceu um conjunto de melhores práticas para a estruturação de normas CFC, sem que, no entanto, tenha definido a adoção das regras CFC como um *standard mínimo*, ao contrário do que sucedeu com outras Ações. Neste capítulo, serão primeiramente explorados os objetivos de política fiscal

identificados pela OCDE/G20 aquando da adoção de um regime em matéria de CFC, sendo, seguidamente, analisadas as diversas propostas contidas no Relatório Final da Ação 3 do BEPS, as quais se encontram estruturadas em diversos “*building blocks*”, mais concretamente em 5, quais sejam: definição de CFC; isenções e limiares mínimos de aplicação do regime; definição do rendimento sujeito a CFC; cômputo do rendimento abrangido; atribuição de tal rendimento; e, mitigação ou eliminação da dupla tributação desencadeada pelas regras CFC.

No quarto capítulo, dedicado ao enquadramento das regras CFC no âmbito da UE, será primeiramente dada nota da importância das liberdades fundamentais para a aplicação dos regimes nacionais em matéria de CFC. De facto, não obstante a fiscalidade direta ser da competência dos Estados-Membros, estes últimos não podem deixar de exercer essa competência no respeito do Direito da UE. Tal implica que as liberdades fundamentais que poderão assumir relevância no contexto do estudo dos regimes CFC sejam identificadas e revisitadas, no que respeita ao seu âmbito e, bem assim, às justificações tradicionalmente aceites pelo TJUE, no que concerne às respetivas restrições. Após a análise das liberdades fundamentais relevantes em matéria de regimes CFC, e uma vez dadas as notas iniciais relativamente à Diretiva ATAD, ao seu papel como resposta à iniciativa BEPS e ao seu carácter *de minimis* (as quais são de suma importância para as conclusões que se traçarão ao longo do sexto e sétimo capítulos da presente dissertação), encetar-se-á uma análise crítica ao que a Diretiva ATAD estabelece especificamente em matéria de CFC, nos seus artigos 7.º e 8.º, porquanto, foi na senda da mesma, que Portugal aprovou o Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a qual procurou adequar o regime português às exigências daquela Diretiva. Tal análise ambiciona constituir uma base sustentável para o exame do renovado regime português em matéria de CFC, à luz da sua compatibilidade com o Direito primário (liberdades fundamentais) e com o Direito secundário da UE (especificamente, com a Diretiva ATAD) permitindo assim, avaliar da sua conformidade à luz do Direito da UE e da eventual e conseqüente necessidade da sua modificação.

No quinto capítulo será explorado o atual regime português de CFC, alterado na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio. Não se desconsiderando que o ordenamento jurídico-tributário português já tinha adotado um regime em matéria de CFC, num momento muito anterior, quer às recomendações resultantes da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS, quer à Diretiva ATAD, o mesmo sofreu múltiplas alterações, as quais serão brevemente enumeradas, sendo igualmente feita uma referência à natureza jurídica do regime português de CFC. Num segundo momento, depois de traçada tal evolução, será feita uma caracterização do regime português objeto do presente estudo, com a escalpelização dos seus diversos elementos e o elencar das principais incertezas suscitadas pelo regime ora em causa.

A avaliação da compatibilidade do atual regime português de CFC com o Direito Constitucional Português (em concreto, com os princípios da igualdade e da proporcionalidade), com o Direito Internacional (especificamente, com as recomendações da OCDE/G20 em matéria de CFC para os Estados-Membros da UE) e, finalmente, com o Direito Europeu (em particular, com

as liberdades fundamentais e com o que se encontra previsto na Diretiva ATAD) será realizada no sexto capítulo.

Por fim, o sétimo capítulo concretizará aquelas que são as nossas principais propostas de alteração à atual redação do artigo 66.º do CIRC, encontrando o seu sustentáculo em todos os contributos dos capítulos precedentes, dos quais resulta que, ainda que tenha sido recentemente alterado pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o regime português de CFC carece de modificações significativas.

A encerrar a presente dissertação, encontrar-se-ão as principais Conclusões alcançadas no desenvolvimento da mesma.



2. Considerações preliminares sobre as regras CFC

2.1 Da origem das regras CFC à sua difusão mundial

A adoção de regras CFC por um número cada vez mais expressivo de países tem-se assumido como uma notável tendência tributária internacional nos últimos anos.¹⁻²

Hodiernamente, as preocupações e os objetivos prosseguidos e discutidos pelos EUA aquando da adoção e modificação do seu próprio regime ainda se afiguram relevantes, atenta a circunstância de terem sido pioneiros no traçar do regime CFC, acabando por se ver refletidas e discutidas pelos diversos países que adotam regimes no âmbito da presente matéria, pelo que a sua revisitação se impõe.

Assim, por referência às origens deste tipo de regime, cumpre elucidar que a pretensão do presidente Kennedy, em introduzir este tipo de regras naquele território, em 1961, era essencialmente impedir o diferimento da tributação dos rendimentos obtidos pelas sociedades es-

1 DUEÑAS, Sebastián - *CFC Rules Around the World*, Tax Foundation, Washington DC, 659, 2019, [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://taxfoundation.org/cfc-rules-around-the-world/>.

2 Já em vigor nos Estados Unidos desde a década de 1960 (cf. DURST, M. – The historical evolution of base erosion and profit shifting In *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, Brighton: The International Centre for Tax and Development Institute of Development Studies, 2019, pp. 31-54), um pequeno número de países líderes das economias industriais veio a adotar tais regras nas décadas de 1970 e 1980. Este foi o caso da Alemanha (1962), do Canadá (1976), do Japão (1978), de França (1980), do Reino Unido (1984) e da Nova Zelândia (1988), os quais foram seguidos de maneira mais ampla por vários países com economias emergentes, nas décadas de 1990 e 2000. Deste grupo de países fazem parte a Suécia e a Austrália (1990), a Noruega (1992), a Finlândia (1993), Espanha (1994) (cf. Spanish Income Tax Law of 1995, Pub. L. No. 43-1995, <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20Sociedades/Ley%2043-1995%20al%2001-120%203%20.pdf>), a Indonésia, Portugal e a Dinamarca (1995), a Coreia (1996), a Hungria (1997), o México (1997), a África do Sul (1997), a Argentina e a Venezuela (1999), o Brasil (PIRES, L. - The Brazilian Controlled Foreign Company Regime: A Comparative Analysis from an International Tax Law Perspective, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 67, 6 (2013), p. 296) e a Lituânia (2001), a Finlândia e a Itália (2002), Israel (2003), o Egito (2005), a Turquia (2006), a Estónia (2007), a China (2008) e a Islândia (2009). A expansão da adoção das regras CFC continuou durante a década de 2010, por países como o Peru (2013), a Grécia (2014), a Rússia (2014) e a Polónia (2015) e estendeu-se ainda mais pelo globo em função das iniciativas internacionais e europeias desenvolvidas neste âmbito.

trangeiras controladas (de ora em diante “CFC”)³⁻⁴, cujos rendimentos apenas fossem objeto de tributação aquando da distribuição dos lucros ou ganhos obtidos com a venda das participações sociais nas mesmas.

Com efeito, vinha-se assistindo ao uso cada vez mais intenso de planeamento fiscal envolvendo paraísos fiscais por parte das multinacionais (doravante, “MNEs”) americanas, cujo investimento e operacionalização se situava nos países Europeus de alta tributação.

Veja-se, no entanto, que, da proposta da presidência Kennedy, não resultava a pretensão de tributar certo tipo de atividades levadas a cabo em países em desenvolvimento, o que pode justificar-se sob dois prismas: o primeiro, o auxílio a tais países e ao seu desenvolvimento e, o segundo, a circunstância de tais atividades serem mais propícias ao aumento das exportações dos EUA.⁵ Tal como acabaram por ser aprovadas, em 1962, as regras CFC apenas abrangiam determinados “rendimentos contaminados”, mormente, o rendimento passivo de pessoas não relacionadas e que não fossem relativos ao desenvolvimento de uma atividade económica e de pessoas relacionadas, localizadas fora do país de residência da CFC. Também se encontravam abrangidos os rendimentos provenientes de vendas e de serviços que envolvessem transações com pessoas relacionadas, se os bens ou serviços fossem produzidos fora do território da CFC, por se pressupor que esse rendimento decorria das atividades das MNEs americanas, que estariam a transferir uma parte da sua atividade (ou da atividade de alguma das suas subsidiárias), de um território de alta tributação – EUA- para o território em que se localizava a CFC.

Tal como defendido num estudo do *U.S. Department of the Treasury*, o regime estabelecido na *Subpart F* (“*Subpart F Rules*”), resultava, assim, da miscelânea de cinco grandes preocupações: a prevenção da utilização abusiva de paraísos fiscais, a tributação de rendimentos passivos, promover a equidade, neutralidade de exportação de capitais (doravante, “*CEN*”) e competitividade.⁶

Embora, desde então, várias tenham sido as alterações pelas quais passaram as regras CFC dos EUA, a arquitetura básica daquelas normas permanece inalterada, desde logo, no que se refere (i) à opção pela *transactional approach* (também designada de abordagem transacional), que atribui apenas certo “rendimento contaminado” às sociedades-mãe ou acionistas residentes e não pela *entity/jurisdictional approach* (igualmente apelidada de abordagem da entidade ou territorial) e também (ii) no que se refere às regras de *base company*, as quais mantêm o seu foco nos rendimentos provenientes de territórios diversos daquele em que está localizada a CFC.

3 No âmbito da presente dissertação, utilizaremos, por facilidade de referência e indistintamente, a expressão “CFC” quer em lugar da expressão “*sociedades estrangeiras controladas*”, quer de “*entidades estrangeiras controladas*”.

4 RAM, Vasujith- *Conceptualizing the History of Subpart F*, 2018 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://www.taxnotes.com/>

5 REDMILES, Melissa, Wenrich, Jason- *A History of Controlled Foreign Corporations and the Foreign Tax Credit*, 2013 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf>.

6 Office of Tax Policy, US Department of the Treasury, *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations*, 2000 [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://home.treasury.gov/system/files/131/Report-SubpartF-2000.pdf>.

Como já se deixou antecipado, as propostas do legislador americano no início dos anos 60 do século XX estão largamente relacionadas com muitos dos regimes CFC que se encontram atualmente em vigor, sendo que, o que começou por ser uma proposta de evitar o diferimento tributário e de consagrar a *CEN*, acabou por ser diluído num mecanismo de limitação de transferência de rendimento, tendo muitas das exceções pensadas naquela altura servido de base para estratégias anti-abusivas, às quais nos últimos anos se vem dedicando tanta atenção.

Enquanto, em 1962, os EUA sentiam a necessidade de adotar regras CFC, tal não acontecia com os demais países, o que se justifica pelo facto de metade do investimento, no estrangeiro, feito por residentes, ao nível internacional, provir dos EUA e pela circunstância de os EUA terem uma política de livre comércio, o que os impedia de controlar o investimento mediante o uso de controlos cambiais. Já a maior parte dos países tinha instalado esses mesmos controlos cambiais, o que lhes permitia monitorizar o investimento no estrangeiro, não sentindo, assim, tanta pressão para adotar regras que visassem desencorajar investimentos no estrangeiro que fossem fiscalmente motivados.

Com a eliminação ou a flexibilização dos controlos cambiais nas principais economias mais industrializadas, no decurso das décadas de 70 e 80 do século XX, foi, então, introduzida legislação CFC, o que se verificou, no Canadá, na Alemanha,⁷ no Japão, em França,⁸ no Reino Unido e na Nova Zelândia. Veja-se que, o tipo de entidade estrangeira alvo das regras CFC era muito semelhante ao que havia sido previamente objeto das normas dos EUA. Sendo que, no caso do Reino Unido, foi, desde logo, definido que as regras CFC estavam essencialmente dirigidas a empresas de “*dividend trap*”, de “*money box*”, empresas detentoras de patentes, seguradoras cativas e, bem assim, a expedientes de roteamento de distribuição *offshore*.⁹

Até à década de 1990, a adoção de regimes CFC era, no entanto, muito limitada, atento o facto de ainda existirem muitos controlos cambiais e de muitas das economias emergentes ainda adotarem sistemas de tributação territorial, estando assim focadas em atrair investimentos e atividades de empresas estrangeiras para impulsionar o seu desenvolvimento económico e não em evitar que as empresas domésticas utilizassem regimes estrangeiros, caracterizados por uma reduzida carga tributária. A acrescer a estes motivos, somava-se o facto de que a adoção e aplicação de regras CFC se afigurava algo complexa, exigindo recursos qualificados, designadamente, por parte das administrações tributárias.

7 WEISS, Martin - Recent Developments in the German Tax Treatment of CFCs, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-3138, 55, 9 (2015), p. 439 e FÖRSTER, Guido, SCHMIDTMANN, Dirk – CFC Legislation in Germany, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 32, 10 (2004), pp. 476-486.

8 GUTMANN, Daniel, MEZIANE, François- *The French CFC Regime*, American Tax Policy Institute, Washington [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://docplayer.net/18925662-The-french-cfc-regime.html>.

9 EDGE, Steve- *UK CFC Regime - Time To Work Together?*, Slaughter and May, 2018 [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em https://www.slaughterandmay.com/media/621198/uk_cfc_regimetimetowork-togetherjuly2008.pdf.

Porém, a partir da década de 1990, muitos dos países europeus, com economias emergentes e, bem assim, outros países como o México, a África do Sul e a Coreia do Sul adotaram regras CFC, o que encontra justificação na procura de algum controlo sobre as saídas de capital. Por seu turno, a adoção das regras CFC também se justifica à luz da mudança de regimes de tributação territorial para regimes de tributação mundial, o que sucedeu, por exemplo, na África do Sul.

A adoção das regras CFC continuou ao longo dos anos 2000, designadamente pela China¹⁰ e pelo Brasil, sendo que, em 2013, altura em que o projeto OCDE/G20 BEPS teve início, os ordenamentos jurídicos de trinta e dois países já previam regras CFC.¹¹

Quanto aos países que àquela data não tinham adotado regras CFC, tal devia-se essencialmente à existência de um sistema de controlo cambial e de diversa legislação que limitava os investimentos no exterior (como era o caso da Índia) ou de razões políticas, designadamente, por estarem concentrados em atrair investimentos de empresas multinacionais, sendo que a adoção de regras CFC tornaria tais territórios (como a Bélgica, o Luxemburgo, a Suíça, Hong Kong e Singapura) menos atraentes, por limitar a livre circulação de capitais.

Atualmente, o número de países que adotaram regras CFC é muito maior uma vez que, por um lado, (i) tais regras foram impostas, no seio da UE pela Diretiva ATAD, nos termos da qual, todo e qualquer ordenamento jurídico pertencente à UE, teria que adotar regras CFC até 1 de janeiro de 2019 e que, por outro lado, (ii) as recomendações do projeto OCDE/G20 BEPS desempenharam um efeito persuasivo perante os demais países, fazendo com que os mesmos adotassem regras CFC nos seus ordenamentos jurídicos.

2.2 Objetivos de política fiscal e desígnio das regras CFC

A maioria dos sistemas tributários não prevê a tributação dos lucros das subsidiárias estrangeiras das MNEs até que estes sejam distribuídos à empresa controladora da mesma.¹²

Isso significa que a tributação pelo país de residência da MNE sobre os lucros das suas subsidiárias estrangeiras é, pelo menos, diferida temporalmente – senão evitada de forma definitiva

10 Apesar de a China ter adotado regras CFC em 2008, o primeiro caso de aplicação de regras CFC apenas ocorreu em 2014. Cf. Amicorp Group- *The most recent CFC case in China – 2017* [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://www.amicorp.com/AmiNews/2017/july/themostrecentcfcscaseinchina.php>.

11 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- *Controlled Foreign Corporation Rules In A New Dawn for the International Tax System: Evolution from past to future and what role will China play*, Amsterdão: Books IBFD, 2017, ISBN 978-90-8722-390-8, pp.411-440.

12 KOFLER, G- *CFC Rules* In Lang, M., Pistone, P., Schuch J., Staringer, C.- *Common Corporate Consolidated Tax Base*. Viena: Linde Verlag, 2008, ISBN 9783707313062, pp. 727-729. Esta prática conhece relevantes exceções, de que é exemplo a brasileira. Sobre o regime brasileiro e a jurisprudência proferida a seu respeito vide Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Brasil, Decisão de 14 de março de 2017, Eagle Distribuidora de Bebidas SA, Recurso n.º 148.709, Conselho de Contribuintes do Brasil, 1.ª Secção, Decisão de 19 de outubro de 2006, Decisão n.º 101-95.802, Eagle 1, Supremo Tribunal Federal Brasileiro Decisão de 10 de abril de 2013, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2588, Confederação Nacional da Indústria e Decisão de 5 de abril de 2012, Recurso n.º 611586, Coamo- Cooperativa Agropecuária Mourãoense Ltda, Tribunal Regional Federal da 2.ª Região do Brasil- Companhia Vale do Rio Doce, Processo n.º 0002937- 09.2003.4.02.5101, de 22 de novembro de 2011, Supremo Tribunal Administrativo - Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Processo n.º 102/12-30.

- enquanto as subsidiárias locais da MNE veem os seus lucros ser imediatamente tributados, o que poderá ter indiscutivelmente efeitos distorsivos, designadamente no que tange à escolha do investidor em relação ao local onde o mesmo realiza o seu investimento.¹³

Ora, as regras CFC são uma ferramenta importante para neutralizar a deslocalização de rendimento passivo e altamente móvel para territórios de baixa tributação ou dotados de regimes fiscais de tributação privilegiada, evitando assim quer o diferimento tributário¹⁴ quer a evasão fiscal.¹⁵ Se não existirem regras CFC que sejam efetivas, é relativamente fácil que os contribuintes reduzam a sua carga tributária geral deslocando os ativos e rendimentos móveis para uma sua subsidiária localizada num país sujeito a um nível de tributação baixo.¹⁶ Isto acontece essencialmente por dois motivos,¹⁷ que melhor se passam a explicitar.

O primeiro¹⁸ é que a maioria dos Estados considera que uma empresa deve ser considerada como uma entidade separada (também) para efeitos de tributação e não apenas para efeitos jurídicos. Por conseguinte, os lucros de uma empresa estrangeira não estão sujeitos a tributação no estado de residência do acionista controlador, pelo menos até o momento do repatriamento.¹⁹

O segundo é a existência de territórios em que a carga tributária ao nível das empresas é muito baixa ou nula. Para que se verifique o diferimento ou a libertação total do imposto no Estado da residência, é necessário que o imposto pago no estrangeiro o seja em nível inferior ao

13 ARNOLD, B. J., DIBOUT P., *General Report: Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends* In Cahiers de droit fiscal international, The Hague: Kluwer Law international, 86b, 2001, ISBN: 9041116370, pp. 40-41.

14 BROE, Luc de – *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 1st Edition, Amesterdão, IBFD, 2008, ISBN: 978-90-8722-035-8, p.75.

15 Sobre o tema vide ARNOLD, B. J.- *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: A Comparative Analysis*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986, ISBN-13: 978-0888080233 apud SCHMIDT, Peter Koerver - *Taxation of Controlled...*, p. 89 e *A Comparative Perspective on the U.S. Controlled Foreign Corporation Rules*, *Tax Law Review*, Nova Iorque, ISSN: 0040-0041, 65, 3 (2012), pp. 473-504; LANG, M. *CFC Legislation*, *Tax Treaties and EC Law*, Amesterdão: Kluwer Law International, 2004, ISBN 9789041122841; B.J. Arnold & P. Dibout, *General Report...*, pp.40-41; AULT, H.J.- *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 70,12 (2013), pp. 1195-1201; *National Foreign Trade Council, Inc- The NFTC Foreign Income Project: International Tax Policy for the 21st Century*, Washington: National Foreign Trade Council, Inc.2001 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <http://www.nftc.org/default/tax/fip/FIP%20Part%201.pdf>; OCDE (1996), *The Taxation of Controlled Foreign Companies, Studies in Taxation of Foreign Income*, OECD Publishing, Paris; SANDLER, D.- *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation: Pushing the Boundaries*, Haia, Kluwer Law International (1998), ISBN: 978-9041196538, p. 17; Office of Tax Policy, US Department of the Treasury, *The Deferral of ...*pp. 56-61 (2000); RUST, Alexander- *CFC Legislation and EC Law*, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 36, 11 (2008), pp. 493-494.

16 RUST, Alexander- *CFC Legislation and EC Law...*, pp. 493-494.

17 SCHMIDT, Peter Koerver- *Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment*, *Nordic Tax Journal*, ISSN: 2246-1809, 2 (2016), p. 112.

18 SANDLER, D.- *Tax Treaties and ...*, p. 17.

19 DOURADO, Ana Paula- *The role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU*, *British Tax Review*, Londres, ISSN: 0007-1870, 3, (2015), p. 340;SCHMIDT, Peter Koerver- *Taxation of Controlled...*, p. 88.

doméstico, dependendo a vantagem alcançada não só da diferença entre as taxas de imposto, como da duração do período de diferimento e das taxas de juro vigentes a cada momento.²⁰

Considerando estas premissas e visando combater os efeitos das mesmas, as regras CFC visam fazer com que os rendimentos de uma CFC sejam tributados nas mãos do acionista, mesmo que a mesma não tenha distribuído dividendos, e apesar de tal entidade ser considerada separadamente para fins fiscais, garantindo, assim e desde logo, a tributação de tais rendimentos no Estado de residência do acionista.²¹

Estes objetivos prosseguidos pelas regras CFC são um reflexo da tensão (ou, melhor dizendo, da busca) pelo equilíbrio entre a *CEN* e a neutralidade nas importações de capital (“*CIN*”). Se um Estado prosseguisse somente objetivos relacionados com a *CEN* – e fosse, consequentemente, de base puramente mundial- aplicaria as regras CFC a todos os rendimentos de todas as entidades CFC, num claro reforço dos poderes tributários do Estado da residência. Por seu turno, se apenas fossem prosseguidos objetivos atinentes à *CIN* – estando em causa um sistema puramente territorial- um Estado não aplicaria regras CFC, de todo, uma vez que o mesmo não tributaria qualquer rendimento de fonte estrangeira.²²

Ora, na prática, esta visão purista não tem lugar.²³ O que se observa é que as diversas regras CFC se encontram algures no meio, entre a *CEN* e a *CIN*.²⁴ Assim, o principal motivo de política fiscal por detrás das regras CFC é impedir que os contribuintes residentes num determinado país transfiram ou desviem certos rendimentos para as entidades CFC estabelecidas em territórios de baixa tributação, aí os acumulando, sem, ao mesmo tempo, interferir com a utilização de entidades CFC para atividades legítimas, isto é, sem prejudicar a competitividade internacional. Portanto, pode afirmar-se que, ao invés de terem como objetivo primário o aumento da receita tributária, o tipo de normas de que ora nos ocupamos prossegue essencialmente um fim preventivo.

Como já resulta do acima exposto, ao projetar as suas regras CFC, os países tentam alcançar um equilíbrio entre a proteção da sua base tributária doméstica e a competitividade internacio-

20 ARNOLD, Brian- *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: A Comparative Analysis*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986, ISBN-13: 978-0888080233 *apud* SCHMIDT, Peter Koerver- *Taxation of Controlled...*, p. 89.

21 GARFUNKEL, Nicholas- Are all CFC-regimes the Same? The impact of the Attribution Method, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 59, 1 (2010), pp. 53–74, SCHMIDT, Peter Koerver - *Taxation of Controlled...*, p. 88.

22 ARNOLD, B. J.- The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 12 (2019), p. 633.

23 *Idem*, p. 634.

24 *Idem*, p. 634.

nal. De facto, reconhece-se a existência de legítimo diferimento tributário,²⁵ o qual se encontra essencialmente associado aos rendimentos provenientes do desempenho de atividades económicas, justificando que as empresas residentes em determinado Estado devam poder competir em igualdade de condições com as suas concorrentes em mercados estrangeiros. Motivo pelo qual, as regras CFC geralmente veem o seu escopo restringido a entidades CFC sediadas em países de baixa tributação e apenas aos rendimentos passivos ou rendimentos ativos que sejam facilmente desviados para estas entidades.²⁶

Não obstante estas considerações, não há qualquer limitação inerente ao escopo das regras CFC. Com efeito, as mesmas poderão abranger: todas as entidades CFC sediadas em qualquer local- residentes ou não num país de baixa tributação; todas as entidades sobre as quais os contribuintes residentes tenham um controlo substancial; e. todos os rendimentos auferidos pela entidade CFC ou apenas todo o rendimento que não provenha de atividade comercial ativa e que provenha de partes terceiras.²⁷

Evidentemente que quanto maior for o alargamento e reforço das regras CFC ao nível unilateral maior será a desvantagem competitiva em que muitas MNEs residentes ficam.²⁸ Motivo pelo qual, é geralmente aceite que qualquer extensão significativa do escopo das regras CFC exige uma ação coordenada dos principais países desenvolvidos, nos quais a maioria das MNEs está sediada.

Dependendo da forma como os sistemas tributários se encontrem estruturados, as regras CFC poderão assumir papéis diferentes. Podem, por exemplo, posicionar-se ao lado de medidas que foram projetadas tendo em vista limitar a utilização de territórios de baixa tributação para esgotar a base tributável de um determinado território. Referimo-nos, entre outras, às regras como as que tratam da regulação da matéria dos preços de transferência, às medidas anti- híbridos e às regras de limitação à dedução do pagamento de juros e outros pagamentos.²⁹

Ainda que possam desempenhar um papel complementar relativamente a várias outras regras, há que destacar, ainda que de forma sintética, algumas diferenças entre o papel desempenhado tradicionalmente pelas regras CFC e por outras regras anti-abusivas, específicas ou gerais.

Desde logo, quando comparadas com outras regras específicas anti-abuso, constata-se que as demais regras operam no âmbito da ficção da separação da personalidade jurídica da entidade legal, ao contrário do que sucede com as regras CFC, as quais deixam essa ficção de lado.

25 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation..., pp.406-410.

26 ARNOLD, B. J.- The Evolution of...,pp. 633- 638.

27 Idem.

28 Idem.

29 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation Rules..., pp. 406-410.

Deste modo, as regras CFC tributam a empresa-mãe controladora, de forma imediata, pelos lucros da entidade controlada, em momento anterior ao recebimento de tais lucros na sua esfera.

É certo que as regras gerais anti-abuso também podem desconsiderar a ficção legal supramencionada. No entanto, geralmente, tais normas exigem que as administrações tributárias tomem a iniciativa de começar uma investigação específica relacionada com a finalidade prosseguida pelo contribuinte ou de determinada tributação, exigindo que as administrações tributárias se encontrem dotadas de extensos recursos que lhes possibilitem uma detalhada investigação de todos os factos e circunstâncias pertinentes.

Veja-se que, historicamente, as regras CFC eram tipicamente aplicadas, nos países que as possuíam, com base em critérios claros, objetivos e que faziam com que as mesmas operassem de forma praticamente automática e mecânica, o que aumentava a sua simplicidade e o seu efeito dissuasor quando comparados com as demais regras antiabusivas. No entanto, a tendência na composição global das regras CFC tem alterado um pouco esta visão mecânica das regras CFC. Desde logo, na UE, o TJUE vem exigindo que a aplicação das regras CFC envolva um melhor reconhecimento dos propósitos dos contribuintes, exigindo, assim, que a automaticidade e mecanicidade das mesmas seja algo mitigada.³⁰ De igual modo, as regras CFC podem desempenhar um papel crucial³¹ no apoio à eficácia de outras ferramentas de prevenção.³² Por exemplo, as regras de preços de transferência, já anteriormente referidas, quando estejam em causa transações com partes relacionadas fora do território da CFC, em relação às quais poderá ser difícil aplicar aquelas regras, atentos os necessários recursos administrativos que tal exige. Acresce que os ajustes das regras de preços de transferência apenas operam quando existe uma operação fiscalizável, ao contrário do que acontece com as regras CFC.

Revela-se igualmente imprescindível à boa compreensão do papel desempenhado pelas regras CFC, em cada território, a relação que a adoção das mesmas tem com o tratamento fiscal dado aos dividendos resultantes de investimentos numa entidade estrangeira na qual se detém um controlo substancial.³³

De facto, nos territórios em que os dividendos recebidos provenham de entidades estrangeiras, em relação às quais o contribuinte tem uma detenção substancial, são tributados, as regras CFC destinam-se a impedir o diferimento temporal do imposto doméstico sobre ren-

30 Vide exemplificativamente, as Decisões do TJUE - Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* e Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017.

31 Sobre o papel das regras CFC face às regras de preços de transferência *vide* KOFLER, G., VERLINDEN, Isabel - Unlimited Adjustments: Some Reflections on Transfer Pricing, General Anti-Avoidance and Controlled Foreign Company Rules, and the "Saving Clause", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 74, 4/5 (2020). Disponível em https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2020_04_o2_3.html.

32 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad - Controlled Foreign Corporation Rules..., pp. 406-410.

33 ARNOLD, B. J. - The Evolution of..., p. 633.

dimentos auferidos e acumulados nas entidades CFC, até ao momento da distribuição dos dividendos aos acionistas residentes.

Por seu turno, nos casos em que a base tributária de um país isenta os dividendos acima referidos, as regras CFC destinar-se-ão, antes, a evitar a completa fuga à tributação do rendimento auferido e acumulado nas CFC, porquanto tais rendimentos, que estariam sujeitos a imposto no país de residência, se obtidos diretamente, poderão ser recebidos pela CFC sem que esta esteja sujeita a tributação no seu Estado de residência, sendo depois repatriados para um acionista residente, na qualidade de dividendos que cumpram os requisitos necessários para estarem isentos de tributação.³⁴

Assim, pode concluir-se que, quer esteja em causa um sistema de crédito indireto, quer um sistema de isenção, as regras CFC protegem a integridade da base tributária de um determinado Estado.³⁵

Por seu turno, relacionando o papel das regras CFC com a isenção dos lucros estrangeiros de estabelecimentos estáveis, tem-se que, quando um país não tribute rendimentos de fonte estrangeira atribuíveis a um estabelecimento estável,³⁶ os seus residentes poderão desviar o rendimento de origem doméstica para tais estabelecimentos estáveis, obviando, assim, ao pagamento de impostos naquele Estado.

Por esse motivo, alguns países restringem a isenção concedida aos rendimentos atribuíveis a um estabelecimento estável àqueles que não estariam sujeitos às regras CFC se o estabelecimento estável fosse uma entidade CFC. Outros países aplicam regras CFC para impedir que a isenção de tributação dos rendimentos na esfera do estabelecimento estável seja utilizada para fugir à tributação nesse mesmo país.

Sintetizando o que se expôs pode concluir-se, em suma, que regras CFC se afiguram tipicamente como normas anti-abusivas, sendo um instrumento relevante na prevenção da deslocalização e parqueamento de rendimento, muitas vezes passivo e altamente móvel, para territórios de baixa tributação ou para regimes fiscais de tributação privilegiada, evitando assim quer o diferimento tributário quer a evasão fiscal.

Mais se pode concluir que existem múltiplos objetivos de política fiscal que podem ser prosseguidos pelos Estados aquando da adoção e desenho das regras CFC. Tais objetivos e a forma como são prosseguidos pelos Estados, terão impacto no papel que estas regras desempenharão em cada território.

34 Idem.

35 ARNOLD, B. J.- The Evolution of...,pp. 633- 638.

36 ARNOLD, B. J.- The Evolution of...,p. 633.

Sendo que, sem prejuízo de todas as áreas de contacto entre as regras CFC e outras normas tributárias, bem como o facto de as primeiras poderem, por vezes, atuar de forma complementar e secundária na luta contra o abuso, as demais medidas anti-abusivas não têm efeito de total sobreposição aos objetivos prosseguidos pelas regras CFC.

2.3 Estrutura das regras CFC

É inquestionável que a eficácia das regras CFC é condicionada pela forma como as mesmas se encontram estruturadas. De um modo geral, o desenho das regras CFC foca-se:³⁷ no controlo ou interesse significativo de um residente numa entidade estrangeira (definição de CFC); na natureza do rendimento recebido pela entidade CFC (definição de rendimento CFC) e no imposto a que a entidade estrangeira está sujeita. Quanto mais alargado for o âmbito de aplicação de uma regra CFC mais eficaz a mesma poderá ser na proteção da erosão da base tributável de determinado país. Todavia, tal tem inquestionavelmente impacto sobre a competitividade desse mesmo país, bem como sobre a carga administrativa que estará associada ao investimento nele realizado.

No que respeita ao controlo ou interesse substancial, o mesmo restringe a aplicação das regras CFC a pessoas com alguma influência sobre os assuntos e política de distribuição de resultados de uma CFC.³⁸ Geralmente, as regras CFC ocupam-se dos contribuintes que efetivamente controlam as entidades CFC, uma vez que se presume que os mesmos têm acesso suficiente à informação acerca do rendimento da CFC para que possa ser determinada a atribuição de imposto.³⁹

Embora o termo “*controlled foreign company*” sugira fortemente que as regras CFC se aplicam apenas a empresas estrangeiras que são “*controladas*” por acionistas residentes, alguns países aplicam as suas regras a empresas estrangeiras em que os acionistas residentes têm apenas uma participação substancial, geralmente de 10% ou mais.⁴⁰

Não obstante a circunstância de um mero interesse substancial poder suscitar questões de acrescida dificuldade de conformidade no cumprimento legal para tais acionistas, o limite adotado poderá encontrar justificação na estreita relação que se pode estabelecer entre as regras CFC e o tratamento dos dividendos que não sejam provenientes de investimentos em carteira recebidos das entidades estrangeiras.⁴¹ Com efeito, as regras CFC protegem a integri-

37 DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies* In Cahiers de droit fiscal international, Copenhaga, The Hague: Kluwer law international, 98a, 2013, ISSN0168-0455, pp. 259-278; AIGNER, HANS-JÖRGEN , SCHEUERLE , ULRICH, STEFANER, Markus-*General Report* In LANG, Michael [et al.], *CFC legislation: domestic provisions, tax treaties and EC law*, Wien: Linde Verlag, 2004, ISBN-13: 978-9041122841, pp. 13 e ss e ARNOLD, B. J., DIBOUT P., *General Report...*,pp. 21 e ss.

38 ARNOLD, B. J.- The Evolution of...,pp. 633- 638.

39 DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report...*,pp. 259-278; CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- *Controlled Foreign Corporation Rules...*, pp. 406-410.

40 Como veremos adiante, é o caso português.

41 ARNOLD, B. J.- The Evolution of...,pp. 633- 638.

dade dos sistemas de isenção e de crédito indireto para dividendos de investimentos que não são de carteira. Tais sistemas aplicam-se geralmente a dividendos de empresas estrangeiras nas quais uma empresa residente possui uma participação acionista substancial, geralmente 10% ou mais das ações. Nos casos em que as regras CFC de um país se aplicam apenas a empresas estrangeiras controladas por residentes, uma sociedade residente detentora de 10% a 50% das ações de uma empresa estrangeira receberia o benefício da isenção ou do crédito indireto nos dividendos recebidos, mas não estaria sujeita às regras CFC. Consequentemente, qualquer rendimento da entidade CFC poderia não ser atribuído ao acionista residente nos termos das regras CFC. No entanto, tal rendimento poderia ser distribuído ao acionista residente isento de impostos ou beneficiando de um crédito fiscal indireto.⁴²

Para a maioria dos países que aplica as suas regras CFC apenas a empresas⁴³ estrangeiras verdadeiramente controladas por residentes, afigura-se relevante definir o que seja “controle” para esse propósito. Para aferir o controle, vários países utilizam um teste *de jure*, de acordo com o qual uma empresa estrangeira é uma CFC se um residente ou um grupo de residentes possuir mais de 50% das ações, por referência aos direitos de voto ou ao valor das ações. Tal teste é muitas vezes complementando por outros, designadamente, pelo teste baseado na propriedade dos direitos à distribuição dos lucros, capital ou ativos daquela empresa. Um outro teste de aferição do controle é o teste do controle *de facto*, o qual, no entanto, é de adoção menos frequente, atenta a circunstância de a aplicação do mesmo poder estar rodeada de alguma incerteza.⁴⁴

Para efeitos de aferição do controle, são muitas vezes consideradas, igualmente, as situações de controle indireto, mormente os casos em que o controle é exercido por partes relacionadas, partes que atuam de forma concertada ou por um pequeno grupo de residentes.⁴⁵

Outra das características que costuma afetar a estrutura das regras CFC é a limitação da aplicação das regras CFC a determinados territórios de baixa tributação. Tal delimitação é justificada pelo facto de assim ser possível restringir o foco das regras ora em causa para as entida-

42 Por este motivo, alguns países adotaram regras de tributação de fundos de investimento para lidar com residentes que detêm investimentos não controladores em entidades estrangeiras e que detenham principalmente investimentos passivos.

43 Como vimos anteriormente, as regras CFC podem também ser aplicadas a entidades que são tributadas como empresas e a estabelecimentos estáveis, nos casos em que um país isenta todos os lucros estrangeiros obtidos por estabelecimentos estáveis de empresas residentes. Já nos casos em que um país isenta apenas lucros comerciais ativos de um estabelecimento estável, ou, mais geralmente, os lucros de um estabelecimento estável que não estariam sujeitos às regras CFC, torna-se desnecessário aplicar as regras CFC aos estabelecimentos estáveis, uma vez que os lucros não isentos de um estabelecimento estável estão sujeitos a imposto no país de residência diretamente. Este resultado assume que os países deveriam tributar lucros de fontes estrangeiras da mesma maneira, independentemente de os mesmos serem ganhos diretamente através de um estabelecimento estável estrangeiro ou através de uma empresa estrangeira.

44 ARNOLD, B. J.- The Evolution of..., p. 635.

45 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad - Controlled Foreign Corporation Rules pp. 442-458; DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report...*, pp. 459-478.

des que poderão potencialmente representar problemas de erosão das bases tributáveis mais graves, servindo igualmente para reduzir os custos de cumprimento da legislação, bem como a carga administrativa.⁴⁶ Com efeito, a utilização de uma entidade CFC só é benéfica se o imposto estrangeiro que incide sobre o seu rendimento for menor (ou significativamente menor)⁴⁷ do que o que seria suportado no país de residência. Neste âmbito, algumas regras CFC preveem determinadas isenções que poderão estar relacionadas quer com a taxa de imposto geralmente aplicada no território em questão, quer com a taxa efetiva de imposto suportado pela subsidiária estrangeira em causa, como veremos.

As abordagens adotadas pelos diversos países no que respeita à limitação ou não limitação da aplicação das regras CFC a determinados territórios, em função do nível de imposto são bastante variáveis. Enquanto alguns países adotam uma abordagem global, aplicando as regras CFC a todas as CFC, independentemente do valor do imposto estrangeiro pago sobre o seu rendimento, outros países adotam uma abordagem menos ampla, aplicando as regras CFC a todas as CFC, mas prevendo isenções para os rendimentos da CFC que sejam sujeitos a um nível mínimo de imposto. Outra alternativa adotada pelos Estados é a do território designado, segundo a qual as regras CFC se aplicam somente a CFC que se encontrem localizadas em territórios definidos ou listados como sendo de baixa tributação.

De um ponto de vista puramente teórico, a abordagem global parece ser a melhor, uma vez que permite capturar qualquer diferença entre o imposto estrangeiro e o imposto devido no país de residência. O rendimento da CFC é tributável pelo país de residência quando obtido pela CFC, sendo concedido um crédito de imposto contra o imposto do país de residência. Assim, é tratado como se fosse ganho diretamente pelos acionistas da CFC, no seu país de residência. Sem prejuízo das suas vantagens, esta abordagem aumenta os custos de conformidade para os contribuintes e os encargos administrativos para as administrações fiscais, o qual não é, no entanto, diferente do que existe quando o rendimento de origem estrangeira é obtido diretamente pelos residentes.⁴⁸

A abordagem menos ampla, que adota uma isenção no caso de os rendimentos da CFC estarem sujeitos a um certo nível de imposto no estrangeiro justifica-se essencialmente pela redução de custos de conformidade e de carga administrativa.⁴⁹ Observe-se, todavia, que esta abordagem obriga os contribuintes a calcular o rendimento relevante da CFC e o imposto estrangeiro a que o mesmo está sujeito por comparação àquele a que estaria sujeito no Estado da residência.

46 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad - Controlled Foreign Corporation Rules..., pp. 442-458.

47 Em alguns casos o estabelecimento de uma entidade CFC pode ser insignificante e o ganho fiscal na deslocação de lucros para a entidade CFC pode ser substancial mesmo quando a diferença de taxas de imposto é reduzida, atentos os montantes envolvidos.

48 ARNOLD, B. J.- The Evolution of..., p. 636.

49 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation..., pp.406-410.

Por seu turno, a abordagem do território designado é utilizada como forma de apenas atingir CFC estabelecidas em territórios tidos como de baixa tributação, por forma a minimizar os custos de conformidade para os contribuintes, permitindo às autoridades fiscais que estas concentrem os seus esforços nos casos de utilização de CFC, para escapar à tributação no Estado de residência, que possam ser, à partida, mais abusivos. Esta abordagem do território designado envolve uma definição do que deve considerar-se como país de baixa tributação e/ou uma lista que elenque esse tipo de territórios. Por forma a garantir a maior precisão possível, tal definição poderá envolver uma comparação entre o imposto estrangeiro realmente pago por uma CFC específica e o montante do imposto no país de residência que a CFC pagaria se residisse no país em que os seus acionistas controladores são residentes. Tal comparação envolve, no entanto, custos significativos de conformidade para os contribuintes, ao exigir que o “*rendimento contaminado*” de uma CFC seja calculado de acordo com as regras fiscais do país de residência da empresa-mãe. Assim sendo, é muitas vezes utilizada a abordagem que envolve a adoção de listas de países de tributação privilegiada, por forma a minimizar os referidos custos de conformidade e a carga administrativa, tornando desnecessário que os contribuintes e a administração fiscal calculem o imposto a que a CFC estaria sujeita no Estado de residência dos seus detentores. Quanto aos casos em que os países adotam listas para definir o que são ou não territórios de baixa tributação, é possível discernir entre vários tipos de listas. Poderão estar em causa listas negras, brancas ou cinzentas. As listas negras geralmente incluem países que se supõe terem um nível de impostos inaceitavelmente baixo. As listas brancas normalmente incluem os países com níveis de tributação considerados aceitáveis. As listas cinzentas tendem a ser um pouco mais variadas e complexas, mas geralmente cobrem territórios com níveis tributários potencialmente (não) aceitáveis.⁵⁰ Quando se utiliza uma lista negra, as entidades CFC dos países da lista de territórios podem ficar automaticamente sujeitas às regras CFC e a aplicação das regras CFC às entidades localizadas noutros países são avaliadas numa base casuística de taxa efetiva de imposto pago. Por seu turno, quando se utiliza uma lista branca, todas as CFC de territórios elencados naquela lista podem ser automaticamente excluídas do âmbito de aplicação das regras CFC, enquanto as demais CFCs estão sujeitas à análise casuística.

Por seu turno, os países que seguem esta abordagem do território designado, sem a concomitante utilização de uma lista, definem um país de baixa tributação como aquele que cobra imposto a uma taxa inferior a determinada taxa específica ou uma percentagem da taxa de imposto do país de residência.

Em síntese, identificam-se diversas vias de limitar (ou não) a aplicação das regras CFC às entidades localizadas em territórios de baixa tributação, como vimos, uma vez que, por um lado, existem países que limitam as regras CFC aos territórios cuja carga fiscal é baixa, quer por via de uma análise casuística quer mediante a utilização de uma lista baseada nos níveis de tributação e, por outro lado, existem países que, não prevendo um limiar mínimo de tributação, estabelecem isenções com base numa carga fiscal elevada, bem como países para os quais a taxa de imposto no território da CFC não, é de todo, relevante.

50 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation..., pp.406-410.

Sendo certo que esta abordagem territorial pode afigurar-se economicamente mais viável para as administrações fiscais, a mesma não deixa de ter como desvantagem permitir que as MNEs contornem as regras CFC de um modo mais fácil. No entanto, este é um *trade-off* que os Estados não desconhecem: o custo a suportar que decorre da simplificação e automaticidade das regras CFC por via da adoção de listas é a tolerância de um certo nível de deslocalização de lucros e da correspondente perda de receita tributária, atento o facto de as listas apenas se focarem nos casos mais abusivos.⁵¹

Também a natureza dos rendimentos capturados pelas regras CFC é um dos elementos essenciais na definição do seu escopo.⁵² Por norma, as regras CFC e a limitação do respetivo âmbito em função dos rendimentos em causa estão intrinsecamente ligados à probabilidade de que o rendimento tenha sido localizado artificialmente num (ou desviado para um) território em que a carga de imposto é baixa. Efetivamente, quanto menos um determinado rendimento tiver a sua fonte enraizada num território, mais suscetível será de ser capturado pelas regras CFC. Exemplos de rendimentos cuja fonte produtora tem uma inegável ligação a um determinado território são aqueles que provêm da agricultura ou da indústria. O mesmo não se pode dizer, sempre, de rendimentos advenientes de atividades de vendas e de serviços cuja ligação a um local pode ser limitada. Tal sucede, ainda em maior medida, com as atividades de investimento, as quais, não tendo raízes geográficas, geram, muitas vezes, rendimentos que acabam por ser capturados pelas regras CFC. Esta probabilidade reflete-se no desenho das regras CFC adotadas pelos diversos países. Com efeito, é ela que justifica o facto de todas as regras CFC atingirem o rendimento passivo decorrente de atividades de investimento, de, geralmente, o rendimento proveniente de atividades ativas não ser abrangido pelas regras CFC e de a receita proveniente de vendas e serviços da empresa ser tributada segundo as regras CFC de apenas alguns países.

O modo através do qual as regras CFC operam para obter o rendimento que um determinado território escolheu atingir também varia em função da abordagem seguida pelas regras CFC. De facto, poderá ser aplicada uma abordagem da entidade/territorial ("*entity approach*"),⁵³ tributando todos os rendimentos da CFC conquanto tais entidades não preencham determinados critérios ou, uma abordagem transaccional ("*transactional approach*").⁵⁴

Nos casos em que é utilizada a *entity approach* o rendimento que se procura atingir é aferido negativamente, isto é, por referência às situações em que a entidade CFC não atinge um determinado limiar de atividade ou substância, em que o rendimento ativo da entidade não

51 ARNOLD, B. J.- The Evolution of..., p. 637.

52 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation...,p.406-410.

53 XAVIER, Alberto- A Tributação dos..., p. 18.

54 XAVIER, Alberto- A Tributação dos..., p. 18.

atinge uma determinada proporção da totalidade do rendimento da CFC ou em que o montante de rendimento da CFC, derivado de partes não relacionadas ou de transações no mercado da residência do acionista, é inferior a certo limite. Estes testes de delimitação quantitativa e/ou qualitativa servem para minorar os casos em que esta abordagem alcança rendimentos que não foram desviados para as CFC por razões meramente fiscais.

Já nos casos em que se segue a *transactional approach*, identificam-se fluxos de rendimento específicos que são considerados mais suscetíveis de serem transferidos do território em que a tributação é maior para a CFC localizada num território de baixa tributação, atribuindo-se depois tais rendimentos aos acionistas ou às sociedades-mãe do país de origem. Assim, a abordagem transacional parece, desde logo, pressupor que apenas determinados rendimentos foram transferidos para a entidade, exclusivamente para lá se encontrarem sujeitos a níveis de tributação mais baixos. Isto radica na circunstância de estas duas abordagens terem origens históricas completamente distintas. Enquanto a *transactional approach* é de origem americana e dá preponderância à natureza do rendimento da CFC, encarando com desconfiança os rendimentos passivos obtidos por aquela, a *entity approach* tem origem no modelo francês, o qual se foca no facto de a CFC estar localizada num território de baixa tributação, não conferindo relevância à natureza do rendimento, isto é, à circunstância de o mesmo ser ativo ou passivo.⁵⁵

Em suma, ambas as abordagens – a da entidade e a transacional – procuram tributar os acionistas/sociedades-mãe residentes pelo seu “*rendimento contaminado*”. Todavia, enquanto a abordagem de entidade se foca naquelas CFC cuja maioria do rendimento é “*contaminado*”, excluindo, aquelas em que não o é, sendo uma abordagem de “*tudo ou nada*”, a abordagem transacional é mais precisa. Frequentemente, estas abordagens sobrepõem-se nos ordenamentos jurídicos que aplicam regras CFC, existindo, exemplificativamente, países que apesar de adotarem uma abordagem transacional, tratam todo o rendimento como “*contaminado*” se mais do que uma determinada percentagem do rendimento da CFC o for.⁵⁶

No que respeita à natureza do rendimento, as normas CFC podem visar: apenas rendimentos passivos; rendimentos ativos desviados das atividades comerciais da empresa base e rendimentos passivos decorrentes de investimento; ou todo o rendimento da entidade CFC, incluindo o rendimento ativo proveniente da sua atividade económica.⁵⁷

Em geral, os rendimentos capturados incluem rendimentos passivos como sejam dividendos, juros, *royalties* e mais-valias, a menos que os mesmos sejam derivados da prossecução de um negócio ativo de financiamento, licenciamento ou *leasing*, e outros tipos de rendimento que

55 PERACIN, Gianfranco, LUCA, Alberto de, Applying CFC Rules to ‘Affiliates’: Critical Elements for Consideration”, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 26, 1 (2008), p. 21.

56 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation..., pp.406-410.

57 DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report...*, pp. 259-278; CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation Rules..., pp. 442-458.

não representem rendimento ativo proveniente da atividade económica da CFC. Esta exclusão do rendimento ativo dos negócios reflete um aspeto de política fiscal fundamental das regras CFC, a saber, a não interferência na possibilidade de as empresas residentes levarem a cabo atividades comerciais no estrangeiro.⁵⁸

Nesta senda, o tipo de rendimento que as regras CFC visam, em geral, atingir são: os rendimentos obtidos por uma CFC a partir do país de residência; rendimentos derivados de transações com partes relacionadas e rendimentos estrangeiros derivados de transações encetadas fora do país de residência da CFC.

Por fim, as regras CFC preveem ainda o modo como o rendimento da CFC deve ser calculado e atribuído bem como os métodos de eliminação da dupla tributação aplicáveis. Tais mecanismos afiguram-se igualmente cruciais nesta matéria, por forma a assegurar a eficácia das regras CFC, sem provocar dupla tributação dos rendimentos. No que a este aspeto diz respeito, saliente-se que as regras para calcular o rendimento, para o atribuir ao Estado de residência de um país e para a atribuição de créditos fiscais varia de país para país, podendo assim, ser mais ou menos efetivas em evitar a dupla tributação. Desde logo, para o cálculo do rendimento os países podem optar por utilizar as regras da sua legislação interna ou as regras do estado da CFC.⁵⁹

Outro aspeto em que as legislações CFC podem variar é na abordagem feita à atribuição e caracterização do rendimento adveniente da entidade CFC. A este respeito, a doutrina identifica pelo menos quatro alternativas:⁶⁰ a tributação do justo valor das ações, a atribuição do rendimento da sociedade ao acionista, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e a ficção de distribuição de dividendos. Qualquer um destes modelos visa, ainda que de um modo diverso, tributar o acionista num momento anterior ao da distribuição dos lucros, evitando o diferimento da tributação.⁶¹

O mecanismo da tributação do justo valor das participações sociais implica tributar o acionista ou a sociedade-mãe sempre que a CFC obtém rendimentos, que por sua vez irão dar origem a uma valorização das suas ações. Tal valorização é, assim, tributada na esfera do acionista. Embora, à partida, este modelo pareça ser de simples aplicação, por permitir ignorar os prejuízos e impostos pagos pela CFC, o mesmo é na verdade impraticável, atenta a dificuldade em avaliar objetivamente a participação social⁶² e por ser bastante restritivo uma vez que apenas

58 ARNOLD, B. J. - The Evolution of..., pp. 633- 638.

59 DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report...*, pp. 259-278; CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation Rules..., pp. 442-458.

60 RUST, Alexander- CFC Legislation and..., pp. 493-494.

61 DOURADO, Ana Paula- *Governança Fiscal Global*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina. 2017, ISBN 978-972- 40-7044-5, p. 70.

62 CANÈ, Daniele- Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-9379, 4 (2017), p. 259.

se aplica a sociedades e não às demais entidades. Acresce que, este modelo implica, pelo seu funcionamento, uma clara afronta ao princípio da realização.⁶³

Outro dos mecanismos que podem ser adotados é a atribuição do rendimento da sociedade ao acionista. Tal modelo considera a CFC como uma entidade legal mas não como a destinatária do rendimento.⁶⁴ No fundo, este mecanismo opera a alteração do critério de imputação dos rendimentos, revelando-se contrário à lógica subjacente ao artigo 7.º do Modelo de Convenção OCDE.⁶⁵

O terceiro mecanismo, da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade⁶⁶ (ou de transparência fiscal)⁶⁷, apesar de ter algumas semelhanças com a segunda abordagem, funciona de um modo diferente. Com efeito, a CFC é tratada como uma entidade transparente, considerando-se que a sociedade-mãe ou o acionista receberão diretamente o rendimento através dos recursos da CFC.⁶⁸⁻⁶⁹

Por fim, o quarto mecanismo, da ficção de distribuição dos dividendos,⁷⁰ reconhece a personalidade jurídica da CFC, não a tratando como transparente. O rendimento obtido pela CFC é ficcionado como distribuído ao acionista, assim que possível.⁷¹

Na prática, a distinção entre estes dois últimos mecanismos nem sempre é fácil de fazer, mas a doutrina tem identificado alguns traços distintivos.⁷² Desde logo, enquanto na ficção de distribuição dos rendimentos, os impostos pagos pela CFC são dedutíveis ao rendimento atribuído ao acionista ou sociedade-mãe, na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, o imposto pago no estado onde a CFC se encontra localizada, é meramente creditado. Esta diferença radica no facto de, no caso da ficção de distribuição de dividendos, ser lógico que o dividendo que seria distribuído o seria apenas depois de submetido à correspondente carga fiscal. Acresce que, o modelo da desconsideração da personalidade jurídica não exige controlo

63 RUST, Alexander- CFC Legislation and..., pp. 493-494.

64 Idem.

65 Idem.

66 SMITH, Mark, LAUDAN Dieter - German Rules Pierce Corporate Veil, *International Tax Review*, ISSN: 0958-7594, 61 (1999), pp. 61-65 e XAVIER, Alberto- A Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas de Empresas Brasileiras no Exterior e os Tratados contra a Dupla Tributação *In Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, ISBN: 9789724043258, 3, 3 (2010), p. 17.

67 XAVIER, Alberto- A Tributação dos..., p. 20, opera uma distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e o mecanismo de transparência fiscal, considerando que enquanto o segundo tem efeitos *ope legis*, o primeiro implica um juízo casuístico por parte dos tribunais.

68 RUST, Alexander- CFC Legislation and...,pp. 493-494.

69 RUST, Alexander- National Report Germany, *In LANG, Michael [et al.], CFC legislation: domestic provisions, tax treaties and EC law*, Wien: Linde Verlag, 2004, p. 268.

70 XAVIER, Alberto- A Tributação dos..., p. 20.

71 RUST, Alexander- CFC Legislation and..., p. 493. O modelo da ficção de distribuição de dividendos foi o que esteve na origem dos regimes CFC, tendo sido a base para a *Subpart F do Internal Revenue Code* dos EUA.

72 RUST, Alexander- CFC Legislation and...,pp. 493-494.

por parte do acionista ou da sociedade-mãe, ao contrário do modelo de ficção de distribuição dos rendimentos, que pressupõe que o acionista tem influência sobre a política de distribuição dos dividendos. Outra diferença entre os dois modelos é que, enquanto o modelo da ficção de distribuição dos dividendos apenas implica a atribuição dos rendimentos positivos ao acionista (uma vez que as perdas não podem ser distribuídas), o modelo da desconsideração da personalidade jurídica inclui quer os rendimentos positivos, quer os rendimentos negativos. Também o momento da atribuição varia nestes dois modelos. De facto, no modelo da ficção de distribuição de dividendos, o rendimento apenas é atribuível no primeiro momento que pudesse ser distribuído. Por sua vez, no modelo da desconsideração da personalidade jurídica, o rendimento é atribuído no mesmo momento em que é gerado.

Em suma, as diferenças estruturais relevantes entre estes dois modelos verificam-se: quanto ao tratamento do imposto pago no outro Estado - dedução ou crédito de imposto; no que respeita ao controlo exigido - o qual se revela desnecessário na transparência fiscal; no que concerne ao tratamento dos prejuízos fiscais - dedutibilidade no âmbito da transparência fiscal; no relativo ao momento da tributação - realização dos lucros ou assim que é possível a distribuição; e, bem assim, no que toca à lei aplicável para o cálculo do rendimento - lei do estado de residência da entidade controladora ou lei do estado de residência da entidade controlada.⁷³ Sem prejuízo de todas estas diferenças, afigura-se-nos que o traço distintivo de maior relevância é a opção pela realidade que se pretende tributar, isto é, se o regime visa tributar o rendimento da entidade estrangeira controlada – o que acontece no modelo da desconsideração da personalidade jurídica - ou se pretende assegurar apenas a tributação dos dividendos ou outros benefícios económicos dos sujeitos passivos residentes – o que sucede com o modelo da ficção de distribuição de dividendos.

A adoção de uma destas abordagens, em todo caso, uma opção de política fiscal, a qual terá consequências no domínio dos vários elementos que compoñham o regime CFC. Com efeito, se o objetivo for eliminar todo o tipo de diferimento de imposto e garantir a neutralidade de exportação de capitais, as normas CFC tenderão a desconsiderar a personalidade jurídica das CFC. Já se o objetivo visado for somente a eliminação do diferimento do imposto e, alternativa ou adicionalmente, a deslocalização abusiva dos rendimentos, quer o modelo da ficção de distribuição de dividendos, quer o modelo da desconsideração da personalidade jurídica serão eficazes.⁷⁴

No que se refere às perdas das CFC, as legislações dos diversos países diferem na consideração do rendimento CFC de forma autónoma ou incluída no rendimento tributável do acionista ou da sociedade-mãe, com o conseqüente efeito na utilização das perdas das CFC contra os rendimentos da sociedade-mãe ou do acionista. Acresce que, também dentro dos casos em que a

73 RUST, Alexander - CFC Legislation and..., p. 494.

74 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris e REUVEN, S. Avi-Yonah - Constructive Unilateralism: US Leadership and International Taxation, *University of Michigan Public Law Research Paper*, 463 (2015). [Consultado em 10 de janeiro de 2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622868.

utilização das perdas é permitida, existem diferentes configurações possíveis. Enquanto nalguns territórios as perdas das CFC podem ser utilizadas contra outros rendimentos do acionista ou da sociedade-mãe, noutros territórios permite-se que as perdas da CFC sejam utilizadas contra outros rendimentos da CFC e, em alguns casos, as perdas da CFC podem ser transportadas contra o rendimento da CFC de exercícios futuros.

No tocante aos métodos de eliminação de dupla tributação aplicáveis,⁷⁵ a maioria dos países permitem que o imposto suportado no Estado da fonte pela CFC seja creditado no Estado da residência da sociedade-mãe ou do acionista. As regras CFC geralmente também concedem crédito de imposto sobre as retenções na fonte que incidiram sobre os pagamentos realizados às CFC. A atribuição do crédito de imposto encontra-se também na dependência da abordagem que for adotada pelo país relativamente à atribuição do rendimento e à caracterização do rendimento. Neste sentido, veja-se, exemplificativamente que, se o rendimento da CFC que é atribuído à sociedade-mãe ou ao acionista for tratado como dividendo distribuído, o crédito de imposto poderá só estar disponível se determinados requisitos mínimos de participação acionista se encontrarem verificados.

Por fim, outra variação que se encontra no desenho das regras CFC pelos diversos ordenamentos é relativa à tributação das mais-valias resultantes das vendas das ações de CFC. Com efeito, as diversas legislações variam em considerar o rendimento anteriormente tributado como ajustamento ao ganho obtido com a venda ou ao custo de aquisição das ações da CFC.

2.4 Conclusões Preliminares

Como vimos ao longo deste capítulo, as regras CFC assumem, essencialmente, um papel preventivo de dissuasão de comportamentos abusivos.

Tal como resulta das considerações expostas supra, estas regras são, potencialmente, muito complexas e de elevada sofisticação técnica, o que dificulta a sua cabal compreensão e aplicação pelas administrações tributárias e pelas empresas multinacionais, atentas as múltiplas variações que a sua estruturação pode implicar.

75 CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- Controlled Foreign Corporation..., pp. 442-458.



3. As regras CFC no contexto da Ação 3 da iniciativa BEPS

Não obstante as alterações ao regime português de CFC não decorrerem diretamente das recomendações da Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20, certo é que tal Projeto estabeleceu um *benchmark* nesta matéria, tendo sido a base em que a UE se sustentou aquando da redação da Diretiva ATAD, a qual foi, por sua vez, transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Motivo pelo qual, se impõe, a nosso ver, dedicar o terceiro capítulo da presente dissertação à análise do Relatório Final respeitante à Ação 3, e bem assim, aos objetivos de política fiscal nele declarados e às recomendações ali vertidas e emanadas para os mais diversos Estados, com especial enfoque nos Estados-Membros da UE.

3.1 A Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20 e os objetivos de política fiscal prosseguidos

O Relatório Final da Ação 3 do Projeto BEPS estabeleceu um conjunto de melhores práticas para a estruturação de normas CFC, sem que, no entanto, tenha definido a adoção de tais regras como um *standard mínimo*, ao contrário do que sucedeu com outras Ações. Tal deveu-se, essencialmente, à circunstância de a OCDE/G20 reconhecer que, no que concerne às normas CFC, o seu desenho e os objetivos prosseguidos podem variar de território para território, assim refletindo opções de política fiscal distintas de cada Estado.⁷⁶⁻⁷⁷

Sem prejuízo do reconhecimento dos objetivos de política fiscal que podem ser prosseguidos por cada território, constata a OCDE/G20 que existem considerações políticas comuns tidas

76 §5 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

77 Yariv Brauner entende que esta Ação e o seu preâmbulo carecem de conteúdo. Segundo o autor, esta Ação exigiria orientação geral sobre o desenho das regras CFC, bem como sobre a sua coordenação geral com as demais Ações do BEPS. Não sendo esse o resultado alcançado, entende o Autor que a OCDE vê as regras CFC como regimes essencialmente domésticos. O Autor também salienta que não há compromisso quanto à coordenação específica desta Ação com outras ações, uma vez que a mudança de que a OCDE trata no seu Relatório Final se reconduz à legislação nacional, ainda que se tenha anunciado um mecanismo de coordenação. Ora, a existência de diferentes objetivos e a imprecisão do potencial de coordenação fazem com que, não obstante esta Ação aspirar a gerar boas práticas, a mesma pareça configurar uma Ação cujas propostas parecem algo incoerentes e sem uma orientação específica. Cfr. BRAUNER, Yariv BEPS: An Interim Evaluation, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-92379, (2014), pp. 10-39.

em conta pela generalidade dos Estados, a saber: o efeito preventivo de tais normas; o equilíbrio entre a sua eficácia, a carga administrativa e os custos de *compliance* por elas desencadeados; a ponderação entre tal eficácia e a prevenção ou a mitigação da dupla tributação; e, bem assim, a consideração da interação entre as normas CFC e as normas de preços de transferência.⁷⁸

No atinente ao mencionado efeito preventivo, admite-se, no Relatório Final,⁷⁹ que as normas CFC não estão concebidas como regras que visam essencialmente aumentar a receita tributária dos Estados, mas antes dissuadir os contribuintes de transferir os seus rendimentos para uma CFC, pretendendo-se, assim, que tais rendimentos sejam tributados no Estado da empresa-mãe ou de outras sociedades do grupo. Menciona-se, ademais, que as normas CFC podem visar prevenir a evasão fiscal de todas as bases tributáveis, o que inclui não só a base tributável do Estado que aplica a norma CFC como de Estados terceiros – *foreign-to-foreign base stripping*.⁸⁰

À semelhança do que sucede com outras normas que visam alterar o comportamento dos contribuintes, as regras CFC podem acabar por despoletar mais efeitos do que os pretendidos, podendo, o seu *design* implicar, designadamente, o reconhecimento de poderes fiscais secundários a favor do Estado da residência. No entanto, na perspetiva da OCDE/G20, se as regras CFC determinarem uma tributação suficientemente elevada, também poderão despoletar efeitos colaterais positivos⁸¹ nos países da fonte, porquanto os contribuintes passam a não ter um incentivo para transferir os seus lucros para um terceiro território com baixa tributação- ou a tê-lo em muito menor escala.⁸²

No que respeita à consideração de política fiscal relacionada com a necessidade de se alcançarem normas CFC efetivas sem desencadear um aumento indevido de encargos administrativos e custos de conformidade, reconhece-se, no Relatório Final, que, embora uma das vantagens das regras CFC seja a sua aplicação relativamente mecânica, as normas que são puramente mecânicas podem não ser tão eficazes quanto outras que regulem a mesma matéria com um maior grau de flexibilidade. Não obstante, a referida flexibilidade é também um fator gerador de incerteza, o qual pode, por sua vez, incrementar os custos de aplicação e conformidade com os padrões CFC. Assim, as normas CFC devem, segundo o Relatório Final, encontrar um equilíbrio entre a maior simplicidade das regras de aplicação mecânica e a eficácia típica das normas mais subjetivas.⁸³

Por seu turno, refere-se, no Relatório Final, que outra das preocupações relacionadas com o desenho de normas CFC eficazes é a prevenção do fenómeno da dupla tributação.⁸⁴ Com efeito,

78 §6-11 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

79 §7 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

80 Idem.

81 DOURADO, Ana Paula- The role of..., p. 354 e BLUM, Daniel W.- Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 46,4 (2018), p. 299, The Bad, the Worse and the Ugly, *In* DANON, Robert- Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – Impact for European and International Tax Policy, Zúrique, Schulthess Verlag, 2016, ISBN: 978-3-7255-8605-9, p. 115.

82 §7 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

83 §10 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

84 §11 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

uma vez que as regras CFC sujeitam a imposto a receita de subsidiárias estrangeiras no território da sociedade-mãe, as mesmas podem desencadear situações de dupla tributação, na medida em que a subsidiária controlada também esteja sujeita a tributação no seu Estado de residência. Menciona-se naquele Relatório que uma das formas de prevenir tal dupla tributação é que as regras CFC estabeleçam isenções por taxa de imposto, reconhecendo-se que as regras existentes, até então, nos mais diversos países, já continham igualmente disposições que estabelecem a concessão de créditos por impostos pagos no exterior.

Por fim, a propósito da consideração da interação entre as normas CFC e as normas de preços de transferência, salienta-se que as regras CFC são consideradas como regras que tradicionalmente dão suporte às regras de preços de transferência, atento o facto de se aplicarem, regra geral, a partes associadas.⁸⁵ Esclarece-se, no entanto, que ainda que as regras CFC possam capturar alguns dos rendimentos não abrangidos por normas de preços de transferência e vice-versa- existindo algum paralelismo entre os objetivos de ambas as regras, mormente ao nível da dissuasão de comportamentos abusivos- nenhuma destas normas abrange a totalidade dos rendimentos que a outra pretende abarcar, prosseguindo cada uma os seus objetivos de modo distinto.

A estas considerações gerais e comuns, somam-se outras de índole mais específica, diretamente relacionadas com o contexto legal e de sistema tributário de cada Estado, as quais poderão impactar no desenho das normas CFC em cada ordenamento jurídico. A OCDE/G20 antevê que existam essencialmente duas grandes considerações a ter em conta no modo como as regras CFC poderão ser desenhadas. A primeira será o tipo de sistema tributário adotado pelo Estado e a segunda será a de saber se o Estado integra ou não a UE.⁸⁶

No que concerne ao sistema tributário, existem essencialmente dois tipos de sistema: os que adotam o princípio da tributação mundial e os que se centram no princípio da territorialidade. De acordo com o primeiro princípio, um Estado tributa o rendimento dos seus residentes, independentemente da localização da fonte dos mesmos. Na sua essencialidade, o sistema encontra-se ancorado no princípio da *CEN*.⁸⁷ Por sua vez, no caso dos sistemas em que a tributação é operada de acordo com o princípio da territorialidade, o rendimento de fonte estrangeira não é tributado. A tributação atende, outrossim, aos rendimentos auferidos no seu território por re-

85 §11 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

86 §12 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

87 Segundo Peggy Musgrave, a neutralidade tributária internacional em relação ao investimento pode ser definida como uma situação em que o padrão de tributação não interfere ou afeta a escolha do contribuinte entre investir domesticamente ou em países estrangeiros. Se nenhuma interferência pública existir, o capital deverá, em princípio, fluir para o local onde a produtividade é mais alta, garantindo-se assim o alinhamento das decisões relacionadas com o local do investimento com a eficiência. Tal princípio centra-se, portanto, no conceito de eficiência, sendo a *CEN* alcançada, em teoria, quando o investidor paga o mesmo imposto total, independentemente de o mesmo ser de fonte estrangeira ou doméstica. A *CEN* implica um sistema de tributação mundial, conjugado com um crédito fiscal sobre o imposto pago no estrangeiro, exigindo que as mesmas regras sejam aplicadas para medir o rendimento proveniente do estrangeiro e o rendimento de fonte interna. Este princípio requer a efetiva tributação do rendimento estrangeiro, sob pena de se permitir o diferimento de rendimentos que possam ter o mesmo efeito que a isenção do rendimento, gerando diferenças de tributação. Cfr. MUSGRAVE, Peggy B. - *United States Taxation of Foreign Investment Income, Issues and Arguments*, Cambridge, Law School of Harvard University, 1969, ISBN:0915506106 9780915506101, pp. 310 e ss. e KEMMEREN, E. C. C. M. - *Principle of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models*, Tilburg University, 2001, pp. 177-188.

sidentes e não residentes. Ao contrário do que acontece com o primeiro, este sistema encontra a sua razão de ser no princípio da *CIN*.⁸⁸

Com efeito, qualquer regra como as CFC, que permite tributar o lucro de subsidiárias estrangeiras, levanta, essencialmente dois tipos de questões de competitividade.

A primeira encontra-se relacionada com o alcance dos regimes CFC- Estados com regimes mais abrangentes estarão em vantagem competitiva face a Estados com regimes CFC menos abrangentes ou inexistentes. Essa desvantagem competitiva pode causar distorções, designadamente, condicionando a decisão quanto à escolha do local de instalação da sede das empresas ou à estrutura acionista, por exemplo. Nessa medida, assinala-se, no Relatório Final, que as regras CFC correm o risco de restringir ou distorcer a atividade económica real.

A segunda é que as MNEs residentes em territórios com normas CFC mais rígidas estão em desvantagem competitiva em comparação com as outras que residem em territórios que não as têm e, portanto, não aplicam regras CFC, ou que, aplicando-as, tenham cargas tributárias menores. Para solucionar esses problemas, os territórios com sistemas tributários de base territorial tendem a tributar apenas os rendimentos claramente desviados do território da sociedade-mãe priorizando a competitividade.

Pelo contrário, territórios com sistemas tributários de base mundial tendem a capturar mais rendimento, dando, no entanto, prevalência à tributação do rendimento estrangeiro.

A respeito do papel das regras CFC no contexto dos diversos sistemas tributários instituídos, salienta-se, no Relatório Final, que a circunstância de as regras CFC visarem impedir que entidades controladoras transfiram os seus rendimentos para outras entidades, com sede noutro Estado, não significa que tais regras protejam apenas a base tributária do território da entidade controladora. Pelo contrário, como indicado acima, as regras CFC podem não só ser desenhadas de modo a proteger exclusivamente a base tributária do território da controladora como também proteger as bases tributárias de países terceiros – *foreign-to-foreign stripping*.⁸⁹ Mais se acrescenta que as regras CFC que apenas protegem a base tributária do território da controladora poderão não ser tão eficazes no tratamento do BEPS.

Antes de partirmos para as considerações que dizem especificamente respeito aos Estados-Membros da UE cumpre tecer alguns comentários críticos ao que se acabou de expor relativa-

⁸⁸ O raciocínio básico por detrás do princípio da *CIN* é a competitividade. A *CIN* determina que os rendimentos provenientes de outros países devem competir em termos iguais, em qualquer país. Cfr. VOGEL, Klaus- Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part II), *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 10 (1998), pp. 310 e ss; MUSGRAVE, Richard - Criteria For Foreign Tax Credit In BAKER, Russell Taxation and Operations Abroad, Princeton: Russel Baker, 1960 *apud* BADER, R. G., CFC Legislation in the European Union and The Alternative CSC concept, Tilburg, 2012, p. 5.

⁸⁹ §17 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

mente à visão que a OCDE/G20 parece ter no que respeita aos sistemas tributários existentes atualmente e à eventualidade de os mesmos se harmonizarem e coordenarem, bem como à possibilidade de protegerem as bases tributáveis uns dos outros.

Desde logo, sublinhe-se que, atualmente, não é possível operar uma divisão linear entre territórios cujo sistema tributário visa somente a *CIN* ou a *CEN*.⁹⁰ Nem a *CEN* nem a *CIN* são suficientes para explicar que tanto os regimes tributários mundiais quanto os territoriais apliquem normas CFC.

Por outro lado, veja-se que as normas CFC previstas no âmbito do Projeto BEPS não visam tratar da alocação dos direitos de tributação entre territórios- o que não seria compatível com o mandato conferido pelos países do G20⁹¹⁻⁹²- nem alterar claramente o equilíbrio entre a exportação de capital e países importadores de capital. O mandato do G20 e o plano de ação BEPS visam, outrossim, manter a mesma visão geral encontrada na CM OCDE e na legislação tributária nacional, não sendo os países de residência obrigados pelo G20 a eliminar a concorrência tributária, na ausência de práticas abusivas.

Não obstante não pretender alterar a alocação de direitos tributários, as regras CFC previstas na Ação 3 poderão ser vistas como simples regras anti-abusivas ou como regras que fortalecem a tributação de base mundial – e consequentemente do Estado de residência. Com efeito, a luta contra o BEPS, em conjugação com os interesses muitas vezes conflitantes de diferentes territórios e regiões implica que a legislação CFC só seja usada pelos países de residência, no caso de atividades que visem o BEPS.

Todavia, como acima se mencionou, considera a OCDE/G20 que as regras CFC poderão igualmente desencadear efeitos positivos para o Estado da Fonte. Consideramos, porém, que, neste ponto, o Relatório avança demasiado. Sem prejuízo de as regras CFC que procurem prevenir o *foreign-to-foreign stripping* poderem ser mais eficazes, parece-nos que, se desenhadas com tal amplitude, as mesmas poderão prejudicar a competitividade tributária adjacente à política fiscal, designadamente dos países de desenvolvimento, referidos no Relatório Final, o que não será do seu interesse, não os protegendo, se o rendimento abrangido corresponder a rendimento adveniente de atividade económica genuína levada a cabo no seu território.

Daqui se extrai que a sugestão vertida no Relatório Final, no sentido de que as regras CFC cubram o *foreign-to-foreign stripping* e admitindo que as mesmas possam operar automaticamente é altamente questionável, especialmente naqueles casos em que os Estados desenhem as suas regras CFC por forma a incluir todos os tipos de rendimento no seu âmbito, combinando-o com regras de *foreign-to-*

90 DOURADO, Ana Paula- The role of ...,p. 352.

91 DOURADO, Ana Paula- The role of ...,p. 353.

92 Rússia, G20- *Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leader's Declaration*, 2013 [Consultado em 6 de março de 2020]. Disponível em <https://www.oecd.org/g20/summits/saint-petersburg/Tax-Annex-St-Petersburg-G20-Leaders-Declaration.pdf>; DOURADO, Ana Paula- The role of..., p. 354.

-*foreign stripping*, uma vez que isso poderá conduzir a uma diferenciada alocação de direitos tributários entre Estados, num claro reforço dos direitos do Estado de residência – o que as regras CFC não visam.⁹³

Tecidas estas considerações, cumpre analisar as recomendações vertidas no Relatório Final que se dirigem especificamente aos Estados-Membros da UE. No que se relaciona com a aplicação das normas CFC no contexto europeu, a OCDE/G20 reconhece que as normas CFC recomendadas pela Ação 3 têm que ser suficientemente flexíveis de modo a permitir que os Estados-Membros as implementem de acordo com o Direito da UE, não deixando de ser suficientemente amplas para ser efetivas na luta contra o BEPS. Com efeito, reconhece-se no Relatório Final que, desde o Acórdão *Cadbury Schweppes*, o desenho das regras CFC encontra algumas limitações específicas no contexto europeu.⁹⁴

Desde logo, refere-se no Relatório Final da Ação 3 do BEPS que tanto no Acórdão *Cadbury Schweppes* como em Acórdãos subsequentes, o TJUE deixou claro que as regras CFC, bem como outras regras tributárias aplicáveis a situações transfronteiriças justificadas pela prevenção da evasão fiscal devem referir-se especificamente a expedientes puramente artificiais, carentes de realidade económica, cujo único objetivo seja o de obter uma vantagem fiscal, aludindo-se ao Acórdão *Haribo*.⁹⁵ Nos termos descritos no Relatório Final, tal tem impacto não só no que respeita aos Estados-Membros da UE como, igualmente, aos Estados que fazem parte do EEE.

Neste contexto, não obstante se reconhecer que a forma de cumprir com as liberdades do TFUE é uma decisão individual de cada Estado-Membro da UE, propõe-se no Relatório Final que os Estados tenham em conta quatro recomendações ao estruturar e delinear as suas regras CFC.

A primeira recomendação sugere que seja incluída uma análise da substância nos termos da qual os contribuintes apenas cairiam no âmbito das normas CFC caso as suas entidades controladas não desenvolvessem atividades económicas autênticas.⁹⁶ A segunda recomendação sugere que se apliquem regras CFC do mesmo modo em relação a subsidiárias residentes e não residentes.⁹⁷ Como terceira recomendação, sugere-se no Relatório Final que as regras CFC se apliquem a operações que sejam “*parcialmente puramente artificiais*”.⁹⁸ Por último, a quarta recomendação da OCDE/G20 é que as regras CFC sejam projetadas para assegurar a distribuição equilibrada do poder tributário e não somente a evasão fiscal.⁹⁹

93 No mesmo sentido, DOURADO, Ana Paula- The role of ..., p. 355.

94 §19 e 20 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

95 TJUE - §165 Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel e C-437/08, Österreichische Salinen AG v. Finanzamt Linz*.

96 §22 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

97 Idem.

98 Idem.

99 Idem.

Sem prejuízo de relegarmos uma análise mais detalhada de tais recomendações para um momento ulterior da presente dissertação,¹⁰⁰ adiantamos desde já que, em nosso entender, as recomendações feitas pela OCDE/G20, no que aos países da UE diz respeito, e com exceção da primeira, não nos parecem as mais acertadas.

Cumprido, assim, constatar, considerando tudo quanto se expôs ao longo deste ponto, que a uniformização das regras CFC se torna um objetivo muito dificilmente alcançável. Com efeito, os diferentes países têm múltiplas preocupações, distintas entre si, no que a esta matéria concerne: a erosão das suas bases tributáveis, as quais são determinadas dos mais diversos modos; a transferência de lucros para outros territórios; e, bem assim, os problemas de informação que poderão ter em relação ao ordenamento jurídico-tributário dos seus congêneres. Prosseguindo as regras CFC o objetivo de lidar com todas estas inquietações, os esforços de coordenação nesta matéria revelam-se muito complexos.¹⁰¹

Igualmente impactante ao nível do objetivo prosseguido pela Ação 3 do Projeto BEPS, afigura-se o contexto jurídico de base em que a legislação CFC é adotada, questão que surge com maior acuidade no que se relaciona com as restrições bilaterais ou multilaterais pré-existentes (veja-se que a própria relação entre direito interno e direito dos Tratados é diversa, uma vez que as *domestic treaty overrides* são tratadas de modo diferente em relação à sua permissibilidade jurídica) e, bem assim, no que respeita aos diferentes constrangimentos legais específicos que afetam os diferentes Estados-Membros da OCDE, entre os quais se encontram os que fazem parte da UE.¹⁰²

A tudo isto, acresce ainda o modo como a legislação CFC interage com os mecanismos de prevenção ou eliminação da dupla tributação, em cada país, como fator adicional que dificulta a harmonização da legislação nesta matéria.

Pelo que, atentas as diversas formas de estruturação e funcionamento de cada sistema fiscal, o estabelecimento de regras uniformes nos vários territórios, pode levar a resultados práticos distintos e conferir a estas normas um escopo demasiado abrangente, cujo resultado será a inclusão de rendimento que não advém de atividade BEPS.¹⁰³

3.2 Propostas contidas no Relatório Final da Ação 3 do Projeto BEPS

Com vista a tornar as regras CFC mais eficazes, o Relatório Final encontra-se estruturado em diversas componentes (*“building blocks”*), mais concretamente em cinco, quais sejam: as regras

100 Mormente para o capítulo 6, onde avaliaremos o regime português de CFC atualmente em vigor à luz destas recomendações e tentaremos perceber se as mesmas foram adotadas ou não e se tal se justifica, atentas as conclusões extraídas quanto à adequação de tais recomendações.

101 KANE, M.- The role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-9202, 68, 6/7 (2014), ponto 2; DOURADO, Ana Paula- The role of ...,p. 344.

102 Idem.

103 OCDE (2015)- Public comments received on discussion draft on Action 3 (Strengthening CFC Rules) of the BEPS Action Plan, Part 1, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 99.

para definir uma CFC, as isenções e os limiares mínimos de aplicação do regime, as regras relacionadas com a definição do rendimento sujeito a CFC; as regras relativas ao cômputo do rendimento; as regras de atribuição do rendimento e as regras para prevenir ou eliminar a dupla tributação.

Como se referiu anteriormente, nenhuma destas regras consubstancia um *standard* mínimo de aplicação, tendo somente o caráter de recomendação.¹⁰⁴

3.2.1 Condições de aplicação das regras CFC

i. Definição do âmbito subjetivo de aplicação

Definir o que seja uma CFC requer a determinação de que entidades se pretendem abranger com tal termo e que tipo de controlo sobre tais entidades é necessário.¹⁰⁵ Uma vez que o objetivo desta Ação é que a forma jurídica das entidades não represente um mecanismo de manipulação para obstar à aplicação das regras CFC, nos casos em que as mesmas sejam de aplicar, foi estabelecido um conceito subjetivo amplo de CFC,¹⁰⁶ o qual inclui não só sociedades, como também entidades transparentes, estabelecimentos estáveis, sucursais de bancos e *trusts*.¹⁰⁷

No relativo às sociedades transparentes, recomenda o Relatório Final que as regras CFC lhes devem ser aplicáveis em dois casos: quando tais entidades, embora não sejam tributáveis no seu território, estejam sujeitas a tributação no território da sociedade-mãe e quando não sejam tributáveis de outra forma e sejam detidas por uma outra CFC.¹⁰⁸

Não se questiona que esta incorporação de entidades transparentes seja eficaz para combater as atividades que o projeto BEPS visa evitar. No entanto, tal como assinalado em sede dos Comentários ao *Public Discussion Draft*,¹⁰⁹ esta opção poderá implicar custos muito elevados, além de uma complexidade administrativa acrescida, porquanto os lucros das referidas entidades transparentes teriam de ser recalculados¹¹⁰ de acordo com as regras do Estado da residência, o que pode ser particularmente difícil nos casos em que essas entidades não possuam

104 PICCIOTTO, Sol - International Taxation and Economic Substance, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 70, 12, (2016), p. 752

105 §23 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

106 DOURADO, Ana Paula- *Governança Fiscal Global...*, p 70.

107 §26 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*; TAYLOR, D., SYKES, L.- Controlled Foreign Companies and Foreign Profits, *British Tax Review*, Londres, ISSN: 0007-187, 5 (2007), pp. 609-647 e KUZNIACKI, Blazej- Discriminatory tax treatment of CFC's losses towards losses of partnerships, economic double taxation, exchange of tax information and future developments of the Norwegian CFC rules, *Skatterett*, Oslo, ISSN:0333-2810, 4 (2014), pp. 349-384.

108 §27 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

109 OCDE (2015)- Public comments received...,p. 48.

110 Idem.

registos contabilísticos próprios.¹¹¹ Tal falta de informação poderá inviabilizar o acesso aos dados necessários para determinar a eventual inclusão de tais entidades no regime CFC.

Acresce que, dificilmente se compreende a opção de abranger, no conceito de CFC, as entidades que, embora não sejam tributáveis no seu território, estejam sujeitas a tributação no território da sociedade-mãe, uma vez que o *single tax principle* já se encontra assegurado

nestes casos.¹¹² Com efeito, verifica-se a extensão de um regime complexo com o fim de alcançar um resultado que já se verificava, embora por uma via mais simples.

Outra crítica que esta proposta merece é a potencialidade de a mesma desencadear dupla tributação. Efetivamente, nos casos em que o rendimento da entidade transparente já seria tributável na pessoa da sociedade-mãe, uma nova inclusão desse rendimento, na base tributável daquela, aumenta os riscos de dupla tributação e o facto de assim se tornar necessária a aplicação de um crédito de imposto só acresce às significativas dificuldades que esta recomendação impõe.

No que diz respeito aos estabelecimentos estáveis, recomenda-se que estejam abrangidos pelo escopo subjetivo deste regime sempre que o país da residência da empresa à qual o estabelecimento estável pertence aplique o método da isenção sobre o rendimento desse estabelecimento. Nestes casos, a constituição do estabelecimento estável poderá apenas ter como objetivo o aproveitamento pela sociedade residente do método da isenção, o que é depois desconsiderado por via das regras CFC.¹¹³

Recomenda-se, igualmente, que o regime seja aplicável aos estabelecimentos estáveis que sejam detidos por uma CFC.¹¹⁴ Uma vez mais, a aplicação do regime CFC, nestes casos, tem a potencialidade de aumentar os riscos de dupla tributação do mesmo fluxo económico, uma vez que o rendimento gerado por via do estabelecimento estável será tributado na esfera da entidade CFC que o detém e aquando da sua imputação à sua sociedade-mãe.¹¹⁵

Uma outra preocupação expressa no Relatório Final é o tratamento de figuras híbridas. Recomenda-se a introdução de uma norma modificada anti-híbridos, a qual tem como objetivo impedir que a existência de diferenças de tratamento de instrumentos e entidades nos países da residência e da localização da CFC possam ser utilizadas como meio para o planeamento fiscal agressivo, levando, no limite, à exclusão de rendimento que cairia no âmbito das normas CFC, apenas porque algumas entidades não seriam consideradas.¹¹⁶ Recomenda-se, assim, que se considerem relevantes os pagamentos intragrupo a uma CFC para efeitos do cálculo do ren-

111 OCDE (2015)- Public comments received..., p. 156.

112 OCDE (2015)- Public comments received...,p. 231.

113 TAYLOR, D., SYKES, L.- Controlled Foreign Companies, pp. 609-647 e WILLIAMSON, D.T., ORENSTEIN, B., The effect of the foreign tax credit on the sale of CFC stocks, Tax Notes International, Canadá, ISSN 1048-3306, 65, 11, (2012), pp. 839-844.

114 §28 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

115 OCDE (2015)- Public comments received..., p. 204.

116 §29 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

dimento a incluir no regime CFC.¹¹⁷ Visa-se, com isto, evitar que a entidade pagadora e a CFC possam ser consideradas como uma só entidade, num contexto intragrupo, caso em que o referido pagamento e respetivo rendimento não seriam considerados para efeitos das regras CFC.

Uma alternativa que o Relatório Final propõe é que sejam tidos em conta os pagamentos intragrupo sempre que os pagamentos efetuados à CFC não tenham sido incluídos no rendimento sujeito às regras CFC, mas o tivessem sido se o território da sociedade-mãe classificasse as entidades e os instrumentos da mesma maneira que o país de residência da CFC. Esta recomendação, além de complexa, não tem em consideração apenas os casos em que se verifica erosão da base tributável,¹¹⁸ motivo pelo qual poderá capturar rendimento derivado de atividades reais e trazer para o escopo das regras CFC entidades em relação às quais não se justifica ter qualquer preocupação.

A nosso ver, a posição abrangente da OCDE/G20 relativamente às entidades que podem ser consideradas CFC pode tornar o combate ao BEPS mais efetivo. Não obstante, as recomendações vertidas no Relatório Final relativas à definição de entidades abrangidas são muito complexas e, em geral, podem levar a uma sobre inclusão de entidades neste regime.

No respeitante ao requisito do controlo, o Relatório Final divide-o em duas questões: a de saber que tipo de controlo e que nível de controlo devem ser exigidos.¹¹⁹ Naquela sede, preveem-se quatro testes para definir controlo: o controlo legal, o controlo económico, o controlo de facto e um controlo através da consolidação de contas da entidade controladora.¹²⁰ No entendimento da OCDE/G20, os países deverão combinar os diversos testes por forma a garantir a sua eficácia, prevenindo a sua inviabilização.¹²¹ Analisemos cada um destes testes.

O controlo legal considera o capital social detido por um residente por forma a determinar a percentagem dos direitos de voto, que refletem o poder do residente de determinar a atividade da entidade estrangeira. Este teste é assim de aplicação relativamente mecânica e, portanto, de fácil aplicação por parte das administrações tributárias e para os contribuintes.¹²² Sem prejuízo, a OCDE/G20 reconhece que a legislação societária nacional geralmente permite flexibilidade na estruturação acionista¹²³ (designadamente, mediante ações preferenciais sem direito a voto), permitindo, assim, contornar este requisito, pelo que o controlo legal não é um critério de todo infalível.¹²⁴

117 § 30 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*; Vide WHITEHEAD, S. - Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation, *EC Tax Review*, Amsterdão, ISSN: 0928-2750, 16, 4 (2007), pp. 176-183 e RUST, Alexander - CFC Legislation and..., p. 492-501.

118 OCDE (2015) - Public comments received..., p. 197.

119 §24 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

120 §35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

121 §36 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

122 §35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

123 Se atentarmos no caso português, veja-se que o sócio poderá ter um direito especial (v.g. o previsto no artigo 250.º, n.º 2 do CSC) que se encontre previsto num contrato social que poderá por em causa a aplicação deste critério. Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de- *Curso de Direito Comercial, Vol. II*, 6.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN: 9789724078403, p. 211.

124 §35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Outro dos testes para definir o controlo é o controlo económico, o qual analisa os direitos de um residente à distribuição de lucros ou aos recursos- no caso de uma alienação do capital social da entidade estrangeira- e aos ativos desta- em caso de liquidação. Determinado titular de uma participação social pode controlar uma sociedade através de um direito especial, ainda que não detenha a maioria do capital.¹²⁵ De igual modo, poderá ter um direito a uma parte favorecida no saldo de liquidação da sociedade.¹²⁶ Assim, caso a mesma venha a ocorrer, o seu direito de participar nesse saldo pode ser mais do que proporcional à sua participação social.

Em terceiro lugar, existe ainda o controlo de facto, o qual procura aferir qual a entidade que toma as decisões importantes e decisivas quanto à CFC, ou seja, quem toma as decisões que influenciam a sua atividade, tendo uma influência dominante.¹²⁷ De acordo com o Relatório Final, por forma a averiguar da existência de controlo de facto, deverão observar-se os vínculos contratuais que possam existir entre os sócios controladores e a CFC. No entanto, uma vez que tal teste requer uma análise de factos e circunstâncias, envolvendo uma avaliação subjetiva, tem a potencialidade de gerar custos adicionais, complexidade e incerteza para os contribuintes, sendo que pode ser contornado com relativa facilidade.¹²⁸

O Relatório Final chama ainda a atenção para um último tipo de controlo, a saber, o controlo através da consolidação de contas da entidade controladora, isto é, a verificação de que a entidade CFC está consolidada nas contas da entidade residente de acordo com princípios contabilísticos, nomeadamente os *International Financial Reporting Standards*.¹²⁹

Quanto ao nível de controlo, independentemente do seu modo de aferição, é recomendado pela OCDE/G20 que se considere que a detenção de mais de 50% de controlo, direto ou indireto, sobre a CFC, pelos detentores de participações sociais residentes, confere controlo suficiente para efeitos de aplicação das regras CFC.¹³⁰

Nem sempre é fácil determinar a existência deste controlo, especialmente quando existem vários acionistas minoritários, que podem atuar de modo concertado, influenciando assim a CFC. Neste caso, sugere-se, no Relatório Final, que as participações dos acionistas minoritários sejam agregadas, por forma a determinar se aqueles exercem ou não controlo suficiente.¹³¹

125 A este título *vide* OLAVO CUNHA: «O direito consiste em permitir a um ou mais sócios participar(em) nos lucros de exercício em parte mais do que proporcional à respectiva participação social.” Cfr. CUNHA, Paulo Olavo- Direito das Sociedades Comerciais, 7.ª Edição, 2019, Almedina: Coimbra, ISBN: 9789724079646, p. 316.

126 A este respeito, *vide* CUNHA, Paulo Olavo- Direito das Sociedades..., p. 317.

127 §35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

128 §25 e 35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

129 §35 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

130 Tal percentagem poderá ser fixada num nível inferior, por respeito às políticas fiscais dos diferentes Estados. Cfr. §37 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...* A este respeito *vide*, PINTO, J.S., The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 53, 2/3 (2013) pp. 94-101e BENITES, M.M., Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations, *Tax Management International Forum*, Londres, ISSN: 0143-7941 32 (2011), pp. 3-90.

131 §38 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Neste contexto, recomenda-se que tal determinação seja aferida mediante um teste de atuação concertada,¹³² através da análise da relação entre as partes¹³³ ou ainda por via do teste da propriedade concentrada.¹³⁴

A utilização do teste de atuação concertada, implica a análise de determinados factos para verificar se os acionistas minoritários estão ou não a agir em conjunto, de modo a poder influenciar as decisões da CFC. Se se concluir que estão, as suas participações serão agregadas para determinar se existe, *in casu*, o controlo necessário à aplicação do regime CFC.¹³⁵

Esta regra visa, essencialmente, atingir esquemas em que as partes são totalmente independentes entre si, e não sejam residentes no mesmo território, mas que atuam conjuntamente para controlar uma outra entidade, sendo que esta última é a CFC.

Para lidar com os casos em que duas ou mais entidades, relacionadas entre si, são utilizadas para o planeamento fiscal agressivo, o Relatório Final recomenda a análise da relação entre as partes, mediante a agregação das participações sociais minoritárias de partes relacionadas entre si. Uma vez somadas, poderá concluir-se que tais participações sociais preenchem o requisito do controlo, a um nível suficiente para que sejam aplicadas as regras CFC. De facto, muitas subsidiárias são detidas por partes relacionadas com a sociedade-mãe, sendo que, não raras vezes, apesar das suas participações minoritárias, se coordenam entre si para controlar a CFC.

Por fim, o teste da propriedade concentrada exige que se agreguem as participações que todos os acionistas residentes detenham na CFC, desde que cada participação individual seja superior a determinada percentagem. Veja-se, ainda, que, segundo as recomendações da OCDE/G20, tanto o controlo direto como o indireto devem ser objeto da regra CFC.¹³⁶

O Relatório Final deixa aos Estados-Membros a possibilidade de poderem escolher o momento em que esse controlo deve ser verificado, quer seja no final do período tributário do contribuinte controlador ou, assumindo uma postura mais conservadora, a qualquer momento do período mencionado, acrescentando que a existência de tal controlo deve ser avaliada não apenas em relação a pessoas coletivas, mas também em relação a pessoas singulares.

Em face de todas estas recomendações, pode concluir-se que as propostas apresentadas pela OCDE/G20 são algo difusas, podendo fazer com que cada Estado adote soluções de legislação interna muito diferentes entre si, o que poderá comprometer inelutavelmente os objetivos iniciais prosseguidos pela OCDE/G20.

132 §39 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

133 §41 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

134 §43 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

135 §39 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

136 §46 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Do nosso ponto de vista, seria preferível que se tivesse identificado, desde logo, a melhor abordagem para cada uma das questões identificadas, adotando igualmente uma definição comum de controlo.

ii. Isenções e limiares mínimos de aplicação

Não obstante, de acordo com as regras vistas acima uma entidade estrangeira poder ser considerada como controlada, a OCDE/G20 não esquece que poderá ser necessário (i) limitar a aplicação das regras CFC às situações em que se verifica uma maior probabilidade de existirem comportamentos tendentes à erosão de bases tributárias e à transferência de rendimentos para territórios de tributação mais reduzida, bem como, (ii) reduzir os encargos administrativos associados à implementação das normas CFC. Por esse motivo, o Relatório Final propõe a inclusão de certas exceções, bem como a introdução de isenções e limiares mínimos que tornem as normas CFC mais eficazes e direcionadas ao fim prosseguido.

No relativo às isenções e limiares mínimos de aplicação, recomenda-se, no Relatório Final, que a regra CFC inclua uma isenção relacionada com o imposto a que está submetida a CFC no seu território de residência. Com efeito, no entendimento da OCDE/G20, tal isenção deverá impedir a aplicação das regras CFC quando o imposto a que a CFC está sujeita tem uma carga próxima à aplicável no Estado de residência dos sujeitos passivos controladores da CFC.¹³⁷

Resultam do Relatório Final três tipos de isenções e limiares de aplicação das normas CFC, a saber: um limiar *de minimis*, uma cláusula anti abusiva e uma isenção em função da taxa de imposto aplicável, eventualmente combinadas com uma lista branca.¹³⁸

O limiar *de minimis* garante que, se a CFC não atingir pelo menos determinado nível de rendimento, estará isenta da aplicação das regras CFC.¹³⁹ Este tipo de regras é útil em termos de custos administrativos para as administrações fiscais, no entanto, pode ser facilmente contornado mediante a fragmentação do rendimento por uma pluralidade de subsidiárias cujos rendimentos se encontrem abaixo do limiar mínimo.¹⁴⁰

Por seu turno, a cláusula anti abusiva visaria apenas abarcar as transações e estruturas resultantes da evasão fiscal. A OCDE/G20 reconhece que isso pode tornar as normas CFC menos eficientes, atendendo ao potencial aumento dos encargos administrativos e de *compliance*. Além disso, a OCDE/G20 acredita que tal regra não seria necessária se o rendimento da CFC fosse definido adequadamente.¹⁴¹

137 §51 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

138 §52 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

139 §53 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

140 §54 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

141 §60 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

Já o limite da isenção da taxa isenta as CFC sujeitas a uma taxa de imposto acima de um determinado nível de tributação, garantindo, portanto, que as regras CFC se apliquem apenas a empresas estabelecidas em territórios de baixa tributação, com maior probabilidade de serem utilizadas para a obtenção de lucros.¹⁴² Esta isenção pode operar de dois modos distintos: (i) mediante a comparação entre a taxa do Estado de residência da CFC e a percentagem da taxa praticada no Estado de residência da entidade controladora ou dos seus sócios; ou (ii) através da isenção dos rendimentos da CFC que sejam tributados no Estado de residência da CFC acima de determinada taxa.

No que respeita à referida comparação, recomenda-se no Relatório Final que seja utilizada a relação entre o imposto pago no território da subsidiária e o rendimento tributável da subsidiária.¹⁴³ Mais se recomenda que o rendimento seja calculado ou de acordo com as regras do país da sociedade-mãe ou do *IFSR*. Esta recomendação é muito problemática. O cálculo de acordo com as regras do país da entidade ou acionista controladores desconsidera realidades que podem levar à oscilação dessa taxa de ano para ano, como as diferentes regras referentes ao apuramento dos lucros e o momento temporal da sua determinação.¹⁴⁴ O mesmo se diga no que respeita ao recurso às normas *IFRS*. Em função das diversas regras fiscais dos Estados registar-se-ão resultados diferentes, problema que se verá particularmente acentuado quando estiver em causa uma MNE que opere em diversos territórios. Neste caso, a necessidade de coordenação de várias regras gerará custos e dificuldades acrescidas.¹⁴⁵

Por fim, a OCDE/G20 considera, ainda, que um outro modo complementar a isenção seria a criação de uma lista branca. Os territórios incluídas nesta lista são considerados territórios com uma carga impositiva média ou elevada.¹⁴⁶

Não obstante as diversas opções, a OCDE/G20 revela preferência por uma abordagem comparativa caso a caso, eventualmente combinada com a referida lista branca.¹⁴⁷

iii. Definição do rendimento abrangido

A OCDE / G20 recomenda definir o rendimento abrangido pela regra CFC de forma a garantir que os rendimentos a tributar são aqueles que estão na origem do BEPS. Para alcançar este desiderato, a OCDE fornece, no Relatório Final, uma lista não exaustiva de abordagens possíveis, que podem ser combinadas entre si.

142 §61 e ss OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

143 §66 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

144 OCDE (2015)- Public comments received..., pp. 71 e 72.

145 OCDE (2015)- Public comments received..., pp. 105 e 106.

146 §61 e 62 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

147 §51, 52 e 62 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Desde logo, o Relatório Final menciona o sistema de inclusão total, nos termos do qual todo o rendimento da CFC será abrangido pelas regras CFC, independentemente da sua natureza, sendo a sua eventual eficácia maior em sistemas fiscais que atuem com base na tributação universal de rendimentos. No entanto, a OCDE/G20 dá clara preferência a regimes mais moderados e que apenas atribuem certos tipos de rendimentos da CFC, uma vez que estes estão mais direcionados a capturar rendimentos abusivos. É relativamente a estes regimes que se coloca o problema da definição do rendimento que deve ter-se por abrangido.

Neste âmbito, o Relatório Final avança com a sugestão de três diferentes tipos de análises: a análise categórica dos rendimentos, a análise substantiva e a análise do rendimento excessivo.

De acordo com a análise categórica dos rendimentos, as regras CFC podem aplicar-se a diferentes categorias de rendimentos, dependendo do modo como o Estado em causa estrutura as suas regras CFC. Os Estados podem definir o rendimento atendendo à classificação legal existente no seu ordenamento, à relação entre as partes ou à fonte da qual provém o rendimento.¹⁴⁸

Se os Estados definirem o rendimento atendendo à classificação legal existente no seu ordenamento, recomenda o Relatório Final que os seguintes rendimentos sejam atribuídos à CFC: dividendos; juros; rendimento derivado de seguros; *royalties* e rendimento proveniente de propriedade intelectual; e, por fim, rendimentos de vendas e serviços.¹⁴⁹ Há um enfoque maior nos rendimentos passivos, os quais, atenta a sua especial mobilidade são considerados como mais propícios a provocar a erosão das bases tributáveis dos Estados e a transferência artificial de lucros.

De acordo com o Relatório Final, há também a possibilidade de as regras CFC se centrarem na entidade legal que transferiu o rendimento para a CFC. Nestes termos, se esse fluxo de rendimento tiver origem numa parte relacionada, a presunção de que a transferência é artificial é muito forte.¹⁵⁰

Por seu turno, seguindo o critério da fonte do rendimento, se o rendimento foi recebido a partir das atividades económicas da CFC, então esse rendimento é da CFC e não deve ser tributado na esfera da sociedade-mãe. Isto é, a regra deixará de considerar que aquele rendimento da CFC é um rendimento suspeito, considerando-se que o mesmo provavelmente não suscitará preocupações relacionadas com o BEPS, especialmente nos casos em que derive de atividade levada a cabo nesse mesmo território.¹⁵¹

148 §76 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

149 §77 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

150 §79 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

151 §80 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

O Relatório Final refere ainda que, no caso de os Estados estarem especialmente preocupados com a erosão da base tributável do Estado de residência, podem apenas considerar rendimento de uma CFC que deva ser tributado aquele que deriva do território do Estado de residência dos sócios ou entidade controladora.¹⁵²

Já se a regra CFC também tiver como objetivo prevenir a erosão das bases tributáveis dos outros Estados, então poderá incluir-se, como rendimento CFC, o rendimento derivado tanto do Estado de residência da entidade (ou acionista) controladora como o rendimento derivado de outros Estados. No entendimento da OCDE/G20, esta posição é muito mais preventiva e é mais recomendável do que apenas considerar o rendimento ganho no Estado de residência.¹⁵³

Já de acordo com a análise substantiva, o que se procura é avaliar a substância económica da CFC, apurando-se se foi a própria CFC a realizar as atividades geradoras de rendimento.¹⁵⁴ Procura-se, no fundo, aferir o que é efetivamente rendimento proveniente de uma atividade e o que é rendimento transferido para a CFC por propósitos puramente fiscais, bem como se a CFC tem ou não capacidade para gerar aquele rendimento por si própria.¹⁵⁵ Esclarece-se, no Relatório Final, que a análise de substância poderá ser aplicada segundo um limite fixo ou de forma proporcional. Daqui decorre que bastaria um determinado nível de atividade para que todo o rendimento da CFC fosse excluído do regime. Pelo contrário, se uma CFC não se envolvesse em determinado nível de atividade veria todo o seu rendimento incluído no âmbito da norma.

Ainda a propósito da análise de substância, resulta do Relatório Final que a combinação dos diferentes objetivos de política fiscal dos Estados e das exigências de substância poderá resultar em diferentes formas de aplicar esta análise.

Uma dessas formas trata de perceber se os trabalhadores da CFC contribuíram substancialmente¹⁵⁶ para a formação do rendimento em causa. Caso se prove a existência de um determinado nível de atividade económica, todo o rendimento da CFC ficará excluído da aplicação das regras, sendo assim um teste de tudo ou nada. Esse nível de atividade deverá ser avaliado tendo em conta os factos e circunstâncias que evidenciem que a CFC contribui para a criação de valor real, através dos seus trabalhadores e das atividades de construção e produção realizadas.

Outra dessas formas é aquela que tem em conta as funções desempenhadas por cada uma das entidades de um grupo para determinar se a CFC reúne as condições que lhe permitam deter ativos e assumir certos riscos. Caso se conclua o contrário, entende-se que a criação da

152 §80 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

153 §80 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

154 §81 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

155 §81 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

156 DOURADO, Ana Paula- *Governança Fiscal Global...*, p. 71.

mesma apenas se deveu a objetivos relacionados com o desvio de lucros da sociedade-mãe ou do acionista controlador.¹⁵⁷

Por fim, a última forma prevista no Relatório Final procura aferir se os trabalhadores, equipamentos e estruturas necessárias para gerar o rendimento da CFC se encontram localizados no território onde a mesma opera.

Não podemos deixar de notar que as formas de concretizar a análise substantiva parecem exigir que as condições de substância se têm que verificar na própria CFC. Ora, isso parece olvidar que, por vezes, existem motivos comerciais válidos que justificam que assim não seja. Veja-se, a título exemplificativo, o caso dos trabalhadores que se encontrem legalmente vinculados a outra entidade.¹⁵⁸

Donde se extrai que este tipo de análise não parece suficientemente orientada para as atividades conducentes ao fenómeno BEPS, o que pode gerar situações de sobre inclusão de rendimentos.

A análise relacionada com a contribuição substancial parece ser mais objetiva do que a anterior. Porém, sendo um teste de tudo ou nada, não se harmoniza totalmente com os objetivos do Projeto BEPS, podendo igualmente ser sobreinclusiva. Paralelamente, se este teste for aplicado enquanto limite rígido e se tal limite for demasiado baixo, permitirá o desempenho abusivo de uma atividade económica mínima apenas para impedir a atribuição de qualquer rendimento. Por outro lado, se esse limite for muito alto, levará à inclusão de rendimentos gerados por atividades que, pela sua própria natureza, não reclamam um grande número de trabalhadores ou grandes instalações.

Por seu turno, a análise do rendimento excessivo, que tem em conta as funções desempenhadas por cada uma das entidades de um grupo para determinar se a CFC reúne as condições que lhe permitam deter ativos e assumir certos riscos, parece desconsiderar as práticas das atuais organizações empresariais e presumir que cada empresa deve exercer atividades geradoras de rendimento de forma isolada, ignorando-se assim as permanentes interligações que se estabelecem entre as diversas sociedades de uma multinacional. Este requisito dificilmente seria preenchido aquando da análise da substância.

No respeitante à análise do rendimento excessivo, a mesma é de aplicação mais mecânica. É necessário que seja calculado o rendimento corrente¹⁵⁹ da CFC, o qual deverá ser subtraído ao rendimento total da CFC.¹⁶⁰ A diferença entre o rendimento corrente e o rendimento efetivamente gerado pela CFC dará origem ao que deve ser considerado rendimento excessivo. Apenas

157 §85 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

158 No mesmo sentido, *vide* OCDE (2015)- Public comments received... p. 183 e *Deloitte*, p. 234.

159 O rendimento corrente corresponde à multiplicação da taxa de rendimento pelo capital computável.

160 §89 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

este último deverá ser incluído no regime.¹⁶¹ De acordo com o Relatório Final, esta análise está direcionada para o tratamento de rendimentos de propriedade intelectual.¹⁶² Com efeito, é frequente que atividades que envolvam esse tipo de rendimentos e que sejam realizadas entre partes relacionadas não obedeçam ao preço de mercado adequado, o que conduz à obtenção de um lucro excessivo, quando comparado com o que normalmente seria auferido se as partes não estivessem relacionadas.¹⁶³ Por este motivo, o relatório propõe que esta abordagem só se aplique se e quando a CFC fizer uso de propriedade intelectual adquirida ou desenvolvida por uma parte relacionada.

No que concerne a esta análise, cumpre notar que ainda que se possa revelar mais simples e mecânica, a mesma conduz, uma vez mais, a situações de sobre inclusão de rendimento no regime CFC. Com efeito, ficam abrangidos rendimentos mesmo quando os mesmos tenham sido comprovadamente gerados a partir de atividades reais realizadas pela CFC. No limite, poderão até ser incluídos rendimentos que nem sequer foram transferidos. Isto porque esta análise se centra apenas em cálculos sobre os rendimentos da CFC, desconsiderando a sua potencial substância. Posto isto, a sua aplicação poderá ir muito além de atividades BEPS, contrariando os objetivos da Ação 3, ora em causa. Acresce que os problemas mencionados em relação à propriedade intelectual poderiam perfeitamente ser resolvidos através das regras de preços de transferência, evitando a complexidade desta análise.¹⁶⁴

Por fim, independentemente da análise escolhida na definição do rendimento, cumpre ainda notar que os territórios têm que decidir se efetuarão tal análise por cada entidade (“*entity approach*”) ou por cada transação (“*transactional approach*”).¹⁶⁵ A primeira abordagem é uma abordagem do tipo tudo ou nada, ou seja, se mais de 50% do rendimento da CFC se enquadrar na definição de rendimento da CFC, todo o rendimento será incluído, caso contrário nenhum o será. Em vez disso, a segunda abordagem concentra-se em cada fluxo de rendimento e determina se aquele é atribuível ou não.

A nosso ver, a abordagem transacional parece ser mais direcionada do que a abordagem da entidade, a qual tanto se pode revelar tanto sub inclusiva como sobreinclusiva. No entanto, não podemos deixar de salientar que a abordagem transacional pode aumentar os encargos administrativos e os custos de conformidade da aplicação das regras CFC.¹⁶⁶

161 §91 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

162 §87 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

163 §87 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

164 Neste sentido *vide* OCDE (2015)- Public comments received ..., p. 112.

165 §90 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

166 §95 a 97 do OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Chegados ao fim deste ponto relativo às regras para definição do rendimento que deverá ficar sujeito a tributação em sede de CFC, não podemos deixar de afinar pelo mesmo diapasão que ANA PAULA DOURADO, segundo a qual “[a] ação 3 teve resultados decepcionantes, pois não houve consenso quanto a aspetos essenciais no desenho das regras CFC, nomeadamente, o conceito de rendimento a abranger.”¹⁶⁷

3.2.2 Consequências da aplicação das regras CFC

Uma vez determinado o rendimento que se inclui no âmbito das regras CFC, torna-se necessário quantificá-lo, para depois proceder à sua imputação. É sobre estes aspetos que nos debruçaremos de seguida.

i. Modo de cômputo dos rendimentos abrangidos

O cômputo do rendimento requer a prévia determinação de que regras devem ser aplicadas para tal efeito. No Relatório Final recomenda-se a aplicação das regras do território da sociedade-mãe,¹⁶⁸ o que parece fazer sentido, atenta a circunstância de que os lucros em causa teriam sido tributados de acordo com essas mesmas regras, se não houvessem sido transferidos de forma artificial. Acresce que a aplicação de regras estrangeiras poderia determinar um aumento da carga administrativa inerente à aplicação destas normas.

No respeitante ao cálculo do rendimento da CFC, coloca-se a questão dos prejuízos da CFC. Neste sentido, o Relatório Final refere-se à necessidade de ser prevista uma regra que imponha um limite à utilização das perdas fiscais da CFC. Essas perdas só poderão ser usadas contra os lucros da mesma CFC que lhes deu origem, ou de outra CFC, desde que esta se localize no mesmo território.¹⁶⁹

Neste contexto, o principal problema que pode ser levantado é a dificuldade despoletada pelo cálculo de rendimentos com base nas regras de um território, mas tendo por base a contabilidade de outro território,¹⁷⁰ o que traz custos e complexidade acrescidos.

Esta dificuldade assume particular relevância no caso de MNEs que tenham subsidiárias em vários países, sendo que os críticos afastam a possibilidade de usar *IFRS* enquanto garantes de uniformidade, uma vez que tais *standards* contabilísticos são tidos por alguns como desadequados aos problemas colocados pela legislação relativa a CFC.¹⁷¹

167 DOURADO, Ana Paula- *Governança Fiscal Global...*, p. 69.

168 §99 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

169 §103 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

170 OCDE (2015)- Public comments received..., p. 163

171 A este título FISZER, J., Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 75, 10, (2014), pp. 843-845

ii. Modo de imputação dos rendimentos abrangidos

Uma vez calculada a quantidade de rendimento da CFC, o mesmo deverá ser atribuído. As regras para a atribuição do rendimento devem determinar a quem, em que medida e em que momento o rendimento é atribuído e qual a taxa de imposto deve ser aplicada.¹⁷² A OCDE/G20 sustenta que o rendimento deve ser atribuído aos contribuintes que atinjam o limite mínimo de controlo, atentas as necessidades de simplicidade administrativa de redução dos encargos de *compliance*, e garantindo a possibilidade de os contribuintes coligirem as informações necessárias sobre o rendimento e a atividade da CFC. No entanto, a OCDE/G20 reconhece que também podem ser usados outros limites de atribuição, desde que se garanta que pelo menos o rendimento da CFC é atribuído aos contribuintes com controlo dito “suficiente”.¹⁷³

A OCDE/G20 recomenda atribuir o rendimento de forma proporcional à titularidade de cada contribuinte, com base no último dia do ano (desde que isso capte com precisão a influência do contribuinte) ou no período de detenção.¹⁷⁴ A definição do momento em que o rendimento deve ser incluído na declaração tributária fica ao critério dos Estados, podendo sê-lo, quer no momento em que finaliza o período tributável da CFC, quer noutra período.¹⁷⁵

Ainda a propósito deste ponto, cumpre fazer referência à circunstância de o Relatório Final não especificar como é que o rendimento deve ser tratado – se como dividendo se como um ganho diretamente auferido pelo contribuinte controlador¹⁷⁶- devendo o rendimento ser caracterizado de acordo com as regras domésticas existentes.

Por fim, a OCDE/G20 recomenda aplicar a taxa de imposto do território da sociedade-mãe ao rendimento da CFC. Uma alternativa sugerida pela OCDE/G20 é um imposto complementar (ao qual ficará sujeita a diferença entre o imposto realmente pago e um determinado limite). Porém, tal alternativa é considerada como inapta a eliminar os incentivos do BEPS, uma vez que esse limite pode estar significativamente abaixo da taxa de imposto do território da sociedade-mãe.¹⁷⁷

3.3 Mecanismos de prevenção ou eliminação da dupla tributação desencadeada pela aplicação das regras CFC

Vários foram os comentários que a OCDE/G20 recebeu ao seu *Public Discussion Draft* que retrataram preocupações com o fenómeno da dupla tributação, desencadeada pela aplicação de regras CFC.

172 §110 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

173 §113 e 114 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

174 §115 e 116 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled ...*

175 §117 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

176 §118 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

177 §119 e 120 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

De facto, tal como resulta do já exposto, a iniciativa OCDE/G20 BEPS propõe-se a lutar contra a transferência de lucros de MNEs exclusivamente por motivos fiscais. Para atingir tal desiderato, a OCDE/G20 propõe uma série de mecanismos de defesa do fenómeno em causa, no âmbito de diversas das suas Ações.

Estando, porém, em causa, um problema que requer uma solução que cubra os seus vários ângulos, revela-se necessária alguma coordenação, sob pena de as regras propostas pela OCDE redundarem em dupla ou múltipla tributação – problema que parece não ter sido encarado com a devida seriedade por parte da OCDE/G20. Corre-se, assim, o risco de o Projeto BEPS, ao invés de surgir como a solução para o problema visado, funcionar, outrossim, como um potencial catalisador para novas problemáticas, como se irá demonstrar.

Atenta a circunstância de as regras CFC poderem gerar dupla ou múltipla tributação,¹⁷⁸ o Relatório Final recomendou que as mesmas prevejam medidas com vista a evitar a dupla tributação. Há três casos em que se reconhece que poderá existir dupla tributação.¹⁷⁹

O primeiro caso é aquele em que o rendimento da CFC é sujeito a tributação não só no país da sociedade-mãe, mas também no país da CFC. No Relatório Final surge igualmente retratada a problemática da interação das regras CFC de múltiplos territórios, nas situações em que ambos os territórios entendam que uma determinada entidade deve ser considerada como abrangida pelo escopo da norma CFC, prevista na sua legislação doméstica. Em tais situações, considerando-se que uma entidade é qualificável como CFC em diversos ordenamentos jurídicos, o rendimento de tal entidade será sujeito a tributação nesses ordenamentos. Por fim, o terceiro caso em que a dupla tributação poderá ocorrer é aquele em que se geram dividendos ou mais-valias que são pagos como resultado do rendimento atribuído pelas regras do CFC aos acionistas residentes.

Nas duas primeiras situações, a OCDE/G20 recomenda a utilização do método do crédito sobre os montantes efetivamente pagos (limitados ao menor imposto doméstico ou estrangeiro efetivamente pago), incluindo o imposto pago derivado da aplicação de uma norma CFC num país intermediário (devendo ser dada prioridade ao território do acionista que se encontre mais próxima da CFC na cadeia de acionistas).¹⁸⁰

Na terceira situação, os dividendos e mais-valias devem ser isentos. Uma vez que pode ser difícil determinar se os dividendos são pagos com base no rendimento anteriormente atribuído pelas regras da CFC aos seus acionistas residentes, a isenção de dividendos pode ser limitada aos lucros gerados pela CFC ao longo dos exercícios fiscais em que as regras CFC sejam aplicadas.¹⁸¹

178 PIRES, Rita Calçada - *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina: Coimbra, 2018, ISBN: 9789724074566, p. 186.

179 §122 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

180 KAHLENBERG, Christian - The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, *Intertax*, 44,4 (2016), p. 320.

181 § 123, 126, 131, 132 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

É igualmente reconhecido pelo Relatório Final que podem existir mais situações em que a dupla tributação pode ocorrer, mencionando-se o caso em que atuam regras de preços de transferência, designadamente, quando dois Estados ajustam o preço de transferência, e, não obstante, existe tributação em sede de CFC num terceiro território.

Veja-se que, além das situações mencionadas no Relatório Final, o risco de dupla tributação pode surgir noutras situações, as quais passamos a elencar, sem pretensões de exaustividade.

Desde logo, a dupla tributação pode decorrer da interação das regras CFC com as regras de subcapitalização ou com outras regras anti-abuso, desde logo, nas situações em que o rendimento da CFC é no território da controladora da CFC, mas as despesas correspondentes não são dedutíveis no país do contribuinte.

Outras situações de dupla tributação podem ocorrer com base na forma como se encontra estruturado o método de crédito – basta que a entidade controladora esteja sujeita a tributação em sede de outra taxa ou imposto que não o que incide meramente sobre os lucros da sociedade, mas que o método do crédito apenas possa ser acionado por referência ao montante de imposto sobre o rendimento das sociedades referido.

De igual modo, a dupla tributação das regras CFC pode ocorrer em casos de dupla residência, em consequência dos quais cada um dos territórios envolvidos poderia sujeitar a mesma empresa às regras CFC, considerando-a como sua residente.

Em adição, a dupla tributação poderá surgir devido a diferenças temporais entre a data de atribuição do rendimento da CFC e o pagamento real do imposto, pela CFC, sobre o rendimento atribuído.

Conclui-se, assim, que a dupla ou múltipla tributação derivada da implementação das regras CFC pode ocorrer em várias situações.

Sendo que, como nos fomos apercebendo ao longo da análise encetada ao Relatório Final, mesmo que, em certa medida, as regras CFC possam servir objetivos comuns, as mesmas não resultarão de forma alguma, harmonizadas, na sequência das recomendações ali vertidas.

Ora, perante a ausência de regras claras e uniformizadas, as preocupações com a dupla tributação perdurarão, correndo o risco de se agudizarem ainda em maior grau.

3.4 Interação das normas CFC com outras normas

Não obstante as várias regras em relação às quais poderá descortinar-se uma possível interação com as regras CFC, o Relatório Final apenas se ocupa em detalhe de duas: as regras de preços de transferência e as regras anti-híbridos¹⁸².

182 Aspeto que abordaremos brevemente, atenta a delimitação negativa do objeto da presente dissertação.

Antes de analisarmos o que o Relatório Final diz a respeito de cada uma dessas normas e da sua relação com as normas CFC, cumpre notar, desde já, que nenhuma referência é feita às regras de residência aplicáveis às sociedades. Ora, as regras de determinação da residência são claramente fundamentais no âmbito dos regimes CFC. Efetivamente, as regras de determinação de residência assumem aqui um duplo relevo: em primeiro lugar, para determinar se a empresa-mãe é, de facto, doméstica e, em segundo lugar, para determinar se a subsidiária é de facto estrangeira.

Por esse motivo, seria expectável que o Relatório Final se debruçasse sobre o significado assumido pela residência das sociedades e bem assim pelas possibilidades de discricionariedade fiscal oferecidas pelas regras CFC, atendendo, designadamente, à necessidade de segurança jurídica quanto a este tema. Com efeito, as regras propostas pela OCDE/G20 e adotadas pelos Estados-Membros deveriam estar de algum modo coordenadas, no que a este aspeto respeita, precisamente para evitar resultados nefastos decorrentes da sobreposição das medidas.

Feita esta nota, debrucemo-nos, então, sobre as interações efetivamente abordadas no Relatório Final. Principiaremos a nossa análise pela articulação com as regras de preços de transferência.

No projeto de discussão relativo às Ações 8, 9 e 10 da OCDE/G20 BEPS¹⁸³ relativo às revisões ao Capítulo I das Diretrizes referentes a preços de transferência refere-se que o Plano de Ação BEPS é constituído por medidas que ora se encontram dentro ou se encontram além do *arm's length principle*, mais se afirmando que, naquele momento, a consideração das medidas que estariam de um lado ou do outro da fronteira não era de relevar, desde que se revelassem eficazes.¹⁸⁴

É igualmente declarado, na mesma sede, que o objetivo das medidas apresentadas nas referidas Ações é a obtenção de resultados de preços de transferência que se encontrem alinhados com a criação de valor, com a inerente limitação dos riscos de BEPS para os governos. Mais resulta daquele documento que não há uma prioridade implícita quanto à ordem como as medidas são apresentadas.

Ora, constata-se que a Ação 3 do BEPS também não oferece qualquer indicação relativamente à hierarquia que se haverá de estabelecer entre as normas CFC e as regras de preços de transferência. Porém, a mesma não deixa de aferir e justificar a necessidade das regras CFC por referência às regras de preços de transferência, o que é perfeitamente compreensível atento o facto de as regras de preços de transferência serem o foco da iniciativa BEPS.

Com efeito, conquanto as regras de preços de transferência sejam implementadas tal como recomendado nas Ações 8 a 10, 12 e 13, as regras CFC desempenharão principalmente um papel secundário, sendo convocadas para o tratamento daqueles casos em que não é possível um funcionamento correto das regras de preços de transferência.¹⁸⁵

183 OCDE (2014) Actions 8, 9 and 10: *Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures)*, OECD Publishing, Paris.

184 DOURADO, Ana Paula Dourado- The role of CFC..., p. 346.

185 Idem.

Segundo a OCDE/G20, estes dois tipos de regras assumem papéis complementares, não havendo sobreposição perfeita entre elas.¹⁸⁶ Entre as razões pelas quais as regras CFC e as regras de preços de transferência não eliminam a necessidade uma da outra são apontadas pela OCDE as seguintes:¹⁸⁷ a existência de diferentes tipos de regras CFC; o facto de as regras CFC apenas restaurarem o direito de tributação do Estado do contribuinte controlador; a circunstância de a taxa de imposto no Estado da residência da controladora ser mais baixa quando comparada à taxa aplicável no território da controlada; a possível existência de perdas no território da entidade controlada ou no território da subsidiária; a possibilidade de *cross-crediting*; a eventualidade da empresa multinacional estar sediada num território sem regras CFC e, finalmente, o facto de, como regra geral, as regras CFC serem aplicáveis à relação entre as sociedades-mãe e as suas subsidiárias apenas, não se aplicando entre sociedades irmãs, por exemplo, nas quais inexistente qualquer controlo.

Por outro lado, no que diz especificamente respeito às normas CFC de inclusão parcial, atento o facto de apenas serem aplicáveis a determinados tipos de rendimento, podem não lograr atingir os rendimentos obtidos mediante manipulação de preços de transferência em todas as circunstâncias, designadamente nos casos de rendimentos ativos. Portanto, se as regras de preços de transferência estão relacionadas com rendimentos ativos, a maioria da legislação CFC atualmente em vigor não seria capaz de capturá-los. Por seu turno, no que respeita aos sistemas de inclusão total, a OCDE/G20 considera tal sistema o exemplo mais completo de *backstop*.¹⁸⁸

Ora, nestes casos em que o rendimento tributável não decorre de qualquer transferência e parqueamento de lucros, a aplicação das regras CFC, como suporte às regras de transferência, ultrapassa o mandato conferido pelo G20 à OCDE. A este respeito, saliente-se que o Capítulo 4, do Relatório Final da Ação 3¹⁸⁹ parece desencorajar tal abordagem. No entanto, no mesmo Capítulo aparenta aceitar uma abordagem de inclusão total¹⁹⁰ se os territórios quisessem implementar objetivos políticos mais amplos do que combater a transferência de lucros, o que não nos parece de saudar. Efetivamente, pode considerar-se que um tal posicionamento tem um efeito contrário ao proclamado pela iniciativa BEPS, pela sua abordagem holística e pelo seu papel de coordenação.¹⁹¹

Por outro lado, como mencionado, a legislação CFC restaura apenas os direitos de tributação do território da empresa-mãe, isto é, os lucros da empresa estrangeira controlada são

186 DOURADO, Ana Paula Dourado- The role of CFC..., p. 347.

187 §23 a 27 OCDE (2015), *Public Discussion Draft BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris; BURKADZE Eter – Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions, *International Transfer Pricing Journal*, Amesterdão, ISSN: 1385-3074. (2016), p. 374

188 BURKADZE Eter – Interaction of Transfer..., p. 374.

189 §75 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

190 DOURADO, Ana Paula Dourado- The role of CFC..., p. 347.

191 Neste sentido, *vide* DOURADO, Ana Paula Dourado- The role of CFC..., pp. 347 e 348.

tributáveis somente no território da controladora e em nenhum outro território a partir do qual o lucro possa ter sido transferido. Pelo que, as regras CFC não seriam capazes de restaurar os direitos tributários de todos os Estados potencialmente envolvidos.¹⁹²

Acresce que, de acordo com a OCDE/G20, quando o território da empresa-mãe tem uma taxa de imposto mais baixa em comparação à do território da subsidiária, a legislação CFC não eliminaria os incentivos dos grupos de empresas multinacionais de transferirem os seus lucros para territórios com impostos mais baixos.¹⁹³ Se a taxa de imposto do Estado de residência da sociedade-mãe for inferior à taxa de imposto aplicável a algumas das subsidiárias, a transferência de lucros não será resolvida pela aplicação da regra CFC do Estado da sociedade-mãe. Efetivamente, na ausência de uma rede unificada de regras CFC, as empresas podem ser reestruturadas, localizando-se as empresas controladoras em territórios que não disponham de regras CFC. Por outro lado, as empresas irmãs e outras partes relacionadas que não tenham qualquer controlo relevante umas sobre as outras também escapam à aplicação das regras CFC, mas as transações entre elas são abrangidas pelas regras de preços de transferência.¹⁹⁴

Quanto à possibilidade de existência de perdas no território da entidade controlada ou no território da subsidiária, veja-se que, se um grupo de empresas multinacionais tiver uma subsidiária lucrativa num território, sendo a subsidiária ou a controladora deficitária noutra território, continuará a existir um incentivo para transferir lucro para a empresa deficitária, a fim de alcançar um resultado tributário eficiente, não obstante a existência de regras CFC.¹⁹⁵

No que se refere aos casos de *cross crediting*, alguns países permitem que os contribuintes criem créditos cruzados com o rendimento de fonte estrangeira, atento o facto de os contribuintes conseguirem obter créditos dentro de uma mesma categoria de rendimento. Além disso, qualquer empresa estrangeira que beneficia de um crédito tributário que não se baseie em categorias de rendimentos conseguirá também beneficiar destes créditos cruzados. Pelo que, existe a possibilidade de se verificar um excesso de créditos tributários estrangeiros, a qual pode incentivar grupos de MNEs a transferir os seus lucros. Daqui se extraíndo que as regras CFC, não seriam, também neste caso, capazes de evitar o *mispicing* de transações com a entidade controlada.¹⁹⁶

Todos os casos retratados acima demonstram que as regras CFC não desempenham um papel completamente substitutivo das regras de preços de transferência, porquanto, tal como se reconhece no Relatório Final da Ação 3, as regras de preços de transferência têm um escopo e impacto mais alargados do que as regras CFC.

192 BURKADZE Eter – Interaction of..., p. 374.

193 Idem.

194 Idem.

195 BURKADZE, Eter – Interaction of..., p. 375

196 BURKADZE, Eter – Interaction of..., pp. 375-376

Ora, o verdadeiro papel secundário das regras CFC em relação às regras de preços de transferência exige que as regras CFC sejam projetadas como regras anti-abusivas e cuja aplicação depende da demonstração casuística da existência de abuso – a qual é, aliás, exigida pelo TJUE, no contexto da UE. Se as regras de preços de transferência fossem, só por si, capazes de impedir a transferência artificial de lucros para territórios de tributação privilegiada, as regras CFC seriam desnecessárias. Porém, para que tal fosse possível seria necessário que todas as administrações tributárias tivessem recursos que permitissem a sua aplicação, o que nem sempre sucede.

Conclui-se, portanto, que as regras CFC não são substitutivas das regras de preços de transferência, nem dissuadem totalmente o BEPS. No entanto, poderão desempenhar um papel relevante no que concerne a atuar como barreira às regras de preços de transferência. Terminada que está a análise relativa à interação entre regras de CFC e regras de preços de transferência, vejamos agora como foi tratada a articulação das regras CFC com as regras anti-híbridos, na Ação 3 do BEPS.

Neste âmbito, cumpre salientar que as regras CFC poderão não atingir a finalidade pretendida, naquelas situações em, que os países de residência da entidade controladora e de origem dos rendimentos operam de modo diverso a caracterização da entidade ou do pagamento, gerando situações híbridas.

Reconhecendo esta problemática, o Relatório Final da Ação 3 do BEPS refere a necessidade de coordenação de tal Ação com a Ação 2.¹⁹⁷ Com efeito, menciona-se que é possível existirem casos em que as diferenças na caracterização dos instrumentos e entidades entre os diversos Estados, fazem com que os mesmos escapem quer ao âmbito das regras anti-híbridos quer ao âmbito das regras CFC.

Neste sentido, e como já mencionado anteriormente, propõe-se a adoção de uma regra modificada anti-híbridos, que permita que o território da entidade controladora possa considerar um pagamento intragrupo a uma entidade CFC para efeitos do cálculo do rendimento daquela CFC.

Assim, mais uma vez, as regras CFC parecem atuar em segunda linha, como barreira para outras medidas, neste caso as regras anti-híbridos. Afigura-se, portanto, que as normas CFC sempre poderão ter aplicação no território da entidade controladora, designadamente, naqueles casos em que tais regras são desenhadas em moldes que possibilitam a proteção do *foreign-to-foreign stripping*, ainda que uma regra anti híbrida haja sido aplicada anteriormente.

197 §29 e ss OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

Não decorre, no entanto, daquele Relatório, o modo como devem tratar-se os casos de interação¹⁹⁸ entre os dois tipos de regras ora em causa.¹⁹⁹ Com efeito, o Relatório Final não é claro sobre o tratamento a dar nestes casos, designadamente, no que se relaciona com a sobreposição, coordenação, ou prioridade na aplicação das normas anti-híbridos em relação às normas CFC, sendo que este silêncio pode culminar na aplicação de ambas as medidas.

3.5 Conclusões Preliminares

Atento o que se expôs, consideramos que a coordenação entre medidas individualizadas que visam combater o abuso se revela necessária, por forma a combater o BEPS, sendo que a OCDE/G20 parece reconhecer que tal coordenação é essencial, em particular, para conseguir que o objetivo do equilíbrio entre a prevenção do abuso e da dupla tributação seja atingido.

Não obstante ser desta premissa de que a OCDE/G20 parte, ao apresentar a Ação 3 do Projeto BEPS, constata-se, de tudo quanto se observou ao longo do presente capítulo, que é altamente questionável que a coordenação pretendida tenha efetivamente sido atingida na sequência da publicação do Relatório Final da Ação 3 do BEPS, o qual parece ter ficado aquém das expectativas, em diversos aspetos, como sejam, exemplificativamente, os atinentes à emissão de recomendações claras relativas aos rendimentos que devem considerar-se abrangidos por este tipo de regras ou a interação entre esta Ação e outras, bem como, entre estas normas e outro tipo de normas, cujo papel se pode indesejável e irrazoavelmente sobrepor, em algumas circunstâncias específicas.

198 KAHLENBERG, Christian- The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, *Intertax*, 44, 4 (2016), p. 321.

199 O que é nos causa alguma perplexidade. Com efeito, seria de esperar que a OCDE se houvesse ocupado de estabelecer uma hierarquia entre normas CFC e normas resultantes de outras Ações do BEPS – entre as quais a Ação 2. Neste sentido *vide* OCDE (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD Publishing, Paris, bem como, DOURADO, Ana Paula- Aggressive Tax Planning in EU Law and in Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6, *Intertax*, Amesterdão. , ISSN:0165-2826, 43, 1 (2015), pp. 42-57; BOER, R, MARRES, O.- BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 14 (2015), p. 285; KOKOLIA, E., CHATZIOAKEIMIDOU, E., BEPS Impact on EU Law: Hybrid Payments and Abusive Tax Behaviour, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55,4 (2015), pp. 149-150; POPA, O.- Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan?, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853 54, 4 (2014), pp. 408–413.



4. As regras CFC no âmbito da União Europeia

Analisadas as recomendações propostas pela OCDE/G20 no que concerne às regras CFC, é chegado o momento de nos debruçarmos sobre o contexto legal aplicável à temática em análise em sede de Direito da UE, na qual Portugal se integra. Com efeito, tal como resultou da análise encetada no terceiro capítulo da presente dissertação, tal contexto revela-se de uma inquestionável importância no desenho das regras CFC nos Estados-Membros da UE, assumindo o seu estudo uma base indubitavelmente imprescindível ao exame do regime português de CFC que se encontra atualmente em vigor e cuja modificação foi ditada pela adoção, no seio da UE, da Diretiva ATAD. A análise que se segue ambiciona, assim, constituir uma base sustentável para a o exame do renovado regime em matéria de CFC português, à luz da sua compatibilidade, quer com o direito primário (liberdades fundamentais) quer com o direito secundário da UE (em particular com a Diretiva ATAD), que se levará a cabo no sexto capítulo, permitindo assim, avaliar da eventual necessidade da sua modificação, temática desenvolvida no sétimo capítulo.

4.1 Liberdades fundamentais aplicáveis em matéria de CFC

É consabido que a compatibilidade com o direito primário da UE é da maior importância, quer no que respeita aos regimes CFC, previstos em instrumentos legais de direito secundário da UE, quer em legislação doméstica dos seus Estados-Membros. Não obstante a fiscalidade direta ser da competência dos Estados-Membros, estes últimos não podem deixar de exercer tal competência em respeito do direito da UE.²⁰⁰

É neste contexto que se torna necessário revisitar as liberdades fundamentais que poderão, em sede própria, assumir relevância na aferição da compatibilidade do regime português de CFC com o direito da UE, identificando-se as liberdades fundamentais relevantes, explorando o seu âmbito e analisando as justificações tradicionalmente aceites pelo TJUE no que concerne às potenciais restrições que lhes sejam eventualmente operadas.

200 Cfr., exemplificativamente e por todos, TJUE- § 16 Decisão de 11 de agosto de 1995, C-80/94, *Wielockx*.

4.1.1 Liberdade de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e liberdade de circulação de capitais

Em matéria de CFC, tem sido considerado, quer pela doutrina,²⁰¹ quer pela jurisprudência,²⁰² que a liberdade de estabelecimento, a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de circulação de capitais são potencialmente aplicáveis. Passemos, então, à delimitação do escopo aplicativo de cada uma daquelas liberdades fundamentais.

i. Liberdade de estabelecimento

A liberdade de estabelecimento encontra-se consagrada no Capítulo 2 do Título IV da Parte III do TFUE, no seu artigo 49.º do TFUE, visando a instituição desta liberdade remover os entraves jurídicos à atividade económica transfronteiriça, promovendo a “*interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas*”,²⁰³ estimulando, as trocas comerciais, a concorrência e a competitividade. Pretende-se, deste modo, com a previsão desta liberdade, que os agentes europeus participem “*de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem.*”²⁰⁴ Cumpre referir que só mediante um pleno exercício desta liberdade se revela possível a criação de um mercado interno, enquanto espaço sem fronteiras internas à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, assumindo-se a liberdade ora sob análise como dimensão fundamental daquele.

Por forma a melhor aprofundar o escopo da liberdade fundamental ora em causa, e atendendo a que a sua densificação se deve, em larga medida, à jurisprudência do TJUE, vejamos algumas das decisões proferidas por aquele órgão jurisdicional neste âmbito- entre muitas outras que poderiam ser analisadas nesta sede- as quais se revestem, no nosso entendimento, de acentuada relevância para o propósito que nos ocupa, a saber: *Daily Mail*, *Factortame*, *Jaderow*, *Gebhard*, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, *Baars*, *Überseering*, *Cadbury Schweppes*, *Columbus Container* e *Société de Gestion Industrielle (SGI)*.

201 PANAYI, Ch. H. J. I. - *European Union Corporate Tax Law*, New York: Cambridge University Press, 2013, ISBN: 1107018994; MAISTO, G., PISTONE, P., A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014- 313853, 48, 10 (2008), pp. 503-511 e MAISTO, G., PISTONE, P., A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 48, 10 (2008), pp. 554-570; RUST, Alexander - CFC Legislation and EC Law, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 36, 11 (2008), pp. 493-494; AIGNER, HANS-JÖRGEN, SCHEUERLE, ULRICH, STEFANER, Markus- General Report..., pp. 38-41; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law*, WU International Taxation Research Paper Series, Áustria, 2015 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2630943>.

202 TJUE- § 1, 32 e 33 Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; §1, 30 e 73 Decisão de 23 de abril de 2008 *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, C-201/05; e §16 e 17 Decisão de 13 de novembro de 2014, C-112/14, *Commission v. United Kingdom*; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

203 TJUE- § 53 Decisão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, C- 196/04.

204 *Idem*.

O caso *Daily Mail* encontra-se entre as primeiras decisões proferidas pelo TJUE com incidência sobre a liberdade de estabelecimento.²⁰⁵⁻²⁰⁶ O objeto de tal aresto era a interpretação dos artigos 52.º e 58.º do Tratado CEE e as disposições da Diretriz n.º 73/148 do Conselho, de 21 de maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade. Da pronúncia do TJUE neste processo extrai-se que: uma *holding* de investimentos tem direito à liberdade de estabelecimento; que pode exercê-lo estabelecendo um escritório de gestão de investimentos ou uma filial de gestão de investimentos noutro Estado-Membro; e que a liberdade de estabelecimento proíbe o Estado-Membro de origem de impedir o estabelecimento de um dos seus nacionais ou de uma empresa constituída sobre as leis do seu Direito interno noutro Estado-Membro. No que respeita às decisões proferidas no âmbito do caso *Factortame*²⁰⁷ e *Jaderow*,²⁰⁸ em ambos estavam em causa questões relacionadas com a compatibilidade da legislação nacional que estabelecia as condições para o registo de navios de pesca com o direito comunitário (atualmente, Direito da UE).

A conjugação do teor de ambas as decisões permite extrair a conclusão de que a liberdade de estabelecimento exige o exercício efetivo de uma atividade económica através de uma instalação estável noutro Estado-Membro por um período indeterminado. Decorre igualmente de tais decisões, que o Estado-Membro que requer prova de uma ligação económica não pode estipular condições restritivas quanto à prova admitida, devendo admitir qualquer tipo de prova que permita atingir tal desiderato.

Por seu turno, no caso *Gebhard*,²⁰⁹ estava em causa a situação de um advogado alemão que se mudou para a Itália e que foi proibido pelo Conselho da Ordem Italiana local de usar o título “*avvocato*”. Além do mais, tal Conselho impôs igualmente ao referido advogado a suspensão de exercer sua atividade profissional por um certo período de tempo. O Tribunal considerou que a “(...) *noção de estabelecimento na acepção do Tratado é, portanto, uma noção muito ampla, que implica a possibilidade de um nacional comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior na Comunidade no domínio das actividades não assalariadas (...)*”.²¹⁰ Mais destacou o Tribunal que o exercício de uma

205 Sobre as questões relacionadas com o direito de estabelecimento primário, as quais não têm importância comparável às do estabelecimento secundário para a presente dissertação, ver TJUE - Decisão de 9 de março de 1999, Caso C-212/97, *Centros*, Decisão de 5 de novembro de 2002, C-208/00, *Überseering*; Decisão de 30 de setembro de 2003, C-167/01, *Inspire Art...*; Decisão de 16 de dezembro de 2008, C-210/06, *Cartesio*.

206 TJUE - Decisão de 27 de setembro de 1998, C-81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

207 TJUE - Decisão de 25 de julho de 1991, C-213/89...

208 TJUE - Decisão de 14 de dezembro de 1989, C-216/87, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd*.

209 TJUE - Decisão de 30 de novembro de 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

210 TJUE - § 25 Decisão de 30 de novembro de 1995, C-55/94...

atividade económica assume relevância no âmbito da liberdade de prestação de serviços e no âmbito da liberdade de estabelecimento. Não obstante, “(...) *as disposições do capítulo relativo aos serviços são subsidiárias relativamente às do capítulo relativo ao direito de estabelecimento, uma vez que, em primeiro lugar, o teor do artigo 59.º, primeiro parágrafo, pressupõe que o prestador e o destinatário do serviço em questão estão «estabelecidos» em dois Estados-Membros diferentes e que, em segundo lugar, o artigo 60.º, primeiro parágrafo, especifica que as disposições relativas aos serviços apenas são aplicáveis caso as relativas ao direito de estabelecimento o não sejam.*”²¹¹ Resulta, portanto, do teor deste Acórdão que a natureza temporária ou contínua da prossecução da atividade é o elemento decisivo para a distinção entre o âmbito aplicação da liberdade de estabelecimento e o da liberdade de prestação de serviços, sendo que, no entendimento do Tribunal, tal deve ser avaliado tendo em conta a regularidade, periodicidade ou continuidade do serviço e não a duração da prestação do mesmo.²¹²

Analisado o caso *Gebhard*, vejamos agora um outro caso relativo ao escopo da liberdade sob análise- o caso *Imperial Chemical Industries (ICI)*.²¹³ A factualidade subjacente a este Acórdão é a seguinte: duas empresas residentes no Reino Unido formaram um consórcio através dos quais possuíam 49% (*ICI*) e 51% (*Wellcome Foundation Ltd.*), respetivamente, de uma *holding* no Reino Unido. O único negócio da referida *holding* era a detenção de ações em sociedades comerciais residentes e não residentes. Uma dessas sociedades sofreu perdas nas operações levadas a cabo no Reino Unido. A *ICI* pretendia deduzir 49% dessas perdas contra os seus lucros tributáveis nos períodos tributários correspondentes. Tal foi-lhe negado, pelo facto de a maioria das subsidiárias não serem residentes. Da pronúncia do TJUE vertida neste Acórdão, decorre que o Tribunal considera que a liberdade de estabelecimento pode ser exercida indiretamente através de uma *holding* (em linha com o que havia feito no Caso *Daily Mail*), sendo necessário que a *holding* exerça atividade económica por meio de um estabelecimento noutra Estado-Membro por tempo indeterminado. Destarte, resulta da decisão ora analisada, a inexistência de motivação para conferir um tratamento diferenciado à atividade de uma *holding* face a qualquer outro tipo de atividade económica.

Com especial pertinência para a questão sob análise veja-se também o *Baars*,²¹⁴ em que a um cidadão neerlandês havia sido recusado pela administração fiscal daquele país um benefício de dedução fiscal em matéria de imposto sobre a fortuna. *Baars* residia nos Países Baixos e era titular da totalidade das ações da uma sociedade de direito irlandês com sede em Dublin, tendo sustentado perante a administração fiscal neerlandesa que essas ações lhe conferiam uma “*participação substancial*” no sentido que lhe era dado pelo direito neerlandês- enquanto

211 § 25 Idem.

212 § 27 Idem.

213 TJUE- Decisão de 16 de julho de 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer*.

214 TJUE - Decisão de 13 de abril de 2000, C-251/98, *C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*.

requisito para a dispensa de aplicação da lei do imposto sobre a Fortuna sobre as empresas. Apesar de não contestar que a participação em causa constituía uma “*participação substancial*” no sentido do direito neerlandês, a administração fiscal recusou-se a conceder a exoneração requerida, sustentando que a sociedade detida não era sediada naquele país – condição que se encontrava prevista na Lei do Imposto sobre a Fortuna neerlandês. Ora, debruçando-se sobre esta questão, o TJUE salientou que a “*participação substancial*” no sentido do direito neerlandês²¹⁵ não implicava necessariamente o controlo ou a gestão da sociedade, relevantes para o exercício do direito de estabelecimento, pelo que a circunstância de não conceder aos seus contribuintes a exoneração de empresas com base em participação substancial, no sentido da legislação nacional em sociedades com sede noutros Estados- Membros não convocava de *per se* a aplicação da liberdade de estabelecimento.²¹⁶ No entanto, no entender do Tribunal, o facto de, no caso vertente, estar em causa uma participação igual a 100% do capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro colocava indubitavelmente *Baars*, no âmbito das disposições do Tratado referentes ao direito de estabelecimento.²¹⁷ Nesse seguimento, concluiu o Tribunal que estava em causa uma diferença de tratamento contrária ao Tratado e injustificada. Assim, cumpre reter, com particular acuidade para a presente dissertação, que estaremos no âmbito da liberdade de estabelecimento quando a detenção de participações confere ao seu titular uma participação que lhe permita exercer uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e ao mesmo tempo determinar as atividades levadas a cabo pela mesma.

Outro dos casos relevantes para o estudo da liberdade de estabelecimento é o caso *Überseering*,²¹⁸ em que o Tribunal confirmou o critério da aplicação da liberdade de circulação de capitais face à liberdade de estabelecimento, já aflorado no caso *Baars*, nas situações em que a detenção de participações não confere uma influência decisiva sobre as decisões da sociedade detida, não permitindo ao acionista determinar as atividades prosseguidas pelas mesmas, aplicando-se a liberdade de estabelecimento quando existe essa influência. Estavam em causa questões prejudiciais, suscitadas no âmbito de um litígio entre a *Überseering BV*, sociedade de direito neerlandês, à *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, sociedade estabelecida na Alemanha, a propósito da reparação de defeitos na execução na Alemanha de trabalhos atribuídos pela *Überseering* à *NCC*. O Tribunal concluiu que a liberdade de estabelecimento poderia ser invocada no caso subjacente. No presente caso, a sociedade *Überseering* era detida por dois cidadãos alemães, ainda que não se estipulasse a percentagem de detenção de cada um deles.²¹⁹ Note-se, no entanto, que a participação de cada acionista não foi relevada pelo Tribunal, o qual não restringiu a aplicação da liberdade de estabelecimento à influência certa de

215 Consistia na detenção, nos últimos cinco anos, de pelo menos um terço das ações de uma sociedade e de mais de sete centésimos do capital nominal.

216 TJUE- Decisão de 13 de abril de 2000, C-251/98...

217 § 20 *Idem*.

218 TJUE- Decisão de 5 de novembro de 2002, C-208/00, *Überseering*...

219 TJUE- § 7 Decisão de 5 de novembro de 2002, C-208/00, *Überseering*...

um único acionista, tendo, ao invés, considerado que ambos podem exercer conjuntamente a liberdade de estabelecimento. Donde se conclui, com relevância para o âmbito da presente dissertação, ser suficiente que ambos os acionistas tenham, em conjunto, a influência necessária.

Com inigualável relevância para a definição do escopo da liberdade de estabelecimento, surge o Acórdão *Cadbury Schweppes*.²²⁰ No mencionado Acórdão estava em causa o caso de uma multinacional inglesa- a *Cadbury Schweppes* - que tinha a sua sociedade-mãe sediada em Inglaterra e decidiu criar uma filial em Dublin, na Irlanda, e transferir, para esta última, toda a função financeira do grupo. Necessitando o grupo de financiamentos bancários, era a empresa irlandesa quem pedia estes mesmos financiamentos, sendo que todos os excedentes gerados em tesouraria ficavam concentrados na Irlanda (território em que a taxa de imposto aplicável era bastante reduzida). Ora, a legislação interna do Reino Unido previa uma regra CFC que determinava que, caso uma empresa inglesa detivesse mais de 25% da participação de uma sociedade e essa sociedade se encontrasse estabelecida num país de baixa tributação, se desconsiderava a personalidade jurídica da empresa nesse país e se imputava o lucro à empresa estabelecida no Reino Unido. Não se conformando a *Cadbury Schweppes* com tal entendimento, foi o TJUE chamado a determinar se esta regra era ou não compatível com a legislação europeia, segundo a qual a liberdade de estabelecimento permitiria que sociedades do Reino Unido se estabelecessem noutros Estados-Membros. Para o que ora releva, no aresto sob análise, veio o Tribunal determinar que a liberdade de estabelecimento pressupõe o estabelecimento efetivo da empresa ou sucursal no Estado de acolhimento, ou seja, a sua presença permanente e a realização de uma atividade económica real. Preenchendo-se estas duas condições, a liberdade de estabelecimento é aplicável.²²¹

Por seu turno, no caso *Colombus Container Services*,²²² era parte uma sociedade em comandita de direito belga que atuava como coordenadora de atividades dentro de um grupo internacional sendo responsável pela centralização das transações financeiras e das contas, pelo financiamento da liquidez das subsidiárias ou filiais, pela informatização de dados e serviços de publicidade e *marketing*. As ações da sociedade eram detidas por oito membros da mesma família, residentes na Alemanha, cada um com 10% de participação. Os 20% restantes das ações eram detidos por uma sociedade de pessoas de direito alemão que, por sua vez, era detida por membros da família mencionada. Na assembleia geral da *Columbus*, todos os detentores de participações sociais eram representados pela mesma pessoa. Ao examinar a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, o Tribunal considerou que a aquisição por uma ou mais pessoas físicas residentes num Estado-Membro de todas as ações de uma empresa registada noutro Estado-Membro, conferindo-lhes influência certa sobre as decisões da em-

220 TJUE- Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...

221 O desenvolvimento das conclusões extraíveis deste Acórdão relativamente ao exercício legítimo desta liberdade será tratado em momento posterior da presente dissertação.

222 TJUE - Decisão de 6 de dezembro de 2007, C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*.

presa e permitindo a determinação das suas atividades, se encontra no âmbito da liberdade de estabelecimento.²²³ Desta maneira, extrai-se deste Acórdão que mesmo uma participação de 10 a 12,50% pode encontrar-se dentro do escopo da liberdade de estabelecimento desde que a maioria dos acionistas tenha o mesmo interesse. Nesses casos, tal participação acionista, confere influência certa sobre as decisões da empresa.

Por fim, veja-se o caso *The Société de Gestion Industrielle (SGI)*.²²⁴ A SGI é uma sociedade *holding* de direito belga que detinha uma participação de 65% no capital da sociedade francesa *Recydem, S.A.* (doravante, “*Recydem*”), para além de ser uma das administradoras desta sociedade. 34% da SGI era detida por uma sociedade luxemburguesa, a *Cobelpin, S.A.* que exercia também funções de administradora e administradora delegada da SGI (na pessoa do Sr. Leone). Em 2000, a SGI fez um empréstimo à *Recydem* sem exigir em contrapartida o pagamento de juros. A administração fiscal belga, ao abrigo do seu direito interno adicionou aos lucros próprios da SGI o montante dos juros que seriam presumivelmente pedidos à *Recydem* pela realização do empréstimo. A questão é que, em condições idênticas, o direito interno belga não tributava um suprimento gratuito concedido por uma sociedade belga residente a outra sociedade estabelecida na Bélgica, com a qual existam, direta ou indiretamente, relações de interdependência. A decisão vertida neste Acórdão é mais um passo em direção a uma melhor perceção do que significa ter uma “*influência certa*” sobre as decisões da empresa. Efetivamente, refere-se na decisão sob análise que “(...) resulta da decisão de reenvio que a SGI detém uma participação de 65% no capital da *Recydem*. De acordo com a resposta referida no n.º 10 do presente Acórdão, a participação da *Cobelpin* no capital da SGI ascende a 34%. O Tribunal de Justiça não dispõe de elementos que permitam determinar se existem outras relações de participação entre estas sociedades. Em princípio, essas participações são susceptíveis de atribuir, respectivamente, à SGI uma «*influência certa*», na acepção da jurisprudência Baars, recordada nos n.ºs 27 e 28 do presente Acórdão, nas decisões e actividades da *Recydem* e à *Cobelpin* aquela influência nas decisões e nas actividades da SGI. Por outro lado, segundo a decisão de reenvio, essas relações existem, entre essas sociedades, ao nível das suas administrações.”²²⁵ Assim, ao examinar se o respetivo investimento se enquadra no escopo da liberdade de estabelecimento, o Tribunal concluiu que as participações em causa eram “*em princípio*”, capazes de dar a *Cobelpin* uma influência certa sobre as decisões e actividades da SGI. Com base nessa última afirmação, pode-se concluir que uma participação acionista de 34% pode ser suficiente para conferir influência definida e, portanto, encontrar-se no âmbito de proteção da liberdade de estabelecimento.

Após termos exposto os vários arestos acima e as principais conclusões que deles extraímos a título individual, cumpre agora compilar tais conclusões. No seio da jurisprudência do TJUE, a

223 TJUE- §30-32 Decisão de 6 de dezembro de 2007, C-298/05...

224 TJUE- Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge*.

225 TJUE- §34 e 35 Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08...

definição de estabelecimento delineada no caso *Factortame*²²⁶ tem sido pacificamente acolhida. Tal definição encontra-se alicerçada em quatro elementos essenciais, a saber: (i) a prossecução efetiva de uma atividade económica; (ii) através de uma instalação estável; (iii) noutro Estado-Membro; (iv) por um período indefinido de tempo. Efetivamente, no entendimento do Tribunal, tal liberdade deve permitir a qualquer residente num país da UE participar, de forma estável e contínua, da vida económica de um Estado-Membro que não seja o seu Estado de origem. Esta estabilidade e continuidade deve ser vista em contraste com a livre prestação de serviços, que apenas gera um vínculo temporário com o outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento é, portanto, um conceito abrangente que permite aos nacionais da UE exercer uma atividade económica num outro Estado-Membro e lucrar com a integração total nesse último Estado. No que diz respeito à exigência de ser exercida uma atividade económica, resulta da jurisprudência do Tribunal que nem toda e qualquer atividade pode ser considerada uma atividade económica. Desde logo, a mera detenção de ativos ou ações não pode, portanto, ser vista como o exercício de uma atividade económica no Estado-Membro de acolhimento. Os ativos podem, no entanto, ser vistos como um instrumento que tem a possibilidade de ser utilizado para uma atividade económica. Resulta do caso *Cadbury Schweppes*, que não deve ser relevado o facto de as atividades serem realizadas entre partes relacionadas ou não relacionadas, ou o facto de os serviços em causa serem de menor importância, por exemplo, no contexto de um grupo de empresas. De igual modo, o facto de as atividades serem dirigidas e controladas de dentro do Estado-Membro do estabelecimento primário não deve, com base na decisão do *Factortame*, ser um elemento que possa ser considerado contrário à liberdade de estabelecimento. Revela-se, contudo, necessário, que a empresa subsidiária realize as suas próprias atividades no Estado-Membro de acolhimento e que não seja apenas um mero instrumento de execução da empresa-mãe. Note-se que, atendendo à decisão *Cadbury Schweppes* e, bem assim, à decisão *Daily Mail*, não deve diferenciar-se, para efeitos do âmbito da liberdade de estabelecimento, se estamos perante atividades comerciais e atividades de investimento. Acresce que, como se viu, a atividade económica descrita deve ser exercida no Estado-Membro de acolhimento por meio de uma instalação estável, por tempo indeterminado. Com efeito, qualquer atividade económica que não seja apenas temporariamente exercida no Estado-Membro de estabelecimento secundário exige algum tipo de presença física - mesmo que seja apenas uma atividade de menor importância. Exige-se, assim, que as funções dessa instalação sejam real e fisicamente exercidas pela própria empresa subsidiária num local fixo no Estado-Membro de acolhimento. Adicionalmente, decorre da jurisprudência analisada *supra* que para se cair no escopo da liberdade de estabelecimento é necessário ter uma influência certa sobre as decisões da empresa que permita a determinação das atividades levadas a cabo pela mesma. Por fim, parece igualmente decorrer da jurisprudência do TJUE que este requisito não pode ser vinculado a uma certa percentagem de participação acionista (ou direitos de voto). Mesmo uma participação de

226 TJUE- § 20 Decisão de 25 de julho de 1991, C-213/89...

10% pode ser suficiente para que determinada situação se enquadre no escopo do artigo 49.º do TFUE, se houver outros elementos que demonstrem que os acionistas agem em conjunto e que, portanto, a participação confere influência certa sobre as decisões da empresa.

ii. Liberdade de prestação de serviços

Delimitado que está o escopo da liberdade de estabelecimento, cumpre agora atentar no âmbito da liberdade de prestação de serviços. Tal liberdade encontra-se atualmente prevista no Capítulo 3 do Título IV da Parte III do TFUE, nos artigos 56.º e 57.º do TFUE.

No que respeita à jurisprudência do TJUE proferida no âmbito desta liberdade, revela-se pertinente retomar o caso *Gebhard*, já anteriormente analisado. Naquele caso, o Tribunal observou que um nacional da comunidade (atualmente, UE) que se desloca para outro Estado-Membro a fim de aí exercer uma atividade económica, pode cair no escopo quer do capítulo do Tratado relativo à livre circulação dos trabalhadores, quer no relativo à liberdade de estabelecimento, quer, ainda, no relativo à liberdade de prestação de serviços, os quais se excluem mutuamente. Ora, clarificou aquele Tribunal que as disposições do capítulo relativo aos serviços são subsidiárias face às do capítulo relativo à liberdade de estabelecimento. Decisivo para que uma situação se enquadre no escopo da liberdade de prestação de serviços será, como se adiantou acima, que o prestador de serviços prossiga temporariamente a sua atividade no outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços distinguem-se, assim, fundamentalmente pelo facto de a primeira exigir o exercício efetivo de uma atividade económica, por meio de uma instalação estável num outro Estado-Membro, por um período indeterminado de tempo, enquanto a última abrange apenas um vínculo temporário com o Estado-Membro do destinatário dos serviços.

Ora, no que concerne ao objeto da presente dissertação, apesar de existir uma certa sobreposição do escopo destas duas liberdades, parece improvável - pelo menos para investimentos no contexto deste estudo - que duas atividades sejam efetivamente abrangidas simultaneamente pela liberdade de estabelecimento.

iii. Liberdade de circulação de capitais

Tendo analisado as demais liberdades fundamentais relevantes neste âmbito e a respetiva densificação que tem vindo a ser operada pelo TJUE, cumpre agora dedicar a nossa atenção à liberdade de circulação de capitais, prevista no Capítulo 4 do Título IV da Parte III do TFUE, mais precisamente no artigo 63.º do TFUE. Não esclarecendo o TFUE o que deve entender-se

por “*circulação de capitais*” o TJUE declarou no caso *Trummer e Mayer*²²⁷ que o significado do termo “*circulação de capitais*” deve ser determinado com base na nomenclatura constante do anexo I da Diretiva 88/361/CEE do Conselho. Tal critério tem sido determinante para o TJUE para a densificação de tal conceito, mesmo após a revogação de tal Diretiva.²²⁸

No Acórdão *Verkooijen*, o TJUE, incluiu também naquela expressão, a receção de dividendos, movimento de capital que não se encontra expressamente previsto no referido Anexo I. Com efeito, naquele caso, o Tribunal foi chamado a posicionar-se relativamente a um tratamento diferente dos dividendos recebidos de empresas estabelecidas noutro Estado-Membro, face ao tratamento dado aos dividendos recebidos provenientes de empresas nacionais. Ora, referindo a Diretiva 88/361 e reiterando que o Tratado não definia o termo “*movimentos de capital*”, o Tribunal examinou se o recebimento de dividendos se enquadrava no âmbito da livre circulação de capitais, tendo concluído que assim era, embora o recebimento de dividendos não estivesse expressamente mencionado na nomenclatura anexa à referida Diretiva. Neste contexto, o Tribunal declarou que “(...) *uma disposição geral como a que está em causa no processo principal tem como efeito dissuadir os nacionais de um Estado-Membro que residam nos Países Baixos de investirem os respectivos capitais em sociedades com sede noutro Estado-Membro. Resulta aliás claramente da génese legislativa desta disposição que a isenção dos dividendos e a sua restrição aos dividendos de acções de sociedades com sede nos Países Baixos visava precisamente promover o investimento dos particulares em sociedades com sede neste país para reforçar os seus fundos próprios.*”²²⁹ Adicionalmente, o Tribunal acrescentou que “[u]ma tal disposição tem também efeito restritivo quanto às sociedades com sede noutros Estados-Membros na medida em que lhes levanta um obstáculo à recolha de capitais nos Países Baixos visto que os dividendos que paguem aos residentes neerlandeses serão tratados, em termos de fiscalidade, de forma menos favorável que os dividendos distribuídos por uma sociedade com sede nos Países Baixos, pelo que as respectivas acções ou partes sociais serão menos atractivas para os investidores que residam nos Países Baixos que as de sociedades com sede neste Estado-Membro.”²³⁰ De igual modo, o Tribunal estabeleceu²³¹ que os investimentos afetos

227 TJUE- Decisão de 16 de março de 1999, C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer*.

228 A título exemplificativo, veja-se que o TJUE se socorreu deste anexo, designadamente, nas seguintes decisões do TJUE - Decisão de 6 de junho de 2000, C-35/98, *Verkooijen*; de 23.02.2006, *van Hilten-van der Heidjen*, C- 513/03; Decisão de 14 de setembro de 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*. No identificado anexo incluem-se os investimentos diretos, os investimentos imobiliários, as operações sobre títulos normalmente transacionados no mercado de capitais, as operações sobre certificados de participação em organismos de investimento coletivo, as operações sobre títulos e outros instrumentos normalmente transacionados no mercado monetário, as operações em contas correntes e de depósitos junto de instituições financeiras, os créditos ligados a transações comerciais ou a prestações de serviços em que participa um residente, os empréstimos e créditos financeiros, as cauções e outras garantias e direitos de garantia, as transferências em execução de contratos de seguros, os movimentos de capitais de carácter pessoal, a importação e exportação física de valores e, por fim, uma categoria subsidiária relativa a outros movimentos de capitais.

229 TJUE- § 34 Decisão de 6 de junho de 2000, C-35/98...

230 TJUE- § 35 *Idem*.

231 TJUE- §22 Decisão de 1 de junho de 1999, C-302/97, *Klaus v. Republik Osterreich*.

a propriedades imobiliárias, e, bem assim, os investimentos diretos por intermédio da compra de partes de capital de uma sociedade ou da aquisição de títulos no mercado de capitais se encontrariam também no âmbito da liberdade de circulação de capitais.

Em linha com o que vem sendo ensaiado pelo TJUE, encontramos, no seio da doutrina portuguesa, o entendimento de ANA PAULA DOURADO quanto a este conceito, para quem a noção de movimento de capital “(...) *abrange qualquer transferência de capital, onerosa ou não, de um Estado para o outro e vice-versa. Movimento de capital cobre qualquer transacção legal necessária para atingir a transferência de activos, incluindo investimentos de carteira entre Estados e diferentes tipos de investimento directo e estabelecimento, transferência relativa a contratos de seguros, constituição de sucursais e de filiais.*”²³²

Aqui chegados, é com facilidade que se conclui que o escopo da livre circulação de capitais é muito mais amplo do que o da liberdade de estabelecimento, abrangendo também investimentos em carteira. Uma vez que a realização efetiva de uma atividade económica não é, em princípio, um dos requisitos que se insere no âmbito de aplicação do artigo 63.º do TFUE, a livre circulação de capitais abrange uma ampla gama de investimentos estrangeiros que não são cobertos pela liberdade de estabelecimento. Tal consideração assume-se como particularmente significativa no caso das participações que não conferem ao seu titular uma influência definitiva sobre as decisões da empresa. Acresce que o âmbito da livre circulação de capitais não se limita aos investimentos noutros Estados-Membros, tendo o artigo 63.º do TFUE uma dimensão externa e sendo igualmente relevante para os investimentos em países terceiros. Com efeito, a liberdade ora em causa tem aplicação, quer estejam em causa movimentos de capitais entre Estados-Membros, quer entre Estados-Membros e Estados terceiros.

Realce-se, no entanto, que a cláusula de salvaguarda plasmada no art. 64.º do TFUE, prevê determinados limites específicos para os casos de restrições desta liberdade face a Estados terceiros, permitindo-se que o Parlamento Europeu e o Conselho possam restringir ou ampliar o exposto no art. 63.º do TFUE dentro e fora da UE. Além disso, permite-se ainda que se mantenham em vigor certas normas que poderiam ser *prima facie* discriminatórias ou restritivas e que seriam consideradas incompatíveis com o direito da UE (na ausência deste artigo), desde que verificadas certas condições, designadamente que as normas restritivas e se encontrassem em vigor a 31 de dezembro de 1993, sempre que se refiram a situações de investimento direto. Não obstante, o TJUE foi ainda mais longe, permitindo igualmente a aplicação da referida cláusula às normas com entrada em vigor depois de 31 de dezembro de 1993, conquanto as mesmas substituíssem, sem mudanças significativas, restrições que estivessem em vigor antes daquela data.

232 DOURADO, Ana Paula - *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1783-4, p. 96

4.1.2 Aplicação cumulativa de liberdades fundamentais

Uma vez delimitado o escopo de cada uma das liberdades fundamentais acima analisadas, passar-se-á agora à análise da questão de saber se alguma daquelas liberdades fundamentais deve ter precedência perante a outra, tendo em especial consideração que apenas a liberdade de circulação de capitais se aplica em relação a Estados terceiros.²³³ Com efeito, em determinados casos, é possível que certas atividades e investimentos se encontrem no âmbito de proteção de mais do que uma das liberdades fundamentais, em simultâneo. Em tais casos é necessário estipular alguma hierarquia entre as liberdades, prevalecendo uma sobre a outra. Em sede da presente dissertação, esta questão assume especial importância, quer no que respeita ao seu âmbito de aplicação territorial, quer no que respeita a possíveis justificações invocáveis para as restrições ao exercício das mesmas.

A princípio, da jurisprudência do TJUE transparecia o entendimento de que nos casos em que pudesse existir uma aplicação simultânea da liberdade de circulação de capitais e de uma outra liberdade fundamental, esta última deveria prevalecer. Com tal entendimento, pretendia-se que os direitos derivados do mercado interno não fossem indevida e irrestritamente alargados a Estados terceiros, os quais, de outro modo, poderiam lograr ter acesso a determinados benefícios, sem qualquer obrigação de reciprocidade.²³⁴ Veja-se que o Tribunal não adotou sempre o mesmo critério para aferir da liberdade fundamental que deveria ser aplicada no caso concreto.²³⁵ Primeiramente, o TJUE socorria-se de um critério factual para avaliar da “*influência decisiva*” de uma empresa noutra – se a mesma inexistisse estaríamos perante a liberdade de

233 A bibliografia relativamente à aplicação das liberdades fundamentais a terceiros países é abundante. Cfr. entre outros, DOURADO, Ana Paula- Free Movement of Capital, Anti-Tax Avoidance Package and Brexit, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 44, 12 (2016), pp. 870-877; SCHÖN, Wolfgang- Free Movement of Capital and Freedom of Establishment, *European Business Organization Law Review*, Cambridge, ISSN: 1566-7529, 3 (2015), pp. 229-260; SMIT, D.- Freedom of Investment Between EU and Non-EU Member States and Its Impact on Corporate Income Tax Systems Within the European Union, Tilburg University, 2011; ENGLISCH, J.- Taxation of Cross-Border Dividends and the EU Fundamental Freedoms, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165- 2826, 38 (2010), pp. 197–201; CORDEWENER, A.- Free Movement of Capital Between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 18 (2009) pp. 260-263; HEMELS, S. [et al.], Freedom of Establishment and Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 19 (2010), pp. 19-31; SMIT, D.S.- The Relationship Between the Free Movement of Capital and the Other EC Treaty Freedoms in Third Country Relationships in the Field of Direct Taxation: A Question of Exclusivity, Parallelism or Causality?, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 16, 6 (2007), p. 252; CORDEWENER, A., Kofler G., SCHINDLER, C.P.- Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014- 313853, 47, 3 (2007), pp. 371-376; CORDEWENER, A., Kofler G., SCHINDLER, C.P.- Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holböck, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 47, 8 (2007), p. 371

234 PERL, Mario- The Effect of the ECJ’s “Principal Aspect” Jurisprudence for the Application of the Free Movement of Capital in Third-country Relationships In LANG, M., HEIDENBAUER, S., STURZLINGER B.- *The EU’s External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, 66, 2010, ISBN: 9783707317749, pp. 95-119; TRABALLI, A.- Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers In *The EU’s External Dimension in Direct Tax Matters*, 1.ª Edição, Viena: Linde Verlag, 2010, ISBN: 978-3-7073-1774-9, pp. 163 e ss, DOURADO, Ana Paula- The EU Free..., pp.192-204.

235 PERL, Mario- The Effect of...,pp. 95-119.

circulação de capitais.²³⁶ O TJUE parecia, assim, concentrar-se mais na finalidade da legislação nacional em crise do que em meros aspetos quantitativos da mesma. No entanto, o Tribunal já alterou várias vezes o seu posicionamento. A partir de *Itelcar*,²³⁷ o TJUE passou a adotar um critério estritamente normativo segundo o qual se encontrarão no âmbito da liberdade de circulação de capitais todos os casos em que a norma em questão se destine a regular toda e qualquer situação de movimentos de capitais (e não somente os casos em que exista uma influência “*certa e decisiva*”, os quais deverão ser analisados à luz da liberdade de estabelecimento).²³⁸ Assim, relevante será, de acordo com esta jurisprudência, analisar o objeto da legislação em questão.²³⁹ Se verificarmos que a norma discriminatória ou restritiva se aplica só a casos de influência certa e decisiva, estaremos no âmbito da liberdade de estabelecimento. Caso contrário, se constataremos que a norma se aplica a todos os casos de detenção de participações sociais, e não, em exclusivo, aos de influência certa e decisiva, a norma deverá ser objeto de análise em sede da liberdade de circulação de capitais.²⁴⁰⁻²⁴¹ Ainda que a jurisprudência europeia permaneça um pouco imprevisível no campo da sobreposição entre a livre circulação de capitais e outras liberdades, é de salientar que é essa jurisprudência parece ter atingido alguma plenitude, uma vez que, desde o Acórdão *FII GLO II*, noutros casos, entre os quais figura o caso *SECIL*, o Tribunal tem mantido o seu entendimento de que a livre circulação de capitais é aplicável desde que a legislação nacional não se dirija unicamente a situações de influência definitiva.

236 TJUE – Decisão de 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*, §67 e §74 Decisão de 21 de novembro de 2002, C-436/00, *X e Y*; §29 Decisão de 7 de setembro de 2006, C-470/04, *N*; §31 do Acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-190/04; §39, §40 e §73 Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-374/04, *ACT Group Litigation*; Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

237 TJUE- Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda c. Fazenda Pública*.

238 TJUE- Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-446/04..., Decisão de 28 de fevereiro de 2013, C-168/11, *Manfred Beker c. Finanzamt Heilbornn*.

239 TJUE- §16 Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12...

240 TJUE- Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*; Decisão de 11 de setembro de 2014, C-47/12, *Kronos International Inc*; Decisão de 28 de fevereiro de 2013, C-168/11, ...; Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-446/04...

241 Note-se que a este critério, nos casos em que envolvem terceiros países e dividendos, o TJUE acrescentou outro critério ao objetivo da lei, qual seja, o acesso ao mercado. Assim, atualmente, resulta da jurisprudência do TJUE, desde logo, a aceitação de que o tratamento tributário de dividendos se pode enquadrar no escopo da liberdade de estabelecimento ou da liberdade de circulação de capitais. Por forma a determinar qual dessas duas liberdades é aplicável numa situação que envolva um país terceiro, o intérprete deve levar, em primeiro lugar, em consideração, o objetivo da lei respeitante ao tratamento fiscal dos dividendos, sendo que das três, uma: se a legislação nacional se aplicar unicamente às participações que permitam ao respetivo titular exercer uma influência definitiva nas decisões de determinada empresa, é aplicável a liberdade de estabelecimento; se a lei nacional se aplicar às participações societárias adquiridas unicamente com a intenção de fazer um investimento financeiro, sem nenhuma intenção de exercer uma influência definitiva na decisão de uma empresa e determinar suas atividades (ou sem qualquer intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa) é aplicável a livre circulação de capitais; se, de acordo com os fatos, uma empresa nacional exercer influência decisiva sobre a empresa que paga os dividendos, mas a legislação nacional não se aplicar exclusivamente a essas situações, a livre circulação de capitais é aplicável. Quando as regras nacionais digam respeito às condições de acesso ao mercado, está, no entanto, em causa, a liberdade de estabelecimento. É certo que o Tribunal adota igualmente como critério o acesso ao mercado, contudo, concordamos com ANA PAULA DOURADO quando a mesma afirma que tal critério foi apenas um meio de superação do impasse criado pelo próprio Tribunal, em jurisprudência anterior. Cfr. DOURADO, Ana Paula- The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 3, 45 (2017), 192-204.

Acima de tudo, o que importa reter é que o argumento relativo ao objetivo da lei, absorve os outros argumentos utilizados pela Tribunal para resolver a sobreposição entre capital e serviços. Assim, sobre a aplicação das liberdades estudadas no âmbito da presente dissertação, o que pode concluir-se é que, na relação entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, releva primordialmente o objetivo da legislação. Por seu turno, no que tange à relação entre a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento, decorre da jurisprudência do TJUE que esta última não prevalece necessariamente sobre aquela. No entanto, no caso *Cadbury Schweppes*, concluiu-se que- no que diz respeito à legislação CFC- os efeitos restritivos sobre a liberdade de prestação de serviços são uma consequência inevitável de qualquer restrição à liberdade de estabelecimento, pelo que potenciais restrições devem ser primeiramente avaliadas à luz desta última. Por fim, na relação entre a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de circulação de capitais, parece novamente que o objetivo da legislação nacional é decisivo. Se a legislação nacional se concentrar claramente nos serviços, inexistente, aparentemente, espaço para qualquer exame relativo à liberdade de circulação de capitais. No entanto, decorre da jurisprudência do TJUE que na avaliação de compatibilidade de legislação nacional que se encontre direcionada ao investimento como tal e não aos serviços prestados, a liberdade predominantemente considerada deverá ser a de circulação de capitais e não a de prestação de serviços.

Esta distinção afigura-se de grande importância. Desde logo porque, das três liberdades fundamentais ora enunciadas, apenas a liberdade de circulação de capitais é aplicável em caso de investimentos em países terceiros. Assim, se outra liberdade prevalecer sobre a liberdade de circulação de capitais, a porta para a proteção do investimento num país terceiro fica encerrada.

4.1.3 Restrições às liberdades fundamentais aplicáveis

Tendo ultrapassado o momento da identificação da liberdade fundamental aplicável ao caso concreto, cumpre, segundo o raciocínio tipicamente levado a cabo pela jurisprudência do TJUE, verificar a existência de uma ingerência ou discriminação criada pela norma em questão. Pelo que, neste ponto, abordar-se-á a questão de saber se as regras CFC podem constituir uma restrição às liberdades identificadas anteriormente. No seio da presente investigação, tal verificação revela-se pertinente, para a posterior aferição da existência de restrições a alguma das liberdades fundamentais pelo renovado regime português de CFC, que será levada a cabo no capítulo sexto. Em conjugação com a análise relativa às possíveis justificações perante eventuais restrições de liberdades fundamentais, tal exame será igualmente profícuo para a avaliação da eventual necessidade da sua modificação, que se encetará no sétimo capítulo da presente dissertação.

Estabelece o TFUE que qualquer restrição ou discriminação baseada na nacionalidade, residência ou local onde é investido o capital, que não seja justificada e proporcional ou, que, em

alternativa, não se encontre sob a alçada das derrogações dispostas no art. 64.º do TFUE (no que concerne à liberdade de circulação de capitais) é absolutamente proibida.²⁴²

Já no Acórdão *Cadbury Schweppes*, o Tribunal considerou que a legislação relativa a CFC e a desvantagem que das mesmas resulta para as sociedades residentes que dispõem de uma entidade, noutro Estado-Membro, sujeita a um nível de tributação inferior são suscetíveis de criar um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento por essas sociedades, constituindo, assim, uma restrição à liberdade de estabelecimento. De igual modo, no recente Acórdão *X GmbH*,²⁴³ também relativo a regras CFC, mas, desta vez, envolvendo a sua aplicação a terceiros países, o Tribunal clarificou que “ (...) *as medidas proibidas enquanto restrições aos movimentos de capitais incluem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (...)*”.²⁴⁴

Daqui se conclui que, a legislação CFC pode, de facto, gerar uma diferença de tratamento fiscal entre um sujeito passivo residente que detenha uma participação numa sociedade estabelecida no país da residência e um sujeito passivo que detenha uma participação numa sociedade estabelecida noutro Estado-Membro ou num terceiro Estado. Com efeito, no primeiro caso, os lucros dessa sociedade não são incorporados na matéria coletável do sujeito passivo na proporção da sua participação nela, ao invés do que sucede com o segundo e terceiro casos. Com efeito, nestes dois últimos casos, a legislação CFC imputa, regra geral, ao sujeito passivo em causa, os lucros de uma pessoa coletiva distinta dele, tributando-o por esses mesmos lucros.²⁴⁵

4.1.4 Justificações das restrições operadas às liberdades fundamentais relevantes e controlo de proporcionalidade

Resolvida a questão anterior, e tendo em conta a potencial natureza restritiva da regulamentação em matéria de CFC revela-se agora pertinente analisar as justificações invocadas pelos Estados-Membros perante o TJUE, para que depois se possa prosseguir para o último ponto deste capítulo, qual seja o exame da proporcionalidade da medida restritiva em matéria de CFC. Efetivamente, uma dada restrição pode ser compatível com o Direito da UE desde que a mesma possa ser considerada justificada, relevante e proporcional.²⁴⁶

242 OLIVETI, F.- The Free Movement of Capital in the Light of the Treaty of Lisbon *In* LANG, M., HEIDENBAUER, S., Sturzlinger, B.- *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 1.ª Edição, Viena: Linde Verlag, 2010, ISBN: 978-3-7073-1774-9, pp. 79 e ss; VOUNATSOS, F.- Free Movement of Capital and Third Countries, *The EC Tax Journal*, Reino Unido, ISSN:1350-1089 , 1 (2007), pp. 50-62.

243 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart — Körperschaften*.

244 Cfr. nomeadamente, TJUE- Decisão de 18 de dezembro de 2007, C-101/05, A.; Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08 ... e C-437/08...; e Decisão de 08 de novembro de 2012, C-342/10, *Comissão/Finlândia*.

245 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017... e, por analogia, -196/04, *Cadbury Schweppes*.

246 HINNEKENS, L.- Basis and Scope of Public Interest Justification of National Tax Measures Infringing Fundamental Treaty Freedoms *In* VANISTENDAEL, F.- *EU Freedoms and Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2005, ISBN: 978-90-76078-98-4, pp. 75 e ss e 88 e ss; TERRA, Ben J. M., & WATTEL, Peter J.- *European Tax Law*, 6ª Edição, Amesterdão: Kluwer Law International, 2012, ISBN: 9041127402, pp. 59-64.

Neste ponto, dedicar-nos-emos, portanto, a estas justificações, procurando que tal análise seja apta a fornecer sustentação para a análise da justificabilidade da restrição operada às liberdades fundamentais acima invocadas pelo renovado regime português de CFC, que se levará a cabo no sexto capítulo, bem como para a avaliação da eventual necessidade da sua alteração, sobre a qual nos debruçaremos no sétimo capítulo.

No âmbito da avaliação da conformidade das regras anti-abuso,²⁴⁷ entre as quais se encontram as regras CFC, com o Direito da UE, o Tribunal tem essencialmente aceitado justificações que configurem “razões imperiosas de interesse geral”.²⁴⁸⁻²⁴⁹ Do elenco de razões apontadas pelos Estados-Membros, têm sido aceites, sob determinadas condições: a luta contra a fraude e evasão fiscal, a necessidade de garantir uma supervisão fiscal eficaz (esta especialmente relevante nos casos que envolvem países terceiros) e a necessidade de proceder a uma equilibrada repartição dos poderes tributários. Ressalve-se, no entanto, que a admissibilidade em concreto de uma medida fiscal restritiva, justificável pelas razões elencadas, está dependente da passagem desta medida pelo crivo do controlo da proporcionalidade exercido pelo Tribunal, o qual irá aferir se a medida restritiva é proporcional face às suas finalidades concretas. É igualmente de sublinhar que as razões imperiosas de interesse geral podem estar inter-relacionadas entre si,²⁵⁰ devendo ser analisadas de forma conjunta, uma vez que não são estanques.

Começando pela primeira justificação apontada acima, o Tribunal de Justiça decidiu, exemplificativamente, nos casos, *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Itelcar*, e *X GmbH* que, uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais, pode ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscais.²⁵¹ Tal necessidade só será atendível, no entanto, quando vise especificamente expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objetivo seja elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades exercidas no terri-

247 Cfr., a este respeito, WEBER, D.- Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 53,7 (2013), pp. 313-328; BROE, Luc de – *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 1st Edition Amesterdão, IBFD, 2008, ISBN: 978-90-8722-035-8, p.75; KUZNIACKI, Blazej- The (In)Compatibility..., pp. 149-162.

248 TJUE- §47 Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04..., e § 62–64 e 83-86 da Opinião do Advogado-Geral P. Léger em tal caso; §23 Decisão de 13 de novembro de 2014, C-112/14...

249 “O Tribunal de Justiça considerou, por conseguinte, que essas diferenças de tratamento só podem ser autorizadas se disserem respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou, no caso contrário, quando forem justificadas por uma razão imperiosa de interesse geral (v., neste sentido, TJUE- Decisão de 6 de junho de 2000, C-35/98...; Decisão de 7 de setembro de 2004, C-319/02, *Manninen*; Decisão de 17 de setembro de 2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*, cfr. § 61 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*.

250 TJUE- §75 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017, § 51 Decisão de 13 de dezembro de 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*; §69 §34 e 35 Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08...; § 48 Decisão de 5 de julho de 2012, C-318/10, *SIAT*

251 TJUE- § 51 e 55 Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...; de 13.01.2007, § 72 e 74 Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; § 34 Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda c. Fazenda Pública*

tório nacional do Estado-Membro em causa.²⁵² A este título, o Tribunal referiu, no Caso *Cadbury Schweppes e Commission vs. The UK*, que a restrição da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais, resultante da aplicação da legislação britânica, poderia ser considerada justificada e proporcionada se fosse aplicada apenas a expedientes puramente artificiais que não reflitam a realidade, com vista à evasão fiscal. Dos Acórdãos do TJUE *Cadbury Schweppes e Commission vs. The UK* parece, portanto, resultar que o efeito restritivo das regras CFC face à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais pode ser justificado, exclusivamente, pela sua capacidade de impedir expedientes puramente artificiais, usado para fins de evasão fiscal, mesmo tendo tais liberdades diferentes escopos de aplicação substantivos e territoriais.

Cumpra, no entanto, analisar, nesta sede, a decisão proferida no caso *X GmbH*, a qual se reveste de grande importância para o presente estudo e para a justificação sob análise,²⁵³ uma vez que o Tribunal considerou que o conceito de “*expedientes puramente artificiais*” deve ser interpretado de forma mais ampla em relação a países terceiros.²⁵⁴ Em tal aresto, ao analisar a proporcionalidade de um regime CFC para alcançar o objetivo propugnado, o Tribunal admitiu, pela primeira vez, a existência de diferentes entendimentos relativamente ao conceito de expedientes puramente artificiais, sob a proteção de diferentes liberdades fundamentais. Com efeito, resulta daquele Acórdão que, no que concerne à livre circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, a análise do que sejam aqueles expedientes deve ser diferente da situação de restrição da livre circulação de capitais ou da liberdade de estabelecimento entre Estados-Membros. Para o Tribunal, no primeiro caso, o padrão abusivo é claramente inferior. Parece, assim, que o TJUE traz o *principal purpose test* para o domínio da prevenção da evasão fiscal, no que diz respeito às relações entre Estados-Membros e países terceiros, conforme incorporado no artigo 7.º da *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* e no artigo 29.º, n.º 9, da CM OCDE de 2017.²⁵⁵ Como se constatará no sétimo capítulo da presente dissertação e desde já se adianta, esta visão jurisprudencial, assumirá, inevitavelmente importância para a interpretação e necessidade de alteração do renovado regime português de CFC.

252 TJUE- § 51 e 55 Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...; de 13.01.2007, § 72 e 74 Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...; § 34 Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12...

253 Cfr. neste sentido, KUZNIACKI, Blazej- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), I: Understanding the PPT Standard under CJEU Case Law*, Kluwer International Tax Blog, 2019 [Consultado em 15 de janeiro de 2020]. Disponível em http://kluwertaxblog.com/2019/03/18/foreseeing-the-impact-of-x-gmbh-case-c-13517-i-understanding-the-ppt-standard-under-cjeu-case-law/?doing_wp_cron=1586518429.01175999_64141845703125 e CFE ECJ Task Force- *Opinion Statement ECJ-TF 4/2019 on the CJEU decision in Case C- 135/17, X-GmbH, concerning the application of the German CFC legislation in relation to third countries*, CFE Tax Advisors Europe, 2019. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020] Disponível em <https://taxadviserseurope.org/blog/portfolio-items/opinion-statement-ecj-tf-4-2019-on-the-cjeu-decision-in-case-c-135-17-x-gmbh-concerning-the-application-of-the-german-cfc-legislation-in-relation-to-third-countries/>.

254 TJUE- §82-84 Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

255 No mesmo sentido, *vide* KUZNIACKI, Blazej- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), I...*

Outra das justificações supra identificadas e geralmente aceites pelo TJUE é, como se referiu acima, a necessidade de garantir uma supervisão fiscal eficaz, a qual foi já reconhecida em vários Acórdãos do TJUE como razão imperiosa de interesse geral, designadamente, os Acórdãos *van Caster*, *Hujibrechts* e, uma vez mais, *X GmbH*. Neste último aresto, salienta o TJUE que “(...) os controlos fiscais visam, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o combate à fraude e evasão fiscais (v., neste sentido, Acórdão de 5 de julho de 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 44).”²⁵⁶ Assim, em certos casos, uma medida fiscal restritiva das liberdades fundamentais pode ser justificável por força da necessidade de garantir que a administração fiscal de um Estado-Membro possa ter as informações necessárias para determinar a situação tributária do contribuinte.

Decorre, essencialmente, da jurisprudência do TJUE que existem dois importantes limites à admissibilidade desta razão, os quais derivam das exigências relacionadas com o controlo de proporcionalidade. Em primeiro lugar, o TJUE tem determinado que esta justificação não poderá permitir restrições às liberdades fundamentais caso existam mecanismos de trocas de informações que permitam ao Estado-Membro obter as informações necessárias para garantir o controlo da situação tributária do contribuinte.²⁵⁷ Nas situações entre Estados-Membros, o TJUE tem, quase sempre, afastado esta justificação, por força do quadro jurídico comum em matéria de cooperação administrativa e de assistência mútua vigente.²⁵⁸ Para o TJUE, a eficácia dos controlos fiscais é suscetível de ser assegurada através do recurso aos mecanismos previstos no seio da União e que permitem obter as informações necessárias para realizar essa fiscalização tributária²⁵⁹. Em segundo lugar, outro limite estabelecido pela jurisprudência constante do TJUE é de que a justificação da eficácia dos controlos fiscais não é admissível, se o Estado-Membro tiver a possibilidade de exigir do próprio contribuinte as informações necessárias para garantir

256 TJUE- §74 Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

257 SEER, Roman- Recent Development in Exchange of Information within the EU for Tax Matters, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 22, 2 (2013), pp. 66-77.

258 Diretiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas; Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, alterada pelas seguintes Diretivas: (i) Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014, relativa à troca automática de informações sobre contas financeiras; (ii) Diretiva 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, relativa à troca de informações sobre decisões fiscais prévias transfronteiriças e de acordos prévios sobre preços de transferência; (iii) Diretiva 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, relativa à troca automática obrigatória de declarações por país entre os Estados-Membros; (iv) Diretiva 2016/2258 do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, relativa à troca de informações sobre beneficiários efetivos de estruturas intermediárias; e (v) Diretiva 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, relativa à comunicação de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos.

259 TJUE- §18 Decisão de 28 de janeiro de 1992, C-204/90, *Bachmann*; §26 a 28 Decisão de 28 de outubro de 1999, C-55/98, *Vestergaard*; §41 a 44 Decisão de 26 de junho de 2003, C-422/01, *Ac. Skandia e Randstedt*; §41-44 Decisão de 4 de março de 2004, C-334/02, *Comissão/França*; §36-37 Decisão de 22 de março de 2007, C-383/05, *Talotta*; § 54-56 Decisão de 29 de março de 2007, C-347/04, *Rewe*; C-347/04; §61-62 Decisão de 27 de janeiro de 2009, C-318/07, *Persche*; § 43 e 45 Decisão de 23 de janeiro de 2014, C-296/12, *Comissão/Bélgica*; § 55 TJUE- Decisão de 9 de outubro de 2014, C-326/12, *Van Caster*.

a determinação da sua situação tributária.²⁶⁰ Conclui-se, assim, que se for possível ao Estado-Membro obter as informações necessárias para assegurar a eficácia do controlo fiscal da situação tributária dos contribuintes, seja através dos mecanismos de troca de informações previstos em Diretivas ou em convenções fiscais, seja através da obtenção de informações dadas pelo próprio contribuinte, esse Estado-Membro não pode invocar a necessidade de eficácia do controlo fiscal enquanto fundamento de medidas fiscais restritivas das liberdades fundamentais. O TJUE tem sido menos exigente quanto à admissibilidade da justificação de eficácia dos controlos fiscais quando as medidas fiscais restritivas sejam aplicáveis face a Estados terceiros à União.

O TJUE considera que a sua jurisprudência, que tem por objeto restrições ao exercício das liberdades de circulação na UE, não pode ser inteiramente transposta para os movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, uma vez que estes movimentos se inscrevem num contexto jurídico diferente.²⁶¹ Efetivamente, o TJUE considera que tal contexto jurídico pode não permitir assegurar uma eficácia do controlo fiscal das informações providas de um Estado terceiro de forma idêntica ao que sucede com informações providas de um outro Estado-Membro. Assim, ao longo do tempo, atento o referido diferente contexto jurídico, o TJUE tem facilitado a admissibilidade de medidas fiscais restritivas justificadas com base na necessidade de garantir a eficácia do controlo fiscal, no que concerne às medidas fiscais restritivas das liberdades de circulação vigentes no Acordo EEE ou da liberdade de circulação de capitais de e para Estados terceiros e quando essas medidas fiscais restritivas apenas atinjam situações tributárias que envolvam Estados terceiros à União.

Ora, também quanto a esta justificação – em especial no que às regras CFC sob escrutínio na presente dissertação diz respeito – a análise do recente Acórdão *X GmbH* se revela de acentuada pertinência.²⁶² Neste caso, o TJUE considerou que, para que esta justificação possa ser relevante – mesmo num contexto em que estão em causa Estados terceiros – o que importa é averiguar se existem obrigações entre os Estados envolvidos, que estabeleçam um quadro jurídico de coo-

260 TJUE- Decisão de 28 de janeiro de 1992, C-204/90, *Bachmann*; Decisão de 28 de outubro de 1999, C- 55/98...; Decisão de 26 de junho de 2003, C-422/01...; Decisão de 10 de março de 2005, C-39/04, *Laboratories Fournier*; Decisão de 29 de março de 2007, C-347/04, §53-54 Decisão de 11 de outubro de 2007, C-451/05...; Decisão de 30 de junho de 2011, C-262/09...; Decisão de 28 de fevereiro de 2013, C- 544/11, *Petersen*; Decisão de 17 de outubro de 2013, Proc. C-181/12, *Welte*; §44 Decisão de 23 de janeiro de 2014, C-296/12, *Comissão/Bélgica*; NOGUEIRA, João Félix Pinto – Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 481-483 designa este limite como “*regra da liberdade de prova*”. Sobre este limite, ver ainda DAFNOMILIS, V.- A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances – Part 1, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55, 11 (2015), pp. 498-508 e DAFNOMILIS, V.- A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55, 12 (2015), pp. 567-577; FRAGA, Tiago- Controlos fiscais e restrição das liberdades fundamentais na tributação directa, *Fiscalidade*, Lisboa, ISSN:0874-7326, 43 (2010), pp. 25-62.

261 TJUE- § 90 Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...; Decisão de 28 de outubro de 2010, C-72/09, *Établissements Rimbaud*.

262 Cfr. neste sentido KUZNIACKI, Blazej- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), III: The Importance of the Genuine Exchange of Tax Information with Third Countries*, Kluwer International Tax Blog, 2019 [Consultado em 15 de janeiro de 2020]. Disponível em http://kluwertaxblog.com/2019/03/29/foreseeing-the-impact-of-x-gmbh-case-c-13517-iii-the-importance-of-the-genuine-exchange-of-tax-information-with-third-countries/?doing_wp_cro_n=1586518510.7829809188842773437500 e CFE ECJ Task Force- *Opinion Statement ECJ-TF 4/2019...*

peração e mecanismos de troca de informações entre as autoridades nacionais em causa e que possam efetivamente permitir às administrações fiscais verificar, se for caso disso, a veracidade das informações fornecidas para demonstrar que, no caso das CFC, a participação de determinado sujeito passivo em determinada entidade não tem origem num expediente artificial nem é desprovida de realidade económica. Portanto, da abordagem ora adotada pelo TJUE decorre que, atualmente, o relevante será que exista uma base legal para que se possa efetuar uma troca genuína de informações fiscais.²⁶³

Abordadas que estão duas das justificações geralmente aceites pelo TJUE, compete agora aferir da justificação relativa à equilibrada repartição de poderes tributários, a qual já foi considerada, entre outras, nas decisões proferidas nos Acórdãos *Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen*, *Santander Asset Management SGIIIC*, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*.²⁶⁴ A repartição equilibrada dos poderes tributários é tida como uma justificação tradicionalmente válida, sendo habitualmente invocada quando o regime interno em análise tenha por objetivo evitar comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades exercidas no seu território.²⁶⁵ Decorrem da jurisprudência do TJUE, duas condições essenciais para que a justificação da coerência seja aceite: a existência de umnexo direto entre determinada vantagem fiscal e a tributação que visa compensar essa vantagem, o qual é determinado com base na finalidade prosseguida pela medida fiscal restritiva adotada pelo Estado-Membro e a inexistência de uma macro coerência estabelecida a nível de convenção de dupla tributação que substitua a coerência interna estabelecida a nível do regime fiscal unilateral do Estado-Membro.

Ressalve-se, porém, que, a alocação equilibrada dos direitos tributários costuma ser utilizada sempre ²⁶⁶ em combinação com outras justificações, designadamente a relacionada com a prevenção da evasão fiscal e a coerência do sistema tributário.²⁶⁷

263 ASSIS, Lucas- A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controles fiscais nas situações envolvendo estados terceiros, *Revista concorrência e regulação* – Coimbra, ISBN:9782300058011, 33/34 (2018), pp. 138.

264 TJUE - Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08 ... e C-437/08...; Decisão de 10 de maio de 2012, C-338/11, *Santander Asset Management SGIIIC* e C-347/11 O.; Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12...

265 TJUE - §98 Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12; Decisão de 13 de dezembro de 2005, C-446/03...; Decisão de 7 de setembro de 2006, C-470/04...; Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...; Decisão de 8 de setembro de 2007, C-379/06, *Murphy v Commission*; TRABALLI, A. - Justifying Restrictions on..., pp.192-204.

266 A única exceção são os casos de tributação de lucros/dedução dos prejuízos. KUZNIACKI, Blazej- The (In) Compatibility of Polish CFC Rules with the Constitution Pre and Post-Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164), *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 58, 4 (2018), pp. 149-162.

267 Sobre o tema vide WATTEL, P. J.- Fiscal cohesion, fiscal territoriality and preservation of the (balanced) allocation of taxing power; what is the difference? In WEBER, D.- *The influence of EU law on direct taxation, recent and future developments*, 1.ª Edição, Amesterdão: Kluwer Law International, 2007, ISBN 9789041126672, pp. 139-156; ISENBAERT M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2010, ISBN: 978-90-8722-067-9, pp. 726–727; VAN THIEL, S., VASCEGA, M.- X Holding ‘Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren’, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014- 313853, 50, 8 (2010), pp. 334-349; KUZNIACKI, Blazej- The (In) Compatibility..., pp. 149-162.

4.2 A Diretiva ATAD como resposta concertada à iniciativa BEPS

Tendo presentes as liberdades fundamentais consagradas no TFUE essenciais para o objetivo da presente dissertação, é agora o momento de nos debruçarmos sobre a Diretiva ATAD, cujas disposições estiveram na origem da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a qual determinou alterações no regime português de CFC, dando origem ao regime atualmente em vigor, naquela matéria, sob escrutínio no âmbito da presente dissertação.

Do ponto de vista da política fiscal, o pacote ATAD representa a evolução coerente da abordagem da UE no domínio do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, que começou com a publicação da Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE). Tal Recomendação denunciou uma mudança evidente na ordem de prioridades relativa à política fiscal das empresas da UE. Até ao final do século passado, o principal objetivo da Comissão era assegurar que os impostos sobre as sociedades da UE atendessem ao aumento da atividade transfronteiriça e das estruturas organizacionais modernas das empresas,²⁶⁸ sendo a fraude fiscal uma preocupação cuja importância se encontrava essencialmente ligada ao IVA, assumindo uma importância subsidiária.²⁶⁹ Assim, a política fiscal europeia, no que dizia respeito à tributação das empresas, estava essencialmente focada na redução das diferenças entre a tributação transfronteiriça e a tributação relativa a transações puramente internas e, em particular, na eliminação da dupla tributação no âmbito do Mercado Único. Por seu turno, com a publicação da Comunicação sobre a promoção da boa governação em questões fiscais,²⁷⁰ os objetivos de transparência fiscal, troca de informações e a concorrência fiscal justa ganharam a mesma dignidade política que a eliminação dos obstáculos transfronteiriços. A política fiscal europeia radica atualmente em dois interesses de certo modo conflitantes: por um lado, o estabelecimento e funcionamento do mercado único, as liberdades fundamentais e a concorrência leal e, por outro lado, a proteção das receitas fiscais dos sistemas nacionais.²⁷¹

Ora, foi por ocasião de uma reunião do Conselho, ocorrida a 8 de dezembro de 2015, que a Comissão Europeia confirmou que iria apresentar, em janeiro de 2016, um pacote anti-elisão fis-

268 COM (2001) 260 final- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Tax Policy in the European Union – Priorities for the Years Ahead, 10 de outubro de 2001.

269 BIZIOLI, Gianluigi- Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 26, 3(2017), p. 167.

270 COM (2009) 201 final- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Promoting Good Governance in Tax Matters, 28 de abril de 2009.

271 É questionável até que ponto estes objetivos se coadunam. A prevenção do abuso dos sistemas de tributação nacionais de tributação de sociedades imposto nacional sobre o rendimento das sociedades é um interesse salvaguardado pelos Tratados. O direito da UE permite aos Estados-Membros protegerem os seus sistemas contra práticas abusivas relativas ao exercício de as liberdades fundamentais. No entanto, no campo da proteção das receitas fiscais dos sistemas nacionais é caracterizado como uma justificação legítima apenas quando o exercício das liberdades fundamentais não é feito de forma legítima e genuína. Assim, a prioridade absoluta do Mercado Único deve ser a aplicação das liberdades fundamentais. Cfr. BIZIOLI, Gianluigi- Taking EU Fundamental...,p. 171.

cal, compreendendo tanto medidas legislativas como medidas não legislativas, com o objetivo de combater a elisão fiscal por parte das empresas.²⁷² Nessa sequência, a 28 de janeiro de 2016, a Comissão Europeia apresentou o referido pacote de medidas o qual compreendia a Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno (que deu origem à Diretiva ATAD), a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva,²⁷³ a Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade,²⁷⁴ que mais tarde foi aprovada,²⁷⁵ e, por fim, a Recomendação da Comissão sobre a implementação de medidas contra o abuso de convenções sobre dupla tributação.²⁷⁶⁻²⁷⁷

Veja-se que, o equilíbrio dos dois interesses apontados acima é particularmente evidente desde logo no título da Diretiva ATAD, *“Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.”* A Diretiva ATAD é, assim, o exemplo da busca do equilíbrio dos objetivos tradicionais com os objetivos mais recentes da política fiscal em matéria da tributação de sociedades da UE. A principal prioridade da Diretiva ATAD é assegurar que o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados,²⁷⁸ o que denuncia, desde logo, a sua estreita relação com o projeto BEPS. Com efeito, o planeamento tributário agressivo é visto como um problema para o Mercado Único, uma vez que dá origem a desalinhamento entre a atividade económica real e a localização do rendimento, a distorções à concorrência fiscal e à fragmentação económica. Para a UE, a solução para este problema consiste, assim, na adoção coordenada das medidas contidas nas ações do BEPS por parte dos Estados-Membros.²⁷⁹ Efetivamente, podemos constatar que esta Diretiva consubstancia uma resposta ao referido Projeto, referindo-se, no seu preâmbulo, que a mesma se apoia numa *“(…) execução eficaz, rápida e coordenada das medidas de luta contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros a adotar a nível da União (...)”*,²⁸⁰ acreditando-se que a melhor forma de se obter a execução

272 RIGAUT, Aloys - Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons- *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 56, 11 (2016), p. 500.

273 COM (2016) 25 final- Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2016/16/UE no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, 2016 e COM (2016) 271 final- Recomendação da Comissão relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, 28 de janeiro de 2016.

274 *Idem.*

275 Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

276 COM (2016) 271 final.

277 RIBEIRO, João Sérgio - *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN: 9789724081205, pp. 231 e 232.

278 § 1 dos Considerandos da Diretiva ATAD.

279 BIZIOLI, Gianluigi- *Taking EU Fundamental...*, p. 169.

280 §2 dos Considerandos da Diretiva ATAD.

pretendida seria através da adoção de Diretivas.²⁸¹ Portanto, a Diretiva ATAD visou salvaguardar o bom funcionamento do mercado interno, revelando-se, no entanto, de suma importância que os Estados-Membros assumissem o compromisso de seguir as linhas orientadoras plasmadas nas várias ações do projeto BEPS, e que, em particular, adotassem medidas concretas com vista a desencorajar as práticas tributárias evasivas, a fim de se atingir uma tributação justa e eficaz no seio da UE. Com efeito, refletiu-se na Diretiva que a adoção destas medidas de forma coordenada e harmonizada a nível da União traria ao sujeito passivo tributário maior segurança jurídica no relativo à compatibilidade dessas medidas com o direito da União.²⁸²

Ainda que seja rara a introdução de medidas legislativas vinculativas, no que ao campo da tributação direta diz respeito, a Comissão decidiu optar por este tipo de procedimento legislativo numa tentativa de assegurar a maior eficácia no combate à elisão fiscal. É certo que ações e medidas unilaterais são significativamente de mais fácil implementação, uma vez que as mesmas não implicam, desde logo, processos de negociação entre os diversos Estados-Membros. Porém, uma vez que a evasão fiscal e o planeamento fiscal agressivo ocorrem num contexto transfronteiriço, a harmonização das legislações internas revela-se, neste domínio, de particular relevância e eficácia no combate a tais problemas. Pelo que, a Comissão entendeu que medidas unilaterais não seriam suficientes e, conseqüentemente, que as recomendações contidas nas ações Projeto BEPS originariam ainda mais divergências entre as diversas legislações, as quais poderiam, por sua vez, consubstanciar uma ameaça adicional ao funcionamento do mercado interno²⁸³ e foi neste contexto que nasceu a Diretiva ATAD. Além das razões acima mencionadas, também as liberdades fundamentais e o seu respeito instaram a Comissão a aprovar a Diretiva ATAD, a fim de garantir a compatibilidade das medidas adotadas no seio da UE com direito primário.^{284- 285}

Por fim, a presença de uma regra CFC na ATAD também serve outra opção de política, qual seja, a competitividade da UE. De facto, é evidente que, se nem todos os Estados-Membros incluíssem regras CFC na sua legislação doméstica, existiria um incentivo adicional à deslocação da sede das CFC num Estado sem essa legislação.

Posto isto, é inquestionável que a ATAD representa uma assinalável ação por parte da UE, que assim se coloca “*um passo à frente*”²⁸⁶ da OCDE/G20, atenta a circunstância de o Projeto BEPS ter natureza de mera recomendação (“*soft-law*”) e a ATAD ter natureza vinculativa (“*hard-*

281 RIGAUT, Aloys- *Anti-Tax Avoidance ...*, p. 500.

282 §2 da Diretiva ATAD.

283 SCHMIDT, Peter Koerver- *Taxation of Controlled...*, p. 91.

284 O que, como se verá, não parece ter sido totalmente conseguido.

285 COLLIER, Richard [et. al.]- *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*, 2018. [Consultado em 10 de janeiro de 2020]. Disponível em https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPol_PolicyReport_08_2018_AntiTaxAvoidance.pdf.

286 No mesmo sentido *vide* DOURADO, Ana Paula - The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 6/7, 44 (2016), pp. 440-446

-law”), operando assim a regionalização²⁸⁷ do Projeto BEPS, de um modo proclamadamente menos vago e ambíguo.²⁸⁸

4.2.1 Objetivos da Diretiva e o seu caráter de standard mínimo

Como referido anteriormente, a Diretiva ATAD visa criar um nível mínimo de proteção para os sistemas tributários nacionais das empresas contra a elisão fiscal, coordenando as respostas dos Estados-Membros no que à implementação dos resultados das 15 Ações da OCDE/G20 contra o BEPS diz respeito, com o objetivo de melhorar a eficácia do mercado interno como um todo no combate à elisão fiscal.²⁸⁹ É, no entanto, de insofismável importância – atento o impacto que tal característica poderá revelar ter, em sede da presente dissertação – sublinhar que, no artigo 3.º de tal Diretiva se estabelece que “(...) não obsta à aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional.” Esta disposição traduz o chamado caráter de *minimis* da ATAD.

Ora, por um lado, menciona-se, no §2 e §16 dos Considerandos da ATAD que “[n]um mercado caracterizado por uma forte integração das economias, são necessárias abordagens estratégicas comuns e ações coordenadas, a fim de melhorar o funcionamento do mercado interno e maximizar os efeitos positivos da iniciativa contra a BEPS”, acrescentando-se que “(...) apenas um regime comum poderá evitar uma fragmentação do mercado e pôr termo às assimetrias e distorções do mercado atualmente existentes (...)” e ainda que “(...) um dos principais objetivos da presente diretiva consiste em melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras, tal objetivo não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-Membros a título individual. Os sistemas nacionais de tributação das sociedades são díspares e a ação independente dos Estados-Membros apenas reproduziria a atual fragmentação do mercado interno no domínio da fiscalidade direta. Tal situação permitiria, assim, a persistência de ineficiências e de distorções na interação de medidas nacionais distintas.”

Por outro lado, estabelece-se este caráter de nível mínimo de proteção, o qual é dificilmente reconciliável com os objetivos citados acima. Acresce que, se o nível de proteção conferido pela Diretiva ATAD fosse eficaz e proporcional, não faria sentido que os Estados-Membros pudessem considerar necessário, nos termos permitidos pela Diretiva ATAD, aplicar medidas que fossem além das previstas naquela Diretiva em relação a outros Estados-Membros,²⁹⁰ para efeitos de

287 Sobre o papel da União Europeia na implementação do Projeto OECD/G20 BEPS *vide* SCHÖN, Wolfgang-Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdão, ISSN: 2352-920273, 74, 4/5 (2020), pp. 286-302.

288 Se tal corresponde efetivamente à realidade, no que às regras CFC respeita, já é mais discutível.

289 §2 e 3 dos Considerandos da ATAD

290 O que sucede no caso da regra CFC da ATAD, como melhor se exporá adiante.

protegerem as suas bases tributárias nacionais.²⁹¹ É o caso, em especial, da possibilidade de os Estados-Membros diferenciarem entre as regras aplicáveis às transações que envolvam outros Estados-Membros e as aplicáveis a terceiros países. Com efeito, tal distinção poderia parecer justificável,²⁹² quanto muito,²⁹³ nas relações com países terceiros, com os quais não existam instrumentos de cooperação administrativa em matéria tributária, que permitam a troca de informações e em relação aos quais a implementação do Projeto OCDE/G20 BEPS pode ser expressivamente diferente da aplicável no seio da UE.

De tudo quanto se expôs resulta que este nível mínimo de proteção é altamente criticável por diversos motivos, a saber:²⁹⁴ é suscetível de fazer com que os Estados-Membros adotem medidas que garantam um maior nível de proteção o qual poderá, posteriormente, ser objeto de questões prejudiciais submetidas ao TJUE e consideradas desproporcionais de acordo com o princípio da proporcionalidade,²⁹⁵ pilar fundamental do Direito da UE; a diferença de regimes adotados, incrementa as dissemelhanças no seio da União, prejudicando o objetivo da proclamada segurança jurídica; e, por fim, a falta de harmonização das normas reconduz-nos ao ponto de partida- a existência de situações de duplas tributações e não tributações.²⁹⁶

4.2.2 A Regra CFC prevista nos artigos 7.º e 8.º da Diretiva

Ultrapassadas as notas iniciais relativamente à Diretiva ATAD, ao seu papel de resposta à iniciativa BEPS e ao seu caráter *de minimis*, aspetos que são de suma importância para as conclusões que se traçarão ao longo dos capítulos sexto e sétimo da presente dissertação, cumpre agora atentar no que a Diretiva estabelece especificamente em matéria de CFC, nos seus artigos 7.º e 8.º, porquanto foi na senda da mesma que o legislador português aprovou a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

291 DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model *In PISTONE, Pasquale - European Tax Integration: Law, Policy and Politics*, Amesterdão: IBFD, 2018, ISBN: 978-90-8722-472-1, pp. 387-408.

292 Pelo menos até à decisão proferida no caso *X GmbH*, analisada anteriormente.

293 Veremos que nem sempre o é, adiante.

294 Não se ignora, no entanto, que um acordo *de maximis* poderia, todavia, não ser possível. A este propósito vide CFE Fiscal Committee- *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission proposal for an AntiTax Avoidance Directive*, CFE Tax Advisors Europe, 2016. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020] Disponível em <https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/05/CFE-Opinion-Statement-FC-3-2016-on-the-Anti-Tax-Avoidance-Directive.pdf>.

295 HOFMANN, Herwig CH- General Principles of EU law and EU administrative law *In BARNARD, C., PEERS, S. - European Union Law*, 2.ª Edição, Oxford: Oxford Press, 2014, ISBN: 9780198789130, pp. 203 a 206; CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth, MONTI, Giorgi- *European Union Law*, 3.ª Edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, ISBN: 9781139854542, PP. 309-404; DOURADO, Ana Paula- *The EU Anti...*, p. 442

296 DOURADO, Ana Paula- *The EU Anti...*, p. 442

A Diretiva ATAD exige que os Estados-Membros da UE implementem regras CFC na sua legislação nacional,²⁹⁷ sendo que essas disposições deveriam ser implementadas nos 28 Estados-Membros até 1 de janeiro de 2019. Nalguns casos, em particular quando a legislação interna de determinado Estado-Membro já refletia as regras em questão, tal transposição poderia não ser necessária, razão pela qual alguns Estados-Membros apenas alteraram as partes que consideravam não estarem ainda em conformidade com a ATAD. Note-se que mesmo no referente a medidas preexistentes ou não obrigatórias, o Direito da UE pode igualmente desempenhar um papel relevante, exigindo que os Estados-Membros interpretem tais medidas em conformidade com o direito da UE.²⁹⁸

Relativamente às regras CFC, pode ler-se no Considerando 12 da Diretiva que “[a]s regras relativas às sociedades estrangeiras controladas têm por efeito reatribuir à sociedade-mãe os rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação. Seguidamente, a sociedade-mãe passa a estar sujeita a tributação relativamente a estes rendimentos atribuídos no Estado onde é residente para efeitos fiscais. Em função das prioridades políticas desse Estado, as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas podem visar toda uma filial sujeita a baixa tributação, categorias específicas de rendimento ou ser limitadas aos rendimentos que tenham sido artificialmente desviados para a filial. Em particular, a fim de assegurar que as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas constituem uma resposta proporcionada aos problemas relacionados com a BEPS, é essencial que os Estados-Membros que limitam as suas regras relativas às sociedades estrangeiras controladas a rendimentos que tenham sido artificialmente desviados para a filial visem precisamente situações em que a maioria das funções de tomada de decisões que geraram o rendimento desviado ao nível da filial controlada seja realizada no Estado-Membro do contribuinte. Tendo em vista limitar os encargos administrativos e os custos de cumprimento das regras, deverá ser igualmente aceitável que esses Estados-Membros isentem certas entidades com lucros reduzidos ou margens de lucro reduzidas que representam riscos mais baixos de elisão fiscal. Por conseguinte, é necessário que as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas sejam alargadas aos lucros dos estabelecimentos estáveis caso esses lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto no Estado-Membro do contribuinte. Todavia, não há necessidade de tributar, ao abrigo das regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, os lucros de estabelecimentos estáveis aos quais tenha sido recusada a isenção fiscal ao abrigo da regulamentação nacional pelo facto de esses estabelecimentos serem tratados como sociedades estrangeiras controladas. A fim de garantir um nível de proteção mais elevado, os Estados-Membros poderão reduzir o limiar de controlo, ou utilizar um limiar mais elevado comparando o imposto sobre as sociedades efetivamente pago com

297 Antes da implementação da Diretiva ATAD, eram vários os Estados-Membros que não tinham regimes CFC, a saber: a Áustria, a Bélgica, a Bulgária, a Croácia, o Chipre, a República Checa, a Estónia, a Irlanda, a Letónia, o Luxemburgo, Malta, os Países Baixos, a Eslovénia e a República Eslovaca. Não era o caso de Portugal, que já dispunha desta legislação, desde 1995.

298 GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164), *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 59, 6 (2019), p. 262.

o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado no Estado-Membro do contribuinte. Ao transporem as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas para o direito nacional, os Estados-Membros poderão utilizar um limiar fracionado suficientemente elevado da taxa de imposto. É desejável prevenir situações tanto nos países terceiros como na União. A fim de respeitar as liberdades fundamentais, as categorias de rendimentos deverão ser combinadas com uma exclusão com base na substância destinada a limitar, na União, o impacto das regras aos casos em que as sociedades estrangeiras controladas não exerçam uma atividade económica substantiva. É importante que as administrações fiscais e os contribuintes cooperem na recolha dos factos e circunstâncias relevantes para determinar se deverá ser aplicável a regra de exclusão. Deverá ser aceitável que, ao transporem para o direito nacional as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, os Estados-Membros utilizem listas brancas, cinzentas ou negras de países terceiros, que sejam compiladas com base em determinados critérios definidos na presente diretiva e que poderão incluir o nível da taxa de imposto sobre as sociedades, ou utilizem listas brancas de Estados-Membros compiladas nessa base.”

Vejamus como tais considerações se refletiram na construção da regra CFC proposta pela Diretiva.

i. Condições de aplicação das regras CFC

a. Definição do âmbito subjetivo de aplicação

A regra CFC prevista nos artigos 7.º e 8.º da Diretiva ATAD determina que os Estados-Membros incluam na base tributável de um contribuinte determinados rendimentos que sejam auferidos por sociedades controladas que se encontrem sujeitas a baixa tributação.

A definição de sociedade estrangeira controlada para efeitos da Diretiva pode ser dividida em três elementos cumulativos: a) a sociedade tem que ser uma sociedade abrangida pela Diretiva; b) o contribuinte residente tem que ter controlo sobre a mesma; e c) a sociedade em causa tem que estar sujeita a baixa tributação.²⁹⁹ Para a definição do que seja contribuinte para efeitos da Diretiva, cumpre observar o que determina o artigo 1.º da ATAD, uma vez que os artigos 7.º e 8.º não fornecem qualquer definição a este respeito. Nos termos daquele artigo, o escopo da Diretiva abrange exclusivamente os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou em mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro. Assim, à primeira vista, parece que as pessoas singulares que sejam, por exemplo, acionistas individuais de entidades estrangeiras controladas permanecem intactas contra as provisões da ATAD, o que parece encontrar-se em linha com o objetivo da ATAD.³⁰⁰ No entanto, há que salientar que, havendo a possibilidade de

299 GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled..., p.262

300 De acordo com o § 1 dos Considerandos da ATAD, “uma tributação justa e eficaz das sociedades na União Europeia.”

os Estados-Membros irem além do quadro proposto, nos termos do artigo 3.º da Diretiva, os mesmos poderão incluir pessoas individuais, no teste de controlo. A esta consideração cumpre adicionar que, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º da ATAD, as pessoas singulares estão incluídas na definição de empresas associadas.

A transposição da Diretiva pelos Estados-Membros não foi linear no que concerne a este aspeto. Enquanto, por exemplo, na legislação da Estónia, do Chipre, da Letónia, da Alemanha e da Lituânia a legislação CFC apenas diz respeito a empresas residentes,³⁰¹ a da França, da Itália, da Suécia, da Polónia e da Finlândia referem-se explicitamente a residentes e a não residentes.³⁰² No que diz respeito aos contribuintes individuais, vários Estados-Membros ultrapassaram o carácter *de minimis* da Diretiva, tendo incluído as pessoas singulares. Este foi o caso, por exemplo da Finlândia, Alemanha e Suécia.³⁰³

No que respeita à definição de sociedade estrangeira controlada, o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva ATAD, prevê que deve ser tratada como tal uma entidade ou um estabelecimento estável cujos lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto nesse Estado-Membro. A utilização do termo “*entidade*” demonstra que o legislador não visou abranger apenas sociedades, em sentido restrito. Por seu turno o termo “*estrangeira*” parece excluir as subsidiárias domésticas. No entanto, alguns países abrangem também entidades domésticas.³⁰⁴

Uma vez concluído que se está perante uma entidade abrangida pelo conceito de CFC, cumprirá aferir se o contribuinte exerce determinado tipo de controlo sobre ela. Ora, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º da Diretiva, existirá controlo quando o contribuinte:

(i) por si só ou juntamente com as suas empresas associadas, detiver uma participação direta ou indireta de mais de 50% dos direitos de voto; (ii) detiver, de forma direta ou indireta, mais de 50% do capital; ou ainda, (iii) tiver direito a receber mais de 50% dos lucros dessa entidade. No entanto, atento o teor do artigo 3.º da Diretiva ATAD, os Estados-Membros poderão ir além desta percentagem.³⁰⁵⁻³⁰⁶

301 IBFD- ATAD Implementation Tables, Tables IBFD [Consultado em 15 de novembro de 2019]. Disponível em <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/atad>.

302 Idem.

303 E, tal como se desenvolverá no capítulo sexto, é também, o caso português.

304 É o caso da Dinamarca.

305 É o caso da Irlanda, Finlândia, Suécia e, como se verá em maior detalhe, também o caso português.

306 Sempre que a legislação nacional vá além dos 50% num sentido mais restritivo, corre-se o risco de se cair no âmbito da livre circulação de capitais.

Veja-se, desde já, que esta condição não determina que a regra CFC seja aplicada em exclusivo às participações que permitem ao contribuinte ter uma influência certa sobre a entidade estrangeira.³⁰⁷ Isso implica a possibilidade de se aplicar a livre circulação de capitais (e não apenas a liberdade de estabelecimento), o que terá necessariamente impacto na avaliação da conformidade das disposições nacionais que transpuseram a Diretiva ATAD nestes moldes ou em moldes mais restritivos.³⁰⁸⁻³⁰⁹ Com efeito, existe a possibilidade de o controlo ser apenas económico, não implicando necessariamente uma influência certa nas decisões de uma empresa e a capacidade de determinar suas atividades. Acresce que, mesmo perante um controlo acionista com base nos direitos de voto, não pode excluir-se a liberdade de circulação de capitais. Efetivamente, os regimes CFC não dizem respeito ao acesso de uma empresa ao mercado de outro Estado,³¹⁰ mas visam apenas desencorajar um residente de um Estado-Membro de adquirir uma participação numa empresa situada num determinado país terceiro.³¹¹

Para efeitos do n.º 1 do artigo 7.º da ATAD, o n.º 4 do artigo 2.º da ATAD define como empresas associadas as seguintes: a) uma entidade na qual o contribuinte detém direta ou indiretamente uma participação de 25% ou mais em termos de direitos de voto ou de capital social, ou tem direito a receber 25% ou mais dos lucros dessa entidade; b) uma pessoa singular ou entidade que detém direta ou indiretamente uma participação de 25% ou mais em termos de direitos de voto ou de capital social de um contribuinte, ou que tem direito a receber 25% ou mais dos lucros do contribuinte. Ademais, se uma pessoa singular ou entidade detiver direta ou indiretamente uma participação de 25% ou mais num determinado contribuinte e numa ou mais entidades, todas as entidades em causa, incluindo o contribuinte, são também consideradas empresas associadas.

A este propósito, cumpre salientar que, regra geral, os Estados-Membros que não tinham regras CFC antes da ATAD transpuseram esta disposição tal qual a mesma surge na Diretiva para a sua legislação interna. No que toca aos Estados-Membros que já possuíam regras nesta matéria, a definição mantém-se praticamente inalterada.³¹²

Em contraste com o termo “*empresas associadas*”, o conceito de “*participação indireta*” não é interpretado na Diretiva. Assim, tal interpretação fica a cargo dos legisladores nacionais. Outro

307 DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism..., p. 408.

308 ARGINELLI P.- The ATAD and Third Countries in The External Tax Strategy of the EU In JIMÉNEZ, A. Martín, *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment*, 1.ª Edição, Amesterdão: IBFD, 2019, ISBN:978-90-8722-501-8, p. 192

309 Debruçar-nos-emos sobre este tópico, em momento posterior, nesta dissertação.

310 Critério eleito pelo TJUE no caso SECIL em adição ao propósito da legislação, como assinalado anteriormente.

311 DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism ..., p. 393.

312 Uma exceção a isto é o regime do Reino Unido, o qual não regulava o controlo por parte de empresas associadas antes.

dos pontos em relação aos quais a Diretiva é silente é o momento no qual o a existência de controlo deve ser aferida, o que é também deixado à discricionariedade dos Estados- Membros.³¹³

Relativamente ao critério da sujeição da entidade a baixa tributação para que uma entidade possa considerar-se abrangida pelo âmbito subjetivo da norma CFC prevista na Diretiva ATAD, prevê-se, na alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º da Diretiva ATAD, que o mesmo se encontra verificado quando o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade ou pelo estabelecimento estável é inferior à diferença entre o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado à entidade ou ao estabelecimento estável ao abrigo do sistema de tributação das sociedades aplicável no Estado-Membro do contribuinte e o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os seus lucros pela entidade ou pelo estabelecimento estável.³¹⁴

Para estes efeitos, especifica-se na Diretiva que não é tido em conta o estabelecimento estável de uma sociedade estrangeira controlada, que não esteja sujeito a imposto ou que esteja isento de imposto no território da sociedade estrangeira controlada. Ademais, clarifica-se que se entende por imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado no Estado-Membro do contribuinte aquele que seria calculado de acordo com as regras do Estado-Membro do contribuinte. Infelizmente, a ATAD não esclarece, se tal imposto é apenas aquele que é cobrado ao nível estadual ou se também inclui aquele que é cobrado ao nível local.³¹⁵ Uma vez mais, os Estados-Membros podem aplicar livremente limiares mais elevados.

De igual modo, ainda que a Diretiva deixe claro que o lucro da CFC, para efeitos do teste de baixa tributação deve ser calculado de acordo com as regras do Estado-Membro do contribuinte, não indica se o teste de baixa tributação deve ser aplicado aos lucros da entidade como um todo ou apenas aos lucros que podem ser tributados, tal como atribuídos e computados na esfera do contribuinte sujeito à regra CFC. Tal pode revelar-se problemático especialmente nos casos em que a qualificação como CFC irá ser influenciada pela taxa de imposto cobrada sobre os rendimentos ativos, a qual poderá ser inferior à taxa aplicada aos rendimentos passivos.³¹⁶

313 A Irlanda, por exemplo, averigua da existência de controlo numa base contínua (cf. *Finance Act 2018*, capítulo 5). Já a Lituânia considera que o controlo tem que existir no último dia do período tributável (cf. DELLOITTE, *International Tax Lithuania Highlights*, 2019, [Consultado em 20 de dezembro de 2019] Disponível em <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-lithuaniahighlights-2019.pdf>). A legislação polaca, por sua vez, requer que o controlo se tenha verificado pelo menos por um período ininterrupto de 30 dias (IBFD- ATAD Implementation Tables...). Já no âmbito da legislação dinamarquesa, nos casos em que o controlo só se verifique numa parte do período tributável, apenas o rendimento desse período é atribuível ao contribuinte (IBFD- ATAD Implementation Tables...).

314 Enquanto alguns Estados-Membros seguem a formulação da ATAD, outros referem-se a uma taxa específica. Por exemplo, a Áustria refere uma taxa efetiva de 12,5%. A Suécia e a Finlândia aplicam uma taxa um pouco maior do que a da ATAD- 55% e 3/5, respetivamente, do equivalente imposto interno. acima do mínimo de 50%. Na Holanda, a regra CFC aplica-se quando as entidades são tributadas a uma taxa (legal) de menos de 9%. A taxa de imposto real (efetiva) sobre a entidade é, portanto, irrelevante.

315 Considerando que a expressão “*imposto sobre as sociedades efetivamente pago*” deve antes ser interpretada no sentido de “*profit tax burden of the corporation*” vide MOSER, Till, HENTSCHEL, Sven, *The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation*, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 45,10 (2017) pp. 606–623.

316 HULLE, G. Van - Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 71 12 (2017), p.721.

Efetivamente, não pode ignorar-se que muitos países preveem a aplicação de diferentes taxas a diferentes fontes de rendimento.³¹⁷

Ainda a respeito da definição das entidades abrangidas pelas normas CFC ao abrigo da Diretiva, cumpre recuperar o §12 dos Considerandos da ATAD a que acima se fez menção, na parte em que se refere que na transposição da Diretiva os Estados-Membros podem utilizar listas brancas, cinzentas ou negras de países terceiros, desde que as mesmas sejam compiladas com base em determinados critérios definidos na ATAD e que poderão incluir o nível da taxa de imposto sobre as sociedades, ou listas brancas de Estados-Membros compiladas nessa base.³¹⁸

b. Definição do rendimento abrangido e respetivas exclusões

Quando os pressupostos vertidos no n.º 1 do artigo 7.º da ATAD estão preenchidos e a entidade é, portanto, qualificada como CFC, o n.º 2 do mesmo preceito legal confere aos Estados-Membros dois métodos alternativos para a determinação do tipo de rendimento abrangido pela legislação que pode ser atribuído ao Estado-Membro do contribuinte. Ainda que a Diretiva os ofereça como alternativos, uma vez que a mesma apenas tem caráter *de minimis* nada impede que os Estados-Membros conjuguem os dois modelos.³¹⁹

O primeiro modelo (modelo A) encontra-se previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º da ATAD e costuma ser apelidado de *“categorical approach”*. Nos termos daquela alínea, o Estado-Membro do contribuinte deve incluir na sua base tributável os rendimentos não distribuídos da entidade ou os rendimentos do estabelecimento estável que provenham das seguintes categorias: *“i) juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros, ii) royalties ou outros rendimentos da propriedade intelectual, iii) dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações ou quotas, iv) rendimentos provenientes de locação financeira, v) rendimentos provenientes de atividades de seguros, bancárias e de outras atividades financeiras, vi) rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a empresas associadas, e que acrescentam pouco ou nenhum valor económico”*.

Cumpre fazer duas notas quanto às categorias incluídas neste modelo. A primeira relativa à categoria *“royalties ou outros rendimentos da propriedade intelectual”*: Com efeito, pode acon-

317 Idem.

318 Vários Estados-Membros adotaram listas negras ou brancas aquando da implementação da ATAD. A Holanda emprega a lista da UE de territórios não cooperantes como alternativa ao teste de baixa tributação, enquanto Portugal usa sua própria lista negra, a qual não foi modificada nem adequada aos critérios da ATAD. A Suécia já aplicava uma lista branca antes da ATAD (a qual inclui territórios fora da UE). A Finlândia aboliu a lista negra que aplicava antes da implementação da ATAD.

319 A Holanda adotou os dois modelos, assim, como a Hungria. A Suécia também foi mais longe do que os modelos da Diretiva, implementando o modelo de inclusão total (*“full inclusion”*), possibilidade que se menciona no §12 dos Considerandos da ATAD. No caso Português, como veremos, o modelo de inclusão total também foi o adotado, com algumas *nuances*. Cfr. GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled..., p. 266

tecer que a tributação CFC seja acionada ao nível do Estado-Membro do contribuinte controlador, ao mesmo tempo que um regime tributário preferencial (por exemplo, *innovation box*) é aplicado e aceite pela Comissão, no contexto dos Auxílios de Estado.³²⁰ Mesmo que o legislador da ATAD tivesse presente que tais situações caíam no escopo da regra de exclusão, a verdade é que o ónus da prova nestes casos é desnecessária e inegavelmente oneroso quer para as administrações fiscais quer para os contribuintes.³²¹ A segunda nota é, por sua vez, relativa à categoria de rendimento prevista na alínea iv) da alínea a) do n.º 2 da ATAD. Supõe-se que “*pouco ou nenhum valor económico*” pretende fazer referência a atividades em que as funções desempenhadas e os riscos assumidos são de menor importância.³²² No entanto, se o valor acrescentado for insignificante e as funções desempenhadas também, o rendimento dessas vendas facilmente escaparia à tributação em sede de regra CFC por via do estipulado no n.º 3 do artigo 7.º da ATAD. Por seu turno, no caso contrário em que os lucros dessas funções são estranhamente elevados e não refletem a realidade económica, existem regras de preços de transferência que lidam predominantemente com tais casos, em específico. Tais regras atribuiriam os lucros ao país onde o valor é realmente criado. Essa disposição reflete, no entanto e com elevada probabilidade, o entendimento geral de que a legislação CFC funciona como barreira para as regras de preços de transferência.³²³

Nesta alínea, também se encontra prevista, como regra de exclusão, um teste de existência de atividade económica substantiva. Assim, prevê-se na Diretiva que, caso a entidade CFC exerça uma “*atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes*”, a regra CFC não se aplica e os seus lucros não são atribuídos à base tributável do contribuinte. Mais se acrescenta, na mesma alínea, que os Estados-Membros têm o poder³²⁴ de se abster de aplicar o teste relativo à existência de atividade económica substantiva, caso a empresa estrangeira seja residente ou sediada num país terceiro que não faz parte do EEE.³²⁵ Esta formulação suscita graves preocupações

320 BONN, Jens Schönfeld - CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 26,3 (2017), pp. 145–152.

321 Idem.

322 Idem.

323 DOURADO, Ana Paula- The role of..., p. 345.

324 A verdadeira existência deste “poder” é muito discutível. A ausência da previsão desta exclusão nas legislações nacionais, sem mais, equivale a uma presunção irrefutável de evasão fiscal com o mero fundamento de que uma entidade estabelecida em país terceiro está sujeita a baixa tributação em comparação com aquela que é aplicável no Estado-Membro do contribuinte controlador. De acordo com o TJUE, esse tipo de presunção leva a uma restrição desproporcional e injustificada das liberdades fundamentais. Pelo mesmo diapasão afina Robert Danon em DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism..., p. 395.

325 Há outras razões que podem levar um Estado a alargar a exclusão a Estados terceiros e que nada têm que ver com as liberdades fundamentais, no entanto, designadamente, dar condições equitativas àqueles contribuintes que têm operações comerciais reais em países terceiros ou a manutenção da atratividade daquele Estado-Membro face a estruturas internacionais.

quanto à sua compatibilidade com o direito primário da UE³²⁶ e, em particular, com a liberdade de circulação de capitais.³²⁷

Como ponto prévio cabe, no entanto, trazer à colação que até ao presente momento, nunca foi revogada uma única disposição do direito derivado em matéria tributária pelo Tribunal de Justiça por violação do direito primário. O fundamento para que assim seja pode reconduzir-se, por um lado, à natureza dessa legislação e, por outro, à relutância geral do Tribunal em revogar a legislação da União validamente adotada. No que diz especificamente respeito à natureza da legislação, as Diretivas que regem questões tributárias substanciais tendem a procurar efetivar as liberdades fundamentais. Além disso, a técnica de harmonização mínima no que diz respeito à tributação direta, que é a que releva no âmbito da presente dissertação, é de prever numerosas autorizações e opções, que parecem deixar margem suficiente de discricionariedade aos Estados-Membros para que as transponham de modo conforme com o TFUE, caso em que a violação não pode ser imputada à própria Diretiva, mas sim à legislação doméstica dos Estados-Membros.³²⁸

No que ora releva, cumpre salientar que não está verdadeiramente em causa a compatibilidade da Diretiva ATAD com a livre circulação de capitais, mas sim uma eventual questão de compatibilidade das legislações nacionais que transponham a ATAD com tais liberdades. Com efeito a utilização de expressões como “*os Estados-Membros podem decidir não aplicar*” demonstra que as disposições contidas na Diretiva não conduzem a uma harmonização exaustiva da matéria regulada.³²⁹ Consubstanciando meras opções aquelas que a Diretiva concede aos Estados-Membros, estamos perante um instrumento de harmonização não exaustiva. No caso de uma harmonização não exaustiva, tem sido constantemente entendido pelo TJUE que a legislação nacional relevante pode ser diretamente passível de revisão à luz do direito primário da UE.³³⁰ Assim, no exercício da opção fornecida pela Diretiva, os Estados-Membros não podem deixar de respeitar o princípio da proporcionalidade. Efetivamente, não é pela circunstância de a Diretiva conceder determinadas possibilidades, que confere aos Estados-Membros têm “*carta branca*” para não aplicar esta exclusão a terceiros Estados, o que ficou perfeitamente evidenciado com a decisão *X GmbH* analisada anteriormente.

326 ALVAREZ, Francisco E. Alvarez, *The ATAD CFC – All Roads Lead to Cadbury Schweppes*, Kluwer International Tax Blog, 2020 [Consultado em 2 de fevereiro de 2020]. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2020/01/31/the-atad-cfc-all-roads-lead-to-cadbury-schweppes/>.

327 Assunto que tem sido amplamente debatido na doutrina. A título exemplificativo vide G. GINEVRA, G.- The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 2 (2017), pp. 129-130; DOURADO, Ana Paula- Free Movement of..., pp. 875-876; BUNDGAARD, J., SCHMIDT, P.K., *Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive*, Kluwer International Tax Blog, 2016 [Consultado em 15 de dezembro de 2019]. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2016/10/17/uncertainties-following-final-eu-anti-tax-avoidance-directive/>.

328 SZUDOCZKY, Rita- The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation- Books , Part II: Relationship of Primary Law and Secondary Law, Amesterdão: IBFD, 2014, ISBN:978-90- 8722-294-9, p. 214.

329 DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism..., pp. 392-393.

330 SZUDOCZKY, Rita- The Sources of ..., p. 214; DANON, Robert J.- EU Fiscal Protectionism..., p. 392- 393.

Afinal, há que recordar duas ideias essenciais: em primeiro lugar, o Direito Primário da UE prevalece sobre o Direito Secundário e não o contrário e, em segundo lugar, esta exclusão foi incluída na Diretiva, segundo o §12 dos Considerandos da Diretiva, justamente para a compatibilizar com as liberdades fundamentais da UE. Com efeito, recordamos que, no contexto das regras CFC da UE, a liberdade relevante, conforme interpretada pelo TJUE, depende do propósito da legislação.³³¹ Ora, se atentarmos à forma como determinados Estados-Membros,³³² por exemplo a Finlândia,³³³ transpuseram a Diretiva, veremos que as regras CFC nacionais exigem um mero limiar de controle de 25% em conjunto com o critério de sujeição da entidade a baixa tributação. A este título, cumpre atentar que a Finlândia estendeu a divisão para países terceiros, mas somente perante a verificação de duas condições: a existência de um acordo para a troca de informações e a não inclusão do território em que a entidade está localizada na lista da UE de territórios não cooperantes. Consequentemente, as regras finlandesas, que exigem um limiar de controlo inferior a 50%, não se enquadram exclusivamente na liberdade de estabelecimento, uma vez que o legislador parece eleger cegamente o rendimento de entidades controladas em países terceiros, em relação às quais o contribuinte não exerce influência definitiva. Pelo que, podem potencialmente restringir os benefícios da liberdade fundamental de circulação de capitais.

Pode então perguntar-se se existe uma justificação que fundamente tal restrição. Vimos anteriormente que a prevenção da evasão fiscal ou a necessidade de garantir uma supervisão fiscal eficaz, por exemplo, poderiam constituir uma razão imperiosa de interesse geral apta a justificar esta restrição, e, se assim for, se a medida contestada está em conformidade com os princípios de adequação e proporcionalidade. Ambas as justificações são válidas, como afirmado anteriormente, mas apenas se a medida contestada visar esquemas puramente artificiais.³³⁴ Ora, as regras CFC da ATAD não preveem a extensão da regra de exclusão do artigo 7.º, n.º 2, alínea a), a países terceiros, tributando os rendimentos de uma CFC aí localizada, independentemente do facto de esta poder exercer uma atividade económica substantiva.³³⁵

No que respeita, em específico, à justificação relacionada com a necessidade de assegurar um controlo fiscal e como se deixou escrito atrás, vimos que a mesma pode justificar uma

331 Dos processos conjuntos C-436/08 e C-437/08 (Haribo e Salinen), bem como do recente processo *SECIL* (Cfr. TJUE- Decisão de 24 de novembro de 2016, C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento, SA*), resulta ser jurisprudência constante que, a fim de estabelecer a liberdade fundamental aplicável, o Tribunal se refere à finalidade da regra tributária nacional em questão. Cfr. KUZNIACKI, Blazej- Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?, *EC Tax Review*, Amsterdão, ISSN:0928-2750, 27,3 (2018), p. 163.

332 A este propósito, no que concerne ao caso de Portugal, remetemos para o capítulo sétimo da presente dissertação.

333 IBFD- ATAD Implementation Tables...

334 O que, recordamos, deve ser interpretado de forma conforme com a mais recente do TJUE nesta matéria: a proferida no caso *X GmbH* e melhor analisada anteriormente. A possibilidade legal de acesso à informação determina que as mesmas regras se apliquem dentro e fora da União.

335 KUZNIACKI, Blazej- Implementing the ATAD's..., p.163.

restrição, na medida em que não exista um acordo para o intercâmbio de informações entre as autoridades competentes de um Estado-Membro e um país terceiro, sendo impossível para o Estado-Membro obter as informações necessárias. Assim sendo, a condição incluída na legislação finlandesa respeitante à existência de um acordo para a troca de informações visou inequivocamente salvaguardar a compatibilidade das medidas nacionais de prevenção contra o direito primário da UE, o que lamentavelmente não sucedeu no caso português. Se as administrações fiscais não puderem obter informações para confirmar a artificialidade das atividades comerciais estrangeiras, a restrição torna-se justificável.³³⁶

Analisada esta questão, cumpre ainda clarificar que a este modelo se encontra associada uma outra exclusão, a qual está plasmada no n.º 3 do artigo 7.º da Diretiva, nos termos do qual, nos casos em que a base tributável de um contribuinte seja calculada de acordo com este modelo, o Estado-Membro pode optar por não tratar como sociedade estrangeira controlada, ao abrigo do n.º 1 do artigo 7.º da ATAD, uma entidade ou um estabelecimento estável, desde que um terço ou menos do lucro total obtido pela entidade ou pelo estabelecimento estável se insira numa das categorias abrangidas pelo n.º 2, alínea a).³³⁷

Por fim, são incluídas exceções específicas para empresas financeiras. Nos termos da Diretiva, caso a base tributável de um contribuinte seja calculada de acordo com o n.º 2, da alínea a), do artigo 7.º, da ATAD, o Estado-Membro pode optar por não tratar as empresas financeiras como sociedades estrangeiras controladas se um terço ou menos do rendimento da empresa das categorias abrangidas pelo n.º 2, alínea a), for proveniente de operações com o contribuinte ou com as suas empresas associadas.

O segundo modelo (modelo B) encontra-se previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 7.º da ATAD e é apelidado de *“transactional approach”*. Nos termos daquela alínea, o Estado-Membro do contribuinte deve incluir na sua base tributável os rendimentos não distribuídos da entidade ou os rendimentos do estabelecimento estável que sejam *“(…) resultantes de montagens não genuínas postas em prática com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal.”*. Acrescentando-se que *“Para efeitos da presente alínea, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que nem a entidade nem o estabelecimento estável seriam detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos seus rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dos dirigentes, que são relevantes para esses ativos e riscos, e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada.”*

336 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

337 Como veremos em sede própria, Portugal aplica um limiar ligeiramente mais baixo (25%), fazendo uso da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo 3.º da Diretiva ATAD. Ao critério dos Estados parecem ficar vários aspetos de que são exemplo o modo de cômputo do rendimento total aquando do cálculo do rendimento que recai nas identificadas categorias ou o período em que as exclusões têm que se verificar. Cfr. GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled..., p. 270.

Neste método, não existem categorias predeterminadas de rendimento passivo. O legislador atribui antes à base tributável do contribuinte os rendimentos provenientes de expedientes não genuínos que tenham sido adotados com o objetivo essencial de obter uma vantagem tributária.

Quanto a este modelo, preveem-se igualmente exclusões. Assim, nos termos do n.º 4 do artigo 7.º da ATAD, os Estados-Membros podem excluir do âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 7.º, alínea b), uma entidade ou um estabelecimento estável se o mesmo tiver lucros contabilísticos não superiores a 750 000 euros e rendimentos não comerciais não superiores a 75 000 euros; ou se os lucros contabilísticos dessa entidade ou estabelecimento estável não forem superiores a 10 % dos seus gastos operacionais no período de tributação. Sendo que os referidos gastos operacionais não podem incluir o custo dos bens vendidos fora do país em que a entidade é residente para efeitos fiscais, ou o estabelecimento estável está situado, e pagamentos a empresas associadas.³³⁸ Ao contrário das regras para aplicar o teste de baixa tributação, as exclusões *de minimis* são baseadas nos lucros contabilísticos.

Ambas as opções parecem estar formuladas como alternativas, podendo, no entanto, os Estados-Membros adotar uma solução mista. Uma vez que as exclusões são expressas por referência à entidade ou ao estabelecimento estável em questão, parece que se destinam a ser aplicadas de forma independente.

ii. Consequências da aplicação das regras CFC

No artigo 8.º da ATAD encontram-se previstas as regras atinentes ao cálculo e atribuição dos rendimentos das entidades estrangeiras controladas.

a. Modo de cômputo dos rendimentos

Caso seja aplicável a “*categorical approach*”, melhor descrita acima, “(...) os rendimentos a incluir na base tributável do contribuinte são calculados segundo o regime do imposto sobre o rendimento das sociedades do Estado-Membro onde o contribuinte é residente para efeitos fiscais ou está situado. As perdas da entidade ou do estabelecimento estável não podem ser incluídas na base tributável, mas podem ser reportadas a períodos de tributação subsequentes, de acordo com o direito nacional, e ser tidas em conta nesses períodos.” Por seu turno, caso seja aplicável a *transactional approach*, supra explorada, “(...) os rendimentos a incluir na base tributável do contribuinte estão limitados aos montantes gerados através de ativos e riscos ligados às funções dos dirigentes que são assumidas pela empresa que exerce o controlo.”, sendo “[a]

338 A implementação das exclusões do modelo B parecem variar um pouco de Estado para Estado. A título exemplificativo, a Bélgica não exerceu nenhuma das opções. Já o Luxemburgo implementou ambos, mas omitiu a condição relativa a rendimentos não comerciais na primeira opção. A Irlanda também implementou ambos mas forneceu uma alternativa à isenção com base no lucro que a ATAD não fornece - € 75.000. Malta simplesmente transpôs ambas as opções na sua legislação interna. Cfr. GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled..., p. 271.

atribuição dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas (...) calculada segundo o princípio da plena concorrência.”

Analisando o que resulta da Diretiva bem como as diferenças entre os dois modelos à disposição dos Estados-Membros conclui-se que o rendimento das categorias definidas nos termos do primeiro modelo deve ser calculado de acordo com as regras fiscais do território do contribuinte controlador. Já no que concerne ao segundo modelo tal não é, pelo menos explicitamente, necessário. A Diretiva apenas exige que este seja calculado de acordo com o princípio da plena concorrência.

Note-se que o modelo da *transactional approach* exige claramente um motivo fiscal, além das condições de plena concorrência.

A Diretiva não fornece uma indicação direta quanto a saber se os lucros em causa, quer ao abrigo do modelo A, quer do modelo B, são em montantes brutos ou líquidos.³³⁹ Tudo o que a Diretiva refere é que o rendimento deve ser calculado de acordo com as regras tributárias do território controlador. A alusão a perdas no que concerne ao primeiro modelo sugere, no entanto, que pelo menos no que ao mesmo concerne, as despesas, devem, em princípio, ser levadas em consideração. No primeiro modelo, se a CFC tiver prejuízos, a perda não é dedutível, mas pode ser transportada para o futuro nos termos da legislação nacional, isto é, apenas na medida em que o seria naquele território. A Diretiva também não especifica se as perdas a considerar são apenas as incorridas nas categorias de rendimento identificadas ou não.

b. Modo de imputação dos rendimentos

Uma vez calculado o montante do rendimento da CFC, o mesmo tem que ser atribuído. Nesse sentido a ATAD prevê o modo como tal atribuição deve ser feita, designadamente, em que medida e em que momento. Nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da ATAD, “[o]s rendimentos a incluir na base tributável são calculados proporcionalmente à participação do contribuinte na entidade, na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea a).” Por seu turno, ao abrigo do disposto no n.º 4 do mesmo artigo “Os rendimentos são incluídos no período de tributação do contribuinte em que termina o ano fiscal da entidade.”

Da análise das disposições supracitadas, resulta que as mesmas levantam algumas questões relevantes. No que concerne ao n.º 3 deste artigo, parece óbvio que a percentagem de participação a que ali se faz alusão é de 100% no que respeita aos estabelecimentos estáveis. No demais, não resulta claro a partir do texto da Diretiva, como é que tal cálculo deve ser feito, atendendo aos três critérios possivelmente utilizados para efeitos do teste de controlo da entidade, a saber, capital social, votação e direito a receber lucros. Com efeito, o termo “participação” apenas é utilizado na Diretiva quando relacionado com os direitos de voto do contribuinte.

339 GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled..., p. 266.

Ora, se os Estados-Membros aplicarem critérios diferentes, pode dar-se o caso de o rendimento da entidade CFC acabar por ser tributado em mais do que 100%.

Ao nível da regra de distribuição, quer num modelo quer noutra, apenas podem estar em causa rendimentos não distribuídos que se subsumam no escopo das regras CFC. A Diretiva não afirma que a distribuição tenha que ser feita diretamente ao contribuinte residente no seu Estado-Membro. A este título cumpre salientar que há casos em que tributar em sede de regras CFC os lucros não distribuídos, pela subjacente consideração de que os contribuintes estão a procurar alguma vantagem fiscal pode não fazer sentido. Entre esses casos estão aqueles em que se aplica um regime de *participation exemption*. Com efeito, em certos casos, a distribuição dos lucros estaria, de qualquer modo, isenta de tributação.³⁴⁰ A Diretiva 2011/96/ UE (“Mães-Filhas”) estabelece regras específicas para a isenção dos lucros distribuídos entre empresas associadas. Em particular, o artigo 5.º exige que os lucros distribuídos à empresa-mãe sejam isentos de retenção na fonte, enquanto o artigo 6.º estipula que os Estados-Membros não podem cobrar impostos sobre os lucros que uma empresa recebe da sua subsidiária. A isenção de participação prevista na Diretiva Mães-Filhas visa justamente eliminar a dupla tributação económica das distribuições de lucros dentro da União entre empresas associadas.³⁴¹

Por sua vez, quanto ao facto de o lucro ser tributável no período tributário do contribuinte controlador em que termina o ano fiscal da entidade controlada, pode questionar-se a que período a regra de atribuição proporcional referida deve ser aplicada. Equacionem-se os casos em que o contribuinte não participava na CFC quando determinado lucro foi ganho ou os casos em que a entidade não se qualificou como CFC durante a totalidade do período fiscal. Nestes casos, fica a questão: deve a atribuição ser baseada na participação do contribuinte no final do período tributário da CFC?

iii. Mecanismos de prevenção ou eliminação da dupla tributação desencadeada pela aplicação das regras CFC

Uma vez atribuído o rendimento ao contribuinte, a Diretiva ATAD, reconhecendo que tal atribuição pode conduzir a problemas de dupla tributação, estabelece mecanismos para a evitar, nos n.ºs 5, 6 e 7 do seu artigo 8.º. Com efeito, no n.º 5 do seu artigo 8.º estabelece-se que

340 BONN, Jens Schönfeld- CFC Rules and..., pp. 145–152; BLUM, Daniel W.- Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 46, 4 (2018), pp. 296–312.

341 Para se beneficiar da isenção, as duas empresas da UE devem ser qualificadas com base nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva. A introdução da disposição anti-abuso no artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva, parece excluir os casos em que poderia potencialmente ocorrer um conflito entre a Diretiva ATAD e aquela Diretiva. Com efeito, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mães-Filhas, tal Diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraude e abuso. Por conseguinte, se as regras CFC fossem aplicadas em caso de falta de substância económica, os Estados-Membros deveriam, de qualquer modo, negar os benefícios da Diretiva Mães-Filhas. Assim, não parece que um conflito possa emergir. Todavia, em caso de sobreposição, é questionável qual o conjunto de regras que a empresa-mãe deve aplicar.

“[c]aso a entidade distribua lucros ao contribuinte e esses lucros distribuídos sejam incluídos no rendimento tributável do contribuinte, o montante dos rendimentos anteriormente incluídos na base tributável nos termos do artigo 7.º é deduzido da base tributável aquando do cálculo do montante do imposto devido sobre os lucros distribuídos, a fim de garantir a ausência de dupla tributação.” Ao abrigo do disposto no n.º 6 do artigo 8.º da ATAD, em caso de alienação pelo contribuinte da participação na entidade ou na atividade exercida pelo estabelecimento estável, se *“qualquer parte do produto dessa alienação tenha sido incluída na base tributável nos termos do artigo 7.º, esse montante é deduzido da base tributável aquando do cálculo do montante do imposto devido sobre esse produto, a fim de garantir a ausência de dupla tributação.”* Finalmente, nos termos do n.º 7 do artigo 8.º da ATAD, *“[o] Estado-Membro do contribuinte autoriza uma dedução do imposto pago pela entidade ou pelo estabelecimento estável à coleta do contribuinte no seu Estado de residência fiscal ou de localização. Essa dedução é calculada nos termos do direito nacional.”*

Assim, em suma, a ATAD prevê hipóteses de mitigação ou eliminação da dupla tributação em três cenários. A primeira é aquele em que os lucros da CFC são distribuídos ao contribuinte em cuja base tributável já foram anteriormente incluídos, devido às regras CFC. A segunda respeita àquelas situações em que há alienação da participação na CFC, em relação à qual já se haviam aplicado as regras CFC. A terceira reporta-se aos casos em que a CFC já tenha sido sujeita a imposto no Estado onde se encontra estabelecida, caso em que o Estado-Membro do contribuinte controlador deve conceder uma dedução do imposto pago naquele Estado ao montante de imposto a que o contribuinte está sujeito no seu Estado de residência.

Há, no entanto, pelo menos dois casos de dupla ou múltipla tributação que a Diretiva ATAD não resolve. Por um lado, como vimos atrás, a alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º da ATAD também pode incluir estabelecimentos estáveis, isto é, entidades não residentes. Por outro lado, o teste de controlo previsto naquela mesma alínea engloba casos de participação indireta com empresas associadas. Ora, tanto num caso como no outro, do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva não resulta qualquer solução relativa aos casos em que o rendimento da CFC pode ser potencialmente atribuído a dois ou mais contribuintes, gerando, assim, casos de dupla tributação.³⁴²

4.3 Conclusões Preliminares

Finda a análise detalhada da regra CFC prevista na Diretiva ATAD, cumpre retirar algumas conclusões, desde logo no que concerne àquilo que, a nosso ver, consubstancia uma tentativa falhada de lograr uma maior integração positiva entre as legislações dos Estados-Membros nesta matéria, bem como de procurar alcançar uma tributação mais justa e efetiva.

342 HULLE, G. Van - Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 71 12 (2017), pp. 719-724.

Tal como observado ao longo dos pontos anteriores, as disposições da Diretiva são frequentemente ambíguas, deixando numerosas lacunas interpretativas, que nem todos os Estados-Membros resolveram explicitamente com a transposição. Além do mais, atento o caráter *de minimis* da mesma, as legislações internas de alguns Estados seguem uma política bastante mais rigorosa do que a originalmente vertida na Diretiva, a qual muitas vezes ultrapassa os limites de proporcionalidade do Direito Europeu. Assim, é profundamente questionável que a transposição da Diretiva contribua para alcançar o objetivo proclamado de segurança jurídica na União, no que a esta matéria concerne.

Por último, é de assinalar a especial preocupação em relação às regras CFC adotadas ou modificadas na sequência desta Diretiva, qual seja, a subsequente incompatibilidade das regras domésticas (como a portuguesa) que operem a sua transposição, nos moldes sugeridos pela Diretiva, com a livre circulação de capitais, especialmente no que respeita a investimentos que envolvam países terceiros.



5. O regime português de CFC

O ordenamento jurídico-tributário português já havia adotado um regime CFC num momento muito anterior quer às recomendações resultantes da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS quer à Diretiva ATAD, tendo o mesmo sofrido diversas alterações desde a sua origem.

Nessa medida, não poderíamos deixar de iniciar este capítulo com uma breve evolução histórica do regime sob análise, desde o momento de implementação do mesmo até ao momento anterior às alterações operadas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, precedida apenas de uma breve referência à natureza jurídica do regime CFC português.

Depois de traçada tal evolução, deter-nos-emos sobre o enquadramento e caracterização do regime português que atualmente regula esta matéria, escarpelizando-o nos seus diversos elementos e procurando elencar e dar resposta às principais incertezas a que o mesmo se presta.

5.1 Natureza jurídica do regime português de CFC

O artigo 66.º do CIRC reveste um carácter totalmente anti-abusivo, que visa evitar que os sujeitos passivos residentes utilizem sociedades sem qualquer substância económica em territórios cujos níveis de tributação são muito inferiores ao português, apenas para transferirem os seus lucros obtidos, aliviando ou afastando a tributação de tais rendimentos.³⁴³ Assim, em suma, a sua aplicação pretende impedir a deslocalização dos lucros das empresas para outros países ou territórios com baixas taxas de tributação ou com regimes de tributação preferenciais.

Neste contexto, no que respeita à natureza jurídica do regime português de CFC entendemos que o artigo 66.º do CIRC consubstancia uma norma especial anti-abuso.³⁴⁴ Esta norma

343 NABAIS, José Casalta- *Direito Fiscal*, 11.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN, 9789724078755, pp. 585-586

344 No mesmo sentido, COURINHA, Gustavo Lopes- Chapter 25: Portugal *In* LANG, M. [et al.], *GAARS – A Key Element of Tax Systems of Tax Systems in the Post-BEPS World*, Amesterdão: IBFD, 2016, ISBN: 978-90- 8722-358-8, pp. 515-532. Como bem afirmam ANTÓNIO NEVES, CARLOS LOBO, JOÃO SOUSA, PAULO MENDONÇA e PEDRO PAIVA em NEVES, António [et. al.]- *O Novo IRC, Ernst Young S.A.*, Coimbra: Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5363-9, pp. 214-215, “as regras de CFC visam ser uma norma anti-abuso para os grupos portugueses que utilizam estruturas mais agressivas de planeamento fiscal”; TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas *In* OTERO, Paulo, ARAÚJO, Fernando, GAMA, João Taborda – Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, 1.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN:9789723219579, p. 685.

é assim de natureza reativa, operando apenas depois de identificada uma estrutura que preencha os seus requisitos.

Ainda a propósito da natureza jurídica do regime português de CFC, questiona-se se o mesmo configurará uma ficção legal ou uma presunção legal.

Relativamente a este aspeto cumpre referir que as presunções e as ficções se destringem, desde logo, pela intensidade da sua abstração face à realidade dos factos. Com efeito, enquanto as presunções não criam direitos, nem obrigações, operando ao nível da prova, as ficções criam direitos e obrigações, prescindindo de uma realidade prévia e da sua observação, limitando-se a recriá-la, sendo de aplicação automática e imperativa. As presunções legais desoneram as partes da prova de um facto desconhecido, uma vez que partem de um facto conhecido e dele retiram outro ou outros factos, por decorrência lógica.³⁴⁵

Ora, aplicando este raciocínio ao artigo 66.º do CIRC, parece-nos que, partindo de um facto conhecido- a existência de “*controlo*”, por um sujeito passivo residente em território português, numa sociedade não residente e sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável- se extrai um facto desconhecido- a pretensão abusiva de evasão fiscal.

No mesmo sentido, partindo de um outro facto conhecido- que determinadas categorias de “rendimento contaminado” atingem determinada percentagem da totalidade do rendimento da CFC- se extrai um segundo facto desconhecido- todo o rendimento pela mesma obtido CFC é “contaminado”.

Deste modo, em nosso entender, tal artigo configura uma presunção legal.³⁴⁶

5.2 Breve resenha histórica da evolução do regime português de CFC

Nos termos do sistema tributário português, enquanto as sociedades residentes estão sujeitas a uma obrigação pessoal, suportando IRC sobre a totalidade dos seus rendimentos, quer sejam obtidos em território português, quer sejam obtidos no estrangeiro, as entidades não residentes estão sujeitas a uma obrigação real, ou seja, suportam IRC apenas relativamente aos rendimentos obtidos em território português de acordo com o princípio da tributação na fonte.³⁴⁷

345 COURINHA, Gustavo Lopes - *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra: Almedina, ISBN:9789724021850, pp. 99- 102.

346 Contra esta posição, vd. MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Coimbra: Almedina, 2005, ISBN: 9789728069605, p. 259, para quem é “no campo das ficções legais que se deve enquadrar a imputação aos sócios do lucro de uma sociedade-base controlada. A lei considera que, em determinadas circunstâncias, os sócios são (já) os titulares da respectiva quota parte em tal rendimento ou que, pelo menos, têm a sua disponibilidade. A obrigação de imputação é resultado do elemento configurador da incidência do tributo, que prescinde da realidade (das normais consequências da existência da sociedade titular dos rendimentos), estabelecendo uma verdade artificial (a da titularidade pelos sócios) para efeitos de tributação”.

347 Sobre esta questão v. TEIXEIRA, GLÓRIA, *Manual de Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2018, ISBN:9789724076263, p. 71; NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal...*, p. 559

Pelo que, naquelas situações em que as sociedades não residentes não procedam a uma distribuição de dividendos aos seus acionistas, Portugal, enquanto país da residência de tais acionistas não os poderá, de outro modo, tributar, sendo a tributação em território português completamente evitada ou diferida *sine die*, em clara violação do princípio da neutralidade de exportação de capitais, abordado anteriormente.³⁴⁸

Foi neste contexto que se revelou necessária a implementação de um regime legal em matéria de CFC.

Neste contexto, foi aprovado o DL n.º 37/95, de 14 de fevereiro, no qual se veio a prever a introdução de um regime CFC no nosso ordenamento jurídico, em consonância com o que vinha a ser praticado pela maioria dos restantes países europeus.

O preâmbulo de tal diploma já denotava uma grande preocupação com a evasão e a fraude fiscais, reconhecendo-se a sua cada vez mais acentuada dimensão internacional, em consequência da crescente internacionalização das empresas, da maior mobilidade das pessoas e dos capitais e do desenvolvimento das técnicas utilizadas para esse efeito. Mais se referia, naquela sede, que o combate a tais práticas era determinante para a preservação das receitas fiscais e para o alcance da justiça na tributação, o que justificava a introdução do regime CFC no ordenamento jurídico português.

Com efeito, clarificava-se, no aludido preâmbulo, que o regime adotado se caracterizava como anti-abusivo, visando contrariar a deslocalização de rendimentos para territórios que lhes garantissem um regime fiscal privilegiado.

O regime CFC surgiu assim declaradamente como medida destinada a contrariar o parqueamento, por residentes portugueses, de resultados por si obtidos em sociedades por eles controladas que fossem situadas em território que lhes concedesse um regime fiscal privilegiado, justificando-se à luz do princípio da tributação universal.

No entender do legislador, tal regime consistia numa simples antecipação da consideração, para efeitos de tributação em Portugal, dos lucros que coubessem à participação do sócio residente, atento o carácter presumidamente instrumental da sociedade controlada.³⁴⁹

Prosseguindo tal propósito, anunciava-se no já referido preâmbulo, que a consequência da aplicação do regime CFC (o qual passaria a estar previsto no artigo 57.º-B do CIRC) seria a imputação ao sócio da parte do lucro que lhe coubesse, considerando o capital social por si detido, mas com a aplicação de um regime semelhante ao dos lucros distribuídos.

348 Cf. HELMINEN, Marjaana, *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 33, 3 (2005), p. 117; SANDLER, D.- *Tax Treaties and...*, p. 17.

349 Supremo Tribunal Administrativo- Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Processo n.º 102/12-30

O mesmo DL que introduziu este artigo no ordenamento jurídico português determinou ainda uma alteração no artigo 19.º do Código do IRS (“CIRS”), passando a acrescentar no seu n.º 3 que “[c]onstitui rendimento dos sócios que sejam pessoas singulares o resultante da imputação efetivada nos termos e condições do artigo 57.º-B do Código do IRC, aplicando-se para o efeito, com as necessárias adaptações, o regime aí estabelecido.”

Note-se que o regime CFC português sofreu diversas alterações, designadamente as operadas pelos seguintes diplomas: DL n.º 366/98, de 23 de novembro de 1998; Lei n.º 30-G/2002, de 29 de dezembro; DL n.º 198/2001, de 3 de julho; DL n.º 59/2009, de 13 de julho; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro; e, por fim, Lei n.º 32/2019, de 3 de maio de 2019.

Este último diploma operou uma alteração profunda ao regime de CFC português, visando reforçar o combate às práticas de elisão fiscal, ao transpor a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 de julho, para o ordenamento jurídico português e conferindo ao artigo 66.º do CIRC a sua redação atual, sobre a qual incide a presente dissertação.

De salientar que, não obstante o acerto ou desacerto das alterações operadas, as mesmas foram, ao contrário do que sucedeu em alguns países da UE,³⁵⁰ desprovidas de uma consulta pública que as antecederesse, o que nos parece criticável, atentas as potenciais consequências da aplicação deste regime.

5.3 O regime português de CFC na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio

Debrucemo-nos, então, sobre a atual redação do artigo 66.º do CIRC, analisando-o e explicando as suas principais e controversas questões práticas que o mesmo suscita, separando o que seja merecedor de elogio do que nos pareça carecer de alteração, o que nos permitirá, posteriormente, ensaiar algumas propostas de modificação do regime atualmente em vigor.

5.3.1 O âmbito subjetivo e a redefinição operada ao conceito de CFC

O primeiro elemento ao qual nos dedicaremos é o âmbito subjetivo do regime sob análise. Assim, procuraremos esclarecer que entidades poderão ser consideradas como CFC e, bem assim, quem serão os sujeitos passivos residentes que se poderão considerar abrangidos pelo regime português de CFC.

Começando pelas entidades que estão abrangidas pelo escopo do regime português de CFC, cumpre referir que nem sempre a letra da lei se referiu a “entidades”. Com efeito, quando este regime foi introduzido no ordenamento jurídico português, dispunha a lei que seriam im-

350 Designadamente, no Chipre ou na Irlanda.

putados aos sujeitos passivos residentes os “*lucros obtidos por sociedades residentes fora desse território* [português]”.

A menção a “*sociedades*” e não a “*entidades*”, como atualmente existe, originava um problema de qualificação jurídica,³⁵¹ sendo uma das questões que mais fazia periclitar a eficácia do escopo normativo do preceito, uma vez que era muito facilmente contornável, através da acumulação dos rendimentos visados em associações, fundações e outras entidades que não fossem qualificadas como sociedades.

Com efeito, o regime CFC português abrangia apenas os lucros obtidos por sociedades não residentes, não abrangendo, por seu turno, os rendimentos obtidos por outros tipos de entidades que não revestissem uma forma societária. Assim, a aplicação da norma CFC ora em causa estava limitada ao conceito jurídico de sociedade,³⁵² discutindo-se, na altura, qual seria o Estado competente para determinar essa qualificação jurídica.

Porém, com as alterações ao preceito operadas na sequência da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, o âmbito subjetivo da norma em análise foi alargado para abranger qualquer entidade não residente, o que possibilitou incluir também outro tipo de estruturas, como associações, fundações, agrupamentos complementares de empresas ou qualquer outro ente distinto e independente, mesmo que juridicamente não observasse nenhuma das formas societárias tipificadas no ordenamento jurídico português.

Cumpra então aferir quais as entidades que poderão ser atualmente consideradas CFC para efeitos de aplicação do regime português.

Atendendo quer à finalidade de eliminar o efeito de diferimento ou evasão do imposto que seria devido em território português, quer aos ditames do próprio princípio da proporcionalidade, parece-nos que o escopo subjetivo da norma deverá abranger, atualmente, todas as entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, que, de acordo com a legislação do Estado da sua residência, sejam sujeitos passivos autónomos, e que, se fossem residentes em Portugal, estariam sujeitas e não isentas de imposto sobre o rendimento.³⁵³

Na definição do âmbito subjetivo da norma é fundamental ter presente a *ratio* subjacente ao regime, a qual permite excluir do seu âmbito de aplicação os casos em que a deslocalização dos rendimentos não possa ser motivada por qualquer intenção fiscalmente abusiva. Tal permitirá, desde logo, excluir os rendimentos que não seriam objeto de tributação.

351 Sobre esta questão, por todos, *vide* TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de..., p. 646 e ss.

352 Sobre o conceito, *vide* CORDEIRO, Menezes - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2014, ISBN: 9789724044385, pp. 86-134

353 É deste modo que a doutrina espanhola vem desenvolvendo o conceito de “*entidade no residente*”, conforme destaca Rui Duarte Moraes. Cfr. MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Coimbra: Almedina, 2005, ISBN: 9789728069605, p. 285

Com efeito, se os rendimentos em causa fossem normalmente imputados aos sujeitos passivos residentes, e não fossem obtidos por sujeitos passivos autónomos, não existiria qualquer necessidade de aplicar o regime CFC. Somente quando exista uma realidade jurídica autónoma interposta entre o sujeito passivo residente e os rendimentos obtidos é que a aplicação do regime CFC se torna necessária.

Acresce que, visando o regime a deslocalização abusiva de rendimentos, não existe qualquer necessidade de abranger entidades que, se fossem residentes em Portugal, não estariam sujeitas a imposto sobre o rendimento ou que, estando sujeitas a imposto sobre o rendimento, fossem isentas.

A este título, salienta-se que qualquer entidade estrangeira que tenha autonomia tributária de acordo com a legislação do Estado da sua residência, está sujeita ao regime CFC por via da cláusula residual do CIRC constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRC abrange *“as entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direção efetiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS”*.

No que respeita às entidades que, se fossem residentes em território português, estariam sujeitas ao regime de transparência fiscal do artigo 6.º do CIRC e consequentemente isentas daquele imposto de acordo com o artigo 12.º daquele diploma, consideramos que estão abrangidas pelo regime CFC, uma vez que os rendimentos obtidos por essas entidades estão sujeitos a imposto sobre o rendimento, em sede de IRS, atento o previsto no artigo 20.º, n.º 1, do CIRS.

Motivo pelo qual, depois de os rendimentos de entidades estrangeiras sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável serem imputados à matéria coletável das entidades residentes e fiscalmente transparentes por via do regime CFC (sociedades civis não constituídas sob forma comercial; sociedades de profissionais; e, sociedades de simples administração de bens, cuja maioria do capital social pertença, direta ou indiretamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar, ou cujo capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público), essa matéria coletável deverá ser imputada aos sócios da entidade transparente, integrando-se, nos termos da legislação que for aplicável, no seu rendimento tributável para efeitos de IRS ou IRC, consoante o caso, ainda que não tenha havido distribuição de lucros.

De tudo quanto se expôs resulta que, a nosso ver, devem ter-se por sujeitas ao regime CFC, entre outros, as entidades com ou sem personalidade jurídica, os fundos de investimento,³⁵⁴ as fundações e as associações.

354 O ordenamento jurídico português não contém um regime FIF (*“Foreign Investment Fund”*). Apesar de os fundos de investimento serem abrangidos pelo regime CFC, este poderá não ser o mais adequado para lidar com essa realidade. ANA PAULA DOURADO, defende que os regimes CFC devem ser complementados por regimes FIF. Cfr. DOURADO, Ana Paula- The role of ..., p. 363.

No que se refere aos estabelecimentos estáveis de entidades residentes consideramos que os mesmos não estarão, em regra, sujeitos ao regime CFC uma vez que decorre da letra do artigo 66.º, n.º 1, do CIRC que o mesmo se aplica a entidades não residentes.³⁵⁵⁻³⁵⁶

Dado que os estabelecimentos estáveis não têm residência fiscal, sendo tratados como entidades fiscais autónomas exclusivamente para efeitos da alocação dos seus rendimentos e distribuição do poder tributário sobre os mesmos, não será possível sujeitar os seus lucros ao regime CFC, porque ainda se tratam de lucros de entidades residentes.

Com efeito, os lucros e os prejuízos dos estabelecimentos estáveis de entidades residentes serão em regra imputados automaticamente à entidade residente, sendo que, de acordo com o artigo 54.º-A do CIRC, poder-se-á, em certos casos, optar pela não imputação.

Veja-se, no entanto, com relevância para o tema em análise, que a possibilidade da não imputação referida só é possível, caso cumulativamente se verifiquem as seguintes circunstâncias, para se assegurar que as sociedades não consigam iludir ou contornar este regime e o seu propósito:

- i. os lucros imputáveis a esse estabelecimento estável estejam sujeitos e não isentos de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC cuja taxa legal aplicável a esses lucros não seja inferior a 60% da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º;
- ii. esse estabelecimento estável não esteja localizado em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças; ou ainda,
- iii. no caso de o imposto sobre os lucros efetivamente pago não ser inferior a 50% do imposto que seria devido nos termos do CIRC, exceto quando se verifique a condição prevista no n.º 7 do artigo 66.º do mesmo diploma.

O facto de este regime não se aplicar a entidades residentes em Portugal levanta uma outra dúvida, a saber, a da sua aplicação aos casos em que uma entidade, apesar de ser considerada residente em território português, atenta a legislação interna, é tratada como não residente, após aplicação das regras de desempate previstas no n.º 3 do artigo 4.º de uma Convenção para evitar a Dupla Tributação (“CDT”).

355 Diferentemente, como vimos no capítulo anterior, o n.º 1 do artigo 7.º da Diretiva (UE) 2016/1164 prevê que estão sujeitos ao regime as entidades ou estabelecimentos estáveis cujos lucros não estejam sujeitos a impostos, ou sujeitos, mas isentos, sem fazer qualquer referência à residência da entidade estrangeira.

356 No mesmo sentido, *vide* AYALA, Bernardo, CÂMARA, Francisco - Portugal — CFC Taxation, *Fisco*, Lisboa, ISSN: 0872-9506, VIII, 78/79 (1996), p. 76.

Com efeito, sendo uma entidade residente estaria sujeita a imposto numa base universal, tornando desnecessária a aplicação do regime CFC.³⁵⁷ No entanto, perdendo a residência em Portugal, por via da regra de desempate, o tratamento fiscal que a legislação portuguesa irá dar à entidade que por via da CDT é residente no outro Estado é modificado. Por essa razão, apesar de não ser considerada não residente, o direito convencional modifica o seu estatuto fiscal.

Nestas situações, consideramos que o regime português de CFC deve aplicar-se, atenta a *ratio* do preceito e a sua sustentação de base – a de que uma entidade residente estaria sujeita a tributação numa base universal, o que não sucede com uma entidade não residente, que apenas é sujeita a tributação numa base territorial.

i. O tipo e nível de controlo

Nos termos do artigo 66.º, n.º 1, do CIRC, os rendimentos obtidos por entidades não residentes em Portugal e sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos residentes em território português, quando estes detenham, direta ou indiretamente, inclusivamente, através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais dessas entidades.

O artigo 66.º do CIRC abrange, portanto, quer as participações diretas, quer indiretas, visando impedir o recurso a estruturas artificiais em cadeia ou a estruturas intermediárias, bem como as situações de fragmentação do controlo das participações por forma a que não seja atingida uma participação social de 25% em que os sócios com participações inferiores ao requerido agem em conjunto e exercem influência sobre a entidade, o que confere maior eficácia à norma.

No que respeita ao cálculo das participações indiretas, ainda que a lei seja omissa, é defendido pacificamente, quer pela doutrina quer pela OCDE, que o mesmo deverá realizar-se mediante a multiplicação de todas as participações em cadeia.³⁵⁸

Tal solução encontra-se, aliás, alinhada com o previsto no n.º 6 do artigo 59.º do CIRC, do qual resulta que nos casos de participação ou os direitos de voto detidos indiretamente, a percentagem efetiva da participação ou de direitos de voto é obtida pelo processo da multiplicação sucessiva das percentagens de participação e dos direitos de voto em cada um dos níveis. Mais determina tal preceito que havendo participações ou direitos de voto numa sociedade detidos de forma direta e indireta, a percentagem efetiva de participação ou de direitos de voto resulta da soma das percentagens das participações ou dos direitos de voto.

357 No mesmo sentido, TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de..., p. 650.

358 Nesse sentido, MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de...*, pp. 324 e ss e §47 *Designing Effective Controlled...*

No que respeita ao período de detenção relevante, o regime português é omissivo, restando procurar, dentro do próprio regime, algum tipo de momento no qual se apurará a detenção mínima. Tem-se entendido que o mesmo será o do termo do período de tributação da entidade estrangeira,³⁵⁹ por ser esse o momento que define qual o período de tributação da entidade residente a que os rendimentos serão imputados de acordo com o n.º 3 do artigo 66.º do CIRC.

Note-se, porém, que a adoção deste entendimento possibilita o contorno do regime, atenta a estanquicidade do mesmo, através da disposição dos direitos sobre a entidade estrangeira antes do termo do período de tributação desta. Motivo pelo qual, seria preferível, a nosso ver adotar-se um período de detenção mais alargado.

O artigo 66.º do Código do CIRC contém ainda, no seu n.º 13, uma regra que determina que para efeito do cálculo dos 25% de detenção, são tidas em consideração as partes de capital e os direitos detidos, direta e indiretamente, por entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais nos termos do n.º 4 do artigo 63.º do CIRC.

Ora, o n.º 4 do artigo 63.º do CIRC contém uma linguagem própria do regime dos preços de transferência, pelo que teria sido mais adequado, optar por uma linguagem mais funcional e clara.

Outro aspeto que cumpre salientar prende-se com a circunstância de, antes das alterações trazidas à redação do artigo 66.º do CIRC, pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, se estipular, no n.º 2 deste artigo que, quando pelo menos 50% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais fossem detidos, direta ou indiretamente, em situações análogas às anteriores, por sujeitos de IRS ou IRC residentes em Portugal, a percentagem de interesse substancial relevante para efeitos de aplicação daquele artigo descia para 10%. No entanto, com a entrada em vigor daquela Lei, o n.º 2 foi revogado.

Pode, assim, concluir-se, que a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, alterou significativamente a percentagem de detenção prevista no ordenamento jurídico português, assim modificando o âmbito subjetivo da norma.

No entanto, manteve-se intacto o facto de o regime português de CFC não exigir a verdadeira existência de controlo por parte do sujeito passivo residente mas apenas de um interesse substancial.³⁶⁰

Tal opção não é inócua³⁶¹ nem imaculada. Com efeito, a existência de controlo por parte do sujeito passivo residente constitui um dos elementos essenciais ao regime CFC, como vimos nos

359 Neste sentido, MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de...*, p. 332.

360 Criticando o regime, quanto a este aspeto, *vide* MESQUITA, Maria M. C. - O artigo 57º-B do Código do IRC, as convenções sobre dupla tributação e o Tratado da Comunidade Europeia, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, ISBN:978-972-653-176-0, 382, (1996), p. 67

361 Desde logo, como se antevê pela conjugação desta percentagem com o que se explicou no capítulo anterior, a propósito das diferentes liberdades fundamentais que são convocadas no âmbito dos regimes CFC, a percentagem prevista no regime português poderá ter impactos ao nível das liberdades fundamentais da União Europeia, face às quais pode representar uma restrição, sendo suscetível de ser avaliada quer à luz da liberdade de estabelecimento, quer da liberdade de circulação de capitais, o que melhor desenvolveremos no capítulo sexto da presente dissertação.

capítulos anteriores, por consubstanciar um indício que dá suporte à presunção de que existe uma influência decisiva sobre um comportamento abusivo, conferindo-lhe alguma justiça.³⁶²

Se o sujeito passivo não tem uma influência decisiva³⁶³ sobre a política de distribuição dos resultados da entidade estrangeira, não existem fundamentos suficientemente fortes para presumir que o mesmo utiliza a entidade estrangeira em causa para diferir ou elidir o pagamento de imposto português sobre o rendimento. Um sujeito passivo que apenas detenha 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais dessas entidades, pode estar a ser tributado sobre rendimentos sobre os quais não tem a disponibilidade financeira, nem existe verdadeira possibilidade de a ter.³⁶⁴

Cumprindo ainda acrescentar que os próprios deveres acessórios que o regime determina, designadamente no seu n.º 12, que requer o acesso às contas devidamente aprovadas pelos órgãos competentes das entidades estrangeiras e, bem assim, a demonstração do imposto efetivamente pago pela entidade estrangeira, implicam que exista pelo menos uma participação substancial na entidade estrangeira.

Vemos, por isso, como muito positiva a revogação do n.º 2 do artigo 66.º do CIRC, sendo, no entanto, da opinião que a percentagem de interesse substancial não deveria situar-se num limiar tão baixo como o atual,³⁶⁵ uma vez que os custos de cumprimento e de controlo do regime CFC são muito elevados e que os 25% consagrados na norma implicarão um universo muito alargado de sujeitos passivos abrangidos que se verão obrigados a adotar procedimentos e controlos internos e de cumprir com obrigações declarativas de elevada complexidade, mesmo podendo não ter que incluir qualquer tipo de rendimento (atentas as regras de imputação que desenvolveremos infra), custos esses que se veem exacerbados pelo estatuído no supra aludido n.º 13 do artigo 66.º do CIRC.

362 MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de...*, pp. 312 e ss.

363 A consagração dos 25% de controlo é considerada por RUI DUARTE MORAIS como excessiva. Nas suas palavras, “[a] solução portuguesa é das mais exigentes em termos comparativos, o que, verdadeiramente, não se compreende.». Advindo a ideia dos 25% de controlo da Diretiva Mães-Filhas, em que se considera haver uma relação de subordinação quando a sociedade-mãe detenha 25% da sociedade-filha, afirma o Autor que “(...) as situações não são idênticas (...) pretende-se identificar as situações em que a sociedade não residente não é mais do que uma longa manus de residentes, criada com objetivos de economia fiscal. Daí que o nível de participação deva ter que espelhar, sem dúvidas (...) um verdadeiro controlo, o que, certamente, apenas acontece quando se verifica uma detenção da maioria dos votos e/ou do capital.” Cfr. MORAIS, Rui Duarte- *Imputação de...*, pp. 314-315, 329-330

364 Neste ponto, afinamos pelo mesmo diapasão de Rui Duarte Morais, segundo o qual “(...) estas normas implicam a tributação dos sócios residentes por rendimentos de que podem não ter real disponibilidade, uma vez que a tributação existe sempre, em cada ano, independentemente de uma efetiva distribuição de lucros. Os contribuintes podem, assim, não ter liquidez para satisfazer o imposto devido. A exigência do controlo por residentes poderá surgir como uma resposta a esta crítica: os sócios residentes, porque controlam a sociedade em causa, poderão sempre deliberar uma distribuição de lucros que, no mínimo, lhes permita satisfazer as obrigações fiscais implicadas pelas respectivas participações sociais (...)” Cf. MORAIS, Rui Duarte- Sobre a noção de «cláusulas anti-abuso» em direito fiscal *In Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, ISBN: 9780000056719, pp. 879 e ss

365 Como já vimos nos capítulos anteriores e ainda teremos oportunidade de desenvolver melhor oportunamente neste capítulo, é também neste sentido que vão, quer a OCDE, na Ação 3, quer a União Europeia, na Diretiva ATAD, as quais preveem a percentagem de 50%.

ii. O teste da tributação em território claramente mais favorável

De acordo com o disposto no artigo 66.º, n.º 1, do CIRC, para que uma entidade possa ser considerada uma CFC, a mesma tem que estar sujeita a um regime fiscal mais favorável.

Este aspeto do regime sofreu alterações substanciais ao longo dos anos. Na redação inicial do regime, considerava-se que uma sociedade estava submetida a um regime claramente mais favorável quando, no seu Estado de residência, não fosse de todo tributada em sede de imposto sobre o rendimento ou a taxa de tributação aplicável sobre os lucros obtidos fosse inferior a 20%.³⁶⁶

Com a entrada em vigor do DL n.º 366/98, de 23 de novembro, o critério da taxa de imposto sobre o rendimento foi alterado, sendo então relevante que a taxa efetiva de tributação fosse igual ou inferior a 60% da taxa do IRC.

A Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, operou uma nova alteração neste domínio, considerando-se que a CFC estaria sujeita a um regime claramente mais favorável quando o território da sua residência constasse de uma lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, não fosse tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou ainda quando o imposto efetivamente pago fosse igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português.

Posteriormente, com a Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, o legislador alterou novamente este parâmetro. Relevante passou a ser que a taxa de imposto que fosse aplicável à entidade CFC fosse inferior a 60% da taxa de IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º do CIRC ou, alternativamente que o território de residência da entidade CFC constasse da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.

Por sua vez, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, define-se na redação do n.º 6 daquele normativo, que uma entidade estará submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar da lista aprovada por Portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças ou, alternativamente, quando o imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50% do imposto que seria devido nos termos do CIRC.

Ou seja, ainda que uma entidade seja residente num território que não disponha de um regime de tributação privilegiada, poderá, ainda assim, cair no âmbito do regime português de CFC, se o imposto pago for inferior a 50% do que seria devido em Portugal.

³⁶⁶ A este propósito, considerando que a opção de definir o conceito de regime fiscal claramente mais favorável de forma absoluta era extremamente redutora e contrariava a definição científica do instituto *vide* LEITÃO, Luís Menezes- A introdução na legislação portuguesa de medidas destinadas a reprimir a evasão fiscal internacional: o decreto-lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 96-97

O escopo do artigo 66.º vê-se, assim, claramente alargado, por via de uma redefinição do conceito de CFC, atenta a substituição de um referencial percentual sobre a taxa nominal de IRC para um referencial de imposto efetivamente pago.

Esta nova redação, conjugada com as condições para exclusão de aplicação deste regime, poderá implicar a aplicação destas regras a territórios que, até então, ficavam excluídas do seu escopo.³⁶⁷

Não obstante a alteração operada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio ter alguns pontos positivos, a mesma não é isenta de críticas.

Começando pelo critério da taxa de imposto, reconhecemos que a utilização do método da taxa nominal de tributação, anteriormente em vigor, era facilmente contornável, uma vez que bastaria que o imposto sobre o rendimento previsse qualquer isenção parcial (ou até total) sobre certos tipos de rendimentos, para que a taxa aplicável cumprisse o requisito de ser superior a 60% da taxa de IRC, não obstante a taxa efetiva de tributação e o imposto efetivamente pago fosse muito inferior ao que se aplicaria se a entidade residisse em território português. Todavia, este critério apresentava como grande vantagem a simplicidade e automaticidade da sua aplicação.

Sem prejuízo de o regime atual perder para o anterior em termos de simplicidade, o método da comparação entre o imposto pago e o que seria devido se a entidade estrangeira residisse em Portugal parece-nos, de facto, a melhor solução, do ponto de vista da justiça da norma.

Esta abordagem permite tomar em consideração as diversas disposições tributárias que possam aumentar ou reduzir a taxa efetiva paga pela entidade CFC, permitindo, com maior probabilidade e precisão a comparação pretendida.

No entanto, a maior carga administrativa, quer para os sujeitos passivos quer para a administração tributária não pode ser descurada. Apesar de a comparação entre taxas de imposto efetivas ser mais justa, esta solução impõe um permanente, dispendioso e árduo trabalho de estudar os sistemas fiscais dos outros Estados ao pormenor, por forma a compará-los com o nosso.

Com efeito, a utilização da taxa de imposto efetivamente paga torna necessário que em primeiro lugar, se afira a taxa de imposto a que a entidade CFC foi sujeita, o que exige determinar o lucro tributável da entidade CFC e, bem assim o rendimento obtido e, em segundo lugar, comparar tal taxa com a taxa que seria aplicável em Portugal.

367 O que poderá incrementar o número de sujeitos passivos que terão de declarar os rendimentos que lhes são imputáveis de entidades estrangeiras sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável. Nos últimos anos, o número de Declarações Modelo 22 de IRC que foram submetidas com preenchimento do campo relativo ao artigo 66.º do Código do IRC foi o seguinte: 16 (em 2014), 11 (em 2015), 17 (em 2016), 14 (em 2017) e 8 (em 2018). Ao contrário da tendência decrescente registada no número de declarações submetidas e ora relevantes, os valores declarados pelos sujeitos passivos têm vindo a aumentar. Veja-se que nesses mesmos anos, o rendimento declarado a esse título foi o seguinte (em milhões de euros): 41 (em 2014), 66 (em 2015), 59 (em 2016), 161 (em 2017) e 176 (em 2018). AT- *Estatísticas*, Portal das Finanças (2019). [Consultado em 8 de abril de 2020] Disponível para consulta em: http://info.Portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgaçao/estatisticasestatisticas_ir/

Para lograr tal desiderato, colocar-se-ão várias questões práticas, deixadas em aberto pelo legislador português e que poderiam ter sido clarificadas por um legislador mais atento.

A este respeito, as dúvidas que nos surgem (e que certamente assolarão muitos contribuintes) são múltiplas:

- i. será necessário converter as contas de tais entidades não residentes para o referencial contabilístico vigente em Portugal- SNC ou IFRS- de forma a que se apure o imposto em base idêntica à do CIRC?
- ii. será necessário reconstituir o histórico dos atributos fiscais à luz do CIRC para determinar se existiriam, prejuízos fiscais reportáveis?
- iii. como se aplicam os regimes de exclusão tributária ou benefícios fiscais existentes no país de residência e que não têm correspondência aos existentes em Portugal e o inverso?

Acresce que, com esta nova redação, parece que também ao nível do cálculo da taxa efetiva de imposto se verifica que o legislador deu um passo atrás ao não deixar claro se a derrama estadual e a derrama municipal são ou não de relevar.

Neste aspeto, parece-nos ter andado mal o legislador ao ter previsto tão somente que o critério da taxa de imposto fosse aferido por comparação ao imposto que seria devido nos termos do CIRC, abandonando a tão esclarecedora redação anterior que remetia para a taxa de IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º do referido diploma.

Ressurge, assim, desnecessariamente, a incerteza se a aferição deve ser feita tendo por referência a taxa geral ou outra.³⁶⁸⁻³⁶⁹

No que concerne ao critério alternativo³⁷⁰ de a entidade se encontrar localizada num território constante da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, remete-nos o regime previsto na alínea a) do n.º 6 do artigo 66.º do CIRC para a Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, posteriormente alterada pela Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro.

368 Veja-se que, se considerarmos que as mesmas estão incluídas, atenta a progressividade do IRC, podemos chegar a casos de quase 31,5% (sendo 50% de tal percentagem, 15,75%).

369 Na redação anterior já não era discutível se as derramas estadual e municipal seriam relevantes para a comparação. Tal já tinha sido um problema, como salienta TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de..., p. 658, mas encontrava-se resolvido uma vez que o n.º 5 do artigo 66.º remetia apenas para o n.º 1 do artigo 87.º

370 Uma vez que os dois critérios são alternativos, basta a verificação de apenas um deles para que o regime se aplique. Assim, podem ocorrer casos em que, não obstante o imposto efetivamente pago não ser inferior a 50% do imposto que seria devido em Portugal, se verificar a imputação dos rendimentos da entidade estrangeira (apenas) porque esta se situa num território constante da lista aprovada por portaria.

Tal Portaria sofreu ainda alterações resultantes da Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro, a qual retirou a Ilha de Man, Jersey e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis.

No entanto, esta última Portaria foi revogada, pelo artigo 290.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que ripristinou a lista anteriormente vigente.

Não obstante, de acordo com tal Portaria, o legislador nacional reconhecer que esta solução implica revisões periódicas dos países, territórios ou regiões que figuram na lista, a verdade é que essas revisões periódicas praticamente não passaram de simples pretensões, como se viu, o que constatamos com alguma incompreensão.

A “lista negra” portuguesa não se encontra ajustada aos tempos correntes³⁷¹ e não reflete os critérios adotados pela UE na elaboração da sua própria lista negra, nem pela Diretiva ATAD, o que também se assinala como ponto negativo. Efetivamente, a lista portuguesa beneficiaria com uma atualização, à semelhança do que vem sucedendo com a própria lista negra da UE, a qual é revista com frequência.

Acresce que não há qualquer regra que implique a exclusão automática de um país de tal lista, por força da entrada em vigor de uma CDT. A este propósito, cumpre mencionar que os territórios com os quais Portugal celebrou uma CDT e que paradoxalmente constam da Portaria acima referida são: Barbados, cuja CDT data de 22 de setembro de 2010, tendo sido aprovada em 3 de outubro de 2014; Emirados Árabes Unidos, cuja CDT data de 17 de janeiro de 2011, tendo sido aprovada em 24 de fevereiro de 2012; Hong Kong, cuja CDT data de 22 de março de 2011, tendo sido aprovada em 24 de fevereiro de 2012; Koweit, cuja CDT data de 23 de fevereiro de 2010, tendo sido aprovada em 14 de janeiro de 2011; Panamá, cuja CDT data de 27 de agosto de 2010, tendo sido aprovada em 24 de janeiro 2012; Qatar, cuja CDT data de 12 de outubro de 2011, tendo sido aprovada em 24 de fevereiro de 2012; São Marino, cuja CDT data de 18 de outubro de 2010, tendo sido aprovada em 3 de outubro de 2014; e Uruguai, cuja CDT data de 30 de novembro de 2009, tendo sido aprovada em 21 de janeiro de 2011.

Ora, considerando que basta a mera residência da entidade num país, território ou região que figuram na lista, para que o regime CFC se aplique de forma automática e injuntiva, poderão gerar-se situações injustiça material e de violação do princípio constitucional e tributário da igualdade.

Apesar de concordarmos que a existência de uma lista negra poderá reforçar o efeito dissuasor do regime e facilitar o cumprimento voluntário por parte dos sujeitos passivos, é essencial que o sujeito passivo residente possa reagir contra a desatualização da lista, possibilidade que atualmente apenas se encontra prevista para os próprios Estados nela mencionados, de acordo com o n.º 3 do artigo 63.º-D da LGT.

371 Seria preferível definir os países, territórios ou regiões com um regime claramente mais favorável por remissão para o artigo 63.º-D da LGT, à semelhança do que sucede na norma sobre pagamentos a entidades residentes em países, territórios ou regiões com regime fiscal privilegiado que consta da alínea r) do n.º 1 do artigo 23.º-A do CIRC.

Com efeito, entendemos que a lista não contém qualquer tipo de presunção que possa ser ilidida,³⁷² não existindo atualmente possibilidade de o sujeito passivo reagir contra a desatualização da mesma, pelo que a nosso ver tal previsão que não está de acordo com os objetivos prosseguidos pelo regime.

5.3.2 O rendimento tributável abrangido e as respetivas regras de determinação e de imputação

No que concerne aos lucros ou rendimentos que são objeto de imputação, a redação do regime português de CFC parece adotar uma abordagem de *entity approach*, o que não foi alterado com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Com efeito, estipula-se no n.º 3 do artigo 66.º do CIRC que todos rendimentos obtidos pela CFC são imputados ao sujeito passivo residente, independentemente da sua natureza ou categoria.³⁷³

Conquanto não se verifique a exclusão motivada por um dos motivos previstos no atual n.º 7 do artigo 66.º do CIRC³⁷⁴ e se encontrem verificados os demais requisitos para constituir uma CFC, então o rendimento gerado pela CFC é imputado na sua totalidade ao sujeito passivo residente, de acordo com a proporção prevista no n.º 2 do artigo 66.º do CIRC, o que poderá implicar que rendimentos que não foram transferidos para uma entidade por motivos de elisão fiscal sejam indevidamente sujeitos ao regime CFC.

Por forma a atribuir o rendimento, é necessário primeiramente determinar a quem o rendimento deve ser atribuído. No caso do regime português de CFC, tal determinação encontra-se vinculada ao controlo existente, de modo que sempre que um sujeito passivo atinge o limite mínimo de controlo, verá uma parte do rendimento a ser-lhe atribuído.

A este título cumpre referir que segundo o regime português de CFC, os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes deverão ser imputados a sujeitos passivos de IRC ou IRS residentes em território português.

O regime português abrange não só os sujeitos passivos que estão sujeitos a “*imposto sobre as sociedades*”,³⁷⁵ como os sujeitos passivos individuais que estão sujeitos a imposto sobre os seus rendimentos, em sede de IRS, atento o previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 20.º do CIRS. Prevê-se naqueles números que os rendimentos da CFC serão enquadráveis na Categoria B ou E, consoante as partes de capital ou os direitos em causa estejam ou não afetos a uma atividade empresarial ou profissional.

372 No mesmo sentido, vide TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de..., p. 653.

373 Neste sentido, vide TEIXEIRA, Manuela Duro- A imputação de..., p. 643 e 667.

374 Que melhor escrutinaremos a propósito das exclusões ao regime CFC.

375 Ao contrário do que sucede com a Diretiva ATAD.

No que respeita às regras de determinação do rendimento tributável, o regime português de CFC foi sofrendo diversas alterações ao longo do tempo, tendo igualmente sido alterado na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Na redação anterior à que se encontra atualmente em vigor, o rendimento da CFC era calculado de acordo com as regras do Estado onde se localizava a CFC. Ora, esta previsão legal poderia revelar-se problemática, na medida em que seria mais fácil adulterar a base tributável, mediante a escolha de territórios que possuíssem regras de determinação de tal base tributável francamente mais favoráveis que a portuguesa, por exemplo, que não previssem regras referentes a subcapitalização ou outras de semelhante natureza.

Já na redação em vigor, estabelece-se que as regras tributárias do Estado de residência do sujeito passivo são as que relevam no que respeita ao cálculo do rendimento da CFC. Daqui decorre que, com o novo regime a imputação deixa de se operar pelo lucro contabilístico da entidade, tal como definido à luz das normas de contabilidade em vigor no Estado de residência da CFC, passando a determinar-se por referência ao lucro fiscal desta, calculado à luz do CIRC.

Esta mudança parece-nos fazer sentido atento o facto de que os rendimentos em causa teriam sido tributados em consonância com tais regras, não fosse a sua transferência para a entidade CFC.

No entanto, não podemos deixar de salientar que calcular os rendimentos da entidade com base nas regras portuguesas, mas tendo por base a contabilidade do território onde tal entidade reside, não deixa de ser um aspeto que contribui para a geração de maiores custos de *compliance* e complexidade de aplicação da medida, o que se revela particularmente esmagador no caso de MNEs que tenham subsidiárias em vários países.

Novamente, poder-se-ão levantar algumas questões práticas. Exemplificativamente: será necessário converter as contas de tais entidades não residentes para o referencial contabilístico vigente em Portugal - SNC ou IFRS³⁷⁶- de forma a que se apure o lucro tributável? O legislador não esclarece.

Assim, urge, a nosso ver, que a administração tributária, venha emitir regulamentação precisa sobre esta matéria, por forma a conferir alguma segurança jurídica aos contribuintes.

Note-se, ainda a este respeito que, para o apuramento do montante final a imputar, decorre da própria lei, quer na sua redação atual, quer na redação anterior, que deve ser deduzido o imposto suportado pela entidade controlada.

376 No que respeita à utilização de normas IFRS, parecem levantar-se vozes que indicam que a utilização de tais *standards* contabilísticos como garantes de uniformidade não é uma possibilidade, na medida em que as mesmas são desadequadas aos problemas colocados pela legislação relativa a CFC. Cf., neste sentido, §111 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled* ; vide ainda FISZER, J., Polish CFC regulations..., pp. 843-845.

No que à imputação diz respeito, considerava-se, na redação inicial do regime, que a imputação dos rendimentos deveria ser feita na base tributável relativa ao exercício que integrasse o termo do período de tributação da sociedade não residente, correspondendo ao lucro obtido por esta, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, a que houvesse lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa sociedade.

Posteriormente, com a redação dada ao atual artigo 66.º do CIRC, pela Lei n.º 64-B/2011, o regime passou a prever que a referida imputação deveria ser feita pelo montante do respetivo lucro ou rendimentos, conforme o caso, de acordo com a proporção do capital ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por esse sujeito passivo.

Com a entrada em vigor das alterações operadas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio não se operou qualquer alteração no critério de imputação, o qual se mantém de acordo com a proporção do capital, dos direitos sobre os rendimentos ou ainda dos direitos sobre os elementos patrimoniais detidos naquela entidade.

Outrossim, a entrada em vigor das alterações produzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio teve impacto na consideração dos prejuízos fiscais da CFC, não prevista anteriormente para este regime, atento o que se estatui presentemente no n.º 4 do artigo 66.º do CIRC.

Assim, passou a ser possível deduzir os prejuízos fiscais gerados pela CFC e calculados nos termos do CIRC, na proporção do controlo exercido na entidade, em um ou mais dos cinco períodos de tributação seguintes.

Saliente-se, contudo, que tal dedução se encontra limitada legalmente, apenas sendo possível efetuá-la até à concorrência dos rendimentos imputáveis ao sujeito passivo residente em Portugal, nos termos do n.º 3 do artigo 66.º do CIRC.

Acresce que, na medida em que o legislador não o excecionou, pode entender-se ser aplicável o limite de dedução previsto no artigo 52.º, n.º 2, do CIRC, segundo o qual a dedução a efetuar em cada um dos períodos de tributação não pode exceder o montante correspondente a 70% do respetivo lucro tributável, não ficando prejudicada a dedução da parte desses prejuízos que não tenham sido deduzidos, nas mesmas condições e até ao final do respetivo período de dedução.

Com efeito, ainda que a consideração dos prejuízos fiscais da entidade vise combater as situações em que a entidade não consegue realinhar o resultado imputado com o resultado distribuído ou de que o sujeito passivo residente em Portugal se pode apropriar, o legislador não consagrou, para a dedução destes prejuízos fiscais, qualquer exceção ao regime previsto no supramencionado n.º 2 do artigo 52.º do CIRC, o que é, a nosso ver, lamentável.

Ainda com relevo no campo da imputação, cumpre notar que a legislação portuguesa não esclarece se o regime CFC se aplica a mais do que um sujeito passivo residente com detenção de interesse substancial, aferido nos termos dos n.ºs 1 e 13 do artigo 66.º do CIRC.

No entanto, atenta a *ratio* do regime, mormente a de antecipar a tributação de lucros que iriam ser distribuídos, bem como as recomendações da OCDE/G20, somos do entendimento de que não deverá interpretar-se este regime como permitindo a imputação em cadeia, a mais do que um sujeito passivo residente, devendo o rendimento ser atribuído à entidade residente mais próxima da CFC na cadeia de participações.

Esta situação é diversa da relativa aos casos em que existam dois ou mais sujeitos passivos, entre os quais não se estabeleçam relações especiais, que detenham um interesse substancial na CFC, porquanto em tais casos não se verifica qualquer cadeia de participações, podendo ocorrer duas ou mais imputações do rendimento da entidade estrangeira, na respetiva proporção da detenção de cada um dos sujeitos passivos.

Finalmente, cumpre ainda notar que a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, veio revogar o n.º 10 do artigo 66.º que estabelecia que, no caso de sujeitos passivos sujeitos a um regime especial de tributação, a imputação fosse feita às primeiras entidades sujeitas ao regime geral de tributação. Esta previsão tinha impacto, designadamente, em estruturas de detenção que envolvessem entidades licenciadas para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira.

5.3.3 Os mecanismos de eliminação da dupla tributação

No que respeita aos mecanismos de eliminação da dupla tributação dos rendimentos sujeitos a imputação, a atual redação do artigo 66.º do CIRC procura eliminar a dupla tributação que se pode verificar em três momentos distintos:

- i. no período de tributação em que os rendimentos da entidade estrangeira são imputados à sociedade residente (n.º 5 do artigo 66.º);
- ii. no momento da efetiva distribuição dos lucros da entidade estrangeira (n.ºs 8 e 9 do artigo 66.º); e,
- iii. no momento da alienação das partes sociais de uma entidade CFC por parte do sujeito passivo residente (n.º 11 do artigo 66.º).

Começando pelo n.º 5 do artigo 66.º do CIRC e com a dupla tributação que ocorre em virtude de os rendimentos da CFC estarem sujeitos a tributação no Estado da sua residência e simultaneamente em Portugal, na esfera do sujeito passivo residente detentor, através do regime de imputação previsto no n.º 3 do mesmo artigo, estipula-se que, para efeitos do referido

n.º 3, o imposto sobre o rendimento incidente sobre os lucros ou rendimentos, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência da entidade CFC, deve ser deduzido aos lucros ou rendimentos sujeitos a imputação.

A nosso ver, o preceituado no n.º 5 do artigo 66.º ora analisado merece crítica não só porque, aplicando-se uma dedução ao rendimento tributável dos impostos pagos pela CFC também deveriam ser tidos em conta os impostos suportados por aquela em Estados terceiros, mas também porque o que se encontra prescrito na Diretiva ATAD, a qual está na origem da alteração legislativa do regime, não é uma dedução ao lucro tributável, mas sim um crédito de imposto.

Ora, neste caso, não nos parece que tal previsão possa ser contrariada pelos Estados-Membros atento o artigo 3.º da Diretiva ATAD. Parece estar efetivamente em causa, um verdadeiro direito a crédito de imposto do sujeito passivo.³⁷⁷

Atento o alargamento do âmbito das regras CFC a situações em que o sujeito passivo residente pode não ter uma influência tal que lhe permita controlar a CFC, o direito ao crédito de imposto torna-se ainda mais justificável.

Neste sentido, cremos que seria aconselhável estabelecer-se um crédito de imposto, que visasse eliminar a dupla tributação económica internacional, permitindo:

- i. a dedução da fração do imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro pela entidade não residente em território português, correspondente aos lucros imputados ao sujeito passivo ou, ao invés,
- ii. a dedução da fração do IRC, calculado antes da dedução prevista no n.º 5 do artigo 66.º, correspondente aos lucros imputados ao sujeito passivo acrescidos, com as necessárias adaptações, das correções previstas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 68.º do CIRC, líquidos dos gastos direta ou indiretamente suportados para a sua obtenção, e deduzida do crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional previsto no artigo 91.º do CIRC, consoante aquela que for de menor montante.

Por outro lado, sem prejuízo da aplicação dos artigos 51.º, 51.º-C e 91.º-A do CIRC, por forma a evitar uma justaposição com o previsto no artigo 51.º do CIRC, e bem assim com o estabelecido no artigo 91.º-A do CIRC,³⁷⁸ poder-se-ia prever que o montante assim deduzido deveria

377 Se considerarmos que a atribuição do crédito ao sujeito passivo, nos termos da Diretiva ATAD, é uma imposição do direito europeu, quebra-se a lógica de tendencial simetria existente entre o regime português de CFC e as condições de aplicação do regime de *participation exemption*, o que poderá suscitar questões de complexidade técnica adicionais.

378 O qual prevê “*uma solução subsidiária (e optativa) de eliminação da dupla tributação económica internacional: a concessão de um crédito de imposto pelo valor correspondente à tributação incorrida pela sociedade filha*”. Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes- *Eliminação da dupla tributação económica: Participation Exemption e crédito de imposto*, Temas De Direito Tributário: Irc, Iva e Irs, Coleção Formação Contínua, CEJ. 2016 [Consultado em 12 de janeiro de 2020]. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_book_Tributario_II.pdf; COURINHA, Gustavo Lopes- .

ser acrescido ao imposto a pagar no período de tributação em que houver a distribuição de lucros pela entidade não residente ou a transmissão onerosa das participações sociais emitidas pela entidade CFC, determinando-se o *quantum* do acréscimo segundo a parte do resultado imputado nos termos do n.º 1 do artigo 66.º que corresponda a lucros assim distribuídos ou atribuídos ao sujeito passivo pela entidade CFC.

Por sua vez, relativamente à dupla tributação que se pode verificar no momento da efetiva distribuição dos lucros da entidade CFC, estipula-se no n.º 8 do artigo 66.º do CIRC, a eliminação da dupla tributação em caso de distribuição de lucros, determinando-se que, sem prejuízo da aplicação do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 90.º e do artigo 91.º, o sujeito passivo poderá deduzir ao seu lucro tributável, a parte do montante que lhe tiver sido imputado nos termos do n.º 1 do artigo 66.º do CIRC, que corresponda a lucros ou rendimentos distribuídos pela CFC, no período de tributação em que se verificar a referida distribuição e até à sua concorrência, isto é, até à limitação decorrente da proporção apurada segundo o n.º 3 do artigo 66.º do CIRC, conquanto prove que tais rendimentos já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores.

Assim, ao contrário do que ocorreria de acordo com o método da isenção, os dividendos distribuídos estão sujeitos a tributação se o seu montante for superior aos rendimentos previamente imputados, assegurando-se assim a tributação residual dos montantes distribuídos que não foram previamente tributados através do regime CFC.

No que respeita à dupla tributação que poderá decorrer da retenção na fonte no Estado da residência da CFC sobre os dividendos distribuídos, o regime português de CFC remete para o crédito de imposto sobre a dupla tributação jurídica internacional previsto no artigo 91.º do CIRC.

Note-se, no entanto, que sem prejuízo de tal remissão, tal regime não se aplicará integralmente, uma vez que a parte final do n.º 9 do artigo 66.º estabelece que a dedução do imposto decorrente da retenção na fonte só irá ser possível até à concorrência do montante de IRC apurado no período de tributação de imputação dos lucros ou rendimentos, após a dedução por crédito de imposto sobre a dupla tributação jurídica internacional e económica, dando origem a uma desvantagem face aos restantes créditos de imposto, no caso de a entidade residente não ter coleta suficiente para proceder à dedução.

Por fim, no que diz respeito à eliminação da dupla tributação que ocorre no momento da alienação das partes sociais de uma entidade CFC por parte do sujeito passivo residente, vem o n.º 11 do artigo 66.º do CIRC introduzir a possibilidade de dedução do valor de realização obtido na alienação de entidades CFC, cujos resultados tenham sido imputados ao sujeito passivo residente.

Assim, em caso de transmissão onerosa de partes sociais de uma CFC, são dedutíveis, ao valor de realização, os valores que o sujeito passivo residente comprove já lhe terem sido im-

putados, a título de lucro tributável de períodos de tributação anteriores, na medida em que os mesmos não tenham já sido tomados em conta ao abrigo do n.º 8 do artigo 66.º do CIRC.

Assinalamos esta introdução como positiva, uma vez que a circunstância de, anteriormente, o regime português não prever qualquer mecanismo para eliminar a dupla tributação suscetível de ocorrer no momento da alienação dos direitos sobre a entidade estrangeira era contrária à própria finalidade do regime CFC e do próprio IRC.

A este propósito veja-se que, se atentarmos ao Relatório Final da Comissão para a Reforma do IRC,³⁷⁹ já se reconhecia que a literatura económica vinha considerando que “(...) a realização de mais-valias e a distribuição de dividendos são formas alternativas de aporção de valor aos acionistas, sendo concebidas como substitutos próximos, em função da sua inerente substituibilidade relativa. Nestes termos, considera-se que um tratamento fiscal discrepante entre estas duas formas de realização do rendimento é suscetível de influenciar a decisão fundamental de detenção de capital nas empresas, modificando, desta forma, o comportamento “natural” dos agentes económicos, ou, por outras palavras, criando ineficiências (...)”.

Nesta sequência, foi adotado o regime de *participation exemption*, segundo o qual, as mais-valias resultantes da alienação de participações que cumpram as exigências do regime não concorrem para o lucro tributável.

Ora, pretendia-se já na Reforma do CIRC de 2014, que a adoção do regime de *participation exemption*, com a amplitude que o mesmo assumia, norteara a ação legislativa em diversas áreas conexas, numa lógica de coerência, por forma a impedir descontinuidades legislativas que favorecessem, na prática, comportamentos de substituição, e por outro, por forma a atingir um sistema simétrico para realidades semelhantes.³⁸⁰

No entanto, não podemos deixar de assinalar como ponto negativo que, ao autorizar uma dedução ao valor de realização, a norma poderá suscitar algumas dúvidas, designadamente, quanto ao montante máximo que poderá ser deduzido – uma vez que não se refere, ao contrário do que sucede no n.º 8, que a dedução é feita até à concorrência- e quanto, à relação entre esta norma e a norma de “*desimputação*”³⁸¹ por via de distribuição.

379 Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares- Projeto da reforma do IRS- Uma reforma do Irs orientada para a simplificação, a família e a mobilidade social, 2014 [Consultada em 8 de novembro de 2019]. Disponível em http://opinumerica.pt/documents/Rel_Comissao_Reforma_IRS.pdf.

380 Idem.

381 Aquilo a que impropriamente se costuma chamar “*desimputação*” serve, em bom rigor, para repor a “*tributação normal*”, devolvendo a tributação dos sócios ao domínio do princípio da capacidade contributiva, precisamente quando o motivo que subjaz à aplicação da norma CFC deixa de existir, isto é, quando a própria entidade CFC coloca o rendimento à disposição dos titulares do respetivo capital Cf. Supremo Tribunal Administrativo- Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Processo n.º 102/12-30.

O preceito deixa em aberto a possibilidade de se gerarem valores de realização negativos (ou a não se aceitar tal resultado, a consequência de não se lograr alcançar a plena eliminação da dupla tributação almejada pela Diretiva ATAD, prevista no n.º 6 do seu artigo 8.º).

Perante a alteração trazida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, à realidade das transmissões onerosas de partes sociais, mais correto seria que o artigo 46.º do CIRC tivesse igualmente sido alterado, passando a prever-se, designadamente, que, para efeitos do valor de aquisição das partes de capital – relevantes para efeitos do CIRC – se deveria considerar, quer positiva quer negativamente, o montante imputado e deduzido, nos termos do artigo 66.º do CIRC.

Um outro problema deixado em aberto no normativo português é a eliminação da dupla tributação potencialmente gerada pela aplicação de outras disposições anti-abusivas aos rendimentos imputados (referimo-nos a mecanismos como as regras de preços de transferência, as regras de limitação à dedução de juros e as regras anti-híbridos). No entanto, se se considerar³⁸² que o regime português de CFC funciona como medida de *backstop* às demais medidas anti-abuso, chegamos a uma solução que evita a necessidade de prever mecanismos de eliminação de dupla tributação.³⁸³ Com efeito, em tal caso, o regime previsto no artigo 66.º do CIRC teria em consideração, para efeitos do cálculo do rendimento imputável, todas as correções realizadas por via de outras disposições anti-abusivas.

Igualmente suscetíveis de gerar dupla tributação sobre o rendimento da CFC são os casos em que possam ter aplicação regimes CFC de vários países – problema que o regime português igualmente não trata.

A este respeito, parece ser especialmente relevante trazer à colação a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 177/XIII, que antecedeu a Lei n.º 32/2019, na qual se afirmava que o objetivo do legislador era “ (...) *muito concretamente, adotar no sistema fiscal português as soluções comuns definidas no contexto da União Europeia (UE), em coerência com as conclusões dos relatórios finais do projeto do G20 e da OCDE sobre a erosão da base tributável e a transferência de lucros (vulgarmente conhecidos por BEPS – Base Erosion and Profit Shifting), por forma a assegurar que são implementadas medidas coordenadas capazes de desencorajar, de modo mais eficaz, práticas de elisão fiscal, de garantir uma tributação justa e eficaz e de reforçar a proteção dos sistemas fiscais ao nível global contra o planeamento fiscal agressivo.*”

Ora, no que a este tema respeita, a OCDE/G20 recomendou que fosse adotada uma hierarquia entre os vários territórios que pretendam aplicar os regimes CFC, dando-se prioridade

382 Esta discussão encontra-se fora do escopo desta dissertação, pelo que sobre a mesma tecemos apenas breves considerações, conforme decorre da delimitação do tema que faz parte integrante da introdução da presente dissertação.

383 Como devidamente assinalado no capítulo 3 da presente dissertação, a OCDE não se pronunciou solidamente sobre esta temática. Neste sentido, *vide* DOURADO, Ana Paula *Governança Fiscal Global...*, pp. 74-75.

ao Estado onde residir a entidade mais próxima da CFC na cadeia de participações, e assim sucessivamente,³⁸⁴ solução que igualmente perfilhamos.

5.3.4 Regras de Exclusão

No que respeita às regras que permitem excluir a aplicação da regra CFC, as mesmas encontram-se previstas nos n.ºs 7 e 14 daquele artigo, tendo igualmente sofrido alterações dignas de nota, face à redação anterior.

A exclusão geral, em virtude da prossecução de determinadas atividades, passou a ser estruturada em torno de um critério mais objetivo, ficando excluídas do âmbito do regime todas as entidades cujos rendimentos mencionados nas diversas alíneas do n.º 7³⁸⁵ do artigo 66.º não excedam 25%- ao invés dos 33% previstos na Diretiva ATAD- do total dos rendimentos.

De todos os rendimentos ali identificados cumpre dedicar particular atenção aos que constam da alínea e). A referência a “*pouco valor económico*”, proveniente da Diretiva ATAD, é vaga e indefinida, o que poderá despoletar interpretações distintas e consequente litigiosidade.

Em segundo lugar, continua a prever-se a exclusão da aplicação do regime no que diz respeito a entidades não residentes que sejam residentes na UE e no EEE, conquanto a constituição e o funcionamento da entidade obedeçam a razões económicas válidas, esclarecendo-se, no entanto, no artigo 14.º que é necessário que à mesma sejam atribuídos pessoal, equipamento, ativos e instalações, para prossecução de uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Saliente-se que esta exclusão não chega sequer a ser estendida a entidades com residência noutro Estado – fora da UE e do Espaço Económico Europeu – com quem Portugal tenha celebrado uma CDT que se encontre em vigor e que preveja a troca de informações, o que se nos afigura incompreensível.

5.3.5 Obrigações Declarativas

No que respeita às obrigações declarativas previstas, a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, não trouxe quaisquer alterações.

384 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*, pp. 66-67.

385 As categorias previstas no n.º 7 são as seguintes: *royalties* ou outros rendimentos provenientes de direitos de propriedade intelectual, direitos de imagem ou direitos similares, dividendos e rendimentos provenientes da alienação de partes de capital, rendimentos provenientes de locação financeira, rendimentos provenientes de operações próprias da atividade bancária, mesmo que não exercida por instituições de crédito, da atividade seguradora ou de outras atividades financeiras, realizadas com entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC, rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do já referido n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC e que acrescentem pouco ou nenhum valor económico e juros ou outros rendimentos de capitais.

Continua a prever-se que, para efeitos do n.º 1 do artigo 66.º do CIRC, o sujeito passivo deve integrar no seu processo de documentação fiscal:

- i. as contas devidamente aprovadas pelos órgãos competentes das entidades não residentes a que respeitam o lucro ou os rendimentos a imputar;
- ii. a cadeia de participações diretas e indiretas existentes entre entidades residentes e a entidade não residente, bem como todos os instrumentos jurídicos que respeitem aos direitos de voto ou aos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais; e,
- iii. a demonstração do imposto pago pela entidade não residente e dos cálculos efetuados para a determinação do IRC que seria devido se a entidade fosse residente em território português, nos casos em que o território de residência da mesma não conste da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.

5.4 Conclusões Preliminares

Considerando todas as alterações analisadas ao longo deste capítulo, pode concluir-se que na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o regime português de CFC sofreu diversas modificações designadamente no referente: à definição de participação relevante; à definição de CFC; à determinação do cálculo dos lucros da CFC; à dedutibilidade das perdas incorridas pela CFC; às regras que tratam da alienação das participações sociais de uma CFC e às regras de exclusão aplicáveis a empresas da UE e do EEE qualificadas como CFC.

Com as alterações operadas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o regime português em matéria de CFC parece assim abandonar o seu cariz meramente dissuasor de comportamentos abusivos, para passar a ser um mecanismo que implica, para as empresas e os indivíduos, preocupações acrescidas ao nível do cumprimento de todas os ditames legais aplicáveis, acarretando, conseqüentemente, maiores custos de *compliance* e obrigando-os a um contínuo controlo de todos os requisitos legalmente previstos, de um modo muito mais compreensivo face ao anteriormente traçado.



6. A (in)compatibilidade do atual regime português de CFC com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu

Examinada a evolução verificada ao longo dos tempos e, muito concretamente, a operada na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, ao regime português de CFC, bem como dissecadas as diversas componentes relacionadas com a estruturação, aplicação prática e eficácia do mesmo, é chegado o momento de, agregando tudo o que se expôs nos capítulos anteriores da presente dissertação, aquilatarmos da compatibilidade do atual regime português de CFC com o Direito Constitucional Português, com o Direito Internacional e, bem assim, com o Direito Europeu.

Com efeito, decorre da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 177/XIII, que esteve na origem da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio que tal proposta tinha como fito o de “ (...) *adotar no sistema fiscal português as soluções comuns definidas no contexto da União Europeia (UE), em coerência com as conclusões dos relatórios finais do projeto do G20 e da OCDE sobre a erosão da base tributável e a transferência de lucros (...), por forma a assegurar que são implementadas medidas coordenadas capazes de desencorajar, de modo mais eficaz, práticas de elisão fiscal, de garantir uma tributação justa e eficaz e de reforçar a proteção dos sistemas fiscais ao nível global contra o planeamento fiscal agressivo.*”³⁸⁶

Mais decorre daquela Exposição de Motivos que foi encetada uma prévia avaliação do sentido e alcance das regras que o ordenamento jurídico já tinha, por forma a serem identificados os elementos específicos das normas que precisavam de modificação, sem que isso implicasse, no entanto, a criação de novos obstáculos injustificados à vida das empresas.³⁸⁷

Assim, conscientes do sentido das modificações alteradas no regime português de CFC e bem assim dos *benchmarks* estabelecidos pelo Projeto OCDE/G20 BEPS e pela Diretiva ATAD, propomo-nos agora a aferir da conformidade de tal regime face ao ordenamento jurídico europeu, internacional e nacional vigente, o que nos servirá de base de raciocínio para as propostas de alteração que ensaiaremos no sétimo capítulo desta dissertação.

386 Proposta de Lei 177/XIII que Reforça o combate às práticas de elisão fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1164, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?Blaspx? BID=43336>.

387 Idem.

6.1 (In)compatibilidade com os princípios constitucionais da CRP

É consabido que as disposições constitucionais assumem, em qualquer matéria legislativa, um papel crucial, ao que a legislação tributária não é alheia. Efetivamente, a interpretação das normas conforme a Constituição é das interpretações que maior relevância assume no direito interno português.

Em nosso entender, existem pelo menos duas características do regime português de CFC que nos parecem levantar alguns problemas de inconstitucionalidade.

A primeira é a abordagem da entidade seguida no regime português, mediante a qual, verificados todos os pressupostos legais previstos no artigo 66.º do CIRC e nenhuma das suas exclusões, todo o rendimento obtido pela CFC é atribuído ao sujeito passivo residente, na proporção da sua detenção.

O normativo português não tem, assim, qualquer pretensão de ver a sua aplicação limitada aos rendimentos passivos ou mais suscetíveis a serem objeto de transferência artificial para a CFC, o que apenas poderá ser entendido à luz da conveniência administrativa que está associada a este mecanismo de funcionamento, bem como em face de considerações de receita tributária.

A segunda característica que é para nós alvo de preocupação é a presunção irrefutável de abuso e a atribuição de rendimentos aos sujeitos passivos residentes independentemente das concretas circunstâncias factuais da situação em causa.

Efetivamente, como visto anteriormente, em função do que resulta do artigo 66.º do CIRC, uma entidade sediada num território constante da Portaria dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis é considerada uma CFC, independentemente do nível de tributação a que aí esteja sujeita ou dos mecanismos de troca de informações que Portugal tenha estabelecido com o mesmo, sem que tal consideração seja afastável através da comprovação de factos e circunstâncias relevantes, nos casos em que tal território seja um país localizado fora da UE e do EEE.

Por outras palavras, pode afirmar-se que o legislador português introduziu uma presunção inilidível de evasão fiscal nestes casos. Note-se que, entre os territórios que constam da lista acima referida, vários são aqueles com quem Portugal tem acordos de troca de informações fiscais, e bem assim, aqueles com quem Portugal pode trocar informações à luz do artigo 4.º Convenção de Assistência Mútua em Matéria Administrativa, bem como aqueles com quem a própria UE celebrou acordos no âmbito da troca automática de informações de conta bancária.

Ainda assim, a legislação portuguesa exclui a possibilidade de não sujeitar à aplicação do regime de CFC o rendimento das CFC localizadas naqueles territórios de tributação em território português na esfera do sujeito passivo residente.

Destarte, mesmo os contribuintes que participam em entidades CFC que levam a cabo atividades comerciais genuínas, em territórios com quem esteja legalmente estabelecida uma obrigação de troca de informações fiscais, ficam sujeitos à aplicação do regime português em matéria de CFC, sem qualquer possibilidade legal de ilidir tal presunção antes da aplicação da mesma, bastando que tais territórios se encontrem listados.

Tendo presentes estes dois traços característicos, no presente capítulo abordaremos a problemática da compatibilidade do regime português de CFC com a CRP, convocando, para tal desiderato, os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

6.1.1 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, ínsito na parte final do n.º 2 do artigo 18.º da CRP está relacionado com a ideia de proporção ou proibição do excesso, que, em Estado de Direito, vincula as ações de todos os poderes públicos, referindo-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, as ações estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.³⁸⁸

O teste da adequação ou idoneidade consiste num controlo meramente empírico da relação de adequação entre uma medida e o fim que a mesma visa prosseguir. Assim, a pergunta para a qual se pretende resposta com este teste é se a medida proposta é capaz de atingir o fim com ela visado.³⁸⁹

Por sua vez, o teste da necessidade visa assegurar que os meios empregues são absolutamente necessários à prossecução dos fins, procurando aferir se a medida proposta é a menos lesiva possível.³⁹⁰

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito tem por objetivo aferir da validade material da medida procurando avaliar se o sacrifício imposto pela medida proposta é admissível à luz de parâmetros normativo-axiológicos.³⁹¹

388 No controlo da proibição do excesso, o Tribunal Constitucional seguiu desde cedo o esquema dos três testes em que se convencionou desdobrar a análise da relação de adequação entre um meio e o respetivo fim, ao qual se mantém fiel. Cf., exemplificativamente, Acórdão do Tribunal Constitucional Português- de 3 de março de 2020, n.º 130/2020.

389 CANOTILHO, J. J. Gomes - *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1974, ISBN 978-85-450-0593-3, p.270.

390 Idem.

391 Idem.

Geralmente, o princípio da proporcionalidade encontra-se na interceção entre as obrigações constitucionais e a proteção dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, designadamente e para o que ora nos importa, entre o dever fundamental de pagar impostos e a o direito de livre iniciativa económica privada.

O direito de livre iniciativa económica encontra-se previsto no artigo 61.º da CRP, inserido-se no Título III, relativo aos “*Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*”. No entanto, o direito de livre iniciativa económica privada é considerado um direito análogo a um direito, liberdade e garantia³⁹². Ora, esta categorização da liberdade de iniciativa económica como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias remete-nos forçosamente para o regime previsto no artigo 18.º da Constituição, do qual resulta que: o preceito constitucional relativo a este direito é diretamente aplicável e vincula entidades públicas e privadas; a restrição deste direito só pode ocorrer nos casos diretamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; e, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Tem-se, portanto que, qualquer limitação ao exercício das liberdades constitucionais e direitos pode ser imposta por lei somente quando necessário, devendo tal limitação cumprir com os parâmetros do princípio da proporcionalidade: deve ser necessária à proteção do interesse público ao qual está associado; deve ser elaborada de modo a garantir a consecução dos objetivos desejados; e, deve equilibrar os efeitos provocados pela limitação contra o ónus ou inconveniência imposta aos cidadãos.

Pelo que, apenas as medidas mais eficientes devem ser escolhidas. Além disso, as medidas adotadas devem revestir-se da menor onerosidade possível ou pelo menos não serem mais onerosas do que o que é necessário para alcançar o objetivo perseguido.

Ora, como vimos antes, de acordo com o regime português de CFC, os sujeitos passivos residentes detentores podem ser tributados, no que diz respeito ao rendimento das entidades CFC por si detidas, independentemente de tais rendimentos ainda não terem sido distribuídos. Como referido em momento precedente, esta circunstância é suscetível de desencorajar os contribuintes a prosseguirem atividades económicas através de entidades CFC, assim consubstanciando uma potencial restrição à liberdade de iniciativa económica privada.

392 Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que “*ao reconhecer a liberdade de a iniciativa económica privada (n.º 1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objetivo da organização económica), embora sem a incluir diretamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata)*”. Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J. / VITAL MOREIRA - *Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1º a 107º*, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, ISBN: 9789723222869, p. 789.

Vejamos se o faz em respeito do princípio da proporcionalidade.

À primeira vista, o regime português de CFC atende ao primeiro dos três requisitos do princípio da proporcionalidade, sendo necessário para a proteção da erosão da base tributável portuguesa, a qual é corroída quando existem entidades CFC que são utilizadas pelos sujeitos passivos residentes para evitar ou diferir o pagamento de impostos.

No entanto, no atinente ao segundo requisito imposto pelo princípio da proporcionalidade, cremos que as disposições não cumprem com o mesmo, uma vez que não são eficazes e precisas o suficiente para evitar a fraude e evasão fiscais mediante a utilização de entidades CFC, atento o facto de tais regras terem um efeito de distorção sobre atividades que podem ser genuínas.

De facto, como apontámos anteriormente, atenta a abordagem da entidade adotada pela legislação portuguesa, o regime sob análise conduz à tributação de todo o rendimento da CFC na esfera dos sujeitos passivos residentes, não averiguando efetivamente se a totalidade do rendimento em causa foi desviada para a CFC com finalidades relacionadas com a fraude ou a evasão fiscal.

Por seu turno, a presunção inilidível prevista no artigo 66.º do CIRC, segundo a qual toda a entidade estrangeira residente em território constante da lista portuguesa de países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis é considerada uma CFC, sendo todo o tipo de rendimentos ou lucros por esta gerados atribuídos aos sujeitos passivos detentores, na proporção da sua detenção, afronta igualmente o princípio da proporcionalidade, especialmente em relação aos países com os quais Portugal estabeleceu mecanismos legais de trocas de informações.

Acresce que, mesmo em relação aos países com os quais Portugal não tem tais mecanismos, deveria ser possível que os sujeitos passivos pudessem sempre fornecer evidência da sua participação efetiva nas CFC, ao abrigo do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a valoração da prova oferecida e a determinação da validade da mesma, bem como as consequências tributárias baseadas em tal prova, deveria ser aspeto a ser analisado apenas em momento posterior. Quando as informações fiscais não pudessem ser trocadas, o ónus de demonstrar o nível e momento das participações numa CFC deveria passar para o contribuinte, deixando a presunção ora em causa de ser irrefutável.

Pelo que, é de concluir que a norma sindicada reprova no teste da necessidade, consubstanciando uma restrição excessiva do direito constitucionalmente protegido – liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no artigo 61.º, n.º 1, da CRP- além do que seria necessário para a salvaguarda do interesse constitucionalmente protegido- controlo da fraude fiscal, motivo pelo qual deverá a mesma ser alterada, no sentido para o qual apontaremos no sétimo capítulo da presente dissertação.

6.1.2 Princípio da Igualdade

Tratada a conformidade do regime português de CFC com o princípio da proporcionalidade, dedicar-nos-emos agora à análise dos traços característicos melhor identificados acima à luz do princípio da igualdade.

Desde logo, cumpre sublinhar que, consistindo a igualdade em tratar por igual o que é essencialmente igual e diferente o que é essencialmente diferente, não é suficiente para respeitar tal princípio que o legislador estabeleça distinções que não sejam arbitrárias ou sem fundamento material bastante.³⁹³ Exige-se, ainda, que os factos tributáveis sejam reveladores de capacidade contributiva e que a distinção das pessoas ou das situações a tratar pela lei seja feita com base na capacidade contributiva dos respetivos destinatários.³⁹⁴

Estreitando a análise do princípio da igualdade para a sua aceção fiscal, o princípio da igualdade tributária ou impositiva comporta duas vertentes: a da generalidade (todos estão obrigados ao pagamento de impostos) e a da uniformidade (a repartição dos impostos obedece ao mesmo critério para todos).

Ora, o princípio da capacidade contributiva, enquanto capacidade de gastar, pretende ser a expressão dessa segunda vertente do princípio da igualdade na tributação, traduzindo a conceção segundo a qual a incidência dos impostos deve ter como critério o património ou o rendimento dos contribuintes.

O princípio da capacidade contributiva situa-se no quadro do princípio da igualdade, como critério que dá realização à vertente da uniformidade desse princípio (segundo o qual, a repartição dos impostos entre os cidadãos deve obedecer ao mesmo critério).

Considera CASALTA NABAIS³⁹⁵ que, no princípio da capacidade contributiva há de ver-se hoje o critério material do chamado Estado Fiscal, o limite material matriz ou o princípio aglutinador da limitação do Estado Fiscal contemporâneo, não podendo tal princípio deixar de se considerar acolhido pela CRP vigente, ainda que esta não lhe faça referência expressa, uma vez que tal princípio deve funcionar como teste jurídico-constitucional material dos impostos.

No que concerne ao tratamento conferido ao Tribunal Constitucional relativamente a este princípio, observa-se que, pelo menos desde o Acórdão n.º 348/97, aquele douto Tribunal vem consi-

393 Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional Português- de 16 de fevereiro de 1995, n.º 57/95; de 9 de julho de 1997, n.º 497/97; de 10 de março de 2004, n.º 142/2004; de 14 de julho de 2010, n.º 306/2010; de 5 de fevereiro de 2013, n.º 84/2013; de 9 de janeiro de 2014, n.º 42/2014; de 15 de outubro de 2014, n.º 695/2014; de 11 de novembro de 2015, n.º 590/2015; de 3 de dezembro de 2015, n.º 620/2015; de 4 de maio de 2016, n.º 275/16.

394 Idem.

395 CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos - Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 4.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015 ISBN: 9789724011158, pp. 443 e 444

derando que o princípio da capacidade contributiva é um princípio primário da Constituição Fiscal, enquanto expressão do princípio da igualdade (na vertente da uniformidade) nesse domínio.

No referido Acórdão escreveu-se que:

- i. é em função da capacidade contributiva que há de determinar-se a medida, igual ou desigual do imposto;
- ii. o legislador, “(...) *na seleção e articulação dos fatos tributáveis, há de ater-se a factos reveladores da capacidade contributiva (...)*”; e,
- iii. por força deste princípio, há de ocorrer a “*existência e a manutenção de uma efectiva conexão entre a prestação tributária e o pressuposto económico seleccionado para objecto do imposto, exigindo-se, por isso, ‘um mínimo de coerência lógica das diversas hipóteses concretas de imposto previstas na lei com o correspondente objecto do mesmo’*”.

Por seu turno, a propósito da problemática da articulação entre as presunções estabelecidas em matéria tributária e o princípio da capacidade contributiva, escreveu-se no Acórdão n.º 452/2003 o seguinte: “(...)o Acórdão n.º 84/03 (in D.R., II Série, n.º 124, de 29-5-2003, pp. 8338 ss) articulou o princípio da capacidade contributiva com a possibilidade de o contribuinte dispor de meios para ilidir os resultados de determinadas formas de tributação:

«O princípio da capacidade contributiva exprime e concretiza o princípio da igualdade fiscal ou tributária na sua vertente de «uniformidade» – o dever de todos pagarem impostos segundo o mesmo critério – preenchendo a capacidade contributiva o critério unitário da tributação. Consiste este critério em que a incidência e a repartição dos impostos – dos «impostos fiscais» mais precisamente – se deverá fazer segundo a capacidade económica ou «capacidade de gastar» de cada um e não segundo o que cada um eventualmente receba em bens ou serviços públicos (critério do benefício). A actual Constituição da República não consagra expressamente este princípio com longa tradição no direito constitucional português - a Carta Constitucional de 1826 expressa-o na fórmula de tributação «conforme os haveres» dos cidadãos e, na Constituição de 33, o artigo 28º consigna-o na obrigação imposta a todos os cidadãos de contribuir para os encargos públicos «conforme os seus haveres».”

Prosseguindo, pode ler-se que “[n]ão obstante o silêncio da Constituição, é entendimento generalizado da doutrina que a «capacidade contributiva» continua a ser um critério básico da nossa “Constituição fiscal” sendo que a ele se pode (ou deve) chegar a partir dos princípios estruturantes do sistema fiscal formulados nos artigos 103º e 104º da CRP (...)”.

Como se referiu no Acórdão n.º 211/93, citando anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional,“(...) o princípio da tributação do rendimento real exprime uma exigência constitucional

*mais vasta que se alarga a toda a tributação do rendimento que, no entanto, exclui o recurso à técnica das presunções absolutas para a definição da incidência ou a determinação da matéria colectável do imposto (cfr. J. M. Cardoso da Costa, “O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal: A Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, 1997, pág. 425, nota 19). A entender-se diferentemente, surpreender-se-ia desigualdade de regimes para situações análogas, quanto à questão da tributação em si mesma considerada, sujeitando a critérios não idênticos a articulação entre a prestação tributária e o pressuposto económico seleccionado pelo legislador para objecto do imposto, o que tem a ver com o conceito de capacidade contributiva que, não obstante a sua não consagração constitucional, mais não será do que “a expressão (qualificada) do princípio da igualdade, entendido em sentido material, no domínio dos impostos, ou seja, a igualdade no imposto (...)”.*

Deste modo, por força do princípio da igualdade de tributação, assente no princípio da capacidade contributiva, os contribuintes serão tributados em conformidade com a respetiva capacidade, o que significa que os contribuintes com a mesma capacidade contributiva pagarão os mesmos impostos (igualdade horizontal) e os contribuintes com diferente capacidade contributiva pagarão diferentes impostos, seja em termos qualitativos, seja em termos quantitativos (igualdade vertical), consubstanciando, assim, a exigência da tributação em conformidade com a capacidade contributiva uma expressão específica do princípio da igualdade para o domínio dos impostos.³⁹⁶

Aplicando estas considerações à matéria que nos ocupa na presente dissertação, ao avaliar o regime português de CFC, há que verificar, desde logo, se todos os detentores de participações sociais em entidades CFC são tratados de maneira semelhante ou diferente de outros contribuintes que são tributados em relação às suas participações em empresas que são entidades residentes em território português, ao que respondendo positivamente, se concluirá pela comparabilidade das situações.

Ora, não obstante serem, de facto, situações comparáveis, as mesmas merecem claramente um tratamento distinto: se estiver em causa a detenção de uma CFC, os lucros ou rendimentos são imputados ao sujeito passivo e tributados na sua esfera, independentemente de qualquer distribuição, ao passo que se não estiver em causa uma CFC, os sujeitos passivos residentes apenas veem os rendimentos da entidade por si detida a serem imputados e tributados na sua esfera aquando da colocação de tais rendimentos à sua disposição.

Note-se, porém, que tal só acontecerá se estiverem preenchidos os requisitos previstos na legislação portuguesa em matéria de CFC, referentes ao interesse substancial, à proveniência do rendimento da CFC, à tributação da CFC em 50% do montante do imposto que seria devido em território português.

396 CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental ...*, pp. 443 e 444

Esta última condição é, no entanto, alternativamente considerada preenchida se a entidade estrangeira tiver residência fiscal num país constante da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

Acresce que, se a residência fiscal da empresa estrangeira estiver dentro da UE/EEE, mesmo que todas as condições de controlo, rendimento passivo e baixa tributação estejam verificadas, a entidade será considerada CFC, sem que, no entanto, tal implique que os seus detentores estejam sujeitos a tributação nos termos do regime português de CFC, conquanto o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações.

Se compararmos o que impõe o regime português de CFC português aos sujeitos passivos residentes que detêm uma CFC, face aos que detêm uma qualquer entidade residente em território português, podemos chegar a um resultado aparentemente compatível com o princípio da igualdade, baseado na possibilidade de erosão da base tributável.

Efetivamente, os sujeitos passivos residentes que detêm entidades residentes em Portugal podem decidir acumular rendimento numa determinada entidade, a cada ano, ao invés de optar pela sua distribuição numa base contínua, diferindo assim a tributação na sua esfera direta, mas não a evitando completamente, uma vez que os rendimentos de tal entidade não deixarão de ser tributados em Portugal, à taxa aplicável, atenta a residência da entidade. Já em relação aos participantes de uma CFC, não se verifica o mesmo.

Veja-se, todavia, que tal conclusão só é válida na medida em que o regime português de CFC vise combater a fraude ou evasão fiscais através do uso de CFC.

Donde, as inadequações que se verificam na estruturação do regime português (mormente, a adoção de uma abordagem de entidade com a tributação de todo o rendimento obtido pela CFC e não apenas aquele que provém de transferências artificiais de lucros, bem como a existência de presunções inilidíveis de fraude ou evasão fiscais) invalidam a consideração pela conformidade deste regime com o princípio da igualdade, nas suas vertentes de universalidade e da capacidade contributiva, porquanto superam a medida da dissemelhança entre as situações visadas, ultrapassando a *ratio* da diferenciação estabelecida.

Por tudo quanto se expôs, é de concluir que a norma sindicada viola o princípio da igualdade, encontrando-se estruturada à sua revelia, motivo pelo qual deverá a mesma ser revista, remetendo-se, a este título, para o sétimo capítulo da presente dissertação.

Aquilatada a incompatibilidade do atual regime de CFC com o Direito Constitucional Português, passemos agora à análise da sua conformidade com o Direito Internacional, mais concretamente com as recomendações decorrentes da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS especialmente dirigidas aos Estados-Membros da União Europeia.

6.2 (In)compatibilidade com as recomendações decorrentes da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS especialmente dirigidas aos Estados-Membros da União Europeia

Tal como resulta do previamente exposto no terceiro capítulo da presente dissertação, no Relatório Final da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS, reconhece-se que, no contexto da UE, as recomendações emanadas relativamente às regras CFC têm que se revestir de suficiente flexibilidade de modo a permitir que os Estados-Membros as implementem de acordo com o Direito da UE, sem que deixem de serem suficientemente amplas para ser efetivas na luta contra o BEPS.

Desde logo, refere-se no Relatório Final que tanto no Acórdão *Cadbury Schweppes* como em Acórdãos subsequentes, o TJUE deixou claro que as regras CFC, bem como outras regras tributárias aplicáveis a situações transfronteiriças justificadas pela prevenção da evasão fiscal, devem referir-se especificamente a expedientes puramente artificiais, carentes de realidade económica, cujo único objetivo seja o de obter uma vantagem fiscal, aludindo-se ao Acórdão *Haribo*,³⁹⁷ o que tem impacto, segundo o Relatório Final, no que respeita não só aos Estados-Membros da UE como, igualmente, aos do EEE.

Neste contexto, não obstante, se reconhecer que a forma de cumprir com as liberdades do TFUE é uma decisão individual de cada Estado-Membro da UE, propõe-se, no Relatório Final, que os Estados tenham em conta quatro recomendações no que concerne especificamente ao desenho das regras CFC, as quais procuraremos explorar e analisar criticamente, atento o especial impacto que as mesmas poderão ter para a avaliação da compatibilidade³⁹⁸ do renovado regime português em matéria CFC com o projeto BEPS.

6.2.1 Inclusão de análise de substância

Como primeira recomendação, o Relatório Final apontou a inclusão de uma análise de substância, a qual ditaria que os contribuintes apenas cairiam no âmbito das normas CFC caso as suas entidades controladas não desenvolvessem atividades económicas autênticas.³⁹⁹

Do nosso ponto de vista, esta recomendação não merece qualquer censura parecendo, inclusivamente, alinhar-se com o Direito da UE e com o Direito Constitucional Português.

No que diz respeito ao regime português de CFC, prevê-se, no n.º 12 do artigo 66.º do CIRC, a exclusão da aplicação de tal regime nos casos em que a constituição e funcionamento da en-

397 TJUE- Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel*.

398 Note-se que quando nos referimos à incompatibilidade com o Projeto OCDE/G20 BEPS, pretendemos reportar-nos mais concretamente ao (des)alinhamento com as recomendações emanadas pela OCDE/G20, com especial enfoque nas recomendações dirigidas aos Estados-Membros da União Europeia, as quais, por serem meros instrumentos de *soft law* não desencadearão qualquer tipo de consequência legal, não obstante poderem servir como *benchmark* comparativo.

399 §22 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

tidade correspondam a razões económicas válidas e que estas desenvolvam uma atividade económica e de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, tendo esta última parte sido aditada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Tal exclusão apenas se opera, no entanto, quando a entidade CFC esteja residente ou esteja estabelecida noutra Estado-Membro da UE ou num EEE, conquanto, neste último caso, tal Estado se encontre vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE.

A par da análise de substância prevista no âmbito da exclusão da aplicação do regime CFC supra descrita, da redação anterior do artigo 66.º do CIRC, em concreto do seu n.º 6, resultava que os rendimentos da CFC não ficariam sujeitos ao regime CFC, conquanto a entidade levasse a cabo uma atividade agrícola ou industrial, no território onde estava estabelecida ou uma atividade comercial ou de prestação de serviços que não estivesse predominantemente dirigida ao mercado português, das quais proviessem pelo menos 75% dos seus lucros.

O anterior regime CFC português misturava, assim, aquilo que parece resultar recomendado pela OCDE/G20 (i.e., distinguir os rendimentos da CFC conforme a sua proveniência) com a análise substancial da atividade da CFC.

Com as alterações da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, tais previsões foram eliminadas, o que se lamenta, uma vez que as atividades ali previstas e o seu direcionamento a determinado território levavam a que as mesmas não fossem, em princípio geradoras de rendimentos suspeitos de BEPS.

Por seu turno, no que respeita à substância associada a certo tipo de rendimentos, o regime português de CFC parece-nos alinhado com o resultado da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS.

Com efeito, os rendimentos elencados atualmente nas diversas alíneas do n.º 7 do artigo 66.º (e bem assim, as anteriores alíneas a) e b) do n.º 6 do mesmo artigo) visam excluir do regime entidades cujos rendimentos ali elencados não excedam 25% do rendimento total da entidade CFC.

Assim, no que a esta recomendação diz respeito, o regime português de CFC parece encontrar-se perfilado com as recomendações da OCDE/G20, por, de algum modo, se poder entender que o mesmo implica efetivamente e em certo grau, uma análise de substância.

6.2.2 Extensão da aplicação das regras CFC a entidades domésticas

No Relatório Final sugere-se, igualmente, que as regras CFC sejam aplicadas do mesmo modo em relação a subsidiárias residentes e não residentes. Considera a OCDE/G20 que um re-

gime CFC só seria contrário à liberdade de estabelecimento se discriminasse os não residentes, o que a OCDE/G20 retira do §45 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.⁴⁰⁰

Por conseguinte, entende a OCDE/G20 que, nos casos em que um regime de CFC trata residentes e não residentes de forma igual, o mesmo não será considerado discriminatório, de acordo com a jurisprudência do TJUE, não sendo, no seu entender, necessária justificação alguma para aplicação das regras CFC.⁴⁰¹

Ora, como resulta do que se expôs no quinto capítulo da presente dissertação, a redação do artigo 66.º do CIRC não contém semelhante previsão, solução com a qual concordamos atento o carácter altamente discutível desta recomendação, como se demonstrará.

É certo que se tem afirmado, por vezes, que a aplicação das regras de CFC não apenas às entidades estrangeiras mas também às empresas domésticas poderia impedir a existência de uma restrição das liberdades fundamentais, porque os contribuintes residentes que tivessem controlo sobre empresas nacionais e estrangeiras seriam tratados exatamente da mesma maneira.⁴⁰²

Tal solução legal tornaria, supostamente, as regras CFC mais eficazes, uma vez que a sua aplicação deixaria de estar limitada a expedientes puramente artificiais, por deixar de se identificar qualquer restrição do direito da UE.⁴⁰³

Com efeito, a aplicação das regras CFC a residentes e não residentes impede que tais regras contenham o teste da sujeição dos rendimentos em causa a uma tributação privilegiada, donde parece resultar que a aplicação sugerida pela OCDE/G20, poderia, de facto, contornar um eventual efeito restritivo das liberdades fundamentais:

- i. por um lado, deixaria de existir um tratamento diferenciado para uma empresa/indivíduo residente com determinada participação substancial numa empresa residente em comparação com uma empresa/indivíduo residente com uma participação substancial em empresas residentes noutro Estado da UE ou do EEE; e,
- ii. por outro lado, deixaria igualmente de existir um tratamento diferenciado entre uma empresa/indivíduo residente com uma certa participação nos lucros de uma empresa residente no Estado-Membro da UE de baixa tributação em comparação com uma empresa/indivíduo residente num Estado-Membro da UE sem baixa tributação.

400 §22 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

401 §22 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

402 Schön, W., *Taxing Multinationals in Europe*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2012. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020], Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185282; RUST, Alexander- CFC Legislation and..., p. 498-499; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

403 RUST, Alexander- CFC Legislation and..., p. 497; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

Sem prejuízo do exposto, a compatibilidade das regras CFC com o direito da UE por meio da abordagem sugerida de equiparação de residentes e não residentes não merece a nossa concordância.

Qualquer disposição que seja aplicável a uma situação transfronteiriça, pode restringir automaticamente determinada liberdade fundamental, de acordo com a jurisprudência do TJUE. Daí que tenha que ser justificada e proporcional. Isto é especialmente verdadeiro no caso das regras CFC, em relação às quais se nos afigura que a sua aplicação às empresas domésticas é inútil, uma vez que as mesmas sempre estariam totalmente sujeitas a tributação no território da sociedade-mãe.⁴⁰⁴

Acresce que, parece decorrer da jurisprudência do TJUE, designadamente do Acórdão *Baxter*,⁴⁰⁵ que, por forma a apurar-se a existência de qualquer incompatibilidade com o Direito da UE, deve ter-se em conta o escopo efetivo ou substancial da norma- aquele em que a norma é mais suscetível de atuar- e não o seu escopo meramente formal.

Considerando que as entidades controladas são principalmente utilizadas pelos contribuintes para diferimento ou evasão fiscal,⁴⁰⁶ o que não pode ser alcançado se o rendimento estiver sujeito à mesma tributação ou a um nível de tributação muito semelhante ao do rendimento dos contribuintes controladores, conclui-se que a cobertura de empresas nacionais e estrangeiras pelo escopo das regras do CFC não consegue superar o facto de que, na prática, o escopo essencial de aplicação da norma serão os casos de entidades não residentes e, apenas excecionalmente, as entidades domésticas.

Destarte, o seu verdadeiro escopo continuaria a implicar uma certa distinção entre situações puramente domésticas e situações transfronteiriças, não sendo possível concluir-se, nessa medida, pela inexistência qualquer restrição.⁴⁰⁷

Acrescente-se que a recomendação da OCDE/G20 parece igualmente desprovida de sentido por razões de política tributária.

Veja-se que as regras CFC e a sua eficácia se reconduzem a saber se as mesmas funcionam na prevenção e eliminação da evasão fiscal gerada através da utilização de entidades situadas em territórios de baixa tributação.⁴⁰⁸

404 TERRA, Ben J. M., & WATTEL, Peter J.– *European Tax Law...*, p. 219; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

405 TJUE-§12-13 Decisão de 8 de julho de 1999, C-254/97, *Baxter*; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

406 ARNOLD, B. J., DIBOUT P., *General Report...*, pp. 40-41.

407 SCHMIDT, Peter Koerver- Are the Danish...,pp. 5-6; SCHMIDT, Peter Koerver-Denmark – *National Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies In Cahiers de droit fiscal international*, Copenhaga, 98a, 2013, ISBN: 9041116370, pp. 276-277; RØNFELDT, T.- Action Against Capital Funds the Danish Rules on CFC Taxation and Thin Capitalization are Inadequate, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 1 (2009), pp. 40-50.

408 DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report...*,pp. 259-278

Ora, em situações puramente domésticas, não existe este risco de diferimento ou evasão, uma vez que a empresa doméstica controlada é tributada, no momento devido, com base na taxa de imposto aplicável naquele território.

Regra geral, em situações puramente domésticas não há qualquer diferença no nível de tributação entre a empresa controlada e controladora e, nos casos em que tal se verifique, é o próprio Estado-Membro que é responsável pela existência dessa diferença.

Por outras palavras, as diferenças no nível de tributação entre empresas no território de um dos Estados-Membros são pouco prováveis e, mesmo que ocorram, são geralmente efetuadas devido a razões de política fiscal (v.g. apoios a partes menos desenvolvidas de determinado Estado-Membro mediante incentivos fiscais).

Atentas as considerações tecidas, conclui-se que a extensão das regras CFC a situações puramente domésticas se revela contraditória com a sua finalidade e com a lógica política e económica de implementação e aplicação de regras CFC.⁴⁰⁹

A mera extensão da legislação CFC a estas situações, por motivos puramente formalistas, causaria encargos administrativos adicionais injustificados, quer para os contribuintes quer para as empresas e autoridades fiscais nacionais, sendo não só desnecessária como contraproducente, de um ponto de vista económico.

Seria reprovável que, a fim de evitar a suspeita de discriminação, os Estados-Membros estendessem a aplicação de medidas anti-abuso, destinadas a prevenir a evasão fiscal transfronteiriça, a situações puramente domésticas onde não existe risco possível do abuso visado pelas regras CFC.

Essas soluções unilaterais comprometem apenas a competitividade dos Estados-Membros, sendo contrárias ao próprio interesse do mercado interno. Além de que, mesmo perante tal extensão, podem suscitar-se questões relacionadas com a aferição de saber se as medidas resultam, só por si, alinhadas com o Direito da UE.⁴¹⁰

Assim sendo, parece-nos que as regras CFC que sejam aplicáveis nas mesmas condições no mercado interno e transfronteiriçamente, não deixam de ser, de modo automático, potencialmente restritivas, continuando a estar submetidas aos testes de justificabilidade e de proporcionalidade estabelecidos pelo TJUE, ao contrário do que se verteu no Relatório Final.

409 Pelo mesmo diapasão afinam MAISTO, G., PISTONE, P., *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1...*, p. 508 e KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

410 COM (2007) 785 final- *Communication From The Commission To The Council, The European Parliament And The European Economic And Social Committee- The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries*, p. 6; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

A extensão das regras em matéria de CFC às empresas domésticas não é, assim, uma abordagem adequada à garantia da sua compatibilidade com o direito da UE, nem ao próprio fim prosseguido por aquele tipo de regras.

Motivo pelo qual o não acolhimento pelo legislador português desta recomendação nos parece justificado e o posicionamento mais adequado, não sendo em nosso entender de propor qualquer alteração ao regime nesse sentido.

6.2.3 Aplicação das regras CFC a transações que são parcialmente artificiais

Como terceira recomendação, sugere-se no Relatório Final que as regras CFC se apliquem a operações que sejam “*parcialmente puramente artificiais*”.⁴¹¹

Esta recomendação resulta do entendimento da OCDE/G20 de que, quando se considera que uma CFC de um Estado-Membro afeta a liberdade de estabelecimento e é discriminatória, pode a mesma ser, ainda assim, considerada justificada e proporcional. Segundo o entendimento vertido no Relatório Final, sem prejuízo de, em anterior jurisprudência do TJUE, aquele Tribunal ter considerado, que as regras CFC dos Estados-Membros só poderiam ser tidas como justificadas e proporcionadas se fossem limitadas a expedientes puramente artificiais, duas recentes linhas de jurisprudência do TJUE possibilitariam que as regras CFC, com aplicação para além de montagens puramente artificiais também poderiam ser consideradas justificadas e proporcionadas. Por forma a sustentar o seu entendimento o Relatório Final invoca, o Acórdão *Thin Cap Group Litigation*.⁴¹²

Analisando o regime português de CFC, observa-se que o mesmo não acolheu esta recomendação. Efetivamente, do regime português de CFC não resulta qualquer referência à expressão “*parcialmente puramente artificial*” ou qualquer outra que se assemelhe. O regime português refere-se, outrossim, a “razões económicas válidas”.

Examinemos, então, se faria sentido que o ordenamento jurídico-português adotasse o posicionamento defendido pela OCDE/G20.

O primeiro comentário que gostaríamos de fazer prende-se, desde logo com uma questão linguística, a qual nos parece de uma límpida clareza: os termos ‘parcialmente’ e ‘puramente’ parecem ser obviamente auto excludentes.⁴¹³ Pelo que, o que parece ser implicitamente pretendido pela OCDE/G20 é que se um rendimento, de uma determinada transação, for considerado

411 §22 OCDE (2015), *Designing Effective Controlled...*

412 TJUE- §81 Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...

413 Resulta do Dicionário Priberam da língua portuguesa que o advérbio ‘puramente’ se reporta a algo ‘restrito’ ou ‘exclusivo’, sendo seus sinónimos as expressões ‘apenas’, ‘exclusivamente’, ‘meramente’, ‘simplesmente’, ‘só’, ‘somente’, ‘unicamente’. Por seu turno, o advérbio ‘parcialmente’ reporta-se a algo ‘de modo parcial’, ‘apenas em parte ou numa parte’. Cf. “puramente” e “parcialmente” in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2020. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020], Disponível em <https://dicionario.priberam.org/parcialmente> e <https://dicionario.priberam.org/puramente> e <https://dicionario.priberam.org/parcialmente> e <https://dicionario.priberam.org/parcialmente> [consultado em 06-04-2020].

artificial, então a tributação desse rendimento ao abrigo das regras CFC poderá ser justificada à luz da prevenção da utilização de um expediente totalmente artificial. Não obstante ser possível descortinar o que a OCDE/G20 pretendeu, não se pode concordar com a recomendação ora em causa pelos motivos que se passarão a enunciar.

Desde logo, o *iter* cognoscitivo da OCDE/G20 parece fundar-se no §81⁴¹⁴ do Acórdão proferido no âmbito do caso *Test Claimants in the Thin Cap Litigation Group*⁴¹⁵, ao mesmo tempo que parece ter ignorado o teor do §92⁴¹⁶ do mesmo aresto, no qual está a conclusão à primeira e terceiras questões colocadas ao Tribunal.

Ora, a ignorar-se alguma parte do Acórdão, nunca a mesma poderia ter sido a sua conclusão legal, da qual não se extrai que possa justificar-se uma restrição à liberdade de estabelecimento decorrente de regras de subcapitalização quando se esteja perante expedientes “*parcialmente puramente artificiais*”, pelo contrário.

Poderá argumentar-se, em defesa da recomendação da OCDE/G20 que a decisão vertida em tal Acórdão é invocada a título exemplificativo e que haverão mais Acórdãos nesse sentido.

Mesmo concebendo, sem conceder, que assim é, não vemos como reconhecer validade a esta recomendação, de todo o modo. Isto porque a jurisprudência do TJUE que se refere a artificialidade parcial é proferida no domínio da avaliação de conformidade de normas anti-abusivas que visam impedir a livre transferência de rendimentos, sob a forma de dedução de despesas ou sob a forma de prejuízos entre Estados, uma vez que tais provisões se concentram numa determinada transação ou transações entre entidades associadas, aplicando-se nos casos em que tal transação é vista como inadmissível do ponto de vista fiscal, ao passo que, as regras CFC não visam meras transações individualizadas.

414 Cujo texto aqui se reproduz: “*Com efeito, o facto de ter sido concedido um empréstimo a uma sociedade residente, por uma sociedade não residente, em condições que não correspondem ao que as sociedades em causa teriam acordado em condições de plena concorrência, constitui, para o Estado-Membro de residência da sociedade mutuária, um elemento objectivo e verificável por terceiros, para determinar se a transacção em causa é, no todo ou em parte, um expediente puramente artificial cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação fiscal desse Estado-Membro. A este respeito, o que está em causa é saber se, caso não houvesse relações especiais entre as sociedades em causa, o empréstimo não teria sido concedido, ou se teria sido concedido num montante ou a uma taxa de juro diferentes.*”(sublinhado nosso)

415 TJUE- Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...

416 O qual se transcreve: “*Consequentemente, há que responder à primeira e à terceira questão que o artigo 43.º CE se opõe à legislação de um Estado-Membro que restringe a possibilidade de uma sociedade residente deduzir, para efeitos fiscais, os juros pagos para remunerar fundos emprestados por uma sociedade-mãe, directa ou indirecta, residente noutro Estado-Membro, ou por uma sociedade residente noutro Estado - Membro, controlada por essa sociedade-mãe, não sujeitando a essa restrição uma sociedade residente que tenha tomado de empréstimo fundos a uma sociedade também ela residente, salvo se, por um lado, essa legislação se basear numa análise de elementos objectivos e verificáveis que permitam identificar a existência de um expediente puramente artificial com meras finalidades fiscais, prevendo a possibilidade de o sujeito passivo apresentar, se for o caso e sem que seja sujeito a exigências administrativas excessivas, elementos relativos às motivações comerciais subjacentes à transacção em causa e, por outro lado, quando a existência desse expediente estiver demonstrada, a referida legislação só qualificar esses juros como lucros distribuídos na medida em que excedam o que teria sido convencionado em condições de plena concorrência.*” (sublinhado nosso).

A sua finalidade é, outrossim, a ‘eliminação’ de toda a estrutura CFC em vez de transações particulares entre contribuintes de algum modo associados.

Além do mais, as regras CFC são aplicáveis independentemente de qualquer transação que desencadeie fluxos de rendimento entre os contribuintes que controlam a CFC e a CFC, em si mesma.

Por este motivo, parece-nos razoável supor que, nos casos a que a OCDE/G20 parece referir-se de forma difusa - e que são os únicos em que reconhecemos bastar a “*artificialidade parcial*” - o TJUE se concentra na artificialidade de uma transação,⁴¹⁷ bem como os termos em que o contribuinte realizou determinada transação⁴¹⁸ em vez de tratar da artificialidade de toda a entidade (v.g., pela falta de instalações, pessoal e equipamento suficientes), atenta a diferença de âmbito da norma sindicada.⁴¹⁹

Tais disparidades implicam a necessidade de uma compreensão e aplicação diferente da justificação para o efeito restritivo operado pelas diversas disposições nacionais anti-abusivas.

Os próprios fatores que são tidos por relevantes para determinar a artificialidade de uma ou uma estrutura são diferentes e a sua evolução depende dos factos do caso concreto levados ao conhecimento do TJUE.⁴²⁰

De forma semelhante, o conceito de “*expedientes puramente artificiais*” deve ser entendido diferentemente quando diferentes liberdades fundamentais estão em causa, no contexto da aplicação das regras em matéria de CFC, e, mais concretamente, quando estejam em causa países terceiros, uma vez que as diferentes liberdades e os seus escopos aplicativos exigem o cumprimento de critérios potencialmente diferentes por parte dos contribuintes.⁴²¹

Quer-se, com isto, significar que a aplicação de uma mesma justificação – a prevenção de evasão fiscal mediante a utilização de expedientes artificiais - exige que se tenham em conta diferentes fatores.

417 Vide, exemplificativamente, TJUE- §41-42 Decisão de 5 de julho de 2012, C-318/10...

418 Vide, a título exemplificativo, TJUE- §81 Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...; §34 e 35 Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08...

419 KOKOLIA, E., CHATZIOAKEIMIDOU, E., BEPS Impact on EU Law..., p. 154; LANG, M. - The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 51,6 (2011), pp. 224; SCHMIDT, Peter Koerver- Are the Danish...,p. 9; HELMINEN, Marjaana, *EU Tax Law: Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2019, ISBN:978-90-8722-562-9, p. 117

420 Zalasiński, A. - EU Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies *In Cahiers de droit fiscal international*, The Hague: Kluwer Law international, 98a, 2013, ISBN: 9012390680, pp. 66-67, KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

421 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017..., e KUZNIACKI, Blazej- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), l...*

Veja-se que, para efeitos de aplicação da liberdade de estabelecimento, poder-se-á supor que uma estrutura é artificial se a mesma não constituir um estabelecimento real. Já no caso da liberdade de circulação de capitais bastará que não exista qualquer investimento genuíno.

Por conseguinte, uma estrutura pode ser vista como totalmente artificial para efeitos da aplicação da liberdade de estabelecimento, se não se dedicar à prossecução de atividades económicas genuínas em determinado Estado-Membro, numa base estável e contínua, mas o mesmo raciocínio não se aplicará, por exemplo, em relação à aplicação da liberdade de prestação de serviços, desde que esta estrutura realize atividades numa base temporária.⁴²²

Atentas as considerações tecidas, somos do entendimento de que a jurisprudência europeia tida em conta na elaboração da recomendação sob análise não pode ser simples e automaticamente transposta para efeitos da justificação de restrições às liberdades fundamentais potencialmente causadas pela aplicação de regras CFC, não resultando para nós da mesma que, se o legislador português nela se escudasse, ficaria assegurada a compatibilidade das normas CFC adotadas.

Considerando o exposto, somos do entendimento que o não acompanhamento desta recomendação vertida no Relatório Final nos parece o posicionamento mais adequado a adotar. Neste seguimento, entendemos não dever propor qualquer alteração ao regime português de CFC que nela se baseie.

6.2.4 Repartição equilibrada do poder tributário como justificação para o regime de CFC que permite que as regras CFC não se limitem a expedientes puramente artificiais

A última e quarta recomendação da OCDE/G20 especialmente dirigida aos Estados-Membros da UE é que as regras CFC sejam projetadas para assegurar a distribuição equilibrada do poder tributário e não somente a evasão fiscal.

De acordo com o entendimento da OCDE/G20 vertido no Relatório Final, a jurisprudência do TJUE permite que as regras CFC não se limitem a expedientes puramente artificiais, conquanto tais regras sejam justificadas por uma razão diferente da prevenção de evasão fiscal, qual seja, a repartição equilibrada do poder tributário.

Para lograr atingir tal conclusão, a OCDE socorreu-se dos Acórdãos *SGI*⁴²³ e *Oy AA*.⁴²⁴ Assim, defende-se no Relatório Final que, embora o TJUE ainda não tenha decidido sobre a possibilidade de as regras CFC poderem ser justificadas pela necessidade de manter uma repartição equilibrada do poder tributário, se pode inferir de tais Acórdãos que as regras CFC deverão poder

422 No mesmo sentido *vide* KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

423 TJUE- Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08...

424 TJUE- Decisão de 18 de julho de 2007, C-231/05, *Oy AA*

aplicar-se de forma mais ampla- não estando necessariamente reduzidas a expedientes puramente artificiais- se puderem ser justificadas pela necessidade de um Estado-Membro tributar os rendimentos resultantes de atividades desenvolvidas no seu território.

Ora, como melhor se detalhou no quarto capítulo da presente dissertação, da análise à jurisprudência do TJUE decorre que, geralmente, a justificação ora em causa – da equilibrada repartição dos poderes tributários – não é utilizada como motivo autónomo mas sim em combinação com outras justificações, a saber, a prevenção da evasão fiscal ou coerência do sistema tributário.⁴²⁵

A única exceção a esse respeito encontra-se relacionada com a prevenção de transferência de rendimentos, sob a forma de dedução de despesas ou sob a forma de prejuízos. Para o TJUE, tais casos podem prejudicar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados- Membros, aumentando a base tributável no Estado-Membro de reduzida tributação e diminuindo-a no Estado-Membro de tributação superior, na extensão das despesas ou prejuízos que sejam transferidos.⁴²⁶

Apenas em casos desta natureza, nos quais as regras CFC não parecem incluir-se, se nos afigura que a equilibrada repartição equilibrada dos poderes tributários entre os Estados- Membros pode ser considerada como uma justificação autónoma.⁴²⁷

Ora, ambos os Acórdãos mencionados no Relatório Final se reconduzem às situações em que esta justificação poderá funcionar autonomamente, o que não pode ser, sem mais, estendido a outras matérias, como a presente.

Acresce que a doutrina que apoia a conclusão vertida no Relatório se encontra igualmente sustentada em referências a casos do TJUE que se reportam ou a regras de subcapitalização ou a regras sobre preços de transferência, que por sua vez visam impedir a transferência de despesas dedutíveis ou de prejuízos fiscais.⁴²⁸

Como elemento adicional, note-se que o TJUE nos casos *Cadbury Schweppes* e *X GmbH*, entre outros, estabeleceu sempre uma ligação direta entre expedientes puramente artificiais e a prevenção da evasão fiscal dos lucros obtidos no território nacional de um Estado-Membro.

425 A este propósito vejam-se, SMIT, D.- *EU freedoms, non EU-countries and Company Taxation*, Amesterdão: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, ISBN 9789041140418, pp. 266-269. WATTEL, P. J.- *Fiscal cohesion...*, p. 156; ISENBAERT M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2010, ISBN: 978-90-8722-067-9, pp. 726-727; VAN THIEL, S., VASCEGA, M. - *X Holding 'Why...*,p. 338; KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

426 TJUE- Decisão de 13 de dezembro de 2005, C-446/03...; §46 Decisão de 11 de março de 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*; §54-56 Decisão de 18 de julho de 2007, C-231/05, *Oy AA*; §32-33 Decisão de 25 de fevereiro de 2010, C-337/08, *X Holding*.

427 Neste sentido, *vide* SMIT, D.- *EU freedoms, non EU-countries...*, pp. 266-269.

428 TERRA, Ben J. M., & WATTEL, Peter J.– *European Tax Law...*, pp. 736; WATTEL, P. J.- Forum: Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-92379, 2 (2013), p. 143; HILLING, M.- Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826 4,5 (2013), pp. 300-301

Esta jurisprudência reconhece que uma repartição equilibrada do poder tributário entre Estados-Membros se pode ver ameaçada se a evasão fiscal levada a cabo através de expedientes puramente artificiais fosse efetivamente permitida.

Parece existir umnexo causal direto entre a criação e a exploração de expedientes puramente artificiais, cujo único objetivo é a evasão fiscal, e a afetação da alocação equilibrada dos direitos tributários entre Estados porquanto o primeiro leva ao segundo.⁴²⁹

Veja-se que o TJUE teve a oportunidade de remeter para o §66 do Acórdão *SGI* no caso *European Commission v United Kingdom* bem como referir o §81 do Acórdão *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, mas não o fez.⁴³⁰ Ao invés, em ambos os casos, o TJUE determinou que o efeito restritivo da aplicação das regras em causa poderia ser justificado pela prevenção de criação e utilização de expedientes puramente artificiais, que não refletem qualquer realidade económica.⁴³¹

Assim, não nos parece que a jurisprudência do TJUE permita concluir, sem mais, que o equilíbrio na repartição de poderes tributários possa consubstanciar uma justificação autónoma no âmbito das regras CFC. Pelo que, a recomendação vertida no Relatório Final não se afigura, a nosso ver, atendível.

Mesmo que tal justificação venha a ser aceite autonomamente em futura jurisprudência do TJUE nesta matéria, salienta-se, desde já, que a mesma levantará diversos problemas práticos, porquanto alcançar-se o significado do que seja repartir o rendimento de uma entidade CFC de forma justa equilibrada não é simples, podendo suscitar-se diversas questões de cariz prático como saber se a totalidade do rendimento deverá ser atribuída a um dos territórios em causa ou como se deverá determinar se e que parte do rendimento deve ser atribuída a cada um dos territórios envolvidos.

Tais questões dificilmente poderão encontrar solução no Direito da UE, atento o facto de a tributação direta e a alocação dos poderes tributários ser um tema que se encontra na exclusiva competência dos Estados-Membros, aos quais cumpre definir, quer por via unilateral, quer por via bilateral ou multilateral, os critérios determinantes da sua competência tributária.⁴³²

429 WEBER, D.- *Abuse of Law...*, pp. 313-328

430 KUZNIACKI, Blazej- *CFC Rules, BEPS Action 3...*

431 *Vide* TJUE- §77 Decisão de 23 de abril de 2008, C-201/05... e §25 Decisão de 13 de novembro de 2014, C- 112/14,

432 TJUE- §24 e §30 Decisão de 12 de maio de 1998, C-336/96, *Gilly*; §57 Decisão de 21 de setembro de 1999, C-307/97, *Saint-Gobain*; §17 Decisão de 8 de novembro de 2007, C-379/05, *Amurta*; §45 TJUE- Decisão de 6 de dezembro de 2007, C-298/05; §32 Decisão de 20 maio de 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund case*; §35 Decisão de 6 de julho de 2009, C-128/08, *Damseaux*

Uma vez que as regras CFC são desenhadas com o fito de proteger as bases tributárias de cada Estado que as aplica, de molde a impedir a deslocalização dos lucros dos sujeitos passivos residentes para outros países ou territórios com baixas taxas de tributação ou regimes preferenciais, parece-nos que as mesmas devem efetivamente ser desenhadas e justificadas à luz da prevenção da evasão fiscal e não apenas da equilibrada repartição equilibrada dos poderes tributários entre os Estados-Membros, pelo que a recomendação da OCDE/G20 não nos parece fazer sentido algum, sendo o nosso entendimento o de que a mesma não deverá impactar na construção das regras portuguesas nesta matéria, nomeadamente abrindo a porta a que as mesmas se apliquem além dos expedientes que forem considerados puramente artificiais.

Analisado que está o (des)alinhamento do regime português de CFC com as recomendações vertidas no Relatório Final que foram especialmente dirigidas a Estados-Membros da UE, é chegado o momento de analisarmos a (in)compatibilidade de tal regime com as Diretrizes da Diretiva ATAD e o Direito Primário da União Europeia.

6.3 (In)compatibilidade com as Diretrizes da Diretiva ATAD e o Direito Primário da União Europeia

Como foi extensamente abordado no quarto capítulo da presente dissertação, o Direito da UE goza de uma força jurídica manifestamente superior a qualquer norma de direito interno, por via do primado do Direito da UE de acordo com o artigo 8.º, n.º 4, da CRP. Assim, assume a maior relevância aferir da compatibilidade do regime sob análise com o Direito primário (em concreto, com as liberdades fundamentais) e secundário (especificamente, com a Diretiva ATAD) da UE.

6.3.1 Da delimitação territorial da exclusão de aplicação do regime

Tal como referido no quinto capítulo, estipula-se no n.º 14 do artigo 66.º do CIRC que, sempre que um sujeito passivo seja, em alternativa, residente num Estado-Membro da UE ou num estado do EEE, sujeito a troca de informações e, em qualquer caso, leve a cabo uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, logrando provar que a constituição e funcionamento da entidade tiveram fundamento em razões económicas válidas, cessa a aplicação do disposto no artigo 66.º do CIRC.

Prevê-se, portanto, naquele número, que quando se verificarem os requisitos de que depende a sua aplicação, existe a possibilidade de ilisão da presunção de abuso.

Já no que se refere às entidades residentes em Estados terceiros, continua a não existir essa possibilidade, à luz do que sucedia com a redação anterior, circunstância cuja razão de ser não compreendemos.

Pode questionar-se: mas tal opção não é expressamente permitida pela própria Diretiva ATAD? E sendo-o, não deveriam os Estados-Membros, incluindo Portugal, poder dela fazer uso? A nosso ver a interrogação colocada só poderá merecer uma resposta em sentido negativo, o que seguidamente demonstraremos.

Para alcançar tal desiderato, cumpre recuperar algumas ideias fundamentais já plasmadas no quarto capítulo:

- i. o Direito primário da UE prevalece sobre o Direito secundário e não o contrário;
- ii. a liberdade fundamental aplicável, no contexto das regras CFC dos Estados-Membros da UE, depende do propósito da legislação; e,
- iii. não obstante a redação dos regimes em matéria de CFC ter sido alterada na sequência da ATAD e, mesmo que em conformidade com as permissões nela previstas, será sempre necessário fazer uma análise autónoma da compatibilidade das legislações nacionais que transponham a ATAD com as liberdades fundamentais da UE.

Como abordado anteriormente, na identificação da liberdade relevante, o propósito da legislação é determinante, sendo possível aplicar-se outras liberdades que não a liberdade de estabelecimento, nos casos em que o objetivo da legislação examinada não se aplica predominantemente aos contribuintes com uma influência definitiva nas decisões de uma empresa e com capacidade para determinar suas atividades.

Assim, a questão principal para o presente ponto é determinar se o objetivo do regime português de CFC se aplica predominantemente a contribuintes com influência definitiva na entidade CFC ou não. Tal como referido no quinto capítulo da presente dissertação, a regra CFC portuguesa tem aplicação em casos em que a percentagem detida pelo sujeito passivo residente na entidade CFC é, meramente, de 25%.

Parece-nos, portanto, de relativa clareza que o regime português de CFC tem a potencialidade de não se aplicar predominantemente a contribuintes que exerçam uma influência decisiva nas entidades não residentes, antes se aplicando também em casos em que tal influência decisiva não tem lugar. Motivo pelo qual, o regime português de CFC poderá, em abstrato, configurar uma restrição quer à liberdade de estabelecimento, quer à liberdade de circulação de capitais.

Identificadas as liberdades relevantes, cumpre aferir da efetiva existência de uma restrição, a qual dependerá da prévia aferição de saber se a diferença de tratamento em causa diz respeito a situações objetivamente comparáveis.

Neste particular, cumpre sublinhar que o regime português de CFC tem por objetivo equiparar, tanto quanto possível, a situação das sociedades residentes que tenham investido capi-

tais numa sociedade estabelecida num país terceiro, com um nível de tributação privilegiada à das sociedades residentes que investiram os seus capitais numa outra entidade residente em Portugal, a fim de neutralizar as eventuais vantagens fiscais que as primeiras podem retirar do investimento de capitais num país terceiro.

Na medida em que Portugal sujeita, unilateralmente, um sujeito passivo residente ao pagamento de imposto sobre rendimentos realizados por uma sociedade estabelecida num país terceiro na qual a sociedade residente detém uma participação, a situação desta sociedade assemelha-se à de uma sociedade residente que detém uma participação numa outra sociedade residente.⁴³³

Uma vez que as regras portuguesas em matéria de CFC podem conduzir à tributação de um sujeito passivo residente em relação a um rendimento de uma CFC por aquele detido, independentemente de o mesmo ter sido distribuído ou colocado à sua disposição, tal efeito restritivo resulta inevitavelmente do regime sob análise, do qual resulta um desincentivo para os sujeitos passivos residentes investirem em territórios de tributação considerada privilegiada.

Não obstante, o facto de a aplicação do regime português de CFC constituir uma restrição das liberdades fundamentais, não significa que a sua aplicação seja desde logo incompatível com o direito da UE. Cumpre verificar se tal restrição pode ser justificada à luz de uma razão imperiosa de interesse geral e se tal justificação é relevante e proporcional, como vimos no quarto capítulo da presente dissertação. Se tal regime for considerado justificado, a sua aplicação é considerada compatível com o direito da UE.

No âmbito das justificações mencionadas, vimos atrás que, no campo das regras CFC, as justificações que poderão afigurar-se de relevo são: a prevenção da evasão fiscal mediante a utilização de expedientes puramente artificiais, enquanto justificação válida por si só ou conjugada com a repartição equilibrada dos poderes tributários e, no que concerne especialmente aos terceiros Estados, a necessidade de garantir a supervisão fiscal.

A este título, recordamos que a necessidade de preservar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e os países terceiros constitui um motivo suscetível de justificar uma restrição à livre circulação de capitais, mormente quando as medidas nacionais em causa se destinam a prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades exercidas no seu território.⁴³⁴

Do mesmo modo, o TJUE decidiu que uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais pode ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscais quando

433 Ver, por analogia, TJUE – Decisões de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 45, e Decisão de 14 de dezembro de 2006, C-170/05, *Denkavit International e Denkavit France*; TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

434 Ver neste sentido, TJUE- Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08 ... e C-437/08...; Decisão de 10 de maio de 2012, C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC* e C-347/11 O.; Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12..., TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

visse especificamente os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objetivo seja elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades exercidas no território nacional do Estado-Membro em causa.⁴³⁵

Além disso, o Tribunal entendeu que a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais constitui igualmente uma razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar uma restrição à livre circulação de capitais.⁴³⁶ A este respeito, importa lembrar que os controlos fiscais visam, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o combate à fraude e evasão fiscais.⁴³⁷⁻⁴³⁸

Na medida em que o objetivo do regime português de CFC corresponde, em substância, a essas razões imperiosas de interesse geral, em particular à prevenção da fraude e evasão fiscais, há, por conseguinte, que verificar se essa regulamentação é adequada para garantir a concretização do objetivo prosseguido e se não vai além do necessário para o atingir.

No que respeita à adequação do regime português de CFC cabe salientar que o mesmo prevê que todos os rendimentos de uma entidade estabelecida num país terceiro, mas detida por um sujeito passivo residente, nos termos previstos no artigo 66.º do CIRC, que obtenha rendimentos sujeitos a uma tributação privilegiada, na aceção desse mesmo artigo, no país terceiro em causa, são incorporados (independentemente de uma distribuição desses lucros, na matéria coletável do sujeito passivo residente, integralmente sujeito a imposto em Portugal, na proporção da percentagem do valor da sua participação nessa entidade) e tributados como um dividendo distribuído.

Ao prever a incorporação dos lucros ou rendimentos de uma entidade estabelecida num país terceiro com um nível de tributação privilegiada na matéria coletável de uma sociedade integralmente sujeita a tributação em Portugal, o regime é apto a neutralizar os efeitos de uma eventual transferência artificial de rendimentos para esse país terceiro, e, nessa medida, é, em princípio, adequado para garantir a realização do objetivo que prossegue.

Aqui chegados, importa, ainda, verificar se o regime português de CFC não vai além do que é necessário para atingir o seu objetivo. Ora, tal como observámos no quarto capítulo da presente dissertação, atento o que vem entendendo a jurisprudência constante TJUE, a mera circunstância de uma sociedade residente deter uma participação numa outra sociedade esta-

435 *Vide*, neste sentido, TJUE- Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...; Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...; Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12... TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

436 *Vide*, neste sentido, TJUE- Decisão de 9 de outubro de 2014, C-326/12..., TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

437 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

438 *Vide*, neste sentido, TJUE- Decisão de 5 de julho de 2012, C-318/10...; TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

belecida num país terceiro não pode, enquanto tal, servir de base a uma presunção geral de fraude e evasão fiscais e justificar, a esse título, uma medida fiscal que afete a liberdade de estabelecimento ou a livre circulação de capitais.⁴³⁹

Porém, uma medida nacional que restrinja tais liberdades pode ser justificada quando vise especificamente impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais.

A este propósito convém recordar que, de acordo com o entendimento vertido no Acórdão *X GmbH*, a interpretação do conceito de *‘expediente puramente artificial’*, utilizado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*,⁴⁴⁰ o qual se situava no contexto da liberdade de estabelecimento não é transponível, tal qual, para o contexto da livre circulação de capitais.

Com efeito, considerou, por um lado, o Tribunal que, no âmbito da liberdade de estabelecimento, se entende que o estabelecimento de uma entidade num Estado-Membro assume caráter de *“expediente puramente artificial”* quando se verificar, com fundamento em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, que tal entidade é uma implantação fictícia, na medida em que não exerce qualquer atividade económica efetiva no território do Estado-Membro de acolhimento, tendo em conta, nomeadamente, o grau de existência física da sociedade em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos.

Por outro lado, no âmbito da livre circulação de capitais, entendeu o Tribunal que o conceito de *“expediente puramente artificial”* não se resume necessariamente aos elementos relativos à falta de realidade económica do estabelecimento de uma entidade, na medida em que a criação artificial das condições exigidas para escapar indevidamente à tributação num Estado-Membro ou para beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal neste Estado pode assumir, no que respeita aos movimentos de capitais, diversas formas.

Não obstante, os referidos elementos também poderem constituir indícios da existência de um expediente puramente artificial, para efeitos da aplicação das regras relativas à livre circulação de capitais, no contexto da livre circulação de capitais, o conceito mencionado também pode abranger qualquer dispositivo cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais,⁴⁴¹ seja a transferência artificial de lucros gerados por atividades realizadas no território de um Estado-Membro para países terceiros com um baixo nível de tributação.

Ora, aplicando o que acima se descreveu à avaliação da conformidade do regime português em matéria de CFC, somos do entendimento de que tal regime não se destina unicamente a impedir comportamentos que consistam em criar esses expedientes artificiais.

439 Vide, neste sentido, TJUE- Decisão de 21 de novembro de 2002, C-436/00...; e Decisão de 11 de outubro de 2007, C-451/05...

440 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

441 Idem.

De facto, caso se verifique que um sujeito passivo residente detém, pelo menos, 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais de uma entidade estabelecida num país, território ou região que conste da Portaria n.º 150/2004, de 13.02.2004, independentemente da taxa de tributação a que os rendimentos obtidos pela entidade CFC ali estiverem submetidos, e que, em adição, esse país não seja outro Estado membro da UE ou do EEE, todos os lucros ou rendimentos obtidos pela entidade CFC lhe são atribuídos, sem que este último disponha da possibilidade de apresentar elementos que demonstrem que a sua participação não provém de um expediente artificial, tais como, designadamente, as razões comerciais da sua participação nessa sociedade ou a efetiva existência da atividade económica exercida por esta última.

Esta automaticidade do regime português de CFC, no que concerne à sua aplicação a terceiros Estados, independentemente da presença de atividades económicas genuínas, consubstancia uma presunção inilidível de fraude ou de evasão fiscal, a qual é proibida por ir além dos limites da proporcionalidade admitidos no Direito da UE.⁴⁴²

A jurisprudência do TJUE não admite que tal presunção inilidível se possa justificar apenas com base nos critérios estabelecidos na legislação portuguesa. Ainda que um baixo nível de tributação aplicável aos rendimentos de uma sociedade estabelecida num país terceiro ou a natureza passiva das atividades que estão na sua origem, tal como definidos nos n.ºs 6 e 7 do artigo 66.º, possam consubstanciar indícios de um comportamento suscetível de conduzir à fraude ou evasão fiscais, não podem, por si só, ser suficientes para que se conclua que a aquisição de participações nesta entidade por parte de um sujeito passivo residente em Portugal constitui, necessariamente e em todo e qualquer caso, um expediente artificial.

Para que exista, de facto, proporcionalidade entre o regime português de CFC e o seu objetivo de prevenir a fraude e a evasão fiscais, é necessário permitir que o sujeito passivo apresente elementos de prova relativos às eventuais razões comerciais pelas quais a transação em causa foi concluída, sem que seja submetido a exigências administrativas excessivas.⁴⁴³

Presumir a existência de comportamentos artificiais pelo simples motivo de estarem reunidas as condições enunciadas no regime português de CFC e não concedendo nenhuma possibilidade ao sujeito passivo de ilidir tal presunção, vai, em princípio, além do necessário para atingir o seu objetivo.

Mesmo que, quanto a países terceiros, a realização de prova seja mais onerosa, não cabe ao legislador, de forma taxativa, travar tal oportunidade de prova de substância económica que permita concluir que tais transações não têm subjacente um objetivo de evasão fiscal.

442 TJUE- Decisão de 17 de junho de 1997, C-28/95- *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*.

443 V., neste sentido, TJUE- Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04...; Decisão de 5 de julho de 2012, C-318/10, *SIAT*; Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12...; Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017,...

No que diz respeito, nomeadamente, à obrigação que incumbe aos Estados-Membros de proporcionarem a um sujeito passivo condições para apresentar elementos que provem as eventuais razões comerciais da sua participação numa sociedade estabelecida num país terceiro, resulta da jurisprudência do TJUE que a existência de tal obrigação deve ser apreciada em função da disponibilidade de medidas administrativas e regulamentares que permitam, sendo caso disso, um controlo da veracidade desses elementos.⁴⁴⁴

Resulta, igualmente, de jurisprudência constante do TJUE que, quando a regulamentação de um Estado-Membro faz depender a concessão de um benefício fiscal da satisfação de condições cuja observância só pode ser verificada mediante a obtenção de informações junto das autoridades competentes de um país terceiro, esse Estado-Membro pode, em princípio, recusar-se a conceder essa vantagem se for impossível obter essas informações junto desse país, designadamente por não existir uma obrigação convencional de esse país terceiro fornecer essas informações.⁴⁴⁵

A conclusão pela existência ou inexistência de num expediente artificial exige uma análise, por parte da administração tributária portuguesa, de informações relativas, nomeadamente, à natureza das atividades dessa sociedade estabelecida num país terceiro e Portugal não é obrigado a aceitar as informações relativas às atividades de uma entidade estabelecida num país terceiro onde um sujeito passivo cá residente detém uma participação, sem poder controlar, sendo caso disso, a veracidade dessas informações.⁴⁴⁶

Assim, cumprirá sempre aferir da existência de obrigações convencionais entre Portugal e esse país terceiro que estabeleçam um quadro jurídico de cooperação e mecanismos de troca de informações entre as autoridades nacionais e que possam efetivamente permitir à administração tributária verificar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas à entidade estabelecida nesse país terceiro, fornecidas para demonstrar que a participação do referido sujeito passivo nesta última entidade não têm origem num expediente puramente artificial.

Note-se que, tal como referimos anteriormente, não existindo este quadro jurídico, entendemos que o cumprimento dos requisitos previstos pode ser demonstrado através de quaisquer outros meios de prova, ou seja, perante fundados indícios da falta de veracidade dos elementos comprovativos ou dos dados nele contidos, caberá aos sujeitos passivos demonstrar a sujeição a imposto através de quaisquer outros meios de prova.

Perante tais indícios, deverá então considerar-se que o artigo 63.º, n.º 1 do TFUE não obsta a que Portugal aplique o seu regime em matéria de CFC, incorporando os lucros e rendimentos de uma entidade estabelecida num país terceiro na matéria coletável de um sujeito passivo resi-

444 *Vide.*, neste sentido, TJUE- Decisão de 11 de outubro de 2007, C-451/05; Decisão de 28 de outubro de 2010, C-72/09...; Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12,..., TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C- 135/2017...

445 *Vide*, neste sentido, TJUE- Decisão de 18 de dezembro de 2007, C-101/05, A; Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08 ... e C-437/08...; Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12.

446 *Vide*, neste sentido, Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12,...

dente, sem que seja concedida a este último a possibilidade de demonstrar as eventuais razões comerciais da sua participação nessa sociedade.

Pelos motivos expostos, somos do entendimento que o artigo 66.º do CIRC suscita efetivamente problemas de compatibilidade normativa com o Direito da UE, uma vez que opera, a nosso ver, uma discriminação entre entidades residentes ou estabelecidas num Estado-Membro da EU/EEE e entidades residentes ou estabelecidas num Estado terceiro.

Veja-se que às primeiras é concedida a possibilidade de ilidir a presunção de abuso prevista no artigo 66.º, podendo estas lograr evitar a imputação dos lucros, nos termos do referido artigo, enquanto as segundas não têm essa opção.

Efetivamente, o artigo 66.º tem, quanto a elas, aplicação cega: verificando-se os pressupostos de que depende a sua aplicação, os lucros dessas entidades são automaticamente imputados aos sujeitos passivos residentes.

Ora, à luz da jurisprudência do TJUE, verdadeira e essencial fonte de direito, disposições restritivas como as que resultam da redação do artigo 66.º do CIRC serão potencialmente incompatíveis com as liberdades fundamentais estabelecidas no TFUE, o que dita, atenta a hierarquia das fontes de Direito em causa, que tal normativo não se poderá aplicar sem violação do Direito da UE.

Atentas as considerações tecidas, entendemos que o legislador deverá rever o artigo 66.º do CIRC, porquanto o mesmo estabelece um tratamento fiscal distinto quando a entidade não residente se encontrar estabelecida num território que conste da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis, independentemente de existirem mecanismos efetivos para a troca de informações com aqueles Estados, sob pena de incompatibilidade com a liberdade de circulação de capitais, na sua dimensão externa.

De facto, não obstante o artigo 66.º do CIRC não encerrar qualquer contradição com a Diretiva ATAD no que ao tema ora em causa diz respeito, em virtude de a mesma prever, no seu artigo 7.º a possibilidade de não se estender, quanto a entidades situadas em países terceiros, a hipótese de comprovar o exercício de uma atividade económica substantiva, o mesmo não é compatível com o Direito primário da UE, que prevalece hierarquicamente sobre o Direito secundário, enquanto fonte de Direito.

Assim, as alterações levadas a cabo pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, e com elas o que poderia constituir a concretização de uma louvável intenção de compatibilizar o nosso regime CFC com o Direito Europeu, falharam tal propósito, uma vez que o regime português de CFC parece perpetuar a referida incompatibilidade, excedendo largamente o necessário para evitar o abuso e assim violando a liberdade de circulação de capitais.

No sétimo capítulo, ensaiaremos por esse motivo, também quanto a este ponto, uma solução legislativa alternativa, compatível com o Direito da UE.

6.3.2 Do ónus da prova e dos conceitos de “razões económicas válidas” versus “expedientes puramente artificiais”

Uma outra questão que merece o nosso comentário é o recurso à expressão “razões económicas válidas” na legislação portuguesa, a qual, não obstante existir em momento prévio à Diretiva ATAD, se manteve na sua sequência, atento o próprio facto de, da redação da própria Diretiva, constar a referência a tal teste ao invés do teste de utilização de “expedientes puramente artificiais”.

Neste ponto pretendemos explorar se o facto de a legislação portuguesa conter tal menção, ainda que a mesma esteja em linha com a Diretiva ATAD, é conforme às demais fontes de Direito da UE, designadamente ao que resulta da jurisprudência do TJUE.

Neste âmbito, há desde logo que questionar se o teste ao qual a Diretiva ATAD se refere é o mesmo que o teste de expedientes totalmente artificiais referido pelo TJUE desde o Caso *Cadbury Schweppes* e confirmado mais recentemente pelo Caso *X GmbH*. Não nos parece que assim seja.

A jurisprudência do TJUE estabeleceu, como já se referiu anteriormente, que determinado regime CFC de um dado Estado que restringisse a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais poderia ser justificado com base na prevenção de fraude e evasão fiscais, mas apenas quando especificamente dirigido a expedientes totalmente artificiais, destinados a contornar a aplicação da legislação do Estado-Membro em causa.

Além disso, decorre daquela jurisprudência que quaisquer regras restritivas anti-abusivas têm que ser proporcionais, excluindo do seu escopo situações em que, apesar da existência de motivos fiscais, os expedientes reflitam a realidade económica.

Ora, se atentarmos à interpretação que o TJUE encetou no caso *Foggia*⁴⁴⁷ quanto à expressão “razões económicas válidas” e a compararmos com a decisão do TJUE no caso *Cadbury Schweppes*⁴⁴⁸ e *X GmbH*,⁴⁴⁹ concluímos que aquele conceito não é coincidente com o de “expedientes puramente artificiais”.

Poderá, por exemplo, existir implantação real, de dimensão significativa, mas dever entender-se não ser válida a razão económica que motivou determinada operação.

A opção legislativa que permaneceu no atual n.º 14 do artigo 66º do CIRC parece-nos, por isso, uma má solução legislativa, parecendo apontar para a intenção que conduziu à constituição e funcionamento da entidade não residente ou à sua participação nessa sociedade, quando o TJUE afirmou nitidamente que o simples facto de se pretender beneficiar das leis fiscais mais

447 TJUE- Decisão de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*.

448 TJUE- Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04...

449 TJUE- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017...

favoráveis de outro Estado-Membro não constitui abuso e não justifica a restrição às liberdades fundamentais que as normas anti-abuso CFC representam.⁴⁵⁰

Recorde-se que não decorre da jurisprudência europeia que os sujeitos passivos residentes em Portugal não possam exercer a sua liberdade de gestão fiscal, recorrendo a um planeamento fiscal que lhes permita reduzir ou eliminar o imposto sobre o rendimento que, noutra enquadramento, seria devido, sem que isso consubstancie uma discriminação contrária aos Tratados Europeus.

Os agentes económicos têm o direito a garantir a otimização dos seus custos económicos, incluindo os custos fiscais, escolhendo as formas jurídicas mais convenientes aos seus negócios, não estando obrigados a optar pelo quadro que seja mais dispendioso a nível tributário.⁴⁵¹

A liberdade de gestão fiscal impõe a livre determinação de cada contribuinte na administração do seu interesse económico, conquanto o mesmo não seja feito por via do desvirtuamento dos princípios essenciais do sistema.⁴⁵²

Claro que também não é aceitável que os contribuintes levem irrestritamente a cabo o seu planeamento fiscal, apenas com base na liberdade económica e no exercício da autonomia privada, uma vez que nenhuma destas liberdades é absoluta.⁴⁵³

De facto, o princípio da liberdade de gestão fiscal deve ser mitigado com as limitações constantes do ordenamento jurídico e dos seus princípios ordenadores.

Tal princípio implica o reconhecimento de que os contribuintes são livres de planificar a sua vida, reduzindo o montante de imposto a pagar, conquanto o façam dentro dos limites do quadro jurídico existente- *planeamento fiscal* -, desde que para tal não se sirvam de meios artificiosos ou fraudulentos e abusem das normas jurídicas.

Com efeito, a minimização da carga tributária a que está sujeita determinado sujeito passivo pode ser feita de um modo tríplice:

450 TJUE- §37 Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04..., que remete ainda para outras decisões como no Caso Centros –Processo C-167/01 ; “Accordingly, the applicant had access to the EC Treaty which is perfectly justifiable, as tax competition amongst the Member States through corporate income tax rates is vigorously applied with the European Union. A company taking advantage of such competition is, therefore, prima facie not in abuse of Community law...a tax motive is, in itself, a legal motive.” in MEUSSEN, Gerard - Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 47,1 (2007), p. 13.

451 CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental...*, p.204.

452 NABAIS, José Casalta - *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Coimbra: Almedina, 2018, ISBN: 9789724076126, p. 44-48, 56-57.

453 GOMES CANOTILHO, J.J / VITAL MOREIRA - *Constituição da República...*, pp. 788-794.

- i. por via do planeamento fiscal lícito, admitido legalmente (*intra legem*);
- ii. por via da elisão fiscal ou planeamento fiscal abusivo, através de mecanismos formalmente lícitos,⁴⁵⁴ evitando-se, porém, a tributação devida através de comportamentos abusivos também designada por *planeamento fiscal abusivo*, associado (*extra legem*); ou,
- iii. por via da evasão ou fraude fiscal através de comportamentos ilícitos e/ou fraudulentos, em que há uma afronta da lei (*contra legem*).

Ora, de acordo com o Direito da UE, as situações de fraude ou evasão fiscal que devem ser combatidas reportam-se às situações de recurso a expedientes puramente artificiais, em que são utilizados veículos jurídicos sem qualquer substância económica.

Acresce que ao utilizar-se o conceito de “razões económicas válidas”, há uma inversão da lógica de aplicação da norma anti-abuso e do ónus de prova que está associado aos pressupostos, em que a sua aplicação se torna regra, excluindo-se apenas perante a demonstração da existência de tais razões.

Por seu turno, utilizando-se a expressão “expedientes puramente artificiais”, a mera existência de motivações fiscais, a título não principal ou exclusivo, não basta para fundamentar a aplicação da norma anti-abuso.

Ora, a nosso ver a legislação portuguesa deveria consagrar precisamente a solução contrária à que atualmente se encontra prevista,⁴⁵⁵ sendo a regra a não aplicação do regime previsto no artigo 66.º do CIRC, uma vez que a sua aplicação só se justificaria nas situações de existência de “expedientes puramente artificiais”. O ónus da prova deveria claramente recair sobre a administração tributária e não sobre o sujeito passivo, como parece resultar do artigo 66.º do CIRC.

Neste âmbito, cumpre referir que não nos parece que o legislador da Diretiva ATAD pretendesse que o ónus da prova viesse a recair sobre o sujeito passivo residente. Com efeito a Diretiva ATAD indica que os Estados podem prever que a regra CFC poderá não ser aplicada sobre os rendimentos “suspeitos” ou “contaminados” “(...) caso a sociedade estrangeira controlada exerça uma atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes.” Não se encontra assim qualquer referência a que essa prova seja facultada pelo contribuinte.

Pelo contrário, como já referido anteriormente, o Considerando 12 da Diretiva ATAD é claro ao mencionar que “É importante que as administrações fiscais e os contribuintes cooperem na recolha dos factos e circunstâncias relevantes para determinar se deverá ser aplicável a regra de exclusão.”

454 CARLOS DOS SANTOS, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, (...)*, Fiscalidade, n.º 38, 2009, pp. 61-100

455 No mesmo sentido vide FERREIRA, Alcídio Mateus, CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU law? *European Taxation*, Amsterdão, ISSN: 0014-313853, 52, 9 (2012), pp. 480 e 481

Neste particular, cumpre ainda realçar que, sendo a Diretiva ATAD o produto de várias versões distintas da inicial, uma sua versão intermediária⁴⁵⁶ continha uma exceção diferente da *categorical approach* que acabou por vingar na redação final.

Nessa versão, o rendimento não distribuído de uma CFC não seria incluído na base tributária do sujeito passivo residente se o mesmo pudesse comprovar que a entidade estrangeira controlada havia sido constituída por razões comerciais válidas e exercesse uma atividade económica apoiada por pessoal, equipamento, bens e instalações proporcionais aos rendimentos que obtinha que justificassem que tais rendimentos lhe fossem atribuídos.

Em tal versão, o ónus da prova estava claramente no contribuinte. No entanto, atentas as discordâncias entre os Estados-Membros sobre este aspeto, tal menção foi removida da versão final do texto da Diretiva, por ser essa a solução de compromisso encontrada pelos Estados-Membros.⁴⁵⁷

Assim, neste aspeto, não nos parecendo que o normativo português seja compatível quer com o Direito Primário da UE quer com o espírito do legislador da Diretiva ATAD, impor-se-á, na nossa perspetiva, uma modificação do n.º 14 do artigo 66.º, que melhor delinearemos no sétimo capítulo da presente dissertação.

6.3.3 Da delimitação da natureza da atividade desenvolvida pela CFC

Um terceiro aspeto da legislação portuguesa que merece a nossa crítica é a menção feita, em adição à demonstração de que a constituição e funcionamento da entidade CFC correspondem a razões económicas válidas, que tal entidade desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações.

Uma vez mais, o normativo português parece-nos desproporcional ao exigir, além de razões económicas válidas, a demonstração do desenvolvimento de determinadas atividades do escopo da norma, indo muito além do que seria necessário para evitar o abuso do exercício das liberdades fundamentais, assim restringindo tais liberdades a um ponto inadmissível e injustificado.

Uma nota também quanto à exigência de recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações. Não podemos olvidar-nos da existência de atividades que, pela sua própria natureza, não requerem significativa presença física, sem que daí resulte não serem implantações ou operações reais.

456 Ver artigo 8(2)(a), §2 do Dutch Presidency Compromise Text, que não foi aprovado na reunião do ECOFIN de 25 de maio de 2016. [Consultado em 7 de março de 2020]. Disponível em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10502-2016-INIT/en/pdf>; PANAYI, Ch. H. J. I.- The ATAD's CFC Rule and its Impact on the Existing Regimes of EU Member States In PISTONE, P., WEBER, D.- *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amesterdão: IBFD, 2018, Books IBFD, ISBN: 978-9087224462, pp. 355-378

457 PANAYI, Ch. H. J. I.- The ATAD's CFC..., pp. 355-378

Esse é, sem sombra de dúvidas, o caso das *holdings*. A impossibilidade de as mesmas se verem incluídas no escopo do n.º 14 do artigo 66.º do CIRC, sem mais, parece contradizer a jurisprudência europeia, que vem reconhecendo que a gestão das sociedades cuja participação a *holding* adquiriu constitui, nalguns casos, uma atividade económica, mormente para efeitos de IVA, sendo igualmente desproporcionada.

Não obstante a maior parte das *holdings* ser criada com intenções de poupança fiscal, as mesmas consubstanciam estruturas com existência real, ainda que reduzida. Sendo que, a existência de uma estrutura reduzida não deve confundir-se com a inexistência de implantação genuína, em qualquer caso.

Assim sendo, excluir as *holdings* do âmbito do n.º 14, sem tratar de averiguar se as mesmas consubstanciam ou não um expediente puramente artificial, configura uma restrição excessiva e por esse motivo violadora do Direito Europeu.

Em nosso entender, por forma a conformar-se quer com a Diretiva ATAD, quer com as liberdades fundamentais do Direito da UE, o normativo português dever-se-ia limitar a exigir o exercício de uma atividade económica substantiva por parte da CFC, sem quaisquer ramificações quanto à natureza das mesmas, o que melhor materializaremos no sétimo capítulo da presente dissertação.

6.4 Conclusões Preliminares

Chegados ao final do presente capítulo cumpre concluir que o regime português de CFC atualmente em vigor encerra graves violações do Direito da União Europeia, bem como do Direito Constitucional.

Por seu turno, no que respeita à conformidade do regime português com o Direito Internacional, concluímos que, não obstante o regime português não se encontrar, na sua generalidade, alinhado com as recomendações do Projeto OCDE/G20 BEPS para os Estados- Membros da UE, tal não se afigura como algo negativo, uma vez que as recomendações vertidas no Relatório Final da Ação 3 se revelam, do nosso ponto de vista, algo descabidas.



7. Propostas de alteração ao regime português de CFC

Considerando todos os contributos dos capítulos precedentes e atento o facto de se extrair dos mesmos que, a nosso ver, o regime português de CFC, ainda que tenha sido recentemente alterado pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, carece de alterações, ensaiaremos no presente capítulo, diversas propostas de redação substitutivas à atual redação do artigo 66.º do CIRC, de acordo com a atual ordenação numérica do próprio artigo.

Antes de nos debruçarmos sobre tais alterações gostaríamos apenas de tecer uma consideração introdutória: as alterações propostas prendem-se essencialmente com a necessária compatibilização do regime português de CFC com os princípios constitucionais aplicáveis, com o Direito da UE e, bem assim, com as recomendações emanadas pela OCDE/G20, no âmbito do Relatório Final.

Assim sendo, potenciais alterações meramente relativas a obscuridades do preceito não foram tratadas, considerando-se que as mesmas poderão ser ultrapassadas mediante a emissão por parte da administração tributária de regulamentação mais precisa, à semelhança do que fizeram outras administrações tributárias, da qual o exemplo mais recente é o luxemburguês.⁴⁵⁸

7.1 Alteração ao n.º 1 do artigo 66.º do CIRC

Em nosso entender, a redação do n.º 1 do artigo 66.º do CIRC deveria passar a ser a seguinte:

“Os lucros ou rendimentos, provenientes das categorias elencadas no n.º 7 do presente artigo, que sejam obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta, indireta, ou direta e indiretamente, pelo menos 50% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou

458 PRICEWATERHOUSECOOPERS - ATAD 1 - Luxembourg tax authorities issue administrative guidance on application of CFC, 2020. [Consultado em 7 de março de 2020]. Disponível em <https://www.pwc.lu/en/newsletter/2020/atad1-luxembourg-tax-authorities.html>.

os elementos patrimoniais dessas entidades, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa.”

A alteração proposta vai essencialmente ao encontro do que se deixou escrito nos pontos 5.3.1. e 6.1. da presente dissertação.

Assim, propomos, por um lado, que a abordagem da entidade seja substituída pela abordagem categórica, atento o princípio da proporcionalidade e da igualdade.

Por outro lado, considerando que os custos de cumprimento e de controlo impostos pelo regime CFC são muito elevados e que os 25% de detenção atualmente consagrados na norma implicarão um universo (muito superior ao previsto na Diretiva ATAD) de sujeitos passivos residentes, que se verão obrigados a adotar procedimentos e controlos internos e de cumprir com obrigações declarativas de elevada complexidade, sugerimos que a norma passe a prever uma percentagem mais condicente com a existência de controlo e não tanto apenas com a existência de um interesse substancial.

Consideramos igualmente relevante a clarificação textual de que a percentagem de detenção relevante poderá resultar não somente de detenções diretas ou indiretas, mas também de detenções diretas e indiretas, por nos parecer ser esta a verdadeira intenção do legislador. Por economia de estudo, referimos neste ponto que idêntica alteração deverá materializar-se nos números 3, 4 e 13 do artigo 66.º do CIRC.

7.2 Alteração ao n.º 3 do artigo 66.º do CIRC

Somos do entendimento de que a redação do n.º 3 do artigo 66.º do CIRC deveria passar a ser a seguinte:

“A imputação a que se refere o n.º 1 é feita na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da entidade, pelo montante do lucro ou rendimentos por esta obtidos, consoante o caso, determinados nos termos deste Código, e de acordo com a proporção de detenção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, direta, indireta, ou direta e indiretamente, bem como com a proporção do período temporal de tal detenção, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por esse sujeito passivo.”

A proposta de alteração ora apresentada, no sentido de que a imputação tenha em conta a proporção do período temporal da detenção, encontra justificação nas considerações previamente tecidas no ponto 5.3.3 da presente dissertação e, bem assim, na recomendação contida no ponto 6.2.2 do Relatório Final da Ação 3 do Projeto BEPS.

7.3 Alteração ao n.º 4 do artigo 66.º do CIRC

Somos igualmente da opinião de que a redação do n.º 4 do artigo 66.º do CIRC deveria ser revista, no seguinte sentido:

“Os prejuízos fiscais, apurados pela entidade nos termos deste Código, são dedutíveis pelo período máximo de cinco períodos de tributação subsequentes ao período de tributação em causa, na parte em que corresponderem à proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, direta, indireta, ou direta e indiretamente, pelo sujeito passivo, aos rendimentos imputáveis nos termos do número anterior, até à respetiva concorrência, não se aplicando a limitação prevista no n.º 2 do artigo 52.º do Código do IRC.”

O n.º 2 do artigo 52.º do CIRC prevê que a dedução de prejuízos fiscais a efetuar em cada um dos períodos de tributação não pode exceder o montante correspondente a 70% do respetivo lucro tributável, não ficando prejudicada a dedução da parte desses prejuízos que não tenham sido deduzidos, nas mesmas condições e até ao final do respetivo período de dedução.

Ora, entendemos que a sua aplicação deve ser excluída nos casos em que o regime previsto no artigo 66.º seja aplicável.

Com efeito, a previsão relativa à consideração dos prejuízos fiscais da entidade tem como objetivo evitar excessos de imputação, isto é, situações em que a entidade não consegue realinhar o resultado imputado com o resultado distribuído, visando assim constituir uma resposta proporcionada aos problemas relacionados com o BEPS, pelo que a alteração ora proposta se nos afigura alinhada com tal propósito.

7.4 Alteração ao n.º 5 do artigo 66.º do CIRC

No respeitante ao n.º 5 do artigo 66.º do CIRC, consideramos que a redação deveria ser alterada no seguinte sentido:

“Para efeitos do n.º 3, os sujeitos passivos residentes têm direito à dedução correspondente à dupla tributação económica internacional, prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 90.º do presente código, correspondendo tal dedução à menor das seguintes importâncias:

a) fração do imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro pela entidade residente fora do território português, correspondente aos lucros imputados ao sujeito passivo;

b) fração do IRC, calculado antes da dedução prevista no presente artigo, correspondente aos lucros distribuídos, acrescidos das correções previstas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 68.º, líquidos dos gastos direta ou indiretamente suportados para a sua obtenção, e deduzida do crédito previsto no artigo 91.º.”

A proposta de alteração ora apresentada encontra justificação nas considerações previamente tecidas no ponto 5.3.3 da presente dissertação.

O que se encontra prescrito na Diretiva ATAD, em concreto no n.º 7 do seu artigo 8.º, não é uma dedução ao lucro tributável como atualmente prevê a legislação portuguesa, mas sim um verdadeiro direito do sujeito passivo ao crédito de imposto.

Acresce que tal conclusão é igualmente a que mais se coaduna com o que prevê o Considerando 5 de tal Diretiva, segundo o qual as regras nela estabelecidas não deverão ter por único objetivo combater as práticas de elisão fiscal, mas também evitar a criação de outros obstáculos ao mercado, como a dupla tributação.

7.5 Alteração ao n.º 6 do artigo 66.º do CIRC

No referente ao n.º 6 do artigo 66.º do CIRC, propomos que a redação seja alterada no seguinte sentido:

“Para efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que uma entidade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando:

a) O território da mesma constar da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças;

b) O imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50 % do imposto que seria devido nos termos deste Código, em resultado da aplicação do artigo 87.º, n.º 1 e excluída a aplicação da derrama municipal e estadual.”

A modificação proposta deriva do entendimento vertido no ponto 5.3.1.ii. da presente dissertação.

No que respeita ao cálculo da taxa de tributação efetiva, consideramos mais adequada a exclusão da derrama estadual e municipal da equação, uma vez que nem todos os países têm acréscimos aos impostos com as mesmas características que as derramas previstas no ordenamento jurídico-tributário português.

Assim, parece-nos preferível que o nível de tributação a que os rendimentos obtidos pela CFC se encontram sujeitos no estado da residência da mesma seja comparado com a taxa geral de imposto aplicável.

7.6 Alteração ao n.º 7 do artigo 66.º do CIRC

Ao nível do n.º 7, a nossa sugestão de alteração à redação atual é no seguinte sentido:

“Excluem-se do disposto no n.º 1 as entidades não residentes em território português desde que a soma dos rendimentos que sejam provenientes de uma ou mais das seguintes categorias não exceda 33% do total dos seus rendimentos (...)”

Conjugando o nível de proteção mínimo previsto no artigo 3.º da Diretiva ATAD, com o que prevê o Considerando 12 da mesma, segundo o qual “[a] fim de garantir um nível de proteção mais elevado, os Estados-Membros poderão reduzir o limiar de controlo, ou utilizar um limiar mais elevado comparando o imposto sobre as sociedades efetivamente pago com o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado no Estado-Membro do contribuinte. Ao transporem as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas para o direito nacional, os Estados-Membros poderão utilizar um limiar fracionado suficientemente elevado da taxa de imposto.”, não ficamos absolutamente convencidos que a Diretiva ATAD pretendesse permitir que os Estados-Membros optassem por tratar como uma entidade estrangeira controlada uma entidade cujo rendimento adveniente das categorias previstas na Diretiva fosse menor do que um terço, o que o legislador português fez.

Assim, numa tentativa de restabelecer o previsto na Diretiva, sugerimos que a percentagem prevista no n.º 7 do artigo 66.º do CIRC seja fixada em 33%.

7.7 Alteração ao n.º 8 do artigo 66.º do CIRC

No que respeita ao n.º 8 do artigo 66.º do CIRC, oferece-se a seguinte proposta de alteração:

“Para efeitos do cálculo do seu lucro tributável, o sujeito passivo residente pode deduzir a parte do montante imputado nos termos do n.º 1 do presente artigo, que corresponda a lucros distribuídos pela entidade não residente em território português, na proporção resultante do n.º 3 do presente artigo, no período de tributação e, que se verificar a distribuição, sem prejuízo da aplicação do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 90.º e do artigo 91.º.”

Visa-se, assim, esclarecer que, em caso de distribuição, se elimina o efeito tributário anteriormente provocado pela imputação, deduzindo-se a parte da distribuição que lhe corresponda, assim se coadunando o preceito com o n.º 5 do artigo 8.º da Diretiva ATAD, como explicitado no ponto 5.3.3 da presente dissertação.

7.8 Alteração ao n.º 11 do artigo 66.º do CIRC

No que respeita ao n.º 11 do artigo 66.º do CIRC, somos a propor a seguinte alteração:

“Em caso de transmissão onerosa de partes sociais de uma entidade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º 1, o sujeito passivo residente pode deduzir a parte do produto dessa alienação que tenha sido imputada nos termos do n.º 1 do presente artigo, na proporção resultante do n.º 3 do presente artigo, no período em que se verificar a alienação onerosa, conquanto os mesmos não tenham sido considerados nos termos do n.º 8 do presente artigo”.

Em linha com o alinhavado no ponto 5.3.3, a alteração proposta visa evitar a possibilidade de se gerarem valores de realização negativos ou de, não se aceitando tais valores negativos, não se garantir a plena eliminação da dupla tributação almejada pela Diretiva ATAD, prevista no n.º 6 do seu artigo 8.º.

7.9 Alteração ao n.º 12 do artigo 66.º do CIRC

No que respeita ao n.º 12 do artigo 66.º, a nossa proposta de alteração vai no sentido de aditar as seguintes alíneas/subalíneas:

“Para efeitos do disposto no n.º 1, o sujeito passivo residente deve integrar no processo de documentação fiscal a que se refere o artigo 130.º os seguintes elementos: (...)

iv) A demonstração discriminada do montante de imposto efetivamente pago sobre os lucros incluídos na matéria tributável, designadamente, declarações ou documentos confirmados e autenticados pelas autoridades públicas competentes do Estado, país ou território onde a entidade que distribui os lucros ou reservas tenha a sua sede ou direção efetiva.

v) A demonstração do período de detenção das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais da entidade.”

O aditamento da alínea iv) ora sugerido decorre da adaptação do preceituado nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 91.º-A do CIRC, relativo ao crédito de imposto por dupla tributação económica internacional, a propósito do que se prevê no n.º 8 do artigo 66.º do CIRC.

A prova de que os lucros e reservas incluídos na matéria tributável já foram objeto de tributação, deve assim ser, feita mediante declarações ou documentos confirmados e autenticados pelas autoridades públicas competentes do Estado, país ou território onde a CFC tenha a sua sede ou direção efetiva.

Tais declarações ou documentos fazem fé, conquanto a entidade em causa tenha sede num Estado-Membro da UE ou EEE que se encontre vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade ou num Estado ou país com o qual Portugal tenha celebrado uma CDT.

Assim, perante a sua apresentação, caberá à AT demonstrar a falta de veracidade de tais declarações ou documentos, por força da inversão do ónus da prova.

Note-se que, na ausência de tais elementos, entendemos que o cumprimento dos requisitos previstos pode ser demonstrado através de quaisquer outros meios de prova, sendo que, perante fundados indícios da falta de veracidade dos elementos comprovativos ou dos dados nele contidos, caberá aos sujeitos passivos demonstrar a sujeição a imposto através de quaisquer outros meios probatórios.

Por seu turno, o aditamento da alínea v) visa permitir a comprovação de que a imputação dos rendimentos da CFC feita na esfera do sujeito passivo, o foi em respeito da proporção do período de detenção, em linha com a alteração por nós sugerida ao n.º 3 do artigo 66.º do Código do IRC.

7.10 Alteração ao n.º 14 do artigo 66.º do CIRC

Por fim, no que respeita ao n.º 14 do artigo 66.º do CIRC sugerimos a seguinte alternativa ao texto atualmente em vigor, seguida de um aditamento:

“14 - O disposto neste artigo não se aplica quando a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutro Estado membro da União Europeia; num Estado membro do Espaço Económico Europeu, desde que esse Estado membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, ou num Estado com o qual tenham sido estabelecidos mecanismos de troca de informações, desde que os factos e circunstâncias relevantes demonstrem que a constituição e funcionamento da entidade não consubstanciam um expediente puramente artificial.”

“15 – O disposto no presente artigo não se aplica igualmente quando a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida num Estado com o qual não existam mecanismos de troca de informações, conquanto o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade não consubstanciam um expediente puramente artificial.”

As alterações ora introduzidas resultam das considerações vertidas nos pontos 6.1 e 6.3 da presente dissertação.

Desde logo, as propostas de alteração visam compatibilizar a exclusão da aplicação da regra CFC, atualmente prevista no n.º 14 do artigo 66.º do CIRC, com a imposição do Direito primário europeu de que as normas CFC apenas visem atingir as entidades cuja constituição e funcionamento não seja puramente artificial (no sentido conferido a este conceito no Acórdão proferido no Caso *X GmbH*).

As alterações propostas visam igualmente coadunar a exclusão prevista no artigo 14.º com a liberdade de circulação de capitais, designadamente na sua dimensão externa, e bem assim, com os princípios constitucionais da igualdade tributária e da proporcionalidade.



Conclusões

Atento tudo o que se deixou exposto, é chegado o momento de se sintetizarem as principais conclusões que se lograram alcançar com a presente investigação, relativamente ao o regime português em matéria de CFC, alterado na sequência da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio e, bem assim, sobre a sua compatibilidade com o Direito Constitucional, Internacional e Europeu.

Como resultou plasmado na presente dissertação, o ordenamento jurídico-tributário português já havia adotado um regime CFC num momento muito anterior, quer à publicação do Relatório da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS quer à Diretiva ATAD, o qual foi objeto de sucessivas alterações ao longo do tempo, a última das quais operada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Considerando as alterações que foram analisadas ao longo da presente investigação, pode concluir-se que a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio operou uma significativa alteração do regime português de CFC, a qual teve impacto na definição de participação na CFC relevante, na definição de entidade CFC, na determinação do cálculo dos lucros da CFC, na dedutibilidade das perdas incorridas pela CFC, nas regras que tratam da alienação das participações sociais da CFC e nas regras de exclusão aplicáveis a empresas da UE e do EEE qualificadas como CFC.

Como vimos, no que diz respeito ao âmbito subjetivo do regime português em matéria de CFC, a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, alterou significativamente a percentagem de interesse substancial que se encontrava prevista anteriormente, assim modificando o âmbito subjetivo do regime previamente existente, uma vez que o n.º 2 daquele artigo (que previa que quando pelo menos 50% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou bens patrimoniais fossem detidos, direta ou indiretamente, por sujeitos de IRS ou IRC residentes em Portugal, a percentagem de interesse substancial relevante para efeitos de aplicação daquele artigo descia para 10%) foi revogado.

No entanto, manteve-se intacta a circunstância de o regime português de CFC não exigir a verdadeira existência de controlo por parte do sujeito passivo residente, para desencadear a aplicação do regime CFC, mas apenas de um interesse substancial, o que não nos parece de

louvar. Como referido, a nosso ver, a percentagem de interesse substancial não deveria situar-se num limiar tão baixo como o que se encontra presentemente previsto, uma vez que os custos de *compliance* do regime CFC português são muito elevados e que os 25% consagrados na norma implicarão um universo muito alargado de sujeitos passivos que, mesmo podendo não ter que incluir, a final, qualquer tipo de rendimentos na sua base tributável, se verão obrigados a adotar procedimentos e controlos internos e a ter que cumprir com obrigações declarativas de elevada complexidade, custos esses que se veem exacerbados pelo estatuído no n.º 13 do artigo 66.º do CIRC.

Relativamente ao nível de tributação a que a entidade CFC se encontra sujeita, salientámos que, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o escopo do artigo 66.º se vê claramente alargado, por via de uma redefinição do conceito de CFC, atenta a substituição de um referencial percentual sobre a taxa nominal de IRC para um referencial de imposto efetivamente pago. Mais inferimos que a conjugação do aqui previsto com as condições para exclusão de aplicação deste regime, poderá implicar a aplicação destas regras a territórios que, até então, ficavam excluídos do seu escopo. De igual modo, mencionámos que apesar de a comparação entre taxas de imposto efetivas nos parecer mais justa do que a comparação com uma taxa nominal, a solução presentemente adotada impõe um permanente, dispendioso e árduo trabalho de estudar os sistemas fiscais dos outros Estados ao pormenor, por forma a compará-los com o português. Com efeito, a utilização da taxa de imposto efetivamente paga torna necessário que, em primeiro lugar, se afira a taxa de imposto a que a entidade CFC foi sujeita, o que exige determinar o lucro tributável da entidade CFC e, bem assim, o rendimento obtido, e, em segundo lugar, comparar tal taxa com a taxa que seria aplicável em Portugal, o que levantará inúmeras questões práticas, que devidamente elencámos.

Mais referimos que a opção legislativa pela aferição do critério da taxa de imposto por comparação ao imposto que seria devido nos termos do CIRC, sem que as derramas estadual e municipal fossem excluídas, não nos parece a mais ajustada. De igual modo, salientámos que a “*lista negra*” portuguesa (Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro) não se encontra ajustada aos tempos correntes, não refletindo os critérios adotados pela UE na elaboração da sua própria lista negra, considerando-se que a lista portuguesa beneficiaria com uma atualização. Mais sublinhámos que não há qualquer regra que implique a exclusão automática de um país de tal lista, por força da entrada em vigor de uma CDT. Pelo que, basta a mera residência da entidade num território que figure em tal lista, para que o regime CFC se aplique de forma automática e injuntiva, podendo gerar-se situações de injustiça material e de violação do princípio constitucional e tributário da igualdade e da proporcionalidade.

No que concerne aos lucros ou rendimentos que são objeto de imputação, criticámos a manutenção da abordagem de *entity approach*, da qual decorre que todos rendimentos obtidos pela CFC são imputados ao sujeito passivo residente, independentemente da sua natureza ou categoria.

Mais observámos que o regime português abrange não só os sujeitos passivos que estão sujeitos a “*imposto sobre as sociedades*”, como os sujeitos passivos individuais que estão sujeitos a imposto sobre os seus rendimentos, em sede de IRS, atento o previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 20.º do CIRS, segundo os quais os rendimentos da CFC serão tratados como pertencentes à Categoria B ou E, consoante as partes de capital ou os direitos em causa estejam ou não afetos a uma atividade empresarial ou profissional.

No que respeita às regras de determinação do rendimento tributável, tal como mencionámos, estabelece-se, no regime português de CFC em vigor, que as regras tributárias do Estado de residência do sujeito passivo detentor são as que relevam, no que respeita ao cálculo do rendimento da CFC. Pelo que, concluímos que com as alterações introduzidas, a imputação deixa de se operar pelo lucro contabilístico da entidade, tal como definido à luz das normas de contabilidade em vigor no Estado de residência da CFC, passando a determinar-se por referência ao lucro fiscal desta, calculado à luz do CIRC. Neste âmbito, salientámos que calcular os rendimentos da entidade com base nas regras portuguesas, mas tendo por base a contabilidade do território onde a CFC reside, não deixa de contribuir para a geração de maiores custos e complexidade de aplicação do regime, o que se revela particularmente esmagador no caso de MNEs que tenham subsidiárias em vários países. Pelo que, demonstrámos que, em nosso entender, urge que a administração tributária, venha a emitir regulamentação precisa sobre esta matéria, por forma a conferir alguma segurança jurídica aos contribuintes, como o fez, exemplificativamente, a administração tributária luxemburguesa.

De igual modo referimos que, para o apuramento do montante de rendimento final a imputar, decorre da própria lei, quer na sua redação atual, quer na redação anterior, deve ser deduzido o imposto suportado pela entidade controlada, o que não parece coadunar-se com o previsto na Diretiva ATAD.

Por seu turno, salientámos que a entrada em vigor das alterações produzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio teve impacto na consideração dos prejuízos fiscais da CFC, passando a ser possível deduzir os prejuízos fiscais gerados pela CFC e calculados nos termos do CIRC, na proporção do controlo exercido na entidade, em um ou mais dos cinco períodos de tributação seguintes.

Mais observámos que a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio veio revogar o n.º 10 do artigo 66.º que estabelecia que, no caso de sujeitos passivos sujeitos a um regime especial de tributação, a imputação fosse feita às primeiras entidades sujeitas ao regime geral de tributação, a qual tinha impacto, designadamente, em estruturas de detenção que envolvessem entidades licenciadas para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira.

No que respeita aos mecanismos de eliminação da dupla tributação dos rendimentos sujeitos a imputação, explorámos a circunstância de a atual redação do artigo 66.º do CIRC procurar eliminar a dupla tributação que se pode verificar em três momentos distintos: (i) no período

de tributação em que os rendimentos da entidade estrangeira são imputados à sociedade residente (n.º 5 do artigo 66.º); (ii) no momento da efetiva distribuição dos lucros da entidade estrangeira (n.ºs 8 e 9 do artigo 66.º) e (iii) no momento da alienação das partes sociais de uma entidade CFC por parte do sujeito passivo residente (n.º 11 do artigo 66.º).

A este respeito, desde logo, referimos que o que se encontra prescrito na Diretiva ATAD não é uma dedução ao lucro tributável, mas sim um crédito de imposto, como um verdadeiro direito do sujeito passivo. Pelo que, seria aconselhável estabelecer-se um crédito de imposto, que visasse eliminar a dupla tributação económica internacional, permitindo a dedução da fração do imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro pela entidade não residente em território português (correspondente aos lucros imputados ao sujeito passivo) ou, ao invés, a dedução da fração do IRC, calculado antes da dedução prevista no n.º 5 do artigo 66.º (correspondente aos lucros imputados ao sujeito passivo, acrescidos, com as necessárias adaptações, das correções previstas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 68.º do CIRC, líquidos dos gastos direta ou indiretamente suportados para a sua obtenção, e deduzida do crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional previsto no artigo 91.º do CIRC, consoante aquela que for de menor montante). Por outro lado, sem prejuízo da aplicação dos artigos 51.º, 51.º-C e 91.º-A do CIRC, por forma a evitar uma justaposição com o previsto no artigo 51.º do CIRC, e bem assim com o estabelecido no artigo 91.º-A do CIRC, poder-se-ia prever que o montante assim deduzido deveria ser acrescido ao imposto a pagar no período de tributação em que se realize a distribuição de lucros pela entidade não residente ou a transmissão onerosa das participações sociais emitidas pela entidade CFC, determinando-se o *quantum* do acréscimo pela parte do resultado imputado nos termos do n.º 1 do artigo 66.º que corresponda a lucros assim distribuídos ou atribuídos ao sujeito passivo pela entidade CFC.

Relativamente à dupla tributação que se pode verificar no momento da efetiva distribuição dos lucros da entidade CFC, observámos o que se estipula no n.º 8 do artigo 66.º do CIRC (a eliminação da dupla tributação em caso de distribuição de lucros), determinando-se que, sem prejuízo da aplicação do crédito de imposto por dupla tributação internacional a que houver lugar, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 90.º e do artigo 91.º, o sujeito passivo poderá deduzir ao seu lucro tributável, a parte do montante que lhe tiver sido imputado nos termos do n.º 1 do artigo 66.º do CIRC, que corresponda a lucros ou rendimentos distribuídos pela CFC, no período de tributação em que se verificar a referida distribuição e até à sua concorrência, isto é, até à limitação decorrente da proporção apurada segundo o n.º 3 do artigo 66.º do CIRC, conquanto prove que tais rendimentos já foram imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores. Fizemos notar que, ao contrário do que ocorreria de acordo com o método da isenção, os dividendos distribuídos estão sujeitos a tributação se o seu montante for superior aos rendimentos previamente imputados, assegurando-se assim a tributação residual dos montantes distribuídos que não foram previamente tributados através do regime CFC.

Mais constatámos que, no tocante à dupla tributação que poderá decorrer da retenção na fonte no Estado da residência da CFC sobre os dividendos distribuídos, o regime português de CFC remete para o crédito de imposto sobre a dupla tributação jurídica internacional previsto no artigo 91.º do CIRC. Não obstante essa remissão, concluímos que tal regime não se aplicará integralmente, uma vez que a parte final do n.º 9 do artigo 66.º estabelece que a dedução do imposto decorrente da retenção na fonte só será possível até à concorrência do montante de IRC apurado no período de tributação de imputação dos lucros ou rendimentos, após a dedução por crédito de imposto sobre a dupla tributação jurídica internacional e económica, dando assim origem a uma desvantagem face aos restantes créditos de imposto, no caso de a entidade residente não ter coleta suficiente para proceder à dedução.

Finalmente, no que respeita à eliminação da dupla tributação que ocorre no momento da alienação das partes sociais de uma entidade CFC por parte do sujeito passivo residente, sublinhámos que o legislador português veio prever que, em caso de transmissão onerosa de partes sociais de uma CFC, são dedutíveis ao valor de realização os valores que o sujeito passivo residente comprove já lhe terem sido imputados, a título de lucro tributável de períodos de tributação anteriores, na medida em que os mesmos não tenham já sido tomados em conta ao abrigo do n.º 8 do artigo 66.º. A este propósito observámos que, ao autorizar uma dedução ao valor de realização, a norma poderá suscitar algumas dúvidas, designadamente quanto ao montante máximo que poderá ser deduzido – uma vez que não se refere, ao contrário do que sucede no n.º 8, que a dedução é feita até à concorrência-, e bem assim, à relação entre esta norma e a norma de “*desimputação*” por via de distribuição. Mais notámos que o preceito deixa em aberto a possibilidade de se gerarem valores de realização negativos ou a não se aceitar tal resultado, a consequência de não se lograr alcançar a plena eliminação da dupla tributação almejada pela Diretiva ATAD, prevista no n.º 6 do seu artigo 8.º.

No que respeita às regras que permitem excluir a aplicação da regra CFC, apontámos que, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a exclusão geral em virtude de determinadas atividades passou a ser estruturada em torno de um critério mais objetivo, passando a encontrar-se excluídas do âmbito do regime todas as entidades cujos rendimentos mencionados nas diversas alíneas do n.º 7 do artigo 66.º não excedam 25%- ao invés dos 33% previstos na Diretiva ATAD- do total dos rendimentos. Mais constatámos que continua a prever-se a exclusão da aplicação do regime no que diz respeito a entidades não residentes que sejam residentes na UE e no EEE, conquanto a constituição e o funcionamento da entidade obedeçam a razões económicas válidas, esclarecendo, porém, que passou a estipular-se a necessidade de que à mesma sejam atribuídos pessoal, equipamento, ativos e instalações, para prossecução de uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços. Neste âmbito, não pudemos deixar de assinalar que esta exclusão não chega a ser alargada a entidades com residência noutro Estado – fora da UE e do EEE – com quem Portugal tenha celebrado uma CDT que se encontre em vigor e que preveja a troca de informações, o que lamentámos.

Escalpelizados todos os aspetos que nos pareceram dignos de nota no regime português em matéria de CFC, prosseguimos para o estudo da sua (in)compatibilidade com o Direito Constitucional Português. Assumindo as disposições constitucionais um papel crucial na interpretação da legislação tributária, assinalámos que existem, pelo menos, dois traços caracterizadores do regime português de CFC que nos parecem especialmente preocupantes:

- (i) a adoção da abordagem da entidade, mediante a qual, verificados todos os pressupostos legais previstos no artigo 66.º do CIRC e nenhuma das suas exclusões, a totalidade do rendimento da CFC é atribuída ao sujeito passivo residente, na proporção da sua detenção e
- (ii) a consagração de uma presunção irrefutável de abuso com a consequente atribuição de rendimentos aos sujeitos passivos residentes, independentemente das concretas circunstâncias factuais da situação em causa. Neste âmbito, concluímos que, tal como se encontra desenhado, o regime português de CFC é, essencialmente, incompatível com o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da liberdade de iniciativa económica, e com o princípio da igualdade.

Por sua vez, no que respeita ao tema da (in)compatibilidade com as recomendações decorrentes da Ação 3 do Projeto OCDE/G20 BEPS especialmente dirigidas aos Estados-Membros da UE, concluímos que, de entre as referidas recomendações, apenas a análise de substância nos parece adequada e compatível com o Direito da UE, ao passo que as outras (a extensão da aplicação das regras CFC a entidades domésticas, a aplicação das regras CFC a transações que são parcialmente puramente artificiais e a projeção de regras CFC destinadas a assegurar a distribuição equilibrada do poder tributário e não somente a evasão fiscal) aparentam ser destituídas de sentido ou utilidade jurídico-económica.

No que respeita à (in)compatibilidade do regime português em matéria CFC com o Direito da UE, entendemos que o artigo 66.º do CIRC suscita efetivamente problemas de compatibilidade normativa com o Direito da UE, desde logo, porque tem a potencialidade de operar uma discriminação injustificada entre entidades residentes ou estabelecidas num Estado-Membro da UE/EEE e entidades residentes ou estabelecidas num Estado Terceiro. Mais concluímos que, não obstante o artigo 66.º do CIRC não encerrar qualquer contradição com a Diretiva ATAD, no que ao tema ora em causa diz respeito, em virtude de a mesma prever, no seu artigo 7.º a possibilidade de não se estender, quanto a entidades situadas em países terceiros, a hipótese de comprovar o exercício de uma atividade económica substantiva, o mesmo não é compatível com o Direito Primário da UE, que prevalece hierarquicamente sobre o Direito Secundário enquanto fonte de Direito. Assim, tornou-se imperativo concluirmos que as alterações levadas a cabo pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, e com elas o que poderia constituir a concretização de uma louvável intenção de compatibilizar o nosso regime CFC com o Direito Europeu, falharam tal propósito, uma vez que o regime português de CFC parece continuar incompatível com o Direito da UE, mormente excedendo largamente o necessário para evitar o abuso, assim tendo a potencialidade de consubstanciar uma restrição injustificada da liberdade de estabelecimento e, bem assim, da liberdade de circulação de capitais, em especial, na sua dimensão externa.

Ainda no âmbito da (in)compatibilidade do regime português de CFC com o Direito da UE, referimos igualmente que a utilização do conceito de “razões económicas válidas”, opera uma inversão da lógica de aplicação da norma anti-abuso e do ónus de prova que está associado aos seus pressupostos, em que a sua aplicação se torna regra, excluindo-se apenas perante a demonstração da existência de tais razões. Enquanto que, utilizando-se a expressão “expedientes puramente artificiais”, a mera existência de motivações fiscais a título não principal ou exclusivo não basta para fundamentar a aplicação da norma anti-abuso, fazendo-se uso do conceito de “razões económicas válidas” tais motivações não são fundamento suficiente para excluir a sua aplicação. Do nosso ponto de vista, a legislação portuguesa deveria consagrar precisamente a solução contrária à que atualmente se encontra prevista, sendo a regra a não aplicação do regime previsto no artigo 66.º do CIRC, uma vez que a sua aplicação só se justificaria nas situações de existência de “expedientes puramente artificiais”. O ónus da prova relevante deveria, em nossa opinião, recair sobre a administração tributária e não sobre o sujeito passivo, como parece ser resultar do artigo 66.º do CIRC. Aliás, da análise encetada, não nos pareceu resultar que a própria Diretiva ATAD pretenda que o ónus da prova recaia sobre o sujeito passivo residente. Pelo que, não nos parecendo que o normativo português seja compatível quer com o Direito Primário da UE quer com a Diretiva ATAD, impor-se-á, na nossa perspetiva, a sua remodelação.

Mais salientámos que um terceiro aspeto da legislação portuguesa que merece a nossa crítica, por nos parecer igualmente incompatível com o Direito da União Europeia e do princípio da proporcionalidade, é a menção feita - em adição à demonstração que a constituição e funcionamento da entidade CFC correspondem a “razões económicas válidas” – que tal entidade desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações. Como salientámos, não podemos olvidar-nos da existência de atividades que, pela sua própria natureza, não requerem significativa presença física, sem que daí resulte não serem implantações ou operações reais. Assim, em nosso entender, por forma a conformar-se quer com a Diretiva ATAD, quer com as liberdades fundamentais do Direito da UE, o normativo português dever-se-ia limitar a exigir o exercício de uma atividade económica substantiva por parte da CFC, sem quaisquer ramificações quanto à natureza das mesmas.

Atentas todas as considerações expostas ao longo da presente dissertação, acabámos por concluir que, ainda que tenha sido recentemente alterado pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o regime português em matéria de CFC carece de alterações profundas, pelo que, ensaiámos diversas propostas de redação alternativas à atual redação do artigo 66.º do CIRC, de acordo com a atual ordenação numérica do próprio artigo.

As alterações propostas prenderam-se, essencialmente, com a necessária superação das patologias de que padece o regime português de CFC, sobre as quais nos debruçámos ao longo da presente dissertação, e, bem assim, com a consequente compatibilização do regime com os princípios constitucionais aplicáveis, com o Direito da UE e com as recomendações emanadas pela OCDE/G20, no âmbito do Relatório Final da Ação 3.



Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de- *Curso de Direito Comercial, Vol. II*, 6.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN: 9789724078403

Amicorp Group- The most recent CFC case in China – 2017 [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em https://www.amicorp.com/AmiNews/2017/july/the_most_recent_cfc_case_in_china.php

AIGNER, HANS-JÖRGEN, SCHEUERLE, ULRICH, STEFANER, Markus - General

Report In LANG, Michael [et al.], *CFC legislation: domestic provisions, tax treaties and EC law*, Wien: Linde Verlag, 2004, ISBN-13: 978-9041122841, pp. 13 e ss.

ALVAREZ, Francisco E. Alvarez, The ATAD CFC – All Roads Lead to Cadbury Schweppes, Kluwer International Tax Blog, 2020 [Consultado em 2 de fevereiro de 2020]. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2020/01/31/the-atad-cfc-all-roads-lead-to-cadbury-schweppes/>

ARGINELLI P.- The ATAD and Third Countries in The External Tax Strategy of the EU In JI-MÉNEZ, A. Martín, *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment*, 1.ª Edição, Amesterdão: IBFD, 2019, ISBN:978-90-8722-501-8, pp. 187-218

ARNOLD, B. J.

- A Comparative Perspective on the U.S. Controlled Foreign Corporation Rules, *Tax Law Review*, Nova Iorque, ISSN: 0040-0041, 65, 3 (2012), pp. 473-504
- *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: A Comparative Analysis*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986, ISBN-13: 978-0888080233
- The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 12 (2019), pp. 631-648

ARNOLD, B. J., DIBOUT P., *General Report: Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends* In Cahiers de droit fiscal international, The Hague: Kluwer Law international, 86b, 2001, ISBN: 9041116370

ASSIS, Lucas- A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo estados terceiros, *Revista concorrência e regulação* – Coimbra, ISBN:9782300058011, 33/34 (2018), pp. 129-153

AT- Estatísticas, Portal das Finanças (2019). [Consultado em 8 de abril de 2020] Disponível para consulta em: http://info.Portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticasestatisticas_ir/

AULT, H.J.- Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 70,12 (2013), pp. 1195-1201

AYALA, Bernardo, CÂMARA, Francisco - Portugal - CFC Taxation, *Fisco*, Lisboa, ISSN: 0872-9506, VIII, 78/79 (1996) pp. 75-90

BENITES, M.M., Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations, *Tax Management International Forum*, Londres, ISSN: 0143-7941, 32 (2011), pp. 3-90

BIZIOLI, Gianluigi- Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 26, 3(2017), pp.167-175

BLUM, Daniel W. - Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 46, 4 (2018), pp. 96-312

BADER, R. G., CFC Legislation in the European Union and The Alternative CSC concept, Tilburg, 2012

BOER, R, MARRES, O.- BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 14 (2015)

BONN, Jens Schönfeld- CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 26, 3 (2017), pp. 145–152

BRAUNER, Yariv

- BEPS: An Interim Evaluation, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-92379, (2014), pp. 10- 39
- The Bad, the Worse and the Ugly, In DANON, Robert- Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – Impact for European and International Tax Policy, Zurique, Schulthess Verlag, 2016, ISBN: 978-3-7255-8605-9

BROE, Luc de – *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 1st Edition, Amesterdão, IBFD, 2008, ISBN: 978-90-8722-035-8

BUNDGAARD, J., SCHMIDT, P.K., *Uncertainties Following the Final EU Anti- TaxAvoidance Directive*, Kluwer International Tax Blog, 2016 [Consultado em 15 de dezembro de 2019]. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2016/10/17/uncertainties-following-final-eu-anti-tax-avoidance-directive/>

BURKADZE Eter – Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions, *International Transfer Pricing Journal*, Amesterdão, ISSN: 1385-3074. (2016), pp. 367-377

CANOTILHO, J. J. Gomes- *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1974, ISBN 978-85-450-0593-3

CANOTILHO, J.J. Gomes/VITAL MOREIRA - *Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1º a 107º*, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, ISBN: 9789723222869

CORDEIRO, Menezes- *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2014, ISBN: 9789724044385

CANÈ, Daniele- Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-92379, 4 (2017)

CFE ECJ Task Force- *Opinion Statement ECJ-TF 4/2019 on the CJEU decision in Case C-135/17, X-GmbH, concerning the application of the German CFC legislation in relation to third countries*, CFE Tax Advisors Europe, 2019. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020] Disponível em <https://taxadviserseurope.org/blog/portfolio-items/opinion-statement-ecj-tf-4-2019-on-the-cjeu-decision-in-case-c-135-17-x-gmbh-concerning-the-application-of-the-german-cfc-legislation-in-relation-to-third-countries/>

CFE Fiscal Committee- *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission's proposal for an Anti Tax Avoidance Directive*, CFE Tax Advisors Europe, 2016. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020] Disponível em <https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/05/CFE-Opinion-Statement-FC-3-2016-on-the-Anti-Tax-Avoidance-Directive.pdf>

CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth, MONTI, Giorgi- *European Union Law*, 3.ª Edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, ISBN: 9781139854542

CHAMBERLAIN, David, PETRICCIONE Mario, TURLEY Conrad- *Controlled Foreign Corporation Rules In A New Dawn for the International Tax System: Evolution from past to future and what role will China play?*, Amesterdão: Books IBFD, 2017, ISBN 978-90-8722- 390-8, pp. 405-480

COLLIER, Richard [et. al.]- *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*, 2018. [Consultado em 10 de janeiro de 2020]. Disponível em https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPolPolicyReport_08_2018_AntiTax_Avoidance.pdf

COM (2001) 260 final- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Tax Policy in the European Union – Priorities for the Years Ahead, 10 de outubro de 2001

COM (2007) 785 final- Communication From The Commission To The Council, The European Parliament And The European Economic And Social Committee- The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries, 10 de dezembro de 2007

COM (2009) 201 final- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Promoting Good Governance in Tax Matters, 28 de abril de 2009

COM (2016) 25 final- Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2016/16/UE no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, 2016.

COM (2016) 271 final- Recomendação da Comissão relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, 28 de janeiro de 2016.

Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares- Projeto da reforma do IRS- Uma reforma do lrs orientada para a simplificação, a família e a mobilidade social, 2014 [consultada em 8 de novembro de 2019]. Disponível em http://opinumerica.pt/documents/Rel_Comissao_Reforma_IRS.pdf

CORDEIRO, Menezes - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2014, ISBN: 9789724044385

CORDEWENER, A.- Free Movement of Capital Between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928- 2750, 18 (2009) pp. 260-263

CORDEWENER, A., Kofler, G., SCHINDLER, C.P.

- Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 47, 3 (2007), pp. 371-376
- Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holböck, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 47, 8 (2007), pp. 372-376

COURINHA, Gustavo

- *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra: Almedina, 2009, ISBN: 9789724021850
- Chapter 25: Portugal In LANG, M. [et al.], *GAARS – A Key Element of Tax Systems of Tax Systems in the Post-BEPS World*, Amesterdão: IBFD, 2016, ISBN: 978-90- 8722-358-8, pp. 515-532
- *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN: 9789724079363
- *Eliminação da dupla tributação económica: Participation Exemption e crédito de imposto*, Temas De Direito Tributário: Irc, Iva e Irs, Colecção Formação Contínua, CEJ. 2016 [Consultado em 12 de janeiro de 2020]. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_book_Tributario_II.pdf

CUNHA, Paulo Olavo- *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª Edição, 2019, Almedina: Coimbra, ISBN: 9789724079646

DAHLBERG, M., WIMAN, B. – *General Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies* In *Cahiers de droit fiscal international*, Copenhaga, The Hague: Kluwer law international, 98a, 2013, ISSN0168-0455, pp. 259-278

DAFNOMILIS, V. –

- A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances – Part 1, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55, 11 (2015), pp. 498-508
- A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55, 12 (2015) pp. 567-577

DANON, Robert J. - EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model In *PISTONE, Pasquale - European Tax Integration: Law, Policy and Politics*, Amesterdão: IBFD, 2018 ISBN: 978-90-8722-472-1, pp. 387-408

DELLOITE , *International Tax Lithuania Highlights*, 2019, [Consultado em 20 de dezembro de 2019] Disponível em <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-lithuaniahighlights-2019.pdf>

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2020. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020], Disponível em <https://dicionario.priberam.org/puramente> e <https://dicionario.priberam.org/parcialmente>

DOURADO, Ana Paula

- Aggressive Tax Planning in EU Law and in Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 43, 1 (2015), pp. 42-57
- Free Movement of Capital, Anti-Tax Avoidance Package and Brexit, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 44, 12 (2016), pp. 870-877
- *Governança Fiscal Global*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina. 2017, ISBN 978-972-40-7044-5
- *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1783-4
- The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 6/7, 44 (2016), pp. 440-446
- The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 3, 45 (2017), pp. 192-204
- The role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU, *British Tax Review*, Londres, ISSN: 0007-1870, 3, (2015), pp. 340-363

DUEÑAS, Sebastián - *CFC Rules Around the World*, Tax Foundation, Washington DC, 659, 2019, [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://taxfoundation.org/cfc-rules-around-the-world/>

DURST, M. – The historical evolution of base erosion and profit shifting In *Taxing Multinational Business in Lower-Income Countries: Economics, Politics and Social Responsibility*, Brighton: The International Centre for Tax and Development Institute of Development Studies, 2019, pp. 31-54

EDGE, Steve - *UK CFC Regime - Time To Work Together?*, Slaughter and May, 2018 [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em https://www.slaughterandmay.com/media/621198/uk_cfc_regime_time_to_work_together_july_2008.pdf

ENGLISCH, J. - Taxation of Cross-Border Dividends and the EU Fundamental Freedoms, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 38 (2010), pp. 197–201

FERREIRA, Alcídio Mateus, CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU law? *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 52, 9 (2012), pp. 479-493

FISZER, J., Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 75, 10, (2014), pp. 843-845

FÖRSTER, Guido, SCHMIDTMANN, Dirk – CFC Legislation in Germany, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 32, 10 (2004), pp. 476-486

FRAGA, Tiago - Controlos fiscais e restrição das liberdades fundamentais na tributação directa, *Fiscalidade*, Lisboa, ISSN:0874-7326, 43 (2010), pp. 25-62

GARFUNKEL, Nicholas- Are all CFC-regimes the Same? The impact of the Attribution Method, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 59, 1 (2010), pp. 53–74

GINEVRA, G. - The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 2 (2017), pp. 129-130

GUTMANN, Daniel, MEZIANE, François- *The French CFC Regime*, American Tax Policy Institute, Washington [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://docplayer.net/18925662-The-french-cfc-regime.html>.

GROOT, Isabella de, LARKING, Barry- Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164), *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 59, 6 (2019), pp. 261-272

HELMINEN, Marjaana

- Is There a Future for CFC-regimes in the EU?, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 33, 3 (2005), pp. 117-123
- *EU Tax Law: Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2019, ISBN:978-90-8722-562-9

HEMELS, S. [et al.], Freedom of Establishment and Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 19 (2010) pp. 19-31

HINNEKENS, L. - Basis and Scope of Public Interest Justification of National Tax Measures Infringing Fundamental Treaty Freedoms In VANISTENDAEL, F.- *EU Freedoms and Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2005, ISBN: 978-90-76078-98-4, pp. 75 e ss e 88 e ss

HILLING, M.- Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826 4, 5 (2013), pp. 300-301

HOFMANN, Herwig CH- General Principles of EU law and EU administrative law In BARNARD, C., PEERS, S. - European Union Law, 2.^a Edição, Oxford: Oxford Press, 2014, ISBN: 9780198789130, pp. 196-225

HULLE, G. Van- Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 71 12 (2017), pp. 719-724

IBFD- ATAD Implementation Tables, Tables IBFD [Consultado em 15 de novembro de 2019]. Disponível em <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/atad>

ISENBAERT M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, Amesterdão: IBFD, 2010, ISBN: 978-90-8722-067-9

KAHLENBERG, Christian - The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, *Intertax*, 44, 4 (2016), pp. 316-32

KANE, M.- The role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352- 9202, 68, 6/7 (2014)

KEMMEREN, E. C. C. M. - Principle of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models, Tilburg University, 2001

KOFLER, G- CFC Rules In Lang, M., Pistone, P., Schuch J., Staringer, C.- *Common Corporate Consolidated Tax Base*. Viena: Linde Verlag, 2008, ISBN 9783707313062, pp. 727-729

KOFLER, G., VERLINDEN, Isabel- Unlimited Adjustments: Some Reflections on Transfer Pricing, General Anti-Avoidance and Controlled Foreign Company Rules, and the "Saving Clause", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 74, 4/5 (2020) Disponível em https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2020_04_o2_3.html)

KOKOLIA, E., CHATZIIOAKEIMIDOU, E., BEPS Impact on EU Law: Hybrid Payments and Abusive Tax Behaviour, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 55, 4 (2015), pp. 149-156 KUZNIACKI, Blazej

- *CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law*, WU International Taxation Research Paper Series, Áustria, 2015 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2630943>

- Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 27,3 (2018), pp. 160–176
- Discriminatory tax treatment of CFC's losses towards losses of partnerships, economic double taxation, exchange of tax information and future developments of the Norwegian CFC rules, *Skatterett*, Oslo, 0333-2810, 4 (2014), pp. 349-384
- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), I: Understanding the PPT Standard under CJEU Case Law*, Kluwer International Tax Blog, 2019 [Consultado em 15 de janeiro de 2020]. Disponível em http://kluwertaxblog.com/2019/03/18/foreseeing-the-impact-of-x-gmbh-case-c-13517-i-understanding-the-ppt-standard-under-cjeu-case-law/?doing_wp_cron=1586518429.0117599964141845703125
- *Foreseeing the Impact of X GmbH (Case C-135/17), III: The Importance of the Genuine Exchange of Tax Information with Third Countries*, Kluwer International Tax Blog, 2019 [Consultado em 15 de janeiro de 2020]. Disponível em http://kluwertaxblog.com/2019/03/29/foreseeing-the-impact-of-x-gmbh-case-c-13517-ii-i-the-importance-of-the-genuine-exchange-of-tax-information-with-third-countries/?doing_wp_cron=1586518510.7829809188842773437500
- The (In)Compatibility of Polish CFC Rules with the Constitution Pre and Post- Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164), *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 58, 4 (2018), pp.149-162

LANG, M.

- The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 51,6 (2011), pp. 223-228
- *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Amesterdão: Kluwer Law International, 2004, ISBN 9789041122841

LEITÃO, Luís Menezes- A introdução na legislação portuguesa de medidas destinadas a reprimir a evasão fiscal internacional: o decreto-lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, *Ciência e Técnica Fiscal*, pp. 96-97

MAISTO, G., PISTONE, P.-

- A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 48, 10 (2008), pp. 503-513
- A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 48, 10 (2008), pp. 554-570

TEIXEIRA, Manuela Duro - A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas *In* OTERO, Paulo, ARAÚJO, Fernando, GAMA, João Taborda – Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, 1.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN: 9789723219579, pp. 641-686

MESQUITA, Maria M. C.- O artigo 57^o-B do Código do IRC, as convenções sobre dupla tributação e o Tratado da Comunidade Europeia, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, ISBN:978-972-653-176-0, 382, (1996), pp. 61-67

MEUSSEN, Gerard- Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly limits the application of CFC Rules in the Member States, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 47,1 (2007), pp. 13-18

MORAIS, Rui Duarte

- *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Coimbra: Almedina, 2005, ISBN: 9789728069605
- Sobre a noção de «cláusulas anti-abuso» em direito fiscal *In* Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof.^o Doutor António de Sousa Franco, vol.III, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, ISBN: 9780000056719, pp. 879 e ss

MOSER, Till, HENTSCHEL, Sven, The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation, *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 45, 10 (2017) pp. 606–623

MUSGRAVE, Peggy B.- *United States Taxation of Foreign Investment Income, Issues and Arguments*, Cambridge, Law School of Harvard University, 1969 ISBN:0915506106 9780915506101

MUSGRAVE, Richard- Criteria for Foreign Tax Credit *In* BAKER, Russell *Taxation and Operations Abroad*, Princeton: Russel Baker, 1960

NABAIS, JOSÉ CASALTA

- *Direito Fiscal*, 11.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN, 9789724078755
- *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Coimbra: Almedina, 2018, ISBN: 9789724076126
- *O Dever Fundamental de Pagar Impostos - Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 4.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015 ISBN: 9789724011158

National Foreign Trade Council, Inc- *The NFTC Foreign Income Project: International Tax Policy for the 21st Century*, Washington: National Foreign Trade Council, Inc.2001 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <http://www.nftc.org/default/tax/fip/FIP%20Part%201.pdf>

NEVES, António [et. al.]- *O Novo IRC, Ernst Young S.A.*, Coimbra: Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5363-9

NOGUEIRA, João Félix Pinto– *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ISBN: 9789723218312

OCDE (1996), *The Taxation of Controlled Foreign Companies*, Studies in Taxation of Foreign Income, OECD Publishing, Paris

OCDE (2014) *Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures)*, OECD Publishing, Paris

OCDE (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD Publishing, Paris

OCDE (2015), *Public Discussion Draft BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris

OCDE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

OCDE (2015)- *Public comments received on discussion draft on Action 3 (Strengthening CFC Rules) of the BEPS Action Plan, Part 1*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

Office of Tax Policy, US Department of the Treasury, *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations*, 2000 [Consultado em 6 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://home.treasury.gov/system/files/131/Report-SubpartF-2000.pdf>

OLIVETI, F.- The Free Movement of Capital in the Light of the Treaty of Lisbon *In* LANG, M., HEIDENBAUER, S., Sturzlinger, B.- *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 1.ª Edição, Viena: Linde Verlag, 2010, ISBN: 978-3-7073-1774-9, pp. 79 e ss

PANAYI, Ch. H. J. I.

- *European Union Corporate Tax Law*, New York: Cambridge University Press, 2013, ISBN: 1107018994
- The ATAD's CFC Rule and its Impact on the Existing Regimes of EU Member States *In* PISTONE, P., WEBER, D.- *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amesterdão: IBFD, 2018, Books IBFD, ISBN: 978-9087224462, pp. 355-378

PERACIN, Gianfranco, LUCA, Alberto de, Applying CFC Rules to 'Affiliates': Critical Elements for Consideration", *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 26, 1 (2008), pp. 18-22

PERL, Mario- The Effect of the ECJ's "Principal Aspect" Jurisprudence for the Application of the Free Movement of Capital in Third-country Relationships *In* LANG, M., HEIDENBAUER, S., STURZLINGER B.- *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, 66 2010, ISBN: 9783707317749, pp. 95-120

PINTO, J.S., The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 53, 2/3 (2013) pp. 94-101

PIRES, L.- The Brazilian Controlled Foreign Company Regime: A Comparative Analysis from an International Tax Law Perspective, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 67, 6 (2013), pp. 295-300

PIRES, Rita Calçada- *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina: Coimbra, 2018, ISBN: 9789724074566

PICCIOTTO, Sol- International Taxation and Economic Substance, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 70, 12, (2016), pp.752-759

POPA, O. - Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan?, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853 54, 4 (2014), pp. 408–413

PRICEWATERHOUSECOOPERS - *ATAD 1 - Luxembourg tax authorities issue administrative guidance on application of CFC*, 2020. [Consultado em 7 de março de 2020]. Disponível em <https://www.pwc.lu/en/newsletter/2020/atad1-luxembourg-tax-authorities.html>

RAM, Vasujith - *Conceptualizing the History of Subpart F*, 2018 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://www.taxnotes.com/>

REDMILES, Melissa, Wenrich, Jason- *A History of Controlled Foreign Corporations and the Foreign Tax Credit*, 2013 [Consultado em 8 de janeiro de 2020]. Disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf>

RIBEIRO, João Sérgio - *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN: 9789724081205

RIGAUT, Aloys - Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons- *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 56, 11 (2016), pp. 497-505

RØNFELDT, T.- Action Against Capital Funds the Danish Rules on CFC Taxation and Thin Capitalization are Inadequate, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 1 (2009), pp. 40-50

REUVEN, S. Avi-Yonah - Constructive Unilateralism: US Leadership and International Taxation, *University of Michigan Public Law Research Paper*, 463 (2015). [Consultado em 10 de janeiro de 2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622868

Russia, G20- *Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leader's Declaration*, 2013 [Consultado em 6 de março de 2020]. Disponível em <https://www.oecd.org/g20/summits/saint-petersburg/Tax-Annex-St-Petersburg-G20-Leaders-Declaration.pdf>

RUST, Alexander

- CFC Legislation and EC Law, *Intertax*, Amesterdão, ISSN:0165-2826, 36, 11 (2008) pp. 492-501
- National Report Germany, *In LANG, Michael [et al.], CFC legislation: domestic provisions, tax treaties and EC law*, Wien: Linde Verlag, 2004, pp. 255-279

SANDLER, D. - *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation: Pushing the Boundaries*, Haia, Kluwer Law International (1998), ISBN: 978-9041196538

SANTOS, Carlos Dos- *Planeamento fiscal, evasão fiscal, Fiscalidade*, Lisboa, ISSN:0874- 7326, 38, (2009), pp. 61-100

SCHMIDT, Peter Koerver

- Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? – An Analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-3138, 54,1 (2014), pp. 5-6

- Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment, *Nordic Tax Journal*, ISSN: 2246-1809, 2 (2016), pp. 87–112
- Denmark – *National Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies* In *Cahiers de droit fiscal international*, Copenhaga, 98a, 2013, ISBN: 9041116370, pp. 276-277

SCHÖN, Wolfgang

- Free Movement of Capital and Freedom of Establishment, *European Business Organization Law Review*, Cambridge, ISSN: 1566-7529, 3 (2015), pp. 229-260
- Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, *Bulletin for International Taxation*, Amesterdão, ISSN: 2352-920273, 74, 4/5 (2020), pp. 286-302
- *Taxing Multinationals in Europe*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2012. [Consultado em 2 de fevereiro de 2020], Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185282

SEER, Roman - Recent Development in Exchange of Information within the EU for Tax Matters, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 22, 2 (2013), pp. 66-77

SMIT, D.

- *EU freedoms, non EU-countries and Company Taxation*, Amesterdão: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, ISBN 9789041140418
- Freedom of Investment Between EU and Non-EU Member States and Its Impact on Corporate Income Tax Systems Within the European Union, Tilburg University, 2011
- The Relationship Between the Free Movement of Capital and the Other EC Treaty Freedoms in Third Country Relationships in the Field of Direct Taxation: A Question of Exclusivity, Parallelism or Causality?, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928-2750, 16, 6 (2007), pp. 252-267

SMITH, Mark, LAUDAN Dieter - German Rules Pierce Corporate Veil, *International Tax Review*, ISSN: 0958-7594, 61 (1999), pp. 61-65

SZUDOCZKY, Rita- The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation - Books, Part II: Relationship of Primary Law and Secondary Law, Amesterdão: IBFD, 2014, ISBN: 978-90-8722-294-9

TAYLOR, D., SYKES, L, Controlled Foreign Companies and Foreign Profits, *British Tax Review*, Londres, ISSN: 0007-187, 5 (2007), pp. 609-647

TERRA, Ben J. M., & WATTEL, Peter J.– *European Tax Law*, 6ª Edição, Amesterdão: Kluwer Law International, 2012, ISBN: 9041127402

TEIXEIRA, GLÓRIA, *Manual de Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2018, ISBN:9789724076263

TRABALLI, A. - Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers *In The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 1.ª Edição, Viena: Linde Verlag, 2010, ISBN: 978-3-7073-1774-9, pp. 163 e ss

VAN THIEL, S., VASCEGA, M. - X Holding 'Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren', *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 50, 8 (2010), pp. 334-349

VOGEL, Klaus- Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part II), *Intertax*, Amesterdão, ISSN: 0165-2826, 10 (1998), pp. 310 e ss

VOUNATSOS, F.- Free Movement of Capital and Third Countries, *The EC Tax Journal*, Reino Unido, ISSN:1350-1089 , 1 (2007), pp. 50-62

WATTEL, P. J.

- Fiscal cohesion, fiscal territoriality and preservation of the (balanced) allocation of taxing power; what is the difference? *In WEBER, D.- The influence of EU law on direct taxation, recent and future developments*, 1.ª Edição, Amesterdão: Kluwer Law International, 2007, ISBN 9789041126672, pp. 139-156
- Forum: Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters, *World Tax Journal*, ISSN: 2352-92379, 2 (2013), pp. 128-144

WEBER, D.- Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-313853, 53,7 (2013), pp. 313-328

WILLIAMSON, D.T., ORENSTEIN, B., The effect of the foreign tax credit on the sale of CFC stocks, *Tax Notes International*, Canadá, ISSN 1048-3306, 65, 11, (2012), pp. 839-844

WEISS, Martin- Recent Developments in the German Tax Treatment of CFCs, *European Taxation*, Amesterdão, ISSN: 0014-3138, 55, 9 (2015), pp. 439-444

WHITEHEAD, S. - Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation, *EC Tax Review*, Amesterdão, ISSN: 0928- 2750 16, 4 (2007) pp. 176-183

XAVIER, Alberto- A Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas de Empresas Brasileiras no Exterior e os Tratados contra a Dupla Tributação *In Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, ISBN: 9789724043258, 3, 3 (2010)

Zalasiński, A.- EU Report: The taxation of foreign passive income for groups of companies *In Cahiers de droit fiscal international*, The Hague: Kluwer Law international, 98a, 2013, ISBN: 9012390680



Jurisprudência

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Brasil, Decisão de 14 de março de 2017, Eagle Distribuidora de Bebidas SA, Recurso n.º 148.709

Conselho de Contribuintes do Brasil, 1.ª Secção, Decisão de 19 de outubro de 2006, Decisão n.º 101-95.802, Eagle 1

Supremo Tribunal Federal Brasileiro

- Decisão de 10 de abril de 2013, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2588, Confederação Nacional da Indústria
- Decisão de 5 de abril de 2012, Recurso n.º 611586, Coamo - Cooperativa Agropecuária Mourãoense Ltda – Coamo

Tribunal Constitucional Português

- Acórdão de 16 de fevereiro de 1995, n.º 57/95
- Acórdão de 29 de abril de 1997, n.º 348/97
- Acórdão de 9 de julho de 1997, n.º 497/97
- Acórdão de 10 de março de 2004, n.º 142/2004
- Acórdão de 14 de julho de 2010, n.º 306/2010
- Acórdão de 5 de fevereiro de 2013, n.º 84/2013
- Acórdão de 9 de janeiro de 2014, n.º 42/2014
- Acórdão de 15 de outubro de 2014, n.º 695/2014

- Acórdão de 11 de novembro de 2015, n.º 590/2015,
- Acórdão de 3 de dezembro de 2015, n.º 620/2015
- Acórdão de 4 de maio de 2016, n.º 275/16
- Acórdão de 3 de março de 2020, n.º 130/2020.

Tribunal de Justiça de União Europeia

- Decisão de 14 de dezembro de 1989, C-216/87, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd*
- Decisão de 25 de julho de 1991, C-213/89, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*
- Decisão de 28 de janeiro de 1992, C-204/90, *Bachmann*
- Decisão de 11 de agosto de 1995, C-80/94, *Wielockx*
- Decisão de 30 de novembro de 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*
- Decisão de 17 de junho de 1997, C-28/95 - *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*
- Decisão de 12 de maio de 1998, C-336/96, *Gilly*
- Decisão de 16 de julho de 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer*
- Decisão de 27 de setembro de 1998, C-81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*
- Decisão de 9 de março de 1999, Caso C-212/97, *Centros*
- Decisão de 16 de março de 1999, C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer*
- Decisão de 1 de junho de 1999, C-302/97, *Klaus v. Republik Osterreich*
- Decisão de 8 de julho de 1999, C-254/97, *Baxter*
- Decisão de 21 de setembro de 1999, C-307/97, *Saint-Gobain*
- Decisão de 28 de outubro de 1999, C-55/98, *Vestergaard*

- Decisão de 13 de abril de 2000, C-251/98, *C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*
- Decisão de 6 de junho de 2000, C-35/98, *Verkooijen*
- Decisão de 5 de novembro de 2002, C-208/00, *Überseering*
- Decisão de 21 de novembro de 2002, C-436/00, *X e Y*
- Decisão de 26 de junho de 2003, C-422/01, *Ac. Skandia e Randstedt*
- Decisão de 30 de setembro de 2003, C-167/01, *Inspire Art*
- Decisão de 4 de março de 2004, C-334/02, *Comissão/França*
- Decisão de 11 de março de 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*
- Decisão de 7 de setembro de 2004, C-319/02, *Manninen*
- Decisão de 10 de março de 2005, C-39/04, *Laboratories Fournier*
- Decisão de 13 de dezembro de 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*
- Decisão de 23 de fevereiro de 2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heidjen*
- Decisão de 7 de setembro de 2006, C-470/04, *N.*
- Decisão de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*
- Decisão de 12 de setembro de 2006, C-190/04, *N*
- Decisão de 14 de setembro de 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*
- Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-374/04, *ACT Group Litigation*
- Decisão de 12 de dezembro de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*
- Decisão de 14 de dezembro de 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*
- Decisão de 13 de março de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*
- Decisão de 22 de março de 2007, C-383/05, *Talotta*
- Decisão de 29 de março de 2007, C-347/04, *Rewe*

- Decisão de 18 de julho de 2007, C-231/05, *Oy AA*
- Decisão de 11 de outubro de 2007, C-451/05, *Elisa*
- Decisão de 8 de setembro de 2007, C-379/06, *Murphy v Commission*
- Decisão de 8 de novembro de 2007, C-379/05, *Amurta*
- Decisão de 6 de dezembro de 2007, C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*
- Decisão de 18 de dezembro de 2007, C-101/05, *A.*
- Decisão de 23 de abril de 2008, C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*
- Decisão de 20 maio de 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund case*
- Decisão de 16 de dezembro de 2008, C-210/06, *Cartesio*
- Decisão de 6 de julho de 2009, C-128/08, *Damseaux*
- Decisão de 17 de setembro de 2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*
- Decisão de 27 de janeiro de 2009, C-318/07, *Persche*
- Decisão de 21 de janeiro de 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge*
- Decisão de 25 de fevereiro de 2010, C-337/08, *X Holding*
- Decisão de 28 de outubro de 2010, C-72/09, *Établissements Rimbaud*
- Decisão de 10 de fevereiro de 2011, C-436/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel* e C-437/08, *Österreichische Salinen AG v. Finanzamt Linz*
- Decisão de 30 de junho de 2011, C-262/09, *Meilicke and Others*
- Decisão de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*
- Decisão de 10 de maio de 2012, C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*
- Decisão de 10 de maio de 2012, C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC e O.*
- Decisão de 5 de julho de 2012, C-318/10, *SIAT*
- Decisão de 08 de novembro de 2012, C-342/10, *Comissão/Finlândia*

- Decisão de 28 de fevereiro de 2013, C-168/11, *Manfred Beker* c. Finanzamt Heilbornn
- Decisão de 28 de fevereiro de 2013, C- 544/11, *Petersen*
- Decisão de 3 de outubro de 2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda* c. *Fazenda Pública*
- Decisão de 17 de outubro de 2013, Proc. C-181/12, *Welte*
- Decisão de 23 de janeiro de 2014, C-296/12, *Comissão/Bélgica*
- Decisão de 10 de abril de 2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*
- Decisão de 11 de setembro de 2014, C-47/12, *Kronos International Inc*
- Decisão de 9 de outubro de 2014, C-326/12, *Van Caster*
- Decisão de 13 de novembro de 2014, C-112/14, *Commission v. United Kingdom*
- Decisão de 24 de novembro de 2016, C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento, SA*
- Decisão de 20 de fevereiro de 2018, C-16/16- *Bélgica/Comissão*
- Decisão de 26 de fevereiro de 2019, C-135/2017, *X GmbH* c. *Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*

Tribunal Regional Federal da 2.ª Região do Brasil- Companhia Vale do Rio Doce, Processo n.º 0002937-09.2003.4.02.5101, de 22 de novembro de 2011

Supremo Tribunal Administrativo- Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Processo n.º 102/12- 30



CIDEEFF

CIDEEFF MONOGRAFIAS

TAX GOVERNANCE

O regime português de CFC:
Compatibilidade Com o Direito Constitucional,
Internacional E Europeu