

A CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO – COMENTÁRIO À DECISÃO NO PROCESSO ARBITRAL N.º 20/2022-T

THE GENERAL ANTI-ABUSE RULE – COMMENTARY TO THE DECISION ON ARBITRAL CASE NO. 20/2022-T

ANA ISABEL CORREIA

RICARDO DA PALMA BORGES¹

Resumo

O presente artigo comenta a Decisão proferida no Processo Arbitral 20/2022-T, decisão que julga indevida a aplicação retroactiva da Lei n.º 32/2019, afirmando que a nova redacção da CGAA implica a redução das garantias do contribuinte. Feita a comparação entre a antiga versão da CGAA e a actualmente vigente, concluímos que a diminuição de garantias do contribuinte não é significativa. Apenas o elemento intelectual passa a ter uma interpretação mais ampla, mas sem inversão do ónus da prova. Por outro lado, ao ensaiarmos uma aplicação do Direito à facticidade do caso, reflectimos sobre algumas orientações genéricas na interpretação do normativo em estudo. Concluímos que a CGAA não pode ser invocada nos casos em que o legislador tributário tinha conhecimento de determinada assimetria e, como princípio geral, a vantagem fiscal visada pela CGAA não se reconduz a um incentivo especificamente previsto na norma fiscal, de que o contribuinte tira proveito de maneira consistente com a intenção do legislador.

Palavras-chave: CGAA; Directiva Anti-Elisão; Princípio da Plena Concorrência; Benefício Fiscal

¹ Advogados. Este artigo expressa opiniões pessoais que apenas vinculam os autores. Os autores podem ser contactados através dos seguintes endereços: ana.isabel@rpba.pt e ricardo@rpba.pt

ABSTRACT

This article comments on the Decision given in Arbitration Process no. 20/2022-T, a decision that considers the retroactive application of the Law no. 32/2019 to be undue, stating that the new wording of the GAAR implies a reduction in taxpayer guarantees. Having made a comparison between the old version of the GAAR and the one currently in force, we concluded that the reduction in taxpayer guarantees is not significant. Only the intellectual element now has a broader interpretation, but without reversing the burden of proof. On the other hand, when rehearsing an application of the Law to the factuality of the case, we reflect on some generic guidelines on the interpretation of the regulations under study. We conclude that the GAAR cannot be invoked in cases where the tax legislator was aware of a certain asymmetry and, as a general principle, the tax advantage sought by the GAAR is not reducible to an incentive specifically provided for in the tax rule, from which the taxpayer takes advantage in a manner consistent with the intent of the legislator.

Keywords: *GAAR; Anti-Avoidance Directive; Arm's Length Principle; Tax Benefit*

ÍNDICE

I.	SUMÁRIO DO PROCESSO ARBITRAL 20/2022-T:	4
II.	OS ELEMENTOS DA CGAA NA REDACÇÃO ANTERIOR E ACTUAL	7
II.1.	O ELEMENTO MEIO	7
II.2.	O ELEMENTO RESULTADO	10
II.3.	O ELEMENTO INTELECTUAL	11
II.4.	O ELEMENTO NORMATIVO	14
II.5.	O ELEMENTO SANCIONATÓRIO	17
III.	APRECIAÇÃO DO MÉRITO NO PROCESSO N.º 20/2022-T	17
III.1.	OPERAÇÕES ENTRE PARTES RELACIONADAS	19
III.2.	A NÃO EQUIVALÊNCIA	21
III.3.	QUANDO A VANTAGEM	25
III.4.	O BENEFÍCIO FISCAL NÃO	27
III.5.	ELEMENTO SANCIONATÓRIO – A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO PODE FAZER “CHERRY PICKING” DOS EFEITOS FISCAIS	30
IV.	CONCLUSÃO	31

I. SUMÁRIO DO PROCESSO ARBITRAL 20/2022-T²:

- i. «O [artigo 38.º da LGT](#) é “uma norma que tem por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária”, razão pela qual, nos termos dos [n.ºs 1 e 4 do artigo 12.º da LGT](#), a redação dada à referida norma pela [Lei n.º 32/2019, de 3 de maio](#), apenas será aplicável para o futuro.
- ii. Na medida em que implicando a nova redação da norma a redução das garantias do contribuinte, nomeadamente quanto às exigências do ónus da prova do lado da Autoridade Tributária, seria sempre de aplicar o [artigo 38.º, n.º 2, da LGT na redação vigente à data dos factos](#), por aplicação do [artigo 12.º, n.º 3, da LGT](#), quando determina que “As normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos”.
- iii. Esta regra, ao salvaguardar as garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos tem ainda amparo constitucional no princípio da proibição da retroatividade da lei fiscal consagrado no [artigo 103.º, n.º 3, da CRP](#), preceito que proíbe não só impostos retroativos, mas também qualquer outra norma fiscal retroativa desfavorável que “é sempre constitucionalmente ilícita”.
- iv. Com a reclamação graciosa obrigatória do [artigo 63.º, n.º 11, do CPPT](#), na redação conferida pela [Lei n.º 32/2019](#), o legislador visou dar uma última oportunidade de reponderação por parte da Requerida, que pode robustecer a sua fundamentação inspetiva contraditando os factos e circunstâncias introduzidas pelo SP, sem incorrer em fundamentação a posteriori, uma vez que é a decisão que recaia sobre a reclamação que constitui a decisão final do procedimento inspetivo.

² Decisão Arbitral de 14 de Fevereiro de 2023, em <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/view.php?l=MjAyMzAzMjgwOTUzNTkwLlAyMF8yMDIyLVQgLSAyMDIzLTAyLTE0IC0gSIVSSVNQUIVERU5DSUEucGRm>

- v. *Em qualquer caso, consubstanciando a decisão de indeferimento expresso uma revogação parcial por substituição na parte de direito em que se amparou o RIT, aquela decisão da reclamação não poderia deixar de valer como a decisão final a ter em conta na apreciação da aplicação dos pressupostos da CGAA, no caso em apreço.»*

I.1. Comentário

Tal como é possível depreender pelo sumário do acórdão, o Tribunal Arbitral não procedeu a uma apreciação do mérito neste caso. A questão centrou-se na aplicação da lei no tempo. Uma vez que a decisão da reclamação graciosa fez indevido apelo à actual redacção da cláusula geral anti-abuso (“CGAA”), aplicando-a a factos anteriores à sua entrada em vigor, o Tribunal considerou que a decisão da reclamação graciosa, enquanto fundamentação definitiva do acto, substitutiva da fundamentação contida no relatório de inspecção, consubstanciou aplicação da lei nova, retroactivamente. Por este motivo, a administração tributária incorreu em erro nos pressupostos de facto e de direito, o que, em consequência, acarreta violação do princípio do ónus da prova e da investigação da verdade material e do inquisitório, o que inevitavelmente conduz à anulação dos actos tributários impugnados.

O Tribunal Arbitral acrescenta que, mesmo que assim não se entendesse e fosse de aplicar a lei actual, a doutrina assinala que continua a caber à Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”) o ónus de provar os pressupostos de aplicação da CGAA, *«havendo até divergência sobre se com a mesma ou até mais assinalável intensidade»*. Conclui o Tribunal que não tem razão a Requerida quando *«não decompõe, na decisão da reclamação graciosa, os elementos da CGAA e, perante a factualidade que consta dos restantes elementos do processo, sobre os quais se deve expressamente pronunciar, os considera ou não preenchidos»*.

Esta decisão é *sui generis* uma vez que decide a procedência do pedido de anulação com base na indevida aplicação retroactiva da lei nova, afirmando que a nova redacção implica *«a redução das garantias do contribuinte, nomeadamente quanto às exigências do ónus da prova do lado da Autoridade Tributária»*. Com efeito, alude-se ao facto de a lei nova ter *«introduzido*

importantes alterações de direito material e processual ao regime da CGAA, com reflexos deste instituto na intensidade no ónus da prova». À primeira vista, o Tribunal parece aceitar a premissa de que a alteração de redacção foi em sentido substancialmente desfavorável ao contribuinte. Porém, adiante na decisão, o Tribunal demarca-se desse entendimento sem «fundamento plausível», adoptado pela Unidade dos Grandes Contribuintes, que levou a que esta não cumprisse as suas exigências investigatórias.

Na verdade, se a redacção da [Lei n.º 32/2019, de 3 de Maio](#), não tem afinal reflexos profundos no sentido e extensão dos requisitos de aplicação da CGAA e, em especial, sobre as exigências investigatórias exigidas para dar cumprimento ao ónus da prova, então a indevida aplicação da lei nova não deveria determinar por si só a anulação do acto. É a constatação da insuficiência de prova que determina em última análise a procedência da acção, apesar da tentativa malograda da AT em justificar tal insuficiência com a nova redacção da lei. Em nosso entender, além do julgamento sobre a errónea aplicação da lei no tempo, poder-se-ia ter apreciado do mérito, ainda que para concluir pela não satisfação do ónus probatório da AT. Seria benéfica uma maior clareza sobre as exigências probatórias antigas e novas, se distintas.

A cláusula geral anti-abuso desempenha um papel fundamental na determinação da difusa fronteira entre planeamento fiscal legítimo e planeamento fiscal ilegítimo. Não existindo uma definição estanque do conceito de abuso, será por recurso aos elementos de aplicação da cláusula geral anti-abuso que será possível estabelecer os contornos da actuação legítima e ilegítima do contribuinte, em cada situação concreta. A cláusula geral anti-abuso funciona, pois, como importante ferramenta de dissuasão, mas também como mecanismo reactivo por parte da administração tributária, sendo a jurisprudência fundamental para balizar os conceitos vagos e indeterminados inerentes a qualquer cláusula geral anti-abuso.

Em face desta jurisprudência, renova-se a importância de analisar a CGAA e comparar a redacção actual com a anterior para perceber quais são afinal os respectivos traços distintivos. Será que alguns dos requisitos essenciais anteriormente consagrados foram “despromovidos” a meros indícios, servindo uma função de suporte na aplicação da cláusula? Ou mantêm-se todos os mesmos requisitos, cumulativos, desempenhando o papel de testes decisivos?

II. OS ELEMENTOS DA CGAA NA REDACÇÃO ANTERIOR E ACTUAL

II.1.O elemento meio

O elemento meio significa que os mecanismos (actos, negócios, instrumentos) utilizados têm uma natureza artificial (mecanismos indirectos, atípicos, inúteis ou muito incomuns). Na [redacção anterior do artigo 38.º da Lei Geral Tributária \(doravante “LGT”\)](#), a vantagem teria que ser alcançada por via da utilização de «*meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas*». Na redacção actual, a lei alude a construções ou séries de construções que «*sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*». Considera-se que «*Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica*»³.

Assim, apesar da diferença de redacção, resulta evidente que o elemento meio persiste como condição essencial do abuso. A artificialidade constitui um requisito essencial pois assim foi previsto na [Directiva \(UE\) 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016](#), que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência directa no funcionamento do mercado interno (“Directiva Anti-Elisão”).

De acordo com o considerando 11 daquela Directiva «*Na União, as regras gerais anti-abuso deverão ser aplicadas a montagens que não sejam genuínas, caso contrário, o contribuinte deverá dispor do direito de optar pela estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para as suas actividades comerciais*».

Nos termos da [Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012](#), relativa ao planeamento fiscal agressivo⁴, «*uma montagem ou uma série de montagens é artificial quando*

³ O sentido interpretativo da expressão tem sido objeto de concretização por parte do TJUE, destacando-se sobre o tema os seguintes acórdãos:

Acórdão de 17 de Julho de 1997, do Processo C-28/95 (*Leur Bloem*), pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0028>;

Acórdão de 5 de Julho de 2007 do Processo C-321/05 (*Kofoed*), pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0321>;

Acórdão de 20 de Maio de 2010, do Processo C-352/08 (*Zwijnenburg*), pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0352>; e

Acórdão de 10 de Novembro de 2011, do Processo C-126/10 (*Foggia*), pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0126>

⁴ [Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012](#) relativa ao planeamento fiscal agressivo.

não tiver substância comercial. Para determinar se a montagem ou a série de montagens é artificial ou não, as autoridades nacionais são convidadas a examinar se essas montagens dizem respeito a uma ou várias das seguintes situações:

a) A qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto;

b) A montagem ou a série de montagens é executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável;

c) A montagem ou a série de montagens inclui elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si;

d) As transacções concluídas são de natureza circular;

e) A montagem ou a série de montagens dá origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflecte nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa;

f) O lucro esperado antes de imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal previsto».

O Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) refere-se à artificialidade como uma objectivação da intenção do contribuinte. O conceito de abuso de direito no direito da UE no campo da tributação directa revela-se bastante estrito. Somente mecanismos totalmente artificiais constituem práticas abusivas. O TJUE permite que os contribuintes façam uso das vantagens fiscais disponíveis, por exemplo as que decorrem das disparidades dos regimes fiscais dos Estados-Membros, desde que esses contribuintes exerçam uma actividade económica genuína. O teste subjectivo (o motivo tributário) e o teste da intenção objectivada (artificialidade) aplicam-se simultaneamente e ambos precisam ser cumpridos para estabelecer a presença de abuso, o que pode ser entendido como significando que o abuso está ausente se a substância estiver presente, «não obstante a existência de razões de natureza fiscal»⁵.

⁵ Cf. Parágrafo 65 do acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, no Processo C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0196>

É manifestamente improcedente o entendimento da AT no [Processo n.º 20/2022-T](#) de que, na nova redacção da CGAA, «[a]s exigências relacionadas com as práticas artificiosas e fraudulentas caem, bastando-se agora apenas pela confrontação dos efeitos tributários das operações económicas, tornando-se desnecessário a demonstração de qualquer juízo de censura na conduta dolosa do contribuinte».

O elemento meio corresponde ao expediente utilizado, alternativo ao negócio considerado normal, para alcançar o mesmo efeito não fiscal. Na aplicação da CGAA, a administração tributária identifica os actos que seriam praticados em vez dos elisivos. Não basta alegar a existência de vias alternativas. Caso outra via exista, tal não significa que a via escolhida não seja habitual ou normalmente utilizada, do mesmo modo que a alternativa. O preenchimento deste elemento resultará «do nível de incoerência entre a forma ou estrutura escolhida e o propósito económico-prático final do contribuinte, entre o fim para que é empregue concretamente essa forma adoptada e a causa que lhe é própria»⁶.

Não existe a menor sombra de dúvida que a artificialidade continua a ser um teste decisivo do abuso à luz da redacção da CGAA transposta da [Directiva Anti-Elisão](#).

O meio poderá não ser em si mesmo artificial, mas ser desfuncionalizado diante das circunstâncias do caso, levado a efeito em detrimento do meio usual, pela simples razão fiscal. Tem-se em conta a ausência de substância e/ou racionalidade económica na estrutura jurídica das operações realizadas, avaliada com base nas circunstâncias e indícios casuisticamente apreciados, aferidos segundo um padrão de razoabilidade económico-empresarial.

Nem o motivo de economizar impostos é inapropriado em si, nem um mecanismo incomum é necessariamente abusivo. Os mecanismos podem ser considerados inadequados se, num mundo sem impostos, forem considerados, por exemplo, tortuosos, redundantes ou inúteis, ineficazes, contraproducentes, prejudiciais do ponto de vista económico, ou mesmo absurdos.

⁶ Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 166.

II.2.O elemento resultado

O elemento resultado exige a presença de um resultado económico equivalente entre o meio “normal” e o meio “anormal” utilizado, bem como uma vantagem fiscal comparativa do último em relação ao primeiro.

Evidentemente, este elemento continua a ser um requisito essencial da CGAA. Na redacção anterior da norma aludia-se à «*redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios*». Actualmente, é necessário que esteja demonstrada a «*vantagem fiscal*» e identificados os «*negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica*».

No elemento resultado não está em causa uma vantagem negligenciável ou incerta. O mecanismo jurídico inadequado deve resultar em poupança / vantagem fiscal para o contribuinte ou para terceiros. Este sub-teste requer uma comparação entre o mecanismo (real) *in casu* e o mecanismo apropriado (fictício). Além disso, o mecanismo deve ser causal em relação à vantagem fiscal.

Uma vantagem fiscal corresponde a uma «*qualquer situação pela qual, em virtude da prática de determinados actos, se obtém uma carga tributária mais favorável ao contribuinte do que aquela que resultaria da prática dos actos normais e de efeito económico equivalente, sujeitos a tributação. Assim estamos perante uma comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a actuação produzida. Se de tal análise resultar uma efectiva diferença, aritmética ou de outra natureza, que seja objectivamente vantajosa para o contribuinte, ter-se-á por verificado este requisito*»⁷.

A identificação da vantagem fiscal é um requisito normalmente analisado, mas a verificação do elemento resultado implica igualmente determinar a equivalência de resultado económico entre o meio “normal” e o meio “anormal” utilizado. O imposto só pode ser determinado com

⁷ Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 172.

base numa transacção específica, uma alternativa hipotética ou uma transacção recharacterizada que alcança o mesmo resultado económico. Também será possível, em tese, a aplicação da CGAA diante de uma hipotética “não transacção”, ou seja, desconsiderar a transacção real praticada, para efeitos fiscais, ficcionando que o contribuinte não teria praticado qualquer transacção e dessa forma teria atingido o mesmo efeito económico.

II.3.O elemento intelectual

É em relação a este elemento que se pode concluir pela existência de uma diferença entre a redacção anterior e a actual da CGAA. Na redacção anterior fazia-se referência a «*actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos*». Na actual redacção lê-se: «*com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal*» (sublinhado nosso).

De facto, o padrão da motivação fiscal foi atenuado de forma a que seja mais fácil demonstrar uma motivação fiscal para a transacção mesmo quando em presença de outras motivações não fiscais, i.e., de válidas razões económicas para a transacção.

Historicamente, o TJUE usou o padrão de intenção única/essencial/predominante/principal. Com esta redacção - “uma das finalidades principais” -, que não é a redacção que constava da [Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012](#), relativa ao planeamento fiscal agressivo, o padrão de abuso foi reduzido em relação à intenção do contribuinte de obter uma vantagem fiscal.

À luz da redacção anterior, apenas mecanismos totalmente ou principalmente motivados por impostos podem ser afectados pela CGAA, mesmo que seja admissível a prova meramente objectiva dessa motivação. De acordo com a redacção actual, construções que prossigam outras finalidades económicas ou comerciais, mas que tenham uma finalidade fiscal como uma das principais, são objecto da CGAA.

Note-se que foi atenuada a intensidade do elemento subjectivo, mas não houve qualquer inversão do ónus da prova. Continua a caber à AT a demonstração do elemento subjectivo, ainda que com recurso a evidências objectivas.

Por seu turno, o sujeito passivo continua a poder demonstrar uma razão comercial legítima para a operação, não sendo, contudo, suficiente invocar a mera existência de propósito essencial ou principal não fiscal. É necessária uma importância considerável das motivações não fiscais e que a obtenção de uma vantagem fiscal assuma, comparativamente, uma relevância menor, mas que não terá necessariamente de ser despreciada.

Anteriormente, o preenchimento do elemento subjectivo deveria ser realizado pela administração tributária mediante a demonstração que o conjunto de actos e/ou negócios jurídicos não usuais para os efeitos jurídicos pretendidos foi efectuado com a intenção única ou predominante de minimizar a carga fiscal do sujeito passivo.

Para comprovar que a transacção foi fiscalmente dirigida, não relevam quaisquer declarações de intenção, quaisquer motivações interiores, devendo o intérprete socorrer-se dos elementos objectivos e regras de experiência comum.

«[A] AT não tem de provar uma intencionalidade “abusiva” do sujeito passivo. Quer isto dizer que não é exigível que a AT faça prova de que o sujeito passivo optou pela construção que conduz ao aforro fiscal (...) para, intencionalmente, evitar a solução que estaria sujeita a tributação (...). Basta que a AT faça prova de que a operação realizada não tem um propósito racional à luz do ordenamento jurídico mobilizado – basta, no caso, provar que a operação não se enquadra nas razões que o direito societário apresenta (...) – e que, por isso, o seu propósito se esgota no aforro fiscal a que conduz. Feita esta prova, os pressupostos do [artigo 38.º, n.º 2 da LGT](#) devem considerar-se preenchidos»⁸.

Tal como sublinha Gustavo Courinha, «não basta decorrer da análise dos actos ou negócios jurídicos em causa, a obtenção de um resultado fiscalmente vantajoso e um resultado não fiscal equivalente», sendo ainda necessário que «as escolhas e as formas adoptadas pelo contribuinte sejam fiscalmente dirigidas (tax driven), e que aquele (resultado fiscal) prevaleça sobre este (resultado não fiscal)»⁹.

⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) de 12 de Janeiro de 2022, pesquisável em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/97e17bb6c8a6d96e802587cb003fde54?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

⁹ Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 176.

Ao avaliar a condição subjectiva, deve-se comparar a importância relativa da finalidade da vantagem fiscal com as demais finalidades não tributárias da operação (como fins comerciais, financeiros ou patrimoniais). Um objectivo principal será aquele que tem uma importância significativa.

Lia-se na [Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012](#), relativa ao planeamento fiscal agressivo que, «*uma determinada finalidade deve ser considerada essencial quando qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação*».

Apesar da existência de alguma controvérsia sobre se o novo limiar do teste subjectivo da CGAA é ou não desconforme com a noção de abuso que vinha sendo desenvolvida pela jurisprudência do TJUE¹⁰, e sobre se comporta ou não um nível de incerteza intolerável¹¹, somos da opinião que a inovação não é de monta, nem reveste uma significativa relevância prática. Concordamos com os autores¹² que se pronunciam sobre a conformidade do teste do elemento subjectivo com o *acquis* do TJUE.

O fito fiscal continua a ser um motivo proeminente e, em nosso entender, sem uma pré-compreensão sobre as consequências tributárias de uma qualquer operação, à qual o contribuinte adere, pouco provável que este a realizasse .

Na verdade, a CGAA continua a exigir a presença de artificialidade. Assim, entendemos que, à luz da nova redacção, para que possa ser demonstrada a motivação fiscal, como uma das principais que orienta o comportamento do sujeito passivo, acompanhada da artificialidade da transacção, é conveniente olhar para determinada parte, a parte em que o elemento meio se

¹⁰ Cf. LUC DE BROE / JORIS LUTS, “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”, *Intertax*, Volume 43, n.º 2, 2015; JAKOB BUNDGAARD / PETER KOERVER SCHMIDT, “Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive”, *Kluwer International Tax Blog*, 2016, p. 3, pesquisável em <https://kluwertaxblog.com/2016/10/17/uncertainties-following-final-eu-anti-tax-avoidance-directive/>; DENNIS WEBER, “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”, *Erasmus Law Review*, Volume 10, No. 1, 2017.

¹¹ FLORIS DE WILDE MAARTEN, “Is The A.T.A.D.’s G.A.A.R. a Pandora’s Box?”, in *The implementation of anti-BEPS rules in the E.U.: a comprehensive study*, Pasquale Pistone & Dennis Weber eds., Amesterdão, 2018, p. 301, pesquisável em <https://doi.org/10.2139/ssrn.3040709>

¹² DENNIS WEBER, “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”, *Intertax*, Volume 44, n.º 2, 2016, p.110.

materializa. Não se exige uma artificialidade total, mas exige-se uma artificialidade parcial. Não se exige a total ausência de razões económicas válidas, mas requer-se esse despropósito quanto a uma parte do todo, pelo menos.

De facto, a identificação do objectivo do contribuinte dependerá de quão amplamente a transacção impugnada é definida. O objectivo final da maioria das transacções é comercial, excepto em relação a um grupo limitado de esquemas. Os contribuintes quase sempre podem demonstrar que o objectivo final foi um resultado económico - uma compra, uma venda, um investimento, etc. A AT não se deverá focar, portanto, no objectivo comercial de toda a actuação, mas sim afirmar que não há explicação comercial válida para uma etapa, empreendida por razões de minimização de impostos. A distinção é entre o objectivo último de alcançar um resultado comercial, que na maioria das vezes estará presente, e o objectivo, de permeio, de minimizar impostos seguindo um caminho específico para alcançar o resultado mais amplo¹³.

II.4.O elemento normativo-sistemático

No que respeita ao elemento normativo-sistemático não é possível vislumbrar qualquer diminuição das garantias dos contribuintes. Na verdade, este elemento ficou mais destacado e autonomizado na reacção vigente da CGAA, com a alusão «*que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável*», quando antes a possível referência era a que se extraía de «*impostos que seriam devidos*» ou a decorrente do trecho «*por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas*».

¹³ Veja-se o considerando 8 da [Directiva 2015/121, do Conselho](#), que primeiramente introduziu uma cláusula anti-abuso que serviu como modelo para a CGAA da [Directiva Anti-Elisão](#): «*Sendo certo que os Estados-Membros deverão utilizar a cláusula contra práticas abusivas no combate a montagens que são, na sua totalidade, não genuínas, poderá haver casos em que diferentes etapas ou partes de uma montagem sejam, isoladamente, não genuínas. Os Estados-Membros deverão poder utilizar a cláusula contra práticas abusivas também para combater essas etapas ou partes específicas, sem prejuízo das restantes etapas ou partes genuínas da montagem, o que irá otimizar a eficácia dessa cláusula garantindo simultaneamente a sua proporcionalidade. A orientação proposta com a expressão «na medida em que» pode ser eficaz nos casos em que as entidades assim visadas sejam genuínas mas em que, por exemplo, as participações que dão lugar a distribuições de lucros não sejam genuinamente atribuídas a um contribuinte que esteja estabelecido num Estado-Membro, ou seja, se a montagem baseada na sua forma jurídica transferir a titularidade das participações mas as suas características não refletirem a realidade económica*».

Há uma diferença notável na redacção final da Directiva Anti-Elisão, comparativamente com a [Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012](#), relativa ao planeamento fiscal agressivo, acabando por ficar absolutamente claro que a CGAA europeia incorpora a doutrina da “*frau legis*”. **Exige-se expressamente a incompatibilidade com o objectivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas.**

A respeito do elemento normativo, influenciado pela teoria da fraude à lei, «*tem lugar a reprovação de certo resultado obtido ou pretendido, quando confrontado com a “intenção ou espírito” da lei, do Código do Imposto ou do próprio Ordenamento Tributário. O acto fraudulento configura-se em função da reprovação pelo Direito da sua natureza verdadeira e substancial – os efeitos obtidos. Efeitos esses que não são desejados, previstos ou promovidos pelo Direito, mas antes rejeitados. Desta forma, é necessário haver uma condenação pelo Ordenamento Fiscal do resultado obtido*»¹⁴.

Este elemento visa detectar se existe ou não um juízo de censura ético-jurídico da parte do legislador relativamente aos comportamentos dos sujeitos passivos, se o espírito e a razão de ser da ordem jurídica tributária era o de impedir a obtenção de vantagens fiscais por meio de esquemas ou montagens que contornem a lei (abuso de formas jurídicas, fraude à lei) ou se tais vantagens são um resultado assumido pelo próprio legislador fiscal. A existência deste elemento não se verifica, pois, se este criou deliberadamente uma lacuna (lacuna consciente de tributação) ou promoveu uma opção fiscal de que o contribuinte legitimamente se limitou a aproveitar.

Em nosso entender, o elemento normativo é essencial e assegura a conformidade constitucional do normativo¹⁵. Não pode ser secundarizado como mera “destilação” do elemento meio, como sucedeu em algumas decisões arbitrais ([v.g. decisão arbitral de 22 de Maio de 2015](#), no Processo n.º 377/2014-T). Tal como refere Gustavo Courinha, «(...) atento o direito do contribuinte ao planeamento fiscal, o princípio fundamental da separação de poderes e a reserva de lei formal quanto a normas de incidência fiscal, dificilmente uma

¹⁴ Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 186.

¹⁵ Cf. VASCO MOURA RAMOS, “Da Cláusula Geral Anti-Abuso em Direito Fiscal e da sua Introdução no Ordenamento Jurídico Português”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXXVII, 2001, p. 721.

cláusula geral anti-elisiva poderia ser constitucionalmente compatível acaso não fosse exigível a verificação deste elemento.

Com efeito, não vislumbramos como pudesse, na verdade, o aplicador do Direito Fiscal substituir-se à Assembleia da República, formulando normas fiscais que colmatassem as falhas ou (...) retificassem as opções da lei e do legislador naquelas situações em que precisamente permitiu ou até mesmo sugeriu (como sucede nos presentes casos) ao contribuinte comportamentos fiscalmente mas vantajosas. E, com isto, forçando o contribuinte a seguir a via fiscalmente mais onerosa, depois de o legislador lhe ter induzido precisamente o comportamento oposto.»¹⁶

Tal como refere Richard Krever, os casos de aplicação da CGAA são casos em que o contribuinte manipula as formas jurídicas para preterir uma determinada norma fiscal, mas não *«são casos em que a lei prevê vantagem fiscal para alcançar um resultado de política fiscal, como evitar a dupla tributação, ou casos em que a lei inclui assimetrias estruturais, como o fornecimento de taxas mais baixas de imposto sobre ganhos de capital para contribuintes que detenham activos por períodos mais longos de tempo, ou de taxas de imposto diferenciadas para contribuintes que optam por operar por meio de diferentes tipos de empresas.»¹⁷* (destaque nosso).

Será legítimo que o contribuinte opte pela via legal menos onerosa, num contexto de racionalidade económica, constituindo essa escolha planeamento fiscal legítimo (*«técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais»¹⁸*).

Em suma, em termos substanciais não se regista um decréscimo da protecção dos contribuintes, mantendo-se todos os quatro elementos anteriormente estudados como requisitos

¹⁶ Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, “A Cláusula Geral Antiabuso no CAAD: a insustentabilidade de uma jurisprudência contraditória: comentário às decisões dos processos 47/2013, 51/2014 e 131/2014”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 7, N.º 3, Outono 2014, p. 188.

¹⁷ RICHARD KREVER, “General Report: GAARs”, in *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, Amsterdão, 2016, p. 5, pesquisável em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795397

¹⁸ J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 21.

de preenchimento obrigatório e autónomo. Em termos procedimentais, em conformidade com o previsto no [n.º 1 do artigo 74.º da Lei Geral Tributária](#), incumbe à administração tributária o ónus de provar os factos constitutivos do seu direito. Sobre a AT impende, assim, não apenas o ónus de alegar, como também o ónus de demonstrar a verificação dos requisitos acima enunciados.

II.5.O elemento sancionatório

Na estatuição da norma vamos encontrar o elemento sancionatório que se traduz na ineficácia, no âmbito tributário, dos actos ou negócios jurídicos em causa, os quais passam a ser inoponíveis à administração tributária. Também aqui não se registam diferenças entre a redacção anterior e a actual.

De acordo com a doutrina da prevalência da substância económica, a administração tributária pode reverter ou neutralizar o resultado fiscal de um esquema de evitação, mas não o pode substituir por um outro distinto resultado fiscal que poderia possivelmente ter ocorrido. O resultado fiscal mantém-se ou é eliminado. Esta questão reveste especial acuidade no caso dos autos ora comentados.

III. APRECIACÃO DO MÉRITO NO PROCESSO N.º 20/2022-T

Analisados os vários elementos e feita a comparação entre a antiga versão da CGAA e a actualmente vigente, concluímos que a diminuição de garantias do contribuinte não é significativa. Apenas o elemento intelectual passa a ter uma interpretação mais ampla, mas sem inversão do ónus da prova.

Importa agora ensaiar uma aplicação do Direito à factualidade do caso, tentando verificar se existem reflexos materiais nas conclusões em decorrência da lei aplicável (lei antiga ou lei nova).

No caso dos autos, deparamo-nos com uma situação fáctica similar a outras tratadas pela jurisprudência¹⁹. O Sujeito Passivo A pretendeu reorganizar o seu património mobiliário, designadamente as acções da C. Constitui uma holding pessoal para o efeito, a D, à qual vende as acções da C. O preço em dívida ao accionista é convertido em suprimentos que posteriormente são parcialmente reembolsados, no seguimento da distribuição de dividendos da C à D. É ainda relevante notar que o Sujeito Passivo A não tinha o controlo sobre a C, detendo uma percentagem de direito de voto de apenas 13,5%. Como particularidade factual igualmente relevante, assinala-se que os dividendos distribuídos nos anos seguintes à transmissão respeitam a lucros desses anos seguintes e não acumulados. Por fim, é particularmente relevante o facto da C se qualificar como micro ou pequena empresa, o que determinou que a tributação da mais-valia pela alienação das acções operasse nos termos do disposto no [n.º 3 do artigo 43.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares \(“IRS”\)](#) (saldo considerado em 50% do seu valor).

Em relação ao elemento meio, importa analisar qual é a alegação da administração tributária. Recorde-se que a AT tem um especial dever de fundamentação previsto no [n.º 3 do artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário](#) (descrição da construção ou série de construções que foram realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não foram realizadas por razões económicas válidas que reflectam a substância económica e identificação dos negócios ou actos que correspondam à substância ou realidade económica). A AT deve identificar com precisão onde reside o artifício e onde residiria a substância ou realidade económica. Não é indiferente afirmar que a reorganização em si mesma foi destituída de razões económicas válidas ou afirmar que, pelo contrário, apesar de existir um propósito legítimo na transmissão, a forma como operou foi anómala. É imperioso identificar qual o segmento do esquema que deve ser desconsiderado, qual a realidade “normal” alternativa, sob pena de não se conseguir operar a estatuição da CGAA, além de não se conseguir examinar a validade do preenchimento dos vários pressupostos.

¹⁹ Cf., exemplificativamente, decisão arbitral de 22 de Julho de 2014, no processo n.º 208/2014-T, disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listPage=62&id=449>, e decisão de 4 de Novembro de 2015, no processo n.º 173/2015-T, disponível em https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listOrder=Sorter_processo&listDir=DESC&listPage=255&id=1465.

No caso dos autos comentados, a AT propugna que a reorganização não foi genuína. Com esse fundamento, em face da matéria dada como provada, somos levados a concluir que não está preenchido o elemento meio, atendendo a que não ficou provado que a sociedade fosse um mero instrumento, um “veículo” destituído de actividade ou substância, ou que a transmissão para aquela não tivesse qualquer racionalidade. A actividade de holding pessoal ficou demonstrada nos autos.

Esta conclusão seria idêntica, independentemente da redacção da norma aplicável.

III.1. Operações entre partes relacionadas e o princípio da plena concorrência

O entendimento em sentido oposto que consta do voto de vencido e que julga verificado o elemento “meio” parece assumir que o elemento “meio” é distinto. Ou seja, verdadeiramente artificiosa seria a *forma como a transmissão* se concretizou, não obstante a legitimidade económica da reorganização. Temos dúvidas quanto à correspondência desse entendimento com a fundamentação do acto. Estes pressupostos (qual o mecanismo artificioso e qual o negócio normal) devem ficar logo fixados no relatório de inspecção tributária (“RIT”) e não podem ser posteriormente alterados, nem na decisão da reclamação graciosa necessária, em nosso entender, nem na impugnação. Não se admite uma fundamentação alternativa ou subsidiária na emissão de um acto tributário. A validade depende de pressupostos certos e objectivos, que não podem ser modificados por fundamentação nova validante, *a posteriori*.

Sem prejuízo, admitindo que a AT tivesse alegado a existência de artificialidade quanto à *forma da transmissão* entre os sujeitos passivos, ainda que de maneira imprecisa e deficiente, então haveria que extrair outra ordem de conclusões.

De facto, para evitar a manipulação das consequências fiscais às quais transacções entre certos contribuintes relacionados podem ser susceptíveis, tais transacções deverão ser examinadas de perto. Esse escrutínio é necessário para garantir que a forma da transacção reflecta a sua realidade económica subjacente e que as consequências fiscais daí decorrentes são consistentes com as decorrentes de transacções entre partes não relacionadas que negociam em condições de mercado.

No dizer do [artigo 63.º, n.º 2, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas \(“IRC”\)](#), são escrutináveis nesta sede as «operações de reestruturação ou de reorganização empresariais, que envolvam alterações da estruturas de negócio». Ao escrutinar a forma de uma determinada reorganização, a primeira investigação que a AT deverá realizar é a de aferir se os termos e condições são substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis²⁰ (preço, condições de financiamento, etc.). Se detectar um desfasamento, poderá estar em causa precisamente uma transacção não genuína que careça de recaracterização ao abrigo da CGAA²¹. No caso sob comentário, não foi feita qualquer averiguação sobre o princípio de plena concorrência²².

No exame de operações entre partes relacionadas, a verificação do princípio da plena concorrência é um pressuposto imanente na aferição dos vários sub-testes da CGAA.

No acórdão Lexel, o TJUE considerou que as transacções entre partes relacionadas realizadas em condições normais de mercado (*'at arm's length'*) não são, por definição,

²⁰ As operações realizadas em situações em que há relações especiais devem observar as condições de mercado, em situação de livre concorrência, devendo o contribuinte ou, se ele não o fizer, a Autoridade Tributária e Aduaneira, corrigirem a matéria tributável, com aumento ou diminuição, em função da divergência entre os preços praticados e os preços praticados entre entidades independentes ([n.º 3 do artigo 77.º da LGT](#) e [63.º do Código do IRC](#)).

²¹ Embora sejamos de opinião que as cláusulas especiais anti-abuso têm um regime de lei especial em relação à CGAA (aplica-se o princípio de *lex specialis derogat legi generali*, onde a CGAA será usada como uma disposição de último recurso), não consideramos que isso se aplique ao artigo [63.º do Código do IRC](#), que não deve ser visto necessariamente como uma cláusula especial anti-abuso. Aqui, ao invés de uma relação de especialidade verifica-se uma relação de complementaridade. Para combater o abuso, pode ser necessária a aplicação da CGAA, designadamente quando a eliminação da vantagem não se obtenha com a simples correcção do preço praticado prevista no artigo 63.º do Código do IRC, e exija uma recaracterização do negócio indirecto adicional.

²² A não averiguação sobre se o preço da transacção foi um preço de mercado torna desajustada a referência que é feita no voto de vencido à figura dos *constructive dividends* porquanto essa figura pressuporia o inflacionamento do preço em benefício do accionista e detrimento da sociedade. Exemplos de potenciais dividendos construtivos são: Pagamentos feitos a terceiros para benefício pessoal do accionista; Pagamentos a familiares de accionistas; Falsos empréstimos a accionistas; Assunção de dívida de accionista pela sociedade; Venda sem observância de preços de mercado em benefício do accionista.

Cf. BORIS I. BITTKER / JAMES S. EUSTICE, *1 Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders* at 8-40 (7th ed. 2002) («*The hallmark of a constructive distribution is value passing from, or a sufficiently specific economic benefit conferred by, the corporation to the shareholder, for which the shareholder does not give equivalent value in exchange.*»), apud BARBARA F. SIKON, Note, *Recharacterization of Unreasonable Compensation: An Equitable Mandate*, 51 Clev. St. L. Rev. 301, 2004, pesquisável em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1313&context=clevstlrev>; Cf. JOHN W. LEE, *Shareholder Withdrawal-Loan or Dividend: Repayments, Estoppel, and Other Anomalies*, 12 Wm. & Mary L. Rev. 512, 1971, pesquisável em <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol12/iss3/4/>

inteiramente artificiais, e que, nesses casos, não se pode estabelecer abuso de direito²³. O Tribunal Europeu estabelece aqui um *safe harbour* do princípio de plena concorrência na delimitação do abuso²⁴.

Assim sendo, num caso em que não se questione a legitimidade da reorganização como *sham transaction* e não se coloque em crise a *sua forma*, no sentido de esta padecer de artificialidade, a observância das condições de plena concorrência afastará a conclusão de abuso. No caso vertente, nenhuma indicação existe de que as condições praticadas são desajustadas, mormente que o preço da venda tivesse sido inflacionado²⁵, não se podendo reputar a forma “compra e venda”, mesmo com pagamento diferido do preço, como necessariamente fictícia.

Em todas as situações em que uma reorganização em si mesma serve um propósito legítimo e o que se questiona como sendo anómalo é a forma a que obedece tal reorganização, o crivo principal e primeiro, salvo situações “fora-do-mercado”, deve ser o princípio da plena concorrência. Se for detectado um desfasamento de monta, em sede deste, indiciar-se-á uma transacção não genuína, recaracterizável ao abrigo da CGAA. Todavia, nem todas as operações entre partes relacionadas supõem um exame prévio em sede de preços de transferência, pois existem operações *off-market* entre partes relacionadas, nomeadamente sobre partes de capital.

III.2. A não equivalência entre a compra e venda e a reorganização neutral

²³ Cf. Parágrafo 56 do acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, no Processo C-484/19 (*Lexel AB v Skatteverket*), pesquisável em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C214D0A68FF34ED51DFAEDB6803A74A7?te xt=&docid=236681&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=465258>.

Ver também o Acórdão do TJUE de 1 de Junho de 2022, no Processo E-3/21 (*PRA Group Europe AS v the Norwegian Government*), pesquisável em inglês em https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2022/05/3_21_Judgment_EN.pdf?x86540

²⁴ Veja-se que de acordo com o considerando 14 da [Directiva Anti-Elisão](#) «a aplicação das regras contra a elisão fiscal previstas na presente diretiva não deverá afetar a obrigação do contribuinte de respeitar as condições normais de mercado nem o direito do Estado-Membro a aumentar a coleta tendo em conta essas condições, se for caso disso».

²⁵ Outras situações tratadas pela jurisprudência em que se concluiu pela existência de abuso e necessidade de reconfigurar os mútuos como atribuição de dividendos foram situações de anomalia dos negócios e dos valores envolvidos. Cf. Decisão Arbitral no Processo n.º 173/2015-T, de 4 de Novembro de 2015, pesquisável em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/view.php?l=MjAxNjAxMDUxMjIzNTgwLlAxNzNfMjAxNVQgLSAyMDElLTExLTA0IC0gSIVSSVNQUIVERU5DSUEgLSBEZWNPc8OibyBBcmJpdHJhbC5wZGY%3D>

A afirmação de que a transmissão da titularidade de partes sociais também podia ter sido atingida através da respectiva transferência como entrada em espécie para o capital social de sociedade, também merece ser analisada. Essa afirmação pressupõe que não se coloca em crise a alteração da configuração original do grupo. Aceita-se que a reorganização assenta em razões económicas válidas. **Sustenta-se, porém, que a compra e venda não é idónea e que a forma típica e normal de alterar a titularidade seria outra.**

Sucedem que, pretendendo o accionista vender as acções e sendo também do interesse da sociedade adquirir as acções para desenvolver o seu objecto social, interesse que no caso parece estar demonstrado, a forma escolhida (compra e venda) é a correcta, porquanto esta é a forma legal típica que a lei prevê para a aquisição a título oneroso, inter-vivos, de bens e direitos. A compra e venda não é inusual nas reorganizações e transmissões de património, bem pelo contrário. A mera existência de alternativas, igualmente típicas e normais, nada diz sobre o abuso.

Acresce que a transmissão das acções, em qualquer modalidade (compra e venda ou entrada para o capital de sociedade), implicaria realização, e, portanto, geração de mais-valias, com o correspondente imposto. Assim, é razoável supor que quem gera imposto pretenda associar-lhe liquidez, sendo racional dispor de um crédito ao pagamento de um preço que permita, pelo menos num horizonte não muito dilatado, alimentar o pagamento do tributo.

Não há qualquer comando que resulte do ordenamento jurídico de os sujeitos passivos em relações especiais deverem transmitir os seus activos em condições de não-mercado, ou em regimes de neutralidade fiscal, bem pelo contrário. Assim, o mero contraponto da possível transferência em espécie à actuada compra e venda não se afigura uma alegação e demonstração idónea do elemento meio.

Ademais, é sobretudo o elemento resultado que fica por preencher, diante de tal comparação. Não existe equivalência económica entre as operações. A opção pela venda implica, em termos de efeitos económicos, não só a transmissão da titularidade, mas também o pagamento de uma contrapartida, o que está ausente na transferência por entrada em

espécie²⁶. A identidade de efeitos económicos não é preenchida. A compra e venda e a permuta - esta ínsita num aumento de capital por entrada em espécie com contrapartida em partes sociais da sociedade adquirente - comportam sinalagmas para o transmissário, mas de natureza diversa. A primeira é um contrato oneroso com a administração ou gerência da sociedade contraparte, gerador de um crédito; a segunda é um acto jurídico derivado de uma deliberação social dos sócios, que constitui ou reforça uma participação social. O [n.º 2 do artigo 38.º da LGT](#), estrutura a cláusula geral anti-abuso em termos de não interferência nas opções económicas dos sujeitos passivos, ao referir que a tributação consistirá nos impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos *de idêntico fim económico*.

Neste caso, falta a presença de um resultado económico equivalente, ao alegar-se que a entrega dos títulos para o capital social de sociedade seria a via típica e normal.

Por outro lado, ainda quanto ao elemento resultado, nem sequer existiria vantagem fiscal. A compra e venda não é necessariamente vantajosa em relação à transferência como entrada em espécie porque a primeira implica, em regra, imposto (excepto havendo regimes transitórios de exclusão de tributação ou menos-valias, seja na operação de alienação, seja em virtude de compensação com reporte de perdas de anos anteriores) e a segunda pode não o implicar, em face dos regime de neutralidade fiscal para a entrada de activos e para a permuta de partes sociais ([artigo 38.º](#) e [artigo 10.º, n.º 10](#), respectivamente do Código do IRS; cf. igualmente os [artigos 73.º](#) e seguintes do Código do IRC) – regimes que, aliás, não parece que estivessem disponíveis no caso dos autos, pois a pessoa singular A apenas tinha 13,5% do capital na sociedade C, que alienou à sociedade D.

Numa reorganização, se a AT não questiona a reorganização propriamente dita, não pode reconstruir a realidade económica com base em presunções não assentes em regras de experiência comum.

Por exemplo, a AT não pode presumir que uma alternativa contribuição em espécie seria destituída de neutralidade à luz da lei fiscal, se os pressupostos para aplicação de tal regime estivessem em abstracto disponíveis (por exemplo a conferência da maioria dos direitos de voto

²⁶ Cf. Decisão Arbitral de 9 de Fevereiro de 2021, no Processo n.º 270/2020-T, disponível em https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&id=5264.

da sociedade adquirida pela sociedade adquirente, no caso da permuta de partes sociais, em conformidade com o [artigo 73.º](#), n.º 5, do Código do IRC). O regime de neutralidade fiscal das operações de reestruturação empresarial não é um benefício, «não prossegue finalidades públicas extrafiscais e não constitui um regime excepcional: trata-se de não penalizar a racionalização empresarial e de não onerar fiscalmente mais-valias que mais se assemelham a mais-valias potenciais, pois, no quadro da reestruturação empresarial, não existe um incremento patrimonial»²⁷ - verificadas que estejam as condições daquele regime.

Se a reorganização é legítima, tem um *business purpose*, a cláusula sectorial especial anti-abuso do [artigo 73.º, n.º 10](#), do Código do IRC, que permitiria à AT retirar excepcionalmente a neutralidade não é chamada à colação. O propósito da reorganização em si mesma assenta em razões económicas válidas que reflectem a substância económica. Ao conceber uma alternativa reorganização, para efeitos da cláusula geral anti-abuso, tem a AT que concebê-la neutral, em face do exposto – acaso estejam, naturalmente, verificadas as condições teoricamente devidas daquele regime. Caso contrário, é a AT que entra em artificialidade, e conseqüente abuso, com intenção de criar vantagem fiscal indevida para si.

Então, se a AT contrapusesse à forma da compra e venda a contribuição em espécie, ou seja, uma reorganização sem pagamento de qualquer contrapartida, não ficaria demonstrado o abuso. Desde logo, não há identidade de efeitos económicos na reorganização sem pagamento de contrapartida. Falha a demonstração do resultado. Sem comparativa vantagem fiscal, falha o mesmo elemento; no caso dos autos a entrada em espécie teria gerado a mesma exacta mais-valia tributável para o alienante, assim a avaliação daquela entrada fosse coincidente com o preço.

Num plano mais abstracto, acaso estivesse em causa a transmissão de uma participação maioritária no capital de uma sociedade, estar-se-ia a comparar a via seguida pelo contribuinte, que conduz imediatamente ao pagamento do imposto com uma via menos onerosa, neutra fiscalmente, ao abrigo do regime da permuta de partes sociais. Nesse “universo paralelo”, não se realizaria uma mais-valia imediatamente, pois haveria diferimento da tributação. No futuro,

²⁷ Cf. Decisão Arbitral de 4 de Janeiro de 2013, no Processo n.º 14/2011-T, p. 50, pesquisável <https://caad.org.pt/tributario/deciso/es/view.php?!=MjAxODA3MDUxMDQzNTewLlAxNCBUIDIwMTEgLSAyMDEyLTAxLTA0IC0gSIVSSVNQUIVERU5DSUEgRGVjaXNhbyBBcmJpdHJhbEYucGRm>.

seria incerta a existência de uma qualquer vantagem fiscal, pelo que se introduz mais um elemento de infungibilidade, por via da necessidade de comparações intertemporais, com quadros normativos necessariamente diferentes, um certo e outro incerto. O sujeito passivo que detém o controlo sobre uma holding pessoal, pode escolher entre distribuir dividendos até certo montante ou libertar excesso de capital, por diversas vias (aquisição de partes de capital próprias, redução de capital social por diminuição do valor nominal ou por extinção de partes de capital). A tributação futura desses eventos poderá vir a ser menor, inclusivamente. Assim, está votado ao insucesso um pronunciamento da AT de que a via normal seria a reorganização com incremento patrimonial, com realização. Nesse caso, falham os elementos meio e resultado, sem sequer analisar os demais.

Em suma, é votada ao insucesso, em regra, a comparação entre a transmissão por via da compra e venda e a hipotética transmissão por contribuição em espécie. Primeiro, não são economicamente equivalentes. Em segundo lugar, ao conceber a alternativa reorganização, tem a AT que concebê-la neutral.

III.3. Quando a vantagem é incerta

Neste acórdão, embora se aluda à vantagem fiscal como sendo a evitação da tributação dos dividendos, tal afirmação da AT é incorrecta. Aliás, o erro na identificação da vantagem fiscal é de molde a viciar o acto tributário. Segundo a AT, o sujeito passivo realizou a venda para evitar ser tributado nas distribuições de lucros subsequentes. Sucede que a venda é um facto tributário que desencadeia o imposto sobre a mais-valia, inexistindo qualquer isenção. **A vantagem fiscal, a registar-se, seria a vantagem associada a uma menor tributação da mais-valia (taxa de tributação efectiva reduzida de 14%) comparativamente com a tributação dos dividendos (taxa de 28%).**

Em relação a tal vantagem, algumas considerações desde logo se suscitam, no caso.

Em primeiro lugar, é uma vantagem incerta no momento em que o contribuinte realiza a venda²⁸. O contribuinte suporta o imposto sobre a mais-valia, mas não tem controlo sobre a sociedade de cuja participação alienou 13,5%. Se esta última não se revelasse lucrativa nos anos seguintes ou não fosse deliberada a distribuição de resultados, não haveria como quantificar qualquer carga fiscal comparativamente menor.

Há uma componente de risco comercial assumido pelo contribuinte. O sujeito passivo assume o risco de existir ou não uma qualquer vantagem fiscal futura, o que se afigura relevante para o elemento resultado, mas também para o elemento intelectual. Uma aferição das circunstâncias objectivas, de acordo com critérios de razoabilidade económico-empresarial, não determina uma conclusão de que a transacção é “*tax driven*”. O contribuinte pode apenas suportar imposto considerável e não realizar qualquer economia fiscal.

Existe igualmente uma componente de risco de alteração legislativa assumida pelo contribuinte (imagine-se que, no futuro, surgia um regime de não tributação para as mais-valias em partes de capital de micro ou pequenas empresas detidas por mais do que x anos; o contribuinte teria antecipado imposto que no futuro seria evitável).

Não é uma situação em que os factos mostrem a orientação para a vantagem. Os factos mostram a orientação para a carga tributária. Ora, o *time value of money* recomenda que pagar, inclusive impostos, e morrer, sejam diferidos, e não antecipados. O contribuinte, quando emprega o meio alegadamente “artificial”, actua de molde a pagar imposto - um valor presente, necessariamente mais valioso que um valor futuro nominalmente idêntico -, praticando um acto que se subsume à incidência fiscal. Este figurino da situação evidencia que falha o elemento intelectual: um acto não se tem por dirigido a um resultado de não-imposto ou menor imposto quando o que se verifica é que, com a prática desse acto, é diferido e incerto um tal resultado de menor carga tributária.

Além do mais, se o contraponto ao negócio realizado fosse uma reorganização fiscalmente neutra, a tributação poderia inclusivamente ser menor.

²⁸ À data em que o contribuinte decide alienar as acções e incorrer na mais-valia tributada, os dividendos eventualmente a distribuir não geravam ainda qualquer carga tributária.

Em conclusão, a incerteza quanto à vantagem fiscal levaria a afastar o preenchimento do elemento resultado e do elemento intelectual. Mesmo à luz da actual redacção da lei, uma vantagem fiscal incerta não é um motivo proeminente, em termos objectivos. Como referido acima, em nosso ver, o teste da natureza principal ou secundária da motivação fiscal da transacção passa por analisar, em termos objectivos, se a transacção com toda a probabilidade não se realizaria, sem a vantagem fiscal.

Sendo a economia fiscal duvidosa e havendo uma componente de risco comercial – e também de alteração legislativa num domínio consabidamente volátil, como é o fiscal - assumida pelo contribuinte, à data da transacção, será difícil concluir que esta é “*tax driven*”.

III.4. O benefício fiscal não abusado não é reprovado pelo sistema

O [n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS](#) prevê que o ganho decorrente da transmissão de participações sociais em “micro e pequenas empresas” não cotadas nos mercados regulamentados e não regulamentado da bolsa de valores é considerado em apenas 50% do seu valor para efeitos de tributação em sede de IRS. Este benefício fiscal é automático, não se encontrando dependente do reconhecimento da autoridade tributária, e aplica-se quer as participações sociais transmitidas representem a maioria quer a minoria do capital social da sociedade. Não é controvertido o facto de que a sociedade cujas participações sociais foram transmitidas pelo Requerente preenchia, à data da transmissão, os requisitos da categoria de “micro pequena empresa”.

No caso vertente, assumindo que a venda foi uma venda genuína e que a sociedade adquirente D não era uma mera “fachada”, tal como referido acima, então a questão coloca-se no plano das opções que assistiam ao sujeito passivo. A alienação de acções estava sujeita a uma taxa efectiva privilegiada por força de um benefício fiscal, e era uma circunstância que este podia influenciar, enquanto a distribuição de dividendos estava sujeita a uma taxa efectiva superior, e era uma circunstância cujo domínio lhe escapava. Este diferente tratamento fiscal correspondeu a uma opção deliberada do legislador e a aplicação da CGAA, neste contexto,

resultaria na desconsideração da própria opção do legislador fiscal. Trata-se de uma situação de planeamento fiscal legítimo, como refere Freitas Pereira²⁹.

Os benefícios fiscais são definidos no [n.º 1 do artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais \(doravante “EBF”\)](#): são regimes excepcionais que prosseguem finalidades públicas extrafiscais superiores aos da tributação que impedem. Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do EBF, podem traduzir-se em isenções, reduções de taxas, reduções à matéria colectável e à colecta, amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais, com as características definidas no n.º 1 do artigo 2.º.

Deparamo-nos aqui com o não preenchimento do elemento normativo-sistemático, elemento que se depreendia do [n.º 2 do artigo 38.º da LGT, na redacção da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro](#), e que se tornou ainda mais visível, tal como aludido *supra*, na redacção da [Lei n.º 32/2019, de 3 de Maio](#).

Como refere Pedro Menezes Cardoso, a conformação com um benefício fiscal legalmente previsto é situação em que não se pode concluir pela frustração do objecto ou finalidade do direito fiscal aplicável³⁰.

Se o contribuinte escolhe uma via onerosa, que representa um facto tributário, e que tem associado um benefício fiscal, tal benefício só pode ser retirado quando se constate a ausência dos correspondentes pressupostos. O sujeito passivo escolheu pagar imposto, escolheu uma via

²⁹ Cf. MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 7.ª ed., Almedina, 2005, p. 402.

³⁰ «Assim, poderão ser apontadas algumas situações em que, legitimamente, o sujeito passivo de encontrará a priori numa zona de exclusão da CGAA, i. e., ainda dentro dos limites do planeamento fiscal aceites pela teleologia e sistemática fiscal:

- (i) *Lacuna intencional deixada em aberto ou introduzida ao sistema fiscal;*
- (ii) *Exceções que consubstanciam um benefício fiscal (lato sensu) que aproveitam aos sujeitos passivos que cumpram com objetivos de política extra-fiscal, desde que estes sejam materialmente respeitados;*
- (iii) *Contradições ou inconsistências insitas no sistema ou regimes especiais (anti-sistematicidades);*
- (iv) *Introdução de cláusulas/termos genéricos (geralmente por uma questão de simplificação administrativa e de segurança jurídica) na elaboração de determinadas categorias ou de qualificações relevantes para a imposição de um encargo fiscal ou para concessão de benefícios fiscais;*
- (v) *Previsão de opções pelo legislador (stricto sensu) cuja única finalidade será a de permitir ao sujeito passivo a redução da carga fiscal.*

*Tendencialmente, nos casos supra elencados, o Estado não poderá legitimamente aplicar a CGAA ou invocar que estas situações apenas decorrem de meras deficiências de redacção que não foram pretendidas pelo legislador» – Cf. PEDRO MENEZES CARDOSO, *Os desafios da “maioridade” da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 408-409.*

que é tributada. O facto dessa tributação ser reduzida resulta de incentivo legal. A demonstração por parte da AT de que o contribuinte praticou um facto tributário principalmente para evitar outro “pior” implica provar, designadamente, a causalidade entre um meio anómalo, incongruente e uma vantagem indesejavelmente conferida³¹. Se a vantagem se reconduz ao benefício fiscal, a demonstração da frustração do espírito do legislador passa pela análise das condições do próprio benefício.

Só poderá ser negado um benefício fiscal especificamente pretendido se este for inconsistente com as consequências económicas da transacção. Nesses casos, devem-se considerar as políticas tributárias envolvidas na norma especial.

Se o Estado, atendendo a prioridades económicas e sociais em detrimento de prioridades orçamentais, legisla no sentido de favorecer determinados rendimentos ou actividades, o contribuinte não pode ser censurado por aproveitar esses benefícios. Os contribuintes, ao abrigo da liberdade de escolha e da autonomia privada, têm direito ao planeamento fiscal, a escolher de entre as diversas possibilidades que a lei lhes confere, aquela de que resulte menor ónus fiscal, uma vez que «*é inerente à racionalidade económica, quer no plano pessoal, quer no plano empresarial, a minimização dos impostos a suportar*»³². Essa mitigação fiscal, *intra legem*, é expressão de uma liberdade ou mesmo de um direito protegido pela Constituição ([n.º 1 do artigo 61.º](#) e [artigo 17.º](#)) e, bem assim, um dever de boa gestão.

Na aplicação da CGAA e na teoria da fraude à lei, descortinamos uma “norma defraudada” e uma “norma de cobertura”. Ora, se a “norma de cobertura” encerra um benefício fiscal então esta terá que ser, simultaneamente, “norma defraudada”: haverá que demonstrar que foi frustrado ou fraudado o pressuposto normativo-teleológico ou *ratio legis* do próprio benefício para o desaplicar.

³¹ Uma vantagem indesejavelmente conferida seria a atribuição do benefício fiscal de forma inconsistente com a *ratio* do próprio benefício, por manipulação da forma jurídica, como por exemplo a “venda” não genuína a uma empresa de fachada ou a prática de um preço superior ao de mercado para a retirada de valor da participada. O benefício fiscal é explorado por meio de passos artificiais.

³² Cf. MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 7.ª ed., Almedina, 2005, p. 415.

Em suma, como princípio geral, a vantagem fiscal de que trata a CGAA não se reconduz a um incentivo especificamente previsto na legislação fiscal, de que o contribuinte tira proveito de maneira consistente com a intenção, com a política do incentivo fiscal³³.

No caso, não fica provada a frustração do espírito da lei se a carga tributária mais favorável é desejada pelo legislador e não há qualquer ardil no seu aproveitamento, nos pressupostos do benefício (*in casu*, os pressupostos são, tão-só, o investimento em micro e pequena empresa não cotada).

Se um benefício fiscal não é abusado, não há reprovação normativo-sistemática.

III.5. Elemento sancionatório – a administração tributária não pode fazer “cherry picking” dos efeitos fiscais a manter e a retirar

A AT não pode escolher os efeitos fiscais que se tornam inoponíveis e os que se aplicam, numa perspectiva de “cherry picking”. Não assiste à AT uma escolha discricionária de como seria a tributação, não fora a construção abusiva. Se a vantagem fiscal constatada ascende a 50% do imposto incidente sobre a mais-valia, a tributação não pode elevar-se a um montante superior.

Na redacção anterior da norma estatuiu-se: “efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas”. Na redacção actual, preceitua-se: «*efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas*». Em ambos os casos, **a AT pode neutralizar o resultado fiscal de um esquema de evitação fiscal, mas não pode substituí-lo por um outro distinto resultado fiscal que poderia ter ocorrido.**

O objectivo da CGAA é salvaguardar a operacionalização das normas jurídico-tributárias de acordo com o seu espírito, mas não impor uma nova incidência e responsabilidade tributária,

³³ Cf. CHRISTOPHE WAERZEGGERS / CORY HILLIER, “Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR)— Ensuring that a GAAR achieves its purpose,” *Tax Law IMF Technical Note 2016/1*, 2016, em <https://www.imf.org/en/Publications/Tax-Law-Technical-Note/Issues/2016/12/31/Introducing-a-General-Anti-Avoidance-Rule-GAAR-Ensuring-That-a-GAAR-Achieves-Its-Purpose-43662>.

cruzando a linha de separação de poderes. A AT deve reconstruir de acordo com o que o contribuinte fez, em substância, e não de acordo com o que o contribuinte faria hipoteticamente, possivelmente.

A AT não pode invocar a desconsideração da compra e venda, como se não devesse ter sido realizada, e manter a tributação da mesma em paralelo com a tributação da ficcionada atribuição directa de dividendos. Não pode, por exemplo, num outro plano, ficcionar que o contribuinte iria renunciar ao regime de neutralidade fiscal, sendo-lhe dado a escolher, ou que o contribuinte praticaria mais operações económicas e distintas daquelas que efectivamente praticou. A estatuição de desaplicação / ineficácia do resultado fiscal ilegítimo não permite exercícios de criatividade divinatória dirigidos a um mundo tributário alternativo, no qual, novamente com artificialidade, a AT possa derivar para si uma vantagem recaudatória.

IV. CONCLUSÃO

Numerosos estudos identificam os significativos custos, tangíveis e intangíveis, que o abuso fiscal representa. É consensualmente vista como indesejável a manipulação de inconsistências e lacunas inerentes a todo e qualquer sistema fiscal. A CGAA não é uma cura universal para o abuso fiscal, mas na medida em que constitua uma ferramenta robusta e aprimorada, poderá ser usada com sucesso para contrariar esquemas fiscais abusivos.

Com a nova redacção dada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de Maio, o escopo de aplicação da CGAA ficou um pouco mais amplo, já que a nova regra se aplica às operações em que um dos principais fins é obter uma vantagem fiscal, ao contrário do objectivo essencial ou predominante da regra anterior.

No entanto, todos os elementos que anteriormente se identificavam como compondo a CGAA continuam a ser essenciais e de aplicação cumulativa. A CGAA é um *ultimum remedium*, subsidiário a todos os outros, que a devem preceder. O ónus da prova dos pressupostos de aplicação da CGAA continua a caber à AT.

Conforme observado unanimemente, os contribuintes podem organizar legalmente os seus negócios da maneira mais vantajosa em termos fiscais. A CGAA nunca se destinou a servir de mecanismo de correcção da legislação tributária, sob pena de violação de princípios constitucionais. Não pode ser invocada nos casos em que o legislador tributário tinha conhecimento de determinada assimetria, a designada lacuna consciente. Como princípio geral, a vantagem fiscal visada pela CGAA não se reconduz a um incentivo especificamente previsto na norma fiscal, de que o contribuinte tira proveito de maneira consistente com a intenção legislativa.

A actual CGAA ecoa, sem dúvida, a jurisprudência do TJUE sobre abuso. As pistas que o Direito Europeu nos dá nestes domínios, tendo presente que a actual CGAA doméstica tem por fonte uma Directiva, confirmam que o exame do abuso não se basta com um mero *business purpose test*. Ao nível do conceito europeu de abuso, o exame supõe a prova de uma situação aparente ou simulada das condições de aplicação do normativo fiscal, que existe uma artificialidade associada à operação.

É certo e seguro que o funcionamento da CGAA pressupõe sempre uma tarefa de realização concreta do Direito em função das circunstâncias fácticas e dos contornos materiais da situação *sub judice*. Não obstante, a partir do momento em que a CGAA passou a estar harmonizada a nível europeu, a sua interpretação ficou bastante condicionada pela jurisprudência europeia, para além da doméstica.