

## BOLETÍN INFORMATIVO



### EDITORIAL

Respetables lectores:

En este número nos permitimos compartir, en primer término, el artículo titulado "AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO", en el idioma en que fue escrito originalmente, cuya autoría corresponde al Juiz Conselheiro Gustavo Lopes Courinha, Integrante del Supremo Tribunal Administrativo, de Portugal; en el cual nos presenta una síntesis de los avances alcanzados por la Unión Europea, en materia de armonización fiscal, implementando acciones que tienen como objetivo coordinar la legislación anti-BEPS (Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, corresponde a sus siglas en inglés BEPS Base Erosion and Profit Shifting).

Por otra parte, tenemos el artículo titulado: "LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.", a través del cual me permito compartir los motivos por los cuales considero, que los Juzgadores nos encontramos obligados no solo a observar la jurisprudencia, sino también a analizar la posible actualización de la cosa juzgada directa o refleja, en los asuntos sometidos a nuestra consideración, a fin de lograr uniformidad de criterios por parte de los Juzgadores, contribuyendo a salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima del gobernado bajo la consideración que, si los fundamentos y motivos en que se sustentan los actos que afecten su esfera jurídica, se han mantenido estables y han sido analizados en instancias previas, puede tener la expectativa que la decisión en el juicio de que se trate no cambiará de manera imprevista o injustificada.

Esperamos sean de su agrado.

Mag. Dra. Nora Elizabeth Urby Genel  
Secretaría Ejecutiva.

### CONTENIDO

• **AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO.**

Juiz Conselheiro Gustavo Lopes Courinha

- Portugal -

• **LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.**

Mag. Dra. Nora Elizabeth Urby Genel

- México -

### MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

**Presidenta:**

Dra. Katia Mariana Rivera Gonzales  
Directora Ejecutiva General de la Autoridad de Impugnación Tributaria de Bolivia.

**Consejeros:**

Mag. Mtro. Rafael Karl Brown Rangel  
Presidente del Tribunal Administrativo Tributario de Panamá.

Mag. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez  
Presidente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de Colombia.

**Secretaría Ejecutiva:**

Dra. Nora Elizabeth Urby Genel  
Magistrada integrante de la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa de México.

**Cualquier correspondencia dirigirla a:**

SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA AITFA  
Boletín Informativo  
Insurgentes Sur, No. 881, piso 12, Colonia Nápoles, Alcaldía Benito Juárez, C.P. 03810, Ciudad de México.

**Correo electrónico:**

secretaria\_asocia.ibero@hotmail.com

secretaria@aitfa.org

**Elaboración:** Lic. Juana Flores Sierra.

**AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO**

**Juiz Conselheiro Gustavo Lopes  
Courinha**  
Integrante del Supremo  
Tribunal Administrativo  
-Portugal-



É advogado desde Outubro de 2001 e Professor da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA desde 2002, instituição onde se licenciou (1999), obteve o Mestrado (2003) e o Doutoramento (2012).

**CURRICULUM**

Nessa mesma Faculdade foi responsável pela coordenação científica da Pós-Graduação Avançada em Direito Fiscal do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal desde 2007.

Lecciona numa pós-graduação em fiscalidade na Universidade Católica Portuguesa desde 2002 e é orador frequente em conferências sobre assuntos fiscais em Portugal e no estrangeiro.

Integrou o Júri de Provas de acesso ao Centro de Estudos Judiciários, para a jurisdição administrativa-fiscal (2016), instituição onde lecciona frequentemente no âmbito de cursos de formação.

Em 2007 e em 2016 foi nomeado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como o membro independente dos júris de seleção da AT e da Direcção-Geral dos Impostos; para Director de Serviços da AT, Director de Serviços da DGCI, Divisões dos Serviços Centrais da DGCI e para várias Divisões da Direcção de Finanças de Lisboa.

Integrou a Comissão para a Reforma Fiscal (2008-2009) e a Comissão para a Reforma do Código do IRC (2013).

É estudioso do sistema jurídico e fiscal de Cabo Verde (onde anualmente lecciona uma Pós-Graduação Avançada em Fiscalidade, organizada pela Fundação Direito e Justiça e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

É membro da Associação Fiscal Portuguesa e da Associação Fiscal Internacional.

É membro do Conselho Editorial da Fiscalidade, da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, e dos Cadernos de Direito Fiscal do CEJUR.

**PUBLICAÇÕES**

Publicou aproximadamente quatro dezenas de artigos académicos, dois compêndios de legislação, bem como a sua tese de Mestrado acerca da Cláusula Geral Antiabuso, assim como a obra 'A Residência no Direito Internacional Fiscal: do abuso subjetivo das Convenções de Dupla Tributação'.

Longe vão os tempos em que a legislação fiscal representava o domínio último de soberania dos Estados Membros da União.

As exigências de unanimidade no processo de harmonização fiscal e, em especial, o reiterado exercício de poderes de veto que tal unanimidade permitia por parte dos Estados da União, lograram que a harmonização fiscal europeia fosse, durante muitas décadas, uma simples miragem no processo de construção europeia. E, se é certo que, gradualmente, se foram aceitando crescentes margens de integração fiscal, não é menos verdade que a intervenção do Direito Europeu se reduziu, durante largas décadas, aos aspectos trans-europeus mínimos da tributação das empresas exigidos por um espaço de integração económica avançado (v.g., eliminação da dupla tributação económica e reestruturação neutral de empresas).

Esses tempos fazem já parte do Passado. E, se dúvidas pudessem subsistir a tal respeito, as duas Diretivas que, de seguida, se estudarão – em bom rigor, trata-se de uma única Diretiva, cuja alteração veio a redundar numa autonomização dogmática da matéria das normas anti-híbridos – são a prova definitiva dos novos tempos, quer pela importância dos temas harmonizados quer pelo nível de detalhe das alterações.

Interferindo a um nível técnico profundo e em normas estruturantes do regime fiscal dos Estados-Membros, estas Diretivas traduzem um progresso sem paralelo na harmonização fiscal europeia, representando um honesto desejo de coordenação da legislação anti-BEPS a um nível europeu, evitando a multiplicação de regimes anti-elisivos distintos e incoerentes e que, no longo prazo, se poderiam revelar ineficazes.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

### O regime harmonizado de normas anti-abuso

#### Harmonização anti-elisiva: nível médio de protecção e regra de minimis

I. Enquadrado pelas extensas investigações levadas a cabo pela OCDE no âmbito do designado Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), a União Europeia promoveu a introdução de um conjunto harmonizado de regras de natureza anti-elisiva, de modo a dotar o ordenamento fiscal dos seus vários Estados Membros de normas anti-abuso<sup>1</sup>.

Nas palavras do preâmbulo do diploma, “*É essencial para o bom funcionamento do mercado interno que os Estados-Membros ponham em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito da BEPS e, de um modo mais geral, tomem medidas para desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União de forma suficientemente coerente e coordenada.*”

Tal exercício tinha por desiderato capacitar os respectivos ordenamentos jurídicos de uma capacidade de resposta ao fenómeno do planeamento abusivo que pudesse ser, simultaneamente, robusta e coordenada.

A *robustez* da resposta traduzir-se-ia naquilo que a Diretiva 2016/1164, do Conselho, de 12 de Julho – mais conhecida por ATAD 1 – então designaria por estabelecimento de “*um nível médio de protecção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno.*”

Pretendeu-se, assim, harmonizar soluções anti-abusivas que corrigissem as carências normativas que se denotavam em vários Estados Membros, onde por razões várias – incluindo o propósito, mais ou menos assumido, de promover a elisão fiscal e a deslocação fiscalmente motivada de empresas – se denotavam quer absolutas falhas de regulamentação quer soluções singulares e incoerentes nesta sede.

<sup>1</sup> O enquadramento de toda esta matéria encontra-se, sinteticamente, explanado em Ana Paula Dourado, “The Eu Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead Of Beps?”, *Intertax*, Volume 44, Numbers 6 & 7, 2016, pp. 440 e ss. e, no que terá sido um dos seus últimos textos, Frans Vanistendael, “From Abuse to Base Erosion: how did it come to this?”, *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: Werner Haslehner / Katerina Pantazatou / Georg Kofler / Alexander Rust), *Elgar Tax Law and Practice*, Cheltenham, 2020, pp. 1 e ss

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

O bloco das soluções harmonizadas introduzido pela ATAD 1 pode, atento o respectivo grau de extensão e densidade, graduar-se num nível anti-elisivo que se situa, precisamente, entre os ordenamentos mais exigentes no combate àquele fenómeno (nível máximo) e aqueles onde a resposta à fenomenologia BEPS era embrionária ou, mesmo, inexistente (nível mínimo).

II. Já a *coordenação* visada pela Diretiva tem por finalidade conferir uma segurança jurídica reforçada aos contribuintes, uniformizando soluções e interpretações das mesmas, o que é especial relevante nos casos de ordenamentos em que não existe uma tradição de aplicação e interpretação de normas anti-abuso, ou onde essa experiência seja ainda muito embrionária.

Esta finalidade coordenadora não é, todavia, impeditiva da existência de soluções normativas especiais que reforcem o arsenal anti-elisivo de cada ordenamento, sendo cada País europeu plenamente livre para ir além do consagrado na Diretiva. E pode fazê-lo quer por meio do aumento da exigência das soluções legais quer pela consagração de outras medidas que, simplesmente, não foram simplesmente consideradas pela Diretiva. É precisamente o que, sob a epígrafe "*Nível mínimo de proteção*" se consagra, em termos que julgamos bastante claros, no artigo 3.º da Diretiva: "*A presente diretiva 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.*"

Corolário forçoso da adoção deste nível *de minimis* de regulação é o controlo que se possa vir a fazer acerca de eventuais desacertos na transposição da Diretiva. É que um tal controlo, pese embora não vedado, ficará, em princípio, restrito aos casos em que os Estados Membros se tenham apenas limitado a transpor incorrectamente as soluções propostas ou, em alternativa, tenham adotado soluções anti-abusivas que se revelem menos exigentes do que aquelas prescritas na Diretiva como mínimas<sup>2</sup>.

III. A transposição da Diretiva para o Código do IRC reveste-se de algumas notas peculiares. E é aqui que, doravante, nos focaremos.

Muito em especial, cabe registar que Portugal figurava entre os poucos países da União Europeia que, já previamente à Diretiva, possuíam um arsenal normativo anti-abuso muito avançado e abrangente – que remontava ao final do Século XX e inícios do Século XXI – e que contemplava as várias áreas que a Diretiva veio, precisamente, a regular; a isto acrescia a existência de alguma tradição jurisprudencial e administrativa (e doutrinal, já agora) na interpretação e aplicação das normas anti-abuso.

---

<sup>2</sup> Claro está que fica em aberto o escrutínio da compatibilidade das normas anti-abuso de qualquer Estado Membro com aquelas que são as liberdades essenciais postuladas pelo Direito da União Europeia e o princípio da Não Discriminação.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Por conseguinte, como as próprias soluções nacionais anteriores à transposição da Diretiva eram já muito próximas, quanto à sua redacção, daquelas que se vieram a consagrar na ATAD 1, a função desta veio, essencialmente, traduzir-se na correcção de alguns desvios existentes face à solução propugnada pelo instrumento europeu.

IV. São cinco as normas anti-elisão adotadas pela Diretiva, que configuram o *supra* referido patamar médio de protecção contra o fenómeno BEPS e que constam, presentemente, de todos os ordenamentos jurídico-fiscais da União Europeia. Uma vez que, pela sua especificidade, a norma anti-híbridos merece um tratamento autonomizado nesta obra, iremos limitar-nos, agora, a abordar as seguintes normas harmonizadas: regra de limitação de juros, regra de tributação à saída, cláusula geral anti-abuso e cláusula *CFC*.

Todavia, importa alertar que, em bom rigor científico e como demonstraremos *infra*, as primeiras duas regras referidas (limitação de juros e tributação à saída) já não correspondem a normas anti-abuso *proprio sensu*, uma vez que existem, paralelamente, importantes preocupações de natureza não elisiva que lhes são associadas.

### A regra da limitação à dedução de gastos de financiamento

I. A temática dos limites à dedução de juros<sup>3</sup> configura, de há muito, um problema delicado com o qual o legislador fiscal se tem visto forçado a lidar, assim atenuando os efeitos decorrentes da regra do artigo 23.º, n.º 2, alínea c) do Código do IRC.

Seja por força do contraste face às modalidades de financiamento por meio de capitais próprios – com o legislador a recusar liminarmente a dedução das remunerações de capital próprio (desde logo, como variações patrimoniais negativas não reconhecidas, pelo artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do Código) – seja pelos riscos de abusos (como sucedia na redacção do regime de “*subcapitalização*”, constante

<sup>3</sup> Sob uma perspectiva eminentemente europeia, vd. Daniel Gutmann, “The interest limitation (Article 4 ATAD)”, A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive (Eds: Werner Haslechner / Katerina Pantazatou / Georg Kofler / Alexander Rust), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 86 e ss. e Arne Schnitger / Ivan Zafirov, “The Interest Limitation Rule”, The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU (Eds: Pistone / Weber), IBFD, Amsterdam, 2018, pp. 259 e ss.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

do antigo artigo 61.º do Código do IRC<sup>4</sup>), seja, por fim, enquanto norma de Direito Económico Fiscal, a dedução irrestrita de juros mereceu quase sempre o repúdio do legislador nacional.

- II. Na lógica do anterior regime de "subcapitalização", regulado no anterior artigo 61.º do Código do IRC, a dedução de juros surgia associada a práticas anti-elisivas, por meio das quais os sujeitos passivos alavancavam a respectiva actividade económica por recurso a financiamentos junto de entidades com ele especialmente relacionadas, assim comprimindo o respectivo lucro tributável em território nacional em benefício de tais entidades aqui não residentes; estas, por seu turno, tendiam a corresponder a entidades deficitárias, em reporte fiscal ou sujeitas a regimes de não tributação ou tributação reduzida, que assim acumulavam rendimentos susceptíveis de ser fiscalmente neutralizados no seu impacto.

O excesso de endividamento – portanto, o montante a partir do qual os juros se tornavam indedutíveis, verificado o requisito das "*relações especiais*" – era fixado por referência ao *capital próprio*. "*Existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas nos números anteriores, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo.*"

Atualmente, esta lógica anti-elisiva pura foi abandonada (ou, sob outra perspectiva, profundamente alargada), passando a abranger o financiamento incorrido por todo e qualquer sujeito passivo, independentemente da entidade financiadora, caindo assim o requisito da existência de "*relações especiais*", que pautava o anterior regime.

Estabelece, muito impressivamente, o actual regime, constante do artigo 67.º do Código do IRC, que: "*Os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites:*

a) €1 000 000<sup>5</sup>; ou.

b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos."<sup>6</sup>

<sup>4</sup> E, antes ainda, artigo 57.º-C do mesmo Código. Sobre este artigo, vd., entre muitos outros, Pedro Neto Rodrigues, "O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance", *Fiscalidade*, n.º 21, 2005, pp. 43-72 e vastíssima bibliografia aí citada.

<sup>5</sup> Este limite é uma opção da lei nacional, cuja existência é expressamente admitida pela Diretiva, numa lógica de que "*pode ser adequado prever uma regra de «porto seguro» de forma a que os juros líquidos sejam sempre dedutíveis até um montante fixo, quando tal acarretar uma dedução superior à resultante do rácio baseado no EBITDA.*"(cfr. preâmbulo da Diretiva).

<sup>6</sup> Artigo 67.º, n.º 1 do Código do IRC. O conceito de "*gastos de financiamento líquidos*" corresponde aos "*gastos de financiamento que concorram para a formação do lucro tributável após a dedução, até à respetiva concorrência, do montante dos juros e outros rendimentos de idêntica natureza, sujeitos e não isentos.*", como explica o artigo 67.º, n.º 12, alínea b) do Código do IRC.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

III. Temos, então, uma regra fiscal que passou a ter um assumido conteúdo de dirigismo económico e que visa, abertamente, obstar à erosão da base tributável de IRC por meio da dedução irrestrita de juros decorrentes do excesso de endividamento das empresas; como, aliás, se depreende do preâmbulo da própria Diretiva: "*A regra relativa à limitação dos juros é necessária para desencorajar essas práticas limitando a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos por parte dos contribuintes.*"

*É, por conseguinte, necessário estabelecer um rácio de dedutibilidade respeitante aos resultados tributáveis dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA)."*

Várias notas se impõem, neste momento.

Em primeiro lugar, cabe sublinhar, como já vimos, que o âmbito de aplicação da norma (e, em nosso ver, também a sua função) se modificou significativamente, ampliando em muito os seus destinatários, e apenas se excepcionando as instituições financeiras, reguladas pelas entidades de supervisão dos sectores bancário e segurador<sup>7</sup>, a proibição de excesso de financiamento passa, assim, a ser absoluta, o que traduz uma opção do legislador por reprimir, por via fiscal, os excessos decorrentes da alavancagem societária.

E, a este respeito, convirá sublinhar que, na ausência de um fundamento anti-elisivo evidente, esta norma roçará as extremas do princípio fiscal do Rendimento Real, consagrado pela Constituição, uma vez que não está aqui em discussão nem a veracidade nem a não artificialidade das operações geradoras dos encargos, mas tão só o excesso de juros (*rectius*, encargos financeiros) dedutíveis, mesmo que justificados.

Em segundo lugar, importa salientar que o termo de referência deixou de ser a *dívida* (por referência à capitalização própria da sociedade) para passar a ser os *juros* (por referência aos resultados operacionais da actividade económica da sociedade, antes de certos encargos).

Assim, independentemente do montante da dívida contraída pelo sujeito passivo, é exclusivamente a remuneração desta que passou a relevar para o legislador; e, para isso, concedem-se dois limites à dedução de juros, sendo um deles o valor absoluto de € 1.000.000 (um milhão de euros) e o outro, que pode ultrapassar o primeiro,

---

<sup>7</sup> Artigo 67.º, n.º 11 do Código do IRC.



AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

corresponde ao valor relativo de 30% do (que podemos designar) EBITDA não isento<sup>8</sup>.

Por conseguinte, a capacidade de dedução de juros de uma empresa fica fiscalmente condicionada à capacidade desta produzir resultados de caixa positivos, fixando-se a barreira em 30% como limite para remuneração de capital dedutível.

Terceiro destaque merece o conceito amplíssimo de "*gastos de financiamento*", que abarca um número muito importante de operações que podem nem respeitar a juros *proprio sensu*. Assim, nos termos do artigo 67.º, n.º 12, alínea a) do Código do IRC, estão incluídos os "*os juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazos ou quaisquer importâncias devidas ou imputadas à remuneração de capitais alheios, abrangendo, designadamente, pagamentos no âmbito de empréstimos participativos e montantes pagos ao abrigo de mecanismos de financiamento alternativos, incluindo instrumentos financeiros islâmicos, juros de obrigações, abrangendo obrigações convertíveis, obrigações subordinadas e obrigações de cupão zero, e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, depreciações ou amortizações de custos de empréstimos obtidos capitalizados no custo de aquisição de elementos do ativo, montantes calculados por referência ao retorno de um financiamento no âmbito das regras em matéria de preços de transferência, montantes de juros nocionais no âmbito de instrumentos derivados ou de mecanismos de cobertura do risco relacionados com empréstimos obtidos, ganhos e perdas cambiais relativos a empréstimos obtidos e instrumentos associados à obtenção de financiamento, bem como comissões de garantia para acordos de financiamento, taxas de negociação e gastos similares relacionados com a obtenção de empréstimos*".

IV. Quarta e última nota para dar conta da existência de um duplo crédito susceptível de reporte *forward* por cinco anos.

Numa primeira via, reportam-se os gastos não dedutíveis nos cinco anos ulteriores, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 67.º do Código. Numa segunda via, reporta-se um crédito correspondente à diferença apresentada pelos sujeitos passivos entre os encargos de financiamento incorridos em cada ano e o limite legal de gastos de financiamento líquidos permitidos, nos termos do n.º 3 daquele artigo.

---

<sup>8</sup> Cfr. artigo 67.º, n.º 13 do Código do IRC.



## **AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO**

Trata-se, em ambos os casos, de um reporte dependente das especiais condições anti-abuso fixadas no n.º 8 do artigo 67.º do Código, de conteúdo muito próximo ao previsto para o reporte de prejuízos fiscais – para o qual, aliás, se remete – e destinado a assegurar a não aquisição de sociedades por motivações predominantemente fiscais.

Esta impactante norma de reporte duplo é importante por duas ordens de razões.

Por um lado, e sem prejuízo da segunda razão, porque constituindo este regime uma novidade entre nós e sendo de aplicação imediata, importaria sempre assegurar, em qualquer caso, algumas medidas de atenuação dos efeitos fiscais da mesma; por outro lado, e em nossa opinião ainda de maior relevância, a possibilidade do reporte duplo é crucial porque não vemos como poderia esta medida tão restritiva da dedução de gastos ser considerada (por uma questão de critérios de proporcionalidade) como compatível com o princípio constitucional da capacidade contributiva na perspectiva do lucro real; com efeito, na ausência de uma solução de salvaguarda deste género, o tipo de opções de dirigismo extra-fiscal que este regime de limitação da dedução de encargos financeiros pressupõe, não se podendo estribar num desiderato anti-elisivo (como acima vimos), tão-pouco se pode estribar, unicamente, no princípio de livre conformação do legislador, o que tenderia a inviabilizar a sua conformidade constitucional.

### **Tributação à saída**

I. Trata-se de uma temática agora consagrada no Direito Europeu positivo<sup>9</sup>, mas relativamente à qual Portugal já possuía algum, ainda que relativamente recente, lastro normativo<sup>10</sup>.

Fala-se de normas de tributação à saída *stricto sensu* – como é aquela contida no artigo 5.º da Diretiva ATAD – quando, por força da perda de residência num determinado Estado, a legislação fiscal exige a tributação de uma sociedade pelos lucros latentes por ela acumulados durante a permanência no território de um determinado

<sup>9</sup> À luz da ATAD 1, vd. PALOMA SCHWARZ, "The exit tax rule (Article 5 ATAD)", *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 105 e ss. e HEIN VERMEULEN, "Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018, pp. 287 e ss.

<sup>10</sup> Aliás, em certos casos, com manifesto excesso, como sucedia com a tributação dos próprios sócios por efeitos da ficção de liquidação da sociedade aquando da perda de residência em território português. Tratava-se da solução, por nós atempadamente criticada, vertida no artigo 85.º do Código do IRC e que foi, muito justamente, entretanto revogada.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

Estado, antecipando assim a tributação devida face ao momento (normal) da realização<sup>11</sup>.

Com estes peculiares impostos, asseguram-se, simultaneamente, dois propósitos, que não têm sequer de ser forçosamente equivalentes.

O primeiro traduz-se numa mais justa repartição do lucro entre os Estados envolvidos (origem e destino), evitando a acumulação dos ganhos exclusivamente no Estado de destino e unicamente aquando da realização dos ganhos; e isto, mesmo que tal deslocação não se tenha realizado por especiais razões de elisão fiscal, o que pode bem ser a situação mais frequente.

O segundo objectivo é o de prevenir a verificação de situações de dupla não tributação; e tal pode suceder, amiúde, quer pela não tributação de certos eventos tributários no Estado de destino, quer pelo facto de esse Estado adotar técnicas especiais de medição do lucro tributável à chegada da sociedade emigrante, que calculam aquele valor a partir do valor de mercado dos respetivos elementos patrimoniais (regras de *step-up*), assim evitando a sobreposição de bases tributáveis<sup>12</sup>.

II. É, precisamente, de um verdadeiro imposto à saída *stricto sensu* de que falamos, quando vislumbramos a solução que se encontra consagrada no artigo 83.º do Código do IRC.

Na versão da Diretiva, uma tal norma – comumente conhecida por *Exit Tax* – abarca, ainda, as transferências de ativos entre estabelecimentos estáveis ou a cessação da actividade de um estabelecimento estável num determinado país. É a previsão vertida no artigo 84.º do Código do IRC.

Despoletado pela perda de residência fiscal prevista pelo artigo 83.º, n.º 1 do Código – ou pelas hipóteses das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 84.º do Código, com as devidas adaptações – o evento tributável terá a seguinte base de incidência: “*constituem componentes positivas ou negativas* [do lucro tributável no período de tributação de saída] *as diferenças, à data da cessação, entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais dessa entidade, ainda que não expressos na contabilidade.*”

Assim sendo, e com a exclusão da tributação dos respectivos sócios – entretanto revogada, como se viu supra – tudo se passa como

<sup>11</sup> Sobre isto, extensamente, vd. a nossa *A Residência no Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 155 e ss. (em especial, pp. 164 e ss.).

<sup>12</sup> As quais, curiosamente, são precisamente previstas para evitar o fenómeno de dupla tributação jurídica internacional por meio da repetição de bases tributáveis da mesma empresa em dois Estados distintos.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

se a sociedade emigrante tivesse sido liquidada e extinta<sup>13</sup>, sendo apurado e exigível o conseqüente montante de imposto; ocorre uma manifesta ficção jurídica.

Uma vez que a sociedade emigrante pode perfeitamente subsistir no seu novo Estado da Residência, o sujeito passivo é chamado a pagar um imposto por ganhos não realizados no antigo Estado da Residência, com apelo a uma justificação de *territorialidade*, de acordo com a qual a capacidade contributiva da empresa foi gerada (ainda que não concretizada) na pendência da residência num dado território e deve, conseqüentemente, ser aí tributada.

Com esta solução e fundamento, neutraliza-se com grande efeito o impacto do fenómeno do *profit shifting* a que se reporta o citado relatório BEPS, uma vez que, em resultado do regime, a emigração societária passa a ter lugar exclusivamente após a tributação pelo Estado de origem do lucro tributável por ganhos latentes.

Por forma a obstar aos efeitos deste imposto de saída, os sujeitos passivos emigrantes podem, em alternativa, afetar os elementos patrimoniais abrangidos pelo mesmo a um Estabelecimento Estável sito em Portugal, já existente ou a constituir, caso em que permanecerão sob o alcance da legislação nacional, o que retira, naturalmente, justificação ao imposto<sup>14</sup>.

III. Uma das questões determinantes da tributação em sede de *exit taxes* reconduz-se a aferir da capacidade financeira da empresa para, não tendo realizado os ganhos tributados, conseguir cumprir com a obrigação fiscal assim determinada.

Objeto de uma muito restritiva jurisprudência inicial por parte do Tribunal de Justiça da União – onde se colocavam inúmeras restrições à adoção de quaisquer medidas nacionais não uniformizadas deste género, assim como às soluções de exigibilidade da dívida fiscal que propunham, atento o aparente desiderato anti-elisivo das mesmas – esta temática veio a evoluir para uma solução muito mais condescendente para com as soluções fiscais mais agressivas, precisamente com a referida justificação da *territorialidade*.

<sup>13</sup> Numa solução próxima da constante dos artigos 79.º e 80.º do Código do IRC.

<sup>14</sup> Cfr. n.º 10 do artigo 83.º do Código do IRC.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

É o que vemos resultar das regras de exigibilidade do imposto, em particular quando transpostas para o n.º 2 do artigo 83.º do Código do IRC. Regula-se aí a possibilidade de, quanto a emigrações de sujeitos passivos para outros Países da União – assim como países onde vigorem regras de assistência mútua na cobrança de dívidas – se proceder ao pagamento imediato do imposto, com todos os constrangimentos de ordem financeira que tal encerra – alínea *a)*, que funciona como regra geral – ou, em alternativa, a (falsamente) generosa solução de um pagamento em cinco prestações anuais, calculadas por referência à soma do imposto devido com os juros de mora que se venham a vencer até ao integral pagamento do mesmo – alínea *b)* do n.º 2 conjugada com o n.º 3, ambos do artigo 83.º do Código.

O exercício desta alternativa ao pagamento integral do imposto por parte do sujeito passivo encontra-se, potencialmente, dependente da prestação de uma garantia, acaso a Administração Tributária reputar existir um "*fundado receio de frustração da cobrança do crédito tributário*"<sup>15</sup>, sendo que cessará imediatamente os seus efeitos – procedendo-se à cobrança da totalidade do valor total de imposto devido – no caso de ocorrer a falta no pagamento de uma das prestações<sup>16</sup> ou ocorrer uma segunda emigração do sujeito para uma jurisdição não abrangida pelo condicionalismo que presidiu à concessão desta alternativa<sup>17</sup>. E consequências próximas se retiram da verificação de qualquer uma das circunstâncias previstas no n.º 16 do artigo 83.º do Código do IRC, tal como reguladas nos n.ºs 17 a 19.º desta disposição<sup>18</sup>.

IV. Três breves notas finais, ainda, a respeito deste peculiar mecanismo de tributação.

A primeira respeita à isenção prevista para os ganhos ficticiamente registados com as participações sociais detidas pela sociedade emigrante, aquando da respectiva emigração, os quais são abrangidos pelo regime da *participation exemption*, já *supra*tratado<sup>19</sup>.

A segunda nota serve para dar conta da imposição, por força do n.º 5 do artigo 5.º da Diretiva, de um mecanismo de importação do valor considerado no Estado de origem pelo Estado de destino, que se traduz num verdadeiro *step-up* e que evita que a aplicação dos *exit taxes* venha a resultar numa dupla tributação jurídica do mesmo rendimento pelos dois Estados envolvidos.

<sup>15</sup> Cfr. n.º 4 do artigo 83.º do Código do IRC.

<sup>16</sup> Cfr. n.º 8 do artigo 83.º do Código do IRC.

<sup>17</sup> Portanto, fora do perímetro de controlo e cooperação na cobrança de dívidas fiscais - cfr. n.º 9 do artigo 83.º do Código do IRC.

<sup>18</sup> De notar que, e salvo melhor opinião, a alínea c) do n.º 16 do artigo 83.º do Código do IRC se limita a reproduzir o circunstancialismo já previsto pelo legislador ainda antes da aprovação da Diretiva e constante do n.º 10 do artigo 83.º daquele Código. Este lapso apenas vem reforçar a ideia, por nós avançada, de que o ordenamento nacional já possuía muitas das soluções que a Diretiva viria, já só muito ulteriormente, a consagrar.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 83.º, n.º 15 do Código do IRC, que remete expressamente para o artigo 51.º-C do mesmo Código.

## **AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO**

É o que sucede em Portugal com o aditamento do n.º 15 ao artigo 46.º do Código do IRC, que passou a prever: *“No caso de entidades que transfiram a respetiva sede ou direção efetiva para território português, considera -se que o custo de aquisição, para efeitos fiscais, dos elementos do ativo detidos pela entidade à data dessa transferência, e que não se encontrassem nessa data afetos a estabelecimento estável situado em território português, corresponde ao respetivo valor líquido contabilístico, desde que, no caso de elementos do ativo, este não exceda o valor de mercado à data da transferência.”*<sup>20</sup>

A terceira e última nota serve para sublinhar a eliminação, em 2019, da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 83.º do Código do IRC, que consagrava a mais generosa das soluções para o pagamento do *exit tax* e que lançava para o ulterior momento da efetiva realização do ganho com cada um dos elementos patrimoniais abrangidos pelo imposto a exigibilidade do pagamento deste, assim obstando às dificuldades financeiras que a exigibilidade de tal imposto, por regra, sempre implica<sup>21</sup>.

### **Cláusula Geral Anti-Abuso**

I. A introdução generalizada de Cláusulas Gerais Anti-Abuso (doravante, CGAA) nos ordenamentos tributários europeus<sup>22</sup> corresponde a uma tendência relativamente recente e diretamente influenciada pela problemática BEPS.

Quando Portugal introduziu no artigo 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária (LGT) a “*sua*” CGAA, fê-lo num certo contraciclo com as tendências europeias, não se revelando aquele mecanismo anti-elisivo especialmente popular entre a Academia fiscal mais clássica.

<sup>20</sup> Vejam-se, todavia, as condições previstas nos n.ºs 16 e 17 do artigo 46.º do Código do IRC, destinados a impedir a utilização abusiva deste generoso mecanismo de prevenção de dupla tributação.

<sup>21</sup> Previa aquela alínea que o pagamento teria, então, lugar *“No ano seguinte àquele em que se verifique, em relação a cada um dos elementos patrimoniais considerados para efeitos do apuramento do imposto, a sua extinção, transmissão, desafetação da atividade da entidade ou transferência, por qualquer título, material ou jurídico, para um território ou país que não seja um Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, neste último caso, desde que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio do intercâmbio de informações e da assistência à cobrança equivalente à estabelecida na União Europeia, pela parte do imposto que corresponda ao resultado fiscal relativo a cada elemento individualmente identificado”*.

<sup>22</sup> Cfr. MAARTEN FLORIS DE WILDE, “Is the ATAD’s GAAR a Pandora’s Box?”, *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018, pp. 301 e ss. e BŁAŻEJ KUŹNIAK, “The GAAR (Article 6 ATAD)”, *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds.: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 127 e ss.

**AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO**

Todavia, e sem prejuízo das muitas críticas a ela dirigidas (não raramente, injustificadas), a CGAA nacional tem-se revelado um razoável instrumento dissuasor de estruturas de planeamento fiscal artificiais, sem interferir com o papel que cabe ao legislador de colmatar as falhas mais evidentes na malha tributária, assim cumprindo devidamente a sua delicada função.

A importância deste mecanismo central no combate ao fenómeno elisivo surge, hoje, como absolutamente indiscutível e apenas vem dar razão (ainda que tardia) àqueles que, já há muitas décadas, advogavam a sua adoção<sup>23</sup>. Naturalmente, que os responsáveis europeus tenham sentido a necessidade de impor a sua adoção em todo o espaço da União, é um inequívoco sinal da aceitação e virtudes deste importante instrumento legal.

II. À semelhança do que vimos suceder a respeito das demais normas anti-abuso harmonizadas, também a respeito da CGAA se pode constatar que o legislador nacional antecipara em larga medida os traços definidores de uma CGAA de traços modernos e devidamente adequada aos constrangimentos constitucionais comuns aos ordenamentos jurídicos mais avançados.

Na redacção anterior àquela dada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de Maio, podia ler-se: "*São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.*"

Na sequência daquela Lei, a redacção passou a ser a seguinte: "*As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.*"

<sup>23</sup> Vd., por todos, entre nós, a posição completamente pioneira de José Luís SALDANHA SANCHES, *A segurança jurídica no Estado Social de Direito: Conceitos indeterminados, analogia e retroatividade no direito tributário*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 140, 1985, pp. 275-36, disponível em [www.saldanhasanches.pt](http://www.saldanhasanches.pt).

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Coloca-se a questão de saber quais, então, foram as inovações substanciais introduzidas pelo regime harmonizado, considerando, ainda, as alterações vertidas nos demais números do artigo 38.º da LGT, assim como as, algo extensas, alterações que igualmente afectaram o artigo 63.º do CPPT.

III. Desde logo, cabe começar por sublinhar que os elementos que, noutra sede e com a devida extensão, tivemos oportunidade de identificar na anterior redacção da CGAA se mantêm, na actual redacção, plenamente presentes e no essencial inalterados, ainda que sujeitos a pequeníssimas modificações<sup>24</sup>.

É, desde logo, o que se depreende da estatuição da norma. E importa registar que a diferença de redacções da CGAA é, a tal respeito, perfeitamente inócua. Assim, a *ineficácia fiscal* a que se reportava a anterior redacção em nada se distingue da *desconsideração para efeitos fiscais*, em ambos os casos, pretende-se que os efeitos fiscais esperados pelas partes não sejam oponíveis ao sujeito ativo da relação fiscal, sem prejuízo da integral validade dos efeitos civis e comerciais que possam decorrer de tais estruturas de planeamento fiscal.

IV. O mesmo se diga quanto ao âmbito de aplicação da CGAA – o elemento *meio*: os “*atos ou negócios jurídicos*”, correspondentes à redacção anterior da CGAA, mais não são do que a adequação à tradição jurídica nacional de “*montagem ou série de montagens*” (nas palavras da Diretiva) ou de “*construções ou séries de construções*”, na actual versão da CGAA.

É certo que o legislador aproveitou para esclarecer, no aditado n.º 3 do artigo 38.º da LGT, que: “*para efeitos do número anterior considera-se que: a) Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica; b) Uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte*”, mas essa já correspondia, amplamente, à interpretação adotada pela doutrina dominante e já, amplamente, vertida na jurisprudência maioritária que foi nas duas décadas anteriores, aplicando a CGAA entre nós.

<sup>24</sup> Sobre a nova versão da CGAA, em nossa opinião, a obra de referência cabe a DANIEL MARQUES PINTO, *A Terceira CGAA: um regresso à Cláusula Geral AntiAbuso prevista no n.º 2 do artigo 38 da LGT, 2020*, a qual se encontra disponível online em [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/45847/1/ulfd145229\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/45847/1/ulfd145229_tese.pdf), obra por nós orientada, e onde muitas das reflexões que aqui agora fazemos se encontram, em certa medida, igualmente vertidas, embora com uma muito maior extensão e reflexão.



AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

Sinal da continuidade estrutural de um tal elemento é, muito em especial, a identificação do “*abuso de formas jurídicas*” enquanto elemento caracterizador das estruturas elisivas.

Foi, por fim, avisada a supressão da expressão “*por meios artificiosos o fraudulentos*” constante da antiga redacção, uma vez que, ao passo que a primeira daquelas expressões era facilmente reconduzível à teoria germânica do abuso das formas jurídicas (que se mantém na actual redacção), o mesmo já não se passava com a equívoca expressão “*fraudulentos*”, a qual podia induzir interpretações erróneas no sentido da confusão com os atos de fraude fiscal<sup>25</sup>.

V. Ainda de registar, agora quanto à motivação fiscal do contribuinte – o elemento *intelectual* – que não se denotam quaisquer alterações de relevo: “*ser essencial ou principalmente dirigidos... à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos*” (na redacção antiga, com notória influência da expressão “*tax driven*”) em nada parece diferir de “*realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal*”, em linha perfeita com a linguagem tendencialmente mais neutra que caracteriza as Diretivas.

O mesmo se diga, por fim, do elemento *resultado* propriamente dito, com o elenco das mais frequentes vantagens fiscais associadas ao planeamento fiscal (solução vertida na antiga redacção) a serem substituídas por um conceito mais amplo de “*vantagem fiscal*”, definido por referência à tributação-regra aplicável na ausência das estruturas de planeamento.

VI. Há, porém, duas decisivas novidades a registar na redacção harmonizada da CGAA. E sobre elas, teremos de nos deter com maior atenção.

A primeira respeita ao elemento *normativo-sistemático*, que faz da CGAA um instrumento não normogenético de aperfeiçoamento do sistema, pela consagração da teoria da Fraude à Lei no Direito Fiscal, ao invés de um instrumento de práticas aleatórias e discricionárias por parte da Administração Tributária, que seria na sua ausência.

Esta leitura foi, desde a primeira versão da CGAA, logo apontada por SALDANHA SANCHES enquanto requisito inultrapassável de qualquer CGAA constitucionalmente conforme<sup>26</sup>, no que foi seguido pela quase totalidade da Doutrina, mas com a discordância de DIOGO

<sup>25</sup> Naturalmente, a nossa leitura sempre foi a de conceber esta expressão por referência à teoria da Fraude à Lei, mas reconhecemos que a mesma era propícia a dúvidas interpretativas, pelo que a sua supressão se afigura sensata.

<sup>26</sup> José Luís SALDANHA SANCHES, “O Abuso de Direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, 2000, pp. 20 e 21.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

LEITE DE CAMPOS<sup>27</sup>, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>28</sup> E EDUARDO PAZ FERREIRA<sup>29</sup>, que reprovaram a leitura feita por aquele autor.

Todavia, a razão sempre parece ter estado com SALDANHA SANCHES, ao menos a julgar, não só pela determinação expressa da Diretiva nesse sentido – reconhecendo a fraude à lei enquanto elemento estrutural da CGAA – mas, muito em especial, pelo facto de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>30</sup> vir, pouco depois, a abandonar a sua posição, inflectindo-a no sentido de considerar “*especialmente útil*” a figura da Fraude à Lei, na linha das reflexões feitas por BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>31 32</sup>.

No meio-termo entre posições, a AT tentou adotar uma visão holística (*sic*)<sup>33</sup> dos requisitos da CGAA, de modo a sustentar a subsidiariedade do elemento *normativo-sistemático* no contexto da CGAA, pese embora com pouco sucesso, continuando prevalecente a leitura contrária entre a doutrina e jurisprudência dominantes<sup>34</sup>.

Com a nova redacção da CGAA, cessam definitivamente quaisquer discussões a este respeito. Como prescreve hoje a lei, apenas são atacáveis as estruturas que conduzam à obtenção de uma vantagem fiscal “*que frustre o objecto ou finalidade do direito fiscal aplicável*”. E, assim, apenas são visadas pela CGAA as estruturas abusivas e fiscalmente motivadas na condição de conduzirem à obtenção de vantagens fiscais obtidas em Fraude à Lei, confirmando -se, afinal, a posição inicial de SALDANHA SANCHES.

<sup>27</sup> DIOGÓ LEITE DE CAMPOS, *Autonomia Contratual e Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 37 e 38, podendo aí ler-se: “*Parece-me que podemos dar como assente a irrelevância da fraude à lei como instituto autónomo*.”

<sup>28</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Notas breves sobre Fraude à Lei”, *Estudos por ocasião do XXX aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, 1993, pp. 123 e ss.

<sup>29</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, “Recensão de *Autonomia Contratual e Direito Tributário*”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano II, n.º 2, 2009, pp. 259-61.

<sup>30</sup> Constante logo da 4.ª edição (2014), e mantida desde então, como se pode ver em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 560 e ss.

<sup>31</sup> ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 776.

<sup>32</sup> Quanto aos dois restantes autores, não se conhecem alterações no teor das suas posições então ali avançadas.

<sup>33</sup> Na Doutrina, esta linha interpretativa cabe SERENA CABRITA NETO /CARLA TRINDADE, *Contencioso Tributário*, Volume I, Almedina, 2017, pp. 432 e ss.

<sup>34</sup> Vd. o nosso “A Cláusula Geral Anti-Abuso 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 VII, n.º 3, 2015, assim como, muito extensamente, a obra por nós orientada da autoria de PEDRO MENEZES CARDOSO, *Os desafios da “maioridade” da Cláusula Geral Anti-Abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*, AAFDL, 2017, pp. 125 e ss. e 262 e ss.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

VII. A segunda novidade que merece uma análise em maior detalhe respeita à metodologia aplicativa da CGAA, designadamente no campo do Direito Probatório.

Na nova redacção da CGAA, admite-se que a comprovação dos requisitos fáctico-jurídicos se possa fazer "*tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*", o que configura uma inovação importante mas que importa compreender na sua devida dimensão.

Numa leitura precipitada, poderia interpretar-se a nova redacção como introduzindo a admissibilidade de uma análise dos elementos de facto de cada caso, a partir não apenas das obrigações jurídicas aí vertidas e assumidas mas, em simultâneo, dos comportamentos previsíveis e expectáveis dos contribuintes nesse contexto, ainda que não sustentados em qualquer fonte legal ou contratual. Ou seja, tratar-se-ia de abrir a porta a uma aplicação da CGAA por referência a factos não demonstrados pelas regras normais de prova.

Não é, salvo melhor opinião, essa a interpretação correta a dar a este trecho normativo.

Ao invés, aquilo que esta nova redacção parece suportar não é, em bom rigor, inovador: trata-se apenas de conceder um amparo expresso para a utilização, também no universo de aplicação da CGAA, dos mecanismos probatórios de natureza presuntiva. Assim, a Diretiva vem prever que, ao invés de se exigir à AT a prova peremptória dos factos alegados, se passe a reconhecer, agora em termos expressos, a possibilidade de demonstrar os requisitos fáctico-jurídicos de que depende a CGAA, segundo as regras habituais da experiência, facultando a tarefa instrutória a cargo daquela.

Pelo exposto, admite-se, doravante e sem margem para quaisquer dúvidas, a utilização geral das presunções judiciais enquanto mecanismo de demonstração dos requisitos de que depende a CGAA<sup>35</sup>.

Com efeito, aquilo que o legislador europeu pretendeu foi deixar bem claro, em particular nos ordenamentos jurídico-fiscais ainda muito influenciados por uma perspectiva excessivamente garantística do Direito Fiscal,<sup>36</sup> a validade nesta especial sede da CGAA das regras gerais sobre ónus e meios de prova que já são abertamente aceites na generalidade dos demais ramos do Direito, assim auxiliando no sempre complexo processo instrutório da CGAA.

<sup>35</sup> Evidentemente, pela sua própria natureza, o elemento normativo-sistemático, enquanto requisito jurídico puro, é insuscetível de demonstração por esta via.

<sup>36</sup> O que não se passa, de há muito, com o caso português onde, até em termos hermenêuticos, a equivalência com os demais ramos do Direito é hoje incontestada na Doutrina e na Jurisprudência.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Em suma, também a respeito da CGAA, o exercício da prova por parte da AT passa a realizar-se já não forçosamente por meio de prova direta, o que se revelaria frequentemente difícil, mas por meio de prova por presunção, considerando-se esta como a "*opinião ou juízo que se baseia nas aparências, nos indícios...*"<sup>37</sup>

Nas palavras de VAZ SERRA, permite-se à parte sobre quem recai o ónus da prova (*in casu*, à AT) valer-se de um "*processo inferencial ou lógico, mediante o qual, por via de uma regra de experiência se conclui, verificado certo facto, a existência de outro facto, que, em regra, é a consequência necessária daquele*"<sup>38</sup>

Em consequência, a comprovação de quaisquer factos por esta via presuntiva assenta no recurso à *coerência*, enquanto critério lógico capaz de validar a probabilidade de verificação do evento inferido a partir dos indícios carreados para o processo inspetivo<sup>39</sup>. Ou, e dito por outras palavras, será pela integridade da narrativa produzida pelos indícios utilizados (*base da presunção*) em vista da demonstração do facto desconhecido (*presumido*) que a prova por presunção pode ser eficaz e produzir os seus efeitos probatórios também nesta delicada matéria da CGAA.<sup>40</sup>

### Regra CFC (*Controlled Foreign Companies*)

I. O regime CFC,<sup>41</sup> também conhecido pela tradução nacional *Sociedades Estrangeiras Controladas* (ou pela sigla, *SEC*) encontra-se vertido no artigo 66.º do Código do IRC e, à semelhança das demais normas da ATAD 1, também possui um assinalável passado no nosso ordenamento jurídico<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea - Volume II*, Verbo, 2001, Lisboa, p. 2954.

<sup>38</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 110, Novembro, 1961, p. 183.

<sup>39</sup> CLÁUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, *A Prova dos Estados Subjetivos no Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 91 e ss. Outros autores falam, mais genericamente, de *probabilidade lógica* para se referirem a esta característica do raciocínio presuntivo - LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 159 e ss.

<sup>40</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 110, Novembro, 1961, p. 183; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado - Volume I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 312, ou FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 30-1.

<sup>41</sup> Sobre o tema, vd. ANA PAULO DOURADO, "The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU", *British Tax Review*, Number 3, 2015, pp. 340 e ss.; CHRISTIANA PANAYI, "The ATAD's CFC Rule and its Impact on the Existing Regimes of EU Member States", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018, pp. 355 e ss.; ALEXANDER RUST, "Controlled Foreign Company rule (Articles 7 and 8 ATAD)", *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 174 e ss.

<sup>42</sup> Sem prejuízo de muitas outras, as duas obras de referência sobre o tema, entre nós, pertencem a RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005, e RICARDO DA PALMA BORGES, *CFC Legislation, Tax Treaties and EU Law*, Linde Verlag, Viena, 2004

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

O regime *CFC* (agora uniformizado) visa responder à necessidade manifesta de neutralizar estruturas artificiais situadas fora do alcance das normas fiscais nacionais, e que tenham sido concebidas com a função de desviar lucros que, doutro modo, se registariam sob a alçada da legislação fiscal nacional.

É precisamente este desiderato que começa, desde logo, por ser sublinhado no n.º 1 do artigo 7.º da Diretiva ATAD 1, quando estabelece como pressuposto da norma que "*O Estado-Membro de um contribuinte deve tratar como uma sociedade estrangeira controlada uma entidade, ou um estabelecimento estável cujos lucros não estejam sujeitos a imposto ou estejam isentos de imposto nesse Estado-Membro*"<sup>43</sup>. E, verificado este pressuposto, estabelece o n.º 1 do artigo 66.º do Código do IRC que: "*Os lucros ou rendimentos 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 ou indiretamente, mesmo que 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 os elementos patrimoniais dessas entidades.*"<sup>44</sup>

Assim, na essência da estatuição da norma, está a formação de um efeito de transparência fiscal internacional, em que a sociedade estrangeira controlada projecta os seus rendimentos, direta e imediatamente, na esfera fiscal da empresa "*sócia*" que é residente em Portugal.

Vejamos, agora, os termos e condições em que tal se processa.

II. Desde logo, impõe-se alertar que a condição de "*sócia*" acima referida se tem, forçosamente, de interpretar em termos muito amplos.

Com efeito, para desempenhar a sua função, o que importa à norma *CFC* é que a entidade que controla a sociedade estrangeira se encontre numa posição jurídica que lhe permita aceder aos rendimentos desta, seja por meio de participação social, direitos de voto ou "*direitos sobre rendimentos*".

Para este cálculo, explica aquele referido n.º 1 do artigo 66.º do Código do IRC, deverão considerar-se as detenções quer directas quer indirectas, designadamente as frequentes participações sociais indirectas.<sup>45</sup> E o cálculo

<sup>43</sup> Esta referência, pese embora se tratando de um pressuposto, não vem expressamente vertida na transposição para a legislação nacional, como devia, ao menos para efeitos de esclarecimento da função e do alcance da norma.

<sup>44</sup> Sublinhado nosso.

<sup>45</sup> Em que a sócia portuguesa detém partes sociais numa ou em várias sociedades que, por seu turno, detém partes sociais na sociedade estrangeira.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

de tais participações indirectas terá lugar por consideração da "*soma das partes de capital e dos direitos detidos pelo sujeito passivo e por quaisquer entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais nos termos das alíneas a) a e) do n.º 4 do artigo 63.*"<sup>46</sup>

Mas, e mais importante, deverão relevar-se ainda as detenções daquelas posições jurídicas "*mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa*", assim ampliando o leque de circunstâncias em que uma sociedade se pode vir a qualificar como *sociedade estrangeira controlada*.

Aliás, também com este objectivo em vista – alargamento do âmbito da norma – se deve entender a opção nacional de, valendo-se da faculdade conferida pelo artigo 3.º da Diretiva, baixar o limiar de qualificação dos 50% (recomendado pela Diretiva) para apenas 25% de detenção daquelas posições jurídicas sobre capital social, votos ou rendimentos.

III. No que à entidade em causa respeita, esta apenas se qualifica para efeitos deste artigo se se encontrar sujeita a um *regime fiscal claramente mais favorável*, sendo este definido por referência a uma de duas hipóteses: a primeira, de aplicação imediata, corresponde à lista de zonas de baixa tributação elencada pela Portaria aplicável (*black list*); a segunda é de apuramento relativo, e estima-se por contraposição entre as cargas fiscais nacional e a apurada na jurisdição envolvida, exigindo-se que o "*imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50 % do imposto que seria devido nos termos deste Código.*"<sup>47</sup>

Pela negativa, delimita-se o conceito de *sociedade estrangeira controlada* (i.e., desqualifica-se como tal) quando a mesma não obtenha mais de 25% do seu rendimento de rendimentos passivos, os quais se entendem como os referentes a "*a) Royalties ou outros rendimentos provenientes de direitos da propriedade intelectual, direitos de imagem ou direitos similares; b) Dividendos e rendimentos provenientes da alienação de partes de capital; c) Rendimentos provenientes de locação financeira; d) 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*

<sup>46</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 13 do Código do IRC.

<sup>47</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 6 do Código do IRC.



AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

*n.º 4 do artigo 63.º; e) 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 n.º 4 do artigo 63.º, e que acrescentem pouco ou nenhum valor económico; f) Juros ou outros rendimentos de capitais.”<sup>48</sup>*

IV. Simultaneamente, há que realçar que a estatuição da norma *CFC* opera uma “*imputação*” de rendimentos que, não só independe de qualquer deliberação nesse sentido por parte da sociedade estrangeira controlada, como é de efeito *imediat*o. “*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*”. Trata-se de uma imputação *ex lege*.

Tal imputação tem por objeto os lucros ou rendimentos obtidos, que serão calculados nos termos do próprio Código do IRC – como explica o n.º 3 do artigo 66.º do Código do IRC – o que tende a conduzir a um duplo cálculo, uma vez que passa forçosamente por uma correcção ao lucro tributável que possa ter sido fixado à luz da legislação fiscal dessa jurisdição estrangeira.

A quantificação dessa imputação à sociedade controladora residente em território português faz-se, ainda segundo o referido n.º 3, na proporção daquelas posições jurídicas (tal como acima calculadas) que geraram a qualificação da entidade em causa como *sociedade estrangeira controlada*<sup>49</sup>.

V. Funcionando como verdadeira norma anti-abuso e em estrito cumprimento do princípio fundamental da tributação pelo lucro real, assim como em respeito pela jurisprudência fiscal europeia a respeito da legislação anti-elisiva, a cláusula *CFC* permite sempre a contra-prova da natureza abusiva da estrutura.

É assim que o n.º 14 do artigo 66.º concede a possibilidade de neutralização dos efeitos do regime quando: “*a entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado membro do Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que esse Estado membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e 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*”

<sup>48</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 7 do Código do IRC. Esta solução contrasta com a solução em vigor até 2019, onde a entidade em causa não podia ter por “*atividade principal*” o desenvolvimento de operações de natureza passiva.

<sup>49</sup> Esta solução é altamente delicada, por duas razões. Em primeiro lugar, porque tenderão a propiciar duplas e triplas tributações na medida em que os mesmos rendimentos sejam imputados às várias entidades da cadeia que tenham sido consideradas para efeitos da qualificação; em segundo lugar, porque, revelando-se não provadas integralmente tais cadeias, são os próprios termos da liquidação que podem acabar por se revelar inválidos.



## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Para accionar esta cláusula de salvaguarda – apenas aplicável quando a *sociedade estrangeira controlada* se situe no território da União (ou do EEE, em circunstâncias semelhantes), note-se – o sujeito passivo deverá, no essencial, demonstrar a não artificialidade da existência e funcionamento daquela actividade. E tal passa pela demonstração de justificações económicas para a existência de uma tal sociedade, acompanhadas de um substrato material suficientemente adequado à prossecução da actividade desenvolvida<sup>50</sup>.

VI. Por último, importa chamar à colação os mecanismos de atenuação dos efeitos decorrentes da aplicação do regime *CFC*.

Desde logo, ao nível dos prejuízos fiscais, os quais, em coerência, são dedutíveis aos montantes imputados *ex lege* e num reporte *forward* de cinco anos<sup>51</sup>.

De seguida, a imputação é atenuada no seu impacto por meio da dedução aos montantes imputados do imposto incidente sobre os mesmos, o que pode ser importante nos casos (embora pouco frequentes, por regra) em que as jurisdições envolvidas tributem tais rendimentos a cargas fiscais com algum impacto significativo<sup>52</sup>.

Aliás, por este ângulo, o mesmo se pode dizer do disposto no n.º 8 deste artigo 66.º do Código do IRC, norma que permite, mediante prova para o efeito, a dedução aos montantes imputados *ex lege* daqueles outros montantes já previamente imputados por distribuição decorrente de deliberação societária nesse sentido. Com isto, e numa solução que é reveladora de uma sensata proporcionalidade, logra-se satisfazer o desiderato da norma, sem arriscar a formação do fenómeno de duplicação de base tributável e, assim, sem a consequente duplicação de coleta que, de outro modo, se formaria.

E na mesma linha se passam as coisas quando ocorram alienações de partes sociais relativas a essa mesma entidade *CFC*, devendo deduzir-se aos valores de realização apurados os montantes que tenham sido identicamente imputados em períodos anteriores, na parte não abrangida pela regra do n.º 8 acabada de referir.

<sup>50</sup> Assim evitando estruturas societárias de mera facturação ou refaturação.

<sup>51</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 4 do Código do IRC.

<sup>52</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 5 do Código do IRC.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

Por fim, e porque a imputação imposta pelo regime *CFC* vai produzir um fenómeno de dupla tributação jurídica e económica internacional, esclarece-se a possibilidade de aplicação ao sujeito passivo dos mecanismos de eliminação dessas modalidades de dupla tributação, na modalidade de crédito de imposto<sup>53</sup>.

**AS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS NOVOS LIMITES AO PLANEAMENTO FISCAL****Introdução: o planeamento fiscal *agressivo***

I. Não é de planeamento fiscal abusivo que estamos a falar quando entramos na temática tecnicamente muito delimitada das *assimetrias híbridas*.

O pressuposto em que estes fenómenos assentam é, em bom rigor, o de se limitarem a cumprir o desiderato das normas fiscais que, nas mais variadas circunstâncias, vão sendo criadas pelas várias jurisdições com vista a promover um determinado comportamento: evitar a dupla tributação económica, prevenir a dupla tributação jurídica, facilitar a remuneração dos investidores estrangeiros, assegurar a outorga da condição de residente, etc.

Consequência disto é a impossibilidade de se falar de *fraude à lei fiscal* em tais casos: analisada exclusivamente à luz de cada uma das jurisdições em causa, a *assimetria híbrida* cumpre plenamente a função visada pela lei e é, nessa medida, inatacável à luz dos cânones clássicos de combate ao planeamento fiscal abusivo. É apenas quando confrontada com o tratamento fiscal global concedido por ambas as jurisdições, que se torna evidente a obtenção de uma dupla vantagem, estribada na disparidade qualificatória de ambos os ordenamentos.

Conhecedor dos tratamentos fiscais divergentes e muito vantajosos concedidos por ambas as jurisdições, o contribuinte melhor assessorado estrutura os seus negócios de modo a obter uma dupla vantagem fiscal, sem com isso prejudicar o cumprimento das funções pressupostas nas soluções fiscais adotadas, uma vez analisadas isoladamente. Sob esta perspectiva, não há um qualquer contorno ou distorção da lei, nem se pode falar de um cumprimento meramente formal da mesma; não se verificam as características que definem o abuso de Direito.

---

<sup>53</sup> Em princípio, e sem prejuízo de haver válidas razões económicas para a sua aplicação, não se vê como possa ser aplicável o método da isenção previsto no artigo 51.º do Código do IRC. Por um lado, nos casos muito frequentes em que a entidade CFC se situe numa zona da *black list*, o regime é, desde logo, inaplicável; por outro lado, o regime da *participation exemption* não é válido em casos de tributações muito reduzidas, salvo se aplicável à cláusula de escape do n.º 2 do artigo 51.º do Código do IRC (a qual, pela sua natureza remissiva, implica igualmente a não aplicação do regime *CFC*). Por fim, aspeto decisivo, os lucros a que se refere o artigo 66.º do Código do IRC não são "*distribuídos*", como se prevê no artigo 51.º do Código do IRC, mas antes "*imputados*" por mera estatuição da lei, o que parece impedir tal possibilidade.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Ao invés, o planeamento fiscal de que aqui se trata é um planeamento fiscal que, na falta de melhor expressão, se pode designar de “agressivo”<sup>54</sup>, sendo este qualificativo meramente adveniente da obtenção de uma dupla vantagem fiscal, a qual apenas se pode reputar de inaceitável quando vista numa perspectiva bilateral (ou global), *i.e.*, quando confrontados os ordenamentos envolvidos<sup>55</sup>.

É neste domínio, de fronteiras juridicamente pouco claras, que se situam as situações jurídicas designadas na literatura fiscal de *assimetrias híbridas*

II. O tema das *assimetrias híbridas* é um tópico fiscal muito recente<sup>56</sup> e que não possui, praticamente, qualquer tradição de tratamento legal ou dogmático entre nós<sup>57</sup>.

Quando foi publicamente apresentada a Diretiva ATAD 1 (*Anti-Tax Avoidance Directive*), a comunidade científica deparou-se, com alguma surpresa, com uma norma da mesma – o artigo 9.º – que, sob a epígrafe “*Assimetrias híbridas*”, estipulava o seguinte: “1. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dupla dedução, a dedução é concedida apenas no Estado-Membro em que esse pagamento tem origem. 2. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusa a dedução desse pagamento.”

Além do carácter algo enigmático que a redacção então apresentada assumia – com a definição de fenómeno a ser feita, também ela, muito sinteticamente no n.º 9 do artigo 2.º dessa Diretiva – era a ultra-simplificação da solução legal ali gizada que, quando contraposta à assinalável complexidade do fenómeno que se pretendia regular, mais reservas inspirava.

<sup>54</sup> Sobre isto, extensamente, vd. ANA PAULA DOURADO, “The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law”, *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism* (Ed.: ENGLISCH, Joachim), IBFD, Amsterdam, 2016, pp. 273 e ss.

<sup>55</sup> Para uma abordagem útil, mas exclusivamente conceptual, do planeamento fiscal agressivo, vd. MARTA CALDAS, *O conceito de Planeamento Fiscal Agressivo*, Almedina, 2015, assim como o Prefácio de ANA PAULA DOURADO aí contido.

<sup>56</sup> A obra estrutural de introdução ao tema é, provavelmente, pertencente a LEOPOLDO PARADA PINO, *Double Non-Taxation and the use of Hybrid Entities*, Universitat de València, València, 2017, disponível em [www.mobiroderic.uv.es](http://www.mobiroderic.uv.es). No plano europeu, e em síntese focada da obra anterior, vd. LEOPOLDO PARADA PINO, “Hybrid Financial Instruments And Anti-Hybrid Rules In The Eu Atad (Article 9 Atad)”, *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 200 e ss.

<sup>57</sup> A grande obra de referência e primeira exceção, entre nós, pertence a MARIA REBELO AFONSO D’ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, n.º 1, CIDEEFF, Lisboa, 2022, disponível em [www.cidееff.pt](http://www.cidееff.pt), obra que tivemos a honra de orientar. A outra obra, também por nós orientada, e focada numa das temáticas específicas do tema, pertence a MARIA FÉ LÓPEZ MALCA, *Estabelecimentos Estáveis Híbridos*. Tese de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019, ainda não publicada.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

A estas fundadas dúvidas, respondeu a Diretiva ATAD 2 – a Diretiva 2017/952, do Conselho, de 29 de Maio – com a alteração da redacção da anterior Diretiva, por meio de uma formulação ampla e detalhada, de uma extensão várias vezes superior à sua formulação primária, o que conduziu à plena autonomização desta Diretiva face à sua antecessora.

III. Uma nota preliminar que importa, ainda, salientar nesta nova Diretiva respeita à sua completa novidade, por contraposição com o que sucedeu no processo de transposição da Diretiva ATAD 1.

Com efeito, ao passo que, na transposição daquela primeira Diretiva, a maioria dos ordenamentos jurídicos fiscais mais avançados dos Países da União Europeia já se encontravam dotados de dispositivos muito semelhantes àqueles ali previstos e que apenas careceram de simples rectificações impostas pela uniformização *de minimis* ali exigida, o mesmo já não se passou com a transposição da Diretiva ATAD 2, de conteúdo amplamente inovador.

A fenomenologia regulada por esta nova Diretiva era, na verdade, desconhecida da maioria dos ordenamentos fiscais e, mesmo em Portugal, só na Comissão de Reforma do IRC se introduziram as primeiras normas anti-híbridos (e sempre a título pontual, face a situações muito específicas): foi, designadamente, o caso do atual artigo 51.º, n.º 10, alínea *a*) do Código do IRC<sup>58</sup>.

É, portanto, de um regime absolutamente novo e quase sem tradições em Portugal que, de seguida, se irá tratar

#### Conceito e definição de "assimetrias híbridas"

I. Na formulação inicial – e forçosamente mais concisa – do fenómeno, constante da ATAD 1, este encontrava-se ali definido nos seguintes termos: "«*Assimetria híbrida*», uma situação entre um contribuinte num Estado-Membro e uma empresa associada noutra Estado-Membro, ou um entendimento estruturado entre partes em Estados-Membros caso o seguinte resultado seja imputável a diferenças na qualificação jurídica de um instrumento financeiro ou de uma entidade:

*a) a dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas ocorre tanto no Estado-Membro onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas como noutra Estado-Membro («dupla dedução»); ou*

<sup>58</sup> Quando estabeleceu que: "O disposto nos n.os 1 e 6 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos, que: a) Correspondam a gastos dedutíveis pela entidade que os distribui para efeitos do imposto mencionado na alínea d) do n.º 1.". Convém sublinhar que, à data, apenas tinha sido publicado o primeiro relatório BEPS, da OCDE, sobre assimetrias híbridas (OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, de Março de 2012), pelo que a intervenção legislativa então realizada foi, em larga medida, pioneira.

## **AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO**

*b) é deduzido um pagamento no Estado-Membro onde o pagamento tem origem, sem a correspondente inclusão, para efeitos fiscais, do mesmo pagamento no outro Estado-Membro («dedução sem inclusão»).*"

Na redacção actual, vertida na Diretiva ATAD 2, define-se, em certo confronto com a solução legal anterior, "assimetria híbrida" por referência a um elenco de vários exemplos avulsos que partilham a maioria ou a totalidade de um conjunto de características básicas comuns àquele fenómeno, sobre as quais o legislador decidiu não se explicar conceptualmente.

Assim, nos termos da mais recente definição, a "assimetria híbrida" corresponde a "uma situação que envolva um contribuinte ou, no que se refere ao artigo 9.º, n.º 3, uma entidade caso:

*a) Um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro dê origem a um resultado de dedução sem inclusão e:*

- i) esse pagamento não seja incluído dentro de um prazo razoável; e*
- ii) o resultado da assimetria seja imputável a diferenças na qualificação do instrumento ou do pagamento efetuado ao abrigo do mesmo.*

*Para efeitos do primeiro parágrafo, um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro é tratado como incluído no rendimento dentro de um prazo razoável:*

*i) se o pagamento for incluído pela jurisdição do ordenante num período de tributação que tem início no prazo de 12 meses a contar do termo do período de tributação do ordenante; ou*

*ii) se for razoável esperar que o pagamento venha a ser incluído pela jurisdição do beneficiário num período de tributação futuro e as condições de pagamento forem as que seriam presumivelmente acordadas entre empresas independentes;*

*b) Um pagamento efetuado a uma entidade híbrida dê origem a uma dedução sem inclusão e o resultado dessa assimetria decorra de diferenças na imputação de pagamentos efetuados à entidade híbrida ao abrigo da legislação da jurisdição na qual a entidade híbrida está estabelecida ou registada e da jurisdição de qualquer pessoa com uma participação nessa entidade híbrida;*

*c) Um pagamento efetuado a uma entidade com um ou mais estabelecimentos estáveis dê origem a uma dedução sem inclusão e o resultado dessa assimetria decorra de diferenças na imputação*

**AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO**

*de pagamentos entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade ao abrigo da legislação das jurisdições nas quais a entidade opera;*

*d) Um pagamento dê origem a uma dedução sem inclusão em resultado de um pagamento efetuado a um estabelecimento estável não tido em conta;*

*e) Um pagamento efetuado por uma entidade híbrida dê origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário;*

*f) Um pagamento teórico efetuado entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis dê origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário; ou*

*g) Ocorra um resultado de dupla dedução.*

*Para efeitos do presente ponto g):*

*a) um pagamento que represente o retorno subjacente a um instrumento financeiro transferido não dá origem a uma assimetria híbrida ao abrigo do primeiro parágrafo, alínea a), caso o pagamento seja efetuado por um operador financeiro ao abrigo de uma transferência híbrida no mercado, desde que a jurisdição do ordenante exija que o operador financeiro inclua como rendimento todos os montantes recebidos em relação ao instrumento financeiro transferido;*

*b) só sobrevém uma assimetria híbrida ao abrigo do primeiro parágrafo, alíneas e), f) ou g), na medida em que a jurisdição do ordenante permitir que a dedução seja compensada com um montante que não seja um rendimento de dupla inclusão;*

*c) um resultado de assimetria não pode ser tratado como assimetria híbrida a menos que sobrevenha entre empresas associadas, entre um contribuinte e uma empresa associada, entre a sede e o estabelecimento estável, entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade ou no âmbito de um entendimento estruturado."*

II. Sem prejuízo das diversas abordagens dos diplomas referidos ao fenómeno, resulta da contraposição entre estas distintas soluções de definição legal a identificação de algumas notas que se podem autonomizar num exercício conceptual.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Assim, as *assimetrias híbridas* podem definir-se como as situações jurídicas que, por força de uma qualificação distinta realizada por dois ordenamentos jurídico-fiscais, são objecto de um tratamento fiscal não uniforme de vantagem<sup>59</sup>.

Com efeito, pode dizer-se que ocorrem assimetrias híbridas quando dois Estados regulam uma mesma situação jurídica plurilocalizada a partir de prismas ou perspectivas diferentes e, em consequência disso, atribuem-lhe um enquadramento fiscal diverso, o qual se vem a revelar incoerente uma vez confrontados os resultados finais, e que produzem uma forçosa consequência de dupla vantagem.

Trata-se, como se vê, de uma modalidade de planeamento fiscal muito peculiar que parte do conhecimento profundo de duas jurisdições fiscais, as quais regulam uma mesma situação em termos tais que, quando cumulados, produzem uma posição jurídica de vantagem, a qual não se obteria acaso a situação jurídica em causa não fosse plurilocalizada.

Vejamos, então, as duas características que reputamos essenciais na definição deste fenómeno

### Caraterísticas das "*assimetrias híbridas*"

I. A primeira característica das assimetrias híbridas é, assim, a de pressupor uma *qualificação discordante* de uma determinada situação jurídica.

Assim, dois ordenamentos fiscais distintos, partindo de premissas diferentes, concedem a uma mesma figura, sujeito ou instrumento uma qualificação distinta. E essa distinta qualificação – que é perfeitamente autónoma, *i.e.*, não dependente ou influenciada por aquela dada por quaisquer outros Estados – é, normalmente, coerente no quadro do sistema jurídico e fiscal de cada um desses Estados, uma vez isoladamente considerado.

<sup>59</sup> Trata-se de uma definição muito na linha preconizada por MARIA REBELO AFONSO D'ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, n.º 1, CIDEEFF, Lisboa, 2022, p. 77: "*Será uma assimetria híbrida, toda e qualquer estrutura que se apoie na oportunidade originada por um conflito de qualificação de um dado elemento ou figura (entidade, instrumento financeiro, transferência, estabelecimento estável) ou de imputação de pagamentos. Estes fenómenos são designados por híbridos, em virtude de serem caracterizados de forma diferente, para efeitos fiscais, à luz do direito interno de duas ou mais jurisdições e resultarem em situações de dupla não tributação. A existência de disparidades está assim na base destes fenómenos, que se refletem de modo positivo para o contribuinte e são por este aproveitados, por forma a diminuir a sua carga fiscal, ao provocar a erosão da sua base tributária.*"

<sup>60</sup> Algo diversamente MARIA REBELO AFONSO D'ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, n.º 1, CIDEEFF, Lisboa, 2022, a pp. 77-101, autonomiza quatro elementos na construção do conceito de assimetrias híbridas: 1) existência de disparidades; 2) conflito de qualificação; 3) resultados obtidos; 4) nexos de causalidade entre a intervenção das partes e a assimetria.



AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

Destarte, é somente quando o intérprete confronta a posição adotada por um dos Países envolvidos com aquela seguida pelo outro País, que se vai deparar com o conflito de abordagens (ou discrepâncias) face à concreta situação jurídica plurilocalizada. Ocorre, deste modo, uma contraposição de interpretações (*qualificação discordante*) acerca das características essenciais da situação jurídica, a qual vai ser determinante do tratamento fiscal que, em consequência, lhe é atribuído por esses mesmos Estados.

II. A segunda característica das *assimetrias híbridas*, intimamente ligada à anterior, respeita às incoerências de tratamento fiscal geradoras de dupla vantagem, uma vez consideradas as soluções legais adotadas nos Estados envolvidos. Formam-se, deste modo, as *disparidades de tratamento fiscal geradoras de dupla vantagem*.

Com efeito, localizando-se as situações jurídicas em causa, normalmente, em duas jurisdições, as mesmas serão reguladas a partir de políticas internas nacionais que, por partirem de pressupostos distintos, produzem, por vezes, resultados finais incoerentes. Quando tais resultados sejam duplamente favoráveis para o ou os sujeitos passivos envolvidos, fala-se de assimetrias híbridas.

Esta *dupla vantagem* é determinada por referência a uma de duas (e apenas duas) hipóteses: o caso em que ocorre a *dupla dedução* do mesmo pagamento na base tributável de duas entidades ou da mesma entidade (nas duas jurisdições)<sup>61</sup> ou o caso em que ocorre a *dedução* do pagamento da base tributável numa jurisdição *sem inclusão* do respectivo valor pela entidade beneficiária na sua base tributável na outra jurisdição<sup>62</sup>.

III. Duas notas adicionais são devidas a respeito da caracterização desta figura.

A primeira destina-se a esclarecer que as *assimetrias híbridas* são uma modalidade de planeamento fiscal onde a motivação do contribuinte na constituição daquela estrutura é, por regra, irrelevante. Estamos diante um planeamento fiscal que é avaliado, exclusivamente, pelos resultados obtidos; daí a qualificação de "agressivo", como acima vimos.

<sup>61</sup> Na definição constante do ponto g) do artigo 2.º da Diretiva, descreve-se a "dupla dedução" como sendo "uma dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas na jurisdição onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas (jurisdição do ordenante) e noutra jurisdição (jurisdição do investidor). No caso de um pagamento efetuado por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável, a jurisdição do ordenante é aquela onde a entidade híbrida ou o estabelecimento estável estão estabelecidos ou situados".

<sup>62</sup> Na definição constante do ponto g) do artigo 2.º da Diretiva, descreve-se a "dedução sem inclusão" como sendo "a dedução de um pagamento ou de um pagamento teórico entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento teórico é tratado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem a correspondente inclusão para efeitos fiscais desse pagamento ou pagamento teórico na jurisdição do beneficiário. A jurisdição do beneficiário é aquela onde esse pagamento ou pagamento teórico é recebido, ou é tratado como sendo recebido ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição".

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Consequência prática disto é a não necessidade, por parte da Administração Tributária, de promover a demonstração, ainda que por indícios objectivos, das razões que justificaram a criação daquela construção jurídica no âmbito do procedimento de aplicação da norma; tal aplicação será, assim, tendencialmente automática<sup>63</sup>.

A segunda nota serve para sublinhar que, como é característico de todo o planeamento fiscal, não está em causa nestas situações qualquer encobrimento de factos tributários ou qualquer forma de simulação, objectiva ou subjectiva. Ao invés, e como já deixámos claro numa outra sede<sup>64</sup>, é pela verificação dos concretos efeitos fiscais (neste caso, sobrepostos por duas ou mais jurisdições) relativos àquela situação jurídica real que se logra a obtenção da dupla vantagem fiscal que define, em última análise, as assimetrias híbridas. A verificação de tais assimetrias é, por isso, insusceptível de conduzir, em princípio, às consequências contra-ordenacionais e penais associadas à ocultação de factos tributários (*v.g.*, por prática de Fraude Fiscal), uma vez que a estrutura pode ser complexa mas, apesar disso, é cristalina.

### A transposição no Código do IRC – a Subsecção I-A da Secção VI

I. É típico da resposta legal ao fenómeno do planeamento fiscal – incluindo, esta peculiar modalidade de planeamento fiscal – a utilização de uma de duas soluções: as cláusulas especiais ou as cláusulas gerais/setoriais. E já tivemos oportunidade, noutra sede, de explanar as diferenças entre uma e outra solução, assinalando aí as vantagens e desvantagens a elas inerentes<sup>65</sup>.

Neste momento, cabe apenas registar que a solução imposta pela Diretiva – por oposição, por exemplo, às soluções anteriores como a do artigo 51.º, n.º 10, alínea *a)* do Código do IRC, a que acima aludimos – configura a segunda destas soluções: a formulação de cláusulas setoriais capazes de

<sup>63</sup> Todavia, note-se, que o conceito de “*entendimento estruturado*” ou “*acordo estruturado*” está ligado a considerações de natureza subjectiva, o que configura uma exceção ao que acabámos de dizer. O ponto 9 da Diretiva define assim esta situação jurídica como “*um entendimento que envolva uma assimetria híbrida em que o preço do resultado de assimetria é fixado nos termos do entendimento, ou um entendimento que foi concebido para produzir um resultado de assimetria híbrida, salvo se não puder ser razoavelmente expectável que o contribuinte ou uma empresa associada tivesse conhecimento da assimetria híbrida e não tiver partilhado o valor do benefício fiscal resultante da assimetria híbrida*”. Compreende-se, por isso, que MARIA REBELO AFONSO D’ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, n.º 1, CIDEEFF, Lisboa, 2022, pp. 91 e ss., fale do nexo de causalidade como característica tendencial das assimetrias híbridas, embora numa perspectiva de imputação objectiva das situações jurídicas aos sujeitos.

<sup>64</sup> Vd. o nosso *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 79 e ss.

<sup>65</sup> Vd. o nosso *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 104-6.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

lidar com o fenómeno das assimetrias híbridas a partir das características gerais típicas das mesmas, as quais vão assim integrar o núcleo da hipótese legal.

Destarte, a tarefa interpretativa daqui decorrente exige a consideração das especificidades associadas a este peculiar tipo de soluções legais, em virtude das suas formulações mais abrangentes e, por isso, com uma predominância dos elementos hermenêuticos sistemático e funcional no momento de determinar a solução precisa para cada caso concreto.

Ainda de sublinhar, a título preliminar, é a singularidade da previsão legal das normas anti-híbridos, a qual, por tudo o que vimos dizendo, tem como forçosa e singular característica a consideração das soluções legais adotadas nas outras jurisdições com a qual a assimetria híbrida interage.

II. Na transposição para a legislação nacional, o legislador ateve-se estritamente à redacção da Diretiva e transpôs, quase literalmente, o respetivo teor.

É assim que, correctamente autonomizado numa nova Subsecção, e após as definições comuns vertidas no artigo 68.º-A do Código do IRC, foram estabelecidos os três agregados de *assimetrias híbridas* definidos pela Diretiva, em cada um dos normativos nacionais que lidam com estas figuras: as *Assimetrias híbridas (proprio sensu)*, previstas pelo artigo 68.º-B do Código do IRC; as *Assimetrias híbridas inversas*, reguladas no artigo 68.º-C do Código do IRC e as *Assimetrias de residência fiscal*, constantes do artigo 68.º-D do Código do IRC.

Cabe, em seguida, analisar cada um destes agregados, com as suas especificidades.

III. O artigo 68.º-B, n.º 1 do Código do IRC configura uma cláusula geral de desautorização da dedução de custos<sup>66</sup>, que estabelece um conjunto de circunstâncias que, uma vez verificadas, impedem a relevação fiscal de um determinado gasto.

A particularidade que distingue estas alíneas reside no facto de, na alínea *b)*, a recusa de dedução ser feita depender de uma análise da solução concreta adotada na outra jurisdição: sendo o pagamento suportado em Portugal, a indedutibilidade depende, assim e acrescidamente, de a outra jurisdição envolvida efetivamente aceitar a dedução<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Sobre o papel das cláusulas de dedução de custos no sistema português, vd. FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *Constituição e Lucro Real – Contributo ao Estudo do Direito Fiscal Constituição Português*, AAFDL, Lisboa, 2018.

<sup>67</sup> Pressupõe a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 68.º-B do Código do IRC que Portugal tem como que uma legitimidade primordial para aceitar a dedução, atento o facto de a despesa (ou pagamento) ter origem, ser incorrida ou sofrida em território nacional. Perante uma tal circunstância, exige a norma que, só uma vez confirmada a possibilidade de verificação da dupla vantagem, pode a jurisdição nacional arregar-se a recusa da dedução do gasto.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

No caso de se virem a verificar, corresponsivamente, rendimentos sujeitos a dupla inclusão – assim, neutralizando o efeito da dupla dedução – então, muito compreensivelmente, haverá lugar à respectiva correcção, nos termos do n.º 2 do artigo 68.º-B do Código do IRC.

Por seu turno, a alínea *c)* regula, com a mesma estatuição, os casos em que a assimetria híbrida conduza ao resultado de uma *dedução sem inclusão*. E, à semelhança da alínea *a)*, esta recusa de dedução opera automaticamente, sem mais indagações acerca da situação na outra jurisdição envolvida.

IV. Na situação inversa à da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 68.º-B do Código do IRC – isto é, sendo imputáveis a Portugal os rendimentos correspondentes aos pagamentos deduzidos na outra jurisdição – o n.º 3 do artigo 68.º-B do Código do IRC<sup>68</sup> estabelece que serão sempre incluídos na base tributável tais rendimentos, mesmo que, por força de outra disposição, eles pudessem ser considerados como de não inclusão (alínea *a)* do n.º 3); assim, acaso tal não inclusão advenha de a legislação portuguesa não reconhecer um estabelecimento estável, esse rendimento ser-lhe-á imputado e tributado como tal, salvo se a *não inclusão* advier de regra (normalmente, de isenção) constante de Convenção de Dupla Tributação com um terceiro Estado.

Como cláusula de salvaguarda da maioria das situações anteriores, admite-se, por fim, a não aplicação dos efeitos das mesmas no caso da verificação de ajustamentos que possam lograr neutralizar a dupla vantagem<sup>69</sup>.

### *As assimetrias híbridas inversas e as assimetrias de residência fiscal*

I. O facto de se ter consagrado um extenso regime genérico para as assimetrias híbridas não impediu a constatação da existência de situações análogas àquelas e que são provocadas por circunstâncias muito peculiares e merecedoras de soluções legais

<sup>68</sup> Que dispõe: “3 - Concorrem para o lucro tributável os seguintes rendimentos:

*a) Correspondentes a pagamentos efetuados, ou considerados como efetuados noutra jurisdição, relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão, exceto nos casos das subalíneas ii), iii), iv) ou vi) da alínea b) do n.º 1 do artigo anterior ou quando esta dedução seja recusada pela jurisdição do ordenante;*

*b) Imputáveis a um estabelecimento estável não considerado quando envolvido numa assimetria híbrida, exceto quando estes rendimentos devam ser isentos ao abrigo de convenção para evitar a dupla tributação celebrada com um país terceiro.”*

<sup>69</sup> Artigo 68.º-B, n.º 6 do Código do IRC.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

ligeiramente distintas, o que se traduz em reflexos ao nível da legística dos requisitos da previsão legal e ao nível da solução estabelecida para corrigir a dupla vantagem<sup>70</sup>.

A necessidade dessa regulação detalhada e em especial mais reforça, aliás, a justeza das críticas daqueles que logo apontaram o óbice adveniente de a solução sintética para o problema das assimetrias híbridas, tal como resultava da redacção do artigo 9.º da ATAD 1, ser inadequada.

II. Com efeito, e desde logo, as *assimetrias híbridas inversas*, que se encontram reguladas no artigo 68.º-C do Código do IRC, destacam-se pela singularidade da disparidade qualificativa e, mais ainda, pela solução de correcção da assimetria ali estatuída. O que, desde logo, mais do que justifica o seu tratamento autónomo dentro desta temática.

O objecto de intervenção desta norma consiste no tratamento desconstruído que duas jurisdições concedam à tributação de uma determinada entidade, a qual, pelas suas características particulares, pode beneficiar da qualificação como sociedade transparente num dado ordenamento, não sendo esta leitura acompanhada pelo outro Estado.

Em Portugal, tal qualificação está, por regra, associada às situações do artigo 6.º do Código do IRC onde, como vimos noutra capítulo, se regulam as circunstâncias em que uma sociedade passa a ficar abrangida pelo regime da transparência fiscal, sendo imputados aos respectivos sócios ou membros (os quais podem ser ou não residentes em Portugal) a matéria tributável daquela.

Neste quadro genérico, quando mais de metade dos direitos de voto ou do capital social ou do direito aos lucros numa dada entidade, calculados direta e indiretamente, for detida por sócios ou membros não residentes em território português e, acresce, tal entidade for qualificada como *opaca* nessa outra jurisdição e *fiscalmente irrelevante* (leia-se, transparente) em Portugal, produz-se uma disparidade qualificativa e fala-se, então, de uma "*entidade híbrida*"<sup>71</sup>. Neste peculiar cenário, pode verificar-se uma não tributação do rendimento em ambas as esferas jurídicas: nem na esfera da empresa (por ser considerada *irrelevante*), nem na esfera dos sócios ou membros (por ser considerada *opaca*).

---

<sup>70</sup> Vd., sobre esta temática mais específica, KEROLINE SPIES, "Hybrid Entities And Anti-Hybrid Rules In The Eu Atad (Article 9 And 9a Atad)", *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020, pp. 229 e ss.

<sup>71</sup> Cfr. artigo 68.º-A, n.º 1, alínea h) do Código do IRC.

## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

Para obstar a este resultado, estabelece o n.º 1 do artigo 68.º-C que: *“...essa entidade híbrida é considerada residente em território português e tributada nos termos do presente Código.”* Esta solução, que não é válida para os instrumentos de investimento colectivo<sup>72</sup>, assenta num raciocínio relativamente simples: Portugal assume vincular-se à qualificação dada pela outra jurisdição, denegando o tratamento como entidade transparente tal como resultante da sua legislação (qualificação dependente) e, assim, corrigindo a disparidade qualificativa internacional que se havia formado.

Esta estatuição do n.º 1 do artigo 68.º-C do Código do IRC apenas é desconsiderada numa das duas hipóteses versadas no n.º 2 desta disposição legal, sendo uma conexas com o circunstancialismo legal nacional e a outra com o circunstancialismo legal da outra jurisdição.

Se os sócios ou membros da entidade híbrida vierem a ser, afinal e consoante o caso, tributados em IRC ou IRS, então a solução correctiva constante do n.º 1 deixa de ter razão de ser, uma vez que a tributação fica assegurada neste nível (e não, já, ao nível da entidade que estes sócios ou membros integram): já não se produz a dupla vantagem, o que justifica a não aplicação do número anterior.

O mesmo se passa, identicamente, se o rendimento de tal entidade for, afinal, tributado pela outra jurisdição – quer na sua esfera quer na dos respectivos sócios ou membros, em nossa leitura – uma vez que, também neste cenário, o risco de dupla não tributação deixa de ser possível, ficando deste modo precludido, por injustificado, o recurso à solução correctiva do n.º 1 do artigo 68.º-A do Código do IRC.

III. Encontram-se, ainda, autonomizadas as *assimetrias de residência*, para as quais de destacou o artigo 68.º-D do Código do IRC, o qual corresponde ao artigo 9.º-B da Diretiva ATAD 2.

A ocorrência de assimetrias de residência pressupõe que, à luz de critérios de conexão próprios (ou, no limite, do mesmo critério interpretado com sentidos distintos nas duas jurisdições<sup>73</sup>), duas jurisdições reconheçam a condição de residente à mesma entidade e daí extraíam os normais corolários associados. Terá de se verificar, portanto, uma *dupla residência* da pessoa coletiva.

<sup>72</sup> Cfr. o n.º 3 deste artigo 68.º-C do Código do IRC.

<sup>73</sup> *V.g.*, o critério de “*direcção efetiva*”, o qual pode ser interpretado como atendendo à gestão corrente da sociedade (*day-to-day management*) ou à gestão estratégica da mesma (*central management and control*). Sobre isto, vd. a nossa *A Residência no Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 118 e ss.

AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO

De entre aqueles corolários, destaca-se, naturalmente, o reconhecimento do direito a uma tributação pelo rendimento líquido<sup>74</sup>, com a conseqüente dedução dos encargos incorridos pela empresa no âmbito da sua atividade, os quais, num cenário bilateral, se revelarão duplamente considerados para efeitos fiscais: ocorre, deste modo, a formação de uma dupla dedução da mesma quantia.

Ora, é a esta dupla vantagem que o artigo 68.º-D do Código do IRC procura obstar, denegando a dedução de um gasto que já tenha sido deduzido na outra jurisdição; porém, para se poder falar de uma dupla vantagem, uma tal dupla dedução não pode ser acompanhada de uma situação de dupla inclusão dos ganhos a que essa despesa se encontra destinada. Ou seja, para se verificar a hipótese legal, as componentes positiva e negativa da base tributável têm de sofrer um tratamento assimétrico, com apenas a segunda a ser objecto de relevância fiscal.

É este pressuposto o que se extrai da redacção da norma: *“Não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos ou perdas incorridos ou suportados por um sujeito passivo com sede ou direcção efetiva em território português, quando este seja considerado como residente para efeitos fiscais em outra jurisdição e esses gastos sejam dedutíveis ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições, na medida em que, nos termos da legislação da outra jurisdição, essa dupla dedução possa ser compensada com rendimento que não seja rendimento de dupla inclusão.”*<sup>75</sup>

Dentro do espaço da União, a hipótese legal acabada de descrever exige um requisito adicional: o de que a condição de *dupla residência* seja, para efeitos convencionais, desempatada por força de uma Convenção de Dupla Tributação em favor do outro Estado-Membro. O legislador parece, assim, assumir que, nas situações intra-europeias, apenas o Estado da Residência perdedora deve prevenir a verificação da dupla vantagem, denegando a dedução fiscal do gasto<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Sobre isto, desenvolvidamente, cfr. FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *Constituição e Lucro Real – Contributo ao Estudo do Direito Fiscal Constituição Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 286 e ss.

<sup>75</sup> Sublinhado nosso. A redacção não é especialmente feliz, mas tal advém do facto de o legislador europeu – e o mesmo fez o legislador português, aquando da transposição – ter adotado um conceito de *“rendimento de dupla inclusão”*, o qual é descrito no artigo 68.º-A, n.º 1, alínea o) como: *“Rendimento de dupla inclusão” qualquer rendimento que seja incluído ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições em que sobrevenha o resultado de assimetria.*

<sup>76</sup> Pressupõe-se, portanto, que o Estado da Residência vencedora tem o direito de reconhecer a dedução do gasto sem quaisquer considerações de âmbito bilateral.



## AS DIRETIVAS EUROPEIAS ANTI-ABUSO

### BIBLIOGRAFIA

#### Monografias

PETER WATTEL ET AL., *European Tax Law*, 7th Edition, Wolters Kluwer, 2018; GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*, Almedina, Coimbra, 2004 [1.ª edição] e 2009 [2.ª edição]; MARIA REBELO AFONSO D'ALBUQUERQUE, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, n.º 1, CIDEEFF, Lisboa, 2022; MARIAFÉ LÓPEZ MALCA, *Estabelecimentos Estáveis Híbridos*, Tese de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019, não publicada; JESSE BOS, *The anti-hybrid rules of the ATAD II in the light of primary EU Law*, Tilburg School of Economics and Management, Tilburg University, Tilburg; LEOPOLDO PARADA PINO, *Double Non-Taxation and the use of Hybrid Entities*, Universitat de València, València, 2017; JÉSSICA VARELA DOS SANTOS, *A Diretiva Anti-Elisão Fiscal na União Europeia e a sua Adoção no Sistema Fiscal Português*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, disponível em [www.dg.uc.pt](http://www.dg.uc.pt).

#### Artigos

MORITZ SCHERLEITNER, "The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms", *Intertax*, Volume 49, Number 5, 2021; KEROLINE SPIES, "Hybrid Entities And Anti-Hybrid Rules In The Eu Atad (Article 9 And 9a Atad)", *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020; LEOPOLDO PARADA PINO, "Hybrid Financial Instruments And Anti-Hybrid Rules In The Eu Atad (Article 9 Atad)", *A Guide to Anti-Tax Avoidance Directive* (Eds: WERNER HASLEHNER / KATERINA PANTAZATOU / GEORG KOFLER / ALEXANDER RUST), Elgar Tax Law and Practice, Cheltenham, 2020; GIJS FIBBE, "Hybrid Mismatch Rules under ATAD I & II", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; SUNIEL PANCHAM, "Permanent Establishment Mismatches under ATAD I", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; BAART PETERS, "Imported Mismatches", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; DANIËL SMIT, "The Anti-Tax-Avoidance Directive", PETER WATTEL ET AL., *European Tax Law*, 7th Edition, Wolters Kluwer, 2018, pp.483 e ss.; ANA PAULA DOURADO,

**AS DIRETIVAS EUROPEIAS  
ANTI-ABUSO**

"The Eu Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead Of Beps?", *Intertax*, Volume 44, Numbers 6 & 7, 2016; 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", in *Desafios Tributários - 15 anos da Associação Sindical dos Profissionais de Inspeção Tributária* (Coord.: NUNO BARROSO / PEDRO MARINHO FALCÃO), Vida Económica, Porto, 2015; ANA PAULO DOURADO, "The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU", *British Tax Review*, Number 3, 2015; CHRISTIANA PANAYI, "The ATAD's CFC Rule and its Impact on the Existing Regimes of EU Member States", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; ARNE SCHNITGER / IVAN ZAFIROV, "The Interest Limitation Rule", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; HEIN VERMEULEN, "Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018; MAARTEN FLORIS DE WILDE, "Is the ATAD's GAAR a Pandora's Box?", *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (Eds.: PISTONE / WEBER), IBFD, Amsterdam, 2018.

## **LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.**

En México, el derecho humano a la seguridad jurídica se encuentra reconocido en el artículo 16 Constitucional<sup>1</sup> y se traduce en *la certeza que debe tener el gobernado que su persona, su familia, sus posesiones o derechos serán respetados por la autoridad; pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.*<sup>2</sup>

En otras palabras, el gobernado puede tener la certeza que su esfera jurídica se encuentra protegida de cualquier acto lesivo que pudiera desplegar el poder público, con la única salvedad que, en tal caso, el acto debe ser emitido por autoridad competente, quien deberá fundarlo y motivarlo acorde con los procedimientos legales establecidos previamente.

Lo anterior, guarda íntima relación con la confianza legítima como *una manifestación del derecho a la seguridad jurídica, en su faceta de interdicción o prohibición de la arbitrariedad o del exceso, en virtud de la cual, en el caso que la actuación de los poderes públicos haya creado en una persona interesada confianza en la estabilidad de sus actos, éstos no pueden modificarse de forma imprevisible e intempestiva, salvo el supuesto en que así lo exija el interés público.*<sup>3</sup>

En principio, el goce y el respeto al derecho humano de seguridad jurídica y; en consecuencia, a la confianza legítima, no debería implicar mayor complicación, pues basta con que exista una ley que establezca el hecho a regular, así como las consecuencias del mismo, para que el gobernado pueda saber a qué atenerse, en caso que despliegue la conducta regulada y la manera en que la autoridad podrá a su vez, proceder ante su comisión u omisión.

No obstante, la vida cotidiana nos ha demostrado que la dificultad surge en un primer momento, con la generación de leyes donde, ante la ausencia de claridad en la redacción, así como la falta de conocimiento y experiencia del legislador sobre las materias a regular, se requiere de una excesiva interpretación de las personas sujetas a las mismas.

**Mag. Dra. Nora Elizabeth Urby Genel**

Secretaria Ejecutiva del Consejo Directivo de la A.I.T.F.A. e integrante de la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA).  
-México-



Estancia de Investigación Posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el tema: "Tribunal Constitucional. Implementación y Funcionamiento en el Sistema Judicial Mexicano".

Estancia de Investigación Posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el tema: "El Derecho Humano de Acceso a la Justicia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Master en Derechos Fundamentales, por la Universidad Complutense de Madrid España en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; obtención de grado con mención sobresaliente (honorífica).

Maestra en Derecho Fiscal con Mención Honorífica por la Universidad Autónoma del Noreste.

Diplomada en Derecho Judicial por la Universidad Austral de Argentina en coordinación con la Universidad Panamericana.

Diplomada en Competencia Económica por el Instituto Autónomo de México (ITAM).

Licenciada en Derecho con Mención Honorífica, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Coahuila, Campus Torreón.

<sup>1</sup> Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...

<sup>2</sup> En "Las garantías de seguridad jurídica", publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en [https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po\\_2010/55083/55083\\_1.pdf](https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/55083/55083_1.pdf).

<sup>3</sup> Así lo estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 2a./J. 103/2018 (10a.), de rubro: "CONFIANZA LEGÍTIMA. CONSTITUYE UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, EN SU FACETA DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 59, Octubre de 2018, Tomo I, página 847.

**LA DEBIDA OBSERVANCIA  
DE LA COSA JUZGADA EN  
PRO DEL PRINCIPIO DE  
CONFIANZA LEGÍTIMA.**

En efecto, el lenguaje rebuscado y la redacción oscura y confusa de algunas leyes, en unión a la existencia de lagunas al momento de la creación de dichos ordenamientos, trae como consecuencia inmediata que respecto de un mismo precepto legal, puedan existir diversas interpretaciones, cuestión que abre una puerta a la discrecionalidad y; por ende, a la falta de certeza jurídica.

Es precisamente ante la incertidumbre jurídica que puede ocasionarse con leyes poco claras, que intervienen los Juzgadores como garantes de la seguridad jurídica, encargándose de realizar la interpretación de las leyes a fin de clarificarlas y permitir que el gobernado conozca a plenitud su contenido y alcance.

Pero, ¿acaso con la mera intervención de los Juzgadores en sus labores de intérpretes puede garantizarse plenamente la seguridad jurídica y la protección a la confianza legítima del gobernado?

Estimo que no, y es ahí donde encontramos una segunda dificultad, pues si bien en México encontramos diversas instituciones encargadas de la impartición de justicia, tanto a nivel federal como local, en diversas materias y bajo esquemas tanto de legalidad como de constitucionalidad; lo cierto es, que la experiencia ha arrojado que con frecuencia, incluso los Juzgadores que pertenecen a un mismo Órgano Jurisdiccional, suelen realizar interpretaciones diferentes sobre los mismos preceptos legales, lo que trae como consecuencia que se arriben a conclusiones distintas frente a casos análogos.

Lo anterior, además de representar una afectación a la seguridad jurídica del gobernado, ha generado el sentir que no solo resulta infructuoso acudir ante un Juzgador, a fin que resuelva sobre la controversia planteada, sino que incluso el Juzgador se ha vuelto un ser corrupto quien, atendiendo a la discrecionalidad que brinda la interpretación, decide sobre la controversia en atención a sus intereses personales y no a los alcances objetivos de las normas legales.

De la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en 2011, se advierte que del 100% de los encuestados, el 42.8% señaló que lo conveniente es acudir a tribunales; es decir, menos de la mitad de los encuestados y, en contraposición, el 34.7% señaló que en lugar de acudir a tribunales, las personas deben arreglarse entre ellas.<sup>4</sup> Lo que incluso se ve reflejado en la misma encuesta realizada en 2017, donde del 100% de los encuestados, ante el sentimiento de inseguridad y el desencanto con la autoridad, el 46.6% respondió que los miembros de las comunidades tienen el derecho total o parcial, para ejercer la justicia por propia mano, en lugar de asistir ante las autoridades encargadas de impartirla.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Consultable en el sitio web: <http://historicojuridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm>

<sup>5</sup> Consultable en la página web: [http://www.losmexicanos.unam.mx/MexicanosConstitucion/pdf/Mexicanos\\_Constitucion.pdf](http://www.losmexicanos.unam.mx/MexicanosConstitucion/pdf/Mexicanos_Constitucion.pdf)

## **LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

De igual manera, de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) realizada por el INEGI en 2021, se desprende que solo el 40.3% de los encuestados manifestaron tener confianza en jueces y magistrados.<sup>6</sup>

Por otro lado, del Barómetro Global de la Corrupción, Transparencia Internacional 2019 emitido por Transparencia Internacional, se desprende que en México existió un incremento en la percepción de la corrupción en el Poder Judicial, pues en 2017, del total de los encuestados, el 50% consideró que la mayoría o todas las personas del Poder Judicial son corruptas, mientras que para 2019, el porcentaje aumentó a 58%.<sup>7</sup>

Lo anterior se corrobora en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE) realizada por el INEGI para el año 2021, de donde se desprende que existe alta percepción de corrupción en los jueces, con un 65.4%, solo por debajo de los policías preventivos (65.5%) y policías de tránsito (73.9%).<sup>8</sup>

Así, ante la desconfianza por su comportamiento presuntamente corrupto y poco profesional, los justiciables tienen la percepción que el resultado de someter una controversia a consideración de los Juzgadores será una cuestión de suerte, al grado que, sabiendo cuál es el Juzgador que conocerá del asunto, pueden intuir si tendrán éxito o no en sus pretensiones.

Lo anterior nos conduce a cuestionar, ¿qué medidas deben adoptarse para garantizar la uniformidad de criterios por parte de los Juzgadores, en pro de la seguridad jurídica y fomentar la confianza en ellos por parte de los justiciables?

Considero que en unión a la observancia de la jurisprudencia emitida por los diversos Órganos Jurisdiccionales, es necesario que se realice un adecuado análisis de la actualización de la cosa juzgada directa o refleja, en la resolución de los asuntos sometidos a jurisdicción.

Lo anterior es así pues, con independencia que la jurisprudencia cumple con la función de sentar un precedente de cómo debe ser interpretada una norma jurídica, con la intención que las decisiones de los Juzgadores en distintos casos, mantengan una coherencia y

<sup>6</sup> Consultable en la página web: <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2021/>.

<sup>7</sup> Consultable en la página web: <https://file.transparencycdn.org/images/Global-Corruption-Barometer-Latin-America-and-the-Caribbean-2019-ES.pdf>

<sup>8</sup> Consultable en la página web: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2021/doc/envipe2021\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2021/doc/envipe2021_presentacion_nacional.pdf)

**LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

uniformidad entre sí; lo cierto es, que en ocasiones, los justiciables también acuden a impugnar el mismo acto ante diferentes instancias o bien, impugnan actos que son relacionados al controvertido y cuya legalidad o ilegalidad incide en la legalidad del último; de ahí, que sea necesario realizar un adecuado análisis de la actualización de la cosa juzgada.

La cosa juzgada es entendida como la inmutabilidad de lo resuelto en sentencias firmes, sin que pueda admitirse su modificación por circunstancias posteriores, ya que en ella descansan los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídica; lo que obliga a los Juzgadores a no fallar de nuevo, lo ya decidido en sentencias anteriores.

Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ha determinado que dicha figura tiene dos tipos de eficacia: la directa, cuando la nueva controversia es exactamente igual a la resuelta con anterioridad, y la refleja, cuando las partes en el segundo procedimiento hayan quedado vinculadas con la sentencia ejecutoriada del primero, y en éste se haya hecho un pronunciamiento necesario para sustentar jurídicamente la decisión del fondo del objeto de la nueva controversia.

Así, en la Jurisprudencia 2a./J. 198/2010,<sup>9</sup> la referida Segunda Sala ha determinado que para verificar si en el caso a resolver, se actualiza la cosa juzgada directa o refleja, el Juzgador debe verificar que se cumpla con los siguientes requisitos:

Cosa Juzgada Directa	Cosa Juzgada Refleja
1. Identidad de las partes con la misma calidad en ambos procesos.	1. La existencia de una sentencia ejecutoriada.
2. Identidad en la causa aducida en el juicio.	2. La existencia de un diverso proceso en trámite.
3. Identidad en el objeto.	3. La existencia de una relación sustancial de interdependencia respecto al objeto sobre el que versa el juicio previo y el que se tramita.
	4. La sujeción de las partes a la obligatoriedad de la sentencia firme del primer proceso.
	5. Que en la sentencia firme se sustente un criterio de fondo preciso, claro e indudable sobre uno de los presupuestos lógicos sobre los que versa el nuevo juicio.

<sup>9</sup> De rubro: *COSA JUZGADA INDIRECTA O REFLEJA. SU EFICACIA DENTRO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Enero de 2011, página 661.



## **LA DEBIDA OBSERVANCIA DE LA COSA JUZGADA EN PRO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

Generalmente, la verificación de la cosa juzgada directa no importa mayor dificultad para el Juzgador, pues basta con que tenga conocimiento de la existencia de un juicio previo, donde intervengan los mismos sujetos, objeto y causa, para que advierta su actualización y; por ende, la existencia de un impedimento a pronunciarse nuevamente sobre el mismo caso, modificando una resolución adoptada previamente.

No obstante, tratándose de la cosa juzgada refleja, al no existir identidad entre sujetos, objeto y causa, pero existir una posible interdependencia entre la sentencia pronunciada previamente y las consideraciones del acto sobre el que se decidirá, el Juzgador sí debe realizar un análisis más acucioso donde debe verificar que se cumplan con los cinco requisitos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, destacando que para el quinto, debe verificar que en la sentencia firme se sustente un criterio de fondo sobre uno de los presupuestos lógicos sobre los que versa el nuevo juicio y, que a su vez, será elemento necesario para sustentar la resolución de este último.

En consecuencia, en tal supuesto no basta con que el Juzgador verifique la existencia de una sentencia ejecutoriada, así como la sujeción de las partes a la misma, sino que también debe analizar el acto controvertido previamente, por sus propios fundamentos y motivos, así como los términos de la sentencia ejecutoriada; pues solo en el caso que los fundamentos y motivos sean iguales a los analizados en la nueva resolución controvertida y; por ende, que en la sentencia ejecutoriada se haya emitido pronunciamiento respecto de los mismos, puede considerarse que se actualiza la cosa juzgada refleja y; en consecuencia, se genera el impedimento para que el Juzgador decida en diverso sentido.

Por el contrario, en caso que los fundamentos y motivos del acto controvertido sean distintos total o parcialmente, a los analizados en la sentencia ejecutoriada, no puede considerarse que se actualice la cosa juzgada refleja, ante la falta de uno de los requisitos y; por ende, el Juzgador no se encuentra constreñido a decidir en determinado sentido sobre el nuevo acto controvertido.

En esta línea de pensamiento, resulta indispensable que los Juzgadores cuenten con las herramientas que les permitan consultar las sentencias dictadas previamente y conocer cuáles fueron los fundamentos y motivos que sustentaron los actos controvertidos en tales juicios, para determinar si efectivamente se actualiza la cosa juzgada,



**LA DEBIDA OBSERVANCIA  
DE LA COSA JUZGADA EN  
PRO DEL PRINCIPIO DE  
CONFIANZA LEGÍTIMA**

en su modalidad directa o refleja y; por ende, decidir si la resolución del nuevo juicio debe seguir cierto lineamiento o sentido.

En conclusión, estimo que al dictar sus resoluciones, los Juzgadores deben tener presente la obligación, no solo de observar la jurisprudencia, sino también de analizar sobre la posible actualización de la cosa juzgada directa o refleja, verificando si se cumplen o no con la totalidad de los requisitos para ello; lo que coadyuvará a la uniformidad de criterios por parte de los Juzgadores, fomentando la confianza en ellos por los justiciables y, sobre todo, contribuirá a salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima del gobernado bajo la consideración que, si los fundamentos y motivos en que se sustentan los actos que afecten su esfera jurídica, se han mantenido estables y han sido analizados en instancias previas, el gobernado puede tener la expectativa que la decisión en el juicio no deberá cambiar de manera imprevista o injustificada.