



De LEGIBUS

IO



Dezembro de 2025



O DIREITO AO PLANEAMENTO FISCAL EMPRESARIAL

THE RIGHT TO CORPORATE TAX PLANNING

MARIA COSTA E SANTOS



REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

O DIREITO AO PLANEAMENTO FISCAL EMPRESARIAL

THE RIGHT TO CORPORATE TAX PLANNING

MARIA COSTA E SANTOS*

SUMÁRIO: 1. O planeamento fiscal empresarial e as suas implicações; 1.1. O direito subjetivo à livre iniciativa económica privada; 1.2. Planeamento fiscal lícito e a liberdade de gestão empresarial; 1.3. Elisão Fiscal, uma atuação *extra legem*; 1.4. A liberdade de concorrência empresarial como expressão do princípio da livre iniciativa económica privada; 2. Planeamento fiscal empresarial e o direito da concorrência; 2.1. Concorrência fiscal e a liberdade de empresa; 2.2. Concorrência fiscal e planeamento fiscal; 2.3. O planeamento fiscal abusivo e a concorrência fiscal prejudicial; 3. A empresa e a arrecadação de impostos; 4. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o planeamento fiscal empresarial enquanto direito subjetivo dos contribuintes, assente no direito à livre iniciativa económica privada e no princípio da autonomia da vontade. No ordenamento jurídico português existe uma verdadeira liberdade de gestão empresarial, radicada na liberdade de opção por negócios jurídicos mais favoráveis do ponto de vista fiscal. A liberdade de gestão empresarial manifesta-se enquanto direito subjetivo dos contribuintes por via do exercício do direito à livre iniciativa económica privada. Com o Estado intervencionista, emergem avultados compromissos e incumbências em matéria social, fator que tem desencadeado o fenómeno da privatização da arrecadação de impostos, onde a empresa passa a ter um papel crucial enquanto operadora fiscal ao serviço do Estado, tornando-se responsável pelo lançamento, liquidação e cobrança de impostos, em sede de IRC, IRS e IVA. A privatização de impostos implica não só uma maior responsabilidade social para a empresa, como limita a sua liberdade de gestão empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Planeamento fiscal; elisão fiscal; evasão fiscal; poupança fiscal; liberdade de gestão.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze corporate tax planning as a subjective right of taxpayers, based on the right to free private economic initiative and the principle of autonomy of will. In the Portuguese legal system there is a real freedom of business management, rooted in the freedom to opt for more favorable

* Mestre em Direito, Ciências Jurídico-Forenses e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa).

legal transactions from a tax point of view. Freedom of business management manifests itself as a subjective right of taxpayers through the exercise of the right to free private economic initiative. With the interventionist state, huge commitments and responsibilities in social matters have emerged, a factor that has triggered the phenomenon of the privatization of tax collection, where the company now plays a crucial role as a tax operator at the service of the state, becoming responsible for launching, settling and collecting taxes, in terms of CIT, personal income tax (IRS) and VAT. The privatization of taxes not only implies greater social responsibility for the company, but also limits its freedom of business management.

KEYWORDS: Tax Planning; tax avoidance; tax evasion; tax savings; freedom of business management.

1. O PLANEAMENTO FISCAL EMPRESARIAL E AS SUAS IMPLICAÇÕES

O instituto do planeamento fiscal não se consubstancia numa realidade específica normativamente prevista pelo legislador fiscal, manifestando-se a partir das lacunas da lei¹, pelo que advém de um conceito doutrinal. Introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, traduz-se num direito que assiste a qualquer contribuinte e revela-se como instrumento importante para a gestão eficiente dos recursos financeiros de uma entidade, através da redução da carga fiscal, numa ótica de minimização de custos.

Tratando-se da liberdade de escolha da via fiscalmente menos onerosa inerente à gestão normal de negócios pessoais ou empresariais, o planeamento fiscal visa otimizar a carga tributária de uma empresa ou indivíduo, dentro dos limites legalmente estabelecidos pelo sistema fiscal, permitindo que os contribuintes avaliem e tomem decisões estratégicas que permitam reduzir a carga fiscal a que estão vinculados, de forma legal, contribuindo para a poupança efetiva de impostos e otimização da gestão financeira da empresa. Neste sentido, consideramos o direito ao planeamento fiscal associado à liberdade de gestão como manifestação da autonomia da

1 Joaquim Freitas da Rocha, "Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal" in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, (Coimbra: Almedina, 2012), 1223.

vontade e enquanto direito subjetivo dos contribuintes-devedores face ao Estado-credor².

Assim, tanto os particulares como as empresas procuram pagar menos impostos através do planeamento fiscal, utilizando as normas apropriadas à sua real situação fiscal, dentro do quadro jurídico existente.

O planeamento fiscal está intrinsecamente ligado à opção legítima por regimes de tributação que permitam a poupança fiscal. Contudo, a zona cinzenta do planeamento fiscal (lícito e ilícito) diz respeito a situações em que não exista nenhuma norma que defina uma incidência negativa ou um desagravamento fiscal, quando estejamos perante negócios jurídicos não previstos nas normas de incidência ou estes existam, sendo permitidos tecnicamente, mas mais favoráveis, do ponto de vista material, aos contribuintes³.

Segundo a doutrina tradicional ou clássica, cuja origem remonta ao Iluminismo e à ideia de Estado liberal ou mínimo, consubstanciada na teoria da mão invisível defendida por Adam Smith, defensora da interpretação literal da letra da lei, segundo a máxima *nullum tributum sine lege*, de acordo com os princípios da reserva (absoluta) de lei formal⁴ e da preeminência da lei, a problemática do planeamento fiscal não está na redução da carga tributária por via da utilização das formas jurídicas adequadas, mas sim no aproveitamento negativo da tipicidade tributária⁵. Deste modo, a tipicidade fechada ou taxativa, vinculada à ideia de formulação legal estrita e rigorosa surgia como comando para o legislador e ditame para o intérprete, à luz de uma subsunção lógico-dedutiva dos factos em relação à letra da lei⁶, fatores que contribuem para a consideração do intérprete e julgador como meros

2 Neste sentido, José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), 21.

3 Nuno Sá Gomes, *Evasão fiscal, Infração fiscal e Processo Penal Fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (177), Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1997), 24-25.

4 Alberto Pinheiro Xavier, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, (Coimbra: Almedina, 1972), 266-267 e 282-293.

5 Joaquim Freitas da Rocha, "Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal", 1222. Neste sentido, Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal e Processo Tributário*, (Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2022), 159.

6 No tocante à recusa da teoria da discricionariedade pela doutrina clássica ou tradicional, vide Xavier, *Conceito e Natureza...*, 337-360.

autómatos, tal como preconizava Montesquieu, o julgador seria a boca que pronuncia as palavras da lei⁷.

Assim, a doutrina tradicional ou clássica entende o direito à livre iniciativa económica privada, associado ao planeamento fiscal, como liberdade do empresário prever objetivamente um plano de negócios adequado à minimização de custos e à maximização de resultados⁸, segundo uma ideia de segurança que só será possível mediante um sistema fiscal onde a criação de impostos se cinge à reserva absoluta de lei e à formulação legal estrita e rigorosa, por forma a garantir um grau de previsibilidade simples e objetivo dos encargos tributários da empresa e a potenciar uma liberdade de gestão empresarial responsável⁹. De acordo com esta conceção, a competitividade fiscal é observada no quadro da igualdade formal, na lei e perante a lei, onde os direitos à livre iniciativa e ao planeamento fiscal obedecem a um regime legal fechado e imperativo¹⁰.

Por volta do século XX, com o Estado intervencionista – introduzido pela teoria keynesiana – e as Finanças funcionais, a doutrina moderna ou intervencionista apresenta uma nova conceção de legalidade enquanto expressão da vontade geral, assente no poder discricionário da Administração associado à reserva relativa de competência legislativa do Parlamento em matéria de criação de impostos e sistema fiscal¹¹.

A função garantística de reserva de lei parlamentar e a margem de livre apreciação das normas vigentes concedida por conceitos indeterminados¹², desde que acompanhados de um certo grau de previsibilidade, estabilidade e fundamentação racional das decisões¹³, permitiu ao intérprete adaptar as

7 Alberto Pinheiro Xavier, *Conceito e Natureza...*, 293.

8 *Ibidem*, 305.

9 *Ibidem*, 305-306.

10 *Ibidem*, 306-310.

11 Neste sentido, *vide* Luís Cabral de Moncada, *Lei e Regulamento*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2002), 117; Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, (Dissertação de doutoramento em Ciências jurídico-económicas, Universidade de Lisboa), (Coimbra: Almedina, 2007), 79.

12 Carlos C. Proença, “Conceitos indeterminados e figuras afins”, *Revista do Tribunal de Contas*, N.º 6, (julho a dezembro de 2023), 31 e ss.

13 O grau de determinabilidade a que apelamos é aferido pela Constituição Fiscal, a quem cabe a definição de limites mínimos de densidade de autorização legislativa, nos termos dos artigos 103.º n.º 2 e 165.º n.º 1 alínea i) da CRP. Neste sentido, Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal...*, 81-83 e 94.

normas jurídicas ao caso concreto, segundo novos critérios interpretativos, designadamente a interpretação extensiva e analógica do caso concreto, desde que não contendam com direitos, liberdades e garantias.

No nosso entendimento, a reserva de lei parlamentar, a margem de livre apreciação atribuída à Administração, ao legislador e ao julgador, bem como a observância do princípio da legalidade, à luz de conceitos indeterminados, pautados por um certo grau de previsibilidade, estabilidade e fundamentação racional das decisões, não é incompatível com os valores da segurança jurídica e justiça social, antes pelo contrário.

Assim como tem entendido o Tribunal Constitucional¹⁴ e a doutrina moderna ou intervencionista, as opções legítimas do contribuinte no quadro da poupança fiscal são compatíveis com o princípio da legalidade, na medida em que este não impede que o legislador fiscal possa utilizar conceitos indeterminados ou cláusulas gerais na definição dos pressupostos da obrigação tributária, inexistindo no ordenamento jurídico português uma proibição de elaboração de leis que contenham conceitos indeterminados – excetuando os casos que contendam com direitos, liberdades e garantias –, permitindo que o tipo legal preveja um conjunto de exemplos-padrão, enunciativos de factos que, feita uma interpretação extensiva, permita a criação de conceitos-padrão ou do caso-tipo formulado pelo legislador, possibilitando a adequação da lei aos casos novos emergentes no ordenamento jurídico e conduzindo a decisões mais justas¹⁵.

14 A este respeito tem entendido o Tribunal Constitucional que o “princípio da legalidade não impede que o legislador fiscal possa utilizar conceitos indeterminados ou cláusulas gerais na definição dos pressupostos da obrigação tributária, incluindo a definição do âmbito da incidência fiscal”, *vide* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/2009, Processo n.º 99/09, 3.ª Secção, Relatora Conselheira Ana Guerra Martins, n.º 252/2005, Processo n.º 560/01, 2.ª Secção, Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues; Acórdão n.º 500/2009, Processo n.º 99/09, 3.ª Secção, Relatora Conselheira Ana Guerra Martins; Também neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19-03-2003, Pleno da Secção do CT, Processo n.º 019858, Relator Mendes Pimentel. Acerca da existência dos conceitos jurídicos indeterminados na ordem jurídica portuguesa.

15 Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal...*, 149. Também neste sentido, Domingos Pereira de Sousa, “Tipicidade Tributária, Segurança Jurídica e Protecção da Confiança”, in *JURIS-MAT – Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, N.º 15, (maio de 2022), 167-168.

1.1 O DIREITO SUBJETIVO À LIVRE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA

A Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, de pendor socializante, salvaguarda a autonomia privada como princípio de valor, tanto considerando ilícitas as relações privadas que comprometem os princípios da igualdade e não discriminação, como salvaguardando, protegendo e preservando a autonomia pessoal e a liberdade negocial e geral dos particulares, entre si e para com o Estado¹⁶.

Neste seguimento, o direito à livre iniciativa económica privada (artigo 61.º CRP), como manifestação do direito ao planeamento fiscal, integra a componente objetiva da Constituição económica e financeira, apresentando-se como “garantia institucional” dos setores público, privado e social ou cooperativo da atividade económica e da “ordem económica, baseada no mercado e na concorrência, sem prejuízo do planeamento público”¹⁷, como direito económico, negativo ou de defesa, extensível à generalidade dos cidadãos¹⁸, entendido como norma perceptível não exequível por si mesma¹⁹, possuindo um certo grau de indeterminabilidade conceitual, suscetível de ser livremente apreciado pela Administração, de acordo com o seu poder discricionário²⁰.

Assim, consideramos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, tanto a livre iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP), quanto as liberdades de empresa²¹ e de gestão, que ampliam este direito

16 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª Edição, (Lisboa: Almedina, 2022), 240-242.

17 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Volume I, (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 790.

18 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 789.

19 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 181. Também neste sentido, Jorge Miranda, *Teoria da Constituição*, (Coimbra: Almedina, 2020), 269-280.

20 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 180-181. Também neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 791.

21 Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 184; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 374, 377 e 788-789. Também neste sentido tem entendido a jurisprudência dos tribunais. *Ver*, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0136/20.1BALSB, de 01-07-2021, Relator Susana Tavares da Silva; Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 180/2022, proc. n.º 227/2022, Plenário, Relator Conselheiro António José da Ascensão Ramos; n.º 76/85, proc. n.º 72/84, Plenário, Relator Conselheiro Monteiro Diniz; n.º 187/2001, proc. n.º 120/95, Relator Paulo Mota Pinto; n.º 358/2005, proc. n.º 138/05, 1.ª

constitucional, de acordo com o quadro legal dos artigos 16.º n.º 1 e 17.º da CRP.

Quanto à reserva de lei formal, tem sido discutido na doutrina e jurisprudência portuguesa se o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias é de aplicabilidade, por analogia, aos direitos elencados. A este respeito, Vieira de Andrade, Gomes Canotilho e Vital Moreira têm entendido que este é aplicável aos direitos análogos em tudo o quanto for possível, tanto no que concerne ao seu regime material quanto ao seu regime orgânico-formal – o que justifica que também estes direitos gozem de irreversibilidade e proteção, apanágio da lei formal (reserva de lei) -, por força do artigo 17.º da CRP²².

Deste modo, o direito à livre iniciativa económica privada é entendido como um verdadeiro direito subjetivo, sofrendo restrições em nome do interesse público, só e exclusivamente nos casos previstos e fundamentados na lei²³ e, de acordo com o princípio da proporcionalidade (art 18.º CRP), sendo proibida nos restantes casos²⁴. A título de exemplo, vejam-se os preceitos constitucionais dos artigos 64.º n.º 3 alíneas d) e e), 75.º n.º 2, 80.º alíneas c) e d), 86.º n.º 2, 90.º e 94.º CRP, como verdadeiras restrições, de maior ou menor profundidade, ao direito à livre iniciativa económica privada, quer quanto à liberdade de criação de empresas, quer quanto à liberdade de organização e atividade das empresas²⁵.

Nesta senda, tem entendido Gomes Canotilho e Vital Moreira que só gozam do direito à livre iniciativa económica privada as pessoas coletivas cuja lei lhes conceda uma certa liberdade de forma e, por via de regra, prosigam fins lucrativos. *A contrario sensu*, o direito à livre iniciativa económica

Secção, Relator Conselheira Maria Helena Brito; n.º 304/2010, proc. n.º 289/2009, 3.ª Secção, Relator Conselheira Maria Lúcia Amaral; n.º 274/2012, proc. n.º 766/11, 2.ª Secção, Relator Conselheiro João Cura Mariano; n.º 75/2013, proc. n.º 550/11, 2.ª Secção, Relator Conselheira Ana Maria Guerra Martins; n.º 545/2015, proc. n.º 1341/13, 3.ª Secção, Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

22 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 185; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 375.

23 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições de Fiscalidade*, Vol. II, (Coimbra: Almedina, 2015), 791-792.

24 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 267-278.

25 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 790.

privada é entendido como um direito restrito ou condicionado às pessoas coletivas cujo escopo não permita ou cuja forma típica se encontre predefinida à luz do princípio da especificidade das pessoas coletivas, salvo os casos previstos na lei²⁶.

O direito à livre iniciativa económica privada possui um duplo sentido: i) liberdade de iniciar uma atividade económica – liberdade de criação de empresa, investimento e estabelecimento – enquanto direito pessoal e coletivo e ii) liberdade de organização, gestão e atividade da empresa – liberdades de empresa, empresário e empresarial – enquanto direito institucional da empresa²⁷.

De acordo com João Ricardo Catarino, “a CRP consagra um princípio geral de liberdade ‘nos quadros definidos pela Constituição’ que compreende tanto o princípio da liberdade de gestão como as liberdades de iniciativa económica e de empresa (...) por não existir qualquer obrigação legal de gerir um negócio de maneira a maximizar a receita fiscal do estado, podendo legitimamente optar-se pela via da menor tributação”²⁸. Quer-se com isto dizer que só se compreende que haja limitações ou restrições ao direito à livre iniciativa económica privada, dentro dos limites da lei e em nome do interesse público, compreendendo-se estas restrições constitucionais como uma verdadeira legitimação da responsabilidade social das empresas quer internamente, para com os trabalhadores, quer externamente, para com a sociedade politicamente organizada²⁹.

Face ao exposto, estamos em crer que a autonomia administrativa e o poder discricionário do Estado estão sempre condicionados pelo respeito dos direitos, liberdades e garantias, quer porque o Estado possui um dever de salvaguarda destes direitos constitucionais, no respeito pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico, funcionando como verdadeiros limites ao exercício dos poderes jurídicos ou de facto³⁰, quer porque as normas que os vinculam têm a faculdade de “comprimir ou mesmo ‘reduzir a zero’ os

26 *Ibidem*, 796-797.

27 *Ibidem*, 790.

28 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 41.

29 *Ibidem*, 791-792.

30 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, 230-231.

poderes discricionários”, revelando-se como um verdadeiro limite ao poder discricionário da Administração³¹.

1.2 PLANEAMENTO FISCAL LÍCITO E A LIBERDADE DE GESTÃO EMPRESARIAL

A liberdade de gestão empresarial está associada ao princípio da autonomia privada ou da vontade, garantindo aos contribuintes a liberdade de “planificar, propor e executar todos os meios lícitos de gestão que tenham ao seu dispor”³², optando pelos negócios que mais se adequam à obtenção da maior poupança fiscal possível³³.

Nesse sentido, tanto as pessoas singulares como as pessoas coletivas, no exercício destes direitos, têm a faculdade de agir economicamente através de atos jurídicos e não jurídicos³⁴, no quadro da autonomia privada. A autonomia privada, também designada por autonomia da vontade, pressupõe “o reconhecimento de que qualquer pessoa legalmente capaz se pode vincular por atos jurídicos”³⁵, materializando-se “na atuação de acordo com as *convicções de gestão*” dos sujeitos jurídicos³⁶.

Nesta esteira, é hoje reconhecido pelo ordenamento jurídico um verdadeiro direito à gestão de negócios e orientação das decisões de gestão, no quadro da licitude, em função da carga fiscal preexistente³⁷, estimulando a adoção de atos, factos, contratos ou situações jurídicas de evitação da aplicação da norma fiscal cuja carga tributária é mais onerosa em detrimento de outra que se adegue ao caso concreto e seja menos onerosa, promovendo a

31 *Ibidem*, 221.

32 Joaquim Freitas da Rocha, “Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal”, 1220.

33 Neste sentido, José Casalta Nabais, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3ª Edição, (Coimbra: Almedina, 2018), 48-49.

34 José Casalta Nabais, *Introdução...*, 49-50.

35 Joaquim Freitas da Rocha, “Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal”, 1219.

36 *Ibidem*, 1220.

37 Filipe Lobo Silva, *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*, (Coimbra: Almedina, 2016), 147-148.

maximização de resultados e minimização de custos. A este respeito referimo-nos à atuação *intra legem*, não raras as vezes promovida pela Administração Fiscal através dos designados desagravamentos fiscais, permitindo ao contribuinte escolher, de entre o vasto leque de opções legítimas suscetíveis de reduzir ou eliminar a carga tributária a que estaria adstrito, aquela que lhe é mais favorável³⁸.

Assim, no nosso entender, o planeamento fiscal é não só legítimo, porque situado dentro do quadro da normatividade e do espírito da lei, como vincula a liberdade de gestão empresarial – sendo o princípio motriz do planeamento fiscal, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, no seu Acórdão Halifax³⁹. A liberdade de gestão empresarial tem uma certa dimensão subjetiva, assente na dignidade da pessoa humana, o que justifica a sua consideração como direito subjetivo, sob a égide do direito à livre iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61.º da CRP. Este direito subjetivo possui duas vertentes: i) uma vertente decisória, que se manifesta na faculdade ou formação de vontade de exercer determinada atividade económica; e, ii) uma vertente organizativa, que pressupõe a liberdade de escolher o modo de organização e funcionamento da atividade económica.

Assim, a dimensão subjetiva da liberdade de empresa materializa-se “na escolha e forma organizativa da empresa e em vários outros aspetos da liberdade concreta de exercício criterioso de uma atividade económica, como é o caso das políticas financeiras seguidas, das liberdades de estabelecimento, de gestão de risco, de recursos humanos, estratégia, internacional, etc.”, e abrange a liberdade de minimização ou racionalização de custos e maximização de resultados, por forma a contribuir para “efetuar uma gestão tão criteriosa quanto aos meios e aos fins, naturalmente dentro dos pressupostos que justificam a existência da atividade comercial, quais sejam o da maximização responsável dos lucros.”⁴⁰.

38 Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Almedina, Coimbra, 2021, 44-45. Também neste sentido, Nuno Sá Gomes, *Evasão fiscal...*, 24.

39 *Vide*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.02.2006, Processo C-255/02, Halifax plc e outros contra Commissioners of Customs & Excise, Grande Secção e Conclusões do Advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 7 de abril de 2005.

40 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 41.

Sem prejuízo do que se acaba de mencionar, a doutrina tem vindo a considerar que a Lei Fundamental comporta não só um direito subjetivo como uma “liberdade fundamental de exercício da gestão fiscal” enquanto meio propulsor da redução do impacto económico do imposto⁴¹ na contabilidade da empresa, no respeito pelo princípio da legalidade e nunca extravasando as formas legítimas de gestão empresarial.

Neste seguimento, sob a égide da liberdade de gestão empresarial, aludiremos ao conceito de gestão privada, por se encontrar sindicada à liberdade de iniciativa económica e ao planeamento fiscal empresarial. Para Mike Reed e João Bilhim, o conceito de gestão privada “tende a aplicar-se à actividade desenvolvida por organizações empresariais – que visam o lucro, sujeitas às leis do mercado –, quer o seu capital seja total ou parcialmente privado ou público”⁴² e comporta três perspetivas: i) gestão enquanto instrumento para a realização de objetivos (perspetiva técnica); ii) gestão como processo social de negociação (perspetiva política); iii) gestão como mecanismo de controlo destinado à extração de mais-valias (perspetiva crítica)⁴³.

Desta forma, considera-se como boa gestão empresarial a administração racional, eficiente e eficaz de recursos, estabelecendo-se objetivos claros e estratégicos que visem o controlo de custos, bem como a adoção, no plano subjetivo, de práticas de incentivo à produtividade e rentabilidade dos trabalhadores e da empresa, por forma a maximizar o lucro obtido com a prossecução da atividade económica⁴⁴.

Considerando que a boa gestão empresarial tem por objetivo encontrar “as condições óptimas de realização e de articulação de operações”, para atingir os objetivos que as empresas se propuseram a prosseguir, numa lógica de “optimização da relação entre utilização de recursos e resultados”, por via do planeamento, organização, gestão e controlo⁴⁵, é

41 *Ibidem*, 41.

42 João Abreu de Faria Bilhim, *Ciência da Administração: Fundamentos da Administração Pública*, Coleção Manuais Pedagógicos, (Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2013), 13.

43 Mike Reed *apud* João Bilhim, *Ciência...*, 14-15.

44 Neste sentido, Henry Mintzberg *apud* João Bilhim, *Ciência...*, 15 e 16.

45 João Bilhim, *Ciência...*, 31.

importante que se estabeleça a distinção entre atos de gestão normal e anormal.

A doutrina e jurisprudência francesas introduziram a teoria do ato normal de gestão, a partir da qual se entende que todo o ato ou operação corrente que se compatibilize com a realização do objeto económico prosseguido pela empresa, inerente à finalidade da atividade prosseguida⁴⁶ é considerado um ato normal de gestão, por configurar a adoção de opções empresariais legítimas, no quadro da liberdade de gestão empresarial enquanto manifestação do planeamento fiscal lícito.

Em contrapartida, é considerado um ato anormal de gestão todo e qualquer ato estranho aos fins prosseguidos pela empresa, aferido pela técnica utilizada, que promove o planeamento fiscal abusivo ou ilícito por corporizar a adoção de opções empresariais ilegítimas, considerando-se que esse ato foi realizado tendo em vista a obtenção de um benefício empresarial ou económico, condição sem a qual esse benefício ou redução de custos económicos não ocorreria, sendo considerado ilegítimo por violação de lei⁴⁷.

Numa perspetiva mais recente, para a doutrina francesa o ato anormal de gestão é definido como um ato ou uma operação que se traduz num registo contabilístico que afeta o lucro tributável, sendo o ato ou operação estranhos ou contrários aos interesses da empresa. Inversamente, entende por ato normal de gestão aquele que diga respeito à gestão comercial normal e à obtenção de lucro no quadro da liberdade de gestão empresarial, reduzindo os riscos e maximizando os resultados.

Face ao exposto e em tom de conclusão, os atos anormais de gestão representam atos praticados em benefício do dirigente da empresa e dos seus corpos sociais, materializando-se num conjunto de atos estranhos ao interesse económico da empresa e em opções empresariais ilegítimas, porque contrárias à lei e ao ordenamento jurídico.

⁴⁶ Patrick Serlooten e Oliver Debat, *Droit fiscal des affaires*, 22ème Edition, Éditions Dalloz, 2023/2024, Section 3., sous-section 2, § 2., A. 53.

⁴⁷ Patrick Serlooten e Oliver Debat, *Droit fiscal*, Section 3., sous-section 2, § 2., A. 53.

1.3 ELISÃO FISCAL, UMA ATUAÇÃO *EXTRA LEGEM*

A doutrina tradicional ou clássica considera a elisão e evasão fiscais como parte integrante do planeamento fiscal ilícito, havendo por outro lado – sobretudo ao nível internacional – outros autores, designadamente aqueles que corporizam a doutrina moderna ou intervencionista, que discordam quanto à elisão fiscal, considerando-a do ponto de vista da legalidade e incorporando-a no planeamento fiscal lícito.

Independentemente dos circunstancialismos mencionados, é inquestionável que se trata de formas jurídicas distintas, cuja semelhança reside na existência de uma relação jurídico-tributária. Enquanto que na elisão fiscal o contribuinte pretende não entrar na relação jurídica, atuando antes de verificado o pressuposto da norma de incidência, na evasão fiscal procura sair dela, atuando depois de verificado o pressuposto da norma de incidência⁴⁸.

No nosso entendimento, a elisão fiscal diz respeito a comportamentos regulares e legítimos, no respeito pelo princípio da legalidade, conduzindo a atuações *extra legem*, no quadro da liberdade de gestão, escolha e autonomia privada, tendo em vista a escolha de negócios jurídicos mais vantajosos, do ponto de vista fiscal ou a liberdade de escusa de celebração de negócios jurídicos que conduzam a resultados fiscais mais onerosos – economia de opção⁴⁹ e poupança fiscal. Em sentido contrário, é nosso entendimento que a evasão fiscal diz respeito a comportamentos irregulares ou ilegítimos, que se materializam em atuações *contra legem*⁵⁰, que procuram iludir o credor, obstaculizando e manipulando as disposições legais tendo em vista obter a seu favor uma vantagem fiscal ou, na grande maioria dos casos, a exclusão da

48 Neste sentido, Alberto Pinheiro Xavier, *O negócio indireto em direito fiscal*, n.º 147, (Lisboa: Ciência e Técnica Fiscal, março de 1971), 10. Também neste sentido, Susana Aires de Sousa, *Os Crimes Fiscais...*, 45-46. A respeito da dicotomia entre planeamento fiscal lícito e ilícito, vide José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal...*, 21 e Fernando Rocha Andrade, *Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas*, (Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Económicas, Universidade de Coimbra, 1999/2001), 23-25.

49 José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal...*, 31, nota de rodapé n.º 19.

50 Entendemos por comportamentos *contra legem* todas as violações ostensivas da lei, seja porque não se declara o rendimento, o valor real da transação, ou até mesmo porque se deslocizam rendimentos para territórios com regime fiscal mais favorável, criando contas bancárias em nome de sujeitos fictícios, neste sentido vide Rita Calçada Pires, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2019, 149.

tributação, desvirtuando o princípio da legalidade e o dever geral de cidadania de pagamento de impostos e sobrecarregando os contribuintes cumpridores, designadamente a classe média trabalhadora.

A doutrina tradicional ou clássica, protagonista da associação do princípio da legalidade tributária ao princípio da tipicidade na tributação, cuja origem remonta ao código alemão, é defendida por autores alemães como Albert Hensel, Von Wallis, Wacke, Tipke, Landemann, Kruse, Höppner, Bühler e Spanner, e portugueses como Alberto Xavier, Gustavo Lopes Courinha e Marta Caldas.

A doutrina tradicional ou clássica, pautada pelo conceito liberal de imposto, pelo princípio da tipicidade taxativa, legalidade formal, subsunção lógico-dedutiva dos factos e métodos de interpretação declarativa⁵¹, considera tanto o conceito de evasão como elisão fiscal no planeamento fiscal ilícito, traduzindo-se na evitação abusiva de encargos fiscais⁵², por via do desrespeito material dos objetivos da norma fiscal e do espírito da lei. Ainda que no segundo caso – elisão fiscal – não haja uma violação da letra da lei (respeito formal da norma fiscal)⁵³, a doutrina tradicional considera que esta violação é indireta por contrariar o espírito e as finalidades levadas a cabo com a norma jurídica⁵⁴, reconduzindo-se ao aproveitamento das imprecisões ou insuficiências legais.

Inversamente, a doutrina moderna ou intervencionista, defendida por autores como Nuno Sá Gomes, Domingos Pereira de Sousa, Ana Paula Dourado, José Casalta Nabais e Cecília Xavier, pautada pela conceção de imposto como dever geral de cidadania, pelo princípio da legalidade entendido como princípio da juridicidade, considera que é admissível no ordenamento jurídico a integração de lacunas ou casos omissos, nos termos do artigo 11.º n.º 4 da Lei Geral Tributária (LGT), desde que o caso concreto caiba no sentido teleológico ou intencional da norma, quando estejamos perante atuações *extra legem* que a norma jurídica não preveja, ou a interpretação

51 Alberto Pinheiro Xavier, *Conceito...*, 267-268.

52 José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal...*, 22-23.

53 Marta Caldas, *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal*, Cadernos IDEFF, n.º 18, (Coimbra: Almedina, 2015), 25.

54 *Ibidem*, 24-25. Também neste sentido, Gustavo Lopes Courinha, *Cláusula geral anti-abuso no direito tributário: contributos para a sua compreensão*, (Coimbra: Almedina, 2009), 16.

extensiva para os casos em que haja insuficiências legais, pois as normas tributárias são gerais e abstratas, não prevendo um elenco taxativo e exaustivo de todos os casos passíveis de tributação⁵⁵.

Mais considera esta parte da doutrina que a elisão fiscal corresponde à escolha do negócio jurídico menos oneroso, à luz do direito à poupança fiscal, traduzindo-se em atuações comportamentais *intra legem* ou *extra legem*, enquanto a evasão fiscal preconiza a “utilização abusiva de formas jurídicas, com o único objetivo de reduzir ou evitar a aplicação da norma de incidência tributária”⁵⁶, reconduzindo-se a atuações *contra legem* sob a forma de: i) simulação, nos termos da cominação estabelecida pelos artigos 240.º e 241.º n.º 1 do Código Civil, 38.º n.º 2 LGT e 103.º n.º 1 al c); ii) abuso de direito, sob a forma de abuso de formas jurídicas e abuso de direito subjetivo, de acordo com a cominação dos artigos 334.º CC, 38.º LGT, 483.º e ss. e 294.º CC; e iii) fraude à lei, ao abrigo das disposições normativas do 281.º CC e 38.º n.º 2 LGT.

A este respeito, destacamos que a cláusula geral antielisiva ou antiabuso, consagrada pelo legislador fiscal no artigo 38.º da LGT, fora instituída tendo em vista a prevenção de eventuais práticas elisivas, isto é, de planeamento fiscal abusivo. Entendida como medida de repressão de negócios e operações jurídicas que se traduzam em comportamentos que colocam em causa os princípios da justiça fiscal e da capacidade contributiva, uma vez que são considerados ilícitos à luz da legislação comercial e civil, celebrados e levados a cabo com o propósito exclusivo ou primordial de elidir a aplicação das regras tributárias que originam obrigações de pagamento de imposto⁵⁷.

Deste modo, conclui-se que a doutrina moderna é defensora de um conceito de elisão fiscal bem mais amplo comparativamente com o conceito adotado pela doutrina tradicional, assentando na premissa de que “a utilização

55 Cecília Xavier, *A proibição da aplicação analógica da lei fiscal no âmbito do estado social de direito*, (Coimbra: Almedina, 2006), 210-224; Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal*, 185-186; Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal...*, 61 e ss.; José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para uma compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, (Dissertação de Doutoramento em Ciências jurídico-políticas, Universidade de Coimbra), 4.ª reimpressão, (Coimbra: Almedina, 2015); José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal*, 42-45.

56 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 157.

57 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 160-161. Também neste sentido, Nuno Sá Gomes, *Evasão fiscal...*, 25.

de uma legislação mais vantajosa não é, por si só, suficiente para se concluir pela existência de uma utilização abusiva do sistema fiscal”⁵⁸, isto é, a linha de fronteira que separa a opção lícita da ilícita depende da intencionalidade levada a cabo pelo contribuinte com a racionalização dos seus custos. É lícita a opção pelo negócio fiscalmente menos oneroso, no quadro da autonomia privada, desde que essa escolha não corporize um comportamento dissimulador ou simulatório de um determinado facto ou situação tributável perante a Administração tributária⁵⁹, nem violador da liberdade de conformação jurídica dos negócios jurídicos ou dos factos tributários, dando corpo a situações claras de evasão fiscal⁶⁰.

Sem prejuízo do argumentário das correntes tradicional e moderna, intervencionista ou pós-keynesiana, importa-nos avançar com o nosso entendimento.

Desde logo, consideramos fundamental a destrição entre elisão e evasão fiscal, não só pela nomenclatura utilizada que as distingue, mas também pela conceitualização que as envolve. Ora, se a elisão e a evasão fiscal conduzissem a conceitos sinónimos e indissociáveis, tal como preconiza a doutrina tradicional, porque haveria a doutrina fiscalista de separar a nomenclatura em dois? A resposta a esta questão parece-nos radicar no propósito da sua distinção enquanto formas de atuação que concorrem no âmbito do planeamento fiscal, mas que conduzem a práticas diversas, lícitas e ilícitas, respetivamente.

É nosso entendimento que estamos no campo do planeamento fiscal lícito sempre que exista uma opção empresarial legítima, tendente à redução ou exclusão da carga fiscal aplicável, por via da adoção de negócios jurídicos menos oneroso (gestão normal de negócios)⁶¹, por se tratar de uma atuação *intra legem* ou *extra legem* (elisão fiscal). Neste segundo caso, é admissível a

58 *Ibidem*, 159. O TJUE tem vindo a sustentar a legitimidade da elisão fiscal internacional, desde logo em matéria de direito ao planeamento fiscal empresarial das sociedades *Holding*, com o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, proferido no Processo C-196/04. Destaque-se que a jurisprudência europeia tem vindo a considerar lícita a conduta empreendida pelo contribuinte visando a obtenção de um regime fiscal mais favorável, desde que o objetivo único não seja o propósito fiscal ou, dito de outro modo, a redução da carga tributária.

59 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 161-162.

60 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 48.

61 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 157.

integração do caso concreto por via de recursos a métodos de interpretação adequados – interpretação extensiva e/ou analógica do caso concreto, no respeito pelo artigo 11.º n.º 4 LGT –, no quadro do exercício do direito à livre iniciativa económica privada e da autonomia da vontade, configurando nada mais nada menos que um verdadeiro direito subjetivo dos contribuintes – o direito à poupança fiscal.

Assim, a gestão normal de negócios reconduzir-se-á à ideia de economia fiscal, na medida em que a boa gestão empresarial pressupõe, não só o cumprimento de metas e objetivos estratégicos inerentes à política interna da empresa, e externos aliados à responsabilidade social da empresa em contribuir para os objetivos de desenvolvimento sustentável, como a adoção de métodos, atos e contratos que onerem o mínimo possível a empresa, por forma a contribuir para a manutenção da vida saudável desta.

Por tudo o que se acaba de dizer, estamos seguros de que a elisão fiscal, quanto muito, será expressão de uma técnica de redução consciente e planeada da obrigação tributária – desde que este não seja o único objetivo das partes aquando da escolha de um tipo negocial menos oneroso em detrimento de um mais oneroso – por parte das entidades empresariais que celebram atos ou negócios jurídicos no mercado concorrencial, à escala global.

Por fim, parece-nos que situar a elisão fiscal no quadro do planeamento fiscal abusivo, por se considerar que reconduz a um aproveitamento, por parte dos contribuintes, de uma imprecisão normativa, poderá ser contraproducente, uma vez que a elisão fiscal é uma manifestação da liberdade de gestão empresarial, enquadrada no direito fundamental à livre iniciativa económica privada (art 61.º CRP), que pressupõe a liberdade de criação de empresas, liberdade negocial e de estipulação de conteúdo (405.º CC) e a liberdade de organização e atividade da empresa, resultando numa verdadeira liberdade de decisão dos atos a adotar.

No nosso entendimento, em caso de escolha da forma jurídica desadequada e geradora de uma poupança fiscal abusiva ou ilícita, deve proceder-se à desconsideração dos efeitos fiscais do negócio jurídico adotado, tributando-se o negócio jurídico sob a forma que deveria ter sido adotada pelo

contribuinte⁶², nos termos da cláusula geral antiabuso do artigo 38.º da LGT, privilegiando-se o princípio da prevalência da substância sob a forma⁶³.

A este respeito, sublinhamos que, do ponto de vista material, o ordenamento jurídico português partiu do princípio da substância sob a forma, procedendo à criação do instituto da cláusula geral antiabuso, privilegiando a sua substância ou realidade financeira, em detrimento da forma legal adotada⁶⁴.

Havendo dúvidas sobre a atuação no quadro das opções legítimas ou ilegítimas, a lei fiscal portuguesa faz depender a aplicação da CGAA (“*shotgun approach*”)⁶⁵, prevista no artigo 38.º LGT, de procedimento especial e regime de informação vinculativa com deferimento tácito, ficando obrigada a um dever de informação, no quadro legal do artigo 63.º n.º 3 LGT, sujeitando-se a sua aplicabilidade a audição prévia do contribuinte e a procedimento de inspeção tributária⁶⁶.

Quer-se com isto dizer que a aplicação da cláusula geral antiabuso está, em situações de fronteira entre as opções empresariais legítimas ou ilegítimas, na dependência de procedimento próprio acompanhado de um dever de fundamentação da Administração Tributária e respetivo ónus da prova da verificação dos pressupostos de aplicabilidade da respetiva cláusula⁶⁷, e em todos os casos, sem exceção, na dependência da interpretação e integração do caso concreto na lei fiscal vigente.

No tocante à prevenção do planeamento fiscal ilícito ou ilegítimo, o ordenamento jurídico-tributário português contempla, ainda, as cláusulas especiais antiabuso ou antielisão (“*sniper approach*”)⁶⁸ que, embora tenham em

62 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 181.

63 Para melhor compreensão do princípio da prevalência da substância sob a forma, nos casos de planeamento fiscal abusivo ou ilícito, *vide* José Luís Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal...*, 62-73; Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 180 e 181; João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 69-70.

64 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 69.

65 *Ibidem*, 137.

66 Domingos Pereira de Sousa, *Direito Fiscal...*, 167-169; João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 144.

67 Recai sobre a Administração tributária o ónus da verificação de que a operação realizada corresponde inteiramente a uma gestão anormal da empresa – conceito defendido pela jurisprudência e doutrina francesa – submetendo-o a um “*business purpose test*”, devendo a fundamentação incidir sobre os elementos considerados no preceito legal do artigo 63.º n.º 9 do CPPT. Neste sentido, *vide* Clotilde Celorico Palma, in João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 144, nota de rodapé n.º 50.

68 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 137.

comum a prevenção de práticas ilícitas através da celebração de atos, contratos ou negócios jurídicos tendentes a evitar, reduzir ou eliminar a tributação, distinguem-se das cláusulas gerais, desde logo, por consistirem em normas jurídicas especiais, que vinculam situações específicas de planeamento fiscal abusivo, que a lei procurou prevenir e/ou evitar⁶⁹.

Deste modo, no campo do planeamento fiscal abusivo, ilícito ou ilegítimo, há lugar à aplicabilidade de cláusulas gerais e cláusulas especiais antiabuso ou antielisivas, recaindo sobre a AT o respetivo ónus da prova e dever de fundamentação, à luz da interpretação jurídica ao caso concreto.

Em suma, considerando que é perfeitamente válido que haja um aproveitamento, uma liberdade de escolha do contribuinte, no quadro das opções legítimas, pelo negócio jurídico menos oneroso, tendo em vista a redução da carga fiscal, ainda que este conduza a situações jurídicas que se traduzam em verdadeiras lacunas ou casos omissos na lei, entendemos a elisão fiscal como uma prática situada dentro do planeamento fiscal legítimo.

Este tipo de comportamentos induz uma ideia de poupança fiscal associada à ideia de boa gestão empresarial, o que potencia a maximização dos resultados ou lucros e a minimização dos custos ou gastos⁷⁰, de forma lícita e, consequentemente, uma maior competitividade para a empresa em questão, na medida em que ao nível empresarial deve existir a preocupação de conciliar a estratégia fiscal com a estratégia global da empresa, pois o conhecimento dos benefícios fiscais propicia uma gestão fiscal eficiente, correspondendo as suas vantagens, do ponto de vista empresarial, a mais do que uma simples redução do imposto, potenciando o crescimento empresarial e o incremento da competitividade.

1.4 A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA

A liberdade de empresa, enquanto manifestação da liberdade de iniciativa económica, apresenta-se como pressuposto essencial da vigência do direito

69 *Ibidem*, 138.

70 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 41.

concorrencial⁷¹, do ponto de vista empresarial, na medida em que pressupõe a faculdade de criar e gerir uma entidade empresarial. Neste sentido entendemos a liberdade de exercício como condição essencial da noção de empresa.

Desta forma, a liberdade de concorrência é entendida como princípio de ordem pública económica⁷², uma vez que diz respeito à existência de uma pluralidade de entidades empresariais que concorrem entre si, à luz do princípio da livre iniciativa económica privada, levando a cabo uma determinada atividade económica para a prossecução dos seus interesses, visando a obtenção de lucro.

O ordenamento jurídico português impõe um conjunto de restrições legislativas ao direito à livre iniciativa económica privada, enquanto direito fundamental e garantia constitucional dos particulares, designadamente quanto à natureza de certas atividades económicas: i) restrições à liberdade de empresa⁷³ – Lei de Delimitação dos Setores⁷⁴ e atual Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, que regula o acesso da iniciativa económica a determinados setores de atividades económicas, vedados à iniciativa económica privada, em nome do interesse público; restrições ao setor bancário, limitando a constituição de instituições de crédito, sob a forma de sociedade anónima⁷⁵, sujeitando a sua constituição à prévia autorização do Banco de Portugal, enquanto autoridade administrativa competente⁷⁶; restrições às atividades de seguradoras, nos termos da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, na sua versão

71 Domingos Pereira de Sousa, *Direito empresarial*, (Lisboa: Quid Juris, 2020), 16-17.

72 Manuel Couceiro Nogueira Serens, *A Monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, (Tese apresentada no curso de Doutoramento em Direito na Área de Ciências Jurídico-Empresariais, Universidade de Coimbra, 2006), Almedina, 2007, 11. A propósito da ascensão da liberdade de concorrência, em termos legislativos, nos ordenamentos jurídicos francês, alemão, português e anglo-saxónico, *vide* 12-29.

73 Domingos Pereira de Sousa, *Direito empresarial*, 41-42.

74 A Lei n.º 46/77, de 8 de julho, entretanto revogada pelas Leis n.ºs 88-A/97, de 25 de julho; 17/2012, de 26 de abril e 35/2013, de 11 de junho, foi previamente sujeita a apreciação preventiva da constitucionalidade, mormente do seu artigo 1.º n.º 1 do Decreto n.º 106/V da Assembleia da República, aprovado a 20 de julho de 1988 e promulgado a 22 de julho do mesmo ano. Nesse sentido, *vide* Ac. n.º 186/88 do Tribunal Constitucional, processo n.º 344/88, Relator Conselheiro Cardoso Costa.

75 Conforme dispõem os artigos 2.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro, posteriormente revogado pelo Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de fevereiro, sujeito a cinco alterações, dando lugar aos atuais e vigentes artigos 3.º e 14.º n.º 1 al b) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

76 Veja-se que esta autorização prévia, disposta no artigo 16.º do RGICSF, é condicionada pela apresentação de um conjunto de elementos essenciais e complementares, tendentes à satisfação das necessidades económico-financeiras nacionais, regionais ou locais, nos termos do artigo 17.º do RGICSF e, conforme previa o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro.

mais recente do Decreto-Lei n.º 56/2021, de 30 de junho, que transpõe a Diretiva 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício; restrições à constituição de sociedades profissionais, como as sociedades de despachantes oficiais, sociedades de advogados e solicitadores e agentes de execução, limitando a liberdade de empresa à exigência da detenção pelos seus sócios de determinadas qualificações.

2. PLANEAMENTO FISCAL EMPRESARIAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O planeamento fiscal ilícito ou abusivo, consubstanciado numa atuação ilícita ou *contra legem*, materializada em opções empresariais ilegítimas, tendo em vista a redução ou eliminação da carga tributária com o único objetivo de defraudar os cofres do Estado, ou seja, “enriquecer” ou maximizar o lucro à custa do “empobrecimento” do Estado, trata-se de uma atuação desconforme com a normatividade jurídica e potencia a concorrência desleal entre empresas, colocando as empresas que adotam uma gestão empresarial legítima numa posição inferior e desvantajosa em relação àquelas que prosseguem uma gestão empresarial ilegítima.

À luz dos artigos 81.º al f) e 99.º alíneas a), c) e e), todos da CRP, conjugados com os artigos 101.º a 113.º do TFUE, estabelece-se o princípio da livre concorrência, revelando-se uma das incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social, garantindo a erradicação de práticas concorrenciais desleais e o abuso de posição dominante⁷⁷, através da adoção de políticas públicas que promovam a concorrência leal entre os agentes económicos, o combate à especulação de preços e às práticas comerciais restritivas⁷⁸.

O princípio da livre concorrência é um valor fundamental do ordenamento jurídico europeu e português, que tem por objetivo primacial a garantia de um funcionamento equilibrado e eficiente da economia de mercado, contribuindo para a proteção dos cidadãos/consumidores.

⁷⁷ Vide artigo 102.º TFUE.

⁷⁸ A título de exemplo, vide artigo 101.º TFUE, sobre a proibição total de acordos suscetíveis de restringir a concorrência.

Assim, por forma a alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do TUE, a União e os Estados-membros devem desenvolver um conjunto de políticas económicas e monetárias onde se definam objetivos comuns e potenciem o modelo de economia de mercado aberto e a livre concorrência entre empresas, em ordem ao estabelecimento dos seguintes critérios: sustentabilidade, solidariedade, equilíbrio económico, orçamental e monetário e justiça social conforme dispõem os artigos 3.º e 119.º e ss. do TFUE.

Face ao exposto, compete à União o estabelecimento de regras que impeçam o falseamento da concorrência, ou – numa expressão mais recente, introduzida pelo Tratado de Lisboa e materialmente inserida no atual artigo 3.º do TFUE e Protocolo n.º 27 – que sejam necessárias ao funcionamento do mercado interno, de forma livre e dinâmica⁷⁹, conforme previsto no Regulamento das Concentrações Comunitárias⁸⁰ e no Capítulo I do Título VII do TFUE.

2.1 CONCORRÊNCIA FISCAL E A LIBERDADE DE EMPRESA

A segunda metade do século XX, fortemente influenciada pelo crescimento do fenómeno da globalização, foi marcada pelo reforço do papel do Estado e respetivos poderes públicos, orientados para a promoção do bem-estar social, crescimento económico e correção das desigualdades sociais, em prol da justa distribuição dos rendimentos e da riqueza, numa sociedade onde, paulatinamente, se verificam distorções concorrenciais.

Ao crescimento do fenómeno da globalização, associamos a emergência da competitividade fiscal, também denominada por concorrência fiscal ou, de acordo com a doutrina anglo-saxónica, *tax competition*⁸¹.

79 Sobre a política de concorrência no mercado interno europeu, *vide* Stephanie Honnefelder e Roberto Silvestri, “A Política de Concorrência”, Ficha Técnica sobre a União Europeia, 2017, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/030201/04A_FT\(2013\)030201_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/030201/04A_FT(2013)030201_PT.pdf).

80 V. Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

81 Apesar da terminologia em torno da *tax competition* ser palco de uma querela doutrinária, não nos ocuparemos de a abordar, uma vez que, em termos gerais, a doutrina portuguesa tem vindo a adotar as terminologias “concorrência fiscal” e “competitividade fiscal” tanto à luz de um conceito macroeconómico ou em sentido amplo, para significar as relações que se estabelecem entre Estados, como à luz de um conceito microeconómico ou em sentido restrito, para significar as relações que se

Considerando que a concorrência fiscal não é apenas um fenómeno da microeconomia, cujo objeto de estudo se centra nas relações tributárias entre entidades empresariais, mas também um fenómeno da macroeconomia, uma vez que o direito da concorrência⁸² coloca a tónica nas relações tributárias entre Estados e organizações internacionais⁸³, analisamos a concorrência fiscal entre Estado e respetivas restrições, nos termos da legalidade, percebendo a forma como a concorrência fiscal entre Estados e o direito ao planeamento fiscal se podem influenciar mutuamente.

O fenómeno da concorrência fiscal ou *tax competition* pressupõe a existência de várias jurisdições com poder tributário próprio e autónomo. A este propósito, referimo-nos a autonomia total – poder tributário próprio atribuído aos Estados federados em relação ao Estado Federal – e a autonomia parcial – autonomia atribuída à Administração Regional e Local em relação à Administração Central⁸⁴.

Face ao exposto, um Estado será mais competitivo, do ponto de vista fiscal, se verificados os seguintes elementos ou incentivos: i) criação de postos de trabalho, ii) captação de capital e investimento estrangeiro, através de medidas fiscais mais favoráveis; iii) promoção de *know-how*, adaptando-o à evolução tecnológica da sociedade global⁸⁵. Por conseguinte, será mais bem posicionado em termos de concorrência o Estado que, do ponto de vista meritório, tenha um maior êxito em atingir os fins a que se propõe, comparativamente com os que se situam na mesma linha de concorrência; a título de exemplo compare-se os Estados-membros da União Europeia⁸⁶.

estabelecem entre agentes económicos privados, isto é, entre entidades empresariais. Neste sentido, *vide* João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 432 e Fernando Rocha Andrade – Concorrência fiscal..., 10, nota de rodapé n.º 11.

82 A primeira manifestação do direito da concorrência remonta ao Regulamento (CEE) n.º 4064/89, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, sendo pela primeira vez transposto para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, tendo sofrido alterações por via do Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio. Mais tarde fora estabelecido o regime jurídico da concorrência pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, alterada pelos Decretos-Lei n.ºs 219/2006 e 18/2008, respetivamente datados de 2 de novembro e 29 de janeiro. Atualmente, o novo regime jurídico da concorrência consta da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na redação mais recente da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

83 Neste sentido, João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 432.

84 Fernando Rocha Andrade, *Concorrência fiscal...*, 10.

85 João Ricardo Catarino designa por recursos móveis os elementos/incentivos à progressão da competitividade. João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 432.

86 A respeito da concorrência fiscal/competitividade fiscal na União Europeia, *vide* Maria do

2.2 CONCORRÊNCIA FISCAL E PLANEAMENTO FISCAL

A concorrência fiscal está associada à ideia de planeamento fiscal, na medida em que, por um lado, os Estados concorrem pela maior arrecadação de receitas possível e contenção das respetivas perdas – associação entre planeamento fiscal estadual e concorrência fiscal estadual – e, por outro lado, os agentes económicos privados, à luz dos direitos fundamentais que lhe são atribuídos por via constitucional, designadamente o direito à livre iniciativa económica privada (art 61.º CRP) e as liberdades de gestão empresarial, de empresa e do empresário, adaptam os seus comportamentos em função dos impostos a que estão sujeitos, procurando reduzir ou até eliminar a carga fiscal a que estavam adstritos, a isto chamamos de direito à habilitação fiscal, gestão fiscal ou poupança fiscal, associada ao planeamento fiscal empresarial e à concorrência fiscal empresarial⁸⁷.

Desta forma, a habilitação fiscal aproveita os Estados mais competitivos do ponto de vista fiscal, designadamente mais apelativos à atração e fixação de investimento e capital⁸⁸, tanto por via da adoção de políticas fiscais menos penalizadoras quanto por via da construção de sistemas fiscais menos complexos, pautados pela celeridade e simplicidade na tributação, garantindo a segurança no tráfego jurídico. Nesta esteira, o direito à liberdade de gestão empresarial apresenta-se como entrave à concorrência fiscal, ao funcionamento e à sobrevivência do Estado social, mas como direito fundamental e/ou subjetivo dos contribuintes.

A título exemplificativo, veja-se o caso das jurisdições não cooperantes em matéria fiscal, que potenciam a concorrência desleal entre Estados e empresas e o planeamento fiscal ilícito ou abusivo, estabelecidas pelo Conselho Europeu a 18 de fevereiro de 2025⁸⁹, submetidas a um forte sigilo bancário

Rosário Anjos, “Concorrência fiscal, competitividade e coesão social na União Europeia”, disponível em *ULP Law Review – Revista de Direito da ULP*, Special Edition, 06-02-2022, 85-103.

87 Neste sentido, João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 432-433 e Fernando Rocha Andrade, *Concorrência fiscal...*, 11.

88 João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coord.), *Lições...*, 433.

89 Lista disponível na página oficial do Conselho Europeu. Em 18 de fevereiro de 2025, o Conselho Europeu atualizou a lista da União Europeia de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, tendo mantido na lista os seguintes países: Anguila, Fiji, Guame, Ilhas Virgens dos Estados Unidos, Palau, Panamá, Rússia, Samoa, Samoa Americana, Trindade e Tobago e Vanuatu. Foram retirados do Anexo II a Costa Rica e Curaçau, por força do cumprimento dos seus compromissos e aditado ao Anexo II o Brunei Darussalá, por se ter comprometido a alterar ou abolir o regime de isenção para rendimentos provenientes de fonte estrangeira, até ao final do próximo ano. Note-se que as atualizações à presente

e violadoras dos critérios fundamentais da boa governança, transparência e dever de informação.

Estas jurisdições adotam uma política fiscal agressiva, funcionando como verdadeiros centros *offshore*, que, apesar de contribuir para a erosão das bases tributárias e consequente crescimento da criminalidade, configuram-se como regimes aliciantes dos contribuintes, potenciando a concorrência desleal em relação aos Estados-membros da UE, na medida em que a economia social de mercado inerente aos Estados modernos carece de avultadas receitas para fazer face às avultadas despesas públicas, essenciais à satisfação de necessidades coletivas.

2.3 O PLANEAMENTO FISCAL ABUSIVO E A CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL

A propósito da concorrência fiscal (des)leal empresarial e a respetiva correlação com o planeamento fiscal (i)lícito, referimo-nos às Sociedades *holding*, como caso-tipo de sociedades associadas ao planeamento fiscal abusivo ou ilícito, pela maioria da doutrina, uma vez que a sua constituição societária, à luz da liberdade de exercício da atividade económica e do direito à livre iniciativa, é levada a cabo com o fim de estabelecer acordos entre empresas, supervisão interna e externa, mormente para fins fiscais, por se encontrarem sediadas em territórios cujos regimes fiscais são privilegiados, territórios que funcionam como verdadeiros paraísos fiscais e centros *offshore*⁹⁰.

No ordenamento jurídico português, as Sociedades Gestoras de Participações Sociais, doravante SGPS, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro⁹¹, aparecem-nos como um tipo societário, sob

lista, realizam-se duas vezes em um ano, designadamente nos meses de fevereiro e outubro.

90 António Menezes Cordeiro, “Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, *Revista O Direito*, Ano 133, n.º 3, (julho-setembro de 2001), 559-564.

91 Pese embora tenham sido introduzidas juridicamente em 1988, as SGPS foram pela primeira vez chamadas à colação em 1957 com o Decreto-Lei n.º 41 403, de 27 de novembro de 1957, por força da necessidade de reestruturação do setor bancário e do sistema de crédito. Atualmente as SGPS são reguladas por diploma especial – Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro – e subsidiariamente pelo Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC. Neste sentido e a propósito do surgimento e evolução legislativa das sociedades tipo *holding* no ordenamento jurídico português, *vide*, António Menezes Cordeiro, “Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, 565-573. Também neste sentido, Joana do Rosário Ponte – As sociedades gestoras de participações sociais e o impacto no ordenamento

a modalidade de *holding* puras, de enorme relevo para o tecido empresarial português⁹².

Tendo por objetivo, a título principal, a gestão de participações sociais de outras sociedades, as SGPS facilitam e incentivam a criação de grupos económicos. Apesar de poderem ser constituídas sob a forma de sociedade anónima ou por quotas⁹³, conforme dispõe o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, impõe-se-lhes restrições à liberdade de empresa enquanto manifestação do princípio da autonomia privada, na medida em que estão vinculadas a um conjunto de regras imperativas e a um objeto social predefinido por lei, designadamente por regra injuntiva⁹⁴, não podendo dele diferir, sob pena de nulidade⁹⁵.

jurídico português, Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Instituto Politécnico de Leiria, 2015, Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa.

92 O enorme contributo das sociedades *holding* para o tecido empresarial português é, nas palavras de Júlio Tormenta, um fenómeno que parte da internacionalização da economia portuguesa e que tem repercussões até aos dias de hoje. *Vide*, Júlio Tormenta, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais como instrumento de planeamento fiscal e os seus limites*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011, 17. Neste sentido também, Miguel Pestana de Vasconcelos, “A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há menos de um ano”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2010, Ano 70, Vol. I/IV, 2010.

93 A respeito da constituição de uma SGPS segundo o tipo de sociedade anónima, por quotas ou unipessoal por quotas, *vide* José Engrácia Antunes, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais, Direito das Sociedades em Revista*, Editora Almedina, 2009, 77, 80 e 102; também a este respeito, António Borges e João Carlos Monteiro de Macedo, *Sociedades Gestoras de Participações Sociais: Aspectos Jurídicos, Fiscais e Contabilísticos*, Áreas Editora, 4.ª Edição, 2007, 11-12.

94 De acordo com Hugo Moredo Santos, o objeto social das SGPS encontra-se legalmente delimitado através de uma regra injuntiva. Leia-se regra injuntiva como “as que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido”, conforme defende Oliveira de Ascensão. *Vide*, Hugo Moredo Santos, *SGPS: Gestão de participações sociais como forma indireta de exercício de atividades económicas*, Direito dos valores mobiliários, Vol. VIII, (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 370, nota de rodapé 30. Acrescente-se que, embora as SGPS levem a cabo uma atividade principal, concretizada na gestão de participações sociais de outras sociedades, duas atividades acessórias as acompanham, uma resultante da aplicação de excedentes de tesouraria, por via da aquisição de participações financeiras e uma segunda provinda da prestação de serviços técnicos de administração e gestão, tanto com as sociedades participadas como com aquelas com quem tenham celebrado um contrato de subordinação, as chamadas sociedades subordinadas, conforme dita o artigo 4.º do DL n.º 495/88, de 30 de dezembro, *vide* António Borges e João Carlos Monteiro de Macedo, *Sociedades...*, 13 e Maria Amélia Barradas Carlos, “Breves notas sobre o regime fiscal das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (Ano 82, maio de 2022), 251-252.

95 A nulidade, nos termos do art 286º do CC, pode ser invocável a todo o tempo pelos interessados, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal. *Vide*, Hugo Moredo Santos, *SGPS...*, 370. A propósito do vício de nulidade do contrato de sociedade, Moredo Santos lança, ainda, várias questões acerca da possibilidade de aplicação das regras subsidiárias das sociedades anónimas, por quotas e em comandita do art. 42º do CSC e da possibilidade de aplicação das regras de dissolução administrativa do art. 8º n.º 2 do DL 495/88, por força da regra injuntiva a que está obrigado o objeto social das SGPS, questão que não nos ocuparemos aqui, mas que merece uma cuidada atenção.

Até à entrada em vigor da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, as SGPS eram entendidas pelo ordenamento jurídico português como um instrumento de planeamento fiscal abusivo ou ilícito⁹⁶, conforme preceituava o artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, doravante EBF. Considere-se que num lapso temporal de dez anos, de 2003 a 2013, o Estatuto dos Benefícios Fiscais estabelecia o regime fiscal das SGPS, em ordem à sua consideração enquanto mecanismo de planeamento fiscal e forma societária mais desejada do ponto de vista da gestão fiscal. O seu artigo 32.º n.º 2 beneficiava fiscalmente estas sociedades em matéria de IRC, sendo alvo de uma delimitação negativa ou isenção as mais-valias realizadas por estas sociedades através da transmissão onerosa de participações sociais, desde que detidas por período não inferior a um ano. Nestes moldes, o rendimento resultante das mais-valias seria excluído do lucro tributável em IRC, não sendo as mais-valias objeto de tributação.

Após a entrada em vigor da presente Lei, que introduziu a reforma da tributação das sociedades, com o objetivo primordial de alcançar a neutralidade fiscal do regime jurídico das SGPS, desassociando esta forma jurídica de planeamento fiscal abusivo, as SGPS: i) passaram a obedecer ao regime geral do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (CIRC), já instituído no ordenamento jurídico desde a Reforma de 1988, assim como as demais sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial que prossigam uma atividade económica de forma direta⁹⁷; ii) pese embora o ordenamento jurídico-tributário tenha revogado o EBF, as consequências jurídicas relativas à inobservância do objeto social, nos termos da cominação dos artigos 8.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 495/88, mantiveram a sua vigência; iii) a figura das sociedades de controlo, associadas a uma ideia de domínio, que pouco ou nada tinha que ver com a figura preceituada no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais, foi abandonada, dando lugar à adoção da terminologia de SGPS, por forma a que fosse constituído, no ordenamento jurídico português, um quadro legal que permitisse aos empresários reunir as

96 Conforme defende Maria Amélia Barradas Carlos, as SGPS contribuíam fortemente para o planeamento fiscal ilícito, abusivo ou agressivo, *vide* Maria Amélia Barradas Carlos, “Breves notas sobre o regime fiscal das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)”, 252.

97 Daqui resulta a aplicabilidade ao rendimento global líquido de uma taxa de 21%, correspondente à coleta propriamente dita, ao abrigo do disposto no artigo 87.º n.º 1 do CIRC, em resultado do dever geral de cidadania de pagamento de impostos.

suas participações sociais, numa lógica de gestão centralizada e especializada, numa única sociedade, cujo propósito assentaria nessa mesma gestão⁹⁸, como forma indireta do exercício de atividades económicas⁹⁹; iv) expandiu-se o regime fiscal de não tributação das mais valias realizadas através de transmissão onerosa de participações sociais, já vigente para as SGPS, pela mão do artigo 32.º n.º 2 do EBF, a todas as sociedades; v) extensão do regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, introduzido pela Reforma do IRC, designadamente pelo seu artigo 67.º do CIRC, a todos os sujeitos passivos de IRC, incluindo às SGPS.

Face ao exposto, com a revogação do EBF, a Reforma do IRC e a Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, que instituiu o Orçamento de Estado para 2014, aos dias de hoje as SGPS não nos apresentam com um regime jurídico mais benéfico do ponto de vista fiscal, na medida em que, i) em matéria de direito à dedução de encargos e não tributação de mais-valias, estas encontram-se legalmente equiparadas aos demais tipos societários e ii) possuem restrições à liberdade de empresa, vinculadas à regra injuntiva de cumprimento do objeto social.

Mais se acrescenta que, apesar de possuírem vantagens de natureza financeira administrativa, como a maior diversificação de investimentos e uniformização de procedimentos, maior celeridade e exequibilidade de financiamento externo e uma maior facilidade no acesso ao crédito entre a sociedade dominante e as sociedades participadas, fatores que contribuem para a redução do risco financeiro e, por conseguinte, atenua a possibilidade de perda de capital investido¹⁰⁰, esta posição não lhes logra uma conotação pejorativa, no sentido de serem consideradas no quadro do planeamento fiscal abusivo ou

98 Neste sentido, Maria Amélia Barradas Carlos, “Breves notas sobre o regime fiscal das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)”, 255.

99 Conforme preceitua o artigo 1.º n.º 2 do DL n.º 495/88, de 30 de dezembro, “a participação social é considerada de forma indirecta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só quer através de participações sociais de outras sociedades em que a SGPS seja dominante.” (sublinhado nosso). A este respeito considere-se o n.º 3, sobretudo em ordem à desconsideração da participação social detida por um lapso temporal superior a um ano como ocasional e, respetivamente, o n.º 4 referente à admissibilidade de participações sociais inferiores a 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, nos casos específicos dos n.ºs 3 e 5 do artigo 3.º.

100 Maria Amélia Barradas Carlos, “Breves notas sobre o regime fiscal das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)”, 258.

ilícito, pelo contrário, situa-as no plano do planeamento fiscal lícito, funcionando como mecanismo de poupança fiscal.

Assim, entendemos por concorrência fiscal prejudicial ou abusiva, todas as manobras de gestão empresarial que digam respeito à deslocalização de sedes de empresa ou rendimentos para territórios onde os regimes fiscais são preferenciais (paraísos fiscais), com o intuito exclusivo de defraudar os cofres do Estado, eximindo-se ao pagamento do imposto devido, por forma a beneficiar de uma maior concorrência relativamente às demais empresas, no mercado global, de forma ilícita e forçada.

Em sentido reverso, não consideramos concorrência fiscal abusiva ou prejudicial a deslocalização de rendimentos ou sedes de empresa para territórios que potenciem a poupança fiscal, possuindo regimes fiscais mais favoráveis, que criem benefícios fiscais e isenções para residentes, em ordem à promoção da justiça social e justa repartição dos rendimentos e da riqueza, permitam optar entre possuir ou não contabilidade organizada ou optar pela tributação em IRS, por via das taxas liberatórias ou através do englobamento dos rendimentos, potenciando uma tributação nula ou reduzida para certas categorias de rendimentos, desde que estes territórios cumpram com o disposto no artigo 2.º n.º 1 da Carta da ONU, âncora fundamental da igualdade de soberania entre Estados.

No nosso entendimento, para reter este tipo de práticas abusivas, que não só promovem e contribuem para a continuidade dos paraísos fiscais como centros *offshore*, como contribuem para episódios de abuso de posição dominante – entre empresas e entre empresas e Estados –, os Estados e a União Europeia devem apostar em políticas de concorrência interna e europeia, tendente a promover medidas de compensação, designadamente subsídios e subvenções que permitam o crescimento das Pequenas e Médias Empresas, doravante PME, garantindo-lhes a possibilidade de concorrer com as empresas multinacionais e transnacionais¹⁰¹, que possuem um contacto privilegiado com determinadas jurisdições fiscais e são detentoras de um maior leque de opções no quadro do direito à gestão fiscal, no mercado global, em nome da liberdade de concorrência e do direito à livre iniciativa como manifestação

101 As SGPS enquanto empresas multinacionais e transnacionais possuem uma poupança fiscal acrescida, comparativamente com as PME.

do direito fundamental subjetivo das empresas ao planeamento fiscal, de acordo com critérios de igualdade.

Apesar de existir um verdadeiro direito ao planeamento fiscal, no quadro da livre iniciativa económica privada (art 61.º CRP), que lhes configura um verdadeiro direito à gestão fiscal ou à poupança fiscal, no respeito pelo princípio da legalidade, uma vez que os interesses individuais não podem nem devem prevalecer sobre os interesses gerais ou coletivos, os Estados e a UE têm vindo a aperfeiçoar um conjunto de medidas capazes de conter e até eliminar as práticas concorrenciais desleais ou prejudiciais, bem como o planeamento fiscal ilícito ou abusivo, por potenciarem a erosão das bases tributárias e violarem os princípios da legalidade e da justa repartição dos rendimentos e da riqueza.

Assim, apontam-se avanços na legislação europeia, designadamente através da Diretiva Antielisão Fiscal ou antiabuso (DAF) 2016/1164; Diretiva de Cooperação Administrativa (DCA) 2011/16/UE¹⁰²; Resolução “Pandora Papers: Implicações para os esforços de combate ao branqueamento de capitais e à evasão e elisão fiscais” 2021/2922, aprovada pelo Parlamento Europeu a 21 de outubro de 2021¹⁰³; Diretiva *Unshell* 2021/0434, que

102 A Diretiva 2011/16/UE sofreu um alargamento por via da Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatórias no domínio da fiscalidade, publicada em Jornal Oficial da União Europeia, L 332, de 18 de dezembro de 2015. Sobre a 6.ª alteração à Diretiva 2011/16/UE, vide Rafaela Valente Pereira, *A troca automática de informações na União Europeia: A comunicação obrigatória de esquemas de planeamento fiscal agressivo – compatibilidade com o RGPD*, (Dissertação de Mestrado em Direito, Porto: Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2020). Vide, também, Diretiva (EU) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE, no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar, publicada em Jornal Oficial L 139, de 5 de junho de 2018 e João Sérgio Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia*, 2.ª Edição, Almedina, 2019, 211-217. Ainda a respeito das alterações à DCA, veja-se a Diretiva 2021/514/UE, que introduziu a extensão daquela diretiva ao regime do IVA e impostos indiretos, a Diretiva 2023/2226/UE, que contemplou a sua extensão ao regime aos prestadores de serviços de criptoativos e, mais recentemente a DAC 9, de 29 de outubro de 2024, que uniformiza a Diretiva 2022/2522 sobre Pilar 2, estabelecendo um nível mínimo de tributação dos grupos empresariais multinacionais e domésticos de grande escala. Ainda a este respeito, a Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 12 de fevereiro de 2025, visa adaptar ou uniformizar a DAC à Diretiva 2022/2226 (aguarda decisão final).

103 Esta Resolução veio, mais tarde dar lugar ao projeto de resolução do Parlamento Europeu, de 21 de março de 2023, tendo em vista adicionar à política fiscal da União um conjunto de práticas entendidas como prejudiciais em matéria de tributação do rendimento e património, integrando neste conjunto os regimes jurídicos mais favoráveis adotados pelos Estados-membros, onde se inclui a atribuição de benefícios fiscais e isenções fiscais a pensionistas estrangeiros ou trabalhadores altamente qualificados, deixando de parte os contribuintes nacionais, cujo regime não se aplica, como é o caso do regime jurídico de natureza especial dos residentes não habituais, vigente no ordenamento jurídico português.

estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e altera a Diretiva 2011/16/UE¹⁰⁴, porquanto esta proposta de Diretiva não se encontra em vigor, tendo sido alvo de consulta no Parlamento, dando origem à Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, de 17 de janeiro de 2023, com *naive lances* distintas das apontadas na proposta inicial do Conselho¹⁰⁵; Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas 1997¹⁰⁶. Ao nível internacional, destacamos os avanços legislativos introduzidos pelo Relatório “Concorrência Fiscal Prejudicial: um problema mundial” do Comité de Assuntos Fiscais da OCDE, aprovado a 9 de abril de 1998 pelo Conselho da OCDE; Plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)¹⁰⁷; Convenções tendentes a evitar a dupla tributação entre Portugal-Suíça e Portugal-EUA e FACTA (*Foreign Account Tax Compliance Act*)¹⁰⁸, que impõe um conjunto de deveres de comunicação, nomeadamente deveres de informação fiscalmente relevantes, e de retenção na fonte a entidades não cooperantes¹⁰⁹, relativamente a certas operações transfronteiriças, inerentes

104 V. Proposta de Diretiva do Conselho 2021/0434 (CNS), de 22 de dezembro de 2021.

105 V. Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, de 17 de janeiro de 2023, sobre a proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/UE (COM(2021)0565 – C9-0041/2022 – 2021/0434(CNS)).

106 O Código de Conduta sobre a fiscalidade de empresas foi pela primeira vez publicado, por via da Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho a 1 de dezembro de 1997, em Jornal Oficial n.º C 002, de 6 de janeiro de 1998. Considere-se a sua versão mais recente, Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho, sobre um código de conduta revisto no domínio da fiscalidade de empresas (2022/C 433/01), publicada em Jornal Oficial C 433, de 15 de novembro de 2022.

107 O plano de Ação BEPS foi desenvolvido no contexto do OECD/G20 BEPS Project, entre a OCDE e os Estados do G20, em 2013, comportando atualmente quinze ações, materializadas em quinze objetivos específicos em matéria de deslocalização de empresas, desmaterialização de atividades e evitação abusiva de pagamento de impostos. A respeito das alterações mais recentes, em 2023, introduziu-se a “regra da inclusão do rendimento” (2.º Pilar), que estabelece a aplicação da taxa de 15% em todos os países em que operam multinacionais com receitas consolidadas do grupo de, pelo menos, 750 milhões por ano. Em 2024 introduziu-se a aplicação da “regra do pagamento sub-tributário, a título secundário (*back-stop*)” para os casos em que haja a não aplicação da regra da inclusão.

108 No que concerne ao ordenamento jurídico português, importa-nos referir que após a aprovação da Convenção e Protocolo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, por via da Resolução da Assembleia da República n.º 39/95, a presente Convenção fora ratificada, de modo a reforçar o cumprimento fiscal e implementar o FATCA, de 6 de agosto de 2015, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 183/82016, publicada em Diário da República I, n.º 150, de 05/08/2016.

109 Considere-se não cooperantes “todo o Estado ou toda a entidade financeira que não esteja debaixo da alçada de um desses *Intergovernmental Agreement*”, conforme esclarece Joaquim Freitas da Rocha, *Introdução ao Planeamento Fiscal*, (Almedina, 2023), 132.

ao controlo das atuações comportamentais ilícitas, consideradas planeamento fiscal abusivo ou ilícito.

Neste sentido, também a jurisprudência tem vindo a pronunciar-se sobre o que entende por planeamento fiscal lícito e ilícito, consagrando nos Acórdãos *Cadbury Schweppes* e *Halifax*¹¹⁰ o direito ao planeamento fiscal como um direito fundamental, considerando a minimização da carga fiscal a suportar ou a maximização da poupança fiscal como um objetivo comercial válido inerente ao planeamento fiscal lícito.

Assim, no nosso entendimento, apesar de muitas serem as medidas adotadas ao nível internacional e europeu tendo em vista o combate ao planeamento fiscal abusivo e, por conseguinte, a luta contra a concorrência fiscal prejudicial, mormente no que toca aos paraísos fiscais ou países com regimes fiscais mais favoráveis, a verdade é que não só os paraísos fiscais se têm mantido como se têm reinventado em matéria fiscal, aperfeiçoando os seus regimes fiscais e de sigilo bancário, fator de atratividade das grandes multinacionais que numa ótica de gestão fiscal procuram deslocalizar as suas filiais para territórios onde os custos, quer de produção quer os custos fiscais, sejam menores e, consequentemente, os lucros sejam maiores.

Quer-se com isto significar que o verdadeiro propósito para o qual foram criadas estas medidas europeias e internacionais não tem sido alcançado, existindo inclusive medidas europeias sobre os deveres de comunicação que colidem com direitos fundamentais e com a liberdade de gestão fiscal associada ao planeamento fiscal lícito¹¹¹.

110 *Vide*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* e Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de fevereiro de 2006, C-255/02, *Halifax plc e o. contra Commissioners of Customs & Excise*.

111 Nesse sentido, *vide*, por exemplo, Processo C-694/20 sobre o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Grondwettelijk Hof* (Bélgica) em 21 de dezembro de 2020, acerca do artigo 1.º, ponto 2) da Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar, viola o dever de sigilo profissional do advogado que intervém como intermediário e fica obrigado a prestar informações, recolhidas no exercício das suas funções de defesa ou representação, a um terceiro que não é seu cliente, transposto para o ordenamento jurídico português, por via da Lei n.º 26/2020, de 21 de julho de 2020, publicado em Diário da República n.º 140/2020, série I de 2020- 07-21. Processo este que culminou no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 8 de dezembro de 2022, publicado em Jornal Oficial da União Europeia, 2023/C 35/06, de 30 de janeiro de 2023, considerando o TJUE que a obrigação de comunicação imposta aos advogados não é compatível com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,

Concluimos apelando a uma maior racionalidade na adoção de medidas antiplaneamento fiscal abusivo, recordando que os deveres de comunicação impostos pelas Diretivas europeias não podem nem devem valer tudo e muito menos fazer prevalecer a busca incessante pela criminalidade fiscal sobre o princípio da autonomia privada, livre iniciativa económica, liberdade de empresa e de gestão fiscal, desconsiderando a adoção de medidas necessárias, adequadas e proporcionais e comprometendo a segurança jurídica.

Os contribuintes têm direito a optar por mecanismos que reduzam ou até eliminem a tributação, à luz da melhor e maior poupança fiscal possível, e que, por consequência, contribuam para a obtenção de um maior rendimento disponível, desde que não extravasem as barreiras que a lei fiscal lhes impõe, procurando manipular os institutos jurídicos preexistentes.

3. A EMPRESA E A ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS

Com a ideia de Estado de direito democrático e funcionalista inerente à intervenção do Estado na economia, no respeito pelos princípios da celeridade e simplicidade processual fiscal, o Estado socorre-se das empresas para a liquidação e cobrança de impostos como o IRC, IRS e IVA.

Quanto à liquidação e cobrança do IRC, a empresa ocupa, em simultâneo, a posição de contribuinte de direito e de sujeito passivo direto (devedor originário), por ser titular do rendimento tipificado na lei, enquanto manifestação do princípio da capacidade contributiva em matéria de imposto sobre o rendimento, recaindo sobre ela um dever geral de cidadania de pagamento de impostos¹¹².

Relativamente ao IRS, a liquidação e cobrança realiza-se por via do instituto da substituição tributária através do mecanismo da retenção na fonte, conforme o disposto nos artigos 20.º e 34.º da LGT, uma vez que a empresa

concluindo pela invalidade das disposições legais da DAC 6, pois uma vez divulgadas as informações sem o consentimento do cliente/mandatado, incorreria o advogado numa violação de sigilo/segredo profissional, em ordem ao respeito pelos deveres de comunicação impostos pela Diretiva europeia.

112 Neste sentido, José Casalta Nabais, “A liberdade de gestão fiscal das empresas”, disponível em ISG – Instituto Superior de Gestão, Fiscalidade: *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 44, (outubro 2010), 9.

emerge na relação jurídico-tributária enquanto devedor não-originário ou sujeito passivo indireto, apresentando-se como terceiro que, por via de lei, se encontra obrigado a cumprir com as obrigações tributárias, procedendo à liquidação, cobrança e entrega nos cofres de Estado de um imposto alheio, um imposto que vincula o contribuinte de direito ou sujeito passivo direto (devedor originário)¹¹³, via de regra os trabalhadores.

Quanto ao IVA, por via de regra, a liquidação e cobrança é efetuada pelo próprio sujeito passivo de IVA, também ele devedor do imposto, pessoa diferente do destinatário ou adquirente dos bens ou serviços (consumidor final), ao abrigo do mecanismo da repercussão fiscal, operando a denominada técnica fiscal de “*reverse charge*”¹¹⁴, configurando uma situação em que as empresas, que liquidam e cobram um imposto que não é seu, mas do contribuinte de direito ou consumidor final (titular da capacidade contributiva que se pretende atingir com a obrigação de imposto), são consideradas sujeitos passivos de imposto, ficando obrigadas ao cumprimento da prestação tributária e respetivos deveres acessórios.

Deste modo, consideramos que a AT assume cada vez menos as funções de liquidação e cobrança de impostos, sobrecarregando as entidades empresariais e assumindo uma postura passiva de fiscalização, “vigilância e controlo”¹¹⁵ de procedimentos, fator que em muito conflitua com a liberdade de gestão empresarial.

Aos dias de hoje, as empresas têm não só um papel preponderante em matéria de impostos, apresentando-se como verdadeiras servidoras públicas ou operadoras fiscais ao serviço do Estado, por força das elevadas incumbências que lhes são atribuídas, uma das várias condicionantes à gestão fiscal empresarial, onerando as empresas com elevados custos inerentes à liquidação e cobrança de impostos, sobretudo quanto aos rendimentos de trabalho dependente, e sobrecarregando o exercício do direito à autogestão, que lhes pertence por prerrogativa constitucional, como ainda lhes é imputável, a título de erros na liquidação e cobrança de tributos, com dolo ou culpa grave, responsabilidade pelos atos praticados.

113 Neste sentido, Joaquim Freitas da Rocha, *Lições...*, 175-176.

114 José Casalta Nabais, *Introdução...*, 22-23. Também neste sentido, *vide*, José Casalta Nabais, “A liberdade de gestão fiscal das empresas”, 10.

115 *Ibidem*.

Assim, uma vez que: i) o Direito Fiscal não contempla um regime especial de responsabilização da AT, excetuando as normas relativas ao pagamento de juros indemnizatórios¹¹⁶ e moratórios a favor dos contribuintes, conforme referem os artigos 43.º e 102.º da LGT¹¹⁷ e à garantia em caso de prestação indevida, quando se prove erro imputável aos serviços em sede de reclamação graciosa e impugnação judicial, de acordo com os artigos 43.º e 53.º da LGT¹¹⁸; ii) as relações jurídico-tributárias são relações de direito público; iii) aplica-se o regime da responsabilidade civil administrativa, designadamente a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que estabelece a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, doravante RRCEE¹¹⁹.

Em todo o caso, conforme dispõe o artigo 1.º n.º 1 do RRCEE, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas é aplicável em tudo o que não esteja previsto na lei tributária, enquanto lei especial. Quer-se com isto significar que a indemnização devida, por retenção indevida de quantias, a título de juros indemnizatórios ou moratórios, por possuir natureza especial, prevalece sobre o RRCEE. Contudo, este regime é de aplicação subsidiária, podendo dar-se o caso em que a reparação de danos exceda o montante dos juros, sendo ressarcidos pelo restante, nos termos do RRCEE, sendo este regime o ponto de partida para a determinação da responsabilidade civil extracontratual do Estado ou outra pessoa coletiva de direito público, sem prejuízo da responsabilidade dos seus titulares, órgãos e agentes¹²⁰.

116 A respeito dos atos ilegais que dão lugar ao direito aos juros indemnizatórios a favor do contribuinte e respetivos requisitos, *vide* Jorge Lopes de Sousa, *Sobre a responsabilidade civil da Administração Tributária por atos ilegais*, (Lisboa: Áreas Editora, 2010), 40-41.

117 A este respeito, quando nos referimos a juros indemnizatórios e moratórios aludimos, exclusivamente, àqueles que resultem de facto imputável aos serviços e a favor dos contribuintes, deixando de lado aqueles que sejam devidos por factos imputáveis aos contribuintes, designadamente os juros moratórios e compensatórios, no quadro legal dos artigos 35.º e 44.º, ambos da LGT. A este respeito *vide*, Jorge Lopes de Sousa, *Sobre a responsabilidade...*, 16.

118 Neste sentido, José Casalta Nabais, “Responsabilidade civil da Administração Fiscal”, disponível em ISG – Instituto Superior de Gestão, Fiscalidade: *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 33, (janeiro 2008), 14-17. Também neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de outubro de 2013, proferido no processo n.º 01235/12, 2.ª Secção, Relator Pedro Delgado.

119 Neste sentido, *vide* José Casalta Nabais, “Responsabilidade civil da Administração Fiscal”, 7-8.

120 *Vide* Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 19 de maio de 2022, proferido no processo n.º 2895/07.8BELSB, Relator Frederico Macedo Branco. A respeito do reconhecimento constitucional do direito a indemnização por atos ilícitos praticados pela Administração, *vide*, Jorge Lopes de Sousa, *Sobre a responsabilidade...*, 16-17.

No tocante ao exercício do direito de regresso pelas empresas, sobre estas recai o ónus de responsabilização nos termos dos artigos 43.º e 53.º da LGT, havendo uma verosímil diferença em comparação com os órgãos, funcionários e agentes da AT, cujo direito de regresso é exercido nos termos do RRCEE¹²¹.

Face ao exposto, é nosso entendimento que, apesar de o Estado ter legitimidade para delegar tarefas administrativas tanto nos seus órgãos, funcionários e agentes, quanto nas empresas, em nome do interesse público, esta delegação de tarefas tanto sobrecarrega as empresas, do ponto de vista administrativo, quanto contribui para um acréscimo de despesa ou custos empresariais, limitando o direito subjetivo ao planeamento fiscal, na sua vertente da gestão fiscal ou poupança fiscal.

4. CONCLUSÕES

i) O planeamento fiscal empresarial diz respeito ao conjunto de atos afetos à realização de um plano de atividades ou plano de negócios, definição de objetivos e dos meios para os alcançar, por via da decisão, opção ou exercício do direito de escolha, tendo em vista a minimização de custos e a maximização de resultados, numa lógica custo-benefício.

ii) O planeamento fiscal materializa-se na liberdade de gestão das empresas, enquanto manifestação da liberdade negocial e da autonomia privada dos particulares no exercício do direito fundamental à livre iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa.

iii) O planeamento fiscal é um direito subjetivo dos contribuintes face ao Estado, na medida em que pressupõe a liberdade de gestão – liberdade de criação, de organização e de funcionamento da empresa – como manifestação da autonomia da vontade de investidores, empresários, administradores ou diretores da empresa, conferindo-lhes a faculdade ou liberdade de escolha do ato ou negócio jurídico que proporcione a redução ou

121 A este respeito, n.º 4 do artigo 8.º do RRCEE, e Jorge Lopes de Sousa, *Sobre a responsabilidade...*, 28-29.

eliminação dos encargos tributários, desde que de acordo com o princípio da legalidade tributária.

iv) O pagamento dos impostos não pode comprometer a ideia de gestão normal enquanto direito subjetivo dos particulares. O que não se confunde com uma gestão anormal da empresa através da escolha de negócio que subtrai ilicitamente a receita do Estado, comprometendo o interesse público, no exercício do direito subjetivo que configura um planeamento fiscal abusivo.

v) O direito subjetivo ao planeamento fiscal implica uma verdadeira liberdade de escolha do negócio fiscalmente menos oneroso. Desta forma, a gestão normal de negócios implica a adoção de opções empresariais legítimas, tendo em vista a poupança fiscal empresarial. Inversamente, a gestão anormal de negócios diz respeito à adoção do negócio jurídico simulado, de fraude à lei ou em abuso de direito, assente em opções empresariais ilegítimas, que configuram um verdadeiro abuso de direito subjetivo.

vi) O fenómeno da privatização da arrecadação de impostos, apesar de inevitável, implica um exercício de gestão de recursos que onera a empresa enquanto servidora pública, configurando-se como uma verdadeira restrição da liberdade de gestão da empresa, na medida em que esta está obrigada a liquidar, cobrar e entregar nos cofres do Estado tanto os seus impostos, quanto os impostos dos seus trabalhadores e clientes. Neste sentido, as empresas apresentam-se tanto como contribuintes e sujeitos passivos, quanto administradoras e gestoras da generalidade dos impostos, uma responsabilidade acrescida que potenciará o aumento de encargos e custos empresariais.

vii) A intromissão do Estado na esfera jurídica dos particulares deve observar os princípios constitucionais e salvaguardar a gestão eficiente e eficaz da empresa, o que reclama o estabelecimento de uma contrapartida a pagar pelo Estado a título de compensação de custos suportados pela empresa com o procedimento de liquidação e cobrança dos impostos.

viii) Se há, por um lado, um direito subjetivo ao planeamento fiscal, cujas restrições se lhe impõem por via de lei e do exercício de poderes de autoridade exercidos pelo Estado, por outro lado, ao Estado cumpre respeitar o direito ao planeamento fiscal salvaguardado

constitucionalmente, sob pena de em nome do interesse público serem violados direitos fundamentais.

ix) O direito ao planeamento fiscal enquanto direito subjetivo pode ser restringido em nome do interesse público, o que reclama uma solução equilibrada de compensação de custos ou ineficiências, através da atribuição de uma contrapartida às empresas, enquanto operadoras fiscais ao serviço do procedimento tributário (*v.g.*, através da atribuição de benefícios fiscais, redução da taxa aplicável à matéria coletável em IRC).

x) Considera-se indispensável proceder a uma revisão do papel da empresa em matéria de procedimento tributário, acautelando o direito à poupança fiscal, sem prejuízo da legitimidade do Estado para delegar as tarefas administrativas de liquidação e cobrança em nome da simplicidade e celeridade procedimental, desde que o faça de forma proporcional, adequada e na medida do necessário, na prossecução do interesse público e nunca adotando uma postura lesiva da esfera jurídica dos contribuintes.

Data de Submissão: Setembro de 2025
Data de Aceitação: Junho de 2026
DOI: https://doi.org/10.60543/dlb.vi10.10266