



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**A COMPATIBILIDADE DE NORMAS
TRIBUTÁRIAS NACIONAIS COM A
LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS**

OS NOVOS DESAFIOS DO LEGISLADOR NACIONAL
NO CUMPRIMENTO DOS TRATADOS DA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

apresentada por **André Caetano Ferreira**

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor

João Félix Pinto Nogueira

Lisboa, 30 de Abril de 2015

A compatibilidade de normas tributárias nacionais com a liberdade de circulação de capitais

Os novos desafios do legislador nacional no cumprimento dos Tratados da União Europeia

DISSERTAÇÃO

para obtenção do grau de Mestre em Direito Fiscal pela
Universidade Católica Portuguesa - Lisboa,
redigida por André Caetano Ferreira
sob a orientação do Senhor Professor Doutor
João Félix Pinto Nogueira

Lisboa, 30 de Abril de 2015

1. Introdução

1.1. Considerações Preliminares

O actual contexto económico e a crescente globalização trouxeram novos desafios para as jurisdições tributárias de todos os Estados. Adicionalmente, a integração de um Estado num mercado interno como da União Europeia (adiante UE) obriga esse Estado a compatibilizar o seu ordenamento jurídico-tributário com o direito primário e derivado, em especial com as liberdades fundamentais¹. Isto, tendo em vista a eliminação progressiva dos eventuais obstáculos económicos, jurídicos e políticos dentro do espaço da União.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante TJUE), através da sua jurisprudência, tem vindo a clarificar várias questões com implicação prática nas legislações dos Estados-membros da UE. Entre elas encontra-se a questão da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais.

As liberdades fundamentais não são apenas relevantes no âmbito do mercado interno.

Em primeiro lugar, e por força do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (adiante AEEE), estas aplicam-se também à Islândia, Noruega e Liechtenstein, alargando o mercado interno países da antiga EFTA. Estabelecem-se assim condições de igual concorrência dentro de uma Área Económica Europeia dinâmica e homogénea, baseada em regras comuns.

Em segundo lugar através de acordos de parceria (*partnership agreements*) através dos quais certas faculdades das liberdades de circulação (em especial da liberdade de estabelecimento) são estendidas (com ou sem reciprocidade) para alguns países terceiros.

Em terceiro lugar, através da atribuição de um efeito *erga omnes* à liberdade de circulação de capitais, isto é, a susceptibilidade da sua aplicação a Estados terceiros, decorrente do disposto no art. 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante TFUE). Por força deste artigo são proibidas “(...) todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estado-membros e entre Estados-Membros e países terceiros”. Ou seja, os Estados-membros encontram-se proibidos de tratar de modo diferente (e menos favorável) os movimentos de capital de e para residentes de

¹ Vide Arts. 45.º a 66.º do TFUE

Estados terceiros (em relação a idênticos movimentos ao nível interno, intra-comunitária ou intra-AEEE).

Note-se que estes Estados terceiros não se encontram vinculados a qualquer Tratado assinado no âmbito da UE e, conseqüentemente, a quaisquer obrigações daí decorrentes. Assim, um Estado terceiro não se encontra sujeito a um qualquer dever de reciprocidade na concessão de benefícios. Ao mesmo tempo um Estado-membro não poderá condicionar a concessão de um benefício, de índole fiscal, à atribuição do mesmo tratamento pelo Estado terceiro.

A presente dissertação prende-se com esta “terceira” extensão das liberdades fundamentais, mais exactamente a extensão da liberdade de circulação de capitais a países terceiros (também conhecida como a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais).

Esta dimensão externa foi recentemente re-visitada pelo do TJUE². Este clarificou que a legislação de um Estado-membro que concede um benefício fiscal às entidades residentes desse Estado ou de um outro Estado-membro impedindo, simultaneamente, a concessão desse benefício a entidades residentes em Estados terceiros, é incompatível com a livre circulação de capitais na sua dimensão externa, (se a ingerência não for justificada ou for desproporcional). O que abre todo um novo campo de exame dos regimes tributários nacionais.

Nesses termos, importa perceber com precisão se os movimentos de capitais de e para Estados terceiros podem estar sujeitos a um tratamento fiscal distinto (menos favorável), relativamente ao regime tributável aplicado aos fluxos financeiros internos e, por outro lado, de que forma podem ser justificadas as ingerências a esta liberdade fundamental.

1.2. Objectivos da tese

Esta tese centra-se na compatibilidade de normas tributárias internas com a liberdade de circulação de capitais perspectivada na sua dimensão externa, à luz da jurisprudência recente do TJUE. Baseado no exame compreensivo da legislação nacional, procuraremos identificar casos de incompatibilidade com o direito da UE. Além disso, procuraremos ainda identificar e apresentar algumas propostas de solução destes problemas identificados, indicando as alterações às normas nacionais que, no

² Cfr. Acórdãos do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company c. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*; TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos*; TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda c. Fazenda Pública*.

nosso entender, se mostrem como necessárias para resolver os problemas de compatibilidade com o ordenamento jurídico da UE.

Note-se que o principal campo de actuação do TJUE no quadro da dimensão externa da liberdade de circulação de capitais prende-se com benefícios fiscais previstos na legislação interna dos Estados-membros. Muitos destes Estados criam benefícios, mas não os estendem a outros Estados-membros da UE, do AEEE ou a Estados terceiros.

Em geral, um benefício fiscal concede um tratamento mais favorável que o regime comum normalmente aplicável, constituindo “(...) medidas de carácter excepcional instituídas para a tutela dos interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”.³

Sendo benefícios, ou seja, normas que criam desvios à normal aplicação sistemática dos impostos criados pelos Estados, são por natureza “privilégios de alguns”. E, por todo o mundo, muitos destes benefícios são criados com um marcado pendor proteccionista. Assim facilmente se geram situações potencialmente geradoras de ingerências nas liberdades fundamentais, criando cenários menos favoráveis relativamente a uma dada operação económica, por força do seu carácter transnacional.

Como referência, recorreremos a decisões jurisprudenciais recentes como a do TJUE no acórdão de 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, o acórdão do TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda c. Fazenda Pública* e o acórdão do TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos*.

1.3. Objecto

1.3.1. Delimitação positiva

A nossa tese incidirá sobre um tipo específico de problemas: o da compatibilidade de benefícios fiscais nacionais em matéria de fiscalidade directa com o direito da UE. As normas serão exclusivamente analisadas à luz da livre circulação de capitais, perspectivada na sua dimensão externa (ou seja, nas relações de e para países terceiros).

³ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 2.º do EBF.

Utilizaremos uma noção ampla de benefício fiscal. Quando necessário recorreremos ao conceito de benefício fiscal presente no Estatuto dos Benefícios Fiscais (adiante EBF) e à teorização proposta por NUNO SÁ GOMES⁴.

Note-se que serão apenas abordadas as questões de âmbito jurídico-tributário baseadas nas disposições dos Tratados e na jurisprudência do TJUE.

1.3.2. Delimitação negativa

Não serão objecto do nosso estudo, todas as normas que não consistam em benefícios fiscais (em sentido amplo), sem prejuízo de a estas tecermos algumas considerações, quando se mostre relevante. Também não entraremos em discussões conexas como questões de política fiscal, nomeadamente, na discussão das consequências (macro-)económicas que (directa ou indirectamente) poderão advir das conclusões da presente dissertação.

Excluiremos da nossa análise os casos relativos a todos os impostos que não sejam directos.

1.4. Metodologia e modo de citar

Para uma melhor compreensão da nossa investigação passamos a explicar a metodologia usada na presente tese.

A base de análise do presente trabalho é a legislação nacional. Esta foi examinada através da categorização das normas objecto da presente análise (“*group analyses*”).

O teste de compatibilidade das normas tributárias será realizado com base no raciocínio típico desenvolvido pelo TJUE, no exame de normas tributárias internas dos Estados-membros.⁵

O tema será explorado através da revisão bibliográfica (de artigos doutrinários) e da revisão jurisprudencial.

As regras de citação adoptadas respeitam as regras do *House Style* do IBFD⁶.

⁴ Cfr. GOMES, N. S., *Teoria geral dos benefícios fiscais*, Centro de Estudos Fiscais – “Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal” (1991).

⁵ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010).

⁶ http://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Guidelines_IBFD_standard_citations_references.pdf

1.5. Sequência

Na primeira parte iremos incidir sobre a liberdade de circulação de capitais, elencando os traços essenciais da mesma e explicitando as feições da sua dimensão externa. Em seguida, identificaremos as normas a analisar neste estudo, agrupando-as para uma melhor exposição e exame.

A partir desta fase, o objecto do nosso estudo passará a consistir no exame compatibilidade das normas tributárias portuguesas com o direito da UE. Para este efeito recorreremos à linha de raciocínio típica a que o TJUE se socorre para aferir a compatibilidade das normas tributárias domésticas dos Estados com o direito primário da UE. Num primeiro momento através da identificação da liberdade fundamental aplicável ao caso concreto. Num segundo momento com a verificação da ingerência ou discriminação criada pela norma interna. Em seguida a análise das justificações alegadas pelos Estados e, por último, com o exame da proporcionalidade da medida restritiva.

Seguidamente, apresentaremos as nossas propostas de solução dos problemas de compatibilidade encontrados, de modo a que o legislador nacional possa adequar as nossas normas às exigências dos Tratados.

2. A liberdade de circulação de capitais e sua dimensão externa

2.1. Introdução

O direito da UE assenta em liberdades fundamentais, as quais têm em vista a criação de um verdadeiro mercado livre e sem fronteiras internas. Estas liberdades encontram-se plasmadas nos Tratados assinados entre os Estados-membros, sendo princípios orientadores de toda a actuação da UE, que os Estados-membros devem respeitar.

Adicionalmente, a progressiva harmonização das legislações domésticas dos Estados-membros através do direito secundário da UE confere aos Estados-membros maior certeza e segurança quanto à conformidade das suas legislações nacionais com os Tratados. No entanto, note-se que em matéria de tributação directa, os ordenamentos jurídicos internos têm ficado, *grosso modo*, à margem desta uniformização, podendo contatar-se que as medidas de harmonização nesta matéria são ainda muito limitadas. Os Estados continuam a reter uma importante parcela da sua soberania fiscal. No entanto, estes são obrigados a exercer a sua soberania tributária em conformidade com as liberdades fundamentais acordadas.⁷

A liberdade de circulação de capitais é uma das traves mestras do Tratado, encontrando-se vertida no art. 63.º do TFUE. A sua realização efectiva apenas se completou após a entrada em vigor do tratado de *Maastricht*,⁸ tendo vindo já a ser atribuído o efeito directo das normas relativas à livre circulação de capitais pela jurisprudência do TJUE.⁹

O TFUE não explicita o que se deve entender como “circulação de capitais”. O TJUE tem recorrido, como critério (não exaustivo) da sua densificação, ao elenco constante do Anexo I da Directiva 88/361/CEE, do Conselho, de 24 de Junho de 1988¹⁰ (mesmo após a sua revogação). No acórdão *Verkooijen*,¹¹ o TJUE vai mais

⁷ Neste sentido o acórdão do TJUE, 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, o qual veio clarificar, pela primeira vez, que as liberdades fundamentais também se aplicam em matérias de tributação directa.

⁸ Cfr. GORJÃO-HENRIQUES, M., *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina (2010).

⁹ Cfr. Acórdão do TJUE, 14.12.1995, C-163/94, C-165/94, C-250/94, *Sanz de Lara*.

¹⁰ O TJUE socorreu-se deste anexo, designadamente, nas decisões TJUE, 06.06.2000, C-35/98, *Verkooijen*; TJUE, 23.02.2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heidjen*; TJUE, 14.09.2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*. No referido anexo são incluídos os investimentos directos, os investimentos imobiliários, as operações sobre títulos normalmente transaccionados no mercado de capitais, as operações sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, as operações sobre títulos e outros instrumentos normalmente transaccionados no mercado monetário, as operações em contas correntes e de depósitos junto de instituições financeiras, os créditos ligados a transacções comerciais ou a prestações de serviços em que participa um residente, os empréstimos e

longe, incluindo também naquela expressão, a recepção de dividendos, movimento de capital que não se encontra expressamente previsto no referido Anexo I da Directiva 88/361/CEE.

O TJUE estabeleceu ainda que os investimentos afectos a propriedades imobiliárias, bem como os investimentos directos por intermédio da compra de partes de capital de uma sociedade ou da aquisição de títulos no mercado de capitais também se encontrariam no âmbito da liberdade de circulação de capitais.¹²

Na concepção dada pela Prof. ANA PAULA DOURADO, a noção de movimento de capital “(...) cobre qualquer transacção legal necessária para atingir a transferência de activos, incluindo investimentos de carteira entre Estados e diferentes tipos de investimento directo e estabelecimento, transferência relativa a contratos de seguros, constituição sucursais e de filiais.”¹³

O art. 63.º do TFUE tem uma dimensão externa ou uma aplicação *erga omnes*¹⁴, dado ser a única liberdade que prevê expressamente a sua aplicabilidade também a Estados terceiros.¹⁵ Neste sentido, a referida norma confere, de forma imediata, direitos relativamente a situações que vão para além do âmbito do mercado interno¹⁶ ou do AEEE. O TJUE tem vindo a confirmar, de modo estável, a existência de um efeito directo nas relações com Estados terceiros que envolvam circulação de capitais, quer os sujeitos passivos sejam pessoas singulares, quer sejam colectivas.¹⁷

O TFUE estabelece uma clara e incondicional proibição de qualquer restrição ou discriminação baseada na nacionalidade, residência ou local onde é investido o

créditos financeiros, as cauções e outras garantias e direitos de garantia, as transferências em execução de contratos de seguros, os movimentos de capitais de carácter pessoal, a importação e exportação física de valores e, por fim, uma categoria subsidiária relativa a outros movimentos de capitais, dos quais destacamos a previsão do “imposto sucessório”.

¹¹ Cfr. Acórdão do TJUE, 6.6.2000, C-35/98, *Verkooijen*.

¹² Cfr. §22 do Acórdão do TJUE, 1.06.1999, C-302/97, *Klaus v. Republik Osterreich*; Acórdão do TJUE, 4.06.2002, C-367/98, *Commission v. Portugal (Golden Share)*.

¹³ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010).

¹⁴ Cfr. STÄHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, EC tax review. - London. - Vol. 13 (2004).

¹⁵ Cfr. BATRA, V., *The History of the Free Movement of Capital (Art.63TFEU, Art56 EC)*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

¹⁶ Cfr. PISTONE, P., *General Report* in: Lang and Pistone (eds.), *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, p. 20.

¹⁷ O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law : the ECJ's rulings and unresolved issues*, British tax review. - London. - (2008), p. 629.

capital¹⁸ que não seja justificada e proporcional ou, alternativamente, que não se encontre sob a alçada das derrogações dispostas no art. 64.º do TFUE.¹⁹

A comparabilidade entre situações internas e aquelas envolvendo países terceiros é dada pelo art. 63.º do TFUE. Note-se ainda que para a análise da comparabilidade não é necessário aferir se um Estado terceiro se encontra numa posição comparável à de um Estado-membro. Não releva verificar se existem ADT's ou outros acordos celebrados para a troca de informações. A impossibilidade de troca de informações com o Estado terceiro (nomeadamente por falta de um acordo que o permita) pode, no máximo, constituir uma justificação para a discriminação, mas nunca um critério relevante para a comparabilidade das situações em análise.²⁰

Neste contexto, qualquer interpretação restritiva do art. 63.º do TFUE seria desprovida de sentido, uma vez que o próprio escopo da norma visa a extensão da liberalização dos fluxos de capitais a qualquer Estado terceiro, independentemente deste ser ou não um Estado-membro da UE. Assim, não se prevê uma qualquer distinção de tratamento entre as situações “intra-comunitárias” e as que envolvem Estados terceiros. A liberdade de circulação de capitais deverá ser aplicada, nos mesmos termos, quer estejam em causa movimentos de capitais entre Estados-membros, quer estejam em causa movimentos de capitais entre Estados-membros e Estados terceiros.²¹

É difícil identificar quais as razões que estão por trás desta dimensão externa. Uma delas pode ser a vontade de criação de um mercado interno forte e de fortalecer as divisas dos Estados Membros. A liberalização da circulação de capitais com Estados terceiros poderia ser vista como um instrumento de promoção do crescimento económico, do emprego e do desenvolvimento, fomentando assim o investimento na UE por parte de entidades estabelecidas fora da UE. Esta atracção de capitais encorajaria e incrementaria a eficiência económica das nossas empresas, tornando a UE num forte centro financeiro internacional. Não existindo restrições à liberdade de circulação de capitais, as nossas divisas teriam ainda mais força no plano internacional.

¹⁸ OLIVETI, F., *The Free Movement of Capital in the Light of the Treaty of Lisbon*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

¹⁹ VOUNATSOS, F., *Free Movement of Capital and Third Countries*, *The EC Tax Journal* 9 (2007).

²⁰ Cfr. NUNES, G.L.R., *The Concept of Discrimination of Art. 63 TFEU with Respect to Third-country Relationships*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010) p. 138 e 139.

²¹ Cfr. §31 do Acórdão do TJUE, 18.12.2007, C-101/05, A..

Tendo em consideração que apenas a liberdade de circulação de capitais se aplica em relação a Estados terceiros, é fundamental suscitar a questão de se saber qual a liberdade aplicável a uma determinada situação em concreto.

Tradicionalmente, a jurisprudência do TJUE pronunciava-se no sentido de que nos casos em que pudesse existir uma aplicação cumulativa da liberdade de circulação de capitais e de uma outra liberdade fundamental, esta última deveria prevalecer. Este foi, de certa forma, o modo restritivo que o TJUE encontrou, para que não fossem estendidos os direitos derivados do mercado interno de forma irrestrita a Estados terceiros, de modo a evitar que estes tivessem acesso aos benefícios concedidos através de Estados-membros, sem qualquer obrigação de reciprocidade, sob a alçada das liberdades fundamentais da UE.²²

O Tribunal também oscilou no que respeita ao critério a ter em conta para verificar qual a liberdade fundamental em questão. Nomeadamente na distinção entre liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento.²³

Os casos mais delicados são os que envolvem a detenção de participações sociais. Sabíamos já desde *Baars*²⁴ que estamos perante a liberdade de estabelecimento quando a detenção de participações confere ao seu detentor “uma participação que lhe confira uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permite que determine as respectivas actividades”.²⁵ Apesar disso, foram várias as discussões no sentido de saber se deveríamos analisar a situação fáctica ou o objecto da norma.

Num primeiro momento o TJUE parece ter usado um critério factual (*factual approach*) para aferir da “influência decisiva” de uma empresa noutra. Só quando esta não existisse é que estaríamos perante a liberdade de circulação de capitais. A um dado momento começa a adoptar um exame misto, factual e normativo. Actualmente

²² Cfr. PERL, M., *The Effect of the ECJ's “Principal Aspect” Jurisprudence for the Application of the Free Movement of Capital in Third-country Relationships*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010) p.119; TRABALLI, A., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

²³ PERL, M., *The Effect of the ECJ's “Principal Aspect” Jurisprudence for the Application of the Free Movement of Capital in Third-country Relationships*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

²⁴ Acórdão do TJUE, 13.04.2000, C-251/98, C. *Baars*.

²⁵ Cfr. Acórdãos do TJUE, 13.04.2000, C-251/98, C. *Baars*; §67 e §74 do acórdão do TJUE, 21.11.2002, C-436/00, *X e Y*; §29 do acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-470/04, *N*; §31 do acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-190/04; §39, §40 e §73 do acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-374/04, *ACT Group Litigation*; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

e depois de *Itelcar*,²⁶ o TJUE parece adoptar um critério puramente normativo. Serão subsumíveis ao âmbito da liberdade de circulação de capitais todos os casos em que a norma (discriminatória ou restritiva) em questão se destine a regular toda e qualquer situação de movimentos de capitais (e não apenas aquelas situações em que exista uma influência “certa e decisiva”, que serão analisadas no quadro da liberdade de estabelecimento).²⁷ A título de exemplo, quando a legislação nacional conceda um determinado benefício apenas a grupos de sociedades, a liberdade de circulação de capitais não poderá ser invocada. A norma deve pois, nestes casos, ser analisada à luz da liberdade de estabelecimento.²⁸

Temos, pois, de analisar cuidadosamente qual o objecto da legislação nacional.²⁹ Isto porque, no caso de concluirmos que a liberdade aplicável é a de estabelecimento,³⁰ o seu campo de aplicação é mais restrito³¹ e a dimensão externa não estará presente.

Em suma, e nos termos da orientação jurisprudencial actual, se a norma discriminatória ou restritiva se aplica só a casos de influência certa e decisiva, estaremos no âmbito da liberdade de estabelecimento. Se a norma se aplicar a todos os casos de detenção de participações sociais (e não apenas aos de influência certa e decisiva), a norma será analisada no quadro da liberdade de circulação de capitais.³²

A aplicação da liberdade de circulação de capitais a Estados terceiros suscita, contudo, diversos receios de abuso³³ por parte dos Estados-membros. Isto,

²⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, já citado.

²⁷ Cfr. Acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado; TJUE, 28.02.2013, *Manfred Beker*, já citado.

²⁸ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010), p. 106 e §22 do acórdão do TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*, já citado.

²⁹ Cfr. §16 Acórdão do TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, já citado.

³⁰ A noção de estabelecimento é-nos dada através da jurisprudência do TJUE que compreende “(...) uma noção muito ampla, que implica a possibilidade de um nacional comunitário participa, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas”.

Cfr. Acórdão do TJUE, 30.11.1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

³¹ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 209.

³² Cfr. Acórdãos do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado; TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International Inc.* já citado; TJUE, 28.02.2013, 168/11 *Manfred Beker c. Finanzamt Heilbronn*; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*.

³³ Cfr. Acórdão do TJUE, 16.07.1998, C-264/96, *ICI*; TJUE, 12.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*; TJUE, 21.11.2002, C-436/00, *X e Y*; TJUE, 11.03.2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*.

designadamente, no que toca à fiscalização e controlo dos investidores³⁴ não residentes, a qual poderá conduzir a eventuais cenários de fraude e evasão fiscal.³⁵

2.2. Limites à liberdade de circulação de capitais

Por um lado o TFUE não prevê parâmetros distintos no que toca à aplicação da liberdade de circulação de capitais para as situações que envolvam Estados terceiros. No entanto, a cláusula de salvaguarda plasmada no art. 64.º do TFUE, prevê determinados limites específicos para os casos de restrições face a Estados terceiros.

Em primeiro lugar, este artigo permite que o Parlamento Europeu e o Conselho possam restringir ou ampliar o exposto no art. 63.º do TFUE dentro e fora da UE.³⁶ Fora desses casos permite-se ainda que se mantenham em vigor certas normas *prima facie* discriminatórias ou restritivas que, em condições normais (e na ausência deste artigo), seriam consideradas incompatíveis com o direito da UE, desde que verificadas certas condições.

Assim, serão admissíveis as normas restritivas (da livre circulação de capitais) que se encontrassem em vigor a 31 de Dezembro de 1993, sempre que se refiram a situações de investimento directo.³⁷ Não obstante, o TJUE foi mais longe, permitindo também a aplicação da cláusula às normas com entrada em vigor depois de 31 de

³⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, 27.01.2009, C-318/07, *Persche*; Acórdão do TJUE, 25.10.2007, C-464/05, *Geurts and Vogten*.

³⁵ DAURER, V., & Simader, K., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

³⁶ Teixeira, M.P., *Express Derogations from the Free Movement of Capital with Respect to Third Countries: Art.64 TFEU*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010) p. 150.

³⁷ A expressão “investimento directo” não é clara pelo art.64º TFUE, o TJUE decidiu no caso *Holbock* que a definição é a adoptada pelo anexo 1 da Directiva do Conselho 88/361/EEC que descreve investimento directo como: “Os investimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras e directas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma actividade económica. Esta noção deve pois ser considerada na sua acepção mais lata.” Como decidido pelo TJUE no caso *Holbock* (§36 e §37) esta cláusula de salvaguarda aplica-se também nos casos em que a operação não é necessariamente um investimento directo ou especificamente exista uma relação com Estado terceiro.

(§36) “Contrariamente ao que alega o recorrente no principal, as restrições aos movimentos de capitais que envolvem investimentos directos ou o estabelecimento na acepção do art. 57.º, n.º 1, CE abrangem não só as medidas nacionais que, quando aplicadas a movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes, restringem os investimentos ou o estabelecimento, mas também as que restringem os pagamentos de dividendos deles decorrentes.”

(§37) “Por conseguinte, uma restrição aos movimentos de capitais, como um tratamento fiscal menos vantajoso dos dividendos de origem estrangeira, é abrangida pelo art. 57.º, n.º 1, CE, na medida em que incida sobre participações adquiridas com vista a criar ou manter laços económicos duradouros e directos entre o accionista e a sociedade em causa, permitindo ao accionista participar efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo.”

Dezembro de 1993, desde que estas substituíssem, sem introduzir mudanças significativas, restrições em vigor antes daquela data.

Note-se que são vários os Estados-membros que continuam a socorrer-se desta norma com o intuito de restringir o âmbito de aplicação da livre circulação de capitais na sua dimensão externa.

2.2 Justificações à liberdade de circulação de capitais

As restrições à livre circulação de capitais do art. 63.º do TFUE são, como referimos anteriormente, passíveis de serem justificadas e, deste modo, de serem consideradas compatíveis com o direito da UE.

Se por um lado a UE impõe a eliminação progressiva de todas as barreiras à livre circulação de capitais, incluindo as que surjam na relação com Estados terceiros, por outro os Estados-membros confrontam-se com dificuldades no caso de extensão de determinados regimes tributários mais favoráveis a Estados terceiros, como as resultantes da perda da receita fiscal e da falta de meios financeiros e humanos (que lhes permitam um efectivo controlo e fiscalização tributária).

Note-se que no contexto da União, a eliminação das fronteiras foi acompanhada por mecanismos de troca de informações entre Estados-membros, com o intuito de assegurar aos Estados-membros a segurança e o controlo das obrigações fiscais dos seus sujeitos passivos.³⁸

Tais mecanismos não se aplicam nas relações com Estados terceiros. Mesmo que existam acordos para evitar a dupla tributação (adiante ADT), estes podem não permitir uma cooperação administrativa suficiente para controlar a situação do sujeito passivo não residente – pelo que a restrição à extensão do benefício fiscal pode ser justificada.³⁹ No próximo segmento analisaremos estas justificações de modo mais consolidado.

2.2.1 Justificações tradicionalmente aceites

O TJUE tem considerado como justificações admissíveis (ou seja, justificações com maior dimensão de peso abstracto que uma liberdade fundamental) a necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscal, a necessidade de assegurar a coerência dos controlos fiscais, a coerência do sistema fiscal, a necessidade de proceder a uma

³⁸ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010), p. 106.

³⁹ TJUE, 21.11.2002, Processo C-436/00, *X e Y*.

equilibrada repartição de poderes tributários, entre outras. Seguidamente analisaremos os limites de cada uma destas justificações.

Uma das mais invocadas é a da necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscal. Apesar de o TJUE a considerar aceitável,⁴⁰ aplica-lhe um controlo de proporcionalidade bastante estrito que na prática reduz o campo de aplicação. Assim, para que a medida tributária interna seja considerada admissível terá de ser desenhada de modo a impedir apenas os “expedientes puramente artificiais”,⁴¹ descritos como situações desprovidas de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.⁴² Alguns autores têm notado que o TJUE é mais generoso no exame desta justificação (e respectivo controlo de proporcionalidade) nos casos em que estão em causa Estados terceiros.⁴³

Também frequentemente invocada é a necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais. E neste campo devemos notar que entre os Estados-membros e os Estados terceiros não existe um quadro jurídico comum em matéria de cooperação administrativa e de assistência mútua.⁴⁴ Note-se que nem mesmo a convenção multilateral de assistência mútua administrativa em matéria fiscal cobre todos os Estados da UE, nem todos os Estados terceiros.⁴⁵ Tal pode impedir que os Estados-membros de terem conhecimento da situação tributária de um residente num Estado terceiro, ou das feições do mesmo (nomeadamente para verificar se estas são similares aos de um qualquer ente interno ao qual é atribuído um determinado benefício fiscal).

⁴⁰ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 243; Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 128 e seguintes; Acórdão do TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*; DAURER V., & Simader K., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, já citado; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado; EVANGELIA, P., *Capital Freedom and Third Countries*, *The EC Tax Journal* 9 (2008); LUNA A.A., *The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LOB Clauses*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

⁴¹ Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁴² Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* e Acórdão do TJUE, 7.11.13, C-322/11, *K.*; TFUE, 16.07.1998, C-264/96, *ICI*, TFUE, 02.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, já citado.

⁴³ Cfr. Acórdão TJUE, 23.02.2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heidjen*; TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holböck*; Acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado.

⁴⁴ Directiva 2011/16/UE, Assistência mútua em matéria de liquidação.

Directiva 2010/24/UE, Assistência mútua em matéria de cobrança de impostos.

Directiva 2003/48/CE, Directiva da poupança (tributação dos juros de pessoas singulares).

⁴⁵ Cfr. NIJKEUTER, E., *Exchange of information and the free movement of capital between Member States and third countries*, *EC tax review*. - London. - Vol. 20 (2011).

A prova e as informações prestadas pelo não residente ao Estado-membro são de mais difícil verificação para efeitos de controlo fiscal. Esta diferença normativa faz com que medidas internas tributárias discriminatórias ou restritivas passem o controlo de proporcionalidade. De facto, rejeitar determinado benefício fiscal a um residente de um Estado terceiro com o qual não exista um mecanismo de cooperação administrativa que permita, em abstracto, a verificação dos requisitos previstos pela lei interna *sub judice* pode ser considerado como adequado e necessário⁴⁶ para garantir a eficácia dos controlos fiscais nas relações com Estados terceiros.⁴⁷

Ou seja, e *a contrario*, o TJUE permite que se condicione o acesso por um ente não residente (residente num Estado terceiro) a um ao benefício se este for residente num Estado terceiro com o qual Portugal tenha celebrado um ADT que preveja a troca de informações ou qualquer outra cooperação administrativa em matéria fiscal adequada, permitindo, ao Estado-membro, obter efectivamente os esclarecimentos necessários para assegurar os controlos fiscais.

A necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal constitui, igualmente, uma razão imperativa de interesse geral. Para que a mesma seja aplicável é necessário que se demostre: i) que existe uma correlação directa entre um benefício e uma desvantagem fiscal, ii) que o benefício e a desvantagem são relativos ao mesmo imposto, iii) que se reportavam ao mesmo contribuinte e, por fim, iv) que tal correlação directa não é posta em causa por um ADT.⁴⁸ O argumento da coesão em geral não significa mais do que evitar a dupla tributação ou assegurar que o rendimento é efectivamente tributado, mas uma única vez,⁴⁹ só fazendo sentido no quadro do mercado interna ou da UE, não sendo aplicável no âmbito da dimensão externa da liberdade de circulação de capitais.⁵⁰ No entanto este argumento é de difícil aplicação nos casos de que nos ocupamos nesta dissertação.

A repartição equilibrada dos poderes tributários é tida também como uma justificação tradicionalmente válida. Esta é normalmente invocada quando o regime interno *sub judice* tenha por objectivo evitar comportamentos susceptíveis de

⁴⁶ No sentido de que não vai além do que é necessário nem pode ser substituído por uma medida alternativa e menos restritiva.

⁴⁷ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*; TJUE, 14.02.1995, C-279/93, *Schumacker*; TJUE, 15.05.1997, C-250/95, *Futura Participations*; TJUE, 8.07.1999, C-259, *Baxter*; TJUE, 14.09.2006, Processo C-386/04, *Centro di Musicologia*, já citado; TJUE, 12.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*; TJUE, 7.09.2004, 319/02, *Manninen*.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do TJUE, 7.09.2004, 319/02, *Manninen*.

⁵⁰ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010), p. 106.

comprometer o direito de um Estado-membro exercer a sua competência fiscal em relação às actividades exercidas no seu território.⁵¹ Este argumento é também de difícil aplicação nos casos ora em estudo.

2.2.2 Justificações tradicionalmente recusadas

De acordo com o TJUE, a perda ou na redução de receitas fiscais⁵² não constitui uma razão imperiosa de interesse geral e, com efeito, tem vindo a ser estavelmente recusada pelo TJUE.⁵³ As maiores dificuldades práticas ou burocráticas também são estavelmente rejeitadas como justificações.

Paralelamente, o efeito directo (dos direitos e obrigações previstos nos Tratados e no direito secundário)⁵⁴ conduz à rejeição do argumento da reciprocidade, ou seja, a arguição de que o respeito das liberdades fundamentais estaria dependente da existência de uma convenção bilateral em matéria de redução ou eliminação da dupla tributação.⁵⁵ Existem várias outras justificações tradicionalmente recusadas⁵⁶. No entanto, as acima elencadas são as que mais facilmente poderiam ser invocadas para os casos em estudo.

2.3 Jurisprudência do TJUE

Como já tivemos oportunidade de referir, o TJUE tem vindo a delinear e a desenvolver com maior detalhe alguns aspectos importantes relativos à liberdade de circulação de capitais, através das suas decisões. Assim, consideramos indispensável fazer uma breve incursão pelos casos recentemente analisados pelo TJUE, os quais trouxeram novidades substanciais neste âmbito.

⁵¹ Cfr. §98 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado; Acórdão do TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*; TJUE, 7.09.2006, C-470/04, *N.*; TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; TJUE, 8.09.2007, C-379/06; TRABALLI, A., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

⁵² Cfr. Acórdão do TJUE, 16.07.1998, C-264/96, *ICI*.

⁵³ TJUE, 20.02.1979, 120/78, *Cassis Dijon*.

⁵⁴ Cfr. §93 do acórdão TJUE, 4.04.2004, C-385/00, *De Groot*.

⁵⁵ Cfr. Acórdão do TJUE, 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*; C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*.

⁵⁶ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 242.

2.3.1 Caso *Itelcar*

Em *Itelcar*⁵⁷ o TJUE analisou o regime de subcapitalização português, à data vigente. Em concreto, a norma dispunha que não seria admissível a dedução como juros do montante considerado como pagamento excessivo (de juros)⁵⁸ a um ente não residente sempre quando existissem relações especiais.. A norma portuguesa dispunha ainda que se verificava existirem relações especiais entre duas entidades quando uma sociedade tem o poder de, directa ou indirectamente, exercer uma influência significativa nas decisões da outra.⁵⁹

O TJUE analisou a norma nacional por forma a determinar se esta se encontrava sob a alçada da esfera de protecção da liberdade de estabelecimento ou, por outro lado, deveria ser analisada à luz da liberdade de circulação de capitais.

O Estado português alegou que a legislação nacional em apreço pressupunha a verificação da existência de relações especiais, resultantes do poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão e de financiamento e, conseqüentemente, deveria ser analisada exclusivamente à luz da liberdade de estabelecimento. O TJUE começou por esclarecer que uma legislação que se aplique exclusivamente a situações de influência certa e decisiva que envolvem entidades residentes em Estados terceiros não se enquadraria no âmbito da liberdade de circulação de capitais. No entanto, dadas as clarificações do Estado português de que o conceito de relações especiais explanado na legislação nacional só dizia respeito a situações de detenção, directa ou indirectamente de uma participação, o TJUE determinou que a detenção de um mínimo de 10% do capital ou dos direitos de voto não implicaria o exercício de uma influência efectiva. Com efeito, o TJUE declarou que, não obstante a determinação de um requisito mínimo para a sua aplicação, a aludida legislação tributária nacional se encontra no âmbito da esfera de protecção da liberdade de circulação de capitais. Isto porque, no entendimento do TJUE, a norma não se demonstrava apta a enquadrar apenas as situações em que se verifique existir uma “influência certa e decisiva”⁶⁰ sob determinada entidade.

⁵⁷ Cfr. Acórdão do TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda c. Fazenda Pública*.

⁵⁸ Caracterizando-se como excessiva quando o valor do endividamento é superior ao dobro do valor da participação na entidade residente em território nacional.

⁵⁹ Art. 67.º do Código do IRC (actualmente revogado), com o aditamento do n.º 5 o qual dispunha: “O disposto no presente artigo aplica-se aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações”. Actualmente, o regime em apreço encontra-se plasmado no art. 67.º do Código do IRC com um enquadramento substancialmente distinto.

⁶⁰ Critério do acórdão *Baars*, já citado.

Em face do exposto, na sequência da análise de uma determinada norma, o tribunal teve em conta o objecto dessa legislação.

O tratamento desfavorável da lei nacional era susceptível de dissuadir uma sociedade residente de se endividar (de uma forma considerada excessiva), para com uma sociedade com sede num Estado terceiro, ao passo que se poderia endividar excessivamente com sociedades residentes em Portugal, na UE ou AEEE.

O TJUE conclui que a norma portuguesa analisada violava, deste modo, a liberdade de circulação de capitais do art. 63.º do TFUE. Isto porque, e sublinhamos, em abstracto, a norma portuguesa aplicava-se não só a situações de domínio (“influência certa e decisiva”) mas ainda a casos em que existissem apenas relações especiais.⁶¹

2.3.2 Caso *Kronos*

No acórdão *Kronos*⁶² o TJUE examinou uma norma alemã relativa à mitigação da dupla tributação económica, aplicável a todos os casos de distribuição de dividendos inter-societários, para quaisquer participações superiores a 10%.

No caso de dividendos distribuídos por sociedades residentes em outro Estado-membro ou num Estado terceiro seria aplicável o método da isenção. Por outro lado, no caso de dividendos distribuídos por sociedades residentes na Alemanha seria aplicável o método da dedução de imposto.

Inter alia, isto permitia, nos casos de dividendos distribuídos entre sociedades residentes que, no caso da sociedade beneficiária dos dividendos registasse perdas, ser-lhe-ia possível (por força da aplicação do método de dedução) que o imposto pago pela sociedade distribuidora residente seja totalmente ou parcialmente reembolsado. Tal possibilidade não era possível caso os dividendos fossem distribuídos por sociedades não residentes.

Neste processo estava em causa uma sociedade *holding* sediada nos Estados Unidos da América com filiais na Alemanha. A sociedade *Kronos Inc.* pretendia a dedução, ao seu imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, dos impostos sobre os rendimentos de capital pagos pelas diversas subsidiárias residentes em outros Estados-membros e Estados terceiros.

⁶¹ Cfr. Acórdão do TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International Inc. c. Finanzamt Leverkusen*; PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 242.

⁶² TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International Inc.*, já citado.

Com efeito, foi suscitada a questão de saber se a legislação alemã em causa despoletava uma situação de discriminação, tendo por base no facto de o investimento numa sociedade residente ser mais vantajoso do que numa sociedade não residente, no caso de a sociedade beneficiária registar perdas, uma vez que, no primeiro caso, haverá o direito ao reembolso do imposto pago pela sociedade que procede à distribuição dos dividendos.

O TJUE concluiu que a livre circulação de capitais não obstava ao regime fiscal por ele analisado, o qual prevê a aplicação do método da dedução para os dividendos de origem nacional e, paralelamente dispõe que aos dividendos de origem estrangeira deverá ser aplicado o método da isenção. Isto porque, de acordo com o tribunal, o cenário em apreço constitui uma situação objectivamente diferente, na medida em que os dividendos de origem estrangeira estão isentos de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas na Alemanha, por força dos ADT's celebrados, estando os dividendos de origem nacional sujeitos àquele imposto, tendo em consideração que o mecanismo de reembolso (do imposto) à sociedade-mãe residente pago pela filial residente distribuidora dos dividendos constitui um mecanismo que se destina a evitar ou a atenuar a dupla tributação económica da sociedade-mãe. O tratamento diferenciado foi objectivamente justificado pelo objectivo que a norma analisada visava.

Para determinar qual a liberdade de circulação em causa, o TJUE voltou a ter em conta o âmbito de aplicação da norma nacional (critério normativo). Dado que a norma nacional se aplicava a todos os casos de recepção de dividendos (e não apenas àqueles casos de participações qualificadas ou maioritárias) então a liberdade aplicável seria a de circulação de capitais.

No entanto, e é isto que importa aqui salientar, a liberdade de circulação de capitais era a liberdade aplicável, tendo em consideração que a norma alemã dispunha que uma sociedade residente num Estado-Membro não pode deduzir os impostos pagos noutra Estado-Membro ou num Estado terceiro por sociedades de capitais que procedem à distribuição de dividendos, quando estes resultem de participações que representem, pelo menos, 10% do capital da sociedade distribuidora e, no caso, a participação efectiva da sociedade de capitais que recebe os dividendos seja superior a 90%.

2.3.3 Caso *Emerging Markets*

O presente caso diz respeito a um fundo de investimento estabelecido nos Estados Unidos da América que, em Dezembro de 2010, requereu à administração polaca o reembolso do montante pago em excesso a título do imposto sobre as sociedades cobrado sobre os dividendos que tinham sido pagos pelas sociedades estabelecidas na Polónia.⁶³

Nos termos da legislação tributária polaca aplicável, estavam isentos os dividendos pagos aos fundos estabelecidos em território nacional ou em Estados-membros da UE por sociedades polacas. Os fundos estabelecidos num Estado terceiro nunca poderiam aceder àquela isenção.

O TJUE começou por sublinhar que são proibidas as medidas aptas a dissuadirem os não residentes de investirem num Estado-membro ou a dissuadir os residentes desse Estado-membro de investirem noutros Estados.⁶⁴

Ora, conforme salientou o TJUE, a legislação em análise naquele processo não distingue em função do tipo de participação que deu origem aos dividendos recebidos pelo fundo de investimento, encontrando-se, deste modo, no âmbito da esfera de protecção da liberdade de circulação de capitais.

A aludida medida foi considerada como contrária ao art. 63.º do TFUE, ao abrigo da qual os dividendos pagos por sociedades estabelecidas nesse Estado-Membro a um fundo de investimento situado num Estado terceiro não podem beneficiar da isenção fiscal, se existir entre esse Estado-Membro e o Estado terceiro em causa um dever convencional de assistência administrativa mútua que permita às autoridades fiscais nacionais verificar os esclarecimentos eventualmente prestados pelo fundo de investimento. Esse dever existia no caso concreto (ADT Polónia – Estados Unidos da América) pelo que a legislação polaca foi considerada incompatível com o Direito da União Europeia.

⁶³ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado; TJUE, 08.11.2007, C-379/05, *Amurta*; C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA c. Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux*; PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 242.

⁶⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen*, já citado. Cfr. Acórdão do TJUE, 10.05.2012, C-338/11 e C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA c. Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux*; PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 242.

3. O caso português

Apesar de não existir uma interferência da UE na soberania fiscal dos Estados-membros em matéria de impostos directos, as normas tributárias internas devem ser compatíveis com o direito da União, nos termos em que este é densificado pela jurisprudência do TJUE.⁶⁵

Nestes termos, e tendo em conta a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais, convém examinar agora a compatibilidade de algumas normas do sistema tributário português com o direito da UE.

3.1 Normas potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais (discriminação / restrição)

Na presente secção aferiremos os efeitos dos recentes desenvolvimentos jurisprudenciais relativamente a normas do ordenamento jurídico-tributário português. Neste segmento analisaremos apenas a ingerência das normas (a susceptibilidade das mesmas criarem situações potencialmente restritivas ou discriminatórias). O exame das justificações e da proporcionalidade far-se-á na secção seguinte.

Conseguimos identificar várias normas que, *prima facie*, parecem tornar menos atractivo o exercício da liberdade de circulação de capitais em operações transnacionais, as quais se consubstanciam em medidas potencialmente discriminatórias ou restritivas.⁶⁶ De modo a simplificar a nossa análise procurámos categorizar e agrupar as aludidas normas internas em três perfis distintos.

O primeiro conjunto de normas, (“normas de perfil 1”), inclui todas as medidas, nas quais o legislador português prevê um determinado benefício fiscal aplicável aos residentes em território nacional, ao mesmo tempo que limita a sua extensão aos residentes ou estabelecidos em Estados-membros e / ou em Estados terceiros.

As medidas que compõem o segundo conjunto de normas, (“normas de perfil 2”), permitem às entidades residentes em Estados terceiros de beneficiar do regime fiscal mais favorável nos casos em que exista, entre Portugal e o Estado terceiro, um

⁶⁵ Cfr. §21 Acórdão do TJUE, 14.02.1995, C-279/93, *Schumacker*, o qual dispõe que “Embora, no estado actual do direito comunitário, a matéria dos impostos directos não se encontre enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade, não é menos certo que os Estados-membros devem exercer as competências que detêm respeitando o direito comunitário.”

⁶⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, 20.05.2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*; CHU L., *Taxation of Dividends in Relations with Third Countries*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010); O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues*, British tax review. - London. -(2008).

acordo celebrado para evitar a dupla tributação, não fazendo menção que o aludido ADT tenha, necessariamente, de prever um mecanismo para a troca de informação entre os Estados.

Existem ainda normas que apesar de estenderem o benefício fiscal a residentes de Estados terceiros, apenas o permitem quando exista um ADT entre Portugal e esse Estado terceiro que permita uma cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE (“normas de perfil 3”).

Por último, faremos referência às normas do Código do IRC que criam um tratamento diferenciado para os Estados que se encontram classificados, nos termos da legislação interna, enquanto Estados com sistemas tributação privilegiada ou “paraísos fiscais”.

3.1.1 Normas de perfil 1

No primeiro grupo de normas incluímos os arts. 21.º a 24.º e, bem assim, os arts. 16.º, 26.º, 49.º e 71.º todos do EBF.⁶⁷ As normas identificadas concedem isenções aos rendimentos obtidos pelos diferentes tipos de fundos, adoptando estruturas de redacção do texto bastante similares.

Em primeiro lugar, as disposições referidas estabelecem uma isenção do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (adiante IRC) para os rendimentos dos fundos “que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional” ou “nos termos da legislação nacional”. Com isto, o legislador nacional prevê um tratamento fiscal distinto para os fundos estabelecidos em território nacional,⁶⁸ relativamente aos fundos não residentes.

Note-se que o art. 63.º do TFUE impõe que a legislação doméstica dos Estados-membros preveja um tratamento fiscal equivalente aos rendimentos auferidos pelos sujeitos passivos (quer sejam auferidos por fundos residentes em território nacional, quer sejam auferidos por não residentes estabelecidos num Estado-membro da UE ou num Estado terceiro). A condição do tratamento fiscal equivalente, na acepção do TJUE, não se encontra verificada nas normas em apreço, uma vez que tais normas

⁶⁷ Cfr. Decreto-Lei n.º 215/89 de 1 de Julho.

⁶⁸ ZEITLINGER A., *The Relationship of the Free Movement of Capital and the Free Movement of Payments with Special Emphasis on Third-country Relationships*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, Vol.66 (2010).

criam um tratamento diferenciado baseado na residência do fundo perceptor do rendimento.⁶⁹

A situação de comparabilidade deve ser analisada apenas ao nível do veículo de investimento, na medida em que a norma nacional não tem em conta a situação fiscal dos seus detentores de participações.⁷⁰

Neste sentido, a situação de um fundo beneficiário residente consubstancia-se numa situação comparável à situação de um fundo beneficiário não residente, na medida em que, em ambos os casos, os rendimentos auferidos por estes podem, em princípio, ser objecto de uma dupla tributação económica ou de uma tributação em cadeia.⁷¹

Segundo o entendimento acolhido pelo TJUE, não basta para destruir a comparabilidade entre duas situações quando um fundo não residente não cumpra as mesmas regras quanto à criação e funcionamento que vigoram num dado Estado-membro. De facto, estes podem, mesmo sem estarem obrigados, observar os mesmos requisitos, colocando-se em situação equiparável.⁷²

a) O art. 16.º do EBF

A norma em apreço prevê a isenção dos rendimentos auferidos pelos fundos de pensões e equiparáveis com diferentes requisitos para a sua aplicação consoante se encontrem sediados num Estado-membro ou num Estado terceiro parte do acordo Espaço Económico Europeu (adiante EEE), isto é, aquando do pagamento de dividendos por parte de uma sociedade portuguesa a um fundo deste tipo, esta terá de realizar a retenção na fonte devida sobre os montantes pagos no caso de o fundo de pensões seja não residente, ao passo que se encontra dispensado de qualquer da retenção na fonte nos casos em que o fundo de pensões se encontre estabelecido em território nacional.

A este respeito cumpre referir que a norma 16.º do EBF⁷³ foi já objecto de análise por parte do TJUE. O Tribunal concluiu que um investimento efectuado numa

⁶⁹ Cfr. §62 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*, já citado.

⁷⁰ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.05.2012, C-338/11 e C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*, já citado.

⁷¹ Cfr. §58 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*, já citado; Acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado.

Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen*, já citado.

Cfr. Acórdão do TJUE, 10.05.2012, C-338/11 e C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*, já citado.

⁷² Cfr. §67 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

⁷³ Cfr. Decreto-Lei n.º 215/89 de 1 de Julho.

sociedade portuguesa por um fundo de pensões não residente é comparável a um investimento feito por um residente⁷⁴. Concluiu ainda que existia um tratamento diferente e menos favorável dos fundos não residentes, uma vez que os rendimentos recebidos por estes não estariam isentos de IRC ao passo que os recebidos por congéneres nacionais se encontravam aptos a beneficiar daquela isenção.⁷⁵

Esta diferença de tratamento dos dividendos pagos por uma sociedade residente consoante o beneficiário se encontre estabelecido em território nacional ou num Estado terceiro, manifesta um claro favorecimento dos fundos nacionais ao mesmo tempo que cria um prejuízo para a situação tributária dos fundos de pensões não residentes.

O Estado português, não obstante ter reconhecido no aludido processo a existência de uma restrição à livre circulação de capitais, alegou que a discriminação decorrente da legislação tributária interna era justificada com base na preservação da coerência fiscal numa óptica de compensação dos montantes não tributados *versus* a tributação daqueles rendimentos auferidos pelos fundos não residentes. Em segundo lugar, alegou o Estado português que aquele regime visava ainda conservar a eficácia dos controlos fiscais, por forma a que os fundos beneficiários possam ser directamente controlados pelas autoridades fiscais portuguesas.

O TJUE considerou que os argumentos apresentados pelo Estado português não eram aptos a justificar o tratamento fiscal diferenciador, tendo em consideração que as autoridades fiscais nacionais se encontravam em posição de verificar os esclarecimentos adequados junto daqueles fundos. Por outro lado, o IRC cobrado aos rendimentos dos fundos de pensões não residentes não constitui uma fonte directa de financiamento do sistema de segurança social, pelo que a justificação alegada (ligada à eficácia dos controlos fiscais) não foi acolhida pelo TJUE. Ademais, a impossibilidade absoluta de os fundos de pensões não residentes beneficiarem da isenção concedida aos fundos de pensões residentes em Portugal era desproporcional.

O TJUE concluiu que existia nesta norma tributária uma restrição à liberdade de circulação de capitais pelo art. 63.º do TFUE.

Consequentemente, o legislador nacional aditou à aludida norma o n.º 7 por forma a estender o alcance do benefício fiscal, isentando, nos mesmos termos, os rendimentos dos fundos de pensões que se encontrem estabelecidos noutra Estado-membro da UE ou do EEE. Não obstante, cumpre frisar que a solução legislativa

⁷⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, 6.10.2011, C-493/09, *Comissão c. Portugal*.

⁷⁵ Cfr. Art. 16º, n.º 1 do EBF.

acolhida pelo Estado português não abrange a concessão do benefício a Estados terceiros, permanecendo a norma, em princípio, contrária ao art. 63.º do TFUE na sua dimensão externa,⁷⁶ dado que permanece excluída do seu texto, de forma absoluta, a possibilidade de aplicação do benefício fiscal em apreço aos fundos de pensões residentes em Estados terceiros (que não sejam parte do acordo AEEE).

b) Outras normas do EBF

De forma similar, os arts. 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 26.º, 49.º e 71.º do EBF consagram uma isenção dos rendimentos auferidos pelos diferentes tipos de fundos legalmente previstos.

O legislador estabelece, que um fundo (independentemente do seu tipo) apenas pode beneficiar da isenção de tributação dos seus rendimentos se tiver sido constituído e estiver a operar de acordo com a legislação nacional. No caso destes artigos, nem se prevê uma extensão do tratamento mais favorável para residentes de Estados da UE ou do AEEE.

As medidas identificadas são aptas a dissuadir os fundos residentes em Estados-membros e Estados terceiros de investirem em território nacional,⁷⁷ ao mesmo tempo que torna mais difícil às sociedades residentes obterem financiamentos por parte desses fundos. Pelo que tais medidas consubstanciam-se, em princípio, em normas contrárias à liberdade de circulação de capitais na sua dimensão interna e externa.

c) Normas do Código do IRC

Incluímos ainda como normas de perfil 1 as constantes no art. 53.º e no n.º 12 do art. 14.º do Código do IRC.

O n.º 3 do art. 53.º do Código do IRC dispõe que os rendimentos, provenientes da distribuição de dividendos, de entidades residentes, sujeitas e não isentas de IRC, podem ser deduzidas, até 50% desse rendimento, à matéria colectável de pessoas colectivas que não exerçam a título principal uma actividade industrial, comercial ou agrícola.

Por seu turno, o n.º 5 do art. 53.º do Código do IRC vem estender essa possibilidade de dedução do rendimento quando provém de uma entidade residente

⁷⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

⁷⁷ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA*, já citado; Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen*, já citado; Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010); PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010).

noutro Estado-membro da UE, excluindo a possibilidade de dedução de parte do rendimento quando as entidades distribuidoras dos dividendos são residentes de um Estado terceiro. Esta última hipótese encontra-se afastada de forma absoluta pela própria norma, com o intuito de impedir a dedução, por parte de uma sociedade portuguesa que receba os lucros distribuídos, por uma sociedade estabelecida num Estado terceiro, excluindo também, ao mesmo tempo, a possibilidade de prova por parte das sociedades não residentes que cumprem os requisitos legalmente exigidos às sociedades nacionais ou estabelecidas em Estados-membros da UE.

O legislador nacional não ressalva a hipótese de existir, entre os dois Estados envolvidos, mecanismos para a troca de informação, a nível convencional, que permitam assegurar um controlo sobre as entidades distribuidoras residentes em Estados terceiros.

Destacamos o facto de a exigência de requisitos adicionais apenas ser feita aos casos em que a uma entidade nacional aufera os dividendos distribuídos por uma sociedade residente num Estado-membro (nos termos dos n.º 5 e do n.º 6 do artigo 53.º do Código do IRC). Este agravamento de formalidades diferenciador suscita-nos algumas dúvidas quanto à sua conformidade, podendo mesmo despoletar uma situação potencial de restrição ou de discriminação.⁷⁸

O n.º 12 do art. 14.º do Código do IRC prevê uma isenção para os juros e *royalties* que uma entidade em território nacional coloque à disposição de uma entidade que tenha sede ou direcção efectiva em território português ou num Estado-membro da UE, encontrando-se assim excluídos, de forma absoluta, os sujeitos passivos que residam num Estado terceiro.

Identificamos um tratamento fiscal distinto entre os residentes em território nacional ou num Estado-membro da UE, os quais são susceptíveis de beneficiar da isenção dos juros e *royalties*, e os não residentes estabelecidos num Estado terceiro, colocando-se pois numa situação desfavorável face aos primeiros.⁷⁹

⁷⁸ A extensão do benefício encontra-se sujeita à verificação dos requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho, relativamente aos quais a entidade beneficiária terá de fazer a devida prova do seu preenchimento.

⁷⁹ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010); PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010); TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holböck*; Acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado; TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*; TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company c. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*; TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International Inc. c. Finanzamt Leverkusen*.

Como vimos anteriormente, as normas analisadas *supra*, comportam situações objectivamente comparáveis às situações em que as respectivas entidades sejam residentes em território nacional ou num Estado-membro da UE.

d) Normas do Código do IRS

Por sua vez, nos termos do disposto no art. 40.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (adiante IRS) é previsto um direito de opção pelo englobamento, caso em que apenas serão considerados 50% dos lucros devidos pelas entidades devedoras com sede ou direcção efectiva em Portugal ou num Estado-membro da UE.

Com efeito, a desconsideração de 50% do valor recebido pelo sujeito passivo não abrange os casos em que esses rendimentos tenham origem de entidades sediadas num Estado terceiro e, conseqüentemente, os sujeitos passivos de IRS são dissuadidos a auferir rendimentos que provenham de entidades sediadas em Estados terceiros, tendo em consideração que nestes casos o sujeito passivo encontra-se impedido de forma absoluta de beneficiar da referida redução do valor tributável, em sede de IRS.

Esta norma confere um tratamento fiscal mais favorável aos dividendos auferidos que provenham de uma sociedade residente em território nacional ou de um Estado-membro da UE. Tal tratamento não é aplicável⁸⁰ quando esses lucros provenham de sociedades residentes num Estado terceiro.

Nos termos da liberdade de circulação de capitais, a entidade que distribua lucros, estabelecida num Estado terceiro, encontra-se numa situação objectivamente comparável à dos residentes em território nacional ou num Estado-membro da UE pelo que a norma é potencialmente violadora daquela liberdade.

3.1.2 Normas de perfil 2

Não obstante se encontrar fora do âmbito da nossa análise os impostos indirectos, consideramos importante fazer menção ao n.º 2 do art. 7.º do Código do Imposto do Selo.

⁸⁰ C-282/12, *Itelcar*; TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company c. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*; TJUE, 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International Inc. c. Finanzamt Leverkusen*; Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen*, já citado; Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 106; Acórdão do TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*; ENGLISCH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, Intertax. - Alphen aan den Rijn. - Vol. 38 (2010).

Esta norma isenta de imposto as operações financeiras, incluindo respectivos juros, destinadas à cobertura de carência de tesouraria e efectuadas por sociedades de capital de risco ou outras sociedades a favor de sociedades, nas quais detenham participações nos termos do disposto na alínea g) do n.º 1 do art. 7.º do Código do Imposto Selo. Estão ainda isentas as operações realizadas por detentores de capital social a entidades nas quais detenham directamente uma participação no capital não inferior a 10% segundo o disposto na alínea h) do n.º 1 do art. 7.º Código do Imposto do Selo.

A isenção é concedida aos intervenientes que tenham sede ou direcção efectiva em território nacional, num Estado-membro da UE ou num Estado terceiro com o qual Portugal tenha celebrado um ADT. Não beneficiarão da isenção todas as operações em que os intervenientes sejam residentes num Estado terceiro que não tenha celebrado com o nosso país um ADT.⁸¹

Tal norma é pois apta a dissuadir os interessados de realizarem as referidas operações financeiras em Portugal. É ainda apta a dissuadir um residente em território nacional de realizar estas operações a uma entidade estabelecida em Estado terceiro que não possua com Portugal um ADT celebrado. Trata-se também de uma situação potencialmente violadora da liberdade de circulação de capitais.

3.1.3 Normas de Perfil 3

O n.º 3 do art. 14.º do Código do IRC isenta de IRC os lucros e reservas que uma entidade residente em território português coloque à disposição de uma entidade residente em Estado-membro da UE do AEEE ou de um Estado terceiro (nestes últimos dois casos desde que estes países se encontrem vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE.

O benefício fiscal em apreço (isenção, em sede de IRC, dos lucros e reservas distribuídos), cria um tratamento fiscal distinto entre residentes e não residentes em Estados terceiros com os quais Portugal não tenha celebrado um ADT que preveja a “cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE”. Tais normas são, também, potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa.

⁸¹ MITROYANNI, J., *Exploring the scope of the free movement of capital in direct taxation*, The EC tax journal. – London. – Vol. 8 (2005).
MOHAMED, S., *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU* (Kluwer Law International, 1999).

3.1.4 Normas de combate a regimes de tributação privilegiada

O nosso sistema jurídico contém ainda normas dedicadas a desestimular as relações com os chamados “paraísos fiscais” ou “regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis”. Tratam-se pois de Estados, territórios ou regiões autónomas que oferecem aos investidores não residentes, condições de tributação reduzida ou nula a investidores que se estabeleçam ou investam naquele Estado.

Note-se que muitos destes Estados, a par da previsão de baixas taxas de tributação, criam fortes barreiras à troca de informações e níveis reduzidos de transparência relativamente aos rendimentos e informações relevantes dos sujeitos passivos de imposto.

O aumento das estratégias de planeamento e optimização fiscal através de entidades sediadas em paraísos fiscais levou a que os Estados, entre os quais Estados-membros da UE, adoptassem na sua legislação mecanismos que dissuadissem os fluxos de capitais transfronteiriços com esses territórios.

A adopção de listas de paraísos fiscais (e de normas que remetem para as mesmas) por parte de Portugal e de outros Estados-membros da EU pode suscitar algumas dúvidas relativamente à sua conformidade com o direito da UE sempre que entre Portugal (ou o Estado-membro em questão) e o “paraíso fiscal” exista um acordo de troca de informações que permita um adequado controlo da situação fiscal dos sujeitos passivos.

A legislação tributária nacional dispõe diversos casos de tratamento tributário específico (e menos favorável) para operações e transacções com territórios com um regime de tributação privilegiado. Tal tem por base a Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro e alterada de acordo com a Portaria n.º 292/2011, de 8 de Novembro a qual tem por base os critérios elencados no art. 63.º-D da LGT. O *rationale* de tais normas é o da luta contra a fraude e a evasão fiscal. Tais medidas podem, no entanto, consubstanciar-se em restrições à liberdade de circulação de capitais nos casos em que a restrição não se circunscreva à luta contra “expedientes puramente artificiais”, e neste caso, a medida não seria aceitável no quadro dessa justificação⁸².

A título de exemplo, nos termos da alínea r) do n.º 1 do art.º 23.º-A do Código do IRC não concorrem, para efeitos de determinação do lucro tributável de uma

⁸² Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

sociedade, as importâncias pagas ou devidas a entidades estabelecidas num território com um regime de tributação claramente mais favorável.

No âmbito do nosso regime de *participation exemption*,⁸³ no art. 51.º do Código do IRC, exige-se que a entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha domicílio em território ou região sujeito a um regime claramente mais favorável.

O problema afecta todas as medidas tributárias nacionais que se socorram daquela lista.⁸⁴

De facto, a razão para o tratamento diferente (e menos favorável) é apenas a residência do sujeito, e não o facto de este estar envolvido num expediente puramente artificial ou da inexistência de cooperação administrativa que permita a eficácia dos controlos fiscais.

Somos da opinião que, não obstante os objectivos que referimos para a adopção destas medidas, a remissão para a lista pode impedir a realização de actividades genuínas, dotadas de realidade económica. Assim, qualquer restrição a estes movimentos pode afectar a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais.

Em face do exposto, e mesmo face à inexistência de jurisprudência estável do TJUE nesta matéria, somos da opinião que o legislador deverá rever as normas que tomem como base da diferenciação o facto de o sujeito passivo ser residente num Estado que conste da Portaria citada, sob pena de incompatibilidade com o Direito da União.

3.2 Justificação e proporcionalidade

As normas tributárias internas, ainda que *prima facie* restritiva ou discriminatórias, podem ser aceites quando justificadas e proporcionais ao fim prosseguido.⁸⁵ Nesta secção vamos ocupar-nos destes dois momentos (justificações e

⁸³ Vide Art. 51.º do Código do IRC.

⁸⁴ Vide art. 23.º-A, n.º 1, alínea r), n.º 3, n.º 7 e n.º 4 alínea c); art. 45.º-A, n.º 4, alínea c); art. 50.º-A, n.º 1, alínea d); art. 51.º, n.º 1, alínea e); art. 51.º-D, n.º 3; artigo 54.º-A, n.º 1 alínea b); art. 56.º, n.º 2; art. 63.º, alínea h); art. 66.º, n.º 1, n.º 6, alínea a), subalínea 6); art. 81.º, n.º 4; art. 87.º, n.º 4, alínea i); art. 88.º, n.º 8; artigo 91.º-A, n.º 4, todos do Código do IRC.

⁸⁵ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen*, já citado; Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 106; Acórdão do TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*; ENGLISCH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, Intertax. - Alphen aan den Rijn. - Vol. 38 (2010).

proporcionalidade).⁸⁶ Faremos a análise tendo em consideração as normas anteriormente isoladas.

3.2.1 Combate à fraude e a evasão fiscal

Por regra, o TJUE admite como uma justificação válida a luta contra a fraude e a evasão fiscal. No entanto, e em termos do controlo de proporcionalidade, o tribunal considera que quaisquer discriminações ou restrições baseadas nessa justificação não serão admissíveis quando ultrapassem o que é necessário para evitar os casos que sejam especificamente abusivos, ou seja (e nas palavras do tribunal) os “expedientes puramente artificiais.”

Note-se que as normas nacionais em análise não são desenhadas de forma a ter como objectivo específico evitar esquemas puramente artificiais. De facto, tais normas não permitem, de um modo geral e automático, a obtenção de benefícios fiscais por quaisquer residentes em Estados terceiros e/ou Estados-membros da UE, independentemente da realidade económica que a entidade apresente.

Apesar de ser possível invocar a necessidade de prevenir e combater a fraude e a evasão fiscal, as normas fiscais analisadas não passariam no controlo de proporcionalidade pelo que não podem – por esta via – ser consideradas como compatíveis com a liberdade de circulação de capitais.⁸⁷

3.2.2 Necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais

O legislador exclui liminarmente do texto das normas que um não residente beneficie do regime, independentemente da existência, entre Portugal e o Estado terceiro, de mecanismos para a troca de informações ou cooperação administrativa

⁸⁶ uma norma restritiva para ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, tem ainda de ser proporcional na medida em que terá de ser adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue, não devendo ultrapassar o necessário para o alcançar. Cfr. §62 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*, já citado. CHU L., *Taxation of Dividends in Relations with Third Countries*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

⁸⁷ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 243; Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 128 e seguintes; Acórdão do TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*; DAURER V., & Simader K., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, já citado; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado; EVANGELIA, P., *Capital Freedom and Third Countries*, *The EC Tax Journal* 9 (2008); LUNA A.A., *The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LOB Clauses*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010).

adequados que permitam a verificação dos requisitos relativamente à sua constituição e ao exercício das suas actividades ou, alternativamente, fazerem prova que cumprem exigências equivalentes às requeridas às entidades nacionais.

A exigência de previsão de cooperação administrativa seria admissível face à jurisprudência do TJUE. De facto, nas relações com outros Estados admite-se que se mantenham situações de discriminação ou restrição quando não for possível ao Estado português verificar efectivamente os requisitos legalmente exigidos de criação e do exercício da actividade do sujeito passivo ou os elementos relevantes da sua situação tributária.

Assim as medidas em causa não passam no controlo de proporcionalidade. De facto (e a proibição automática que elas contêm) poderiam ser substituídas por medidas menos restritivas como o seriam subordinar os benefícios à existência de cooperação administrativa entre os Estados ou ainda à possibilidade dos interessados fazerem prova que cumprem todas as exigências equivalentes às requeridas aos residentes em território nacional.

As normas com características semelhantes podem constituir, segundo o entendimento do TJUE, restrições desadequadas e desproporcionais à prossecução da garantia dos controlos fiscais e, com efeito, contrárias ao art. 63.º do TFUE.⁸⁸

Todas as normas analisadas revelam um proteccionismo excessivo⁸⁹ e uma afronta à livre circulação de capitais na relação com Estados terceiros. Encontramos soluções menos restritivas que garantem a prossecução dos objectivos que os Estados poderão vir a alegar, nomeadamente, a previsão nessas normas de exigência de acordos de assistência de troca de informações adequados, com o intuito de obterem os esclarecimentos necessários por forma a abrir a possibilidade dos interessados beneficiarem nas mesmas condições do regime concedido a um residente nacional.

3.2.3 Necessidade de preservar a coerência dos sistemas fiscais

A coerência do sistema fiscal implica que seja assegurada uma tributação uniforme e efectiva dos rendimentos de um determinado sujeito passivo.⁹⁰

⁸⁸ TJUE, 23.02.2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heidjen*; TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holböck*; Acórdão do TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado; TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*.

⁸⁹ LANG, M. & PISTONE, P., *The EU and Third Countries: Direct Taxation* (Linde Kluwer Law International, 2007).

⁹⁰ Cfr. §89 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*, já citado. Acórdão do TJUE, 10.05.2012, C-338/11 e C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*, já citado; PINTO

No caso das normas em apreço o benefício não se encontra sujeito à condição desses rendimentos auferidos serem tributados posteriormente de forma a compensar a sua não tributação. Assim, não é possível estabelecer um nexo directo entre o benefício fiscal concedido e a tributação desses determinados rendimentos, não sendo a justificação aplicável. Em segundo lugar, as situações de benefício / vantagem, deverão ainda relativas ao mesmo imposto e reportáveis ao mesmo sujeito passivo. Por último, a aludida correlação directa ou nexo directo não deverá ser posta em causa por um ADT.

3.2.4 Repartição equilibrada dos poderes de tributação

Através do acolhimento desta justificação o TJUE pretendeu atender à circunstância de que a cobrança dos impostos directos é um elemento central da competência dos Estados-membros.

Não obstante, quando um Estado-membro opte por não tributar ou conceder um benefício a entidades residentes não pode invocar a necessidade de repartição dos poderes de tributação para justificar a tributação das entidades não residentes beneficiárias dos rendimentos em questão, uma vez que o Estado se encontra a justificar a não tributação dos seus residentes, invocando para tal, a sua soberania tributária perante os não residentes.⁹¹

Neste sentido, um Estado que cria um benefício fiscal apenas para as entidades residentes, não prevendo esse mesmo benefício para as entidades residentes em Estados terceiros, não pode justificar a medida restritiva com base na repartição equilibrada dos poderes de tributação, tendo em consideração que tal argumento se revela incoerente perante uma norma que isenta os rendimentos dos residentes nacionais.

3.2.5 Quanto à cláusula de salvaguarda – Art. 64.º do TFUE

Como já afirmado, e nos termos do art. 64º do TFUE, as restrições aos movimentos de capital de e para países terceiros são admitidas sempre que norma interna que as consagre se encontrasse já em vigor a 31 de Dezembro de 1993 e,

NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010).

⁹¹Cfr. §99 Acórdão do TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*, já citado; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado.

cumulativamente, se trate de uma situação de investimento directo.⁹² Verifiquemos, pois, quais as normas que poderão estar sob a alçada do aludido art. 64.º do TFUE.

À referida data, 31 de Dezembro de 1993, encontravam-se em vigor, o art. 16.º e o art. 21.º do EFB. Estas continham já uma restrição à livre circulação de capitais na relação com Estados terceiros, a qual foi mantida após esta data até ao presente. Estas duas normas encontram-se sob a alçada de protecção desta cláusula suspensiva.

Relativamente aos arts. 22.º e 49.º do EBF, os regimes que estas prevêm já se encontravam em vigor àquela data. No entanto, só posteriormente é que se inclui a referência à constituição e operação do próprio fundo nos termos da legislação nacional. Nos termos da jurisprudência consolidada do TJUE, o elemento ingerente tem de ser anterior à data referida. Apesar das aludidas normas (art. 22.º e 49.º do EBF) já se encontrarem em vigor, não continham ainda na sua redacção os elementos restritivos relativos à “residência” ou “estabelecimento” do fundo, em função dos quais é concedido ou vedado o benefício fiscal. Nesses termos, não podem beneficiar da protecção conferida pelo art. 64.º do TFUE.

Cumpre salientar que todas as restantes normas examinadas não estavam ainda em vigor no ordenamento jurídico português a 31 de Dezembro de 1993 (ou não o continham o elemento ingerente em questão) pelo que não lhes é aplicável o disposto no art. 64.º do TFUE. Por último note-se que o facto de se aplicar a cláusula de salvaguarda, tal não implica que seja menor o desvalor normativo contido na norma, ou seja, o seu potencial de violação do mercado interno. Assim, e apesar de a tal não ser obrigado, os Estados-membros – no quadro do princípio da cooperação sincera – deveriam progressivamente desmantelar estas normas.

3.3 Conclusões Intermédias

A liberdade legislativa dos Estados-membros da UE em matérias fiscais é hoje limitada, em grande medida, tanto pelo direito primário (densificado pelas constantes decisões do TJUE) como pelo direito secundário da UE.

⁹² Teixeira, M.P., *Express Derogations from the Free Movement of Capital with Respect to Third Countries: Art.64 TFEU*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010) p. 150; TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holböck*; TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*; TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*; TEIXEIRA, M.P., *Express Derogations from the Free Movement of Capital with Respect to Third Countries: Art.64 TFEU*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, Vol.66 (2010); STÄHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, EC tax review. - London. - Vol. 13 (2004).

A liberdade de circulação de capitais, liberdade fundamental prevista pelo TFUE, é também aplicável na relação de e para Estados terceiros. Nos termos em que a mesma se encontra actualmente densificada pelo TJUE, coloca diversos novos desafios para os legisladores nacionais.

Neste capítulo identificámos diversas normas tributárias potencialmente violadoras do art. 63.º do TFUE. Para efeitos de racionalização do exame das mesmas, procedemos a uma estruturação das normas em três grupos distintos consoante as características comuns apresentadas pelas mesmas.

Após o referido levantamento, verificámos se as mesmas seriam passíveis de serem justificadas por razões imperiosas de interesse geral. Por último verificamos (controlo de proporcionalidade) se face às justificações tradicionalmente aceites as medidas *sub judice* não iriam além do que se mostra necessário ou se não seriam passíveis de serem substituídas por alternativas menos restritivas.

Confirmámos que várias das normas identificadas são, em princípio, contrárias ao direito primário da UE. Confirmamos ainda que apenas um grupo muito limitado se poderiam sustentar com base na alegação da cláusula de salvaguarda do art. 64 TFUE.

Paralelamente, expressamos as nossas reservas relativamente à conformidade de várias normas cuja estatuição remete para a “lista de jurisdições com um regime fiscal mais favorável tal como disposto na Portaria n.º 150/2004 (alterada de acordo com a Portaria n.º 292/2011). Tais medidas podem impedir a aplicação de “regimes regra”, de benefícios fiscais ou levar ao agravamento das taxas de tributação quando a contraparte resida num desses territórios.

Por último, ainda que o TJUE eventualmente aceitasse alguma das justificações invocadas, demonstrámos que qualquer das opções legislativas adoptadas pelo legislador português não passariam no controlo de proporcionalidade tal como requerido pelo TJUE. Para sustentar esta afirmação estudamos soluções menos restritivas, igualmente aptas a prosseguir os objectivos pretendidos, as quais explanaremos no próximo segmento e no anexo a esta dissertação.

4. Propostas de Solução

Verificados os problemas de compatibilidade com a livre circulação de capitais (art. 63.º do TFUE), procuraremos agora apresentar algumas propostas de solução.

Como referido anteriormente, conseguimos encontrar alternativas que se revelam simultaneamente menos restritivas e mais adequadas aos objectivos que o Estado português (aleadamente) prossegue.

No que se refere ao art. 16.º do EBF, como já foi referido e apesar de já ter sido objecto de alteração⁹³, este continua, *prima facie*, incompatível com a livre circulação de capitais (na sua dimensão externa) uma vez que continua a não admitir a extensão da isenção prevista aos residentes ou estabelecidos em Estados terceiros (não membros do EEE), com os quais Portugal tenha ADT celebrado ou outro mecanismo adequado que permita a troca de informações entre os Estados.

Tendo em vista a expurgação da restrição, o legislador poderá, por um lado, abrir a possibilidade aos residentes em qualquer Estado terceiro de poder fruir da isenção. Nos termos da jurisprudência do TJUE, o legislador nacional pode (para restringir essa possibilidade): i) centrar-se na comparabilidade entre os fundos nacionais e os de um qualquer outro Estado terceiro, indicando (especificando) as condições que os fundos não residentes terão de cumprir para serem comparáveis com os fundos residentes⁹⁴; ii) especificar que entre Portugal e o Estado de residência do outro ente devem existir mecanismos de cooperação administrativa em matéria tributária que permitam efectivamente verificar se as condições de comparabilidade se verificam e se os movimentos de capital em questão tiveram efectivamente lugar. Pode ainda requerer que a prova relativamente à comparabilidade (através de certificados ou de outros documentos) se faça (*rectius*: esteja em poder da contraparte situada em território nacional) no momento em que o pagamento (ou outro

⁹³ Em 2011, com a introdução do n.º 7, o qual dispõe “São isentos de IRC os rendimentos dos fundos de pensões que se constituam, operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia ou do espaço económico europeu, neste último caso desde que esse Estado membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, não imputáveis a estabelecimento estável situado em território português, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: a) Garantam exclusivamente o pagamento de prestações de reforma por velhice ou invalidez, sobrevivência, pré-reforma ou reforma antecipada, benefícios de saúde pós-emprego e, quando complementares e acessórios destas prestações, a atribuição de subsídios por morte; b) Sejam geridos por instituições de realização de planos de pensões profissionais às quais seja aplicável a Directiva n.º 2003/41/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Junho; c) O fundo de pensões seja o beneficiário efectivo dos rendimentos; d) Tratando-se de lucros distribuídos, as correspondentes partes sociais sejam detidas, de modo ininterrupto, há pelo menos um ano.”

⁹⁴ Note-se que aqui o legislador nacional não poderá fazer mais do que explicitar os requisitos em causa, não podendo adicionar requisitos que não se encontrem previstos para os fundos nacionais.

movimento de capital) tem lugar. Em face do exposto, propomos a redacção apresentada no Anexo I.

Os arts. 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 26.º, 49.º e 71.º do EBF isentam de IRC os rendimentos auferidos pelos diferentes tipos de fundos legalmente previstos quando constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional. Nestes casos, infringem a livre circulação de capitais na sua dimensão interna e na sua dimensão externa. Para as aludidas normas sugerimos as alterações que elencamos também no Anexo I.

Paralelamente, o legislador português deverá proceder a alterações ao texto do art. 40.º-A do Código do IRS. Por forma a sanar as incompatibilidades da norma em apreço, sugerimos a redacção que expomos no Anexo I.

Os números 12 e 13 do art. 14.º do Código do IRC devem também estender a isenção para os juros e *royalties* quando sejam colocados à disposição de uma entidade que tenha sede ou direcção efectiva num Estado terceiro. Para este efeito, apresentamos propostas alternativas no Anexo I.

O art. 53.º do Código do IRC deverá estender também na sua previsão a dedução correspondente a 50% dos rendimentos incluídos na base tributável correspondentes a lucros distribuídos por entidades residentes em Estado terceiro que se encontre vinculado a um mecanismo de cooperação administrativa, tal como propomos no Anexo I.

A solução para o texto legal do art. 7.º do Código do Imposto do Selo que propomos no Anexo II, visa estender também aos Estados terceiros a isenção por forma a não criar uma restrição à livre circulação de capitais.

Por último, o n.º 3 do art. 14.º do Código do IRC, é (entre todas as normas analisadas) uma das menos restritivas. Isto por prever já a extensão do benefício a Estados terceiros. Mas existem soluções legislativas menos restritivas e mais adequadas na prossecução dos objectivos que visa alcançar, nomeadamente, através da redacção prevista no Anexo III.

O legislador nacional poderá optar por algumas soluções legislativas que permitam, por um lado, continuar a conceder os benefícios em análise e, por outro lado, não introduzir situações de incompatibilidade como direito primário da UE.

As soluções por nós propostas constituem medidas menos restritivas da livre circulação de capitais, tendo em vista, igualmente, as preocupações e exigências de um Estado-membro da UE.

Se por um lado o Estado português pode ver diminuir parte substancial da sua receita tributária, uma vez que se encontra obrigado a estender os seus benefícios fiscais, aos residentes ou estabelecidos em Estados terceiros, por outro lado esta poderá ser uma oportunidade de atracção de investimento estrangeiro no nosso país.

Por último, cumpre destacar que (em última análise) o Estado português dispõe ainda da faculdade de revogar as normas que são desconformes com os Tratados da UE, eliminando os aludidos benefícios e, bem assim, dissipando qualquer dúvida e encargos que pudessem surgir aquando da sua análise pelo TJUE.

5. Conclusões

- I. A liberdade de circulação de capitais é uma das liberdades fundamentais da UE, sendo a única aplicável também nas relações de e para Estados terceiros.
- II. O art. 63.º do TFUE proíbe todas as restrições à circulação de capitais e pagamentos entre Estado-membros e entre Estados-membros e Estados terceiros.
- III. Uma restrição à liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa tem um contexto legal distinto o que pode levar a uma (mais ampla possibilidade de) justificação de um tratamento fiscal diferenciado (desde que proporcional ao fim interno a atingir).
- IV. No ordenamento tributário nacional, identificamos várias normas potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais. Para efeitos da presente dissertação, agrupamos essas normas de acordo com as suas características comuns.
- V. As normas de perfil 1 são medidas potencialmente violadoras da livre circulação de capitais uma vez que criam um tratamento fiscal distinto e menos favorável para entes estrangeiros, por comparação com os entes estabelecidos em território nacional.
- VI. As normas de perfil 2 constituem, *prima facie*, entraves à liberdade de circulação de capitais na medida em que a extensão do benefício fiscal a residentes em Estados Terceiros depende da existência de um ADT entre o nosso Estado e esse Estado terceiro.
- VII. As normas de perfil 3 constituem medidas potencialmente restritivas da liberdade de circulação de capitais dado que a extensão do benefício fiscal depende da existência de um ADT ou de um qualquer outro mecanismo internacional que permita uma adequada troca de informações entre Portugal e o Estado de residência do sujeito passivo.
- VIII. Qualquer dos tipos de exigência acima descritos pode dissuadir os sujeitos passivos residentes em Estados terceiros de realizar operações financeiras em Portugal ou, de outro modo, dissuadir um residente em território nacional de realizar certas operações com uma entidade estabelecida em Estado terceiro.

- IX. Por regra, uma medida que use como critério de distinção a residência da entidade beneficiária é potencialmente discriminatória ou restritiva. Isso é verdade seja o outro Estado de residência um Estado-Membro da União ou do AEEE. No caso de a discriminação ser relativa à liberdade de circulação de capitais (e dada a referida dimensão externa) tal também se aplica no caso de qualquer outro Estado terceiro.
- X. Existem várias justificações tradicionalmente aceites pelo TJUE tais como a necessidade de combate à fraude e à evasão fiscal, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais, a necessidade de preservar a coerência dos sistemas fiscais e a necessidade de garantir a repartição equilibrada dos poderes de tributação entre os Estados. Em abstracto, qualquer uma delas pode ser invocadas para a justificação do tratamento discriminatório produzido pelas normas nacionais acima indicadas.
- XI. No entanto, e ainda que se analisarmos as ingerências à luz dessas justificações, teremos sempre de concluir que as medidas em causa acabam por exceder o necessário para a prossecução das mesmas ou que podem ser substituídas por alternativas menos restritivas pelo que falham no controlo de proporcionalidade normalmente aplicado pelo TJUE.
- XII. Assim, devemos concluir que as mesmas são incompatíveis com o direito da União.
- XIII. Além dos três perfis de normas identificados, manifestamos ainda as nossas dúvidas sobre a compatibilidade com o direito da União de normas (nomeadamente as anti-abuso específicas) que usam como critério de diferenciação de tratamento a residência num dos Estados previstos pela Portaria n.º 150/2004 e alterada pela Portaria n.º 292/2011.
- XIV. Sendo incompatíveis com o direito da União, então todas essas normas (que remetem para a lista) terão de ser revisitadas e alteradas, em conformidade.
- XV. Das normas anteriormente analisadas, apenas os arts. 16.º e 22.º do EBF se encontravam em vigor antes de 31 de Dezembro de 1993 pelo que apenas estes são protegidos pela cláusula de salvaguarda previsto no art. 64.º do TFUE.
- XVI. A conformação do ordenamento jurídico-tributário com o ordenamento da União Europeia (e, em particular, com a liberdade de circulação de capitais

perspectivada na sua dimensão externa) mostra-se como um dos desafios mais proeminentes no âmbito tributário. O legislador deve introduzir várias mudanças no sentido de evitar consequências orçamentais inesperadas (em virtude de um alargamento de benefícios que foram apenas previstos para serem aproveitados por residentes em Portugal ou na UE /AEEE para todos os países do mundo). Em última instância, e caso não seja possível a introdução de alternativas razoáveis (que assinalamos na dissertação e explicitamos no anexo), o legislador nacional poderá sempre expurgar simplesmente as normas em apreço do ordenamento jurídico nacional. Só assim se evitará uma mais do que certa acção por incumprimento perante o TJUE.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	capítulo
ac.	acórdão
acs.	acórdãos
ADT	Acordo para evitar a Dupla Tributação
al.	alínea
art.	artigo
AT	Administração Tributária
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CMAMAMF	Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal
CDUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	confrontar
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CM OCDE	Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE
Conselho	Conselho Europeu
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EM	Estado-Membro
EMs	Estados-Membros
EUA	Estados Unidos da América
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
LGT	Lei Geral Tributária
n.º	Número
n.ºs	Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
pp.	páginas
proc.	Processo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	Vide
Vol.	volume

LISTA BIBLIOGRÁFICA

AVERY JONES, J.F., *Flows of Capital Between the EU and Third Countries and the Consequences of Disharmony in European International Tax Law*, EC Tax Review 2, vol. 7, n. 2 (1998).

BASALYKAS, J., *The Free Movement of Capital and the Freedom of Establishment in Association and Partnership Agreements*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

BATRA, V., *The History of the Free Movement of Capital (Art.63 TFEU, Art56 EC)*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

CÂMARA, F.S. & FERNANDES, J.A. *The applicability of Portuguese Thin Capitalization Rules to Third Countries*, Featured Perspectives, vol. 68, n. 4 (2012).

CHEN, T.-Y., *Tax Treatment of EU Permanent Establishment of Third-country Investors*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

CHU L., *Taxation of Dividends in Relations with Third Countries*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

CORDEWENER, A., & KOFLER, G.W., & SCHINDLER, C.P., *Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ*, European taxation. - Amsterdam. - vol. 47, n. 8/9 (2007).

DAHLBERG, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of capital*, vol. 9 (London Kluwer Law International, 2005).

DAURER V., & Simader K., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law*, vol. 66 (2010).

DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010).

ENGLISCH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, Intertax, vol. 38, n. 4 (2010).

EVANGELIA, P., *Capital Freedom and Third Countries*, The EC Tax Journal 9, n. 3 (2008).

FALCÃO, T., *Third-country relations with the European Community: a growing snowball : an analysis of the recent developments in the European Court of Justice's jurisprudence*, Intertax, - vol. 37, n. 5 (2009).

FAZAKAS, Z., *Temporal Transition Issues in the Field of Direct Taxation: The Accession of the EU 12 and the Prospective Issues for Acceding Member States*, in:

Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

FONTANA, R., *Direct investments and third countries: things are finally moving ... in the wrong direction*, European taxation. - Amsterdam. - vol. 47, n. 10 (2007).

GOYDENIZ A., *Impact of Secondary EU Law on Third-country Relationships*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

GOMES, N. S., *Teoria geral dos benefícios fiscais*, Centro de Estudos Fiscais – “Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal” (1991).

GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina (2010).

KIEKEBELD, B.J., & SMIT, D.S., *The Free Movement of Capital and the Taxation of Third-Country Investments*, Tax notes international, vol. 47, n. 8 (2007).

LANG, M. (Ed), *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (S. Heidenbauer, B Stürzlinger, Linde 2010).

LANG, M. & PISTONE, P., *The EU and Third Countries: Direct Taxation* (Linde Kluwer Law International, 2007).

LUNA A.A., *The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LOB Clauses*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

MITROYANNI, J., *Exploring the scope of the free movement of capital in direct taxation*, The EC tax journal, vol. 8 (2005).

MOHAMED, S., *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU* (Kluwer Law International, 1999).

MOOSBRUGGER, M., *The Fundamental Freedoms under the EEA Agreement in Comparison to the TFEU Freedoms in Direct Tax Matters*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

NIJKEUTER, E., & WILDE M.F., *FII 2 and the applicable freedoms of movement in third country situations*, EC Tax review, vol. 22, n. 5 (2013).

NIJKEUTER, E., *Exchange of information and the free movement of capital between Member States and third countries*, EC tax review, vol. 20 (2011), n. 5

NUNES, G.L.R., *The Concept of Discrimination of Art. 63 TFEU with Respect to Third-country Relationships*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010)

O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law : the ECJ's rulings and unresolved issues*, British tax review, n.º 6 (2008).

OLIVETI, F., *The Free Movement of Capital in the Light of the Treaty of Lisbon*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

PERL, M., *The Effect of the ECJ's "Principal Aspect" Jurisprudence for the Application of the Free Movement of Capital in Third-country Relationships*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

PETERS, C., & GOOIJER, J., *The free movement of capital and third countries: some observations*, *European Taxation*, vol. 45, n. 11 (2005).

PETRUZZI R., *Non-deduction of Interest Payments and Third Countries*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010).

PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, *European taxation*, vol. 53, n. 2/3 (2013).

PISTONE, P., *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries*, *Intertax*, vol. 34, n. 5 (2006).

PISTONE, P., *Five Years of EURYI Research on the Impact of European Law on Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxes: Selected Remarks for a General Report* in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

PISTONE, P., *General Report* in: Lang and Pistone (eds.), *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, (Kluwer Law International, 2008).

SALDANHA SANCHES, J.L., *Manuela de Direito Fiscal* (Coimbra Editora, 2007).

SARGHI, P., *The EU-Switzerland Savings Agreement*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

SHI, J., *The Impact of the General Non-discrimination Clause under the TFEU, EEA Agreement and the Various Association and Partnership Agreements in Direct Tax Matters*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

SMIT, D.S. & KIEKBELD, B.J., *EC Free Movement of Capital, Corporate Income Taxation and Third Countries – Four Selected Issues*, (Kluwer Law International, 2008).

SMIT, D.S., *Capital Movements and Third Countries: the Significance of the Standstill-Clause ex-Article 57(1) of the EC Treaty in the Field of Direct Taxation*, *EC Tax Review* 4 (2006).

SMIT, D.S., *The relationship between the free movement of capital and other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?*, *EC tax review*, vol. 16, n. 6 (2007).

SRIVASTAVA, A., *The Competence to Conclude Treaties with Third Countries*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

STÄHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, EC tax review, vol. 13, n. 2 (2004).

TAESCHLER, C., *The EU-Switzerland Agreement on the Free Movement of Persons*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

TEIXEIRA, M.P., *Express Derogations from the Free Movement of Capital with Respect to Third Countries: Art.64 TFEU*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

TRABALLI, A., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital Under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

VANISTENDAEL, F., *Impact of European Tax Law on Tax Treaties with Third Countries*, EC Tax Review 3, vol. 8, n. 3 (2009).

VOUNATSOS, F., *Free Movement of Capital and Third Countries*, The EC Tax Journal 9, vol. 7, n. 1 (2007).

XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional* (Almedina, Coimbra, 2009).

ZEITLINGER A., *The Relationship of the Free Movement of Capital and the Free Movement of Payments with Special Emphasis on Third-country Relationships*, in: Lang, M., Heidenbauer, S., e Sturzlinger, B., *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* - Series on International Tax Law, vol. 66 (2010).

LISTA JURISPRUDENCIAL

- TJUE, 10.05.2007, C-492/04, *Lasertec*.
- TJUE, 14.02.1995, C-279/93, *Schumacker*.
- TJUE, 21.09.1999, C-307/97, *Saint Gobain*.
- TJUE, 3.10.2006, C-452/04, *Fidium Finanz*.
- TJUE, 14.10.1999, C-439/97, *Sandoz*.
- TJUE, 15.07.1999, C-315/02, *Lenz*.
- TJUE, 10.02.2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo & Salinen*.
- TJUE, 26.09.2000, C-478/98, *Comissão c. Reino da Bélgica*.
- TJUE, 14.12.1995, C-163/94, C-165/94, C-250/94, *Sanz de Lara*.
- TJUE, 7.11.13, C-322/11, *K*.
- TJUE, 10.05.2012, C-338/11 e C-347/11, *Santander Asset Management*.
- TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.
- TJUE, 12.12.2006, C-374/04, *ACT Group Litigation*.
- TJUE, 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.
- TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.
- TJUE, 13.12.2005, C-446/03, *Marks and Spencer*.
- TJUE, 08.11.2007, C-379/05, *Amurta*.
- TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*.
- TJUE, 5.02.1963, 26/62, *Van & Loos*.
- TJUE, 6.6.2000, C-35/98, *Verkooijen*.
- TJUE, 5.7.2005, C-376/03, *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/ Particulieren/ Ondernemingen buitenland te Heerlen*.
- TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holbock*.
- TJUE, 15.07.1964, C-6/64, *Costa c. Enel*.
- TJUE, 30.11.1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.
- EFTA Tribunal, 23.11.2004, E-1/04, *Fokus Bank*.
- TJUE, 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets*.
- CAAD, 12.09.2013, 22/2013-T.

TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*.

TJUE, 6.10.2011, C-493/09, *Comissão c. Portugal*.

TJUE, 18.12.2007, C-101/05, *A*.

TJUE, 23.02.2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heidjen*.

TJUE, 14.09.2006, Processo C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*.

TJUE, 28.02.2013, 168/11 *Manfred Beker c. Finanzamt Heilbornn*.

TJUE, 21.11.2002, C-436/00, *X e Y*.

TJUE, 12.12.2006, C-374/04, *ACT Group Litigation*.

TFUE, 02.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

TJUE, 25.10.2007, C-464/05, *Geurts and Vogten*.

TJUE, 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*.

TJUE, 7.09.2004, 319/02, *Manninen*.

TJUE, 16.07.1998, C-264/96, *ICI*.

TJUE, 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*.

TJUE, 4.04.2004, C-385/00, *De Groot*.

TJUE, 20.05.2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*.

TJUE, 20.02.1979, C-120/78, *Cassis Dijon*.

ANEXO I – NORMAS DE PERFIL 1

i) Normas do EBF

Artigo 16.º

Fundos de pensões e equiparáveis

7 - São isentos de IRC os rendimentos dos fundos de pensões que se constituam, operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade, não imputáveis a estabelecimento estável situado em território português, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) [...]*
- b) [...]*
- c) [...]*

Artigo 21.º

Fundos de poupança-reforma e planos de poupança reforma

11 – São também isentos de IRC os rendimentos dos fundos de poupança-reforma e planos de poupança reforma que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 22.º

Organismos de Investimento Colectivo

17 – O regime previsto no presente artigo é igualmente aplicável no caso dos fundos de investimento mobiliário e fundos de investimento imobiliário, sociedade de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 23.º

Fundos de capital de risco

10 – São também isentos de IRC os rendimentos dos fundos de capital de risco que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 24.º

Fundos de investimento imobiliário em recursos florestais

12 – São também isentos de IRC os rendimentos dos fundos de investimento imobiliário em recursos florestais que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 26.º

Planos de poupança em acções

12 – São também isentos de IRC os rendimentos dos planos de poupança em acções que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 49.º

Fundos de investimento imobiliário, fundos de pensões e fundos de poupança reforma

2 – São também reduzidas para metade as taxas de imposto municipal sobre imóveis e de imposto sobre as transmissões onerosas de imóveis aplicáveis aos prédios integrados em fundos de investimento imobiliário em fundos de pensões e em fundos

de poupança reforma que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. (aditado)

Artigo 71.º

Incentivos à reabilitação urbana

26 – São também isentos de IRC os rendimentos dos fundos de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade, não imputáveis a estabelecimento estável situado em território português, desde que constituídos entre 1 de Janeiro de 2008 e 31 de Dezembro de 2013 e pelo menos 75 % dos seus activos sejam bens imóveis sujeitos a acções de reabilitação realizadas nas áreas de reabilitação urbana. (aditado)

ii) Normas do Código do IRC

Artigo 14.º

Outras Isenções

12 - Estão isentos de IRC os juros e royalties, cujo beneficiário efectivo seja uma sociedade ou um estabelecimento estável de outro Estado membro da União Europeia ou de um Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade, devidos ou pagos por sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas residentes em território português ou por um estabelecimento estável aí situado de uma sociedade de outro Estado membro, desde que verificados os termos, requisitos e condições estabelecidos na Directiva n.º 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003. (alteração da redacção)

Artigo 53.º

Determinação do rendimento global

5 — O disposto no n.º 3 é igualmente aplicável aos lucros distribuídos por entidade residente noutro Estado membro da União Europeia que preencha os requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho, e por entidade residente em Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade.

iii) Normas do Código do IRS

Artigo 40.º-A

Dupla tributação económica

*4 - O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável aos lucros distribuídos por entidade residente noutro Estado membro da União Europeia que preencha os requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho, ou num Estado que se encontre vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade.
(alteração da redacção)*

ANEXO II – NORMAS DE PERFIL 2

i) Normas do Código do Imposto do Selo

Artigo 7.º

Outras isenções

2 - O disposto nas alíneas g) e h) do n.º 1 não se aplica quando qualquer dos intervenientes não tenha sede ou direcção efectiva no território nacional, com excepção das situações em que o credor tenha sede ou direcção efectiva noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado em relação ao qual vigore um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade com Portugal, caso em que subsiste o direito à isenção, salvo se o credor tiver previamente realizado os financiamentos previstos nas alíneas g) e h) do n.º 1 através de operações realizadas com instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no estrangeiro ou com filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no território nacional. (alteração da redacção)

ANEXO III – NORMAS DE PERFIL 3

i) Normas do Código do IRC

Artigo 14.º

Outras Isenções

3 - Estão isentos os lucros e reservas que uma entidade residente em território português, sujeita e não isenta de IRC ou do imposto referido no artigo 7.º e não abrangida pelo regime previsto no artigo 6.º, coloque à disposição de uma entidade que:

a) Seja residente:

1) Noutro Estado membro da União Europeia;

2) Num Estado que esteja vinculado a um acordo de assistência de troca de informação ou cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade; (alteração da redacção)

3) (Revogar)

ÍNDICE

1. Introdução	4
1.1. Considerações Preliminares	4
1.2. Objectivos da tese	5
1.3. Objecto	6
1.3.1. Delimitação positiva	6
1.3.2. Delimitação negativa	7
1.4. Metodologia e modo de citar	7
1.5. Sequência	8
2. A liberdade de circulação de capitais e sua dimensão externa	9
2.1. Introdução	9
2.2. Limites à liberdade de circulação de capitais	14
2.2.1 Justificações tradicionalmente aceites	15
2.2.2 Justificações tradicionalmente recusadas	18
2.3. Jurisprudência do TJUE	18
2.3.1 Caso <i>Itelcar</i>	19
2.3.2 Caso <i>Kronos</i>	20
2.3.3 Caso <i>Emerging Markets</i>	22
3. O caso português	23
3.1 Normas potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais (discriminação / restrição)	23
3.1.1 Normas de perfil 1	24
3.1.2 Normas de perfil 2	29
3.1.3 Normas de Perfil 3	30
3.1.4 Normas de combate a regimes de tributação privilegiada	31
3.2 Justificação e proporcionalidade	32
3.2.1 Combate à fraude e a evasão fiscal	33
3.2.2 Necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais	33
3.2.3 Necessidade de preservar a coerência dos sistemas fiscais	34
3.2.4 Repartição equilibrada dos poderes de tributação	35
3.2.5 Quanto à cláusula de salvaguarda – Art. 64.º do TFUE	35
3.3 Conclusões Intermédias	36
4. Propostas de Solução	38
5. Conclusões	41
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	44
LISTA BIBLIOGRÁFICA	45
LISTA JURISPRUDENCIAL	49
ANEXO I – NORMAS DE PERFIL 1	51
ANEXO II – NORMAS DE PERFIL 2	55
ANEXO III – NORMAS DE PERFIL 3	56