

A COMPATIBILIDADE DE NORMAS FISCAIS NACIONAIS COM A DIMENSÃO EXTERNA DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

THE COMPATIBILITY OF PORTUGUESE TAX RULES WITH FREE MOVEMENT OF CAPITAL'S EXTERNAL DIMENSION

ANDRÉ CAETANO FERREIRA ¹

RESUMO

Este trabalho aborda a liberdade de circulação de capitais prevista nos artigos 63.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia com particular enfoque na sua dimensão externa, considerando que esta liberdade fundamental não abrange apenas as situações intra-UE mas também se aplica a Estados terceiros o que tem vindo a suscitar diversas questões a este respeito. Este trabalho procede, ainda, ao exame da compatibilidade das normas tributárias previstas na legislação Portuguesa com o Direito da União Europeia. Por último, e relativamente às normas fiscais Portuguesas que tenham sido identificadas como contrárias ou violadoras da liberdade de circulação de capitais, são

¹ Advogado Associado na Cuatrecasas. andre.ferreira@cuatrecasas.com

apresentadas propostas de alteração legislativa que seriam, em princípio, aptas a sanar os referidos problemas de compatibilidade.

Palavras-chave: liberdade de circulação de capitais; dimensão externa; estados terceiros; artigo 63.º do TFUE; princípio da não discriminação.

ABSTRACT

This work addresses the free movement of capital as enshrined in Articles 63 et seq. of the Treaty of the Functioning of the European Union with a particular focus on its external dimension, considering that this freedom not only covers intra-EU relationships but also extends to third-country settings giving rise to a number of questions. This work will also examine the compatibility of direct tax rules foreseen in the Portuguese legislation with the European Union Law, following the methodology of the European Court of Justice. Finally, by reference to Portuguese tax rules identified as incompatible with the free movement of capital, amendment proposals, which are, in principle, suitable to mitigate the compatibility problems referred, will be presented.

Keywords: Free movement of capita ; external dimension; third countries; Articles 63 of the TFEU; principle of non-discrimination

ÍNDICE

1.	SUMÁRIO	4
2.	INTRODUÇÃO	6
2.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	6
2.2	OBJECTIVOS DO ESTUDO	11
3.	A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E SUA DIMENSÃO EXTERNA	13
3.1.	INTRODUÇÃO	13
3.2.	O ALCANCE DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E PAGAMENTOS	16
3.3.	SOBREPOSIÇÃO DE LIBERDADES FUNDAMENTAIS	20
3.4.	LIMITES À LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS.....	26
3.5.	JUSTIFICAÇÕES ÀS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS	29
4.	O CASO PORTUGUÊS.....	38
4.1	NORMAS POTENCIALMENTE VIOLADORAS DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS (RESTRITIVAS OU DISCRIMINATÓRIAS)	38
4.2	JUSTIFICAÇÃO E PROPORCIONALIDADE	54
5.	CONCLUSÕES	62

1. SUMÁRIO

O presente estudo prende-se com a análise da liberdade de circulação de capitais estabelecida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia «doravante **TFUE**» e com o exame de compatibilidade de normas do ordenamento jurídico português com a referida liberdade fundamental.

Na primeira parte do presente estudo a nossa análise incidirá sobre a liberdade de circulação de capitais, mencionando os traços essenciais da mesma, delimitando o seu âmbito de protecção e explicitando as características e particularidades da sua dimensão externa.

Na segunda parte examinaremos a compatibilidade de um conjunto de normas fiscais portuguesas em matéria de tributação directa e relativas à tributação de lucros e distribuição de dividendos com o Direito da União Europeia «doravante “**UE**” ou “**União**”», em concreto, com a liberdade de circulação de capitais. Para este efeito, tentaremos seguir a abordagem típica adoptada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia «doravante “**TJUE**” ou “**Tribunal**”» para aferir a compatibilidade das normas tributárias domésticas dos Estados-membros com o Direito da UE.

Neste contexto, num primeiro momento, identificaremos a liberdade fundamental à luz da qual deverá ser analisado o caso concreto. Num segundo momento, identificaremos, em concreto, a ingerência ou discriminação criada pela norma interna. Em seguida procederemos a uma análise das possíveis justificações que, em tese, poderiam vir a ser alegadas

—
pelo Estado português e, por último, examinaremos as referidas normas à luz do princípio da proporcionalidade. Apresentaremos, ainda, as nossas propostas de alteração legislativas que, segundo entendemos, seriam aptas a sanar os problemas de compatibilidade identificados na legislação tributária nacional e por meio das quais o legislador nacional poderá adequar as referidas disposições legais às exigências decorrentes dos Tratados.

2. INTRODUÇÃO

2.1 Considerações preliminares

O actual contexto económico e a crescente globalização trouxeram novos e importantes desafios para as jurisdições tributárias de todos os Estados. A integração de um Estado num mercado interno como o da UE obriga esse Estado a compatibilizar o seu ordenamento jurídico-tributário com o direito primário e derivado, designadamente com as liberdades fundamentais estabelecidas no TFUE², a fim de eliminar progressivamente os obstáculos económicos, jurídicos e políticos existentes dentro do espaço da União.

De acordo com o [artigo 26.º, n.º 1, do TFUE](#), a União estabelece um mercado interno, cabendo aos seus Estado-membros adoptar as medidas necessárias para a sua implementação e assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes previstas naquele Tratado. Por seu turno, o [artigo 26.º, n.º 2, do TFUE](#) prevê que a criação do aludido mercado compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é

² Vide [artigos n.ºs 30.º, 34.º, 35.º e 110.º a 112.º do TFUE](#) (liberdade de circulação de bens); [artigo 45.º do TFUE](#) (liberdade de circulação de trabalhadores); [artigo 56.º do TFUE](#) (liberdade de estabelecimento); [artigo 63.º do TFUE](#) (liberdade de circulação de capitais e de pagamentos).

— assegurada de acordo com as disposições dos Tratados, sem se estabelecer, contudo, uma definição do conceito de *mercado interno*.

O TJUE, através da sua jurisprudência, tem vindo a clarificar diversas questões com implicações práticas nas legislações dos Estados-membros da UE. Entre elas encontra-se a questão da compatibilidade de normas tributárias internas com o TFUE e, muito concretamente, com as liberdades fundamentais da União ali estabelecidas.

Sem prejuízo do acima exposto, importa referir que as liberdades fundamentais previstas no TFUE não adquirem apenas relevância no âmbito do mercado interno da UE, verificando-se casos em que aquelas liberdades se estendem além do território da União.

Em primeiro lugar, e por força do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu «doravante “**AEEE**”» celebrado entre a Comunidade Europeia e os seus Estado-membros, por um lado, e a Islândia, o Principado do Liechtenstein e o Reino da Noruega, por outro, as liberdades fundamentais previstas no TFUE aplicam-se, com as necessárias adaptações, também a estes últimos Estados, alargando-se, assim, o mercado interno aos países da antiga Associação Europeia de Comércio Livre «doravante “**EFTA**”». Através do AEEE, estabeleceram-se, assim, condições de igual concorrência dentro de uma Área Económica Europeia dinâmica e homogénea, baseada em regras comuns, a fim de promover um reforço permanente e equilibrado das relações comerciais e económicas entre as partes do AEEE, em iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas.

Em segundo lugar, através de acordos de parceria (*partnership agreements*), designadamente os Acordos Euro-Mediterrânicos de Associação celebrados entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e países do Sul do Mediterrâneo, por outro, através dos quais se prevê a criação progressiva de uma zona de comércio livre, onde certas faculdades das liberdades de circulação (em especial da liberdade de estabelecimento) são estendidas (com ou sem reciprocidade) a alguns Estados terceiros.

Em terceiro lugar, através da atribuição de um efeito *erga omnes* à liberdade de circulação de capitais, isto é, a extensão da sua aplicação a Estados terceiros, conforme resulta do disposto no [artigo 63.º do TFUE](#). Por força da referida disposição legal são proibidas «(...) *todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estado-membros e entre Estados-Membros e países terceiros*». Assim, e por outras palavras, os Estados-membros encontram-se, por força do referido normativo, proibidos de tratar de modo diferente (e menos favorável) os movimentos de capital *de e para* residentes de Estados terceiros (em relação a idênticos movimentos ao nível interno, intra-UE e/ou intra-AEEE).

Note-se que estes Estados terceiros não se encontram vinculados a qualquer Tratado assinado no âmbito da UE e, conseqüentemente, não se encontram adstritos ao cumprimento de quaisquer obrigações daí decorrentes ou a qualquer dever de reciprocidade, designadamente na concessão dos benefícios fiscais. Ao mesmo tempo que, conforme se abordará em pormenor mais adiante, um Estado-membro não poderá fazer depender a concessão ou a aplicação de um determinado benefício fiscal,

— consoante o Estado terceiro relevante, na situação em concreto, conceda ou não idêntico tratamento aos seus residentes.

Como salienta Richard Lyal «Ao contrário das outras liberdades garantidas pelo Tratado, a livre circulação de capitais estende-se assim para além das fronteiras da Comunidade. Não é apenas um instrumento do mercado interno, mas uma medida que manifesta uma abertura económica para com o mundo inteiro. O artigo 56.º pode então ser concebido como fundando-se, não em noções de reciprocidade, mas na ideia de que a livre circulação de capital comporta benefícios mesmo quando é unilateral»³.

O presente estudo centra-se nesta terceira extensão das liberdades fundamentais, em concreto, a extensão da liberdade de circulação de capitais a Estados terceiros (também conhecida como a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais).

É difícil identificar quais as razões, *de facto*, que estiveram por detrás da previsão desta dimensão externa. Entre outros motivos, poderá ter estado a vontade de criar 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

³ Cfr. LYAL, R., *Free Movement of Capital and Non-Member Countries – Consequences for Direct Taxation, The Influence of European Law on Direct Taxation*, Amesterdão, 2007, p. 17.

económica das empresas estabelecidas no território da União, tornando a UE num forte e robusto centro financeiro internacional. Não existindo restrições ou ingerências à liberdade de circulação de capitais e pagamentos dentro do território da União, as divisas dos seus Estados-membros teriam ainda mais força no plano internacional.

A dimensão externa conferida à liberdade de circulação de capitais tem vindo a ser revisitada em recentes decisões do TJUE⁴. Entre outros aspectos, aquele Tribunal clarificou que a legislação de um Estado-membro que concede uma vantagem 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 uma medida incompatível com a livre circulação de capitais, concretamente, na sua dimensão externa, isto, naturalmente, se aquela ingerência não for justificada ou se revelar desproporcional face ao objectivo concreto que vise alcançar. Este novo ângulo de análise por parte do TJUE abre todo um novo campo de exame dos regimes tributários nacionais.

Naqueles 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), quando comparados com o regime tributário aplicado aos fluxos de capital internos (*i.e.*, operações realizadas

⁴ Cfr. Acórdãos TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil – Companhia Geral de Cal e Cimento*, SA; TJUE, 10.04.2014, [C-190/12](#), *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*; TJUE, 11.09.2014, [C-47/12](#), *Kronos*; TJUE, 3.10.2013, [C-282/12](#), *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda*.

— dentro do território de um Estado-membro – «doravante “**Operações Internas**”» – e operações realizadas entre Estados-membros – «doravante “**Operações Intra-UE**»).

Por outro lado, será ainda analisado de que forma as normas que, *prima facie*, violem a liberdade fundamental de circulação de capitais poderão, eventualmente, ser justificadas pelos respectivos Estados-membros.

2.2 Objectivos do estudo

O presente estudo centra-se na análise da compatibilidade de um conjunto de normas tributárias, em sede de tributação directa e relativas à tributação de lucros e distribuição de dividendos, previstas no ordenamento jurídico português com a liberdade de circulação de capitais, perspectivada na sua dimensão externa, à luz da jurisprudência do TJUE.

Baseado no exame compreensivo da legislação nacional, procuraremos identificar casos de incompatibilidade de normas tributárias nacionais relativas a impostos directos com o direito primário da UE, em concreto, com a liberdade de circulação de capitais prevista no [artigo 63.º do TFUE](#). Adicionalmente, procuraremos ainda identificar e apresentar algumas propostas de solução às ingerências identificados, indicando, sempre que possível, as necessárias alterações às referidas normas que, em nosso entender, se mostrem potencialmente incompatíveis com o Direito 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, não estendendo, contudo, a sua aplicação 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, consistindo em «(...) *medidas de carácter excepcional instituídas para a tutela dos interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem*»⁵.

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 fiscais são criados com um marcado pendor proteccionista. Deste modo, geram-se situações potencialmente violadoras das liberdades fundamentais da União, criando cenários menos favoráveis relativamente a uma dada operação económica, por força do seu carácter transnacional.

⁵ Cfr. [artigo 2.º, n.º 1, do EBF](#).

3. A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E SUA DIMENSÃO EXTERNA

3.1. Introdução

Como anteriormente referido, o Direito da UE assenta em quatro liberdades fundamentais, estabelecidas com vista à criação de um verdadeiro mercado livre e único sem fronteiras ou barreiras internas à livre circulação. Estas liberdades fundamentais encontram-se plasmadas nos Tratados assinados entre os Estados-membros e constituem princípios orientadores de toda a actuação da UE e vinculativas para os seus Estados-membros.

A progressiva harmonização que as legislações domésticas dos Estados-membros têm vindo a sofrer, através do direito secundário da UE, confere àqueles Estados maior certeza e segurança quanto à conformidade das suas legislações nacionais com os Tratados e com os princípios ali estabelecidos.

Todavia, em matéria de tributação directa, os ordenamentos jurídicos internos têm ficado, *grossa modo*, à margem daquela uniformização, podendo constatar-se que as medidas de harmonização em matérias de tributação directa são ainda muito limitadas⁶, permitindo, assim, aos

⁶ A uniformização de matérias em sede de tributação directa no âmbito da UE tem vindo a ser realizada, nomeadamente através da aprovação das seguintes Directivas: i) Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de Novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados Membros diferentes (Directiva Mães e Filhas); ii) Directiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de Outubro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados Membros diferentes e à transferência da sede de uma Sociedade Europeia (SE) ou de uma Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) de um Estado Membro para outro (Directiva das Fusões); iii) Directiva n.º 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties

Estados reter na sua esfera uma importante parcela da sua soberania fiscal. Sem prejuízo de grande parte das matérias de tributação directa permanecerem na esfera da competência exclusiva dos Estados-membros, é jurisprudência assente que estes Estados encontram-se obrigados exercer essa competência em cumprimento com o Direito da UE e, neste sentido, os seus Estados-membros continuam a estar obrigados a exercer a sua soberania tributária em conformidade com as liberdades fundamentais estabelecidas pela União.⁷

A liberdade de circulação de capitais é uma das traves mestras da União, encontrando-se, actualmente, vertida no [artigo 63.º do TFUE](#), o qual estabelece serem proibidas «[...] *todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estado-membros e entre Estados-Membros e países terceiros*».

Apesar da referida norma já se encontrar prevista em instrumentos anteriores, a sua realização efectiva apenas se completou após a entrada em vigor do Tratado de *Maastricht*,⁸ tendo-lhe sido atribuído efeito directo com a entrada em vigor da [Directiva 88/361/CEE](#), do Conselho, de 24 de Junho de 1988. O efeito directo das normas relativas à liberdade de

efectuados entre sociedades associadas de Estados Membros diferentes (Directiva Juros e Royalties).

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).

—
circulação de capitais veio a ser reconhecido, mais tarde, pela jurisprudência do TJUE.⁹

O TFUE não explicita, contudo, o que se deve entender por «circulação de capitais». Para este efeito, 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 com a entrada em vigor do Tratado de *Maastricht*). No acórdão *Verkooijen*,¹¹ o TJUE vai mais longe, incluindo também naquela expressão, a recepção de dividendos (movimento de capital que não se encontra expressamente previsto naquele Anexo).

Aquele Tribunal esclareceu 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

⁹ Cfr. §41 e §47 do Acórdão do TJUE, 14.12.1995, [C-163/94](#), [C-165/94](#), [C-250/94](#), *Sanz de Lera*.

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 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. §27, §28 e §30 do Acórdão do TJUE, 6.6.2000, [C-35/98](#), *Verkooijen*.

aquisição de títulos no mercado de capitais encontram-se, igualmente, sob a alçada de protecção da liberdade de circulação de capitais.¹²

Na acepção 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

Por outras palavras, deverá, para este efeito, entender-se por *movimento de capital* qualquer transferência de capital, onerosa ou não, que ocorra num contexto transfronteiriço.

Tendo isto em consideração, analisaremos em seguida o alcance e particularidades da liberdade de circulação de capitais face às demais liberdades fundamentais estabelecidas no TFUE.

3.2. O alcance da liberdade de circulação de capitais e pagamentos

Como tivemos oportunidade de referir anteriormente, a liberdade de circulação de capitais tem uma particularidade face às demais liberdades fundamentais previstas no TFUE, dado ser a única liberdade com uma

¹² Cfr. §22 do Acórdão do TJUE, 1.06.1999, [C-302/97](#), Klaus; Acórdão do TJUE, 4.06.2002, [C-367/98](#), Comissão c. Portugal (Golden Share) e §26 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), X GmbH c. Finanzamt Stuttgart — Körperschaften

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

— dimensão externa ou uma aplicação *erga omnes*¹⁴. Por outras palavras, a liberdade de circulação de capitais é a única liberdade que prevê, expressamente, a sua aplicabilidade também a Estados terceiros¹⁵ e, com efeito, aquela liberdade fundamental protege, de forma imediata e directa, direitos relativamente a situações que vão para além do âmbito do mercado interno¹⁶ ou do espaço do AEEE.

O TJUE tem vindo, assim, a confirmar, de modo estável e consistente, a existência de um efeito directo nas relações com Estados terceiros que envolvam circulação de capitais, quer os sujeitos passivos sejam pessoas singulares, quer aqueles sejam pessoas colectivas.¹⁷ Aquele Tribunal, declarou, ainda, que o [artigo 63.º do TFUE](#) enuncia uma proibição clara e incondicional que não exige nenhuma medida de execução e que confere aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo e, com efeito, a liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa poderá, do mesmo modo, ser invocada perante o juiz nacional e conduzir à inaplicabilidade das normas nacionais que lhe são contrárias, independentemente da categoria de movimentos de capitais em causa.¹⁸

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.

¹⁸ Cfr. §24 Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil – Companhia Geral de Cal e Cimento, SA*.

O TFUE estabelece, assim, uma clara e incondicional proibição de qualquer medida restritiva ou discriminatória baseada na nacionalidade, residência ou local onde é investido o capital¹⁹ que não seja justificada por uma razão imperativa de interesse geral ou, ainda que essa medida restritiva ou discriminatória se revele justificada, a mesma resulte desproporcional face às situações ou comportamentos que vise acautelar.

Saliente-se, todavia, que as medidas restritivas ou discriminatórias relativamente a Estados terceiros poderão manter-se, ainda, em vigor no ordenamento jurídico de um determinado Estado-membro, caso as mesmas se encontrem sob a alçada de uma das derrogações expressamente previstas no [artigo 64.º do TFUE](#)²⁰, designadamente quando essas medidas já se encontrassem em vigor a 31 de Dezembro de 1993, casos que analisaremos em detalhe mais adiante.

A comparabilidade entre situações internas e aquelas envolvendo Estados terceiros é dada pelo próprio [artigo 63.º do TFUE](#). Note-se ainda que, para a análise da comparabilidade nestes casos, não é necessário aferir se um determinado Estado terceiro se encontra numa posição comparável à de um Estado-membro. Neste sentido, não relevará, para este efeito, a verificação da existência de um Acordo para Evitar a Dupla Tributação «doravante “ADT”» ou outros acordos celebrados para a troca de

¹⁹ 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).

²⁰ VOUNATSOS, F., *Free Movement of Capital and Third Countries*, *The EC Tax Journal* 9 (2007) e §27 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH c. já citado*.

— informações entre o Estado-membro e o Estado terceiro. A impossibilidade da troca de informações entre Estados (nomeadamente por falta de um acordo celebrado que o permita) poderá, no máximo, constituir uma justificação para a discriminação, mas nunca um critério relevante para a comparabilidade objectiva das situações em análise²¹.

Neste contexto, qualquer interpretação restritiva do [artigo 63.º do TFUE](#) seria, em nosso entender, desprovida de sentido, uma vez que é a própria norma que prevê a extensão da liberalização dos fluxos de capitais a Estados terceiros. Assim, não vislumbramos qualquer motivo atendível, à luz do actual ordenamento jurídico da União, para uma aplicação distinta da liberdade de circulação de capitais nas Operações Internas e nas Operações Intra-UE, por um lado, e nas operações que envolvam Estados terceiros, por outro.

Neste mesmo sentido, o Tribunal tem vindo a decidir de forma consistente que «[...] *embora a liberalização dos movimentos de capitais com os países terceiros possa, é certo, prosseguir objectivos diferentes dos da realização do mercado interno, como, por exemplo, assegurar a credibilidade da moeda única comunitária nos mercados financeiros mundiais e manter, nos Estados-Membros, centros financeiros de dimensão mundial, há que concluir que, quando o artigo 56.º, n.º 1, CE alargou o princípio da livre circulação de capitais aos movimentos de capitais entre países terceiros e Estados-Membros, estes últimos optaram*

²¹ 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.

*por consagrar este princípio no mesmo artigo e nos mesmos termos para os movimentos de capitais tanto no interior da Comunidade como nas relações com países terceiros.»*²²

Em suma, a liberdade de circulação de capitais deverá, assim, ser aplicada, nos exactos termos e condições, independentemente de estarem em causa movimentos de capitais entre Estados-membros ou estarem em causa movimentos de capitais com Estados terceiros.²³

Tendo em consideração que apenas à liberdade de circulação de capitais é conferido um efeito *erga omnes*, revela-se de especial importância aferir se uma determinada discriminação ou ingerência se encontra sob a alçada de protecção daquela liberdade – caso em que ficarão também protegidas as discriminações que envolvam Estados terceiros – ou aquela discriminação cairá no âmbito de protecção de outra liberdade fundamental (*i.e.*, outra que não a liberdade de circulação de capitais) – caso em que a situação discriminatória não protegerá os cenários que envolvam Estados terceiros.

3.3. Sobreposição de liberdades fundamentais

Tradicionalmente, a jurisprudência do TJUE pronunciava-se no sentido de que nos casos em que pudesse existir, por hipótese, uma sobreposição na aplicação das liberdades fundamentais, a aplicação da

²² Cfr. §31 do Acórdão do TJUE, 18.12.2007, [C-101/05](#), A.

²³ Cfr. §31 do Acórdão do TJUE, 18.12.2007, [C-101/05](#), A. e §19 do Acórdão do TJUE, 14.12.1995, [C-163/94](#), [C-165/94](#), [C-250/94](#), *Sanz de Lera*.

— liberdade de circulação de capitais deveria ser preterida relativamente às demais ²⁴. Por outras palavras, a liberdade de circulação de capitais assumia, deste modo, um carácter subsidiário face às restantes liberdades fundamentais.

Este foi, de certa forma, o modo restritivo que o TJUE encontrou para que não fossem estendidos os direitos derivados do mercado interno de uma forma demasiado ampla a Estados terceiros, evitando, assim, que estes últimos beneficiassem da aplicação de benefícios fiscais concedidos através de Estados-membros, sem qualquer obrigação de reciprocidade, sob a alçada das liberdades fundamentais da UE²⁵.

As decisões do TJUE também oscilaram no que respeita ao critério a ter em conta para determinar a liberdade fundamental aplicável ao caso concreto, nomeadamente nos cenários de sobreposição da liberdade de circulação de capitais com a liberdade de estabelecimento.²⁶

²⁴ Cfr. Acórdãos TJUE, 03.10.2006, [C-452/04](#), *Fidium Finanz* §49; TJUE, 23.02.2006, [C-513/03](#), *van Hilten-van der Heidjen* §46; TJUE, 13.03.2007, [C-524/04](#), *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* §31-§35.

²⁵ 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).

²⁶ 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).

Os casos mais delicados são os que envolvem a detenção de participações sociais e distribuição de dividendos, uma vez que as normas subjacentes a estas situações poderão ser, *prima facie*, objecto de análise sob o prisma de duas liberdades fundamentais distintas: da liberdade de circulação de capitais e da liberdade de estabelecimento. A conclusão pela liberdade fundamental aplicável ao caso concreto revela-se de extrema importância, porquanto essa decisão poderá acarretar soluções com implicações práticas, tendo em consideração o âmbito de protecção e alcance distinto daquelas liberdades, nomeadamente a aplicabilidade da liberdade de circulação de capitais também a Estados terceiros.

Sabemos desde já que, com a publicação do caso *Baars*²⁷, estamos perante um caso abrangido pelo âmbito de aplicação do [artigo 49.º do TFUE](#), relativo à liberdade de estabelecimento, sempre que a detenção das participações conferem ao seu detentor *«uma participação que lhe confira uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permite que determine as respectivas actividades»*.²⁸ Em sentido inverso, o [artigo 63.º do TFUE](#), relativo à liberdade de circulação de capitais, aplicar-se-á sempre que a participação relevante não permita ao seu detentor ter uma influência decisiva sobre as decisões da sua participada.

²⁷ Cfr. §31 do Acórdão do TJUE, 13.04.2000, [C-251/98](#), C. *Baars*.

²⁸ 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; §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 §32 e §34 do Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil*, já citado.

— Assim, podemos afirmar que os investimentos que não visem situações de influência decisiva estarão sob a alçada de protecção da liberdade de circulação de capitais, significando isto que os casos de reduzidos investimentos ou diminutos, envolvendo Estados terceiros, gozam de uma protecção mais alargadas pelo TFUE, quando comparados com os investimentos mais significativos (*i.e.*, os investimentos que pela sua importância possibilitem uma influência decisiva na sociedade participada).

Apesar de ter sido fixado este critério pelo TJUE, foram várias as discussões no sentido de determinar se aquele critério deveria ser aplicado à situação fáctica do caso concreto ou se a aplicação do referido critério deveria também atender ao objecto da norma.

Num primeiro momento o TJUE parece ter usado um critério factual para aferir da «*influência decisiva*» numa determinada entidade (*factual approach*). Assim, somente nos casos em que não existisse uma influência decisiva é que estaríamos perante a liberdade de circulação de capitais. A aplicação deste critério foi sendo objecto de densificação e teorização pelo TJUE no sentido de a finalidade da legislação em causa dever ser também tomada em conta para se determinar a liberdade fundamental aplicável ao caso concreto²⁹.

²⁹ Cfr. §22 do Acórdão do TJUE, 24.05.2007, C-175/05, *Holbock*.

Actualmente, e depois dos casos *Test Claimants in the FII Group Litigation*³⁰, *Itelcar*³¹ e *Secil*³², entre outros, o TJUE parece adoptar um critério puramente normativo. Isto significa que caem, no âmbito da liberdade de circulação de capitais, todos os casos em que a norma em questão (discriminatória ou restritiva) se destine a regular toda e qualquer situação de movimentos de capitais (e não apenas aquelas situações em que se verifique, no caso concreto, uma influência «*certa e decisiva*», as quais serão analisadas no quadro da liberdade de estabelecimento)³³. A título de exemplo, quando a legislação nacional de um Estado-membro concede 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.³⁴

A análise do objecto de uma determinada norma restritiva ou discriminatória deve, assim, ser analisada cuidadosamente, uma vez que a conclusão resultante daquela análise conduzirá a soluções distintas com implicações práticas nas legislações dos Estados-membros.³⁵ Isto porque,

³⁰ Cfr. §96-§99 do Acórdão do TJUE, 12.12.2006, [C-446/04](#), *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

³¹ Cfr. §16-§18 do Acórdão do TJUE, 3.10.2013, [C-282/12](#), *Itelcar*, já citado.

³² Cfr. §31 do Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil*, já citado.

³³ Cfr. Acórdão do TJUE, 12.12.2006, [C-446/04](#), *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado; TJUE, 28.02.2013, [C-168/11](#) *Manfred Beker c. Finanzamt Heilborn*.

³⁴ 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

³⁵ Cfr. §16 Acórdão do TJUE, 03.10.2013, [C-282/12](#), *Itelcar*, já citado.

—
no caso de se concluir que a liberdade fundamental aplicável é a de liberdade de estabelecimento,³⁶ o seu campo de aplicação é mais restrito³⁷ e a dimensão externa não estará presente.

Em termos práticos, e nos termos da orientação da jurisprudência comunitária actual, se a norma discriminatória ou restritiva se aplica apenas aos casos de influência certa e decisiva, estaremos no âmbito da liberdade de estabelecimento. Se, pelo contrário, a norma objecto de análise se aplicar a todos os casos de detenção de participações sociais com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa (e não apenas aos casos de influência certa), a norma será analisada no quadro da liberdade de circulação de capitais³⁸.

³⁶ 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.

³⁷ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 209.

³⁸ 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, [C-168/11](#) *Manfred Beker c. Finanzamt Heilbornn*; TJUE, 12.12.2006, [C-446/04](#), *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado e §33 do Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil*, já citado.

A aplicação da liberdade de circulação de capitais a Estados terceiros suscita, contudo, diversos receios de abuso³⁹ por parte dos Estados-membros, designadamente, no que toca à fiscalização e controlo dos investidores não residentes⁴⁰, o que poderá conduzir a eventuais cenários de fraude e evasão fiscal como analisaremos mais adiante.⁴¹

3.4. Limites à liberdade de circulação de capitais

Como anteriormente referido, o TFUE não prevê parâmetros distintos no que toca à aplicação da liberdade de circulação de capitais para as situações que envolvam Estados terceiros. Todavia, a cláusula de salvaguarda plasmada no [artigo 64.º do TFUE](#), estabelece limites específicos para os casos de restrições face a Estados terceiros.

Em primeiro lugar, a referida disposição legal permite que o Parlamento Europeu e o Conselho possam restringir ou ampliar os efeitos previstos no [artigo 63.º do TFUE](#) dentro e fora da UE.⁴² Fora desses casos

³⁹ 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*.

⁴⁰ Cfr. Acórdão do TJUE, 27.01.2009, [C-318/07](#), *Persche*; Acórdão do TJUE, 25.10.2007, [C-464/05](#), *Geurts and Vogten*.

⁴¹ 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).

⁴² 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*

—
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 preenchidas determinadas condições.

Nos termos da referida disposição legal, serão admissíveis – não sendo, por isso, violadoras do Direito da União – as normas restritivas da livre circulação de capitais que já se encontrassem em vigor a 31 de Dezembro de 1993, sempre que estas se reportem a situações de investimento directo.⁴³ Todavia, o TJUE foi mais longe, permitindo

External Dimension in Direct Tax Matters - Series on International Tax Law, Vol.66 (2010) p. 150.

⁴³ A expressão “*investimento directo*” não é clara pelo [artigo 64.º TFUE](#), o TJUE decidiu no caso *Holbock* que a definição é a adoptada pelo anexo 1 da [Directiva do Conselho 88/361/CEE](#) 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 um 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 artigo 57.º, n. 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 artigo 57.º, n. 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.*”

também a aplicação da referida cláusula às normas com entrada em vigor depois de 31 de Dezembro de 1993, desde que estas substituíssem, sem introduzir mudanças significativas, normas restritivas em vigor antes da referida data. O TJUE salienta, ainda, que o conceito de «restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993» pressupõe, contudo, que o quadro jurídico no qual se insere a referida restrição faça parte da ordem jurídica do Estado-Membro em causa, de modo ininterrupto, desde essa data⁴⁴.

O Tribunal de Justiça declarou, assim, que o regime derogatório previsto pela cláusula de salvaguarda não pode ser aplicado às disposições adoptadas por um Estado-Membro que, embora idênticas, na sua substância, a uma regulamentação que existia em 31 de Dezembro de 1993, tenham reintroduzido um obstáculo à livre circulação de capitais que, na sequência da revogação da regulamentação anterior ou na sequência da adoção de disposições que alteraram a lógica em que assentava esta regulamentação, já não existia.⁴⁵ Neste sentido, a aplicação do [artigo 64.º do TFUE](#) pressupõe não apenas a manutenção do conteúdo material essencial da restrição em causa, mas também a continuidade temporal da referida restrição⁴⁶.

Importa referir que o facto de uma norma nacional ser aplicável não apenas aos movimentos de capitais visados no [artigo 64.º do TFUE](#), mas também a outras situações, não é susceptível de impedir a aplicabilidade

⁴⁴ Cfr. §36 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁴⁵ Cfr. §39 e §41 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

da cláusula de salvaguarda nas circunstâncias aí previstas. Com efeito, o âmbito de aplicação material desta cláusula não depende do objecto específico da restrição nacional, mas sim do seu efeito sobre os movimentos de capitais visados no [artigo 64.º do TFUE](#).⁴⁷ Por outro lado, o TJUE já afirmou que, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, a cláusula de salvaguarda, prevista no [artigo 64.º do TFUE](#), deve ser objecto de uma interpretação restrita.⁴⁸

Importa chamar a atenção que os Estados-membros têm vindo a socorrer-se por diversas vezes desta cláusula de salvaguarda, a fim de restringir o âmbito da aplicação da livre circulação de capitais na sua dimensão externa.

3.5. Justificações às restrições à liberdade de circulação de capitais

As restrições ou ingerências à livre circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#) são, como referimos anteriormente, passíveis de serem justificadas e, por esta via, 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 nas relações com Estados terceiros, por outro lado, os Estados-membros confrontam-se com dificuldades em estender determinados regimes tributários mais favoráveis a Estados terceiros, designadamente os que resultem na perda

⁴⁷ Cfr. §37 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁴⁸ Cfr. §42 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

de receitas fiscais devido à falta de meios adequados que lhes permitam um efectivo controlo e fiscalização tributária.

Note-se que no contexto da União, a eliminação das fronteiras tem vindo a ser acompanhada pela implementação de mecanismos de troca de informações entre os Estados-membros, com o intuito de assegurar aos Estados a segurança e o controlo das obrigações fiscais dos seus sujeitos passivos⁴⁹. Aqueles mecanismos não se aplicam, contudo, nas relações com Estados terceiros.

Por outro lado, os Estados-membros da UE têm vindo a celebrar instrumentos que estabelecem a cooperação administrativa com Estados terceiros, designadamente ADT's ou a Convenção da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos «adiante **OCDE**» e do Conselho da Europa, relativa à assistência mútua administrativa em matéria fiscal que abrange, actualmente, 135 jurisdições signatárias. Não obstante, caso os instrumentos bilateral ou multilateral existente entre o Estado-membro e um Estado terceiro não consagre a troca de informações e a cooperação administrativa suficiente e adequada para controlar a situação do sujeito passivo não residente, a restrição à extensão de vantagens fiscais poderá considerar-se justificada⁵⁰.

No próximo segmento analisaremos, em detalhe, os fundamentos tradicionalmente aptos a justificar as restrições à liberdade de circulação

⁴⁹ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 106.

⁵⁰ Cfr. Acórdão do TJUE, 21.11.2002, Processo [C-436/00](#), X e Y.

— de capitais (*i.e.*, justificações com maior dimensão de peso abstracto que uma liberdade fundamental), bem como os argumentos que tradicionalmente o TJUE tem vindo a recusar.

a) Justificações tradicionalmente aceites

Em regra, o TJUE tem considerado como justificações atendíveis as justificações baseadas nos seguintes fundamentos:

- I. Necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscal;
- II. Necessidade de assegurar a coerência dos controlos fiscais;
- III. Coerência do sistema fiscal;
- IV. Necessidade de proceder a uma equilibrada repartição de poderes tributários.

Uma das justificações mais invocadas pelos Estados-membros é a da necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscal. Apesar de o TJUE a considerar atendível,⁵¹ aquele Tribunal tem vindo a adoptar um controlo de proporcionalidade bastante estrito que na prática reduz o seu campo de aplicação. Assim, para que a restrição seja considerada admissível a norma

⁵¹ 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).

terá de ser desenhada de modo a impedir apenas os «*expedientes puramente artificiais*»⁵², isto é, vise impedir apenas situações desprovidas de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.⁵³ Alguns autores têm notado, contudo, que o TJUE reconhece mais latitude no exame desta justificação (e respectivo controlo de proporcionalidade) nos casos em que estão em causa Estados terceiros⁵⁴. Segundo jurisprudência constante do TJUE, a mera circunstância de uma sociedade residente deter uma participação numa outra sociedade estabelecida num Estado terceiro não pode, enquanto tal, servir de base a uma presunção geral de fraude e evasão fiscais e justificar, a esse título, uma medida fiscal que afecte a livre circulação de capitais⁵⁵.

Também frequentemente invocada é a justificação baseada na necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais. Neste campo deve-se chamar a atenção que entre os Estados-membros e os Estados terceiros não existe um quadro jurídico comum em matéria de cooperação

⁵² Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, [C-196/04](#), *Cadbury Schweppes*; §73 e §74 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁵³ Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, [C-196/04](#), *Cadbury Schweppes* e Acórdão do TJUE, 7.11.13, [C-322/11](#), *K.*; TJUE, 16.07.1998, [C-264/96](#), *ICI*, TJUE, 02.12.2002, [C-324/00](#), *Lankhorst-Hohorst GmbH*, já citado.

⁵⁴ Cfr. Acórdão TJUE, 23.02.2006, [C-513/03](#), *van Hilten-van der Heidjen*; TJUE, 24.05.2007, [C-157/05](#), *Holböck*; Acórdão do TJUE, 12.12.2006, [C-446/04](#), *Test Claimants in the FII Group Litigation* já citado.

⁵⁵ Cfr. §80 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

— administrativa e de assistência mútua, semelhante à existente no âmbito da UE.⁵⁶

A falta de instrumentos adequados de troca de informações em matérias fiscais pode, em certos casos, impedir os Estados-membros de terem conhecimento da situação tributária de um sujeito passivo residente num Estado terceiro, ou das feições do mesmo, designadamente com vista a verificar se aqueles sujeitos passivos são similares aos de uma qualquer entidade estabelecida no território nacional à qual é atribuída uma determinada vantagem fiscal.

Efectivamente, a prova e as informações prestadas por um não residente a um determinado Estado-membro são de mais difícil verificação para efeitos de controlo fiscal. Esta diferença normativa faz com que medidas internas tributárias discriminatórias ou restritivas possam passar o controlo de proporcionalidade realizado pelo TJUE. De facto, recusar determinado benefício fiscal a um residente de um Estado terceiro com o qual não exista um mecanismo de cooperação administrativa que permita,

⁵⁶ [Directiva 2010/24/UE](#) do Conselho, de 16 de Março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas;

[Directiva 2011/16/UE](#) do Conselho, de Fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, alterada pelas seguintes Directivas: (i) Directiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014, relativa à troca automática de informações sobre contas financeiras; (ii) Directiva 2015/2376 do Conselho, de 8 de Dezembro de 2015, relativa à troca de informações sobre decisões fiscais prévias transfronteiriças e de acordos prévios sobre preços de transferência; (iii) Directiva 2016/881 do Conselho, de 25 de Maio de 2016, relativa à troca automática obrigatória de declarações por país entre os Estados-Membros; (iv) Directiva 2016/2258 do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016, relativa à troca de informações sobre beneficiários efectivos de estruturas intermediárias; e (v) Directiva 2018/822 do Conselho, de 25 de Maio de 2018, relativa à comunicação de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos.

em abstracto, a verificação dos requisitos previstos pela lei interna *sub judice* pode ser considerado como adequado e necessário⁵⁷ para preservar a eficácia dos controlos fiscais nas relações com Estados terceiros.⁵⁸ Note-se, contudo, que a troca de informações tem constado de diversos instrumentos internacionais concluídos entre Estados-membros e Estados terceiros, designadamente no artigo 26.º da Convenção da OCDE e na Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE e do Conselho da Europa, alterada pelo Protocolo de 2010.

Portanto, caso a norma interna faça depender expressamente a concessão de uma vantagem fiscal da troca de informações, é possível condicionar o acesso a uma determinada vantagem fiscal por uma entidade não residente (residente num Estado terceiro) se este for residente num Estado terceiro com o qual Portugal não tenha obrigações convencionais que estabeleçam um quadro jurídico de cooperação e mecanismos de troca de informações entre as autoridades nacionais em causa e que possam, efectivamente, permitir às autoridades fiscais do Estado-membro verificar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas à entidade estabelecida num Estado terceiro (*e.g.*, através da existência de um ADT que preveja a cooperação administrativa ou a Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE e do Conselho da Europa, alterada pelo

⁵⁷ No sentido de que não vai além do que é necessário nem pode ser substituído por uma medida alternativa e menos restritiva.

⁵⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, [C-190/12](#), *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

Protocolo de 2010)⁵⁹. Por outras palavras, o acesso à concessão de determinada vantagem fiscal poderá ser condicionado se se concluir que determinado movimento de capital não se inscreve num contexto jurídico equivalente aos casos em que estão em causa movimentos de capitais entre Estados-membros⁶⁰.

Por seu turno, 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 demonstre: 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.^{61 62}

O argumento da coerência do sistema fiscal em geral não significa mais do que evitar a dupla tributação ou assegurar que o rendimento é efectivamente tributado, mas uma única vez,⁶³ só fazendo sentido no

⁵⁹ Cfr. §94 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁶⁰ Cfr. §92 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁶¹ 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, [C-386/04](#), *Centro di Musicologia*, já citado; TJUE, 12.12.2002, [C-324/00](#), *Lankhorst-Hohorst*; TJUE, 7.09.2004, [C-319/02](#), *Manninen*.

⁶² De acordo com o §41 do Acórdão do TJUE, 3.10.2002, [C-136/00](#), *Danner*, quando a relação directa entre a vantagem e o inconveniente fosse assegurada através de um ADT “[...] a coerência fiscal deixa de estar estabelecida ao nível de uma mesma pessoa, por uma correlação rigorosa entre a dedutibilidade dos prémios e a tributação das pensões, sendo transferida para o nível da reciprocidade das regras aplicáveis nos Estados contratantes”.

⁶³ Cfr. §47 do Acórdão do TJUE, 7.09.2004, [C-319/02](#), *Manninen*.

quadro do mercado interno ou da UE, não sendo aplicável no âmbito da dimensão externa da liberdade de circulação de capitais.⁶⁴

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 comprometer o direito de um Estado-membro exercer a sua competência fiscal em relação às actividades exercidas no seu território.⁶⁵

b) Justificações tradicionalmente recusadas

De acordo com a jurisprudência do TJUE, a perda ou a redução de receitas fiscais⁶⁶ não constitui uma razão imperiosa de interesse geral apta a justificar uma restrição ou discriminação a uma liberdade fundamental, tendo este argumento vindo a ser reiteradamente recusado pelo TJUE.⁶⁷ As maiores dificuldades práticas ou burocráticas são também constantemente

⁶⁴ Cfr. DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora (2010), p. 106.

⁶⁵ 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-379/05](#), *Amurta SGPS*; Cfr. §72 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado; 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).

⁶⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, 16.07.1998, [C-264/96](#), *ICI*.

⁶⁷ Cfr. Acórdão do TJUE, 20.02.1979, [120/78](#), *Cassis Dijon* e §70 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

—
rejeitadas como justificações às restrições às liberdades fundamentais pelo TJUE.

Paralelamente, o efeito directo (dos direitos e obrigações previstos nos Tratados e no direito secundário)⁶⁸ 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.⁶⁹

Existem várias outras justificações tradicionalmente recusadas⁷⁰. No entanto, as justificações acima referidas são as que consideramos que mais previsivelmente poderiam vir a ser invocadas pelo Estado português nos casos de discriminação em normas de tributação directa relativas à tributação de lucros e distribuição de dividendos que analisaremos em seguida.

⁶⁸ Cfr. §93 do Acórdão TJUE, 4.04.2004, [C-385/00](#), *De Groot*.

⁶⁹ Cfr. Acórdão do TJUE, 28.01.1986, [C-270/83](#), *Avoir Fiscal*; TJUE, 14.09.2006, [C-386/04](#), *Centro di Musicologia Walter Stauffer*.

⁷⁰ PINTO NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010), p. 242.

4. O CASO PORTUGUÊS

Ainda que os Estados-membros da UE continuem a conservar na sua esfera uma parte significativa da sua soberania fiscal em matéria de impostos directos, aqueles Estados devem exercê-la sem violar o Direito da União, nos termos em que este é densificado pela jurisprudência do TJUE.⁷¹

Cabe agora examinar, seguindo a metodologia do TJUE, a compatibilidade de algumas das normas, em sede de tributação directa, previstas no sistema fiscal português relativas a tributação de lucros e distribuição de dividendos com o Direito da UE, em concreto, com a liberdade de circulação de capitais plasmada no [artigo 63.º do TFUE](#) e sua dimensão externa.

4.1 Normas potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais (restritivas ou discriminatórias)

Conforme resulta da jurisprudência do TJUE, qualquer tratamento menos favorável dos capitais de origem estrangeira em relação aos de origem nacional deve ser considerado uma restrição à livre circulação de capitais na medida em que é susceptível de tornar menos atractiva o

⁷¹ Cfr. §21 do 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.»; §32 do Acórdão do TJUE, 6.6.2000, [C-35/98](#), *Verkooijen*, §19 do Acórdão do TJUE, 7.7.2004, [C-319/02](#), *Manninen* e §19 do Acórdão do TJUE, 6.3.2007, [C-292/04](#), *Meilicke*.

— investimento em sociedades estabelecidas em outros Estados⁷². Resulta ainda da jurisprudência que as medidas proibidas pelo [artigo 63.º do TFUE](#), enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são susceptíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-membro de investirem noutros Estados⁷³.

No ordenamento jurídico-tributário português conseguimos identificar várias normas que, *prima facie*, parecem tornar menos atractivo o exercício dessa liberdade em operações transnacionais, o que torna aquelas medidas potencialmente discriminatórias ou restritivas e, por isso, contrárias ao Direito da União.⁷⁴

Como teremos oportunidade de comprovar, a aplicação das normas a seguir identificadas não se limita às situações em que as participações

⁷² Cfr. §22-§28 e §35 do Acórdão do TJUE, 6.6.2000, [C-35/98](#), *Verkooijen*, §21 do Acórdão do TJUE, 14.12.1995, [C-163/94](#), [C-165/94](#), [C-250/94](#), *Sanz de Lera*; §23 do Acórdão do TJUE, 7.7.2004, *C-319/02*, [Manninen](#); §173 e §184 do Acórdão do TJUE, 12.12.2006, [C-446/04](#), *Test Claimants in the FII Group Litigation*, já citado; §40 do Acórdão do TJUE, 18.12.2007, [C-101/05](#), *A*.

⁷³ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.02.2011, [C-436/08](#) e [C-437/08](#), *Haribo Lakritzen*, já citado; §45 do Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14](#), *Secil*, já citado; §55 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

⁷⁴ 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).

detidas permitem exercer uma influência certa sobre as decisões da sociedade participada e determinar as respectivas actividades da mesma⁷⁵.

Assim, e uma vez que todas as normas a seguir identificadas não visam a sua aplicação, exclusivamente, às situações em que a participação permite ao sujeito passivo ter uma influência decisiva na sociedade participada – podendo as mesmas também aplicar-se às situações de participações efectuadas com finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa – devem as mesmas ser examinadas, exclusivamente, à luz da livre circulação de capitais prevista no [artigo 63.º do TFUE](#)⁷⁶.

Neste sentido, os sujeitos passivos poderão invocar o [artigo 63.º do TFUE](#) para impugnar o tratamento fiscal reservado às entidades residentes ou estabelecidas em território nacional e/ou em Estados-membros da UE e/ou Estados terceiros partes no AEEE, relativamente às normas abaixo identificadas.

⁷⁵ A este respeito, o TJUE já esclareceu 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 no Acórdão do TJUE, 03.10.2013, [C-282/12, Itelcar](#), que, não obstante a determinação de um requisito mínimo de detenção de 10% do capital social para a sua aplicação, a legislação tributária de um Estado-membro aplicável apenas às participações superiores a 10% encontra-se no âmbito da esfera de protecção da liberdade de circulação de capitais.

⁷⁶ Cfr. §45 do Acórdão do TJUE, 24.12.2016, [C-464/14, Secil](#), já citado.

—
a) Normas previstas no EBF

O Estatuto dos Benefícios Fiscais⁷⁷ «adiante “**EBF**”» estabelece a concessão de diversas isenções aos rendimentos obtidos pelos diferentes tipos de fundos, adoptando estruturas de redacção das normas bastante similares.

As normas que em seguida analisaremos estabelecem uma isenção do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas «adiante “**IRC**”» para a totalidade ou parte dos rendimentos auferidos por aqueles fundos, sempre que estes «*se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*» ou, simplesmente, «*operem de acordo com a legislação nacional*». Nestes termos, o legislador nacional estabeleceu, assim, um tratamento fiscal distinto para os fundos estabelecidos em território nacional, relativamente aos fundos não residentes.⁷⁸

Saliente-se que o [artigo 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 que identificaremos em seguida, uma vez que tais normas criam um tratamento diferenciado

⁷⁷ Cfr. [Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho](#).

⁷⁸ 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).

baseado, exclusivamente, na residência do fundo beneficiário do rendimento.⁷⁹

Importa ainda salientar que 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.⁸⁰

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.⁸¹

Note-se que, 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 determinado Estado-membro. De facto, aqueles fundos

⁷⁹ Cfr. §62 do Acórdão do TJUE, 10.04.2014, [C-190/12](#), *Emerging Markets*, já citado.

⁸⁰ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.05.2012, [C-338/11](#) e [C-347/11](#), *Santander Asset Management SGIIC SA*, já citado.

⁸¹ Cfr. §58 do 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.

—
podem, mesmo sem estarem obrigados, observar os mesmos requisitos, colocando-se em situação equiparável.⁸²

- *Fundos de pensões e equiparáveis*

O [artigo 16.º, n.º 1, do EBF](#)⁸³ estabelece estarem isentos de Imposto sobre os Rendimentos das Pessoas Colectivas «doravante “**IRC**”» os rendimentos dos fundos de pensões e equiparáveis, desde que estes se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.

A referida isenção de imposto é ainda passível de ser aplicada, mediante o preenchimento de determinados requisitos, aos fundos de pensões que se constituam, operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado-membro da UE ou num Estado parte no AEEE (neste último caso desde que esse Estado esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE).

Isto significa que, aquando do pagamento dos dividendos por parte de uma sociedade portuguesa a um fundo de pensões estabelecido num Estado terceiro, a sociedade distribuidora do rendimento ficará obrigada a realizar a retenção na fonte devida sobre os montantes pagos, ao passo que essa retenção ficará dispensada nos casos em que o fundo de pensões se encontre estabelecido em território nacional, num Estado-membro ou num Estado parte no AEEE.

⁸² Cfr. §67 do Acórdão do TJUE, 10.04.2014, [C-190/12](#), *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

⁸³ Cfr. [Decreto-Lei n.º 215/89 de 1 de Julho](#).

Importa referir que o [artigo 16.º do EBF](#) foi já objecto de análise por parte do TJUE ⁸⁴. Na referida decisão o Tribunal concluiu que um investimento efectuado numa sociedade portuguesa por um fundo de pensões não residente é comparável a um investimento realizado por um fundo de pensões residente. Aquele Tribunal concluiu ainda que existia, àquela data, um tratamento diferente e menos favorável dos fundos de pensões não residentes, uma vez que os rendimentos recebidos por estes não beneficiavam da isenção de IRC ao passo que os rendimentos recebidos pelos fundos de pensões nacionais eram elegíveis para aplicação da isenção em apreço.

Esta diferenciação no tratamento fiscal dos dividendos pagos por uma sociedade sediada em território nacional consoante o fundo de pensões beneficiário se encontre estabelecido em território nacional ou fora dele, manifesta um claro favorecimento dos fundos nacionais ao mesmo tempo que cria um prejuízo para a situação tributária dos fundos de pensões não residentes.

Não obstante o Estado português 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

⁸⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, 6.10.2011, [C-493/09](#), *Comissão c. Portugal*.

—
controles fiscais, tendo em vista o controlo directo dos fundos beneficiários por parte das 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 que considerassem necessários junto daqueles fundos. Por outro lado, o IRC devido sobre os rendimentos auferidos pelos fundos de pensões não residentes não constitui uma fonte directa de financiamento do sistema de segurança social, pelo que a justificação alegada, relativa à eficácia dos controlos fiscais, não foi aceite pelo TJUE. Ademais, a impossibilidade absoluta de os fundos de pensões não residentes poderem beneficiar da isenção concedida aos fundos de pensões residentes em Portugal consubstanciava uma medida desproporcional face aos comportamentos que a restrição, alegadamente, visava acautelar.

O TJUE concluiu, assim, existir na norma tributária em apreço uma discriminação dos fundos de pensões não residentes face aos fundos de pensões estabelecidos em território nacional, o que consubstanciava numa clara violação à liberdade de circulação de capitais prevista no [artigo 63.º do TFUE](#).

Em consequência da decisão do TJUE, o legislador nacional procedeu à alteração da norma em análise, estendendo o seu alcance também aos

fundos de pensões estabelecidos noutra Estado-membro da UE e partes no AEEE⁸⁵ (mediante o preenchimento de determinadas condições).

A solução legislativa acolhida pelo Estado português para solucionar a discriminação que resultava do [artigo 16.º do EBF](#) não se revela, contudo, suficiente, porquanto a aplicação do benefício em apreço continua a estar vedada aos casos em que o fundo de pensões beneficiário se encontre estabelecido num Estado terceiro que não seja parte no AEEE.

Neste sentido, os fundos de pensões residentes em Estados-terceiros (que não sejam parte do acordo AEEE) continuam a não ser elegíveis, de forma absoluta e definitiva, para aplicação da isenção de IRC prevista no [artigo 16.º do EBF](#), o que configura, *prima facie*, uma discriminação arbitrária violadora da liberdade de circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#) na sua dimensão externa⁸⁶.

- *Fundos de investimento*

De forma similar, os artigos [21.º](#), [22.º](#), [23.º](#), [24.º](#) e [71.º](#) todos do EBF estabelecem estarem isentos de IRC a totalidade ou parte dos rendimentos obtidos pelos diferentes tipos de fundos legalmente previstos, sempre que estes se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.

Deste modo, as referidas normas estabelecem que apenas os fundos (independentemente do seu tipo) estabelecidos em território nacional podem beneficiar da isenção de tributação, significando isto que os fundos

⁸⁵ Cfr. [Artigo 16.º, n.º 7, do EBF](#), aditado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, com entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2012.

⁸⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, 10.04.2014, [C-190/12](#), *Emerging Markets Series of DFA*, já citado.

—
análogos não residentes (*i.e.*, fundos estabelecidos num Estado-membro da UE, num Estado parte do AEEE ou num qualquer outro Estado terceiro) estão impedidos, de forma absoluta e incondicional, de beneficiar da isenção de imposto concedida aos fundos estabelecidos em território nacional.

A diferença de tratamento que resulta das normas em análise é, assim, na esteira da recente jurisprudência do TJUE, susceptível de dissuadir os fundos não residentes de investirem em território nacional, em favorecimento dos fundos residentes em Portugal,⁸⁷ ao mesmo tempo que torna mais difícil às sociedades residentes de obterem financiamentos por parte daqueles fundos, pelo que tais medidas consubstanciam, em princípio, normas contrárias à liberdade de circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#) quer na sua dimensão interna (*i.e.*, discriminação dos fundos estabelecidos no território da UE), quer na sua dimensão externa (*i.e.*, discriminação dos fundos estabelecidos em Estados terceiros).

b) Normas previstas no Código do IRC

- *O regime de participation exemption*

O sistema jurídico tributário nacional contém diversas normas dedicadas a desincentivar as relações com os Estados com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis «adiante “**paraísos**

⁸⁷ 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); §55 do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado..

fiscais”». 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 invistam através daqueles Estados.

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 os Estados-membros da UE, adoptassem na sua legislação mecanismos que dissuadissem os fluxos de capitais transfronteiriços com esses territórios.

A adopção de listas onde se enumeram os Estados com um regime de tributação privilegiada claramente mais favorável (e de normas que remetem para as mesmas) por parte de Portugal e de outros Estados-membros da UE pode suscitar dúvidas relativamente à sua conformidade com o Direito da UE sempre que o rendimento esteja efectivamente relacionado com a actividade desenvolvida e entre Portugal (ou o Estado-membro em questão) e o paraíso fiscal exista um ADT em vigor ou um acordo para a troca de informações que permita um adequado controlo da situação fiscal dos sujeitos passivos não residentes.

Com o objectivo de criar mecanismos que visem o combate contra a fraude e a evasão fiscal, a legislação tributária nacional dispõe diversos casos de tratamento tributário específico (e menos favorável) para

— operações e transacções com Estados ou territórios com um regime de tributação privilegiado, previstos na redacção actual da [Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro](#).

Todavia, as referidas medidas anti-abuso podem consubstanciar-se em restrições à liberdade de circulação de capitais, sempre que a sua aplicação não se circunscreva aos casos em que se verifique existir a utilização de «*expedientes puramente artificiais*» ou a criação de estruturas desprovidas de realidade económica.⁸⁸

No âmbito do regime português de *participation exemption* ínsito no [artigo 51.º do Código do IRC](#), a aplicação da isenção de IRC aos lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC, com sede ou direcção efectiva em território português, é vedada sempre que a entidade que distribui os lucros ou reservas tenha domicílio em território ou região sujeito a um regime claramente mais favorável nos termos da referida Portaria.

Ora, constatamos que a razão para o tratamento fiscal distinto (e menos favorável) dos dividendos distribuídos por entidades estabelecidas num paraíso fiscal resulta apenas na residência da sociedade distribuidora e não com base em critérios de substância ou racionalidade económica.

Por outras palavras, o actual regime de *participation exemption* impede de forma absoluta e sem possibilidade de prova em contrário, que os lucros ou reservas distribuídas por sociedade domiciliadas em paraísos fiscais beneficiem da isenção de IRC em apreço.

⁸⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, 12.09.2006, [C-196/04](#), *Cadbury Schweppes* e §81 e seguintes do Acórdão do TJUE, 26.02.2019, [C-135/17](#), *X GmbH* já citado.

Assim, e conforme se pode comprovar pela actual redacção da norma, este regime não se aplica aos lucros distribuídos pelas sociedades sediadas em paraísos fiscais, independentemente de existirem ou não a utilização de expedientes desprovidos de realidade económica e substância ou a existência de acordos de cooperação administrativa que permita a eficácia dos controlos fiscais dos sujeitos passivos aí estabelecidos.

Somos da opinião que, não obstante os objectivos que referimos para a adopção destas medidas, a remissão da norma para uma lista de paraísos fiscais, sem que se atenda ao facto de existir um ADT em vigor, um acordo para a troca de informações, nomeadamente a Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE e do Conselho da Europa, alterada pelo Protocolo de 2010, ou, em última instância, se abra a possibilidade de o sujeito passivo fazer prova em contrário, impede a aplicação do regime em apreço, ainda que sejam realizadas actividades económicas genuínas naqueles Estados⁸⁹.

Assim, e mesmo face à inexistência de jurisprudência estável do TJUE nesta matéria, somos da opinião que o legislador deverá rever o [artigo 51.º do Código do IRC](#), porquanto o mesmo estabelece um tratamento fiscal

⁸⁹ As Autoridades fiscais portuguesas assinaram quinze Acordos sobre a Troca de Informações em Matéria Fiscal com as jurisdições de Andorra, Antígua e Barbuda, Belize, Ilhas Bermudas, Ilhas Cayman, Dominica, Gibraltar, Guernsey, Libéria, São Cristovão e Nevis, Santa Lúcia, Ilhas Turcas e Caicos, Ilhas Virgens Britânicas Ilhas de Man e Jersey. Contudo, apenas os Acordos com Andorra, Bermudas, Gibraltar, Ilhas Caimão, Ilha de Man, Jersey e Santa Lúcia se encontram em vigor após terem sido devidamente aprovados por Resolução da Assembleia da República e ratificados por Decreto do Presidente da República. Actualmente, Portugal tem ADT em vigor com os seguintes paraísos fiscais: Andorra, Bahrain, Barbados, Koweit, Emirados Árabes Unidos, Hong Kong, Panamá, Qatar, São Marino, Sultanato de Omã e Uruguai.

— distinto (e menos favorável) quando a entidade distribuidora dos lucros se encontra estabelecida numa jurisdição que conste da lista de paraísos fiscais aprovada pela referida Portaria, independentemente de existirem mecanismos para a troca de informações com aqueles Estados, sob pena de incompatibilidade com a liberdade de circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#) na sua dimensão externa.

- *Dedução de lucros distribuídos por pessoas colectivas e outras entidades residentes que não exerçam, a título principal, uma actividade comercial, industrial ou agrícola*

O [artigo 53.º, n.º 3, do Código do IRC](#) dispõe que as pessoas colectivas que não exerçam a título principal uma actividade industrial, comercial ou agrícola beneficiam de uma dedução correspondente a 50% dos rendimentos incluídos na base tributável correspondentes a lucros distribuídos por entidades residentes em território nacional, sujeitas e não isentas de IRC.

O [artigo 53.º, n.º 5, do Código do IRC](#) estende, por sua vez, a referida dedução quando aqueles rendimentos provêm de uma entidade residente noutro Estado-membro da UE que preencha os requisitos e condições estabelecidos no [artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho](#).

A norma em apreço afasta, assim, de forma absoluta a possibilidade das sociedades que não exerçam a título principal uma actividade industrial, comercial ou agrícola de deduzir em 50% os lucros ou reservas distribuídas por uma sociedade estabelecida num Estado terceiro, ainda que se prove que esta última preencha os requisitos e condições estabelecidos

no [artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho](#), à semelhança do exigido para as sociedades estabelecidas num Estado-membro da UE.

Saliente-se que a norma em apreço não prevê a possibilidade de existir, entre os dois Estados envolvidos, mecanismos para a troca de informação, a nível convencional, que permitam assegurar um controlo efectivo nos casos em que estejam envolvidos Estados terceiros.

Face ao enquadramento acima exposto, é possível concluir que a norma em análise confere um tratamento distinto e menos favorável aos lucros ou reservas distribuídas por sociedades residentes em Estados terceiros, o que torna o investimento, realizado por parte de sociedades residentes que não exerçam a título principal uma actividade industrial, comercial ou agrícola, em participações sociais de sociedades estabelecidas em territórios de Estados terceiros menos atractivo em favorecimento das sociedades estabelecidas em território nacional ou num Estado-membro da UE.

O tratamento distinto operado pela norma em análise configura, assim, *prima facie*, uma restrição à liberdade de circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#), na sua dimensão externa.

c) Normas previstas no Código do IRS

- *Exclusão parcial de tributação dos lucros distribuídos por sociedades*

Nos termos do disposto no [artigo 40.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares](#) «adiante “IRS”» os lucros distribuídos por sociedades, sujeitas e não isentas de IRC, são, no caso de

— opção pelo englobamento, considerados em apenas 50% do seu valor na esfera do sujeito passivo singular beneficiário.

O regime disposto na referida norma apenas é aplicável, contudo, caso a entidade devedora dos lucros ou que é liquidada tiver a sua sede ou direcção efectiva em território nacional ou num Estado-membro da UE ou num Estado parte do AEEE que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida na UE, desde que tal entidade preencha os requisitos e condições estabelecidos no [artigo 2.º da Directiva 2011/96/UE](#), do Conselho de 30 de Novembro, e os respectivos beneficiários residam em território português.

Em contrapartida, as pessoas singulares residentes, beneficiárias dos lucros distribuídos por sociedades residentes em Estados terceiros (que não sejam partes do AEEE), não são elegíveis para aplicação do regime em apreço. Nestes termos, os sujeitos passivos de IRS residentes em território nacional são dissuadidos a auferir rendimentos provenientes 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 da base tributável, em sede de IRS.

Por conseguinte, o regime legal em análise confere também um tratamento fiscal mais favorável aos dividendos pagos por sociedades residentes em território nacional, de um Estado-membro da UE ou de um Estado terceiro parte no AEEE⁹⁰, afastando, com efeito, a possibilidade da

⁹⁰Cfr. Acórdão do TJUE, 03.10.2013, [C-282/12](#), *Itelcar*, já citado; 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*

sua aplicação quando os lucros sejam distribuídos por sociedades residentes em Estados terceiros (que não sejam parte no AEEE).

Neste contexto, considerando que a entidade distribuidora dos lucros, estabelecida num Estado terceiro, encontra-se numa situação objectivamente comparável, a norma em apreço configura uma disposição legal potencialmente violadora da liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa à luz do [artigo 63.º do TFUE](#).

4.2 Justificação e proporcionalidade

As normas tributárias identificadas, ainda que *prima facie* restritivas ou discriminatórias, podem ser aceites quando justificadas e proporcionais ao fim que visam prosseguir.⁹¹ Nesta secção procederemos à análise destes dois momentos (justificação e proporcionalidade).⁹²

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*; ENGLISH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, Intertax. - Alphen aan den Rijn. - Vol. 38 (2010).

⁹¹ 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*; ENGLISH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, Intertax. - Alphen aan den Rijn. - Vol. 38 (2010).

⁹² 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).

—
a) Combate à fraude e à evasão fiscal

Regra geral, 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 daquele Tribunal) quando uma determinada norma discriminatória ou restritiva não se restrinja apenas às situações que impliquem a utilização de “*expedientes puramente artificiais*.”

Saliente-se que, como referimos anteriormente, o diferente tratamento fiscal conferido pelas normas nacionais em análise têm exclusivamente como base o Estado de residência dos sujeitos passivos envolvidos – e não com o objectivo específico de evitar esquemas artificiais de planeamento fiscal sem racionalidade económica subjacente. Como tivemos oportunidade de constatar, a aplicação das referidas normas encontra-se condicionada, de um modo geral e automático, à verificação da condição de residência dos sujeitos passivos, independentemente da existência de realidade económica das entidades envolvidas.

Ainda que se pudesse, por hipótese, aceitar que a manutenção das normas em apreço se pudesse justificar com base no argumento de combate à fraude e evasão fiscal, aquelas normas revelar-se-iam, manifestamente, desproporcionais face às condutas abusivas que, alegadamente, visam impedir, porquanto conseguimos encontrar soluções menos restritivas e mais adequadas que possibilitem, por um lado, a aplicação daqueles

regimes mais favoráveis às operações com Estados terceiros e/ou Estados-membros da UE e, por outro lado, acautelar operações que se revelem abusivas.⁹³

b) Necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais

O legislador nacional optou por excluir, de forma absoluta e incondicional, a aplicação de regimes tributários mais favoráveis baseando-se apenas no critério da residência dos sujeitos passivos, independentemente do facto de existir em vigor mecanismos para a troca de informações ou cooperação administrativa adequados que permitam a verificação dos requisitos relativamente à sua constituição e ao exercício das suas actividades ou, ainda, da possibilidade daqueles fazerem prova que cumprem requisitos equivalentes aos requeridos às entidades estabelecidas em território nacional.

A imposição da condição de existência de um instrumento que preveja a troca de informação e a cooperação administrativa para a aplicação dos benefícios fiscais em análise seria, em princípio, uma medida tolerável, a

⁹³ 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).

— fim de garantir a eficácia dos controlos fiscais dos sujeitos passivos não residentes. Efectivamente, nas relações com Estados terceiros admite-se que se mantenham situações de discriminação ou restrição quando não for possível ao Estado português confirmar a verificação das condições legalmente exigidas para a aplicação de um determinado benefício fiscal.

Assim, e considerando a possibilidade de o Estado português invocar o argumento da necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais para legitimar a manutenção das normas restritivas em análise, a solução legislativa adoptada – baseada, exclusivamente, no critério da residência dos sujeitos passivos – consubstancia uma medida manifestamente desproporcional, uma vez ser possível encontrar medidas menos restritivas e mais adequadas a garantir o efectivo controlo fiscal por parte do Estado português.

Entre outros expedientes, constatamos que a aplicação de um determinado regime mais favorável poderia estar dependente da verificação da existência de um ADT em vigor que previsse a troca de informações ou, simplesmente, a existência de um instrumento celebrado para a troca de informações entre os Estados, designadamente o Estado terceiro ser signatário da Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE e do Conselho da Europa, alterada pelo Protocolo de 2010. Nestes casos, consideramos existir uma equivalência dos instrumentos para a troca de informações ou cooperação administrativa quando comparado com o contexto existente no âmbito da UE nas relações entre Estados-membros. Em última instância, o Estado português poderia sempre incluir a

possibilidade de os interessados fazerem prova que cumprem todas as exigências equivalentes às requeridas aos residentes em território nacional.

As normas com características semelhantes podem, assim, constituir, segundo a jurisprudência do TJUE, restrições desadequadas e desproporcionais para a garantia dos controlos fiscais e, com efeito, contrárias ao [artigo 63.º do TFUE](#).⁹⁴

Neste contexto, todas as normas analisadas revelam um proteccionismo excessivo⁹⁵ e uma ingerência manifesta à livre circulação de capitais quer na relação com Estados-membros, quer na relação com Estados terceiros.

c) Necessidade de preservar a coerência dos sistemas fiscais

Como referimos anteriormente, o acolhimento de uma justificação baseada na coerência do sistema fiscal implica que seja assegurada uma tributação uniforme e efectiva dos rendimentos de um determinado sujeito passivo.⁹⁶ Adicionalmente, para que a presente justificação fosse atendível relativamente às medidas em análise, deveriam as mesmas serem relativas ao mesmo imposto e reportáveis ao mesmo sujeito passivo.

⁹⁴ TJUE, 23.02.2006, [C-513/03](#), *van Hilten-van der Heidjen*; TJUE, 24.05.2007, [C-157/05](#), *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*.

⁹⁵ LANG, M. & PISTONE, P., *The EU and Third Countries: Direct Taxation* (Linde Kluwer Law International, 2007).

⁹⁶ 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 NOGUEIRA, J.F., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade* (Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010).

— Note-se que nos casos das normas anteriormente identificadas, a aplicação das mesmas não se encontra sujeita à condição de os rendimentos pagos ou auferidos serem tributados posteriormente de forma a compensar a sua não tributação em território nacional. Assim, não sendo possível estabelecer um nexo directo entre os benefícios fiscais concedidos pelas normas nacionais e a tributação desses rendimentos, a alegação, por parte do Estado português, de uma justificação baseada na necessidade de preservar a coerência dos sistemas fiscais seria rejeitada pelo TJUE.

d) Repartição equilibrada dos poderes de tributação

Através do acolhimento de uma justificação baseada na repartição equilibrada dos poderes de tributação, 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 poderá 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.⁹⁷

Neste sentido, o Estado português, ao ter criado benefícios fiscais aplicáveis apenas a entidades residentes, não prevendo a extensão da sua

⁹⁷Cfr. §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.

aplicação às entidades residentes num outro Estado-membro e/ou Estados terceiros, não poderá justificar essas mesmas medidas restritivas com base na repartição equilibrada dos poderes de tributação, tendo em consideração que aquele argumento se revela incoerente perante uma norma que isenta ou reduz a tributação dos rendimentos às entidades estabelecidas em território nacional.

e) Quanto à cláusula de salvaguarda – Artigo 64.º do TFUE

Como já afirmámos, as restrições aos movimentos de capital *de e para* Estados terceiros serão admitidas sempre que uma norma nacional interna já se encontrasse em vigor a 31 de Dezembro de 1993 e, cumulativamente, se trate de uma situação de investimento directo.⁹⁸ Verifiquemos, então, quais as normas que poderiam estar, em tese, sob a alçada da cláusula de salvaguarda prevista no [artigo 64.º do TFUE](#).

A 31 de Dezembro de 1993, encontravam-se em vigor, os artigos [16.º](#) e [21.º](#) do EBF. Estas normas continham já ingerências à livre circulação de capitais na relação com Estados terceiros, mantendo-se essas ingerências em vigor até à presente data. Com efeito, não será de excluir a possibilidade

⁹⁸ 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-157/05, 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).

— de o Estado português invocar o [artigo 64.º do TFUE](#) para justificar a manutenção daquelas normas no ordenamento jurídico nacional.

Relativamente ao [artigo 22.º do EBF](#), o benefício fiscal aí previsto já se encontrava também em vigor a 31 de Dezembro de 1993. Todavia, só posteriormente foi aditada 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 referida data.

Assim, apesar da aludida norma já se encontrar em vigor à referida data, não incluía ainda na sua redacção o elemento restritivo, referente à condição da residência do fundo, em função da qual é concedido ou vedado a respectiva isenção de imposto. Nesses termos, o [artigo 22.º do EBF](#) não poderia beneficiar da protecção conferida pelo [artigo 64.º do TFUE](#).

Cumprе salientar que todas as restantes normas examinadas não se encontravam, ainda, em vigor no ordenamento jurídico português a 31 de Dezembro de 1993 (ou não o continham na sua redacção o elemento ingerente), pelo que relativamente a estas normas o Estado português encontra-se impedido de invocar a cláusula de salvaguarda do [artigo 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 estarem obrigados, os Estados-membros da UE, no quadro do princípio da cooperação sincera, deverão progressivamente alterar ou revogar as normas contrárias ao Direito da União.

5. CONCLUSÕES

A liberdade de circulação de capitais e pagamentos do [artigo 63.º do TFUE](#) constitui uma das liberdades fundamentais da UE, sendo a única com uma dimensão externa ou um efeito *erga omnes* (proíbe todas as restrições à circulação de capitais e pagamentos entre Estado-membros e entre Estados-membros e Estados terceiros).

No ordenamento jurídico tributário nacional, identificamos várias normas potencialmente violadoras da liberdade de circulação de capitais quer na sua dimensão interna (*i.e.*, Operações Intra-EU), que na sua dimensão externa (*i.e.*, operações com Estados terceiros).

Em regra, uma medida que use como critério exclusivo para a sua aplicação o requisito da residência ou estabelecimento das entidades envolvidas configura, potencialmente, uma norma discriminatória ou restritiva.

Todavia, os Estados-membros podem alegar justificações para a manutenção de determinada norma restritiva na sua legislação nacional, designadamente o 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 um destes argumentos pode ser invocado para justificar um tratamento discriminatório baseado na residência ou estabelecimento das entidades envolvidas.

— Ainda que, por hipótese, algumas das normas identificadas pudessem ser justificadas, as mesmas revelaram-se em todas as situações excessivas e desproporcionais, face aos comportamentos que visam acautelar, uma vez que encontramos soluções legislativas alternativas e menos restritivas.

Assim, devemos concluir que as normas analisadas configuram medidas restritivas ou discriminatórias e, com efeito, incompatíveis com o Direito da União, em concreto, com a liberdade de circulação de capitais do [artigo 63.º do TFUE](#). Sendo incompatíveis com o Direito da União, então todas as normas terão de ser revistas e alteradas pelo Estado português, em conformidade.

Do conjunto de normas analisadas, apenas os artigos [16.º](#) e [22.º](#) do EBF estavam em vigor a 31 de Dezembro de 1993, pelo que apenas aquelas normas poderiam beneficiar da aplicação da cláusula de salvaguarda do [artigo 64.º do TFUE](#).

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 dos Estados-membros no âmbito tributário. O legislador não deverá, contudo, deixar de introduzir as necessárias alterações no sentido de evitar consequências orçamentais inesperadas, designadamente as que resultem de um alargamento de benefícios que foram apenas previstos para serem aproveitados por residentes em Portugal e/ou num Estado-membro da UE.

Em última instância, e caso não seja possível a introdução de alternativas razoáveis, o legislador nacional poderá sempre, simplesmente,

revogar as normas objecto de análise do ordenamento jurídico nacional. Deste modo, poderá evitar-se que no futuro seja instaurado contra o Estado português uma, quase inevitável, acção por incumprimento perante o TJUE.