



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Gabriel José Cerveira Lebre

**Os impostos de saída como instrumento  
de combate à elisão fiscal no contexto da  
Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho  
de 12 de julho de 2016**



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Gabriel José Cerveira Lebre

**Os impostos de saída como instrumento  
de combate à elisão fiscal no contexto da  
Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho  
de 12 de julho de 2016**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito Tributário

Trabalho efetuado sob a orientação do  
**Professor Doutor João Sérgio Ribeiro**

junho de 2019

## **DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS**

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

### ***Licença concedida aos utilizadores deste trabalho***



**Atribuição-NãoComercial-SemDerivações  
CC BY-NC-ND**

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro por toda a sabedoria que me transmitiu, pelo precioso apoio na orientação deste trabalho e por me ter inculcido o gosto pelo Direito Tributário Europeu.

A todos os docentes do Mestrado em Direito Tributário; a todos os funcionários da Escola de Direito da Universidade do Minho; à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto pelo seu espólio bibliográfico, fundamental para a elaboração deste estudo, e aos seus funcionários pela ajuda que me foi facultada e; ao Centro de Estudos Fiscais e seus funcionários por toda a ajuda prestada.

À Sandra, a pessoa mais importante da minha vida, por tudo; aos meus pais, em especial à minha Mãe que em muito contribuiu e me guiou para me tornar na pessoa em que me tornei; à minha irmã pelo incentivo e incondicional apoio e; aos meus avós.

Por último, mas não menos importante, um profundo agradecimento ao Estado Luxemburguês, sem o seu apoio, todo o meu percurso académico não seria possível.

## **DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE**

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

## RESUMO

Os impostos de saída como instrumento de combate à elisão fiscal no contexto da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo principal determinar se o mecanismo do imposto de saída, adotado pela Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, é ou não um bom mecanismo no combate à elisão fiscal.

Desde o seu surgimento o imposto de saída sempre foi muito controverso, havendo jurisprudência, no domínio das pessoas singulares, que o proibia, considerando-o, assim, uma restrição à liberdade de estabelecimento, sendo que o combate à elisão fiscal não era tido como justificação válida para permitir tal restrição.

Hoje em dia, o imposto de saída deixou de ser um instrumento controverso para se assumir como um instrumento que pretende combater a elisão fiscal. Mas será que efetivamente o faz?

Com o objetivo de contextualizar estas matérias, iremos abordar o plano BEPS, a Diretiva em apreço, a transferência da sede societária e as escolhas fiscais (nomeadamente o planeamento fiscal, o planeamento fiscal agressivo e a elisão fiscal) que são visadas tanto no plano BEPS como na Diretiva.

Para determinar a eficácia do mecanismo iremos levantar uma serie de questões que vão sendo avançadas no decorrer da contextualização e que irão ser fundamentais para cumprir o nosso objetivo.

Por fim, abordar-se-á as alternativas, incluindo, igualmente, uma reflexão crítica.

Palavras-chave: BEPS; Diretiva antielisão; Elisão Fiscal; Impostos de Saída; Planeamento Fiscal Agressivo.

## **ABSTRACT**

The exit taxes as an instrument to tackle tax avoidance in the context of the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016

The main purpose of this master's dissertation is to assess whether the exit taxation of the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect functioning of the internal market (ATAD), is or it is not a fine rule to fight against tax avoidance.

Since the first appearance, some of the exit taxation rules analyzed by the European Court of Justice, concerning exit taxes levied on individuals, was found against the European principles and the restriction that it caused could not be justified by the need to fight tax avoidance.

Nowadays, the exit taxation is considered to be a tool preventing tax avoidance, but does it really fight or prevent tax avoidance?

To introduce this subject, we will address the BEPS plan, the Directive in question, the transfer of the company's seat, as well as some of the concepts related to the tax avoidance concept (tax planning, aggressive tax planning and tax avoidance itself) in order to establish which are the tax arrangements that are targeted by the BEPS plan and the ATAD.

To assess the effectiveness of the exit taxation we will raise some questions, that we will advance throughout the first chapter and that we found very important to help us fulfill the main objective.

In the last chapter we will focus on the alternatives to this tool and we will include our point of view regarding the addressed subjects.

Keywords: Aggressive Tax Planning; Anti-Tax Avoidance Directive; BEPS; Exit Taxes; Tax Avoidance

# ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	x
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
I. OBJETO E METODOLOGIA DO ESTUDO .....	11
II. FUNDAMENTOS DA ESCOLHA DO TEMA.....	12
<b>CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO</b> .....	13
1. O PLANO BEPS .....	13
2. A DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016. ....	19
3. IMPOSTOS DE SAÍDA .....	28
3.1. TIPOLOGIA .....	34
3.2. JURISPRUDÊNCIA DO TJUE.....	40
3.2.1. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A PESSOAS SINGULARES .....	41
3.2.1.1. ACÓRDÃO <i>X E Y</i> .....	41
3.2.1.2. ACÓRDÃO <i>HUGHES LASTEYRIE DU SAILLANT</i> .....	43
3.2.1.3. ACÓRDÃO <i>N</i> .....	44
3.2.1.4. ACÓRDÃO <i>WÄCHTLER</i> .....	47
3.2.2. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A PESSOAS COLETIVAS .....	49
3.2.2.1. ACÓRDÃO <i>NATIONAL GRID INDUS</i> .....	50
3.2.2.2. ACÓRDÃO <i>COMMISSION V. PORTUGAL</i> .....	52
3.2.2.3. ACÓRDÃO <i>COMMISSION V. DENMARK</i> .....	53
3.2.2.4. ACÓRDÃO <i>DMC</i> .....	54
3.2.2.5. ACÓRDÃO <i>VERDER LABTEC</i> .....	55



4. RELAÇÃO ENTRE OS IMPOSTOS DE SAÍDA E A TRANSFERÊNCIA SOCIETÁRIA E DE QUE MANEIRA É QUE ESTA PODERÁ CONSTITUIR ELISÃO FISCAL.....	57
5. A ELISÃO FISCAL, FIGURAS ADJACENTES E A EROSÃO DAS BASES TRIBUTÁRIAS .....	66
5.1. PLANEAMENTO FISCAL .....	68
5.1.2. PLANEAMENTO FISCAL, UM DIREITO DO SUJEITO PASSIVO TRIBUTÁRIO?.....	73
5.2. ELISÃO FISCAL .....	76
5.3. PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO .....	82

**CAPÍTULO II – SÃO OS IMPOSTOS DE SAÍDA UM BOM MECANISMO DE COMBATE À ELISÃO FISCAL? .....**

<b>1. A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA NA DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016.....</b>	<b>90</b>
1.1. A OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DO IMPOSTO .....	93
1.2. PAGAMENTO DO IMPOSTO.....	95
1.2.1. DIFERIMENTO DO PAGAMENTO .....	95
1.2.2. COBRANÇA DE JUROS.....	98
1.2.3. PRESTAÇÃO DE GARANTIA.....	101
1.2.4. CASOS EM QUE O DIFERIMENTO DO PAGAMENTO É INTERROMPIDO .....	103
1.3. O PROBLEMA DA DUPLA TRIBUTAÇÃO .....	105
1.4. TRANSFERÊNCIA TEMPORÁRIA DE BENS .....	106
1.5. EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DO MECANISMO .....	106
1.5.1. O IMPOSTO DE SAÍDA É UM IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO OU SOBRE A SAÍDA? .....	108
1.5.1.1. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE .....	110
1.5.1.2. A NÃO APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE .....	111
1.5.2. RELAÇÃO ENTRE A DIRETIVA “ANTI-ELISÃO” E A DIRETIVA “FUSÕES” .....	113
1.5.3. AS SITUAÇÕES QUE O IMPOSTO DE SAÍDA VISA ACAUTELAR .....	115

1.5.4. O COMBATE À ELISÃO FISCAL COMO JUSTIFICAÇÃO PARA A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA .....	117
1.5.5. A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA E O PLANO BEPS .....	120
1.5.6. A UTILIDADE DA TRIBUTAÇÃO À SAÍDA FACE ÀS RESTRIÇÕES QUE COLOCA ..	123
<b>CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS E REFLEXÃO CRÍTICA</b> .....	126
1. CCCTB – <i>COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE</i> .....	127
1.1. OS IMPOSTOS DE SAÍDA NA CCCTB .....	130
1.2. ARTICULAÇÃO ENTRE O MECANISMO DA TRIBUTAÇÃO À SAÍDA DA DIRETIVA “ANTI-ELISÃO” E DA PROPOSTA DE DIRETIVA CCTB .....	133
2. ALTERNATIVAS OU REFORMULAÇÕES DO MECANISMO À SAÍDA – A CCTB COMO ALTERNATIVA À TRIBUTAÇÃO À SAÍDA DA DIRETIVA “ANTI-ELISÃO” .....	135
3. REFLEXÃO CRÍTICA .....	137
<b>CONCLUSÕES</b> .....	144
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	147

## LISTA DE ABREVIATURAS

ALCP	Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CC	Código Civil
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CCTB	Common Corporate Tax Base
CFC	Controlled Foreign Company
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares
CIT	Corporate Income Tax
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DG TAXUD	Directorate-General for Taxation and Customs Union
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EEE	Espaço Económico Europeu
FHTP	Forum on Harmful Tax Practices
GAARs	General Anti-Avoidance Rules
LGT	Lei Geral Tributária
MCCCIS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
MNE	Multinational Enterprise
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
SCE	Sociedade Cooperativa Europeia
SE	Sociedade Europeia
TEU	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

## **INTRODUÇÃO**

### **I. OBJETO E METODOLOGIA DO ESTUDO**

O presente estudo tem como tema central os impostos de saída como instrumento de combate à elisão fiscal no contexto da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

Apesar da aparente simplicidade do tema, existem questões que levantam sérias dúvidas, tanto quanto à sua utilidade como instrumento que combate a elisão fiscal, como em relação a uma série de questões atinentes à própria legalidade de um imposto desta natureza.

Sendo então a determinação da eficácia do imposto de saída o nosso principal objetivo, iremos estruturar o nosso estudo em três capítulos.

O primeiro diz respeito à contextualização destas matérias onde iremos abordar, em primeiro lugar, o plano *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) que, embora seja uma temática muito abrangente, tem como componente essencial a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo que, invariavelmente, também fazem parte do nosso estudo e que, posteriormente, deu origem à Diretiva acima referida.

Em segundo lugar, iremos analisar a Diretiva, explicando a sua história, em que contexto surgiu, qual o seu propósito, e focar as medidas adotadas para fazer face à erosão das bases tributárias, relacionando-a, assim, com o plano BEPS.

Em terceiro lugar, tendo em conta que os impostos de saída são uma das medidas impostas pela Diretiva em estudo, vamos abordar a sua natureza, isto é, conceito e tipologias e o seu percurso histórico no contexto europeu, isto é, como e porque é que surgiram e como é que esta criação foi vista, nomeadamente, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em quarto lugar, iremos abordar a temática da relação entre a tributação à saída e a transferência da sede societária, uma vez que os impostos de saída têm impacto direto nesta matéria, sendo que existe uma harmonização indireta com a adoção destes.

Em quinto lugar, vamos abordar a área atinente às escolhas fiscais, isto é, procuraremos uma delimitação de conceitos para compreender que tipo de comportamentos é que estão subjacentes à ideia de erosão das bases tributárias que surge no plano BEPS e na presente Diretiva, até porque uma das razões, que é avançada no TJUE por parte dos Estados-Membros, para justificar a restrição que o mecanismo à saída cria, é o combate à elisão fiscal.

No segundo capítulo do nosso estudo iremos focar a nossa atenção na questão principal deste tema, ou seja, vamos determinar se o imposto de saída é ou não um bom mecanismo de combate à elisão fiscal tal como perspectivada pelo plano BEPS e pela Diretiva em estudo, sendo que para

realizarmos este objetivo iremos explicar qual é o regime da tributação à saída adotado na Diretiva e depois iremos levantar uma série de questões relativas a esta temática que nos irão ajudar a cumprir o objetivo a que nos propomos.

Como terceiro e último capítulo, vamos procurar alternativas ao mecanismo da tributação à saída e explicar a iniciativa CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*) de onde deriva o referido mecanismo da Diretiva em estudo.

Iremos também fazer uma reflexão crítica acerca de todas as questões relacionadas com a temática.

Em suma, procuramos determinar se o imposto de saída é o melhor caminho no combate à elisão fiscal dada a extensa controvérsia à sua volta.

## **II. FUNDAMENTOS DA ESCOLHA DO TEMA**

Existem várias razões que estiveram subjacentes à escolha deste tema, sendo que, de entre elas destacamos as seguintes:

A primeira razão prende-se essencialmente com a atualidade do tema, isto é, a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 é relativamente recente, não existindo até à data muitos trabalhos neste âmbito, pelo que aqui fundamos a atualidade e originalidade do tema.

A segunda razão que nos levou a escolhê-lo é própria história do imposto de saída no sentido de que existem Estados-Membros que atualmente aplicam impostos de saída mesmo havendo uma grande controvérsia em volta deste mecanismo, controvérsia essa que é gerada pela proibição destes a pessoas singulares, mas justificados quando aplicados a pessoas coletivas no âmbito da tributação das sociedades.

Visto que o mecanismo poderá ser compreendido como uma restrição, embora justificada, à liberdade de estabelecimento, achamos, no mínimo, incongruente que este seja adotado como método de combate à elisão fiscal, ainda para mais se tivermos em conta que esta justificação não é tida como válida para o TJUE.

Como terceira razão, apontamos a utilidade da conclusão a que poderemos chegar, isto é, as discussões destas matérias contribuem para o bom funcionamento do sistema tributário de modo a obter uma tributação justa.

## **CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO**

Tal como foi por nós abordado na introdução, daremos início à contextualização destas matérias, mas antes impõem-se que façamos uma nota explicativa, isto é, como ficou supracitado, o nosso objetivo é determinar se a tributação à saída imposta pela Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, é ou não um bom mecanismo de elisão fiscal e, sendo o plano BEPS um plano que se insere nesta temática e que tem um papel de “guia orientador” para as políticas nacionais relativamente aos comportamentos elisivos, é fundamental que tenhamos uma perceção, ainda que generalista, do plano.

Uma vez que o plano BEPS é composto por um conjunto de ações, será uma mais-valia ter uma perspetiva destas, sendo que, como iremos ver mais à frente<sup>1</sup>, a tributação à saída não se insere em nenhuma delas, o que nos vai permitir ajudar na determinação da eficácia do imposto de saída.

Começamos, portanto, no primeiro ponto, o plano BEPS.

### **1. O PLANO BEPS**

A Diretiva que trazemos para este estudo insere-se numa temática com enfoque internacional que é o plano BEPS, que consiste num plano apresentado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) com o objetivo de combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros (*Base Erosion and Profit Shifting*) para países, territórios ou regiões onde a tributação é mais baixa.

Afigura-se essencial começarmos por explicar o que se entende por BEPS, pelo que podemos descrever o BEPS como estratégias de planeamento fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas normas fiscais, com o objetivo de fazer “desaparecer” os lucros para efeitos fiscais ou transferir lucros para sítios onde existe pouca ou nenhuma atividade real, mas onde a tributação é baixa, resultando numa redução ou nenhum imposto a pagar.<sup>2</sup>

A verdade é que o mercado único aliado à globalização trouxeram inúmeros problemas no que

---

<sup>1</sup> Capítulo II – 1.5.6. A tributação à saída e o plano BEPS.

<sup>2</sup> Lydia G Ogazón Juárez e Ridha Hamzaoui, «Common Strategies against Tax Avoidance: A Global Overview», em *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, ed. Madalina Cotrut, vol. 2, IBFD Tax Research Series (Amesterdão: IBFD Publications, 2015), 4; Christiana HJI Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law* (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2015), 48; Ana Paula Dourado, «Agressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Intertax*, 2015, 49.

concerne à tributação. Desde a economia digital à eliminação de barreiras físicas e económicas entre os vários Estados, que passou a permitir que haja hoje em dia uma livre circulação de pessoas e bens, passando também pela adoção da moeda única, a deslocalização de centros de produção de países com elevados custos para outros com custos mais baixos, todos estes fatores fazem com que a globalização seja um dos principais agentes de crescimento das economias mundiais, mas com esta globalização também as empresas se tornaram mais internacionais com atividades um pouco por todo o Mundo.<sup>3</sup>

Temos como ponto de partida este desenvolvimento económico. As empresas começaram a explorar as vantagens que decorrem deste crescimento e da sua internacionalização sendo que, dessas vantagens, destacam-se as fiscais, na medida em que os *experts* em planeamento fiscal começaram a fornecer às empresas esquemas para poderem reduzir a sua fatura fiscal, com o principal objetivo de obter maior lucro.

Neste sentido, defende-se que é na harmonização das várias disposições fiscais que se consegue obter um maior e eficiente resultado no combate à elisão fiscal. Ideia que é válida para a União Europeia como para os Estados que pertencem à OCDE.

Consequentemente, foi elaborado o plano, que acima referimos, cujo principal objetivo é combater a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo que tem conexão com o nosso estudo, uma vez que a tributação à saída é tida como instrumento para combater estes comportamentos elisivos.

Estima-se que as perdas do *global corporate income tax* (CIT) estão entre 4% e 10% das receitas globais deste imposto e que estas se devem a variadas razões, entre elas, o planeamento fiscal agressivo, a falta de transparência entre administrações tributárias e práticas fiscais nocivas, entre outras.<sup>4</sup>

Este plano aponta como principal promotor desta perda de receita tributária, as empresas multinacionais (como, por exemplo, a Apple, Starbucks, FIAT, etc.). Grandes empresas com lucros avultados que adotam esquemas (que não são necessariamente ilícitos) para reduzir a fatura fiscal e assim pagarem menos imposto com vista a maximizar o seu lucro, sendo que este relatório diz que as subsidiárias destas empresas que se encontram em países onde a tributação é mais baixa, declaram quase o dobro dos lucros (relativamente a ativos) em relação ao seu grupo, o que mostra como o BEPS pode causar distorções económicas.<sup>5</sup>

De acordo com este panorama, damos conta que existe uma crescente falta de confiança no sistema tributário vigente, sendo que o sujeito passivo tributário “comum” começa a consciencializar-se

---

<sup>3</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 2014, 7.

<sup>4</sup> OECD, «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Explanatory Statement», 2015, 4.

<sup>5</sup> OECD, 4.

de que existe uma certa injustiça tributária, causada por empresas que geram milhões de lucros anuais.

Mas não é só o sujeito passivo tributário “comum” que sofre com as consequências. Os próprios Estados saem lesados, sendo que os Governos terão de considerar meios alternativos de financiamento para fazer face às suas necessidades públicas, as quais deveriam ser asseguradas através da receita arrecadada pelos impostos, que, de resto, são a sua principal função.

Consequentemente, se os Estados não arrecadarem receita através de impostos, esta terá de ser assegurada, por exemplo, através da alienação de património, redução da despesa pública, ou através de créditos que por sua vez aumentam a dívida pública, sendo que, para a reduzir, a carga fiscal sobre outros sujeitos passivos tributários terá de ser aumentada, constituindo, portanto, um efeito bola de neve.<sup>6</sup>

Os negócios, por sua vez, também são prejudicados sendo que poderemos falar numa concorrência desleal face as empresas mais pequenas que operam num dado território de onde são nacionais.<sup>7</sup>

Essas empresas não têm a sua fatura fiscal minorada, sendo que têm de sustentar uma carga fiscal mais elevada comparativamente às empresas multinacionais, havendo aqui uma distorção da concorrência que não é saudável.<sup>8</sup> Aliás, defende-se que se nada for feito, e se as MNEs continuarem a usar este tipo de esquemas, as distorções de concorrência serão ainda mais acentuadas.<sup>9</sup>

É com base nesta ideia que na declaração explicativa do plano<sup>10</sup> se diz que há necessidade em restaurar a confiança no sistema tributário de modo a que as políticas soberanas dos Estados sejam dotadas de maior eficiência.<sup>11</sup>

A declaração explicativa relativa ao plano BEPS fala também de um dos pilares essenciais deste plano, que é a questão da harmonização e a rápida necessidade de serem tomadas medidas em conjunto, em vez de estas serem tomadas unilateralmente.

Defende-se que se os Estados adotarem medidas unilateralmente, sem qualquer tipo de coordenação, não só enfraquecem os principais princípios de Direito Internacional Tributário, como

---

<sup>6</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 8.

<sup>7</sup> Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 48.

<sup>8</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 8.

<sup>9</sup> Andrei Cracea, «OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard», *European Taxation*, 2013, 568.

<sup>10</sup> OECD, «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Explanatory Statement».

<sup>11</sup> OECD, 4; Dourado, «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», 44.



poderão também criar situações de dupla tributação.<sup>12</sup>

Esta questão é particularmente interessante porque, como veremos mais à frente<sup>13</sup>, a tributação à saída da Diretiva em estudo não se insere no pacote de medidas apresentado pelo plano BEPS. Tendo em conta todo o contexto de harmonização que é defendido no BEPS, uma medida adotada pela União Europeia de forma unitária terá algum impacto na eficácia do mecanismo como meio de combate à elisão fiscal? Será uma pergunta a responder no seu devido espaço.

A dupla tributação é também uma grande preocupação deste plano. Na verdade, o que está na base da dupla tributação é falta de harmonização das várias legislações nacionais que tributam o rendimento e que, por vezes, geram lacunas e dão aso a dupla tributação.

Mas o contrário também é possível, isto é, existem casos em que, pela deficiente ou variada concetualização, por exemplo, do que é considerado rendimento, existe uma dupla não tributação, fenómeno que não é, de todo, querido pelos Estados, onde o rendimento não é tributado de maneira alguma.<sup>14</sup>

Em muitos casos, os Estados têm conseguido tratar a questão da dupla tributação e da dupla não tributação de modo relativamente eficaz, através de acordos bilaterais que atribuem poderes de tributação aos Estados, no caso de sujeitos passivos tributários que obtêm rendimentos em várias jurisdições.

No entanto, existem também casos em que esses acordos bilaterais são aproveitados pelo sujeito passivo tributário para obter uma tributação nula dando origem à dupla não tributação.

Outra questão que é importante e que mais à frente terá o devido destaque, uma vez que está diretamente ligada às razões pelas quais o sujeito passivo tributário opta por deslocalizar a sede societária ou transferir os ativos, é o *harmful tax competition* levado a cabo pelos Estados e que, em alguns casos, gera dupla não tributação, sem que para isso o sujeito passivo tributário tenha adotado qualquer tipo de esquema para reduzir a sua carga fiscal.

Em Portugal temos um exemplo elucidativo do que acabámos de referir: o regime de tributação do residente não habitual que, em certos casos, como é o exemplo de um pensionista cujo único rendimento é a pensão (categoria H, art.º 11.º do CIRS) que aufere, por hipótese, de França, segundo este regime<sup>15</sup> por força do art.º 81.º, n.º 6, alínea b) do CIRS o rendimento nem é tributado no país da

---

<sup>12</sup> OECD, «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Explanatory Statement», 4.

<sup>13</sup> Capítulo II - 1.5.5. A tributação à saída e o plano BEPS.

<sup>14</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 9.

<sup>15</sup> Tendo em conta que o regime não é automático. Carece de preenchimento de determinados requisitos e tem de ser requerido pelo sujeito passivo tributário – Art.º 16.º, n.º 8 a 12 do CIRS.

residência, Portugal, nem no país da fonte, uma vez que a Convenção para evitar a dupla tributação entre Portugal e França<sup>16</sup> determina, no art.º 19.º, que quem tem competência para tributar o rendimento é o Estado contratante onde o sujeito passivo tributário tiver residência.<sup>17</sup>

Existe aqui um caso de dupla não tributação gerada pelo próprio Estado, de maneira propositada, com o objetivo de atrair investimento externo que de outra forma não obteria.

Este tipo de esquemas utilizados pelos Estados-Membros dão origem ao *harmful tax competition* e conseqüentemente à erosão das bases tributárias. Há ainda quem defenda que os Estados, ao praticarem este tipo de comportamentos, ingressam em planeamento fiscal agressivo.<sup>18</sup>

No entanto, defende-se que a tributação mais baixa de rendimentos ou até mesmo a não tributação de rendimentos, só por si, não gera preocupação.

O que na verdade gera preocupação são os esquemas artificiais que são usados para que o rendimento não seja tributado ou seja tributado a taxas mais baixas, com recurso a lacunas, disparidades legislativas entre os vários ordenamentos jurídicos, utilização abusiva de tratados, entre outros.<sup>19</sup>

Temos, portanto, um panorama internacional de grande preocupação não só no que concerne à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo, mas também às assimetrias que são geradas pelas várias legislações dos Estados e que, por vezes, são nocivas e que contribuem para erosão das bases tributárias e da transferência de lucros para territórios de baixa tributação.

O relatório faz referência ao facto de que não é apenas uma norma tributária em si que dá origem ao BEPS, mas sim um conjunto de situações que são favoráveis a que este fenómeno ocorra, desde a não coordenação das várias legislações nacionais, normas fiscais internacionais que não acompanharam a evolução do setor empresarial a nível global, falta de informação, tanto por parte das administrações tributárias como por parte das entidades legislativas, todas estas razões são apontadas como situações favoráveis a que o fenómeno ocorra.<sup>20</sup>

Posto todo este panorama, houve a necessidade de fazer mudanças para combater todos estes

---

<sup>16</sup> «Decreto-Lei n.º 105/71 - Convenção entre Portugal e a França para Evitar a Dupla Tributação e Estabelecer Regras de Assistência Administrativa Recíproca em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em Paris em 14 de Janeiro de 1971», 1971.

<sup>17</sup> Não obstante de que para que tal efetivamente aconteça é necessário que a pensão que sujeito passivo tributário auferir, provenha de contribuições feitas por rendimento auferido em emprego anterior do setor privado. Caso contrário, tal como dispõe o art.º 20.º da mesma convenção, as pensões auferidas por cargo público anterior tem de ser tributadas no Estado contratante que as coloca à disposição. Mais se acrescenta que para o sujeito passivo estar totalmente isento terá de ter como único rendimento essa mesma pensão, sendo que esse valor vai ser tido em conta no englobamento para efeitos da determinação da taxa a aplicar aos restantes rendimentos, nos termos do art.º 81.º, n.º 7 do CIRS.

<sup>18</sup> Sergio André Rocha, «Countries' Agressive Tax Treaty Planning: Brazil's Case», *Intertax*, 2016.

<sup>19</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 10.

<sup>20</sup> OECD, «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Explanatory Statement», 5.

problemas, e foi assim que nasceu o plano BEPS, cujas medidas têm por finalidade fazer com que os rendimentos sejam tributados no sítio onde foram gerados, tendo então por base o princípio da territorialidade.<sup>21</sup> Este princípio é extensível também à Diretiva, nomeadamente aos impostos de saída como veremos no ponto a seguir.

Para o efeito foi criado um pacote de 15 ações que visam adotar medidas com o objetivo de resolver algumas deficiências que são apresentadas pelos ordenamentos jurídicos, deficiências que não tenham sido supridas com a adoção de convenções bilaterais de combate à dupla tributação e que, em alguns casos, geram dupla não tributação, e que, deste modo, são aproveitadas pelo sujeito passivo tributário de forma nociva.

Estas ações têm vários âmbitos de aplicação, não vamos densificar cada uma, contudo, mais à frente iremos ver o reflexo de algumas destas ações vertidas nas medidas adotadas na Diretiva em estudo.

O plano BEPS compreende, tal como foi anteriormente referido, 15 ações: (1) Abordar os desafios fiscais da economia digital; (2) Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos; (3) Reforçar as *CFC rules*; (4) Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras; (5) Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância; (6) Prevenir a utilização abusiva de tratados; (7) Prevenir que o estatuto de Estabelecimento Estável seja artificialmente evitado; (8), (9) e (10) Assegurar que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor; (11) Estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenómenos do BEPS e as ações para combatê-los; (12) Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planeamento fiscal agressivo; (13) Reexaminar a documentação de preços de transferência; (14) Tornar mais eficientes os mecanismos de resolução de conflitos; e (15) Desenvolver um instrumento multilateral.<sup>22</sup>

CHRISTIANA PANAYI integra estas ações em 3 ou 4 categorias (caso se considere a última como parte integrante da terceira categoria, ou uma categoria autónoma): a primeira categoria corresponde às normas de alocação de poderes tributários que corresponde às ações 1, 7 e 8-10; a segunda categoria corresponde à normas antiabuso que visam a erosão das bases tributárias e previnem a dupla não tributação, que corresponde às ações 2, 3, 4, 5 e 6; a terceira compreende as reformas processuais que corresponde às ações 11, 12 e 13 e; por fim, a quarta categoria (que pode ser parte integrante a última que acabámos de referir) que corresponde à promoção do multilateralismo, ações 5

---

<sup>21</sup> OECD, 5.

<sup>22</sup> OCDE, «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 15 a 29.

e 15, podendo abranger igualmente a ação 5.<sup>23</sup>

O objetivo destas ações não é alterar o panorama internacional na alocação de poderes tributários entre países da fonte de rendimento ou da residência do sujeito passivo tributário, mas sim complementar essas regras com medidas que as possam fortalecer.<sup>24</sup>

Em suma, o que poderemos retirar deste primeiro ponto do primeiro capítulo é que existe uma preocupação internacional em combater fenómenos que prejudiquem tanto o bom funcionamento do mercado interno como as receitas que cada Estado arrecada. Fenómenos que facilmente identificamos como elisão fiscal numa perspetiva ampla, sendo que ao longo da *Explanatory Statement*, mesmo tendo em conta as áreas de ação que necessitam de medidas, vemos que nem sempre se levantam questões de elisão fiscal típica, mas que no seu todo têm o denominador comum que é a perda de receita.

Como nota final, mas não menos importante, aliás, será a nota mais importante a reter, reconhecemos que, relativamente ao pacote de medidas, não se encontra prevista a tributação à saída.

Tendo em conta que vincámos neste ponto a necessidade de harmonização no combate à elisão fiscal e os malefícios da adoção unilateral de medidas, achamos pertinente que, no capítulo II onde a eficácia do mecanismo da tributação à saída vai ser posta à prova, se faça uma abordagem a esta questão evidenciando a fragilidade de um mecanismo desarmonizado.<sup>25</sup>

## **2. A DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016.**

Por ocasião de uma reunião do Conselho a 8 de dezembro de 2015, que tinha como título *Economic and Financial Affairs*, presidida pelo então e atual Ministro das Finanças Luxemburguês, Pierre Gramegna, que o Comissário Europeu, Pierre Moscovici, que tutela, entre outras, as pastas da fiscalidade e união aduaneira, confirmou que a Comissão Europeia iria apresentar, em janeiro de 2016, um pacote antielisão fiscal, que compreendia tanto medidas legislativas como medidas não legislativas, com o objetivo de combater a elisão fiscal por parte das empresas.<sup>26</sup>

Foi assim que a 28 de janeiro de 2016, a Comissão Europeia apresentou o referido pacote de

---

<sup>23</sup> Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 50 e 51.

<sup>24</sup> Cracea, «OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard», 574.

<sup>25</sup> Capítulo II – 1.5.5. A tributação à saída e o plano BEPS.

<sup>26</sup> Aloys Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, 2016, 500.

medidas para combater a elisão fiscal e que compreendia a Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno, que depois foi aprovada e que deu origem à Diretiva que trazemos para este estudo e que já foi referida; a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva<sup>27</sup>; a Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade<sup>28</sup> que mais tarde foi aprovada<sup>29</sup> e; por fim, a Recomendação da Comissão sobre a implementação de medidas contra o abuso de convenções sobre dupla tributação<sup>30, 31</sup>.

A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, tem como prioridade principal assegurar que o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados.<sup>32</sup>

Tendo por base esta primeira prioridade da Diretiva, podemos ver que a sua relação com o plano BEPS é muito estreita.

Na verdade, constitui a resposta ao referido plano, sendo que no seu preâmbulo se apoia uma “(...) execução eficaz, rápida e coordenada das medidas de luta contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros a adotar a nível da União (...)”<sup>33</sup>, acreditando-se que a melhor forma de se obter a execução pretendida seria através de Diretivas.<sup>34</sup>

Tal como demonstra o título da Diretiva, esta visa salvaguardar o bom funcionamento do mercado interno, sendo que este tem vindo a ser fustigado por práticas pouco saudáveis de elisão fiscal e de planeamento fiscal agressivo.

Para o efeito, é necessário que os Estados-Membros assumam os compromissos de seguir as linhas orientadoras que atrás ficaram plasmados nas ações do plano BEPS, e que, em particular, adotem

---

<sup>27</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 24 final - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva», 2016.

<sup>28</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 25 final - Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2016/16/UE no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade», 2016.

<sup>29</sup> «Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade» (2016).

<sup>30</sup> Comissão Europeia, «C (2016) 271 final - Recomendação da Comissão relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais», 2016.

<sup>31</sup> João Sérgio Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta* (Coimbra: Edições Almedina, 2018), 231 e 232.

<sup>32</sup> «Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno» (2016), par. 1.

<sup>33</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 2.

<sup>34</sup> Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 500.

medidas concretas para desencorajar as práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, afim de obter uma tributação justa e eficaz na União Europeia.

Para além disso, é também necessário que esta adoção seja coordenada entre os vários Estados-Membros, pelo que a falta de coordenação e a tomada de medidas unilaterais poderá suscitar problemas que atrás mencionámos.<sup>35</sup>

Defende-se igualmente que a adoção destas medidas de forma coordenada e harmonizada a nível da União, trará ao sujeito passivo tributário maior “(...) segurança jurídica (...) quanto à compatibilidade dessas medidas com o direito da União.”<sup>36</sup>

Alertamos para o facto de que esta ideia deverá ficar bem cimentada, sendo que, tanto no plano BEPS como na Diretiva em apreço e, como veremos mais à frente no ponto 3.2., relativamente à jurisprudência do TJUE, o princípio da territorialidade está na base da justificação aceite pelo tribunal para permitir a aplicabilidade dos impostos de saída.

A flexibilidade também é um ponto chave deste Diretiva pelo facto de que as medidas têm de ser adotadas pelos 28 Estados-Membros, razão pela qual é necessário que estes escolham as soluções que melhor se adequam aos seus sistemas tributários.<sup>37</sup>

Neste seguimento, acredita-se que são os Estados-Membros a quem compete a execução de tais medidas pelo que foi imperativo criar um nível mínimo de proteção do mercado interno, sendo que os Estados-Membros poderão aplicar disposições nacionais “destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional”.<sup>38</sup>

Desde já aproveitamos para tecer algumas críticas, que neste âmbito se afiguram indispensáveis, sem querermos com isso fugir das temáticas principais deste estudo.

Com a introdução do art.º 3.º da referida Diretiva, que legitima os Estados-Membros a adotarem disposições nacionais destinadas a garantir níveis de proteção mais elevados que os adotados na Diretiva, os valores e objetivos que esta visa atingir poderão estar em xeque.

Primeiro, este carácter *de minimis* pode efetivamente levar a que, em certos casos, os Estados-Membros adotem medidas que garantam um maior nível de proteção sendo que as mesmas poderão

---

<sup>35</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 2.

<sup>36</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 2.

<sup>37</sup> Guglielmo Ginevra, «The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan Necessity and Adequacy of the Measures at EU level», *Intertax*, 2017, 120.

<sup>38</sup> Art.º 3.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

ser, posteriormente, levadas ao TJUE e consideradas desproporcionais de acordo com o princípio da proporcionalidade<sup>39</sup>, pilar do Direito da União Europeia.<sup>40</sup>

Segundo, se os Estados-Membros adotarem regimes com níveis diferentes de proteção, para além de incrementarem as disparidades no seio da União, o sujeito passivo tributário é lesado no sentido de que a segurança jurídica é ameaçada.

*A contrario*, se as medidas que foram adotadas na Diretiva tivessem um caráter *de maximis*, a certeza jurídica iria prevalecer, havendo assim uma uniformização das normas.<sup>41</sup>

Terceiro e último lugar, com a falta de harmonização das normas voltamos ao ponto de partida que é onde estamos agora, onde a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo fazem parte das preocupações europeias, onde continuará a haver disparidades entre as várias legislações, dando aso a duplas tributações e a duplas não tributações.<sup>42</sup>

Por todas estas razões, a crítica internacional<sup>43</sup> virou os seus focos para esta Diretiva no sentido de a tratar como um diploma que adota medidas que poderão ter um espectro que vai para além daquilo que ficou acordado no plano BEPS.

No entanto, como iremos ver mais a frente, o caráter *de minimis* não se aplica a todas as medidas, isto é, existem certos aspetos, por exemplo, da norma da tributação à saída da Diretiva em estudo, que tem um caráter *de maximis*.

Antes de partirmos para o elenco das várias medidas que são adotadas nesta Diretiva, teremos de abordar uma questão que no futuro poderá dissipar algumas dúvidas sendo que esta questão não é, de todo, desprovida de ideias divergentes. Falamos da aplicabilidade das medidas aqui apresentadas, mais concretamente quais os seus destinatários.

Muito perentoriamente na Diretiva é afirmado que é “necessário estabelecer regras aplicáveis a todos os contribuintes que estão sujeitos ao imposto sobre as sociedades num Estado-Membro”.<sup>44</sup>

Um pouco mais a frente, no mesmo parágrafo também é dito que “(...) não é desejável alargar

---

<sup>39</sup> Herwig CH Hofmann, «General Principles of EU law and EU administrative law», em *European Union Law* (Oxford: Oxford Press, 2014), 203 a 206; Damian Chalmers, Gareth Davies, e Giorgio Monti, *European Union Law*, Third Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 399 a 404.

<sup>40</sup> Ana Paula Dourado, «The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?», *Intertax*, 2016, 442.

<sup>41</sup> Dourado, 442.

<sup>42</sup> Dourado, 442.

<sup>43</sup> Oliver R. Hoor, Keith O'Donnell, e Samantha Schemitz-Merle, «EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective», *European Taxation*, 2016; Krister Andersson, «The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and European Union», *Intertax*, 2016; Dourado, «The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?»

<sup>44</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 4.

o âmbito de aplicação da presente Diretiva a tipos de entidades que não estejam sujeitos ao imposto sobre as sociedades num Estado-Membro, nomeadamente, às entidades transparentes.”

Na opinião de ALOYS RIGAUT o escopo da Diretiva é muito abrangente uma vez que termos como “*taxpayer*” e “*corporate tax*” não estão definidos e são deixados à interpretação dos vários Estados-Membros ao momento da transposição.<sup>45</sup>

Esta é uma temática que tem desenvolvimento aquando da explicação da tributação à saída, uma vez que vai ser determinante considerar se estas disposições se aplicam só a sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas ou se também se aplica a outros sujeitos passivos, nomeadamente, aos que estão sujeitos a imposto sobre o rendimento de pessoas singulares.

De acordo com CAROLINE DOCCLO que diz que, aquando das negociações, alguns Estados sugeriram incluir no escopo da Diretiva *partnerships* e *trusts*, a presidência considerou que esta extensão resultaria na necessidade de abranger outros impostos, como os impostos sobre o rendimento singular (*individual tax*) e que tal situação não seria apropriada.<sup>46</sup>

No entanto, deixa uma ressalva que vai contra o que é dito no preâmbulo da Diretiva, quando diz que os Estados poderão estender esta aplicação às entidades transparentes.<sup>47</sup>

Somos da opinião de que a Diretiva apenas se aplica a “contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro.”<sup>48</sup>, sendo que ficará a cargo dos Estados-Membros determinar a incidência subjetiva do imposto sobre as sociedades.

No entanto, reconhecemos que, devido à fraca delimitação de conceitos, poderão surgir dúvidas e que as mesmas venham mais tarde ser dissipadas no TJUE.

Iremos agora ver quais são as medidas adotadas na Diretiva.

A razão pela qual fazemos esta abordagem prende-se com a necessidade de darmos ao leitor uma perspetiva de todas as medidas adotadas na Diretiva em apreço.

Consideramos igualmente ser necessário que façamos transparecer que as várias medidas,

---

<sup>45</sup> Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 500 e 501.

<sup>46</sup> Caroline Docclo, «The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State’s Disparate Tax Legislations», *Bulletin for International Taxation*, 2017, 369.

<sup>47</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 4; Docclo, «The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State’s Disparate Tax Legislations», 369.

<sup>48</sup> Art.º 1.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno..



para além da tributação à saída, estão intrinsecamente ligadas à elisão fiscal, sendo que não é o que acontece com a tributação à saída (como veremos no capítulo II).

É também essencial que façamos um paralelo entre as medidas aqui adotadas e o plano BEPS para enfatizar o facto de que a tributação à saída não figura neste.

No entanto, não iremos fazer uma análise exaustiva de todas as medidas uma vez que o nosso objetivo é analisar com mais detalhe a medida correspondente à tributação à saída.

Na Diretiva foram identificados cinco domínios onde se julga estarem as bases do combate à elisão fiscal: a limitação à dedutibilidade dos juros, a tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas às sociedades estrangeiras controladas e regras para combater as assimetrias híbridas.<sup>49</sup>

Quanto à limitação à dedutibilidade dos juros, podemos dizer que a elisão fiscal, nesta matéria, opera da seguinte forma: temos um grupo de sociedades onde o pagamento excessivo de juros por créditos intragrupo culmina numa transferência “camuflada” de lucros e assim obtém uma fatura fiscal mais baixa.

O que é proposto pela Diretiva é que haja uma regra a impor que a dedução de gastos excessivos com empréstimos obtidos<sup>50</sup> seja feita no período tributação em que se verificam e apenas até 30% dos resultados do contribuinte antes do EBITDA (juros, impostos, depreciações e amortizações)<sup>51</sup>, sendo que o objetivo da medida é desencorajar o sujeito passivo tributário a contribuir para o BEPS na medida em que, como dissemos anteriormente, este usa os gastos excessivos com empréstimos para minorar os impostos a pagar.<sup>52</sup>

No que toca à sua relação com o plano BEPS vemos que esta medida se insere na ação 4 do mesmo plano, tendo ambas uma relação muito estreita.<sup>53</sup>

As regras antiabuso<sup>54</sup>, tal como configuradas na Diretiva têm por objetivo combater as práticas

---

<sup>49</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 5.

<sup>50</sup> A definição de gastos excessivos com empréstimos obtidos consta do art.º 2.º, n.º 2 da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>51</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 234.

<sup>52</sup> Com o objetivo de aprofundar a matéria, aconselha-se a análise do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, «Lankhorst-Hohorst, Processo C-324/00» (2000). Ilustra bem a relação dos ordenamentos jurídicos com as liberdades fundamentais no combate à elisão fiscal através da utilização de disposições que limitam a dedutibilidade dos gastos excessivos com créditos.

<sup>53</sup> Para ver uma comparação entre aquilo que foi proposto no plano BEPS e a medida que foi adotada na Diretiva, Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 501.

<sup>54</sup> Para futuros desenvolvimentos no domínio das GAARs, Michael Lang et al., eds., *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*, vol. 3, European and International Tax Law and Policy Series (Amsterdão: IBFD Publications, 2016).

fiscais abusivas que ainda não tenham sido alvo de disposições específicas.

As disposições constantes no art.º 6.º da Diretiva são aplicadas a montagens que não sejam genuínas, sendo que, para avaliar se um comportamento do sujeito passivo tributário cabe numa “montagem não genuína” os Estados-Membros deverão analisar as razões económicas válidas<sup>55</sup>, incluindo as atividades financeiras.”<sup>56</sup>

Na verdade, as regras antiabuso são reações do ordenamento jurídico à minimização da carga tributária de forma ilícita, sendo que, entre a tipologia existente no que concerne às cláusulas antiabuso, estas podem dividir-se em dois grupos: as regras gerais antiabuso<sup>57</sup> e as regras específicas antiabuso<sup>58</sup>.

Relevamos um aspeto que se afigura fundamental fazer nesta matéria. Muitos Estados-Membros já adotaram regras gerais antiabuso, como é o caso de Portugal, e atendendo ao carácter *de minimis* da Diretiva, mesmo que essas disposições garantam um nível protecional mais alto, poderão ser mantidas, sendo que isto nos remete para os efeitos menos saudáveis do carácter *de minimis* na medida em que, face aos demais ordenamentos jurídicos da União Europeia, continuarão a ser criadas disparidades.<sup>59</sup>

Em relação ao plano BEPS, esta é uma medida que não faz parte deste plano, sendo que poderemos colocar questões relativamente aos malefícios da tomada unilateral de medidas que tem as consequências que já referimos anteriormente. Alguns Autores criticam esta medida dizendo que a mesma é muito abrangente e vaga.<sup>60</sup>

No que toca às regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, *CFC rules*, convém

---

<sup>55</sup> Para mais desenvolvimentos nesta matéria, em especial Maria Miguel Carvalho, «Quem não está bem que se mude? - A transferência da sede das sociedades comerciais na União Europeia», em *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia* (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 8, no que toca às razões subjacentes à decisão de transferir a sede societária e; Tribunal de Justiça da União Europeia, «Leur-Bloem, Processo C-28-95» (1997); Tribunal de Justiça da União Europeia, «Foggia, Processo C-126/10» (2011), para compreender melhor o conceito de razões económicas válidas.

<sup>56</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 11.

<sup>57</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 11. As regras gerais antiabuso estão pensadas para os casos em que existem lacunas que ainda não foram preenchidas através de previsões específicas, sendo que a regra geral antiabuso não pode prejudicar a aplicabilidade de regras antiabuso específicas.

<sup>58</sup> J. L. Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional* (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), 199. As regras específicas antiabuso são destinadas a tutelar casos concretos onde o legislador identificou que poderá existir um abuso. Existem áreas específicas no nosso ordenamento jurídico que necessitam de uma reação setorial, pelo que estas regras “(...) visam combater a evitação fiscal em zonas e através de comportamentos específicos, prognosticadas como de risco ou potencialmente suspeitos, através da criação de presunções ilidíveis ou inilidíveis, inversões do ónus da prova ou, de forma mais radical, desconsideração de certos custos.

<sup>59</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 242.

<sup>60</sup> Ribeiro, 242; Dourado, «The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?», 442.

especificar o que é uma sociedade estrangeira controlada, ou seja, estas, tal como o nome indica, são sociedades cujo rendimento não é tributado, quer por não sujeição ao imposto quer por isenção, no mesmo Estado-Membro da sociedade-mãe.

As regras que regulam as sociedades estrangeiras controladas têm por efeito reatribuir à sociedade-mãe os rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação. Seguidamente, a sociedade-mãe passa a estar sujeita a tributação relativamente a estes rendimentos atribuídos no Estado onde é residente para efeitos fiscais.<sup>61</sup>

Quanto ao objetivo das *CFC rules*, estas podem visar toda uma filial sujeita a baixa tributação, categorias específicas de rendimento ou ser limitadas aos rendimentos que tenham sido artificialmente desviados para a filial.

De modo a evitar a aplicação destas regras, através da criação de sucursais, é necessário que estas se apliquem igualmente aos lucros dos estabelecimentos estáveis, caso esses lucros não estejam sujeitos a imposto, ou estejam isentos de imposto no Estado-Membro do sujeito passivo tributário.<sup>62</sup>

Em suma, é seguro dizer que o principal objetivo desta medida, como combate à elisão fiscal, é fazer com que sociedades e outras entidades sediadas em ordenamentos jurídicos de baixa tributação sejam tributadas no país de residência do sujeito passivo tributário quando estas sejam controladas por residentes na União Europeia.<sup>63</sup>

No entanto, temos duas notas a juntar a estas regras: a primeira diz respeito à falta de uniformização no que toca aos métodos possíveis para imputar os rendimentos da sociedade estrangeira controlada<sup>64</sup>. Consideramos que a existência apenas de um único método seria mais benéfico para a uniformização das legislações e consequente combate à elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo<sup>65</sup>

A segunda, será o impacto que estas regras irão ter nos sistemas fiscais nacionais, uma vez

---

<sup>61</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 12.

<sup>62</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 12; Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 243; Docclo, «The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State's Disparate Tax Legislations», 374 e 375; Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 503 e 504; Ginevra, «The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan Necessity and Adequacy of the Measures at EU level», 126; Hoor, O'Donnell, e Schemitz-Merle, «EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective», 195 e 196.

<sup>63</sup> Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 503.

<sup>64</sup> Estes métodos encontram-se no art.º 7.º, n.º 2, alínea a) e alínea b) da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>65</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 245.

que nem todos os ordenamentos jurídicos adotaram regras *CFC* no passado.<sup>66</sup>

Por fim, damos conta que esta medida, adotada na Diretiva, tem uma relação muito estreita com o plano BEPS, mais propriamente com a ação 3.<sup>67</sup>

Antes de entrarmos nas questões preliminares da tributação à saída temos de nos pronunciar acerca da quarta medida de combate à elisão fiscal que são as regras para combater as assimetrias híbridas.

As assimetrias híbridas<sup>68</sup> resultam das diferenças na qualificação jurídica dos pagamentos ou das entidades e essas diferenças revelam-se entre os ordenamentos jurídicos de duas ou mais jurisdições.

Por vezes, o efeitos destas assimetrias resultam numa dupla dedução, ou seja, existe dedução nos dois Estados, ou então dedução num Estado e não inclusão na base tributável no outro.

São casos como estes de dupla dedução ou dedução/não inclusão, que preocupam os Estados porque estas assimetrias são aproveitadas pelo sujeito passivo tributário para ingressarem em elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo.<sup>69</sup>

A forma de combate destas assimetrias híbridas passa pela neutralização dos seus efeitos, isto é, é necessário estabelecer regras segundo as quais uma das jurisdições envolvidas em assimetrias híbridas deverá recusar a dedução de um pagamento que conduza a esse resultado.<sup>70</sup>

Três breves notas quanto ao combate das assimetrias híbridas:

Primeiro, é de notar que, esta parte em particular, já foi alvo de alterações protagonizadas pela Diretiva (UE) 2017/952 que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros<sup>71</sup>. Como o próprio nome indica é uma alteração à Diretiva que trazemos para este

---

<sup>66</sup> Ribeiro, 245; Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 504. Em nota de rodapé, n.º 56, ALOYS RIGAUT escreve que, de acordo com o *European Taxation Handbook* (IBFD 2014) 12 Estados-Membros adotaram regras *CFC* nos seus sistemas fiscais: Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Lituânia, Portugal, Espanha e a Grã-Bretanha,

<sup>67</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 245; Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 503. A tabela 2 de ALOYS RIGAUT ilustra, de maneira simples, a relação que esta medida tem o plano BEPS.

<sup>68</sup> Para mais desenvolvimentos no que concerne as assimetrias híbridas, Oana Popa, «Past, Present and Future of Tax Structuring Using Hybrid Entity Mismatches», em *International Tax Structures in the BEPS ERA: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, vol. 2, IBFD Tax Research Series (Amesterdão: IBFD Publications, 2015); Shee Boon Law e Marjolein Kinds, «Hybrid Instruments in the Post-BEPS era», em *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, vol. 2, IBFD Tax Research Series (Amesterdão: IBFD Publications, 2015).

<sup>69</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 13.

<sup>70</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 13.

<sup>71</sup> «Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros» (2016).

estudo, no que concerne as assimetrias híbridas com países terceiros uma vez que esta matéria não era abordada.

Segundo, e no seguimento do reparo que foi feito às medidas adotadas no âmbito das regras *CFC*, passarão a existir regras para combater as assimetrias híbridas, o que até então não era algo recorrente.<sup>72</sup>

Terceiro, e em jeito de conclusão, é certo que existem empresas cuja estrutura se baseia, unicamente, no planeamento fiscal que usa, de forma legal na opinião de alguns Autores, esquemas de assimetrias híbridas, o que irá ter um impacto muito negativo na esfera desses sujeitos passivos tributários, visto que são usadas para minimizar custos.<sup>73</sup>

Por fim, cabe-nos fazer referência à relação que esta medida tem com o plano BEPS, uma vez que esta Diretiva tem como objetivo principal adotar as medidas que naquele plano foram acordadas. Neste sentido, a medida é um reflexo da ação 2 do plano BEPS que tem como título “neutralizar as assimetrias híbridas”.<sup>74</sup>

Como nota conclusiva podemos observar que todas as medidas tem uma ligação com a elisão fiscal e, à exceção das normas antiabuso, com o plano BEPS.

Como adiantámos anteriormente, a tributação à saída não figura no plano BEPS, mas será que acautela os objetivos deste plano?

Será uma pergunta a dar resposta mais à frente, pelo que, como quinta, e última medida, a tributação à saída, que vamos autonomizar em relação às outras medidas, uma vez que a tributação à saída da Diretiva (que é composta pela introdução de um imposto de saída) é o ponto essencial do nosso trabalho, daí merecer um destaque superior às demais medidas.

### **3. IMPOSTOS DE SAÍDA**

Neste ponto, referente aos impostos de saída vamos abordar o conceito de imposto de saída; explicitar os vários tipos de impostos de saída que existem para, mais tarde, aquando da análise do regime imposto pela Diretiva no capítulo II, poderemos fazer a ligação de que tipo de impostos de saída

---

<sup>72</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 247.

<sup>73</sup> Aitor Navarro, Leopoldo Parada, e Paloma Schwarz, «The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, 2016, 130.

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos no que concerne as assimetrias híbridas, Gijs K. Fibbe e Ton A.J. Stevens, eds., *Hybrid Entities and EU Direct Tax Directives*, vol. 41, EUCOTAX Series on European Taxation (The Netherlands: Kluwer Law International, 2015).

que são nela usados. Iremos abordar igualmente a sua história na União Europeia, onde iremos fazer uso da jurisprudência existente, e adiantando já algumas notas, para dizer que nem sempre os impostos de saída foram achados como um método legal uma vez que vão contra a liberdade fundamental de estabelecimento.

No entanto poderemos entender que, de certa forma, se trata de um mecanismo que consiste numa exceção justificada a uma liberdade fundamental sendo que neste seguimento iremos abordar igualmente as justificações que foram invocadas, tanto aquelas que foram aceites, como as recusadas pelo TJUE ao longo dos tempos para justificar os impostos de saída.

Vamos igualmente abordar duas temáticas que mais tarde serão abordadas e que estão diretamente relacionadas com a eficácia dos impostos de saída e que nos vão ajudar a determinar se o imposto de saída é ou não um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

A primeira questão, relacionada com o que vamos neste ponto abordar, prende-se com o facto de que o imposto de saída cria uma restrição, embora justificada, às liberdades de estabelecimento, sendo que, o nosso objetivo é determinar se será proporcional a utilidade do mecanismo face aos problemas restritivos que acarreta.<sup>75</sup>

Na segunda questão, procuraremos avaliar se o facto do combate à elisão fiscal não ser uma justificação aceite pelo TJUE, tem ou não influência na eficácia do mecanismo.<sup>76</sup>

Tal como configurada na Diretiva “a tributação à saída tem a função de garantir, caso um contribuinte transfira ativos ou a sua residência fiscal para fora da jurisdição fiscal de um Estado, que esse Estado tributa o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, mesmo que essas ainda não tenham sido realizadas no momento da saída.”<sup>77</sup>

Posto este primeiro contacto com a tributação à saída, afigura-se importante compreender o que são estes impostos, em que circunstâncias nasceram, bem como as suas tipologias, com o objetivo de adquirir uma sólida compreensão destas matérias, para no capítulo II, podermos fazer uma correta avaliação do mecanismo.

De que forma funcionam os sistemas tributários quando pretendem tributar determinado rendimento do sujeito passivo?

---

<sup>75</sup> Capítulo II – 1.5.7. A utilidade do imposto de saída, face às restrições que coloca.

<sup>76</sup> Capítulo II – 1.5.5. O combate à elisão fiscal como justificação para a tributação à saída.

<sup>77</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 10.

Em jeito de resposta a esta pergunta, os Estados adotam elementos de conexão, os quais vão determinar a competência para tributar determinado rendimento. Estes elementos de conexão podem ser a *residência*, o *território* ou, por exemplo, a *nacionalidade*, sem prejuízo da existência de outros elementos.<sup>78</sup>

Quando um determinado ordenamento jurídico tributa um sujeito passivo tributário, fá-lo de forma a abranger todos os seus rendimentos, quer obtidos no território desse ordenamento jurídico, quer rendimentos que tenham uma proveniência estrangeira.<sup>79</sup>

A este poder de tributação é chamado o princípio do *world wide income*<sup>80</sup> segundo o qual é reconhecido aos Estados o direito de tributar o rendimento mundial do sujeito passivo tributário.<sup>81</sup>

Esta é a ideia que está na base dos ordenamentos jurídicos que adotam o elemento de conexão *residência* nos seus sistemas tributários.

Muito embora esta seja a forma mais comum adotada na maioria dos sistemas tributários, há ordenamentos jurídicos que adotam o elemento de conexão *território*, segundo o qual os Estados apenas tem competência para tributar os rendimentos provenientes de fontes que se encontram no seu território.<sup>82</sup>

Por fim, podemos ainda relevar o elemento de conexão *nacionalidade*. Se um ordenamento jurídico adotar este elemento de conexão, o Estado tem competência para tributar os seus nacionais, independentemente do sítio onde se encontram.<sup>83</sup>

Tendo em conta que, no que toca aos impostos sobre o rendimento e o capital, vale o princípio da fonte e da residência, isto é, os elementos de conexão que são utilizados são *residência* e *território*<sup>84</sup>,

---

<sup>78</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Reimpressão da 2ª Edição (Coimbra: Almedina, 2017), 230. O Autor refere, como densificação do princípio da fonte, o princípio do estabelecimento estável, explicando que, por vezes, os Estados apenas pretendem tributar os não residentes na hipótese de estes disporem de um estabelecimento estável naquele território, sendo que se trata uma formulação restrita do princípio da fonte.

<sup>79</sup> O art.º 15.º, n.º 1 do CIRS estabelece que “sendo as pessoas residentes em território português, o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos incluindo os obtidos fora desse território”. Igualmente, o art.º 4.º, n.º 1 do CIRC estabelece que “relativamente às pessoas coletivas e outras entidades com sede ou direção efetiva em território português, o IRC incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território”.

<sup>80</sup> João Sérgio Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento* (Coimbra: Edições Almedina, 2010), 417; Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição (Coimbra: Almedina, 2009), 489.

<sup>81</sup> Rui Duarte Morais, *Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas* (Coimbra: Edições Almedina, 2009), 7.

<sup>82</sup> Rijkele Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals* (Amesterdão: IBFD Publications, 1998), 1.

<sup>83</sup> Betten, 1.

<sup>84</sup> Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2017, 228. O Autor explica que se o princípio da territorialidade, na sua aceção mais restrita, universalmente respeitado, resultaria na atribuição exclusiva do Estado da fonte tributar e o Estado da residência isentar obrigatoriamente os rendimentos que eram produzidos fora do seu território, sendo que não é isto que acontece. O Autor explica que, muito embora o Estado da fonte tenha competência para aí tributar os rendimentos que são gerados, o Estado da residência sente-se na obrigação de os tributar também e, para isso, invocam algumas razões, por exemplo, o princípio da igualdade e progressividade nos quais assentam os impostos pessoais sobre o rendimento, na medida em que se não tributassem os rendimentos de origem estrangeira estariam a violar o princípio da igualdade no sentido de que haveria discriminação nos residentes uma vez que aqueles,

e, como vimos anteriormente, a regra é aplicar o princípio do *world wide income*, a partir do momento em que determinado sujeito passivo transfere a sua residência/sede, para além de existirem outras perdas, uma delas é a impossibilidade de o Estado de onde o sujeito passivo tributário sai, tributar pelo seu rendimento mundial, sendo que, nesses casos, o único direito que assiste ao Estado de “saída” é o direito de tributar o sujeito passivo tributário pelo seu rendimento que obtém naquele Estado.

O que retiramos destas ideias iniciais é que, dado que a maioria dos ordenamentos jurídicos adota o elemento de conexão *residência*, deixando o sujeito passivo tributário de a ter, perde-se, nomeadamente, o direito de tributar o seu rendimento global, o que constitui uma perda financeira, sendo que é neste sentido que surgem os impostos de saída.<sup>85</sup>

Desta forma perspectivados, os impostos de saída não são mais do que um mecanismo que acautela a perda de receita por parte do Estado, decorrente da impossibilidade de tributar o sujeito passivo tributário pelo seu rendimento mundial.

ANTÓNIO CASTRO CALDAS diz que os impostos de saída “(...) visam tributar ganhos potenciais ou latentes relativos a elementos patrimoniais de determinado sujeito passivo no momento em que, em virtude de uma alteração na residência fiscal desse sujeito passivo, este deixe de estar sujeito a imposto no Estado da residência fiscal desse sujeito passivo, este deixe de estar sujeito a imposto no Estado da residência de origem pelos seus rendimentos obtidos a nível global (...), modificando-se o poder que cabia a esse Estado de tributar tais ganhos quando da sua efetiva concretização futura”.<sup>86</sup>

Independentemente da possibilidade de poderem ser tecidas algumas considerações no que toca áquilo que o imposto visa tributar, a verdade é que o Autor identifica apenas um momento que desencadeia a aplicação deste tipo de impostos.

Paralelamente ao facto de ser a emigração do sujeito passivo tributário e a consequente perda de receita por parte do Estado, consequência da falta de poder de tributar através do princípio da universalidade, o termo imposto de saída, tal como KATIA CEJIE alerta, é também utilizado para quando existem ativos a serem transferidos para outros ordenamentos jurídicos, sem que para a sua aplicação exista qualquer movimentação do sujeito passivo tributário.<sup>87</sup>

Esta ideia leva-nos a abordar uma matéria muito importante que nos ajuda a entender o que são impostos de saída (e posteriormente podermos relacionar estas ideias com o regime imposto pela

---

cuja maior parte do rendimento tem origem interna, seriam gravemente penalizados face aos que obtivessem o rendimento de origem estrangeira.

<sup>85</sup> Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 418.

<sup>86</sup> António Castro Caldas, «O “Exit Tax” no Código do IRC», *Fiscalidade*, n.º 34, 2008, 37; Com a mesma perspectiva, Fernando de Man e Tiiu Albin, «Contradicting Views of Exit Taxation unde OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?», *Intertax*, 2011, 615.

<sup>87</sup> Katia Cejie, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», *Intertax*, 2012, 382.



Diretiva) que é a matéria referente aos factos que desencadeiam a aplicação desta natureza.

Para além de ser uma mais-valia para o entendimento dos impostos de saída enquanto conceito, o facto de determinarmos desde já os factos que dão origem ao imposto de saída, facilitamos a compreensão da primeira questão que levantamos no capítulo II – 1.5.1. O imposto de saída é um imposto sobre a saída ou sobre o rendimento? – com o objetivo de determinar se o imposto de saída é ou não um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Segundo DARIA ZERNOVA, existem dois momentos que desencadeiam a aplicação do mecanismo do imposto de saída: a transferência da residência do sujeito passivo tributário e a transferência de ativos e obrigações.<sup>88</sup>

No que toca à transferência da residência temos de distinguir transferência da residência de pessoas singulares e transferência da residência de pessoas coletivas.

Começando pela categoria que menos dúvidas oferece, a transferência de residência de uma pessoa singular resulta diretamente da Liberdade de Estabelecimento.<sup>89</sup>

Neste âmbito, o art.º 49.º do TFUE dispõe que “a liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício como constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...)”, pelo que, em conjugação com a parte da disposição que diz que “(...) são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro.”, retira-se que os nacionais de cada Estado-Membro gozam de um direito de se estabelecer livremente noutra Estado-Membro e aí poderem desenvolver a sua atividade livremente, sem que lhes seja aplicada qualquer restrição.

Aliás, no que toca às restrições, a lei é bastante perentória quando diz que “(...) são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento (...)”, mas como já é por nós sabido, estas disposições contêm exceções sendo que por vezes existem restrições que são aceites.<sup>90</sup>

No que toca à transferência da residência das pessoas coletivas, que se efetiva através da transferência da sede societária, temos algumas nuances, sendo que não se afigura tão simples como a transferência da residência de pessoas singulares.

Segundo MENEZES CORDEIRO, na liberdade de estabelecimento temos de distinguir duas vertentes que, segundo o Autor, são particularmente fundamentais no âmbito das sociedades.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Daria Zernova, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, 2009, 71 e 72.

<sup>89</sup> Art.º 49.º a 55.º do TFUE.

<sup>90</sup> Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, 1.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 333 e ss.; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6.ª ed. (Coimbra: Edições Almedina, 2010), 613 e ss.

<sup>91</sup> António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades* (Coimbra: Edições Almedina, 2005), 54.

Por um lado, devemos distinguir a liberdade primária que se manifesta através do segundo parágrafo do artigo supracitado, isto é, a liberdade de estabelecimento garante “(...) a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...)” e, por outro lado, devemos distinguir liberdade secundária, presente na última parte do primeiro parágrafo do artigo em questão, a qual se traduz pelo direito que o nacional de um Estado-Membro tem de constituir “(...) agências, sucursais ou filiais (...)”.

Posto isto, afigura-se essencial explicar como se efetiva a transferência da residência fiscal da sociedade de um Estado-Membro para outro.

Por vezes a transferência da *sede estatutária*, ou seja, a sede que figura no contrato de constituição da sociedade, não é suficiente para que se efetive a transferência da residência fiscal, uma vez que há Estados que consideram que tem residência fiscal no seu território as sociedades que estejam nele sediadas, bem como a direção efetiva da sociedade.

A direção efetiva da sociedade diz respeito ao local onde são tomadas as decisões de gestão estratégicas da sociedade, pelo que, por vezes só mudar a *sede estatutária* não é suficiente para que a transferência da residência fiscal da sociedade se efetive. Da mesma forma que há jurisdições que apenas exigem a direção efetiva como elemento fulcral para a determinação da residência fiscal.<sup>92</sup>

Vistas as disposições relativamente à liberdade de estabelecimento por parte das pessoas coletivas, há que salientar que a transferência da residência fiscal destas, por vezes, não é simplificada uma vez que existe um problema no Direito Comercial, muito por culpa da falta de harmonização das normas no seio da União Europeia, que está diretamente ligado com a possibilidade de manutenção ou não da personalidade jurídica, sendo que aqui não iremos abordar com rigor o modo de como a sociedade deixa de ser considerada residente em determinado Estado-Membro, sendo que para o que aos impostos de saída nos interessa é que quando esta ocorre, dá-se um momento que desencadeia a aplicação do mecanismo do imposto de saída, o *tax triggering event*<sup>93</sup>.

A matéria relativa à transferência societária no exercício da liberdade de estabelecimento irá ser abordada no ponto 4 deste capítulo referente à relação existente entre o imposto de saída e a transferência da sede societária e de que maneira é que esta poderá constituir elisão fiscal.

Neste momento o essencial a reter é que os impostos de saída são, por vezes, considerados uma restrição ao exercício da referida liberdade porque tornam menos atrativo o exercício de uma liberdade fundamental que, como vimos anteriormente, não pode sofrer qualquer restrição.

---

<sup>92</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 38.

<sup>93</sup> Zernova, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», 471.

Recapitulando, o primeiro dos *tax triggering events* é a transferência da residência fiscal, tanto de pessoas singulares como de pessoas coletivas, com as especificidades que relevámos.

O segundo *tax triggering event* prende-se com a transferência de ativos e obrigações, pelo que, quando se diz que o mecanismo do imposto de saída apenas se aplica quando há transferência da residência, embora não esteja errado, não é totalmente verdade, ou pelo menos não é apenas a transferência da residência que desencadeia a aplicação de impostos de saída.

ZERNOVA explica que a transferência de ativos da sede para um estabelecimento estável, de um estabelecimento estável para a sede e entre estabelecimentos estáveis pode originar em tributação à saída, sendo que nestes casos o Estado-Membro de saída pode aplicar ao sujeito passivo tributário o imposto de saída.<sup>94</sup>

Como última nota, até porque, como dissemos anteriormente, esta matéria vai ter implicações diretas aquando da aferição da eficácia do imposto de saída, não estaremos aqui perante um imposto sobre a saída e não sobre o rendimento?<sup>95</sup>

### 3.1. TIPOLOGIA

No que concerne a tipologia dos impostos de saída, a doutrina divide-se, sendo que é importante distinguir as várias posições para escolhermos a mais acertada uma vez que, mais à frente, iremos identificar que tipo de impostos de saída estão presentes na Diretiva em apreço.

No que toca à tipologia do imposto de saída, isto é, a tipologia dos impostos que se aplicam na tributação à saída, esta poderá assumir diversas formas.

RIJKELE BETTEN apresenta cinco tipos de impostos de saída: os impostos de saída gerais; impostos de saída parciais; impostos de saída que alargam ilimitadamente a incidência fiscal; impostos de saída que alargam limitadamente a incidência fiscal e; impostos que visam a devolução de deduções fiscais.<sup>96 97</sup>

Os impostos de saída gerais são aqueles que tributam todas as mais-valias potenciais ainda

---

<sup>94</sup> Zernova, 472.

<sup>95</sup> Será dada a resposta no capítulo II – 1.5.1. O imposto de saída é um imposto sobre a saída ou sobre o rendimento?

<sup>96</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 11.

<sup>97</sup> Com uma abordagem muito diferente e que não é por nós acolhida, encontra-se SERVAAS VAN THIEL pois reconhece dois tipos de restrições à saída: as restrições diretas, que condicionam a movimentação física de pessoas através de uma prestação que poderá ser, por exemplo, formalidades fronteiriças, no entanto, o Autor considera que estas são completamente proibidas, tais como as restrições indiretas, que consistem em dificultar o exercício das liberdades fundamentais ou pelo menos desencorajar esse exercício, como por exemplo, um Estado-Membro dissuadir um cidadão a exercer a sua atividade noutra Estado-Membro - Servaas van Thiel, *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*, vol. 3, Doctoral Series (Amsterdão: IBFD Publications, 2002), 238.

não realizadas (mais-valias latentes), que são tidas como realizadas para efeitos tributários, no momento imediatamente anterior à emigração do sujeito passivo.<sup>98</sup>

Impostos de saída parciais, têm a mesma base dos gerais, no entanto, apenas tributam um certo tipo de mais-valias latentes, pelo que não tributam qualquer tipo de mais-valia potencial.<sup>99</sup>

Impostos de saída que alargam ilimitadamente a incidência fiscal são impostos que têm por base a ideia de que o sujeito passivo continua a ser tratado como um residente para efeitos fiscais depois da saída do país de emigração.

Estes impostos são comuns em países cuja base de tributação adota o elemento de conexão *nacionalidade*, ao invés daqueles que adotam o elemento de conexão *residência*.<sup>100</sup> Portugal é um dos países que adota este tipo de impostos de saída.<sup>101</sup>

Os impostos de saída que alargam limitadamente a incidência fiscal são impostos que podem limitar a incidência fiscal apenas a uma parcela de bens cuja fonte seja o Estado de origem.<sup>102</sup>

Por fim, os impostos que visam a devolução de deduções fiscais, tal como a designação indica, trata-se de impostos que previnem que o sujeito passivo tributário emigre sem que antes compense o Estado de saída pelos benefícios que lhe foram concedidos anteriormente.<sup>103 104</sup>

BEN TERRA e PETER WATTEL fazem uma distinção tripartida dos impostos de saída, pelo que, segundo estes, os impostos de saída dividem-se em: impostos de saída sobre mais-valias não realizadas que resultam da emigração de pessoa coletiva ou de ativos (*corporate or asset emigration*), impostos de saída sobre mais-valias não realizadas que resultam da detenção de ações ou outros rendimentos individuais não realizados (*holdings in controlled private companies and other unrealized gains*), e, por último, impostos de saída sobre o valor das pensões ou anuidades de capitais cujas contribuições tenham sido deduzidas no passado (*real value of the pension or annuity capital for which contributions have been*

---

<sup>98</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 12; Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 419.

<sup>99</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 18; Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 419.

<sup>100</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 22; Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 420.

<sup>101</sup> Por exemplo, Art.º 16.º, n.º 1, al. d), do CIRS.

<sup>102</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 29.

<sup>103</sup> Betten, 30 e 31; Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 430.

<sup>104</sup> Existem dois Autores que, pela relativa proximidade com BETTEN, não merecem muitos desenvolvimentos. No entanto, DARIA ZERNOVA faz uma categorização dos impostos de saída assente em três categorias: os impostos de saída, impostos que alargam ilimitadamente a incidência fiscal e impostos que visam a devolução de deduções fiscais. LUC DE BROE faz uma caracterização parecida com a de ZERNOVA, no entanto, distingue dentro dos *trailing taxes*, os que estendem limitada e ilimitadamente a incidência fiscal, tal como BETTEN. - Zernova, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», 472; Luc de Broe, «Hard times for emigration taxes in the EC», em *A Tax Globalist: The Search for the Borders of International Taxation: Essays in Honour of Maarten J. Ellis*, ed. H. P. A. M. van Arendonk, F. A. Engelen, e Sjaak Jansen (Amesterdão: IBFD Publications, 2005), 211.

*deducted in the past*).<sup>105</sup>

Por fim, referimo-nos à distinção efetuada por KATIA CEJIE que assenta na distinção efetuada por BETTEN (impostos de saída gerais; impostos de saída parciais; impostos de saída que alargam ilimitadamente a incidência fiscal; impostos de saída que alargam limitadamente a incidência fiscal e; impostos que visam a devolução de deduções fiscais).

CEJIE, reagrupa estas categorias, sendo que as duas primeiras categorias (impostos de saída gerais e parciais) dão origem aos impostos de saída sobre o rendimento ainda não realizado. A terceira e quarta categorias (impostos de saída que estendem limitada ou ilimitadamente a incidência fiscal) dão origem aos impostos que estendem a incidência fiscal sobre o rendimento ainda não realizado. A quinta categoria pertenceria, portanto, aos impostos de saída sobre rendimento realizado.

Ora, para explicar o seu ponto de vista, KATIA CEJIE entendeu que seria fundamental responder a duas perguntas em simultâneo, aquando da diferenciação entre os vários tipos de impostos de saída: (1) Quando é que o imposto é exigido? No momento da saída ou mais tarde? (2) O facto tributável ocorre no dia da emigração ou mais tarde? Isto é, trata-se de mais-valias realizadas ou não realizadas.<sup>106</sup>

Após a resposta simultânea a estas duas perguntas poderemos chegar a quatro resultados diferentes: (1) Impostos de saída sobre mais-valias latentes (não realizadas), isto é, quando o imposto é exigido no momento da saída e quando o facto tributável não ocorreu no momento da emigração; (2) Impostos de saída sobre mais-valias realizadas, isto é, quando o imposto é exigido no momento da saída e quando o facto tributável ocorre no momento da emigração; (3) *Trailing taxes* sobre rendimento não realizado, ou seja, quando o imposto não é exigido no momento da saída nem o facto tributável ocorre no momento da emigração, e; (4) *Trailing taxes* sobre rendimento realizado, quando o imposto não é exigido no momento em que o sujeito passivo tributário emigra, mas o facto tributável já ocorreu no momento da emigração.<sup>107</sup>

No desenvolvimento de cada uma das quatro distinções, a Autora, em nota de explicação à primeira categoria, diz que o momento “normal” para o facto tributável ocorrer ainda não ocorreu e que o que desencadeia a tributação à saída é a emigração do sujeito passivo tributário, o que significa que o imposto é exigido no momento da saída.<sup>108</sup>

Verificamos que esta categoria, como dissemos anteriormente, representa as primeiras duas

---

<sup>105</sup> Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 5th Edition (Kluwer Law International, 2008), 955 a 956.

<sup>106</sup> Cejie, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», 383.

<sup>107</sup> Cejie, 383.

<sup>108</sup> Cejie, 383.

categorias de BETTEN.

A segunda categoria, os impostos de saída sobre as mais-valias realizadas, CEJIE explica que o rendimento já foi realizado, sendo que o momento em que o imposto é exigido é adiado para mais tarde, como por exemplo, no momento da emigração.<sup>109</sup> Aqui caberiam a quinta categoria de BETTEN, bem como as categorias de TERRA E WATTEL, LUC DE BROE ou DARIA ZERNOVA, no que toca às categorias referentes à devolução de deduções fiscais.

Quanto aos *Trailing Taxes* sobre rendimento não realizado, a Autora explica que nestas normas não existe uma tributação à saída, mas sim um alargamento da incidência fiscal uma vez que o imposto é exigido num momento diverso do momento da emigração, e o facto tributável ocorre no momento da realização do rendimento.<sup>110</sup>

Vemos que esta categoria se refere aos impostos de saída que alargam limitada ou ilimitadamente a incidência fiscal.

Por fim, os *Trailing Taxes* sobre rendimento realizado é uma categoria totalmente nova. No entender da Autora, é uma categoria que se vai expandir no futuro e que na Suécia já tem pelo menos seis normas tributárias que aqui se incluem.

CEJIE dá o exemplo de normas que diferem a tributação, por exemplo, da troca de ações, para o futuro, na medida em que existem ganhos realizados, mas a tributação é apenas efetuada quando novas ações forem vendidas.<sup>111</sup>

No entanto, apesar de ser uma categoria nova, existe aqui uma aproximação aos impostos de saída que alargam a incidência fiscal, sendo que o poder de tributar apenas é diferido para o futuro não havendo qualquer outra especificidade diferenciadora.

Notamos igualmente que esta categoria pouco ou nada tem relação com os impostos de saída uma vez que a realização do rendimento já se verificou. O Estado irá tributar o sujeito passivo tributário em questão da mesma forma que tributa um residente que permaneça no Estado de saída. Será um típico imposto sobre o rendimento.<sup>112 113</sup>

Vistas algumas posições acerca da tipificação dos impostos de saída, cabe-nos acolher aquela que mais sentido nos parece fazer.

---

<sup>109</sup> Cejie, 384.

<sup>110</sup> Cejie, 384.

<sup>111</sup> Cejie, 384.

<sup>112</sup> Com a mesma opinião, Diana Isabel Fernandes da Silva, «Impostos de Saída: Fundamento e Limites» (Universidade do Minho, 2013), 26.

<sup>113</sup> Ao contrário do que iremos concluir no capítulo II – 1.5.1. O imposto de saída é um imposto sobre o rendimento ou sobre a saída?

As distinções de TERRA e WATTEL também não se afigura totalmente conforme aquilo que seria o ideal.

A distinção dos vários tipos de impostos de saída assenta, sobretudo, nas várias fontes de rendimento que poderão dar origem ao imposto de saída, sendo que, não será a classificação a ter conta na medida em que a subsunção dos impostos de saída nestas categorias não se afiguraria simples devido à sua complexidade.

As distinções de KATIA CEJIE são bastante elaboradas, na realidade são um reagrupamento das categorias de BETTEN, no entanto, com uma ligeira diferença, a criação de uma nova categoria.

Quanto a esta nova categoria, como fizemos referência anteriormente, há uma aproximação muito grande aos impostos de saída que estendem a incidência tributária, bem como a aproximação a um imposto sobre o rendimento, igual ao que é exigido aos residentes, em vez de um imposto sobre um rendimento latente.

Neste seguimento, optámos pela adoção das categorias de BETTEN<sup>114</sup>, no entanto, estas também não estão livres de qualquer crítica, em especial as categorias correspondentes ao imposto de saída que estende limitadamente a incidência fiscal, a categoria correspondente ao imposto de saída que estende ilimitadamente a incidência fiscal e os impostos que visam a devolução de deduções.

Ao analisarmos as categorias correspondentes tanto aos impostos de saída que estendem limitada ou ilimitadamente a incidência fiscal, verificamos que, por um lado, e agora pegando nas questões úteis de CEJIE, o momento em que o imposto é exigido é diferente do momento em que os impostos de saída ditos “típicos” operam, isto é, o momento “normal” em que o imposto de saída é exigido é no momento da saída do sujeito passivo tributário.

Neste caso, o momento em que este é exigido é posterior à emigração, sendo certo que este tipo de impostos é muito similar à tributação com base no elemento de conexão *nacionalidade* em vez de *residência*.<sup>115</sup>

Isto significa que o sujeito passivo tributário que emigrou continua a ser considerado como um residente, para efeitos fiscais, do Estado de saída, apesar da sua residência já não ser nesse Estado.<sup>116</sup>

Um exemplo desta categoria é o regime de tributação dos diplomatas e outros funcionários que estão ao serviço do Estado no estrangeiro, presente no CIRS. O art.º 16.º, n.º 1, alínea d) do CIRS dispõe que “São residentes em território português as pessoas que, no ano a que respeitam os rendimentos

---

<sup>114</sup> Que, de certa forma, é a distinção que dá a base às distinções de CEJIE, ZERNOVA e DE BROE.

<sup>115</sup> Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 420.

<sup>116</sup> Betten, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, 22.

(...) d) Desempenhem no estrangeiro funções ou comissões de carácter público, ao serviço do Estado Português.”

Portanto, apesar de, por exemplo, um diplomata, que foi exercer as suas funções para o estrangeiro, tenha residência nesse país para onde foi exercer essas funções, continua, por força desta disposição, a ser considerado como um residente em Portugal e, por conseguinte, a ser tributado como se ainda aí permanecesse.

Contudo, é prática internacional, que o Estado de acolhimento isente estes funcionários de Estados estrangeiros de imposto sobre o rendimento (nesta isenção não se inclui os rendimentos privados que estes poderão auferir nesse Estado).<sup>117</sup>

Ora, toda esta situação faz-nos pensar que os impostos de saída que alargam a incidência tributária não são verdadeiros impostos de saída, tratando-se sim de disposições que alargam a incidência tributária, não sendo bem um imposto de saída, mas sim uma especificidade do sistema fiscal decorrente do elemento de conexão que usa para tributar os sujeitos passivos tributários.

Outro argumento em prol desta ideia, é a resposta à segunda pergunta de CEJIE, isto é, quando é que o facto tributável ocorre? Antes ou depois da emigração do sujeito passivo tributário?

De acordo com a disposição anteriormente referida, claramente que o facto tributável ocorre depois do sujeito passivo tributário ter emigrado, pelo que estamos a falar de uma categoria composta por disposições que alargam o poder dos Estados para tributarem determinados sujeitos passivos tributários, sendo que o rendimento que vão tributar é um rendimento realizado e não latente, sendo um pouco antagónico do propósito do imposto de saída sobre mais-valias latentes.

Por fim, poderemos também tecer algumas críticas no que toca à última categoria de BETTEN, os impostos de saída que visam a devolução de deduções.

Esta categoria é mais difícil de ser enquadrada uma vez que a consideração ou não deste tipo de impostos como impostos de saída, em muito depende do conceito de imposto de saída que tivermos presente.

No entanto, consideramos que se trata de uma categoria de impostos de saída uma vez que o momento que desencadeia a aplicação do mecanismo é a transferência de residência do sujeito passivo tributário, muito embora o que o mecanismo vai tributar é rendimento já realizado e não o habitual rendimento meramente virtual.

---

<sup>117</sup> Betten, 22.



O que há essencialmente a retirar destas distinções é que existem formas diferentes de perspetivar os impostos de saída, sendo que para nós, como fizemos referência anteriormente, a distinção feita por BETTEN é aquela que mais sentido parece fazer, sendo que será importante esta tomada de posição para mais tarde identificar o imposto de saída presente na Diretiva.

### **3.2. JURISPRUDÊNCIA DO TJUE**

Os objetivos essenciais da abordagem que vamos fazer à jurisprudência do TJUE prendem-se com, por um lado, salientar os aspetos importantes que, posteriormente, dão origem a certas disposições do art.º 5.º da Diretiva em apreço que corresponde aos impostos de saída e, por outro lado, entender a história dos impostos de saída segundo a visão do TJUE.

Outra questão que poderá surgir será o porquê de termos selecionado os acórdãos que neste ponto iremos tratar e não outros.

Ora, a questão prende-se diretamente com os nossos objetivos, isto é, os acórdãos que selecionamos são essenciais para ver como a disposição da tributação à saída da Diretiva é uma codificação da jurisprudência do TJUE, no que toca aos impostos de saída aplicados a pessoas coletivas, e são igualmente essenciais para mostrar a evolução que estes tiveram ao longo dos tempos.

Antes de procedermos à análise dos vários acórdãos, teremos de fazer três advertências: primeira, a análise dos acórdãos não vai ser feita demasiadamente detalhada pelo que uma análise mais detalhada iria densificar o estudo e correr-se-ia o risco do foco principal se perder.

Segunda, os impostos de saída e a liberdade de estabelecimento são dois eixos indissociáveis, isto é, porque a natureza do imposto de saída tem sempre a ideia de restrição da liberdade de estabelecimento, uma vez que o momento em que são aplicados é sempre anterior à transferência da residência, não se pode dissociar um do outro, sendo que os acórdãos que vamos analisar têm sempre na sua base uma potencial violação da liberdade de estabelecimento.

Terceira é que iremos fazer distinção entre os acórdãos que tratam casos de impostos de saída aplicados a pessoas singulares e os impostos de saída aplicados a pessoas coletivas.

Começaremos, portanto, pelos acórdãos que têm na sua base uma aplicação dos impostos de saída sobre pessoas singulares e, nesta categoria, selecionámos os acórdãos *X e Y*<sup>18</sup>, *Hughes Lasteyrie*

---

<sup>18</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «X e Y, Processo C-436/00» (2002).

*du Saillant*<sup>119</sup>, *N*<sup>120</sup> e *Wächtler*<sup>121</sup>

De seguida abordaremos os acórdãos que têm na sua base a aplicação de impostos de saída a pessoas coletivas, sendo que neste domínio da tributação de pessoas coletivas selecionámos o acórdão *National Grid Indus*<sup>122</sup>, *Commission v. Portugal*<sup>123</sup>, *Commission v. Denmark*<sup>124</sup>, *DMC*<sup>125</sup> e *Verder LabTec*<sup>126</sup>.

Em última nota, antes da análise dos acórdãos, adiantamos que a posição do TJUE em relação aos impostos de saída aplicados a pessoas singulares é mais favorável em relação à posição adotada do que em relação a pessoas coletivas.

### **3.2.1. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A PESSOAS SINGULARES**

#### **3.2.1.1. ACÓRDÃO X E Y**

O acórdão *X e Y* foi o primeiro a abordar estas matérias, sendo certo que é relevante porque inicia, nesta matéria, a discussão relativamente à igualdade de tratamento entre as situações puramente domésticas e as situações transfronteiriças, sendo que a tónica se coloca na ideia de que as situações transfronteiriças têm de ser equiparadas às puramente domésticas.

Embora se entenda que este acórdão não se refere literalmente aos impostos de saída, a jurisprudência que resulta do acórdão pode ser relevante para estes, na medida em que o problema essencial do imposto de saída é que, para além da restrição que cria, determina uma diferença de tratamento entre situações transfronteiriças e puramente domésticas.<sup>127</sup>

Como iremos ver à frente, não é esta ideia que está subjacente no caso de pessoas coletivas.

*X e Y* são duas pessoas singulares de nacionalidade sueca, residentes na Suécia, que decidiram transferir as ações que detinham numa sociedade sueca para outra sociedade sueca que, por sua vez,

---

<sup>119</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Hughes Lasteyrie du Saillant, Processo C-9/02» (2004).

<sup>120</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «N, Processo C-470/04» (2006).

<sup>121</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Wächtler, Processo C-581/17» (2019).

<sup>122</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «National Grid Indus, Processo C-371/10» (2011).

<sup>123</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Commission v. Portugal, Processo C-38/10» (2012).

<sup>124</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Commission v. Denmark, Processo C-261/11» (2013).

<sup>125</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «DMC, Processo C-164/12» (2014).

<sup>126</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Verder LabTec, Processo C-657/13» (2015).

<sup>127</sup> Prof. Dr Hans van den Hurk e Jasper Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», *Bulletin for International Taxation*, 2007, 151.

era filial de uma sociedade belga.<sup>128 129</sup>

A questão é que o Direito sueco para situações transfronteiriças tributava as mais-valias imediatamente, para situações puramente internas a tributação das mais-valias era diferida para o momento em que as ações fossem alienadas.<sup>130</sup>

Perante esta situação o TJUE considerou que a aplicação da disposição nacional, que instituiu uma diferença de tratamento entre as duas situações atrás referidas, constituiu uma restrição na liberdade de estabelecimento.<sup>131</sup>

Muito embora o Estado sueco tenha alegado que a restrição era justificável<sup>132</sup>, o que importa salientar é que esta decisão poderia ser transportada para os impostos de saída.

Embora o caso em apreço se refira, aparentemente, a uma transferência doméstica, que não foi considerada como tal porque a empresa para onde foram transferidas as ações era filial de uma empresa estrangeira e daí a aplicação de um regime diferente daquele que seria normalmente aplicado no que toca ao diferimento da tributação das mais-valias, o importante é que o regime aplicado às transferências para sociedades estrangeiras foi considerado contrário aos preceitos da União Europeia.

Uma vez que os impostos de saída são aplicados, por exemplo<sup>133</sup>, quando exista transferência da sede societária para um país estrangeiro, sendo que as transferências societárias domésticas não desencadeiam qualquer imposto de saída, as situações domésticas e transfronteiriças são tratadas diferentemente.

Segundo esta jurisprudência, quando tal acontece, como é exemplo este acórdão, o TJUE defende a aplicação da liberdade de estabelecimento, no entanto, aquando desta decisão, não ficou claro

---

<sup>128</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, X e Y, Processo C-436/00, par. 12 e ss.; Hermann Schneeweiss, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», *Intertax*, 2009, 364.

<sup>129</sup> No âmbito da cessão de ações, o Direito sueco regulava esta situação distinguindo três situações: a primeira dizia respeito às cessões de ações em "(...) benefício de uma pessoa coletiva estrangeira em que o cedente ou um dos seus familiares detém, directa ou indirectamente, uma participação (...)" (tipo A); a segunda dizia respeito às cessões de ações "(...) em benefício de uma sociedade anónima sueca em que essa pessoas coletiva estrangeira detém, directa ou indirectamente, uma participação (...)" (tipo B) e; por fim, a terceira dizia respeito à cessão de ações "(...) em benefício de uma sociedade anónima sueca diferente da referida no travessão anterior [tipo B] e em que o cedente ou um dos seus familiares possui, directa ou indirectamente, uma participação (...)" (tipo C). - Tribunal de Justiça da União Europeia, X e Y, Processo C-436/00, par. 30.

<sup>130</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 31; Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 151.

<sup>131</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, X e Y, Processo C-436/00, par. 39.

<sup>132</sup> Para ver detalhadamente as justificações às restrições, Schneeweiss, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», 364 e 365; Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 151 e 152; Tribunal de Justiça da União Europeia, X e Y, Processo C-436/00, par. 40 e ss.

<sup>133</sup> Existem outros factos que desencadeiam a aplicação dos impostos de saída, como vimos anteriormente.

se os impostos de saída constituíam ou não uma violação daquela liberdade.<sup>134</sup>

### **3.2.1.2. ACÓRDÃO *HUGHES LASTEYRIE DU SAILLANT***

O acórdão *Hughes Lasteyrie du Saillant* tem várias utilidades para o nosso trabalho, ou seja, é o primeiro acórdão referente a um imposto de saída aplicado por um Estado-Membro a uma pessoa singular, é também o primeiro a desconsiderar o combate à elisão fiscal típica, quando a disposição não admita prova em contrário, como justificação para a restrição que o imposto de saída impõe e, por fim, é útil porque aqui se começa a ter a ideia de que, desde que devidamente justificados, os impostos de saída poderão ser admitidos, o que, de certo modo, poderá ir contra a jurisprudência anterior.

Lasteyrie du Saillant era residente em França que à altura dos factos detinha, direta ou indiretamente, títulos que conferiam direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade de direito francês, e a 12 de setembro de 1998 decidiu transferir a sua residência para a Bélgica.<sup>135</sup>

Como consequência da transferência da sua residência, foi-lhe aplicada uma disposição de Direito francês que determinava a tributação de mais-valias latentes, sendo que o imposto seria aplicado à diferença entre o valor da aquisição e o valor de mercado aquando da saída do sujeito passivo tributário.<sup>136</sup>

Aqui o TJUE clarifica a sua posição no que toca aos impostos saída aplicados a pessoas singulares, sendo que na sua ótica uma disposição como a que estava em causa não proibia diretamente o exercício da liberdade de estabelecimento, mas tinha “(...) um efeito dissuasivo relativamente aos contribuintes que desejam instalar-se noutra Estado-Membro.”<sup>137</sup>

No presente caso o TJUE considerou que a disposição não poderia ser justificada com base no combate à elisão fiscal uma vez que constituía uma presunção geral de que todo o sujeito passivo tributário que deslocalizasse a sua residência para fora daquele território, estaria a praticar elisão fiscal, sem possibilidade de provar o contrário.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 151 e 152.

<sup>135</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Hughes Lasteyrie du Saillant*, Processo C-9/02, par. 12.

<sup>136</sup> Otmar Thoemmes, «French Exit Taxation for Individuals Violates EC Treaty», *Intertax*, 2004, 343.

<sup>137</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Hughes Lasteyrie du Saillant*, Processo C-9/02, par. 45 e 50; Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 152. Mesmo que a disposição nacional constituísse um entrave à liberdade de estabelecimento, a verdade é que esta restrição podia ser justificada se prosseguisse razões imperiosas de interesse geral e respeitasse o princípio da proporcionalidade, ou seja, que a disposição fosse adequada a garantir o objetivo a que se propõe e que não ultrapassasse o necessário para o atingir.

<sup>138</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Hughes Lasteyrie du Saillant*, Processo C-9/02, par. 51; Claudia Daiber e René Offermanns, «German exit tax provisions, substantial shareholdings and incompatibility with EC law», *EC Tax Review*, 2005, 579. Presumimos que, *a contrario*, se houvesse a possibilidade

O importante a reter, nesta fase, é que o TJUE é da opinião que, no geral, os impostos de saída constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento, no entanto, não fica claro se o TJUE pretende ou não proibir por completo os impostos de saída, sendo que admitem que a tributação à saída possa ser justificada de acordo com as regras da proporcionalidade.<sup>139</sup>

Mais se retém que uma disposição deste calibre não poderá ser considerada como meio de prevenção da elisão fiscal, ficando realçada esta nota uma vez que vai ser retomada no capítulo II<sup>140</sup>, sendo possível adiantar que a o combate à elisão fiscal típica também não é a justificação adotada pela Diretiva em estudo para justificar a tributação à saída.

Já aqui poderemos questionar como é que um mecanismo tão controverso poderá ser útil na prevenção de alguns comportamentos elisivos.

### **3.2.1.3. ACÓRDÃO *N***

O acórdão *N* é de extrema importância no panorama dos impostos de saída aplicados a pessoas singulares na medida em que constitui um ponto de viragem na jurisprudência, porque determina que estes poderão ser justificados com base no princípio da territorialidade aliado à alocação de poderes de tributação, o que poderá ser algo controverso uma vez que no acórdão anterior parecia que a ideia principal era de que os impostos de saída dificilmente poderiam ser aceitáveis havendo, no entanto, a possibilidade de estes serem justificados.

Apesar da Diretiva visar sujeitos passivos diferentes daqueles que estão em questão neste acórdão, o princípio da territorialidade aliado a alocação de poderes de tributação é a justificação presente na Diretiva em estudo para a introdução do mecanismo de tributação à saída.

Note-se que não é o combate à elisão fiscal típica que está em causa para a justificação do mecanismo.

Um aspeto que também tem alguma relevância é o facto de este ser o primeiro acórdão onde se fala do problema das menos-valias que mais tarde poderão ocorrer, o que é considerado pelo TJUE como uma desvantagem em relação a quem não deslocalizasse a sua residência.

Desde já adiantamos que esta não é visão no que toca às pessoas coletivas e que, posteriormente, iremos dar conta porque achamos esta matéria de extrema importância no nosso trabalho, daí a relevância do acórdão.

---

de provar o contrário, o combate à elisão fiscal poderia ser uma justificação válida.

<sup>139</sup> Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 152.

<sup>140</sup> Retomada no capítulo II, ponto 1.5.5. – O combate à elisão fiscal como justificação para a tributação.

O acórdão *N*, trata o caso de um indivíduo, acionista único de três empresas neerlandesas, residente nos Países Baixos que transferiu a sua residência para o Reino Unido e, por isso, foi-lhe aplicado um imposto sobre as mais-valias latentes.

No entanto, a cobrança de tal imposto poderia ser diferida para o futuro sendo que, para o efeito, o sujeito passivo tributário deveria prestar uma garantia.<sup>141</sup>

Neste acórdão existem três pontos essenciais: o confronto da disposição em questão com a liberdade de estabelecimento; a exigência de uma garantia para diferir o pagamento e o facto da disposição não acautelar as menos-valias.

Primeiro, no que toca ao confronto da liberdade de estabelecimento com a norma neerlandesa em questão<sup>142</sup>, o TJUE considerou as disposições nacionais suscetíveis de criar obstáculos ao exercício da liberdade de estabelecimento. No entanto, tal como no acórdão anterior, as restrições poderão ser justificáveis e o órgão jurisdicional de reenvio observou que as disposições nacionais visam a garantir, com base no princípio da territorialidade, uma repartição do poder de tributação das mais-valias e, segundo o Governo neerlandês, visam igualmente evitar a dupla tributação.<sup>143</sup>

Pegando nesta ideia, e fazendo referência às conclusões da advogada geral, “(...) é com base no princípio da territorialidade fiscal, associado a um elemento temporal, ou seja, a permanência no território nacional durante o período em que o rendimento tributável foi auferido, que as disposições em causa preveem a cobrança do imposto sobre mais-valias registadas nos Países Baixos, cujo montante foi fixado no momento da saída do país do contribuinte em causa e cujo pagamento foi suspenso até à cessão efetiva dos títulos.”<sup>144</sup> É por esta razão que o TJUE considera que a medida prossegue um objetivo de interesse geral e é adequada a atingir esse objetivo.<sup>145</sup>

Quanto à exigência de garantias para diferir o pagamento, o TJUE considera que, pelo facto de esta concessão não ser automática e estar dependente de garantias, funcionam também como elemento dissuasor no exercício da liberdade de estabelecimento.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> Hans van den Hurk, Gerben Weening, e Jasper Korving, «ECJ Rules on Dutch Exit Tax», *Intertax*, 2006, 576.

<sup>142</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, N, Processo C-470/04, par. 34 e 35; Bert Zuijndorp, «The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered», *EC Tax Review*, 2007, 8. O TJUE vem dizer que, à partida, muito embora a disposição nacional não proíba o sujeito passivo tributário de exercer a sua liberdade de estabelecimento, à semelhança do que aconteceu em *Lasteyrie du Saillant*, é suscetível de limitar este exercício devido ao seu efeito dissuasor porque um sujeito passivo tributário que tivesse intenções de transferir a sua residência para fora do território neerlandês estava sujeito a um tratamento desvantajoso relativamente a quem mantivesse a sua residência nos Países Baixos.

<sup>143</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, N, Processo C-470/04, par. 41.

<sup>144</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 46.

<sup>145</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 47.

<sup>146</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 36, 52 e 53; Zuijndorp, «The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility

Por fim, quanto ao facto de a disposição nacional não acautelar a questão das menos-valias, o TJUE salientou que as disposições nacionais não tinham em conta as diminuições do valor das ações após a transferência da residência para reduzir a dívida tributária, o que poderia resultar numa situação desvantajosa relativamente a quem não transferisse a sua residência, uma vez que essas poderiam pagar menos imposto, sendo que as mais-valias eram tributadas quando o titular das mesmas as alienasse.<sup>147</sup>

O TJUE afirma que para se considerar estas disposições proporcionais era preciso que o regime em causa permitisse a dedução por inteiro de menos-valias que poderiam ocorrer após a transferência da residência. Caso não o fizesse quem o deveria fazer seria o Estado de receção. De uma ou de outra forma, o que é imperioso é que a as menos-valias sejam tidas em conta.<sup>148</sup>

Tal como destacámos no início da explicação, com este acórdão houve um ponto de viragem, sendo que o princípio da territorialidade aliado à alocação dos poderes de tributação para prevenir a dupla tributação estiveram na base das justificações às restrições.

Este é o ponto fundamental, uma vez que elisão fiscal como justificação para as restrições criadas pelos impostos de saída não foi tida em conta, sendo que o TJUE considerou que se estava a presumir que todas as transferências de residência tinham a elisão fiscal como razão para a transferência, não havendo, portanto, possibilidade de prova em contrário, tal como defendido em *Hughes Lasteyrie du Saillant*.

A questão das menos-valias também se afigura fundamental, sendo que ficou claro que terão de ser consideradas, pelo menos no que diz respeito aos impostos de saída aplicados a pessoas singulares. Nas pessoas coletivas, como iremos ver, não será essa a visão.

---

of exit taxes but still leaves some questions unanswered», 5. Após constituição da garantia necessária para diferir o pagamento do imposto, o caso *Hughes Lasteyrie du Saillant* foi decidido, sendo que da resolução resultou que a exigência de uma garantia antes da aprovação do diferimento do pagamento não poderia ser mantida e as autoridades competentes neerlandesas levantaram o penhor que N tinha constituído para obter tal diferimento. Quanto à constituição de uma garantia, o TJUE defende igualmente que existem meios menos gravosos para assegurar a eficácia do regime, como por exemplo, a utilização de mecanismos que permitem que os Estados-Membros solicitem às autoridades competentes de outro Estado-Membro todas as informações para fixar corretamente os impostos sobre o rendimento ou mecanismos que permitem a um Estado-Membro de pedir assistência a outro Estado-Membro para a cobrança de créditos relativos a certos impostos.

<sup>147</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, N, Processo C-470/04, par. 37; Zuijendorp, «The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered», 9.

<sup>148</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, N, Processo C-470/04, par. 54.

#### **3.2.1.4. ACÓRDÃO *WÄCHTLER***

No que toca às pessoas singulares, o acórdão *Wächtler* é o acórdão mais recente<sup>149</sup> nesta matéria sendo a inovação deste acórdão, omitindo toda a questão de fundo no que toca à aplicação da liberdade de estabelecimento, o reconhecimento por parte do TJUE das desvantagens de tesouraria que o imposto de saída acarreta para quem deslocaliza a sua residência face àqueles que permanecem no país de origem.

Deste modo, acaba por clarificar e fundamentar a sua posição em relação aos impostos de saída aplicados a pessoas singulares.

Outra particularidade do acórdão é que envolve um país terceiro, a Suíça, que embora não participe no EEE e no mercado interno da União “(...), está, todavia, ligada a esta por múltiplos acordos bilaterais que abrangem vastos domínios e que preveem direitos e obrigações específicos, em certos aspetos análogos aos previstos no Tratado. O objetivo geral desses acordos, (...), é estreitar os laços económicos entre a União e a Confederação Suíça (...).”<sup>150</sup>

Para que se perceba melhor, *Wächtler* é um cidadão alemão que desde 2008 é “(...) gerente de uma sociedade de direito suíço, onde exerce uma atividade no domínio da consultoria informática, e da qual detém 50% das participações sociais.”<sup>151</sup>, sendo que em 2011 transferiu o seu domicílio da Alemanha para a Suíça e, conseqüentemente, a administração fiscal alemã “(...) cobrou o imposto sobre o rendimento a título da mais-valia latente relativa à sua participação na referida sociedade”<sup>152</sup> sem possibilidade de pagamento diferido até a respetiva alienação.<sup>153</sup>

A questão chega ao TJUE uma vez que, por um lado, existem dúvidas acerca da aplicação da liberdade de estabelecimento conferida pelo ALCP (Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas, assinado no Luxemburgo em 21 de junho de 1999 (JO 2002, L 114, p. 6) e, por outro lado, existem também dúvidas se a administração fiscal alemã poderia ou não cobrar o imposto sobre o rendimento a título de mais-valia latente relativa à participação que *Wächtler* detinha na referida sociedade.

Alhear-nos-emos em relação à questão de saber se a liberdade de estabelecimento se aplica neste caso<sup>154</sup>, porque a questão que é de elevada importância consiste em saber se a diferença de

---

<sup>149</sup> Até a data de elaboração da presente dissertação.

<sup>150</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Wächtler*, Processo C-581/17, par. 36.

<sup>151</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 26.

<sup>152</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 27.

<sup>153</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 25.

<sup>154</sup> O TJUE debruça-se sobre a questão de saber se M. *Wächtler* podia ou não invocar a liberdade de estabelecimento que é concedida através do ALCP na



tratamento entre situações puramente domésticas e situações transfronteiriças são justificadas pelas razões imperiosas de interesse geral: “(...) a preservação da repartição da competência fiscal entre as partes do ALCP em causa, a eficácia dos controlos fiscais e a necessidade de assegurar a eficácia da cobrança do imposto para evitar perdas de receitas fiscais.”<sup>155</sup>

Há a reter, essencialmente, dois aspetos deste acórdão:

Por um lado, a justificação da repartição da competência fiscal entre a Suíça e a Alemanha para impossibilitar o diferimento do pagamento do imposto não é uma justificação válida<sup>156</sup>, nem a eficácia dos controlos fiscais uma vez que o ACLP prevê a troca de informações em matéria fiscal entre a Alemanha e a Suíça<sup>157</sup>.

No entanto, no que concerne o objetivo de garantir a eficácia de cobrança do imposto para evitar perdas fiscais, apesar de não ser justificação para a impossibilidade de diferir o pagamento do imposto, como se trata de um país terceiro e não existe nenhum instrumento de assistência mútua em matéria de cobrança de impostos, o diferimento da cobrança poderá estar subordinado a uma garantia.<sup>158</sup>

Por outro lado, o TJUE deixa bem claro que uma medida como aquela que está em causa no processo principal constitui uma restrição não justificada ao direito de estabelecimento previsto no ALCP<sup>159</sup> e que esta conclusão não poderá ser posta em causa mesmo que houvesse um mecanismo a prever o diferimento do pagamento uma vez que, mesmo assim, continua a ser mais oneroso que o diferimento do imposto até à alienação das participações sociais.<sup>160</sup>

Conclui-se, e esta é a ideia fundamental do acórdão, como deixámos claro no princípio da abordagem, que o imposto de saída traz demasiadas desvantagens de tesouraria e que, à partida, segundo o acórdão, mesmo contendo uma disposição relativa ao diferimento do pagamento, no que toca às pessoas singulares, será sempre contra os preceitos Europeus, a menos que o diferimento do pagamento seja diferido até à alienação dos bens que dão origem à mais-valia.

No que toca às pessoas singulares, eis o que há a reter: (1) a exigência imediata do imposto

---

medida em que o “(...) o acordo (...) tem por objetivo conceder um direito de entrada, de residência, de acesso a uma atividade económica assalariada e de estabelecimento enquanto independente, bem como o direito de residir no território das Partes Contratantes.” - Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 36 a 53.

<sup>155</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 61.

<sup>156</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 64.

<sup>157</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 65.

<sup>158</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 66.

<sup>159</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 67.

<sup>160</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 68.

de saída é contrária aos preceitos da União Europeia<sup>161</sup>; (2) a repartição do poder tributário aliado ao princípio da territorialidade é, segundo a jurisprudência, uma justificação válida para a aplicação deste tipo de impostos; (3) Mesmo que não fique demonstrado que existem problemas de liquidez, o TJUE defende que existem medidas menos onerosas para o sujeito passivo tributário, como o diferimento do pagamento até à data de alienação dos ativos, apoiando-se, no caso de Estados-Membros da União Europeia, da Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade<sup>162</sup> para a troca de informações para cumprir com a eficácia dos controlos fiscais e da Diretiva 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, para que haja uma boa arrecadação do tributo quando os ativos forem alienados.

Vistas estas conclusões, damos conta que o tipo de impostos de saída que o TJUE permite que se aplique em relação às pessoas singulares, serão aqueles que estendem o poder dos Estados tributarem o sujeito passivo, com a nuance de que no momento em que o sujeito passivo desloca a sua residência há uma prévia determinação do *quantum* a pagar, sendo que posteriormente esse valor poderá sofrer alterações no sentido da sua diminuição porque tem de ter em conta as menos-valias.

No entanto, não é um imposto que incide sobre as mais-valias latentes uma vez que se o imposto for diferido para o momento em que haja a alienação do bem, passa a ser um imposto sobre as mais valias realizadas. Adotando a terminologia de CEJIE, podemos estar aqui na presença de um *exit tax on realized income*.

### **3.2.2. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A PESSOAS COLETIVAS**

Segue-se a análise dos acórdãos relativos à aplicação de impostos de saída a pessoas coletivas, sendo esta a área que mais releva para o nosso estudo, uma vez que a tributação à saída imposta pela presente Diretiva apenas se aplica às pessoas sujeitas a imposto sobre as sociedades.

No entanto, fica a nota de que a jurisprudência em relação a este tipo de pessoas não é tão favorável, como anteriormente fizemos referência, o que se reflete diretamente na redação da disposição referente ao imposto de saída da Diretiva.

---

<sup>161</sup> Schneeweiss, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», 367.

<sup>162</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 25 final - Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2016/16/UE no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade».

Existe uma proteção muito maior em relação às pessoas singulares que em relação às pessoas coletivas (por exemplo, no caso das menos-valias), no entanto a génese dos impostos que se aplicam tanto a uma como a outra são semelhantes, daí a controvérsia em torno da jurisprudência.

Relembramos que a escolha de acórdãos se prende com o objetivo de explicar como é que a disposição da tributação à saída surge e para acentuar a referida dualidade de critérios consoante esteja em causa uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva.

### **3.2.2.1. ACÓRDÃO *NATIONAL GRID INDUS***

O foco deste acórdão é o surgimento da justificação válida para a restrição que o imposto de saída cria, sendo que a Diretiva vai buscar esta justificação para legitimar a disposição da tributação à saída, pelo que se assiste a uma codificação do que aqui foi decidido.

De notar igualmente que a justificação do combate à elisão fiscal típica foi desconsiderada, pelo que iremos retomar esta temática no capítulo II.

A questão das menos-valias também é desconsiderada, tal como é desconsiderada na Diretiva e que mais à frente iremos dar conta, o que a nosso ver é algo preocupante.

Quanto à constituição de garantia para o diferimento do pagamento, também é uma temática que vai contra o que é dito na jurisprudência que anteriormente analisámos, e que mais tarde se reflete na Diretiva.

O acórdão *National Grid Indus* é conhecido como sendo o primeiro que aborda diretamente a questão dos impostos de saída no âmbito das pessoas coletivas, sendo que é igualmente o primeiro a desviar-se da linha de pensamento em relação aos acórdãos que tratam casos de impostos de saída aplicados a pessoas singulares.

Neste acórdão os impostos de saída são considerados uma restrição à liberdade de estabelecimento, mas uma restrição justificada pela preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, destacando o princípio da territorialidade associado a um elemento temporal, que de resto é a justificação no qual a Diretiva se baseia para a introdução da tributação à saída.<sup>163</sup>

*National Grid Indus BV*, sociedade de direito neerlandês, subsidiária de uma sociedade britânica, transferiu a sua sede efetiva e toda a sua atividade para Londres, Inglaterra.

À data dos factos, a referida sociedade era titular, desde 1996, de um crédito sobre a sociedade

---

<sup>163</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 10.

que era sua detentora, a National Grid Indus plc, e na sequência da valorização da libra esterlina relativamente ao florim neerlandês, gerou, sobre esse crédito, um lucro cambial não realizado.<sup>164</sup>

No momento da transferência da sede societária, o Estado neerlandês decidiu tributar as mais-valias latentes, nomeadamente, o lucro cambial que foi gerado desde 1996 sobre o referido crédito.

Neste acórdão existem cinco pontos essenciais a ter em conta e que, posteriormente, se refletem na Diretiva:

Primeiro, quanto à justificação para esta restrição, o Estado neerlandês invoca a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, e o TJUE considera que esta, em termos abstratos, é uma justificação válida e legítima reconhecida em jurisprudência anterior, pelo que em conformidade com o princípio da territorialidade associado a um elemento temporal, isto é, a residência fiscal do sujeito passivo tributário no território nacional durante o período em que as mais-valias latentes se verificaram, um Estado-Membro pode tributar essas mais valias no momento em que este emigra, sendo que o TJUE considera que a medida em causa é adequada a garantir a preservação do poder de tributação entre os Estados-Membros.<sup>165</sup>

Segundo, quanto ao facto de as disposições nacionais não terem em conta as menos-valias que, entretanto, poderiam surgir, a Comissão considerava que, segundo jurisprudência anterior, e por nós analisada no acórdão *N*, atendendo ao princípio da proporcionalidade, a disposição nacional só poderia ser considerada proporcional se tivesse em conta as menos-valias geradas.

No entanto, o TJUE assim não considera, defendendo que o Estado de origem não é obrigado a ter em conta as eventuais perdas cambiais após a sociedade ter transferido a sua sede.<sup>166</sup>

Terceiro, quanto à cobrança imediata do imposto, o TJUE considera que um regime nacional que ofereça às sociedades a opção entre o pagamento imediato e o pagamento diferido do montante do imposto, acrescido, se for o caso, de juros, constitui uma medida que é simultaneamente adequada a garantir a repartição equilibrada dos poderes de tributação e é menos lesiva da liberdade de estabelecimento que a disposição nacional conforme se apresenta no processo.<sup>167</sup>

Quarto, quanto ao risco que está associado ao diferimento do pagamento do tributo, o TJUE defende que, para colmatar este risco, poderão ser tomadas medidas como a constituição de uma garantia bancária.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10, par. 10 a 12.

<sup>165</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 44 e ss.

<sup>166</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 59.

<sup>167</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 73.

<sup>168</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 74.

Por fim, quinto, referimo-nos a uma pequena nota que se encontra no final do acórdão, respeitante ao facto desta medida poder ser justificada como uma medida de combate à elisão fiscal, sendo que o TJUE considera que, à semelhança de outros acórdãos<sup>169</sup>, “(...) a simples circunstância de uma sociedade transferir a sua sede para outro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de fraude e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (...)”<sup>170</sup>

Deste acórdão retira-se essencialmente o seguinte: (1) É evidente que existe uma restrição à liberdade de estabelecimento, e esta restrição poderá ser justificada, que neste caso era justificada com base no objetivo da repartição equilibrada dos poderes de tributação, assente no princípio da territorialidade aliado a um elemento temporal (que é a justificação que a Diretiva acolhe para justificar a introdução do mecanismo da tributação à saída), ao passo que o combate à elisão fiscal foi desconsiderado; (2) O Estado-Membro que verifica a mais-valia latente tem de dar opção ao sujeito passivo tributário de pagar o tributo imediatamente ou diferir para o futuro (este diferimento também é acolhido na Diretiva em apreço); (3) o risco de não pagamento em caso de pagamento diferido poderá ser colmatado através da constituição de uma garantia e (que também está previsto na Diretiva); (4) As menos-valias verificadas após a transferência da sede societária não têm de ser tidas em conta no país de origem (sendo que na Diretiva não existe qualquer referência a este respeito).

### **3.2.2.2. ACÓRDÃO *COMMISSION V. PORTUGAL***

A razão pela qual é essencial a abordagem deste acórdão é para mostrar que nem só a transferência da sede societária dá origem à aplicação de impostos de saída.

A transferência parcial ou total dos ativos de um estabelecimento estável para uma sociedade não residente no Estado-Membro em questão, desencadeia a aplicação deste tipo de impostos, sendo que esta jurisprudência se reflete diretamente na tributação à saída da Diretiva em apreço.

Também é relevante na medida em que se admite, tal como no acórdão anterior, que um imposto de saída poderá ser admitido, mesmo criando uma restrição à liberdade de estabelecimento, desde que seja dado ao sujeito passivo tributário a possibilidade de diferimento.

No acórdão *Commission v. Portugal*<sup>171</sup>, o TJUE considerou, na mesma linha de pensamento do

---

<sup>169</sup> A título de exemplo, Tribunal de Justiça da União Europeia, Hughes Lasteyrie du Saillant, Processo C-9/02.

<sup>170</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, National Grid Indus, Processo C-371/10, par. 84.

<sup>171</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Portugal*, Processo C-38/10; Bruno Santiago e António Queiroz Martins, «Recent ECJ Judgment

acórdão *National Grid Indus*, que os artigos 76.º-A e 76.º-B do CIRC, à data dos factos, eram incompatíveis com a liberdade de estabelecimento.<sup>172</sup>

Ao contrário do que se passou em *National Grid Indus*, neste acórdão não há uma análise às possíveis restrições, sendo que se referiu ao diferimento do pagamento defendendo que constituía uma medida menos restritiva da liberdade de estabelecimento.<sup>173</sup>

Daqui se infere que, mesmo que TJUE não se tenha pronunciado quanto à admissibilidade da justificação, ao dizer que existiriam medidas menos restritivas da liberdade, é, em princípio, assumir que a tributação das mais-valias latentes, aliadas aos princípios da territorialidade em consonância com um elemento temporal, é possível e justificada, pelo que entendemos que o imposto de saída aplicado à transferência de um estabelecimento estável sito em Portugal e que transfira os seus ativos para outro Estado-Membro não se opõe à liberdade de estabelecimento, se for dado ao sujeito passivo tributário a possibilidade do diferimento do pagamento.

Quanto a este diferimento do pagamento, não houve desenvolvimentos na temática das garantias ficando, portanto, neste momento uma questão a responder.<sup>174</sup>

### **3.2.2.3. ACÓRDÃO *COMMISSION V. DENMARK***

O acórdão que se segue, *Commission v. Denmark*<sup>175</sup>, envolve a temática do diferimento do pagamento, admitindo que os Estados-Membros poderão fixar outro momento de pagamento diferente daquele em que normalmente ocorre, logo após a saída da sociedade.

No entanto este outro momento que poderá ser fixado não ficou muito bem claro, discutindo-se igualmente os riscos que acarreta o pagamento diferido para o momento da alienação.

Por comparação, não houve lugar a qualquer discussão em relação a esta temática relativamente à jurisprudência no âmbito das pessoas singulares, tendo ficado bem claro, no acórdão *Wächtler*, que o diferimento do pagamento para o momento da alienação constituía uma medida menos gravosa que um mecanismo de diferimento do pagamento em prestações.

---

Regarding Portuguese Exit Tax Provisions», *International Transfer Pricing Journal*, 2013.

<sup>172</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Denmark*, Processo C-261/11, par. 27 e 28. O art.º 76.º-A do CIRC determinava que aquando da transferência da sede societária, seria aplicado um imposto de saída que tributava as mais-valias latentes geradas em território português, de cobrança imediata. O art.º 76.º-B previa, igualmente, se os ativos afetos a um estabelecimento estável em Portugal, fossem transferidos para outro Estado-Membro, haveria lugar ao imposto de saída, também este de cobrança imediata sem a possibilidade de diferimento do pagamento.

<sup>173</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Portugal*, Processo C-38/10, par. 32.

<sup>174</sup> Luca Cerioni, «The “Final Word” on the Free Movement of Companies in Europe Following the ECJ's VALE Ruling and a Further Exit Tax Case?», *European Taxation*, 2013, 334 a 337.

<sup>175</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Denmark*, Processo C-261/11.

Neste caso, o TJUE considerou que as disposições dinamarquesas que aplicavam um imposto de saída aquando da transferência dos ativos de um estabelecimento estável sito na Dinamarca para outro Estado-Membro, eram contrárias à liberdade de estabelecimento, uma vez que constituíam uma discriminação face a situações em que os ativos eram transferidos dentro da Dinamarca e que não davam aso a aplicação de qualquer imposto.<sup>176</sup>

Para além disso, as disposições dinamarquesas impunham o pagamento imediato do tributo sendo que, com base em jurisprudência anterior e por nós já analisada, o TJUE considerou que a medida era desproporcional uma vez que ia para além do necessário para assegurar o objetivo a que a disposição se propunha.<sup>177</sup>

O problema é que neste caso o governo da Dinamarca dizia que o pagamento imediato do tributo era proporcional em relação aos ativos transferidos que, posteriormente, não seriam alienados, pelo que o diferimento até ao momento da disposição dos ativos poderia acarretar problemas na recuperação do montante do tributo, pelo que o TJUE considera que o facto de que os ativos não serão, posteriormente à transferência destes, alienados, não significa que o Estado de origem não tenha a possibilidade de recuperar o montante, sendo que estes poderão fixar outro momento de pagamento diferente do momento da alienação dos ativos.<sup>178</sup>

Para alguns Autores<sup>179</sup>, esta matéria não foi devidamente acautelada pelo TJUE porque não forneceu qualquer tipo de critério para definir outro momento de realização do ativo para além do momento natural que é a alienação ou disposição do bem e mais se adianta que na Diretiva não existe qualquer disposição dando poderes aos Estados-Membros para definir outro momento de realização do ativo diferente daqueles na Diretiva previstos.

#### **3.2.2.4. ACÓRDÃO DMC**

O acórdão *DMC*<sup>180</sup> clarifica algumas questões que ficaram em aberto nos acórdãos anteriores, nomeadamente a questão atinente ao diferimento do pagamento, sendo que este acórdão é muito importante para a Diretiva em estudo na medida em que, no que toca ao diferimento do pagamento em

---

<sup>176</sup> Michael Tell, «Exit Taxation within the European Union/European Economic Area - After Commission v. Denmark (C-261/11)», *European Taxation*, 2014, 47.

<sup>177</sup> Tell, 47; Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Denmark*, Processo C-261/11, par. 32.

<sup>178</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Denmark*, Processo C-261/11, par. 37 e 38.

<sup>179</sup> Tell, «Exit Taxation within the European Union/European Economic Area - After Commission v. Denmark (C-261/11)»; Olga Sendetska, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», *EC Tax Review*, 2014.

<sup>180</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *DMC*, Processo C-164/12.

prestações ao longo de cinco anos resulta diretamente deste acórdão.

No que respeita a constituição de garantia, este acórdão é igualmente importante para a Diretiva uma vez que o seu art.º 5.º, n.º 3 resulta da jurisprudência presente neste acórdão. No entanto, tal como na Diretiva, não adiantam qual é o critério para avaliar o risco.

No acórdão *DMC* o TJUE analisa um caso de uma disposição alemã que estabelecia um mecanismo de pagamento faseado, cuja concessão estava sujeita a uma garantia.

Existem duas temáticas essenciais que deverão ser analisadas neste caso: as opções de diferimento e a constituição de garantias.

No que concerne as opções de diferimento, no acórdão *DMC* o TJUE considerou que, ao ser disponibilizado ao sujeito passivo tributário a opção entre o pagamento imediato e o pagamento faseado ao longo de cinco anos, as disposições alemãs não iam para além do necessário para assegurar a repartição equilibrada dos poderes de tributação.<sup>181</sup>

No que toca à constituição de garantias a quando da concessão do diferimento do pagamento, o TJUE salienta, neste acórdão, que a constituição de garantias bancárias comporta um efeito restritivo, visto que o sujeito passivo tributário se vê privado do património constituído para garantia, que de resto já era jurisprudência assente em *Hughes Lasteyrie du Saillant*<sup>182</sup>, pelo que o TJUE concluiu que esta exigência não poderá ser imposta.

No entanto, considera que é legítimo que os Estados-Membros tenham em conta o risco de não cobrança do imposto devido, pelo que a imposição de uma garantia bancária terá de ser avaliada casuisticamente, avaliando o referido risco<sup>183</sup>, que, na nossa opinião, estará desenhado para os casos em que a sociedade transfere a sua sociedade, ou ativos, para um país terceiro que saem fora do escopo da Diretiva 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.

### **3.2.2.5. ACÓRDÃO *VERDER LABTEC***

O acórdão *Verder LabTec*, apesar de ser um acórdão que pouco inova relativamente às questões pelos outros abordadas, é de extrema importância tendo em conta o art.º 3.º e o art.º 5.º, n.º 2 da Diretiva em apreço, na medida em que este acórdão permite que o pagamento do imposto mediante

---

<sup>181</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 65.

<sup>182</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Hughes Lasteyrie du Saillant*, Processo C-9/02, par. 47.

<sup>183</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *DMC*, Processo C-164/12, par. 65 a 67; Sendetska, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», 236.



o pagamento em prestações ao longo de dez anos.

*Verder LabTec*, uma empresa de direito alemão, transferiu ativos para o seu estabelecimento estável para os Países Baixos, sendo que a administração fiscal alemã optou por tributar as mais-valias latentes relativamente aos ativos transferidos, incorporando-os nos dez anos seguintes.<sup>184</sup>

A empresa em questão recorreu da decisão, alegando que a legislação alemã violava a liberdade de estabelecimento, defendendo que a cobrança do imposto relativo às mais-valias latentes no momento da sua realização seria uma medida menos onerosa para o sujeito passivo tributário.<sup>185</sup>

O TJUE neste caso não se pronunciou concretamente relativamente ao facto de que a arrecadação do tributo poderia ser efetuada no momento da realização.

Ao invés, o tribunal argumentou que uma medida como esta “(...) é adequada a garantir a preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros em causa.”<sup>186</sup>, e que “(...) há que ter igualmente em conta o risco do imposto não ser cobrado, que aumenta em função do decurso do tempo, o qual pode ser levado em conta pelo Estado-Membro em causa, no âmbito da sua legislação nacional aplicável ao pagamento diferido das dívidas fiscais.”<sup>187</sup>

Neste contexto, e uma vez que em *DMC* tinham permitido o pagamento parcelado em cinco anuidades, consideraram legítimo o pagamento em dez anuidades.<sup>188</sup>

Segundo esta jurisprudência, achamos pelo menos questionável a razão pela qual a Diretiva não adotou o pagamento faseado até dez anuidades sendo que seria uma medida menos onerosa para o sujeito passivo tributário.<sup>189</sup>

Quanto a este acórdão poderemos retirar essencialmente duas grandes ilações: (1) de acordo com o carácter *de minimis* da Diretiva, com base neste acórdão, nada obsta a que o Estado-Membro disponibilize o pagamento em dez anuidades ao sujeito passivo tributário e; (2) No caso de transferência, quer da sede societária, quer de ativos, podemos dizer que é imprudente argumentar que no decurso do tempo será mais difícil a arrecadação da dívida tributária, pelo que tal argumentação seria admitir a ineficácia da Diretiva 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.

---

<sup>184</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Verder LabTec*, Processo C-657/13, par. 18 a 20.

<sup>185</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 24.

<sup>186</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 47.

<sup>187</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 50.

<sup>188</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 52 e 53.

<sup>189</sup> Retomaremos esta questão no capítulo II – 1.2.1. Diferimento do Pagamento.

Em suma, no conjunto da jurisprudência do TJUE, relativamente aos impostos de saída aplicados às pessoas coletivas há alguns aspetos que estão implicados na Diretiva e no objetivo do nosso trabalho.

Primeiro, a justificação dos impostos de saída como instrumento de combate à evasão fiscal não é colhida pelo TJUE, sendo que a justificação válida se prende com a repartição equilibrada dos poderes de tributação entre os Estados-Membros juntamente com um elemento temporal, sendo que é esta a justificação adotada pela Diretiva em detrimento da justificação relacionada com o combate à elisão fiscal típica.

No capítulo II iremos abordar uma questão que está diretamente ligada com a justificação utilizada na Diretiva, que advém da jurisprudência, onde é analisado o impacto da elisão fiscal típica não ser utilizada como justificação para a introdução da tributação à saída.

Segundo, ao sujeito passivo tributário deve ser dada a oportunidade de pagar imediatamente o tributo ou diferimento para o futuro mediante o pagamento faseado até dez anos.

Na Diretiva, como vamos ver à frente, o prazo para o pagamento foi fixado em cinco anos, no entanto a jurisprudência permite um período mais alargado, pelo que, no capítulo II, iremos referir esta possibilidade.

Terceiro, os Estados-Membros podem exigir ao sujeito passivo tributário uma garantia para colmatar o risco de não cobrança do tributo que deverá ser avaliado casuisticamente, sendo que na jurisprudência não existem critérios para tal avaliação.

Por último, as menos-valias, tal como demos conta em *National Grid Indus*, não têm de ser tidas em conta, o que é bastante controverso uma vez que vai contra o que foi dito na jurisprudência relativa a impostos de saída aplicados a pessoas singulares e que achamos um ponto muito importante e que vai ser abordada também no capítulo II, uma vez que consideramos que é um dos problemas que resulta da aplicação do imposto introduzido pela Diretiva.

#### **4. RELAÇÃO ENTRE OS IMPOSTOS DE SAÍDA E A TRANSFERÊNCIA SOCIETÁRIA E DE QUE MANEIRA É QUE ESTA PODERÁ CONSTITUIR ELISÃO FISCAL**

Neste particular temos de fazer algumas considerações preliminares com o intuito de justificar a abordagem a esta matéria.

Esta matéria, como veremos, até a data da entrada em vigor da Diretiva em apreço, não havia harmonização europeia que regesse a saída das sociedades, uma vez que os Estados-Membros eram competentes para definir o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que mantivesse a

qualidade de sociedade constituída em conformidade com o seu direito nacional e daí beneficiar do direito de estabelecimento.<sup>190</sup>

Neste ponto iremos ver de que forma é que a Diretiva vem harmonizar esta matéria com a introdução dos impostos de saída em todos os ordenamentos jurídicos.

Mais que uma vantagem, podemos considerar que só pelo facto de terem harmonizado esta matéria, será um ponto a favor a quando da avaliação da proporcionalidade do mecanismo face às restrições que coloca, matéria que vai ser alvo de abordagem no capítulo II e que faz parte da determinação da eficácia do imposto de saída.

Por fim, iremos abordar a matéria referente à transferência da sede societária como meio para ingressar em elisão fiscal, que será benéfico para o nosso trabalho na medida em que ficaremos com uma ideia da maneira como é que o sujeito passivo tributário poderá usar a transferência da sede societária para poupar impostos.

As pessoas coletivas, quanto à sua natureza, não são iguais às pessoas singulares, isto porque as pessoas coletivas, ou pessoas de direito, precisam de um conjunto de normas que as tornem como tal, sendo que para o Código Civil a sociedade é encarada como um contrato.<sup>191</sup> Este contrato é apenas o ato constitutivo normal<sup>192</sup> da sociedade.

Os elementos deste contrato estão indicados no art.º 9.º do Código das Sociedades Comerciais e, mais concretamente, no n.º 1, alínea e) desse artigo, é obrigatório conter no contrato a sede da sociedade, constituindo assim a *sede estatutária*, isto é o “local concretamente definido onde a sociedade se considera situada para a generalidade dos efeitos jurídicos em que a localização seja relevante”.<sup>193</sup>

Este conceito de *sede estatutária* terá de ser relacionado com o conceito de *direção efetiva*, ou seja, “(...) o local onde são tomadas as decisões de gestão estratégicas, isto é, onde é decidida a política central da sociedade, normalmente a cargo de um Conselho de Administração ou de um ou mais administradores.”<sup>194</sup>

Esta relação é importante porque para efeitos fiscais, para uma sociedade ser considerada residente num determinado território, por vezes, é necessário a verificação simultânea dos dois conceitos

---

<sup>190</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Cartesio, Processo C-210/06» (2008), par. 110.

<sup>191</sup> Art.º 980.º do CC.

<sup>192</sup> Jorge Henrique da Cruz Pinto Furtado, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.ª ed. (Coimbra: Livraria Almedina, 2000), 59. O Autor salienta que, por vezes, a sociedade não se constitui por contrato “(...) mas através de figuras jurídicas diferentes, como o *negócio unilateral* ou o *diploma legal*”.

<sup>193</sup> *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 2.ª ed., vol. 1 (Coimbra: Edições Almedina, 2017), 183; Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª (Coimbra: Almedina, 2016), 128 e ss.; Jorge M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, 4ª, vol. II-(Das Sociedades) (Coimbra: Almedina, 2013), 105 e ss.

<sup>194</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 38.

e, no que interessa para a personalidade jurídica da sociedade, a *direção efetiva* ou sede principal e efetiva é importante para determinar o estatuto pessoal da mesma.<sup>195</sup>

Em Portugal, a lei pessoal das sociedades está definida no art.º 3.º, n.º 1 do CSC, que diz que a lei pessoal das sociedades comerciais é “(...) a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração”.<sup>196</sup>

Esta disposição, em consonância com o art.º 2.º, n.º 1, alínea a) do CIRC, conclui-se que, para efeitos fiscais, basta que haja *direção efetiva* da sociedade comercial em Portugal e a dita sociedade passa a ser tributada pelos seus rendimentos globais em Portugal.

Ao abrigo da liberdade de estabelecimento, como vimos anteriormente, prevista no art.º 49.º do TFUE, as sociedades gozam de um direito de transferir a sua sede livremente para outro Estado-Membro e é neste domínio que a zona cinzenta da questão se encontra: ao ser transferida a sede societária, a sociedade perde ou não a personalidade jurídica? De outro modo: os Estados-Membros permitem a saída de uma sociedade comercial mantendo a personalidade jurídica ou, pelo contrário, para a mesma exercer o seu direito de estabelecimento, exigem a sua dissolução no país de saída e, conseqüente, constituição no país para onde pretende transferir-se?

Ora, a resposta não se afigura de todo fácil, uma vez que não existe harmonização destas matérias a nível da União Europeia, tendo os Estados-Membros liberdade para definir o seu próprio regime de manutenção ou não da personalidade jurídica.

No entanto, como iremos explicar mais à frente, com a entrada em vigor desta Diretiva poderemos considerar que estas questões ficam, indiretamente, uniformizadas.

A *teoria da incorporação* pauta-se por ser aquela que permite a transferência da sede societária sem que, para o efeito, haja dissolução da mesma, isto porque a lei aplicável à sociedade é a lei do Estado da sua constituição, sendo que a sociedade poderá ser reconhecida como tal noutros Estados-Membros sem que para o efeito se tenha de dissolver. O único requisito necessário é que a *sede estatutária*, referida anteriormente, se mantenha no Estado-Membro de constituição.<sup>197</sup>

Ao invés, a *teoria da sede real* determina que apenas o Estado-Membro onde a sociedade tem a sua *sede real e efetiva* é competente para regular a sociedade, sendo que a lei pessoal que lhe é aplicada é a lei do Estado onde tem a sua *direção efetiva*.

Isto implica que a sociedade se tenha de dissolver no Estado-Membro de “saída” e se constitua

---

<sup>195</sup> *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 1:184.

<sup>196</sup> *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 1:75.

<sup>197</sup> Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 39.

no Estado de “entrada”.<sup>198</sup>

Como será fácil de depreender, estas questões chegaram ao TJUE, sendo que a primeira análise foi feita no acórdão *Daily Mail*<sup>199</sup>.

Este acórdão, muito sucintamente, tratava o caso de uma sociedade britânica que pretendia transferir a sua sede para os Países Baixos, tendo-o feito de forma automática ainda que a lei britânica determinasse que a transferência operava por meio de um requerimento que, posteriormente, a *Daily Mail* apresentou, tendo sido indeferido e o caso foi analisado pelo TJUE.

A questão essencial deste caso residia em saber se o Direito da União Europeia se opunha a que um Estado-Membro proibisse a saída da sociedade se assim esta conseguisse fugir ao pagamento de impostos sobre o rendimento já auferido e fugir também aos impostos que seriam exigíveis se mantivesse a sede naquele território.<sup>200</sup>

Neste sentido, o TJUE decidiu que a liberdade de estabelecimento não se aplicava a transferências da sede societária uma vez que, como não existe harmonização destas matérias, os Estados-Membros poderiam definir o vínculo de dependência que as sociedades têm para com estes, pelo que a decisão final foi no sentido de que o Direito da União Europeia não se opunha a que um Estado-Membro proibisse a transferência da sede societária, muito embora neste caso a legislação inglesa permitisse a transferência da sede societária sem a perda da personalidade jurídica, ou seja, sem que a empresa tivesse de se dissolver.<sup>201</sup>

Depois do caso *Daily Mail*, seguiu-se a jurisprudência mais conhecida nesta matéria que é a trilogia de acórdãos *Centros*<sup>202</sup>, *Überseering*<sup>203</sup> e *Inspire Art*<sup>204</sup>.

O Acórdão *Centros* tratava o caso de um casal dinamarquês que constituiu uma sociedade no Reino Unido com o intuito de evitar as leis dinamarquesas por estas serem mais exigentes no domínio do capital social mínimo.<sup>205</sup>

---

<sup>198</sup> Ribeiro, 39.

<sup>199</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «*Daily Mail*, Processo C-81/87» (1988).

<sup>200</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 9.

<sup>201</sup> Maria Miguel Carvalho, «Sociedades Comerciais», em *Direito da União Europeia - Elementos de Direito e Políticas da União* (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 726; Schneeweiss, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», 367; Hurk e Korving, «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union», 150; Prof. Henk P.A.M. van Arendonk, «Exit Taxes: Separation of Powers?», *EC Tax Review*, 2010, 60 e 61; Tribunal de Justiça da União Europeia, *Daily Mail*, Processo C-81/87, par. 18 a 25.

<sup>202</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «*Centros*, Processo C-212/97» (1999).

<sup>203</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «*Überseering*, Processo C-208/00» (2002).

<sup>204</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «*Inspire Art*, Processo C-167/01» (2003).

<sup>205</sup> Carvalho, «Sociedades Comerciais», 727.

Como o objetivo era exercer a atividade na Dinamarca, os mesmos solicitaram o registo da sucursal da sociedade britânica naquele território, pelo que o mesmo foi indeferido com fundamento no facto de que a sociedade constituída no Reino Unido não exercia qualquer atividade, sendo que o objetivo da criação da sucursal era para exercer naquele território a atividade principal, ao arrepio das normas dinamarquesas no que respeita à constituição de sociedades.<sup>206</sup>

Posto isto, a questão foi analisada pelo TJUE que concluiu que os Estados não podem recusar a “entrada” das sociedades uma vez que atenta à liberdade de estabelecimento.

Numa situação parecida situa-se o acórdão *Überseering* que trata o caso de um litígio entre a *Überseering* e uma sociedade de Direito alemão por causa de defeitos na execução dos trabalhos de pintura que a última prestou à primeira.

No entanto, na pendência do litígio, a capacidade jurídica e judicial foi controvertida, apesar da *Überseering* ter transferido a sua sede efetiva para a Alemanha.<sup>207</sup>

A questão chegou ao TJUE com o intuito de se saber se é legítimo que o Estado de entrada possa apreciar a capacidade judiciária da sociedade que para o seu território se transferiu e que foi validamente constituída noutro Estado-Membro.

O órgão de reenvio pergunta ainda se, em caso de resposta afirmativa à primeira pergunta, o Estado-Membro de entrada é obrigado a reconhecer a capacidade jurídica e judiciária da sociedade de acordo com o direito do Estado onde esta foi constituída.<sup>208</sup>

Quanto à primeira questão, o TJUE considerou que era uma restrição à liberdade de estabelecimento a recusa de reconhecer a capacidade jurídica de uma sociedade constituída em conformidade com o direito de outro Estado-Membro.<sup>209</sup>

Relativamente à segunda questão, o TJUE afirma que “decorre da resposta dada à primeira questão que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro (...) [impõe-se] a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do Estado de constituição.”<sup>210</sup>

Em situação igualmente idêntica encontra-se o acórdão *Inspire Art*.<sup>211</sup>

---

<sup>206</sup> Carvalho, 727.

<sup>207</sup> Carvalho, 728.

<sup>208</sup> Carvalho, 728.

<sup>209</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Überseering*, Processo C-208/00, par. 82.

<sup>210</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 95.

<sup>211</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Inspire Art*, Processo C-167/01.

O caso tratava de uma sociedade britânica, a Inspire Art, que viu a sua inscrição na Câmara do Comércio de Amsterdão depender da utilização, por parte da empresa na vida comercial, da expressão “sociedade formalmente estrangeira”.<sup>212</sup>

Neste caso o TJUE considerou que a legislação do Estado-Membro que faça depender o exercício da liberdade de estabelecimento a determinadas condições, é contra a liberdade de estabelecimento prevista no Direito da União Europeia.

Em último lugar, o acórdão *Cartesio*<sup>213</sup> onde, duas décadas depois de *Daily Mail*, se esperavam progressos na proteção da liberdade de estabelecimento, mas a decisão surpreendeu alguns Autores<sup>214</sup>, considerando-a como um passo atrás em relação à trilogia *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, que fizemos referência anteriormente.

A *Cartesio* era uma sociedade de direito húngaro que fez um pedido, no registo comercial no país da sua constituição, para transferir a sede para Itália.

O pedido efetuado foi indeferido com fundamento no facto de que “(...) a lei húngara em vigor não permite que a sociedade constituída na Hungria transfira a respectiva sede para o estrangeiro continuando, ao mesmo tempo, a estar sujeita ao direito húngaro como lei pessoal.”<sup>215</sup>

A questão chegou ao TJUE onde se perguntava essencialmente se as disposições da União Europeia relativas à liberdade de estabelecimento se opõem a uma prática nacional que impeçam uma sociedade desse Estado-Membro de transferir a sede para outro Estado-Membro.

A decisão do TJUE foi de encontro com aquilo que tinha inicialmente decidido em *Daily Mail*, isto é, em virtude de não haver harmonização nesta matéria, os Estados-Membros são competentes para definir “não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que esta possa ser considerada constituída em conformidade com o seu direito nacional e suscetível, a esse título de beneficiar do direito de estabelecimento, como o vínculo de dependência exigido para manter essa qualidade posteriormente.

Tal faculdade engloba a possibilidade de esse Estado-Membro não permitir a uma sociedade constituída ao abrigo do seu direito nacional, conservar essa qualidade quando pretenda reorganizar-se noutro Estado-Membro mediante a deslocalização da sua sede para o território deste último, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de

---

<sup>212</sup> Carvalho, «Sociedades Comerciais», 728.

<sup>213</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Cartesio*, Processo C-210/06.

<sup>214</sup> Por exemplo, Rui M. Pereira Dias, «O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades», *Direito das Sociedades em Revista*, 2010, 221 e ss.; Ana Paula Dourado e Pasquale Pistone, «Looking beyond *Cartesio*: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», *Intertax*, 2009.

<sup>215</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Cartesio*, Processo C-210/06, par. 24.

constituição.”<sup>216</sup>

Por esta razão, considera-se que as disposições do direito da União Europeia não se opõem a que disposições nacionais impeçam que uma sociedade constituída no seu território, “(...) transfira a respetiva sede para outro Estado-Membro, conservando, ao mesmo tempo, a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-Membro em conformidade com o qual foi constituída.”<sup>217</sup>

Vista a jurisprudência em matéria da transferência da sede societária com manutenção da personalidade jurídica, temos a dizer o seguinte: (1) a jurisprudência do TJUE analisada vai no sentido de que os Estados-Membros são livres de optar por uma das teorias, sendo que a mais “amiga” dos valores defendidos pela União Europeia é a *teoria da incorporação*; (2) O TJUE acolhe a “tese da criação nacional” segundo a qual as sociedades são fruto de um conjunto de disposições nacionais que lhe dão forma, sendo que estas disposições definem a sua constituição e fundamento, podendo o Estados-Membros impor restrições à saída da sociedade<sup>218</sup>, mas estão proibidos de impor restrições à entrada da sociedade<sup>219, 220</sup>.

Posto isto, cabe agora referimo-nos à relevância desta matéria com a tributação à saída, isto é, no que é que a transferência da sede societária tem que ver com os impostos de saída, que são neste estudo objeto de análise?

A verdade é que a escolha de um dos regimes tem impacto direto na tributação à saída, isto é, os Estados-Membros pretendem sempre assegurar o mínimo de perda de receita possível, sendo que, como já vimos anteriormente, a transferência da sede societária implica uma perda de receita que terá de ser suprida ou pelo menos minimizada.

Neste sentido, se um Estado-Membro optar pela *teoria da incorporação* adotará ao mesmo tempo a tributação à saída uma vez que a sociedade tem hipótese de manter a personalidade jurídica e, conseqüentemente, não é necessária a sua dissolução, para que o Estado obtenha receitas.

Ao invés, se o Estado optar pela *teoria da sede real* significa que a perda de receita poderá ser minimizada através da dissolução da empresa e conseqüente apuramento das suas contas.

Aqui não há lugar a tributação à saída, porque a receita é arrecada através da dissolução.

Concluimos esta matéria com aquilo que consideramos a solução para este problema, isto é,

---

<sup>216</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 110.

<sup>217</sup> Carvalho, «Sociedades Comerciais», 732.

<sup>218</sup> Como vimos em *Daily Mail* e *Cartesio*.

<sup>219</sup> Como vimos na trilogia *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*.

<sup>220</sup> Carvalho, «Sociedades Comerciais», 724.



até então os Estados-Membros teriam de escolher uma das duas teorias, sendo certo que o Estado que optasse pela dissolução da sociedade não adotaria imposto de saída e vice-versa.

Com a entrada em vigor da Diretiva em estudo, e visto que esta contém uma disposição impondo aos Estados a adoção da tributação à saída, podemos considerar que esta matéria já está uniformizada uma vez que os Estados-Membros terão, obrigatoriamente, de adotar impostos de saída e dessa forma a dissolução da sociedade para precaver a arrecadação de receita não é mais precisa, caindo por terra a *teoria da sede real*.<sup>221</sup>

Esta questão é especialmente interessante porque os mais sépticos em relação a este tipo de impostos poderão encontrar aqui uma boa razão para sustentar os impostos de saída.

No nosso caso, como iremos ver no capítulo II<sup>222</sup>, é um ponto positivo da tributação à saída, mas existem outros problemas que são muito relevantes e que devem ser tidos em conta.

Por último, e como adiantámos no início deste ponto, vamos ver de que forma é que a transferência da sede societária ou transferência de ativos, pode constituir elisão fiscal, sendo que desta forma iremo-nos pronunciar acerca da elisão fiscal internacional.

A elisão fiscal *internacional* consiste “(...) na prática de atos (em princípio) lícitos, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, tendo por objetivo evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas impedindo a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica (mais favorável).”<sup>223</sup>

ALBERTO XAVIER, acentua a ideia de afastar o ordenamento jurídico que mais encargos representar, sendo que acerca da elisão fiscal internacional diz que “Trata-se (...) de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas, através de actos ou conjuntos de actos, que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica (mais favorável).”<sup>224</sup>

Até aqui retiramos, essencialmente, que a elisão fiscal internacional se caracteriza num conjunto de atos, praticados pelo sujeito passivo tributário, que levam ao afastamento das leis de um ordenamento jurídico por este estar associado a uma carga tributária mais alta, para que lhe sejam

---

<sup>221</sup> Para mais desenvolvimentos no que diz respeito à mobilidade das sociedades na União Europeia, Aurora Ribes Ribes, «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», *Intertax*, 2012; António Castro Caldas, «A Transferência de Residência Fiscal de Sociedades em IRC», *Fiscalidade*, n.º 15, 2003.

<sup>222</sup> 1.5.6. A utilidade da tributação à saída face às restrições que coloca

<sup>223</sup> Clotilde Celorico Palma, «Planeamento Fiscal Internacional», 128.

<sup>224</sup> Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2017, 351. Tendo uma definição muito semelhante a CLOTILDE PALMA.

aplicadas as leis de outro ordenamento jurídico por este representar uma carga tributária mais baixa.

Tal como no planeamento fiscal, tem de haver, obrigatoriamente, a presença de dois ou mais ordenamentos jurídicos, sendo que o objetivo do sujeito passivo tributário é afastar a aplicação das normas do ordenamento jurídico que mais encargos fiscais acarretar para este.

De acordo com o conceito típico de elisão fiscal, teremos de ter igualmente um elemento manipulado, ou seja, segundo CLOTILDE PALMA, existem duas formas de classificar a elisão fiscal *internacional* de acordo com o elemento de conexão que é manipulado: será subjetiva quando elemento de conexão utilizado é um elemento subjetivo, como por exemplo, a residência ou o domicílio do contribuinte; será objetiva quando o elemento de conexão utilizado é um elemento objetivo, como por exemplo, o local de exercício da atividade.<sup>225</sup>

Esta distinção afigura-se de enorme importância, uma vez que o nosso estudo, relativo aos impostos de saída como meio de combater a elisão fiscal, prende-se, nomeadamente, com uma destas formas de elisão, a subjetiva.

ALBERTO XAVIER vai mais longe e diz-nos que a elisão fiscal internacional objetiva pode ainda ter vários tipos, sendo que o critério de distinção é o objetivo do sujeito passivo na manipulação do elemento de conexão, isto é, segundo o autor, a primeira espécie tem como fim dividir o rendimento, dividindo-o por vários territórios; a segunda tem por objetivo acumular o rendimento, de modo a que ele se fixe num país, numa região ou num território fiscalmente mais vantajoso “(...) de tal modo, que a tributação seja diferida (*tax defera*) para a eventualidade de o rendimento ser distribuído(...)”<sup>226</sup> e; a terceira espécie tem a ver com o objetivo, por parte do sujeito passivo tributário, transferir o rendimento de um ordenamento para outro que lhe conceda tratamento mais favorável.<sup>227</sup>

Posto isto estaremos capazes de identificar quando é que existe elisão fiscal internacional ligada à transferência da sede societária ou à transferência de ativos, isto é, o sujeito passivo, sabendo que a tributação de determinado ordenamento jurídico lhe será mais benéfica, utilizará meios artificiais (pois estamos no domínio da elisão fiscal) para que essas leis lhe sejam aplicadas, constituindo, portanto, uma manipulação do elemento de conexão *residência*.

A questão fundamental é saber se nestes casos o imposto de saída tem ou não alguma função, sendo que o título da Diretiva seria de pressupor que sim, mas como veremos no ponto 1.5.3. do capítulo II, não é essa a nossa opinião na medida em que não é da competência da tributação à saída acautelar

---

<sup>225</sup> Palma, «Planeamento Fiscal Internacional», 128.

<sup>226</sup> Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2017, 353.

<sup>227</sup> Xavier, 353.

estas situações.

## **5. A ELISÃO FISCAL, FIGURAS ADJACENTES E A EROÇÃO DAS BASES TRIBUTÁRIAS**

Vista a matéria relativa aos impostos de saída, vista a jurisprudência do TJUE e a problemática da transferência da sede societária e de que maneira é que esta pode constituir elisão fiscal, iremos agora fazer uma incursão no conceito de elisão fiscal bem como nos conceitos adjacentes a este, uma vez que o principal objetivo da Diretiva e do plano BEPS, é o combate a estes comportamentos.

A razão pela qual fazemos esta exposição deve-se ao facto de que os impostos de saída na Diretiva são assumidos como um mecanismo de combate à elisão fiscal.

No entanto, fica a dúvida: que conceito de elisão fiscal é que é tido em conta no plano BEPS e na Diretiva? A elisão fiscal típica por nós comumente conhecida ou, por contrário, um conceito mais flexível que engloba práticas (lícitas ou ilícitas) nocivas ao bom funcionamento do mercado interno?

Outra razão pela qual fazemos esta incursão prende-se com o facto de que se não tivermos presente uma aproximação ao conceito de elisão fiscal e conceitos subjacentes a este, não conseguiremos dar uma resposta ponderada à avaliação a que nos propusemos fazer no início deste trabalho.

Embora o TJUE não tenha aceitado o combate à elisão fiscal, nos casos que fizemos referência anteriormente, como justificação para a restrição que colocam, o propósito dos impostos de saída pode passar por restringir indiretamente certo tipo de comportamentos que são considerados menos lícitos, sendo que nesta fase afigura-se essencial distinguir alguns conceitos para que percebamos quais são os tipos de comportamentos que estão em causa na Diretiva em estudo.

Tendo por base o que já estudámos acerca dos impostos de saída, nomeadamente, a jurisprudência do TJUE, vemos que o conceito típico de elisão fiscal não é aquilo que o mecanismo da tributação à saída visa combater, pelo que será nosso objetivo determinar, no capítulo II, que tipo de comportamentos é que o imposto de saída visa prevenir.

Teremos que ter como ponto de partida a erosão das bases tributárias que estão na origem do plano BEPS, isto é, o que é a erosão das bases tributárias?

Decorre da explicação no primeiro ponto do capítulo I deste trabalho, que a erosão das bases tributárias consiste, de acordo com o plano BEPS, em estratégias de planeamento fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas normas fiscais com o objetivo de fazer “desaparecer” lucros para efeitos fiscais.

Desta aproximação, e também tendo em conta que os comportamentos visados no plano, na sua maioria não são ilegais (fazendo crer que nem sempre estamos perante elisão fiscal típica), resta-nos prosseguir com a delimitação de conceitos para determinarmos que elisão fiscal é que está em causa tanto no plano BEPS como na Diretiva.

Relembramos que a delimitação destes conceitos é de extrema importância uma vez que a eficácia do mecanismo à saída vai depender do conceito de elisão fiscal que tenhamos.

Para o efeito, vamos distinguir um espectro de escolhas fiscais, entre elas selecionámos as mais importantes: planeamento fiscal, elisão fiscal, planeamento fiscal agressivo.

Note-se que deixámos a fraude fiscal de parte uma vez que se tratam de escolhas cuja respetiva sanção está determinada na lei, não havendo qualquer tipo de conexão com a matéria relativa aos impostos de saída.

Antes de passarmos diretamente à delimitação de conceitos, é de elevada importância explicar o porquê de apelidarmos os comportamentos do sujeito passivo tributário de escolhas fiscais.

Os comportamentos que estão inerentes à condução/gestão de uma empresa, desde a sua criação até ao sítio onde esta se localiza, tem implicações fiscais, da mesma forma que uma pessoa singular, ao longo da sua existência como sujeito passivo tributário, adota determinados comportamentos que posteriormente desencadeiam determinada tributação, seja esta mais ou menos gravosa.

Todos estes comportamentos são escolhas. Desde a opção pelo regime de tributação conjunta para efeitos de IRS, passando pelo uso de meios artificiais para obter determinada poupança fiscal, até à ocultação de valores que devam constar de livros de contabilidade, independentemente do grau de ilicitude de cada uma das opções, todas elas são escolhas que o sujeito passivo tributário poderá fazer.

Estas escolhas têm todas um denominador comum que é a redução ou minimização dos encargos fiscais, sendo que, à partida, nenhum sujeito passivo tributário faz as suas escolhas fiscais para aumentar a sua carga fiscal.

Mediante a ilicitude dessas escolhas, poderemos falar em escolhas *intra legem* (aquelas que se encontram de acordo com lei e estão previstas legalmente, pelo que o legislador é o principal promotor da escolha), escolhas *extra legem* (aquelas que vão para além da lei<sup>228</sup>, ou seja, escolhas que não foram previstas pelo legislador) e, por último, escolhas fiscais *contra legem* (sendo estas as escolhas que estão diretamente em desacordo com as normas).

O sujeito passivo tributário pode, portanto, fazer uma escolha fiscal que vai recair sobre uma

---

<sup>228</sup> Como se verá mais a frente, o comportamento adotado neste âmbito não está em total desconformidade com a lei, visto que estes comportamentos respeitam formalmente a lei.

destas três classificações, muito embora haja uma zona cinzenta que é o planeamento fiscal agressivo, onde é difícil avaliar o grau de conformidade com o ordenamento jurídico.

De um modo geral, podemos considerar que esta área do direito fiscal ainda está imbuída de alguma confusão no que toca à terminologia utilizada. Existe um número considerável de autores que não estão, de todo, sintonizados na mesma linha terminológica, muito embora se consiga relevar algumas semelhanças entre eles.

A nossa tarefa vai consistir em abordar cada um dos três conceitos acima referenciados, de modo a ficar bem claro a que escolhas fiscais se refere a Diretiva e o plano BEPS.

### **5.1. PLANEAMENTO FISCAL**

O planeamento fiscal é o primeiro conceito que vamos abordar, sendo que é aquele que corresponde às escolhas fiscais *intra legem*.

Adiantamos desde já que não consideramos que sejam estes os comportamentos que são visados no plano BEPS e na Diretiva, uma vez que a sua componente essencial é o facto de que este tipo de comportamentos, como veremos, explora escolhas que se encontram na lei, logo, queridas pelo legislador.

O ponto chave da abordagem ao planeamento fiscal é a desconsideração do aproveitamento de lacunas como parte integrante deste conceito, uma vez que, como já vimos, no plano BEPS é precisamente esse aproveitamento que deve ser sindicado.

Como diz ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS “a primeira dificuldade na análise do planeamento fiscal dos contribuintes é a da sua distinção em relação a figuras afins. Não há uma definição inequívoca de planeamento fiscal, (...)”.<sup>229</sup>

Em parte, não podemos deixar de concordar que, por mais definições que tenhamos de planeamento fiscal, não existe uma que seja livre de qualquer crítica uma vez que não existe uma definição no nosso ordenamento jurídico daquilo que é ou não considerado planeamento fiscal<sup>230</sup>.

Antes de tudo, convém salientar que existem vários termos para designar o que nós chamamos de planeamento fiscal<sup>231</sup>. Há Autores que se referem ao planeamento fiscal usando outros termos, como por exemplo, *gestão fiscal*, *poupança fiscal*, *aforro*, *economia fiscal*, *planeamento fiscal legítimo*,

---

<sup>229</sup> António Carlos dos Santos, «Planeamento fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto», *Fiscalidade*, n.º 38, Junho de 2009, 62.

<sup>230</sup> Joaquim Freitas da Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster* (Coimbra: Almedina, 2012), 1223.

<sup>231</sup> Autores como JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, CLOTILDE CELORICO PALMA, FRANCISCO VAZ ANTUNES, MANUEL PIRES E RITA CALÇADA PIRES, MARTA CALDAS E SALDANHA SANCHES, usam este termo.

engenharia fiscal, *gestão tributária*.<sup>232</sup>

A primeira aproximação daquilo que é o planeamento fiscal, de uma forma simples e sem levantar muitas dúvidas, é que este, “(...) (*tax planning*) não é, em si mesmo, um ato ilícito, mas de poupança fiscal, de gestão tributária, através do qual o contribuinte procura obter uma vantagem fiscal.”<sup>233</sup>, retirando essencialmente desta primeira aproximação ao conceito de planeamento fiscal é que consideramos que este não é um comportamento ilícito e este deve ser o primeiro elemento a reter deste estudo.

MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES consideram que “(...) no planeamento fiscal, o contribuinte organiza a sua actividade de modo a minimizar o imposto, através de isenções, reduções ou outras formas de eliminação ou de diminuição de carga fiscal ou diferimento do pagamento do imposto, mas sem violar a lei (letra e espírito).<sup>234</sup>

Daqui se depreende que o sujeito passivo tributário escolhe, de um leque de escolhas, a que menos encargos proporcionar. “(...) não se afigura necessário ser a escolha facultada expressamente pela lei.”<sup>235</sup>

Neste último ponto poderemos discordar, isto porque o significado de *intra legem* é que a escolha, para além de estar de acordo com a lei, tem de nela estar tipificada. Uma escolha que não estiver presente na lei, ou pelo menos que esteja involuntariamente omissa, não pode ser considerada como uma escolha que recai no âmbito do planeamento fiscal.<sup>236</sup>

Posta esta definição, diríamos que só essa atuação de minimização de encargos fiscais é que pode ser considerada planeamento fiscal, uma vez que desconsideramos a existência de práticas

---

<sup>232</sup> A título de exemplo, CARLOS PAIVA utiliza o termo *planeamento fiscal legítimo* e diz que este ocorre quando “... o sujeito passivo, pratica determinados atos, lícitos, conducentes ao aproveitamento da hipótese, que melhor se lhe apresenta, em face da legislação vigente, em ordem a obter uma menor carga fiscal (...) resultando uma solução legalmente aceite e com menor encargo fiscal para o sujeito passivo.” - Carlos Paiva, *Das Infrações Fiscais à sua Perseguição Processual* (Coimbra: Edições Almedina, 2012), 101. A utilização de *planeamento fiscal legítimo* para classificar aquilo que defendemos ser planeamento fiscal é também adotada por PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO - Patricia Anjos Azevedo, «Breves notas sobre planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso», em *A Fiscalidade como instrumento de recuperação económica* (Porto: Vida Económica - Editorial, SA, 2011), 296. A utilização do termo *planeamento fiscal legítimo* não será o termo mais correto porque pressupõem a existência de um planeamento fiscal *illegítimo*. A questão reside exatamente na legitimidade ou ilegitimidade do planeamento, sendo certo que entendemos que o planeamento fiscal é sempre uma técnica legal utilizada pelo sujeito passivo tributário. “(...) o planeamento fiscal em sentido técnico nunca é agressivo, nem, aliás, abusivo” - Manuel Pires e Rita Calçada Pires, *Direito Fiscal*, 5ª Edição (Coimbra: Edições Almedina, 2012), 184; Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1227. – “(...) no planeamento fiscal o grau de ilicitude é nulo (...)”

<sup>233</sup> Palma, «Planeamento Fiscal Internacional», 126.

<sup>234</sup> Pires e Pires, *Direito Fiscal*, 182 e 183.

<sup>235</sup> Pires e Pires, 183.

<sup>236</sup> José de Campos Amorim, «Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal», em *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade* (Porto: Vida Económica, 2010); Jónatas E. M. Machado e Paulo Nogueira da Costa, *Manual de Direito Fiscal: Perspetiva Multinível* (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 451.

fraudulentas ou abusivas de planeamento fiscal.

FRANCISCO VAZ ANTUNES, tal como nós, usa a terminologia *planeamento fiscal*, considerando que estes se traduzem em comportamentos, levados a cabo por empresas ou particulares, que têm como objetivo pagar menos imposto, “(...) mas sempre dentro do quadro jurídico existente”.<sup>237</sup>

Este autor acrescenta que, na maioria das vezes, estes comportamentos, *intra legem* são praticados por pequenas e médias empresas que, com recurso a consultores especializados e advogados, que têm um largo conhecimento das normas fiscais, visam diminuir a carga fiscal, escolhendo as normas mais adequadas à sua real situação fiscal. No entanto, sublinha que esta escolha não poderá revestir um cariz elisivo, sob pena de ser considerada elisão fiscal e não planeamento. A escolha deverá situar-se “(...) sempre dentro do normativo legal existente.”<sup>238</sup>

Para JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, a questão do planeamento fiscal poderá entender-se como um conceito que se encontra na intersecção de quatro realidades<sup>239</sup>: a indispensabilidade de satisfação das necessidades financeiras e coletivas do Estado, a proteção da esfera jurídica dos contribuintes, a liberdade de atuação dos sujeitos jurídicos e, por fim, o Mercado Único e a Liberdade de concorrência no âmbito da União Europeia.<sup>240</sup>

Feito o enquadramento do planeamento fiscal, o Autor prossegue com a definição deste, dizendo que “O planeamento fiscal (*tax planning*) pode ser conceptualizado como um conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, num quadro de licitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento fiscal.”<sup>241</sup>

No entender do Autor, que de resto é a opinião por nós igualmente partilhada, esta definição tem três componentes: primeiro, a voluntariedade, isto é, o comportamento, quer ativo quer omissivo, é praticado por impulso do próprio sujeito passivo tributário, sendo por ele querido; segundo, a licitude, ou seja, só é permitido aqueles comportamentos que não violem, de nenhuma maneira, a lei. A conduta adotada terá de revestir um carácter absolutamente *intra legem* e; por fim, o resultado, isto é, o comportamento adotado pelo sujeito passivo tributário resulta sempre numa poupança fiscal, seja ela de cariz pecuniário ou não.<sup>242</sup>

---

<sup>237</sup> Francisco Vaz Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português* (Verbo Jurídico, 2005), 17.

<sup>238</sup> Antunes, 17.

<sup>239</sup> Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1215. Na realidade, o autor apenas considera três realidades, embora nas aulas, por si lecionadas, da unidade curricular de “Planeamento Fiscal” no âmbito do Mestrado em Direito Fiscal da Universidade do Minho, tenha feito referência a uma quarta realidade, aquela que aqui acrescentamos.

<sup>240</sup> Para mais desenvolvimentos de cada uma das realidades Rocha, 1215 a 1218.

<sup>241</sup> Rocha, 1221.

<sup>242</sup> Rocha, 1221 a 1223.

Mesmo sendo esta a definição que nos parece mais completa e aquela que adotamos para caracterizar o planeamento fiscal, permita-se, no entanto, uma discórdia no que se refere às situações em que a lei é omissa e existe um vazio que é explorado pelo sujeito passivo tributário<sup>243</sup>, porque é aqui que reside a tónica do plano BEPS e da Diretiva em apreço e que, em nossa tese, corresponde ao planeamento fiscal agressivo que mais a frente vamos falar.

Desta forma, não consideramos a exploração de lacunas<sup>244</sup> como parte integrante do planeamento fiscal uma vez que, entre outras razões, o sujeito passivo tributário adota um comportamento que vai para além da lei e não o típico comportamento *intra legem* ao qual nos temos vindo a referir. Por outro lado, também defendemos que esta exploração também não se enquadra no conceito de elisão fiscal típico uma vez que falta o elemento artificial.<sup>245</sup>

Quanto à forma de efetivar o planeamento fiscal JOAQUIM FREITAS ROCHA considera que este pode ser efetivado através de “(...) instrumentos adjetivos, procedimentais e processuais, colocados ao dispor do contribuinte.”<sup>246</sup>

Fazendo a ponte para aquilo que já mencionámos acerca dos impostos de saída, nomeadamente no acórdão *DMC*<sup>247</sup>, acreditamos que a opção entre o pagamento imediato do tributo ou o pagamento faseado ao longo de cinco anos consiste numa opção de planeamento fiscal, isto é, ao serem dadas opções ao sujeito passivo tributário para minimizar os problemas de *cash flow* que advém do pagamento imediato do tributo, oferece-se a opção que melhor convier ao sujeito passivo tributário.

Ainda na grande temática que é o planeamento fiscal, há outra matéria que suscita por vezes muitas dúvidas que é o seu combate e, uma vez que estamos a fazer um estudo que tem por objeto uma

---

<sup>243</sup> Rocha, 1222. O autor refere que existe “(...) um aproveitamento negativo da tipicidade fiscal, pois sabendo eles que *nullum tributum sine lege*, procuram explorar os vazios da normação e «contornar» (licitamente, insista-se) as prescrições dos Códigos e leis fiscais.”

<sup>244</sup> É tido por lacuna uma imperfeição não intencional na lei - Paolo Piantavigna, «Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies», *World Tax Journal*, 2017, 63 e 64.

<sup>245</sup> Marta Caldas, *O planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?* (Coimbra: Edições Almedina, 2015), 26; Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal - Lições* (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 270 e 271 - As Autoras distinguem, dentro das lacunas, as intencionais e não intencionais. ANA PAULA DOURADO e MARTA CALDAS explicam que as situações de exploração de lacunas legais intencionais estão na origem do fenómeno da elisão fiscal, sendo que as lacunas legais intencionais são aquelas que são queridas pelo legislador fazendo parte do planeamento fiscal. Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs Nunes, «A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal - art. 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária - à luz dos princípios constitucionais do Direito Fiscal.», *Fiscalidade*, n.º 3, Julho de 2008, 43; Nuno de Sá Gomes, «A criminalização das infracções tributárias», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 392, Dezembro de 1998, 55, partilham da mesma opinião. Juárez e Hamzaoui, «Common Strategies against Tax Avoidance: A Global Overview», 7, dizem que a exploração de uma lacuna poderá ser posta em causa pelas autoridades tributárias uma vez que se trata de uma imperfeição não intencional da lei. Somos da opinião que as lacunas legais intencionais e não intencionais não tem razão de ser porque não existe um meio credível para determinar se certa lacuna foi querida pelo legislador ou não. Para nós só existe um tipo de lacunas sendo que a exploração destas não caberá no planeamento fiscal.

<sup>246</sup> Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1225.

<sup>247</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, DMC, Processo C-164/12.



Diretiva que combate certas escolhas fiscais do sujeito passivo tributário, achamos que é oportuno, desde já, deixar bem clara esta situação.

Esta é uma matéria sobre a qual vamos incidir pouca atenção uma vez que achamos que não é passível de dúvidas, sendo que consideramos que o combate ao planeamento fiscal deverá, ou pelo menos deveria ser nulo.

ANA PAULA DOURADO explica isto mesmo dizendo que “(...) o planeamento fiscal não só é lícito como não deve implicar requalificação ou qualquer outra reação por parte das entidades que aplicam a lei fiscal.”<sup>248</sup>

Neste sentido, insistimos que o planeamento fiscal, como por nós é perspetivado, não deverá ser combatido e não deverá desencadear qualquer reação por parte do ordenamento jurídico no sentido de o afastar ou reduzir<sup>249</sup>.

Uma vez que se trata de escolhas que são, muitas vezes, queridas pelo legislador, combater o planeamento fiscal seria algo incongruente.

Questão diversa são os limites que hoje em dia se impõem ao planeamento fiscal, sendo que não consideramos que faça parte do combate, mas sim um adaptar às novas realidades e exigências da sociedade.

Com o intuito de complementar a nossa abordagem ao planeamento fiscal, trouxemos a noção de planeamento fiscal noutros países, nomeadamente da doutrina espanhola e holandesa.

O conceito de planeamento fiscal é perspetivado por GLORIA MARÍN BENÍTEZ como sendo o tipo de comportamentos ou ações que visam criar situações de vantagem patrimonial para os seus autores, vantagem patrimonial essa que se traduz numa poupança impositiva em comparação com as importâncias que teriam sido exigidas se não tivessem levado a cabo tais comportamentos.<sup>250</sup>

Quanto à licitude, de acordo com a Autora, a doutrina espanhola não centra a licitude nos comportamentos, mas sim nas vantagens que advêm dos comportamentos, isto é, se estes utilizam alternativas que constam do ordenamento jurídico tributário e através deles reduzem a carga fiscal, então a licitude pode ser posta em causa consoante as vantagens obtidas sejam ou não aquelas que o legislador pretendia para aquela situação.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Dourado, *Direito Fiscal - Lições*, 269.

<sup>249</sup> Em sentido oposto a esta posição Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, 18; Amorim, «Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal», 221. Tal como ficou dito, demarcamo-nos destas posições.

<sup>250</sup> Gloria Marín Benítez, *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, 1ª Edição (Valladolid: Lex Nova, 2013), 40.

<sup>251</sup> Benítez, 42.

Fornecendo a perspectiva da doutrina holandesa, MIRUGIA RICHARDSON perspectiva o planeamento fiscal, do ponto de vista das empresas, como um exercício com vista a minimizar as obrigações tributárias através do uso de subsídios, deduções, isenções, etc.<sup>252</sup>

Das palavras da Autora, podemos inferir que os instrumentos ao dispor do sujeito passivo tributário, são instrumentos que estão tipificados na lei, pelo que, a autora também partilha da nossa opinião naquilo que aos instrumentos se refere.

Chegados a esta fase do nosso estudo, convém fazer referência a duas distinções que se fazem nesta matéria. O planeamento fiscal *interno* em oposição do planeamento fiscal *internacional*.

Ora, logicamente, que o planeamento fiscal dito *interno* é aquele que temos vindo a desenvolver desde o início deste ponto, sendo que aquele a que lhe chamam de *internacional*, partilha do mesmo conceito que o *interno* mas "(...) envolve necessariamente o contacto com mais que uma jurisdição fiscal."<sup>253</sup>

### **5.1.2. PLANEAMENTO FISCAL, UM DIREITO DO SUJEITO PASSIVO TRIBUTÁRIO?**

Por fim, no que ao planeamento fiscal concerne, vamos abordar um pequeno ponto que é determinar se o planeamento fiscal constitui, ou não, um direito do sujeito passivo tributário.

Se chegarmos à conclusão que é um direito, queremos também saber também se é um direito com assento constitucional ou não.

A utilidade desta distinção reside no facto de que atualmente, tanto no plano da OCDE como da União Europeia, vemos cada vez mais a imposição de limites a esta faculdade que assiste o sujeito passivo tributário, muito porque é confundido com práticas ilegais de minimização fiscal, pelo que se afigura de enorme importância reservarmos umas palavras para descobrir se o mesmo se considera um direito ou não.

Muito embora já tenha ficado bem claro que não são os comportamentos relativos ao planeamento fiscal que estão em causa no BEPS ou na Diretiva, se considerarmos o planeamento fiscal como um direito, qualquer tentativa de o diminuir ou eliminar teria de ser posta de parte.

No entanto, veremos que não será esse o caso.

Para esta temática, vamos ter por base os estudos realizados por JOAQUIM FREITAS DA

---

<sup>252</sup> Mirugia Richardson, «Fighting Tax Fraud and Tax Evasion in the EU: The 2012 Action Plan», *EC Tax Review*, 2015, 223.

<sup>253</sup> Santos, «Planeamento fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto», 65. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS considera igualmente que as empresas que intervêm neste tipo de planeamento fiscal são multinacionais ou transnacionais. Isto significa que são empresas cuja atuação se desenvolve em vários países, sendo que vai haver tributação em cada país no qual a empresa detém uma atividade

ROCHA que considera que o planeamento fiscal é um direito do sujeito passivo tributário<sup>254</sup>, segundo este, o planeamento fiscal está inteiramente ligado à autonomia da vontade, sendo que“(...) significa o reconhecimento de que qualquer pessoal legalmente capaz se pode vincular por atos jurídicos”<sup>255</sup>, sendo que nos domínios profissional e empresarial, a autonomia da vontade se traduz através da “(...) atuação de acordo com as *convicções de gestão*”<sup>256</sup>.

O autor densifica este princípio e diz que o sujeito passivo tributário, na gestão da empresa ou da sua vida profissional, é livre de utilizar todos os meios lícitos de gestão, sendo certo que do ponto de vista fiscal, esses meios traduzir-se-iam num direito à “(...) «previsão antecipada da carga fiscal» e à planificação”<sup>257</sup>.

Destas afirmações e do estudo do Autor, o que podemos retirar é que, sobre a esteira do princípio da autonomia da vontade, o planeamento fiscal pode afigurar-se como um direito do contribuinte.

A forma como se materializa esse direito é a própria definição do conceito de planeamento fiscal, isto é, o sujeito passivo tendo direito à *poupança fiscal* pode lançar mão de certos mecanismos, legislativos ou administrativos, lícitos, que o próprio ordenamento jurídico coloca à sua disposição, deixando de fora os meios considerados ilícitos, que pela sua elevada ilicitude não fazem parte no conceito de planeamento fiscal.

JOAQUIM FREITAS ROCHA afirma que o planeamento fiscal poderá constituir um direito com assento constitucional, e para sustentar a sua posição, diz que terá de se verificar a lógica de dois argumentos.

Primeiro argumento tem a ver com o disposto no art.º 16.º, n.º1 da CRP, que dispõe que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional”, o que na ótica do Autor significa que existem outros direitos que são apenas materialmente constitucionais.<sup>258</sup>

O segundo argumento, o autor considera, com base na doutrina, que o princípio da autonomia da vontade é uma densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> Com a mesma opinião FRANCISCO VAZ ANTUNES “(...) A poupança fiscal é consequentemente um direito do contribuinte, que assenta no princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica.”, ou seja, o autor configura o planeamento fiscal como um direito que tem por base um direito constitucionalmente consagrado. - Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, 17.

<sup>255</sup> Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1219.

<sup>256</sup> Rocha, 1220.

<sup>257</sup> Rocha, 1220.

<sup>258</sup> Rocha, 1218.

<sup>259</sup> Rocha, 1218.

DIOGO LEITE DE CAMPOS e JOÃO COSTA ANDRADE explicam exatamente isto, fazendo referência ao princípio da autonomia que se traduz essencialmente na faculdade de “(...) cada um definir o seu projecto de vida e o prosseguir, administrar os seus bens e estabelecer relações com os outros em plena liberdade.”<sup>260</sup>, sendo certo que tem de respeitar os limites que são impostos pelos Estados.

Da afirmação depreende-se que a *poupança fiscal* é um direito dos contribuintes que assenta numa ideia de liberdade que se baseia no princípio da autonomia da vontade.

Com base nos argumentos apresentados por JOAQUIM FREITAS ROCHA, conclui-se que o planeamento fiscal para além de ser um direito do sujeito passivo tributário é também um direito com assento constitucional, quer pela configuração do princípio da autonomia da vontade como um princípio materialmente constitucional, quer pela configuração deste como uma densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>261</sup>

VIOLETA ALMENDRAL considera que não existe qualquer direito do sujeito passivo em minimizar a carga fiscal, sendo que para sustentar a sua posição, considera que o planeamento é meramente um efeito colateral ou um efeito secundário da autonomia da vontade exercida na economia de mercado<sup>262</sup>.

Neste particular somos da opinião que o planeamento fiscal, enquanto direito, não existe, pelas seguintes razões:

Primeira, conforme por nós perspectivado, o planeamento fiscal apenas existe se houver uma escolha facultada pela lei. Logicamente, se esta não existir, e tendo em conta que apenas consideramos planeamento fiscal as escolhas dadas pelo próprio legislador, não podemos considerar que haja planeamento fiscal;

Segunda, concordamos com VIOLETA ALMENDRAL no que respeita ao facto de que o planeamento fiscal é meramente um efeito secundário do princípio da autonomia da vontade.

Terceiro, a própria génese do imposto não parece admitir que haja escolha sem que previamente haja lei a permitir escolha, isto é, o imposto é uma prestação coativa, “(...) uma prestação que tem por fonte a lei, que é estabelecida por lei.”<sup>263</sup> Será que existe possibilidade de minimizar o

---

<sup>260</sup> Diogo Leite de Campos e João Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A norma geral anti-elisão)* (Coimbra: Edições Almedina, 2008), 49.

<sup>261</sup> Na mesma linha de pensamento encontra-se MERKS que a propósito dos comportamentos do sujeito passivo para reduzirem a carga fiscal, diz-nos que “*The taxpayer’s behaviour is perfectly legal as countries typically recognize the right of a taxpayer to arrange his affairs in such a way as to pay less tax*” - Paulus Merks, «Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning», *Intertax*, 2006, 273.

<sup>262</sup> Violeta Ruiz Almendral, «Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?», *Intertax*, 2005, 564.

<sup>263</sup> José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 9ª Edição (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 42.

imposto sem que haja previamente uma lei a permitir essa possibilidade? Não nos parece que seja possível, pelo menos para ser considerado planeamento fiscal.

Diríamos que o planeamento fiscal apenas é direito quando existe na lei a escolha da via menos onerosa. Neste caso fará sentido que o planeamento fiscal seja uma decorrência direta do princípio da autonomia da vontade.

Existe apenas um aspeto que pode mudar esta visão: o facto de se considerar, ou não, a exploração de lacunas como planeamento fiscal.

Admitindo este uso, o sujeito passivo tributário recorre a uma solução que está para além da lei e aí sim já podemos considerar o planeamento fiscal como um direito. Mas como não é esta a nossa visão, mantemos o supracitado.

Não consideramos que os comportamentos visados pelo plano BEPS e pela Diretiva sejam o planeamento fiscal em sentido técnico pela própria especificidade do conceito, uma vez que este só existe se o legislador assim determinar e muito porque a ser assim determinado não poderá haver combate a uma faculdade que o legislador determinou.

Seria incongruente, razão pela qual não acreditamos que estes sejam os comportamentos visados.

Em suma, mesmo que os comportamentos visados no plano BEPS e na Diretiva dissessem respeito ao planeamento fiscal (que não é o caso, insista-se) não haveria qualquer tipo de problema uma vez que, segundo a nossa opinião, o planeamento fiscal só existe se o legislador assim entender, não constituindo um direito do sujeito passivo tributário.

## **5.2. ELISÃO FISCAL**

Neste ponto faremos a abordagem à elisão fiscal típica, visto que seria a este conceito que a Diretiva faria referência no seu título e na medida em que, supostamente, seriam este tipo de comportamentos que aquela e o plano BEPS visariam combater.

No entanto, adiantamos desde já que não são só este tipo de comportamentos que merecem a atenção da Diretiva e do plano BEPS, daí considerarmos que o conceito de elisão fiscal está mais flexível porque admite outro tipo de comportamentos que à partida não cairiam no escopo de elisão fiscal dita típica.

Adiantamos igualmente que para haver elisão fiscal é preciso que haja uma avaliação aos comportamentos, pelo que a elisão fiscal, dita típica, encontra sindicância nas normas antiabuso através das quais se considera um comportamento elisivo ou não.

Ao longo do plano BEPS e da Diretiva vemos que, apesar de existir uma clara preocupação com este tipo de comportamentos, existem outros, para além destes, que se situam numa zona cinzenta e que no ponto 5.3. deste capítulo vamos identificar.

Com o objetivo de situar devidamente estas matérias, vamos fazer uma incursão no conceito típico de elisão fiscal.

Mas antes de o fazermos temos de ter sempre presente o conceito de erosão das bases tributárias, isto é, ao longo desta explicação teremos de ter presente que o conceito típico de elisão fiscal contribui para a dita erosão, mas, como dissemos anteriormente, não são apenas estes comportamentos que o fazem.

Desde já vamos fazer uma pequena ressalva terminológica, que dissipará muitas dúvidas no futuro.

Neste particular, tal como ANA PAULA DOURADO ou MARTA CALDAS e que, de resto, é a terminologia usada na Diretiva, optámos por usar o termo *elisão fiscal* e não *evasão fiscal* porque consideramos que o último será utilizado para classificar os comportamentos que se consubstanciam em escolhas fiscais *contra legem*.<sup>264 265</sup>

Aqui estamos perante escolhas fiscais do sujeito passivo tributário que revestem uma natureza *extra legem*, ou seja, são escolhas que pela sua natureza vão para além daquilo que é o espírito da lei. Por outras palavras, são escolhas que se situam fora da lei, sendo ilegais, mas não ao ponto de serem consideradas *contra legem*.

---

<sup>264</sup> Com uma estrutura e terminologia diversa da nossa, encontra-se SALDANHA SANCHES, que, embora não use o termo elisão fiscal para classificar os comportamentos do sujeito passivo tributário que revestem um carácter *extra legem* porque defende que o termo é "(...) demasiado amplo para que possa ser preciso (...)", utiliza o termo *planeamento fiscal ilegítimo* que posteriormente se desdobra em *fraude fiscal* e *fraude a lei fiscal*. O *planeamento fiscal ilegítimo* funciona como "antecâmara" de comportamentos que são, na sua generalidade, comportamentos que visam reduzir a carga fiscal indevidamente "(...) por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário (...)." Dentro deste conjunto de comportamentos o Autor distingue aqueles que violam "(...) qualquer dever de cooperação do sujeito passivo (...)" e a estes correspondem uma sanção penal, daqueles que "(...) não violam um qualquer dever de cooperação, mas ainda assim não são desejados pelo legislador, por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objetivo oposto aos valores que o estruturam." Os primeiros classifica-os como *fraude fiscal*. Os segundos cabem na classificação de *fraude à lei fiscal*. Para o que nos interessa aqui é a última classificação, que nós apelidamos de *elisão fiscal*. No que toca à dicotomia *fraude fiscal versus fraude à lei fiscal*, o autor defende que é praticamente impossível de efetuar uma separação rigorosa entre fraude fiscal e fraude à lei fiscal, no entanto, consideramos que esta impossibilidade, é apenas uma impossibilidade prática, devendo haver uma avaliação caso a caso. - Sanches, *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*, 21 a 22.

<sup>265</sup> CARLOS PAIVA que diz que o termo *evasão* é usado num duplo sentido: primeiro, num sentido amplo, é utilizado para se referir à fraude fiscal e; num sentido restrito, é usado para se referir a ilícitos fiscais menos graves. No conjunto, o autor defende que o termo *evasão* é usado para englobar "(...) todos os procedimentos de fuga consciente e intencional, tendo por objetivo evitar a assunção de obrigações tributária individuais efetivamente existentes." CARLOS PAIVA também usa o termo *elisão fiscal* para se referir a situações cinzentas que não se configuram nem no conceito típico de planeamento fiscal nem no conceito típico de elisão fiscal, "(...) evidenciando uma notória capacidade de engenharia fiscal, que não foram considerados nas normas de incidência e permitem a realização de uma significativa poupança fiscal." - Paiva, *Das Infrações Fiscais à sua Perseguição Processual*, 102 a 103.

GUSTAVO LOPES COURINHA usa igualmente uma terminologia igual à nossa, sendo que para o Autor, a elisão fiscal é “(...) a atuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário. Embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido.”<sup>266</sup>

Nestes termos, podemos concluir que existe uma vontade, por parte do sujeito passivo tributário, de usar formalmente a lei para obter uma vantagem fiscal que não é por esta permitida.

MARTA CALDAS fala exatamente disto, dizendo que a elisão fiscal “(...) está associada a uma violação dos objetivos da norma fiscal, mas não ao desrespeito da letra da lei, logo os efeitos civis e comerciais eventualmente implicados serão preservados.”<sup>267</sup>

Concluimos, portanto, que existe um desrespeito pelo espírito da norma tributária, visto que a letra da norma é respeitada de forma a conseguir aquela vantagem que de outra forma não seria possível.

Contudo, MARTA CALDAS ressalva: “(...) sobre o esquema abusivo recairá um juízo de inadmissibilidade fiscal, que autoriza a que os efeitos fiscais do esquema sejam desconsiderados.”<sup>268</sup>

Após a utilização de um esquema abusivo que permitirá uma poupança fiscal, esse esquema irá passar por um processo de análise que vai determinar se é um caso de elisão fiscal ou não. Se se der provada a inadmissibilidade do esquema, então os efeitos que se produziram irão ser desconsiderados.<sup>269</sup>

JOAQUIM FREITAS ROCHA, apesar de não usar o termo *elisão* fiscal, considera que esta “(...) consiste no conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir.”<sup>270</sup>

Daqui informa-se que a *elisão fiscal* tem, pelo menos três características que são essenciais para a sua distinção face ao planeamento fiscal: primeiro destaca-se o grau de ilicitude, que no planeamento fiscal é nulo, aqui na elisão fiscal, é moderado, não sendo tão elevado como nos casos de evasão.

A ilicitude nestes comportamentos não é total, ao ponto de afirmarmos que estes são totalmente *contra legem*, mas sim uma ilicitude que incide sobre a violação do espírito da lei.

Em segundo lugar, destaca-se que o abuso do esquema é qualificado através da lei, ou seja, é

---

<sup>266</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão* (Coimbra: Almedina, 2009), 15.

<sup>267</sup> Marta Caldas, *O planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, 24.

<sup>268</sup> Caldas, 24.

<sup>269</sup> Este processo é efetuado através das normas gerais e especiais antiabuso.

<sup>270</sup> Joaquim Freitas da Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1228.

uma norma que qualifica estes comportamentos de anómalos, o que difere no caso do planeamento fiscal porque neste último não existe qualquer disposição a qualificar lícitos aqueles comportamentos que visam a poupança fiscal.

Vistas as posições doutrinárias, poderemos dizer que, embora exista uma variedade terminológica alargada, o cerne da questão não é afetado. Isto porque as definições de cada um dos autores convergem numa ideia unitária da qual poderemos retirar o seguinte:

Primeiro, a elisão fiscal e o planeamento fiscal são realidades distintas e que não deverão ser confundidas, muito embora exista uma linha ténue que as separa. Por um lado, são uma realidade distinta no sentido que o planeamento fiscal não merece qualquer reação por parte do Estado, ao passo que a elisão fiscal estará sujeita a uma análise para determinar se o comportamento é lícito ou não, e; por outro lado, existe uma linha ténue que os separa na medida em que não é possível traçar uma definição de elisão fiscal que dissipe as dúvidas em caso de incerteza entre esta e planeamento fiscal, ou seja, entre aquilo que é legal ou ilegal. Por exemplo, a deslocalização da sede societária, em alguns casos poderá constituir planeamento fiscal, como poderá, noutros, constituir um comportamento abusivo, sendo certo que a análise casuística é de extrema relevância.

Segundo, tal como explica SÉRGIO VASQUEZ, o sujeito passivo tributário efetua um negócio “(...) liminarmente conforme a lei, mas cujos contornos escapam a toda e qualquer racionalidade económica(...)”<sup>271</sup>, isto é, nos casos de elisão fiscal existe sempre uma manipulação dos pressupostos de aplicação da lei, sendo que o sujeito passivo tributário, sabendo que determinada lei lhe poderá trazer benefícios fiscais, adota determinados comportamentos para que seja essa a lei que lhe é aplicada.

Normalmente, esses comportamentos que são adotados constituem comportamentos abusivos, uma vez que as razões que estão subjacentes a esse negócio acabam sempre por ser razões, exclusivamente, fiscais.

Por último, fazemos referência ao fim que os comportamentos visam atingir, ou seja, como já sabemos, o objetivo final de todas as escolhas fiscais (partindo do pressuposto que o sujeito passivo tributário é um ser racional com vista à maximização do lucro e diminuição das despesas) tem em vista a poupança fiscal.

O que é ilícito é a forma como o sujeito passivo tributário alcança a poupança fiscal, sendo que neste caso a ilicitude é de grau moderado, pelo que deveremos ter em conta que os comportamentos que são adotados pelo sujeito passivo tributário e que poderão ser classificados como elisão fiscal, não

---

<sup>271</sup> Sérgio Vasquez, *Manual de Direito Fiscal* (Coimbra: Edições Almedina, 2011), 313.



constituem uma ofensa criminal.<sup>272</sup>

Tal como fizemos para o planeamento fiscal, também aqui iremos estudar a perspetiva da doutrina estrangeira, sendo que para o efeito seleccionámos doutrina francesa, espanhola e italiana.

MARTIN COLLET fala de *l'abus de droit par fraude à la loi*, que é o mesmo que dizer o abuso de direito por fraude à lei, à semelhança da terminologia utilizada por SALDANHA SANCHES<sup>273</sup>.

O Autor diz que o abuso de direito através da fraude à lei tem por base uma montagem jurídica artificial, sendo que a artificialidade reside no objetivo do próprio comportamento que se consubstancia no contorno da aplicação normal da norma fiscal e, portanto, apenas é praticado com motivações fiscais, sendo que a letra da lei é respeitada, mas o seu espírito é violado.<sup>274</sup>

GLORIA MARÍN BENÍTEZ diz que o que está em causa na elisão fiscal não é o comportamento em si, ou seja, a ilicitude não recai sobre o comportamento, mas sim sobre a vantagem que advém do comportamento, pelo que para estarmos perante um caso de elisão fiscal, não há necessariamente a existência de um comportamento anómalo ou abusivo.<sup>275</sup>

Em termos terminológicos, a Autora considera que não se deve usar o termo evasão fiscal porque na doutrina espanhola este está associado à violação de uma norma fiscal, sendo que com a utilização dos termos “planeamento fiscal lícito ou ilícito”, sabe-se que a escolhas fiscais se querem referir.<sup>276</sup>

Ainda na doutrina espanhola, temos CARLOS CONTRERAS GOMÉZ que refere que a elisão fiscal se traduz no uso de métodos artificiais para reduzir os impostos a pagar.<sup>277</sup>

Por fim teremos a visão da doutrina italiana, onde temos FRANCESCO TESAURO que está, de certa forma, em consonância com a maioria da doutrina portuguesa, que diz a *elusione fiscale* se traduz numa poupança fiscal que é conforme a lei, mas que viola o seu espírito.<sup>278</sup>

FABRIZIO AMATUCCI parece concordar com MARTIN COLLET na medida em que considera que os comportamentos neste âmbito adotados estão aliados à falta de razões económicas e que abusam das formas negociais permitidas por lei com o objetivo de alcançar uma poupança fiscal.<sup>279</sup>

---

<sup>272</sup> Merks, «Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning», 273.

<sup>273</sup> J. L. Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*, 21. O Autor utiliza o termo “fraude à lei fiscal”.

<sup>274</sup> Martin Collet, *Droit fiscal*, 1re édition (Paris: Presses Universitaires de France, 2007), 216.

<sup>275</sup> Gloria Marín Benítez, *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, 40.

<sup>276</sup> Gloria Marín Benítez, 44.

<sup>277</sup> Carlos Contreras Gómez, *Planificación Fiscal: principios, metodología y aplicaciones* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016), 26.

<sup>278</sup> Francesco Tesaurò, *Istituzioni di Diritto Tributario, I - Parte Generale*, 9ª, vol. 1 (Torino: UTET Giuridica, 2009), 248.

<sup>279</sup> Fabrizio Amatucci, *Principi e Nozioni di Diritto Tributario*, Terza Edizione (Torino: G. Giappichelli Editore, 2016), 115.

Também num contexto de discussão destas matérias a nível internacional<sup>280</sup>, KATERINA PERROU considera que existem dois tipos de elisão fiscal, a legítima e a ilegítima, sendo que a legítima corresponde ao nosso planeamento fiscal.

Assim sendo, a autora caracteriza os casos *illegitimate tax avoidance* como sendo casos em que o alívio fiscal não é pretendido pela lei, mas o sujeito passivo tributário, com recurso a várias técnicas consegue “fugir” à tributação. Adianta também que nesses casos, o comportamento por ele adotado poderá ser conforme a letra da lei, mas que viola o seu espírito.<sup>281</sup>

Do ponto de vista económico, e ao contrário do que acontece em relação ao planeamento fiscal, a elisão fiscal é uma preocupação estadual e supraestadual, como é exemplo a Diretiva que está em estudo neste trabalho.

Quanto à forma de combate deste tipo de comportamentos, recorre-se, nomeadamente, às normas antiabuso, sendo que a componente fiscal dos atos é desconsiderada.<sup>282</sup>

Do que já vimos em relação ao plano BEPS, Diretiva e, agora, o conceito típico de elisão fiscal, verificamos essencialmente três factos:

Primeiro, o conceito típico de elisão fiscal é acautelado pelas normas gerais antiabuso, pelo que, tanto no plano BEPS como na Diretiva, existem claras referências a outras formas de elisão fiscal que vão para além do conceito típico e que vamos abordar no ponto 5.3. deste capítulo.

Segundo, observamos que tanto a doutrina portuguesa como as demais, apesar da adoção de terminologias diferentes, todas convergem na ideia principal: comportamentos aparentemente lícitos, por vezes artificiais e sem racionalidade económica, que são considerados, pelas normas tributárias, como anómalos ou abusivos porque violam o espírito e objetivos da lei alcançando uma vantagem fiscal não admitida.

Terceiro, toda esta abordagem em relação ao conceito típico de elisão fiscal demonstrou que a elisão fiscal típica é um conceito muito rígido, na medida em que os comportamentos que lhe estão subjacentes facilmente se sindicariam através de normas antiabuso.

---

<sup>280</sup> Nesta matéria ver, por exemplo, Franklin Cachia, «Agressive Tax Planning: An analysis from an EU Perspective», *EC Tax Review*, 2017, 258. O Autor considera que estamos perante *tax avoidance* quando o sujeito passivo tributário faz uma gestão do seus negócios de maneira a obter uma poupança fiscal através de uma fragilidade ou ambiguidade da lei tributária. Alerta-se igualmente para o facto de que, nestes casos, apesar do meio empregue seja um meio legal e não fraudulento, os resultados, isto é, as vantagens que advém do comportamento são consideradas abusivas.

<sup>281</sup> Katerina Perrou, «The Judicial Application of Anti-avoidance Doctrines in Greece and its Impact on International Tax Law», *Intertax*, 2006, 102.

<sup>282</sup> Francesco Tesaro, *Compendio di Diritto Tributario*, 6<sup>a</sup> (Torino: UTET Giuridica, 2016), 155 e 156; Tesaro, *Istituzioni di Diritto Tributario, I - Parte Generale*, 1:252 a 254; Rocha, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», 1232.

Se assim fosse, não haveria necessidade de o plano BEPS e de a Diretiva se referirem a outros comportamentos que são lícitos, mas que os seus resultados contribuem para a erosão das bases tributárias, o que faz com que tenhamos que ter uma perspetiva da elisão fiscal mais abrangente.

### **5.3. PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO**

Até esta fase do estudo fizemos referência aos conceitos típicos de planeamento fiscal (onde identificámos que a exploração de lacunas não se insere neste conceito nem no conceito de elisão fiscal uma vez que falta o elemento artificial, e que o planeamento fiscal só por si não se deve consubstanciar num direito do contribuinte) e elisão fiscal (compreendendo a elisão fiscal internacional) e observámos que, por um lado, o primeiro dos conceitos não merece qualquer tipo de sindicância porque é querido pelo legislador e, por outro, que a elisão fiscal típica estará, à partida, assegurada pelas normas gerais antiabuso.

Ao longo desta exposição também insistimos no facto de que poderão haver comportamentos que não são ilícitos, mas que contribuem para a erosão das bases tributárias e que são considerados, no geral, elisão fiscal.

Antes demais teremos de dar uma explicação terminológica, isto é, aquando da explicação do planeamento fiscal, dito *intra legem*, considerámos que não poderiam haver outras terminologias que classificassem o planeamento fiscal.

A utilização de planeamento fiscal agressivo prende-se, por um lado, com a tradução da terminologia utilizada pelas instituições europeias e internacionais, *aggressive tax planning*, e, por outro lado, não podendo este tipo de comportamentos serem colocados no conceito típico de planeamento fiscal nem de elisão fiscal, ficando no meio destes dois conceitos, na falta de melhor terminologia que os classificassem, optámos por esta terminologia independentemente de a considerarmos errada em sentido técnico.

Neste contexto, vamos abordar aqueles comportamentos cujas normas gerais e especiais antiabuso não acautelam, muito pelo facto de faltar aos comportamentos em questão o elemento artificial.

Este conceito é aquele que mais preocupa o plano BEPS e a Diretiva porque como iremos ver os comportamentos que o caracterizam são difíceis de serem sindicados.

Como iremos ver neste ponto, existe uma certa aproximação do conceito de elisão fiscal a este tipo de comportamentos, daí termos feito referência, no início deste trabalho, que o conceito de elisão fiscal, na OCDE e na UE, é perspectivado de forma ampla e abrangente, que não se cinge apenas ao

conceito típico de elisão fiscal.

É também neste ponto que vamos abordar a questão do *harmful tax competition*, que a nosso ver, será o principal promotor do planeamento fiscal agressivo, com o objetivo de procurar a fonte dos problemas elisivos, sendo que, o trabalho beneficia desta destrição na medida em que estaremos capazes de identificar o problema principal e abordar alternativas capazes de o combater.

O conceito de *harmful tax competition* será também importante no capítulo II (1.5.3. As situações que o imposto de saída visa acautelar) para mostrar que a erosão das bases tributárias, a longo prazo, se deve a este fenómeno.

O planeamento fiscal agressivo<sup>283</sup> (*aggressive tax planning*) faz parte das ideias fundamentais do plano BEPS e, por sua vez, é uma das ideias fundamentais da Diretiva em apreço uma vez que esta se caracteriza por ser uma resposta direta ao plano.

Como se percebe fica aqui no meio do planeamento fiscal e da elisão fiscal, uma área cinzenta difícil de compreender, sendo que o nosso objetivo é entender o que comumente se apelida de planeamento fiscal agressivo, sendo que para o efeito temos de juntar duas linhas de visão do problema: por um lado, a OCDE e os esforços que esta tem feito neste âmbito e, por outro lado, como é que a UE perspetiva o problema e de que forma é que ajuda para a distinção destes comportamentos.

No contexto da OCDE começamos, sobretudo, com a identificação, por parte das Administrações Fiscais, de “práticas inaceitáveis de minimização fiscal”<sup>284</sup> no contexto do Terceiro Encontro do *Forum* das Administrações Fiscais da OCDE, em 2006, sendo práticas que resultam, maioritariamente do “aproveitamento das disparidades das normas fiscais e das lacunas geradas pela interconexão dos diferentes sistemas fiscais” levadas a cabo por profissionais do planeamento fiscal com esquemas complexos que permitem a minimização da carga fiscal.<sup>285</sup>

Portanto, o que há a retirar nesta fase é que existe um conjunto de comportamentos do sujeito passivo tributário que retiram partido da existência de lacunas na lei e disparidades legislativas entre Estados, sendo que não se trata da existência de esquemas artificiais para obter tais vantagens, muito pelo contrário, estaremos perante uma figura que leva ao extremo o sentido de planeamento fiscal.

Se na elisão fiscal, tal como no conceito de abuso de direito da União Europeia, tem como pressuposto um elemento artificial, no planeamento fiscal agressivo não existe qualquer tipo de

---

<sup>283</sup> Tal como dissemos no subcapítulo referente ao planeamento fiscal, não concordamos com a terminologia utilizada uma vez que não podemos adjectivar o planeamento fiscal de agressivo porque só por si o termo planeamento fiscal lícito, pelo que para lá remetemos toda essa discussão.

<sup>284</sup> Caldas, *O planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, 67.

<sup>285</sup> Caldas, 68.

artificialidade nos esquemas adotados pelo sujeito passivo tributário.

No âmbito da União Europeia dá para observar as mesmas preocupações, na medida em que a Comissão Europeia tende a incluir igualmente os esquemas que são artificiais, sendo que para a distinção daqueles esquemas complexos artificiais ou não artificiais, a Comissão Europeia dirige os seus focos para a substância comercial inerente aos esquemas, isto é, os esquemas complexos e não artificiais são aqueles efetuados com um propósito económico, sendo que aqueles que não o têm são considerados abusivos e, conseqüentemente, pertencem à elisão fiscal.<sup>286</sup>

No contexto do plano BEPS da OCDE, observamos que ainda existem algumas dúvidas no conceito de planeamento fiscal agressivo, isto é, seguindo a lógica de ANA PAULA DOURADO, este poderá ser o que a Autora chama de *an Umbrella Concept*, isto é, um conceito que abarca tanto a elisão fiscal como a exploração de lacunas e disparidades legislativas, sendo que, segundo esta, se tivermos em conta a definição dada pela OCDE do que é *Base Erosion and Profit Shifting*<sup>287</sup>, uma sociedade cuja estrutura seja real e legal fugiria ao escopo do plano da OCDE, uma vez que aquela definição apenas faz referência a “(...) *locations where there is little or no real activity* (...)”.<sup>288</sup>

A Autora defende que no plano BEPS existem essencialmente duas realidades que têm de ser tidas em conta: por um lado, a elisão fiscal aliada à ideia do uso de esquemas artificiais que nos remete para o conceito de abuso avançado pelo TJUE,<sup>289</sup> por outro lado, diz que o plano BEPS vai para além daquilo que é a elisão fiscal estritamente compreendida, na medida em que, para se estar perante um comportamento do plano BEPS não é preciso estar perante comportamentos ilegais só por si.

A Autora dá o exemplo, entre outros, de que a OCDE, no que toca à questão de se saber se os comportamentos contidos no plano BEPS são ilegais ou não (tendo a ilegalidade do comportamento mais a ver com a elisão fiscal), considera que estes, na maioria dos casos, são comportamentos legais e que resultam da exploração da falta de adequação das leis face à situação atual.<sup>290</sup>

Não poderemos estar mais de acordo com a Autora, quando esta diz que o plano BEPS (o que

---

<sup>286</sup> Caldas, 76 e ss.

<sup>287</sup> Dourado, «Agressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», 49.

<sup>288</sup> Dourado, 49 e 50.

<sup>289</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Emsland Stärke, Processo C-110/99» (2000), par. 52 e 53; Tribunal de Justiça da União Europeia, «Halifax, Processo C-255/02» (2006), par. 74 e 75. O conceito de abuso no âmbito da União Europeia está dependente da verificação cumulativa de dois elementos: o objetivo (existência de um conjunto de circunstâncias objetivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objetivo pretendido por essa legislação não foi alcançado) e o subjetivo (a criação artificial das condições exigidas para a obtenção de um benefício).

<sup>290</sup> Dourado, «Agressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Agressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», 49 e 50.

vale igualmente para a Diretiva) cobre tanto o conceito de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, sendo que são tratados como dois conceitos diferentes, mas complementares.<sup>291</sup>

Já no que toca ao facto de considerarmos o planeamento fiscal como *an Umbrella Concept*, englobando assim tanto o conceito de planeamento fiscal como o de elisão fiscal, discordamos, pois o planeamento fiscal tem mais a ver com a elisão fiscal que o contrário.

Consideramos que o conceito de elisão fiscal é que poderá ser mais elástico de modo a perspetivar outros tipos de elisão que não se incluem no conceito típico de elisão fiscal.

No entanto, existem problemas no que toca ao facto de se perspetivar o planeamento fiscal como um conceito<sup>292</sup>, sendo que existe a opinião de que o planeamento fiscal agressivo deveria ser usado como princípio norteador das políticas fiscais e não como conceito ou uma subcategoria do planeamento fiscal.<sup>293</sup>

Se distinguíssemos o planeamento fiscal agressivo como uma categoria independente cuja principal característica seria o conflito com o espírito da lei e que se manifesta na não tributação aquando da aplicação da lei, resultaria em problemas conceptuais intermináveis, problemas em relação ao princípio da segurança jurídica, sendo que por um lado, o espírito da lei é difícil de ser determinado resultando num teor elevado de subjetividade para um conceito como o planeamento fiscal agressivo e, por outro lado, se houvesse o objetivo de codificar esta nova categoria, seria difícil desenhar uma norma diferente da norma geral antiabuso que acautela as situações de elisão fiscal.<sup>294</sup>

Na nossa perspetiva consideramos que não existe um problema de maior no facto de considerarmos o planeamento fiscal agressivo como um conceito distinto da elisão fiscal, isto porque na verdade são conceitos diferentes. Se assim não fosse, não haveria necessidade de encontrar novas formas de combater as práticas elisivas diferentes das utilizadas para acautelar a elisão fiscal.

No entanto, também consideramos que na distinção que efetuámos nos capítulos acima, o planeamento fiscal visto como um conjunto de comportamentos que são adotados num contexto *intra legem*, consideramos que o planeamento fiscal agressivo é uma vertente autónoma da elisão fiscal porque explora opções *extra legem*.

Aliás, consideramos que as lacunas, fazendo referência à nota que efetuamos em relação ao planeamento fiscal, se situam nesta área cinzenta uma vez que não tem, na nossa opinião, os requisitos

---

<sup>291</sup> Dourado, 49.

<sup>292</sup> Philip Baker, «The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes», *Intertax*, 2015, 86.

<sup>293</sup> José Manuel Calderón Carrero e Alberto Quintas Seara, «The Concept of “Aggressive Tax Planning” Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS ERA: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning», *Intertax*, 2016, 210.

<sup>294</sup> Carrero e Seara, 210.

necessários para serem considerados elisão fiscal típica.<sup>295</sup>

É comumente aceite que na elisão fiscal típica existe uma manipulação da lei e a criação de esquemas artificiosos. Ora, se assim é, onde está o abuso no aproveitamento de uma imperfeição? Se o legislador está obrigado, ao abrigo do princípio da tipicidade fiscal, a prever todas as situações em concreto às quais é aplicada determinada lei, se o sujeito passivo tributário conseguir contornar aquela lei aproveitando a sua imperfeição, a manipulação torna-se, na nossa opinião, nula.<sup>296</sup>

Mais se adianta que o plano BEPS é mais uma prova de que o planeamento fiscal, aquele que é feito *intra legem*, não deverá ter sindicância, uma vez que não são esses comportamentos que estão em causa quando se fala em planeamento fiscal agressivo, sendo que o planeamento fiscal agressivo poderá assumir diversas formas, pelo que chamamos à atenção as formas de planeamento fiscal agressivo através de jurisdições com baixa tributação.<sup>297</sup>

O propósito de chamarmos à atenção a esta particular forma de planeamento fiscal agressivo, deve-se ao facto poderem ser estas as situações que o imposto de saída pretende prevenir, sendo que o sujeito passivo tributário constitui uma sociedade num país, território ou região de baixa tributação e arranja forma de fazer com o que os seus lucros (remetendo para a nossa matéria, algumas possíveis mais-valias) sejam sujeitos a uma tributação mais baixa que àquela a que normalmente estariam sujeitos.<sup>298</sup>

Quanto à forma como o planeamento fiscal agressivo surge, da exposição conseguimos retirar o aproveitamento, não artificial, das disparidades legislativas e lacunas, muitas delas não intencionais, mas existe, a nosso ver, um promotor que é será o principal causador de todas as questões elisivas, não tendo apenas enfoque a nível do planeamento fiscal agressivo, que é o *harmful tax competition*.

Como dissemos anteriormente, o propósito de fazermos esta abordagem vai ser relevante no capítulo III no que se refere às alternativas, na medida em que uma vez identificado o promotor dos problemas elisivos, o seu combate será de certo modo facilitado.

---

<sup>295</sup> Com opinião de que estas se situam na elisão fiscal, Gianni de Luca, *Diritto Tributario*, XXIII Edizione (Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri - Simone, 2009), 46 e 47; Dourado, *Direito Fiscal - Lições*, 271.

<sup>296</sup> Muito embora sejamos apologistas que estes comportamentos não se enquadram totalmente no conceito de elisão fiscal, muito menos no conceito de planeamento fiscal, consideramos que existe uma escolha fiscal *extra legem* pelo facto do sujeito passivo tributário procurar uma solução que não está na lei, mas sim para além desta. Fazendo uma referência à doutrina espanhola que anteriormente vimos acerca do planeamento fiscal, que o que é censurável é a vantagem e não o comportamento.

<sup>297</sup> Cachia, «Agressive Tax Planning: An analysis from an EU Perspective», 259.

<sup>298</sup> Cachia, 259. O autor reitera que a utilização de tais esquemas pressupõe que existe como pano de fundo toda uma panóplia de razões económicas relativas a estas operações e que não somente como objetivo a obtenção de uma vantagem fiscal. Mais a frente esta matéria vai ser densificada no ponto 1.5.4. do capítulo II.

O *harmful tax competition* não é uma realidade nova, isto é, a OCDE, em 1998, publicou um relatório<sup>299</sup> que criou o *Forum on Harmful Tax Practices* com o objetivo de desenvolver medidas de combate às práticas fiscais prejudiciais no que concerne, por exemplo, atividades financeiras e outros serviços, uma vez que a natureza desse tipo de atividades faz com que seja fácil transferi-las de um país para outro.<sup>300</sup>

De acordo com o relatório final da ação 5 do plano BEPS, o *harmful tax competition* representa um problema de erosão das bases tributárias porque distorce a localização dos capitais e dos serviços. Para além disso, as práticas fiscais prejudiciais causam transferências indesejáveis da carga tributária para bases menos móveis, como por exemplo o trabalho, a propriedade ou o consumo, e aumenta os custos administrativos.<sup>301</sup>

Neste contexto, o objetivo da OCDE é assegurar a integridade dos sistemas tributários que saem lesados pelos países que adotam regimes especiais que se consubstanciam em *harmful tax competition*.

No entanto, o relatório esclarece que não existe qualquer objetivo de promover a harmonização dos impostos sobre o rendimento ou das estruturas fiscais dentro ou fora da OCDE, nem ditar qual será o nível apropriado das taxas de imposto.<sup>302</sup>

O objetivo acima identificado vai ser concretizado através da diminuição da influência que as distorções dos países que adotam estas práticas provocam, encorajando assim um ambiente onde a justa e livre concorrência fiscal poderá ocorrer.<sup>303</sup>

Será esta a abordagem mais correta ao principal promotor das questões elisivas? Será uma questão a que vamos responder mais à frente.<sup>304</sup>

No entanto, a questão permanece: o que é que é considerado *harmful tax competition*?

De acordo com o relatório final da ação 5 do plano BEPS, este conceito poderá ser traduzido no reconhecimento de quatro fatores chave num regime preferencial oferecido por um ordenamento jurídico, a saber: (1) Aquele regime impõe uma não tributação ou uma tributação baixa sobre o rendimento proveniente de atividades financeiras e outros serviços, geograficamente, móveis; (2) o

---

<sup>299</sup> OECD, «Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue», 1998.

<sup>300</sup> OECD, «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance», 2015, 11.

<sup>301</sup> OECD, 11.

<sup>302</sup> OECD, 11.

<sup>303</sup> OECD, 11.

<sup>304</sup> Capítulo III – 3. Reflexão Crítica,



regime está compartimentado em relação à economia nacional (3) Falta transparência no regime e; (4) Não há troca efetiva de informações em relação ao regime.<sup>305</sup>

Não é o nosso objetivo dissecar o conceito de *harmful tax competition*<sup>306</sup>, mas daqui conseguimos retirar que as práticas fiscais prejudiciais, nomeadamente com a adoção de regimes preferenciais, contribuem para o planeamento fiscal agressivo e acima de tudo contribuem para a erosão das bases tributárias como acima fizemos referência.

O facto essencial de haver uma concorrência fiscal entre os Estados, nomeadamente entre os Estados-Membros da União Europeia, já poderá ser um começo para que os sujeitos passivos tributários tentem aproveitar o que cada um tem de melhor para oferecer.

Quando esta concorrência é levada ao extremo e são criados regimes especiais para absorver investimento que de outra maneira não seria absorvido. O sujeito passivo tributário arranjará esquemas, artificiais ou reais, para obter uma poupança fiscal.

Posta esta situação, consideramos que esta concorrência prejudicial é o principal promotor de todas as questões elisivas. Sem ela seria mais difícil identificar, por exemplo, as vantagens associadas à transferência da sede societária ou transferência de ativos para outros países, regiões ou territórios.

Ressalvamos, igualmente, que o *harmful tax competition* pode dar aso a planeamento fiscal *intra legem*, isto é, a inserção do comportamento do sujeito passivo tributário como planeamento fiscal, planeamento fiscal agressivo ou elisão dependerá de uma avaliação casuística uma vez que o aproveitamento legal e com substância económica de um regime preferencial num país, território ou região com tributação mais baixa poderá dar aso a que seja considerado planeamento fiscal.

Quanto à Diretiva em apreço existe, no parágrafo 3 do preâmbulo, uma menção ao planeamento fiscal agressivo, havendo igualmente referências à elisão fiscal. Sendo a Diretiva uma resposta direta ao plano BEPS, é uma garantia de que existe vontade e empenho por parte da União Europeia em prevenir os efeitos que advêm da utilização do planeamento fiscal agressivo, sendo que o que está em causa na Diretiva não são apenas os comportamentos elisivos associados ao conceito típico de elisão fiscal mas também aqueles comportamentos que vão para além do planeamento fiscal *intra legem*, mas que não têm lugar no conceito típico de elisão fiscal.

Como conclusão do ponto 5 referente à elisão fiscal, figuras adjacentes e a erosão das bases

---

<sup>305</sup> OECD, 20. Estes são os quatro fatores principais para distinguir se um regime constitui ou não uma prática fiscal prejudicial. No entanto, neste mesmo relatório, há referência a mais oito fatores que poderão ser analisados para determinar se o regime é efetivamente prejudicial.

<sup>306</sup> Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 4 a 10.

tributárias, quais são os comportamentos que estão em causa no plano BEPS e na Diretiva? A erosão das bases tributárias é apenas provocada pelo planeamento fiscal agressivo?

Somos da opinião que não podemos abordar estas matérias de forma fracionada, isto é, ao longo da nota explicativa ao plano BEPS e do preâmbulo da Diretiva em apreço, identificamos que a elisão fiscal não é apenas utilizada em sentido técnico.

Poderemos considerar que elisão fiscal é todo e qualquer comportamento que comprometa a integridade das bases tributárias, quer seja por meio de esquemas artificiosos, seja por meio de aproveitamento das imperfeições, quer na lei, quer na articulação dos vários sistemas tributários da União Europeia.

Para que a compreensão seja mais facilitada, estamos perante uma nova realidade que é a erosão das bases tributárias, que não é levada a cabo apenas por meios artificiosos, mas todo um conjunto de comportamentos do sujeito passivo tributário que levam a que os Estados-Membros percam receita tributária.

O planeamento fiscal agressivo, tal como por nós perspetivado, não pode, devido à sua génese, ser combatido da mesma forma que é combatida a elisão fiscal em sentido técnico porque, apesar do resultado dos comportamentos ser o mesmo (a poupança fiscal), a génese dos comportamentos inerentes aos conceitos, são muito diferentes: a elisão fiscal típica é combatida por normas antiabuso, realçando o carácter artificial dos comportamentos inerentes ao conceito.

Por seu turno, o modo de combate do planeamento fiscal pode passar, por exemplo, por uma melhor articulação dos sistemas tributários da União Europeia, uma vez que o elemento da artificialidade falha, sendo aqui as normas antiabuso inúteis.

Tendo toda esta factualidade em mente, estaremos capazes de avaliar se o imposto de saída é ou não um bom mecanismo de elisão fiscal, sendo que, desde já, podemos dizer que não é um mecanismo de combate à elisão fiscal típica uma vez que esta tem meios específicos para ser combatida.

## **CAPÍTULO II – SÃO OS IMPOSTOS DE SAÍDA UM BOM MECANISMO DE COMBATE À ELISÃO FISCAL?**

Chegámos a uma fase do nosso estudo onde pretendemos dar resposta à pergunta essencial deste trabalho: são os impostos de saída um bom mecanismo de combate à elisão fiscal?

Agora que acabámos de identificar que a elisão fiscal não é apenas vista no sentido técnico, mas que pode ser considerada um conceito flexível que engloba outros conceitos que vão para além do conceito típico de elisão, mas que não se encaixam no conceito de planeamento fiscal e que contribuem

para a erosão das bases tributárias, vamos determinar se o mecanismo de tributação à saída é um bom mecanismo para acautelar aquilo que visa salvaguardar.

Para o efeito vamos dar resposta a uma série de perguntas subjacentes a esta temática e iremos abordar igualmente vários temas para posteriormente darmos uma resposta à pergunta.

Tentaremos ser o mais objetivos possível, isto é, como a resposta à pergunta é uma resposta sintética de sim ou não, será essencial que essa resposta seja o mais fundamentada e completa possível para melhor traduzir a nossa posição.

Em primeiro lugar, iremos expor o regime dos impostos de saída da Diretiva, traçando assim os seus aspetos fundamentais.

Em segundo lugar, analisaremos concretamente se o regime é ou não um bom mecanismo para combater a elisão fiscal, procurando as fragilidades do regime bem como as próprias fragilidades do imposto de saída.

Sem mais delongas passaremos à análise do regime.

## **1. A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA NA DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016**

Tal como foi por nós avançado no primeiro capítulo deste trabalho, a Diretiva em estudo fornece uma série de ferramentas que os Estados-Membros devem adotar com o objetivo primordial de combater a elisão fiscal. Um dos mecanismos adotado é a tributação à saída.

A tributação à saída, que se efetiva através da aplicação de um imposto de saída, encontra-se no artigo 5.º da referida Diretiva e é composto da seguinte forma:

O n.º 1 deste artigo determina que “Um contribuinte deve estar sujeito a imposto por um montante igual ao valor de mercado dos ativos transferidos no momento da saída dos ativos, deduzidos do seu valor para efeitos fiscais, em qualquer das seguintes circunstâncias: a) o contribuinte transfere ativos da sua sede para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro, na medida em que o Estado-Membro da sede deixou de ter o direito de tributar os seus ativos transferidos devido à transferência; b) o contribuinte transfere ativos do seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro para a sua sede ou para outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro, na medida em que o Estado-Membro do estabelecimento estável deixou de ter o direito de tributar os ativos transferidos devido à transferência; c) o contribuinte transfere a sua residência fiscal para outro Estado-Membro ou para um país terceiro, com exceção dos ativos que permanecem efetivamente afetados a um estabelecimento estável situado no primeiro Estado-Membro; d)

o contribuinte transfere a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável de um Estado-Membro para outro ou para um país terceiro, na medida em que o Estado-Membro do estabelecimento estável deixou de ter o direito de tributar os ativos transferidos devido à transferência.”

No n.º 1 encontramos, portanto, casos em que a tributação deve ser aplicada e a fundamentação para a sua aplicação.

O n.º 2 refere-se às situações em que deve ser dado ao sujeito passivo tributário a opção de diferimento do pagamento do imposto a que se refere o n.º 1, ao determinar que “Ao contribuinte deve ser dado o direito a diferir o pagamento de um imposto à saída a que se refere o n.º 1 mediante o pagamento em prestações ao longo de cinco anos, em qualquer das seguintes circunstâncias: a) o contribuinte transfere ativos da sua sede para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro que seja parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu («Acordo EEE»); b) o contribuinte transfere ativos do seu estabelecimento estável situado num Estado-Membro para a sua sede ou para outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro que seja parte no Acordo EEE; c) o contribuinte transfere a sua residência fiscal para Outra Estado-Membro ou para um país terceiro que seja parte no acordo EEE; d) o contribuinte transfere a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável para outro Estado-Membro ou para um país terceiro que seja parte no Acordo EEE;”

O segundo parágrafo do n.º 2 deixa uma ressalva determinando que “O presente número é aplicável aos países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado um acordo com o Estado-Membro do contribuinte ou com a União sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/UE do Conselho (1).”

O n.º 3 do art.º 5.º da referida Diretiva, determina que em certos casos poderão ser aplicados juros na medida em que “Se o contribuinte diferir o pagamento nos termos do disposto no n.º 2, podem ser cobrados juros nos termos da legislação do Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável, consoante o caso.” e determina, igualmente, em que circunstâncias poderá ser exigida uma garantia, sendo que o segundo parágrafo do mesmo número determina que “Se existir um risco demonstrável e real de não cobrança, os contribuintes podem também ser obrigados a prestar uma garantia como condição para diferir o pagamento nos termos do n.º 2.”.

No entanto, deixa uma ressalva, sendo que o terceiro parágrafo determina que “O segundo parágrafo não se aplica caso a legislação do Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento

---

<sup>1</sup> Diretiva 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 (JO L 84 de 31.3.2010, p.1).

estável preveja a possibilidade de cobrança da dívida fiscal através de um outro contribuinte que seja membro do mesmo grupo e seja residente para efeitos fiscais nesse Estado-Membro.”

O n.º 4 prevê as situações em que o diferimento do pagamento poderá ser imediatamente interrompido, isto é, “Caso seja aplicável o n.º 2, o diferimento do pagamento é imediatamente interrompido e a dívida fiscal passa a ser cobrável nos seguintes casos: a) Os ativos transferidos ou a atividade exercida pelo estabelecimento estável do contribuinte são vendidos ou objeto de outra forma de alienação; b) os ativos transferidos são subsequentemente transferidos para um país terceiro; c) a residência fiscal do contribuinte ou atividade exercida pelo seu estabelecimento estável é subsequentemente transferida para um país terceiro; d) o contribuinte declara falência ou está em processo de liquidação; e) o contribuinte não cumpre as suas obrigações no que se refere às prestações e não corrige a situação num prazo razoável, que não pode exceder 12 meses.”

O segundo parágrafo deste número deixa também uma ressalva determinando que “As alíneas b) e c) não são aplicáveis aos países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado com o Estado-Membro do contribuinte ou com a União Europeia sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência prevista na Diretiva 2010/24/UE.”

No n.º 5 está previsto o mecanismo *step-up*, isto é, “Caso a transferência de ativos, da residência fiscal ou de atividades exercidas por um estabelecimento estável seja efetuada para outro Estado-Membro, esse Estado-Membro aceita o valor estabelecido pelo Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável como valor inicial dos ativos para efeitos fiscais, exceto se esse valor não refletir o valor de mercado.”

No n.º 6 do referido artigo temos a definição de valor de mercado, ou seja, “Para efeitos dos n.ºs 1 a 5, entende-se por «valor de mercado» o montante pelo qual os ativos podem ser trocados ou as obrigações mútuas podem ser regularizadas entre compradores e vendedores não relacionados e interessados numa transação direta.”

Por último, no n.º 7 encontramos a exceção à aplicação da tributação à saída, isto é, “Desde que os ativos revertam para o Estado-Membro do autor da transferência num prazo de 12 meses, o presente artigo não se aplica às transferências de ativos relacionadas com o financiamento através de valores mobiliários, aos ativos constituídos como garantia, ou caso a transferência de ativos seja efetuada a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de gestão de liquidez.”

Posta esta primeira breve exposição do artigo relativo à tributação à saída presente na Diretiva, iremos agora explicar o regime por temas.

## 1.1. A OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DO IMPOSTO

Tal como salienta STEVEN PEETERS<sup>307</sup>, na Diretiva não se trata de determinar em que circunstâncias é que o Estado-Membro pode ou não aplicar a tributação à saída, mas trata-se de determinar quando é que o Estado-Membro tem a obrigação de aplicar este tipo de impostos, sendo que, neste particular, o n.º 1 do art.º 5 da Diretiva determina que o sujeito passivo tributário deve estar sujeito a imposto sobre os ativos transferidos sempre que se verifiquem as circunstâncias previstas nas alíneas a) a d), anteriormente citadas.

Resumindo, existem quatro situações que desencadeiam a aplicação do imposto: quando o sujeito passivo (1) transfere ativos da sua sede para um estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou país terceiro; (2) transfere ativos do estabelecimento estável para a sua sede ou para outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou país terceiro; (3) transfere a residência fiscal para outro Estado-Membro ou país terceiro<sup>308</sup> ou; (4) transfere a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável para outro Estado-Membro ou país terceiro.

A fundamentação que está por detrás desta obrigação é o facto de o Estado de saída perder o poder de tributação quando os ativos deixam o seu país ou exista uma transferência da sede do sujeito passivo tributário.

Tal como fizemos referência no princípio deste estudo e posteriormente na análise da jurisprudência do TJUE, o princípio da repartição equilibrada dos poderes de tributação juntamente com o princípio da territorialidade aliado a um elemento temporal, legitimam o Estado de “saída” a tributar os ganhos que foram produzidos no seu território e que, de outra forma, nunca seriam tributados.

Este imposto (I) é igual ao valor de mercado dos bens transferidos (Vm) no momento da saída dos ativos, deduzido do valor para efeitos fiscais (sendo este o valor da aquisição [Va]). Esquemáticamente:  $I = Vm - Va$ . Exemplificando: uma sociedade que adquiriu um ativo por 10, passado algum tempo, por hipótese, desloca a sua sede para outro Estado-Membro da União Europeia<sup>309</sup>, e no momento da transferência o valor de mercado do ativo era de 30. Aplicando as regras do referido artigo, o Estado-Membro de saída tem de aplicar um imposto sobre a mais-valia latente de 20.

Uma das primeiras notas a fazer a esta disposição é que a Diretiva é bastante precisa em termos de como é que o valor tributável é achado, mas não demonstra, em termos de taxa a aplicar, como é que este valor é de facto tributado, sendo certo que resulta da jurisprudência que o regime que

---

<sup>307</sup> Steven Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», *EC Tax Review*, 2017, 129.

<sup>308</sup> Sendo que neste caso exceção se dá aos ativos que permanecem afetos ao um estabelecimento estável no país de saída.

<sup>309</sup> Art.º 5.º, n.º 1, alínea c) da Diretiva.

for imposto às mais valias latentes não poderá ser mais pesado do que aquele que é imposto às mais-valias realizadas. Se tal acontecer, consideramos que o regime se torna desproporcional relativamente ao objetivo que pretende prosseguir e, conseqüentemente, constitui uma restrição proibida da liberdade de estabelecimento, visto ser discriminatório em relação às situações puramente domésticas<sup>310</sup>.

Alerta-se também para o facto de que será incompatível com o propósito da Diretiva e, conseqüentemente, igualmente contrário aos objetivos do plano BEPS, um regime de impostos de saída que, aplique uma taxa de imposto de 0%.<sup>311</sup>

Deveremos dar igualmente conta que o art.º 5.º, n.º 1. alínea c) contém uma exceção que é o facto de no caso de haver transferência da residência fiscal, os ativos que ficarem afetos a um estabelecimento estável no país de saída não serão tributados. Em relação aos ativos que acompanham a transferência da sede serão normalmente tributados, nos termos do presente artigo.

A lógica subjacente à exceção de que os ativos que ficam afetos a um estabelecimento estável no país de saída não serão tributados será fácil de compreender tendo em conta a função da tributação à saída na Diretiva, isto é, a tributação à saída visa garantir que o Estado de onde são transferidos os ativos tributa o valor económico das mais-valias geradas no seu território.

Se existem ativos que ficam afetos a um estabelecimento estável, o Estado em questão não perde o poder tributário, não havendo necessidade de apurar quaisquer mais-valias no momento da saída.

Damos conta também que são de afastar as conceções de imposto de saída que tenham em conta apenas transferências da residência fiscal, sendo que na Diretiva é apresentado um conceito de imposto próximo daquilo que defendemos anteriormente, isto é, a previsão de estes serem aplicados quando exista transferência de ativos ou até mesmo transferência da atividade desenvolvida através do estabelecimento estável sito num determinado Estado, como é o caso da alínea d) do n.º 1 do artigo em questão.

Por último referimo-nos à possível extensão da aplicação dos impostos de saída a casos em que exista uma mudança na propriedade dos ativos transferidos, pelo que o documento da DG TAXUD<sup>312</sup> releva que os impostos de saída apenas envolvem a transferência de ativos para fora do poder de tributação do Estado-Membro, mas sem que haja alteração na propriedade do ativo.

Na verdade, a existência de uma alteração na propriedade do ativo constituiria uma alienação

---

<sup>310</sup> Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», 130.

<sup>311</sup> Peeters, 130.

<sup>312</sup> DG Taxud, «Note on the Application of the "Minimum Level of Protection», 2016.

e, nesse caso, já não seria um imposto de saída a aplicar, mas sim um imposto sobre as mais-valias realizadas.<sup>313</sup>

Do exposto nos últimos dois parágrafos, retira-se que os impostos de saída apenas se aplicam quando haja, neste caso, transferência dos ativos e que, devido a essa circunstância, o Estado-Membro deixa de poder tributar as possíveis mais-valias que decorrem da valorização desse ativo.

Se o Estado-Membro, por via da alienação, tributa a mais-valia relativa à valorização do ativo, não fará sentido a aplicação do imposto de saída.

## **1.2. PAGAMENTO DO IMPOSTO**

### **1.2.1. DIFERIMENTO DO PAGAMENTO**

Esta foi uma questão bastante discutida na jurisprudência, sendo que no acórdão *National Grid Indus*<sup>314</sup> fica presente que não seria proporcional exigir o pagamento imediato do imposto ao sujeito passivo tributário, isto é, os Estados-Membros deveriam dar a hipótese de diferir o pagamento para o momento da realização da mais-valia e, mais tarde, em *DMC*<sup>315</sup>, ficou presente que a legislação nacional que fornecesse ao sujeito passivo tributário a hipótese de diferir o pagamento em prestações ao longo de cinco anos continuava a preencher os requisitos de proporcionalidade exigidos pelo direito da União Europeia.

Nesta matéria assistimos então a uma codificação da jurisprudência já por nós analisada, no sentido de que o n.º 2 do art.º 5.º da Diretiva determina que ao sujeito passivo tributário deverá ser dado o direito a diferir o pagamento de um imposto de saída mediante o pagamento em prestações ao longo de cinco anos.

Salientamos o reflexo da jurisprudência do caso *DMC* no que se refere à duração dos pagamentos, no entanto temos de fazer um reparo, isto é, muito embora o caso *DMC* seja um marco fundamental na história dos impostos de saída, e, em particular, no que respeita ao pagamento do imposto, a verdade é que, posteriormente ao caso *DMC*, como analisámos anteriormente, o TJUE teve de se pronunciar no caso *Verder LabTec*<sup>316</sup> no sentido de analisar a proporcionalidade de uma disposição nacional que dava ao sujeito passivo tributário a hipótese de pagar o imposto em prestações ao longo de

---

<sup>313</sup> DG Taxud, 2.

<sup>314</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10.

<sup>315</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *DMC*, Processo C-164/12.

<sup>316</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Verder LabTec*, Processo C-657/13.



dez anos.

Naquele caso, o TJUE, tendo em conta que em *DMC* foi considerado proporcional um pagamento ao longo de cinco anos, decidiu que não haveria fundamento para considerar aquela disposição desproporcional, legitimando assim a aplicação do diferimento do pagamento mediante o pagamento em prestações ao longo de dez anos.<sup>317</sup>

Se, à partida, dez anos é um período mais benéfico para o sujeito passivo tributário, porque é que na Diretiva foi adotado um período mais curto?

Acreditamos que podemos fundamentar a adoção de um período mais curto com base em dois eixos: o risco de incumprimento num prazo tão alargado como dez anos e; o caráter *de maximis* da art.º 5.º da Diretiva.

Primeiro, o risco de incumprimento, isto é, ao ser dado ao sujeito passivo a oportunidade de efetuar o pagamento ao longo de dez anos pode, visto ser um período alargado, acarretar problemas de incumprimento na medida em que o Estado-Membro em causa vê o tributo a ser disperso por um período maior, aumentando o risco de incumprimento do sujeito passivo tributário na medida em que nesse período a vida económica deste poderá deteriorar-se<sup>318</sup>.

Para além disso, fica presente nos acórdãos *National Grid Indus* e *Verder LabTec* que, com a decorrer do tempo, existe risco de não cobrança do imposto<sup>319</sup>, mesmo assim - tal como fizemos referência no capítulo I – 3.2.8. *Verder LabTec* - no caso de transferências, tanto da sede societária como de ativos entre Estados-Membros da União Europeia onde vigora a Diretiva 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, não faz muito sentido a argumentação de que existe risco de não cobrança.

Toda esta questão relativamente ao risco de não cobrança do imposto com o decorrer do tempo, parece-nos algo cinzenta e ainda com algumas questões por clarificar, nomeadamente o que é que se entende por risco de incumprimento com o decorrer do tempo.

Em segundo lugar, sendo que esta será, com certeza, a justificação mais plausível, é que, no que toca à disposição da tributação à saída, a Diretiva tem um caráter *de maximis* como, apontámos anteriormente, isto é, o art.º 3.º da Diretiva determina que as disposições desta diretiva não obstam a

---

<sup>317</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, par. 70 a 73.

<sup>318</sup> Com isto não queremos dizer que a vida económica ao longo dos dez anos irá forçosamente deteriorar-se, apenas consideramos que existe essa possibilidade, sendo que o risco é real.

<sup>319</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10, par. 74; Tribunal de Justiça da União Europeia, *Verder LabTec*, Processo C-657/13, par. 50.

que os Estados-Membros apliquem disposições destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado, conferindo assim um carácter *de minimis* da Diretiva.

Contudo, é considerado que no caso da tributação à saída, as normas foram elaboradas como sendo um reflexo da jurisprudência do TJUE, pelo que se os Estados-Membros adotarem medidas mais restritivas neste âmbito, correm o risco de que essas medidas sejam contrárias ao Direito da União Europeia.<sup>320</sup>

O documento da DG TAXUD demonstra, a título de exemplo, que uma medida mais restrita, como por exemplo, fixar o pagamento em prestações durante um período mais baixo que os cinco anos que estão determinados na Diretiva, pode ser considerado contrário ao Direito da União Europeia.

*A contrario*, poderemos presumir que se o Estado-Membro adotar uma medida que seja mais benéfica para o sujeito passivo tributário e concedendo, assim, um período de pagamento mediante prestações ao longo de dez anos, já previamente considerado proporcional pelo TJUE no caso *Verder LabTec*, não viola o carácter *de maximis* da norma.

Relativamente às condições sob as quais o diferimento do pagamento está sujeito, apenas se vislumbra uma restrição, isto é, o segundo parágrafo do n.º 2 do art.º 5.º da Diretiva determina que a possibilidade do diferimento do pagamento pode ser estendida a realocações para países terceiros, no entanto esses países terceiros têm de ser partes no Acordo EEE na medida em que esteja em vigor um acordo entre estes e o Estado-Membro do sujeito passivo tributário sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 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.

Entende-se que, *a contrario*, se não for preenchido este requisito, o Estado-Membro que aplica o imposto de saída não pode disponibilizar o diferimento do pagamento mediante o pagamento em prestações, pelo que, terá de cobrar imediatamente o referido tributo.

Isto poderá ser questionável, uma vez que a transferência de ativos envolve a liberdade de circulação de capitais que é a única liberdade que se aplica também a países terceiros<sup>321</sup>, sendo que não se sabe até que ponto é que faria sentido utilizarmos a argumentação inerente à violação da liberdade de estabelecimento na medida em que o pagamento imediato do tributo poderá constituir uma violação da liberdade de circulação de capitais.

---

<sup>320</sup> DG Taxud, «Note on the Application of the "Minimum Level of Protection», 2.

<sup>321</sup> Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», 170.

### 1.2.2. COBRANÇA DE JUROS

O n.º 3 do art.º 5.º da Diretiva determina que se o sujeito passivo tributário optar pelo diferimento do pagamento nos termos do número anterior, podem ser cobrados juros nos termos da legislação do Estado-Membro do sujeito passivo tributário ou do estabelecimento estável, consoante o caso.

A primeira nota a fazer a esta disposição é que a Diretiva determina que podem ser cobrados juros, não determina a cobrança obrigatória dos mesmos, o que significa que terá de haver uma análise caso a caso para que seja determinada a necessidade da cobrança de juros ou não.

A cobrança de juros no caso de o sujeito passivo tributário optar pelo diferimento do pagamento resulta da jurisprudência do TJUE, em especial do acórdão *National Grid Indus*<sup>322</sup> e do acórdão *Commission v. Portugal*<sup>323</sup>, onde podemos verificar que a disposição na Diretiva é similar ao que está mencionado nos acórdãos.

Acontece que o facto de o Estado-Membro de “saída” poder cobrar juros ao sujeito passivo tributário causou bastantes discussões na doutrina, tendo em conta que estes juros representam um cargo financeiro adicional para além daquela que este já suporta, isto é, a tributação à saída.<sup>324</sup>

OLGA SENDETSKA considera que as palavras do TJUE, “(...) o pagamento diferido do montante do referido imposto, acrescido, se for o caso disso, de juros segundo a legislação nacional aplicável, (...)”<sup>325</sup>, podem ser interpretadas de duas maneiras: ou se considera que o TJUE quis dizer que as situações puramente internas de transferência da sede e de ativos, devem ser comparadas com as situações transfronteiriças de transferência de sede e de ativos com o objetivo de aplicar o mesmo tratamento no que toca à cobrança de juros; ou a cobrança de juros em caso de diferimento em situações internas deve ser comparada com a cobrança de juros em caso de diferimento em situações transfronteiriças de modo a ser aplicado o mesmo tratamento.<sup>326</sup>

Na opinião da Autora, a questão dos juros está ligada com a noção de *national treatment*, sendo que a possibilidade de cobrar juros tem de ser analisada individualmente e não em conjunto com o imposto de saída.

Esta análise passa pela avaliação de situações comparáveis, isto é, neste caso as situações

---

<sup>322</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10, par. 73.

<sup>323</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Portugal*, Processo C-38/10, par. 32.

<sup>324</sup> Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», 126.

<sup>325</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10, par. 73; Tribunal de Justiça da União Europeia, *Commission v. Portugal*, Processo C-38/10, par. 32.

<sup>326</sup> Sendetska, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», 234.

comparáveis são a cobrança de juros em caso de diferimento em situações internas e a cobrança de juros em caso de diferimento em situações transfronteiriças.<sup>327</sup>

A Autora explica que a razão que está subjacente à criação do regime de diferimento do pagamento é que, no momento em que o imposto é liquidado, a sociedade poderá não ter a necessária liquidez para pagar o valor do imposto, sendo que o diferimento do pagamento permite que esse problema seja resolvido, diferindo o pagamento para quando haja liquidez.

Esta questão da falta de liquidez pode acontecer igualmente numa situação puramente doméstica, sendo que uma sociedade que não tenha exercido a sua liberdade de estabelecimento, poderá ter problemas de liquidez aquando do pagamento de um tributo, requerendo assim o diferimento do pagamento. A Autora é da opinião que se estas duas situações são comparáveis, então deveria ser aplicada a mesma norma (referente aos juros) em ambos os casos.<sup>328</sup>

Embora esta argumentação não deixe de estar certa, a verdade é que com a possibilidade de cobrar juros ao sujeito passivo tributário, os problemas de *cash flow* podem subsistir à mesma porque, tal como explica KOK<sup>329</sup>, se o objetivo de não exigir o pagamento imediato do imposto é acautelar questões relacionadas com a liquidez, será incongruente permitir o diferimento do pagamento mediante o pagamento de juros, sendo que as desvantagens em relação a questões de liquidez subsistirão.

OTMAR THÖMMES e ALEXANDER LINN explicam que normalmente os juros são cobrados em situações em que o pagamento é feito tardiamente ou o valor devido é alterado posteriormente à liquidação inicial, sendo que o objetivo é compensar uma vantagem de liquidez que o sujeito passivo tributário teria em comparação com outros que teriam pago imediatamente o montante fixado.

Assim, a cobrança de juros encontra o seu fundamento no princípio da igualdade, consequentemente, se o sujeito passivo tributário não obtiver uma vantagem de *cash flow* não existe qualquer justificação para os Estados cobrarem juros.<sup>330</sup>

Os Autores consideram que os juros em nada têm a ver com a repartição equilibrada dos poderes de tributação uma vez que estes são apenas um meio económico para compensar diferentes padrões de *cash flow*, nos casos anteriormente mencionados onde existe de facto uma vantagem de liquidez que é absorvida pela cobrança de juros e, assim, os juros não alteram o montante de imposto a

---

<sup>327</sup> Sendetska, 234.

<sup>328</sup> Sendetska, 235.

<sup>329</sup> Reinout Kok, «Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus», *EC Tax Review*, 2012, 205.

<sup>330</sup> Prof. Dr Otmär Thömmes e Dr Alexander Linn, «Deferment of Exit Taxes after Nation Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», *Intertax*, 2012, 489 e 490.

pagar nem alteram a repartição dos poderes de tributação.<sup>331</sup>

Neste contexto, os Autores explicam que de acordo com o TJUE, o Estado-Membro de origem pode estabelecer o montante que o sujeito passivo tributário paga, não pode exigir o pagamento imediato do mesmo, considerando esta premissa lógica no sentido de que a emigração, só por si, não constitui um ato de disposição do ativo que permite a recolha imediata do tributo.

Cobrar juros significaria então que os Estados-Membros não só poderiam estabelecer o montante do imposto como poderiam também exigir o pagamento imediato do mesmo. Sendo que a exigência do pagamento imediato foi considerada desproporcional, os Autores consideram que também é desproporcional a aplicação de juros e frisam, tal como KOK, que do ponto de vista de liquidez é indiferente se o imposto é exigido imediatamente após a saída ou se é, posteriormente, cobrado com juros.<sup>332</sup>

É igualmente importante relevar que a cobrança de impostos acarreta igualmente efeitos económicos, isto é, para o sujeito passivo tributário não existe escolha entre o pagamento imediato do tributo e o diferimento do mesmo. Aliás, tal como THÖMMES e LINN relevam, não haverá diferença nenhuma entre o pagamento imediato do tributo por meio de financiamento através de um crédito bancário ou o pagamento diferido do pagamento acrescido de juros.<sup>333</sup>

Se os juros cobrados pelo Estado-Membro em questão forem superiores aos juros cobrados por uma entidade bancária, logicamente que o sujeito passivo tributário vai optar pela minimização dos custos e optar pelo pagamento imediato do tributo, sobretudo se tivermos em conta que, em certos países, os juros relacionados com dívidas tributárias não são tidos como despesas e assim não dedutíveis no imposto sobre o rendimento.<sup>334</sup>

Muito embora possamos ver aqui uma oportunidade de planeamento fiscal legitimado pela Diretiva, a verdade é que a questão da cobrança dos juros é muito controversa, sendo que mesmo a posição do TJUE se possa considerar algo inconsistente.

Na nossa opinião achamos que não existe uma maneira correta de ver questão, isto é, tanto existem argumentos em prol da cobrança de juros (como por exemplo, a cobrança de juros serve para compensar a taxa de inflação ocorrida no período de diferimento ou que serve para compensar a vantagem de liquidez que o sujeito passivo tributário adquire face àquele que pague imediatamente o

---

<sup>331</sup> Thömmes e Linn, 490.

<sup>332</sup> Thömmes e Linn, 490.

<sup>333</sup> Thömmes e Linn, 491.

<sup>334</sup> Thömmes e Linn, 491.

imposto), como argumentos em prol da não cobrança de juros (como por exemplo, a desproporcionalidade atrás explicada, a neutralização da possibilidade entre o pagamento imediato e o diferimento que a cobrança de juros provoca).

Achamos igualmente que, independentemente do momento da realização, a liquidação do imposto, tanto em situações internas como transfronteiriças, já foi feita, sendo que em ambos os casos, se aguarda o pagamento por parte do sujeito passivo tributário.

Se assim o é, e se nos casos puramente internos se aplica a cobrança de juros sobre o montante que ainda não foi pago, não vemos razão para que o mesmo não aconteça em situações transfronteiriças tendo em conta os princípios desenvolvidos em *Schumacker*<sup>335</sup>.

Será que a cobrança de juros provoca a ineficácia do mecanismo?

A resposta a esta pergunta é simples, não. Não porque, muito embora se possa considerar, tal como considera THÖMMES e LINN, que o sujeito passivo tributário acaba por não ter uma óbvia possibilidade entre o pagamento imediato e o pagamento diferido, uma vez que os efeitos económicos de um ou de outro acabam por ser iguais, para o Estado o efeito é o mesmo, ou seja, quer o sujeito passivo tributário opte por uma modalidade ou por outra, o montante relativo às mais-valias latentes ocorridas no território de um Estado vai sempre ser pago, com ou sem juros e daí não existir qualquer tipo de fugas.

### **1.2.3. PRESTAÇÃO DE GARANTIA**

O segundo parágrafo do n.º 3 do art.º 5.º da Diretiva determina que se existir um risco demonstrável e real de não cobrança, os Estados-Membros poderão exigir ao sujeito passivo tributário uma garantia como condição para diferir o pagamento.

No entanto, esta disposição contém uma exceção no parágrafo seguinte que determina que a garantia poderá ser afastada se a legislação do Estado-Membro do sujeito passivo tributário preveja a possibilidade de cobrança da dívida fiscal através de outro sujeito passivo tributário que seja membro do mesmo grupo e seja residente para efeitos fiscais nesse Estado-Membro.

Desde já salientamos que a disposição relativa à prestação de uma garantia não tem a mesma redação da norma respeitante à possibilidade de cobrar juros, relativamente ao facto de que a prestação de uma garantia não é feita nos mesmos termos da legislação do Estado-Membro em questão.

Daí esta norma conter essencialmente dois requisitos para que o sujeito passivo tributário seja

---

<sup>335</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, «Finanzamt Köln-Altstadt v. Schumacker, Processo C-279/93» (1995).

obrigado a prestar uma garantia e ambos dizem respeito ao risco de não cobrança, sendo que este risco tem de ser: (1) demonstrável e (2) real.

Tal como sublinha OLGA SENDETSKA, os Estados-Membros podem ter em conta o risco de não cobrança, sendo que esta possibilidade foi primeiramente facultada pela jurisprudência em *National Grid Indus*<sup>336</sup> e, posteriormente, em *DMC*<sup>337</sup> sendo que de acordo com a jurisprudência deste último a exigência da prestação de uma garantia deverá ser analisada casuisticamente, uma vez que ficou igualmente estabelecido em *Lasteyrie du Saillant*<sup>338</sup> e *N*<sup>339</sup> que a prestação de uma garantia como condição para diferir o pagamento, constituía uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento.<sup>340</sup>

Resulta igualmente da jurisprudência, nomeadamente em *Commission v. Denmark*, que caso o sujeito passivo tributário permaneça no Estado-Membro de onde desloca os seus ativos, portanto, em situações correspondentes às alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 5.º da Diretiva, a exigência da prestação de uma garantia seria considerada desproporcional.<sup>341</sup>

A nossa opinião acerca da exigência de prestação de garantias, prende-se essencialmente com dois aspetos: por um lado, a Diretiva não esclarece o que se poderá entender por risco demonstrável e real, deixando para as autoridades nacionais a avaliação de tal risco.

A este propósito, THÖMMES e LINN consideram que as autoridades nacionais devem ter igualmente em conta a possibilidade de permanência de alguns bens em território nacional do sujeito passivo que transferiu os seus bens para outro território.

Nesse caso, esses bens restantes poderão ser alvo de medidas executivas quando o sujeito passivo tributário falhar no cumprimento da obrigação de pagamento quando este for devido.

Por outro lado, na vigência da Diretiva relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas<sup>342</sup>, ou quando exista acordos bilaterais com o mesmo efeito, tal como explica SENDETSKA, será difícil para os Estados justificarem a exigência da prestação de garantia com base na cobrança efetiva dos impostos.<sup>343</sup>

---

<sup>336</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *National Grid Indus*, Processo C-371/10, par. 74.

<sup>337</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *DMC*, Processo C-164/12, par. 65.

<sup>338</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Hughes Lasteyrie du Saillant*, Processo C-9/02, par. 47.

<sup>339</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *N*, Processo C-470/04, par. 36.

<sup>340</sup> Sendetska, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», 236.

<sup>341</sup> Sendetska, 236.

<sup>342</sup> «Diretiva 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» (2010).

<sup>343</sup> Sendetska, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», 236; Thömmes e Linn, «Deferment of Exit Taxes after Nation Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», 493.

Consideramos igualmente que a matéria relativa à exigência de prestação de uma garantia deveria ter sido densificada, uma vez que a jurisprudência do TJUE não desenvolveu mais do que aquilo que ficou assente em *National Grid Indus*.

Significa isto que num futuro próximo o TJUE vai ter de se debruçar sobre esta matéria, sendo que da aplicação menos cuidada deste preceito resultarão casos desalinhados com o princípio da proporcionalidade.

#### **1.2.4. CASOS EM QUE O DIFERIMENTO DO PAGAMENTO É INTERROMPIDO**

O n.º 4 do art.º 5.º da Diretiva dispõe que caso se verifique o que está presente nas alíneas deste número, o diferimento do pagamento previsto no n.º 2 é imediatamente interrompido e a dívida fiscal passa a ser cobrável.

Os casos em que tal poderá acontecer são os seguintes: (1) os ativos transferidos ou a atividade exercida pelo estabelecimento estável do contribuinte são vendidos ou objeto de outra forma de alienação; (2) os ativos transferidos são subsequentemente transferidos para um país terceiro; (3) a residência fiscal do contribuinte ou a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável é subsequentemente transferida para um país terceiro; (4) o contribuinte declara falência ou está em processo de liquidação e; (5) o contribuinte não cumpre as suas obrigações no que se refere às prestações e não corrige a situação num prazo razoável, que não pode exceder 12 meses.

No primeiro caso, relevamos dois aspetos: por um lado, existe uma ideia de equiparação entre situações transfronteiriças e situações puramente internas, isto é, no caso de uma situação puramente interna, se o sujeito passivo tributário alienasse o bem em questão, o montante de imposto era liquidado e seria cobrado imediatamente, que é o que acontece na primeira situação, sendo que não é necessário prolongar a facilidade de pagamento; por outro lado, damos conta que este preceito resulta da combinação da jurisprudência de *National Grid Indus* e *DMC*.

Os casos (2) e (3) dizem respeito a casos em que os ativos, a residência fiscal do sujeito passivo tributário ou a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável é subsequentemente transferida para um país terceiro.

Estes preceitos têm de ser lidos conjuntamente, uma vez que o segundo parágrafo do n.º 4 do art.º 5.º da Diretiva dispõe que estes dois casos não são aplicáveis aos países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado um acordo com o Estado-Membro do sujeito passivo tributário ou com a União Europeia sobre a assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/UE.



A ideia aqui é evitar situações de evasão fiscal na medida em que se não houvesse um limite ao diferimento do pagamento, o sujeito passivo tributário poderia utilizar este diferimento como meio de se escusar ao pagamento do tributo, uma vez que seria difícil recolher o montante do imposto que envolva países terceiros que não são partes no Acordo EEE nem tenham celebrado nenhum acordo nos termos do segundo parágrafo do n.º 4 do art.º 5º da Diretiva.

Havendo uma dívida tributária e se o sujeito passivo tributário se encontrar na União Europeia ou num país terceiro que seja parte no Acordo EEE ou que tenha celebrado um acordo com o Estado-Membro do sujeito passivo tributário sobre a assistência mútua em matéria de cobrança de créditos tributários, os créditos dessa natureza são, de uma maneira ou de outra, arrecadados.

O que não acontece se o sujeito passivo tributário transferir a sua sede societária ou transferir ativos para um país terceiro que não é parte no Acordo EEE nem tem acordo com o Estado-Membro do país detentor do crédito tributário, relativo à assistência mútua de créditos tributários, porque, nestes casos, a arrecadação do tributo, se não for feita voluntariamente, dificilmente se conseguirá processar, o que poderá constituir uma porta aberta para o sujeito passivo tributário se escusar ao pagamento do imposto.

Para acautelar estas situações e para fechar uma possível válvula de escape, determina-se que o imposto é exigível imediatamente.

Nos casos correspondentes ao (4), será de entendimento comum que dada a situação do sujeito passivo tributário, o Estado-Membro se veja na necessidade de assegurar os seus interesses no processo de insolvência daquele.

Por último referimo-nos ao caso (5) sendo que se o sujeito passivo tributário não cumprir as suas obrigações e não corrigir a situação num prazo razoável, no máximo até 12 meses, o diferimento do pagamento é interrompido e o pagamento da dívida é imediatamente exigível.

Previne-se, assim, a possibilidade de o Estado de “saída” perder a sua receita<sup>344</sup> e por outro lado abre-se uma forma de planeamento fiscal para o sujeito passivo tributário na medida em que o não cumprimento do pagamento de uma prestação, não dará azo a que o diferimento do pagamento seja interrompido, desde que essa prestação seja regularizada no prazo máximo de 12 meses.

Na prática o sujeito passivo tributário pode ter até seis anos para o pagamento do tributo se tivermos em conta o facto de haver o prazo adicional de 12 meses para regularizar as prestações.

---

<sup>344</sup> Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», 131.

### 1.3. O PROBLEMA DA DUPLA TRIBUTAÇÃO

Para evitar problemas de dupla tributação, o n.º 5, do art.º 5.º da Diretiva em estudo, estabelece que o valor de mercado que é atribuído aos bens transferidos pelo Estado de saída tem de ser aceite pelo Estado de receção como valor inicial dos ativos para efeitos fiscais, mecanismo apelidado pela doutrina como *step-up*<sup>345</sup>.

Este mecanismo está em conformidade com o princípio da territorialidade uma vez que o Estado que recebe os bens transferidos ou para onde o sujeito passivo tributário transfere a sede societária, apenas irá tributar os rendimentos que irão surgir daí em diante, reflexo, uma vez mais, da jurisprudência presente em *National Grid Indus* e em *DMC*.<sup>346</sup>

No entanto, esta norma contém uma exceção, isto é, a última parte do referido n.º 5 estabelece que o Estado de receção poderá não aceitar o valor, que foi estabelecido pelas autoridades nacionais, se este não refletir o valor de mercado.

Se for o caso, o preâmbulo da Diretiva esclarece que os Estados-Membros poderão contestar este valor, pelo que poderão recorrer aos mecanismos de resolução de litígios.<sup>347</sup>

No que respeita ao carácter *de minimis* da Diretiva, este artigo, ao contrário do que é dito no art.º 3.º da Diretiva, funciona como uma norma absoluta, ou seja, tem um carácter *de maximis*, o que significa que quando transposta não poderá ser redigida com um nível protecional superior ao estabelecido pela Diretiva.<sup>348</sup>

Na parte final da análise de STEVEN PEETERS a este tema, o mesmo salienta que em casos em que o Estado-Membro de “saída” não aplica o imposto de saída, poderá existir uma dupla não tributação.

Discordamos desta visão por duas razões: a primeira é que a Diretiva ao ser transposta obriga os Estados-Membro a aplicar impostos de saída, sendo que a não aplicação deste mecanismo iria contra os preceitos de Direito Europeu; a segunda é que, mesmo que os Estados-Membros não apliquem impostos de saída sobre determinados ativos, não significa, à partida, que haja dupla não tributação uma vez para que tal acontecesse era necessário que os tais ativos estivessem isentos de tributação no ordenamento jurídico para o qual foram transferidos.

---

<sup>345</sup> Peeters, 131.

<sup>346</sup> Peeters, 131.

<sup>347</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, par. 10.

<sup>348</sup> Peeters, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», 132; DG Taxud, «Note on the Application of the "Minimum Level of Protection», 2.

#### **1.4. TRANSFERÊNCIA TEMPORÁRIA DE BENS**

Por fim, a Diretiva, no n.º 7, art.º 5.º, exclui determinadas operações, relacionadas com a transferência de bens com o objetivo de financiamento através de valores mobiliários, ativos constituídos como garantia, ou caso a transferência de ativos seja efetuada a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de gestão de liquidez, do âmbito de aplicação dos impostos de saída, sob a condição de que os ativos revertam para o Estado-Membro do autor da transferência no prazo de 12 meses.

Antes de entrarmos num novo ponto, vamos subsumir o imposto que acabamos de explicar, a uma das categorias que foi por nós referida no tema correspondente às tipologias de imposto de saída.

Pegando nas categorias de BETTEN, excluímos desde já os impostos de saída que alargam limitada e ilimitadamente a incidência fiscal, como os impostos de saída que visam a devolução de deduções fiscais.

A categoria que está aqui em causa é a de um imposto de saída geral, isto é, um imposto que tributa todas as mais-valias latentes, sendo que será de afastar a categoria dos impostos de saída parciais uma vez que nos vários números que compõem o artigo da tributação à saída não se conclui que o mecanismo tencione tributar em particular um tipo de mais-valia latente.

Feita esta categorização passamos à eficácia ou ineficácia do mecanismo.

#### **1.5. EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DO MECANISMO**

Depois de analisado o regime da Diretiva, cabe-nos determinar se este é um bom mecanismo no combate à elisão fiscal ou não.

Para o efeito, temos de abordar as seguintes áreas:

A primeira, a própria génese da tributação à saída, isto é, o imposto de saída é um imposto sobre o rendimento ou sobre a saída? Como temos vindo a adiantar, relativamente à identificação do facto tributário, não fica muito clara a incidência do imposto de saída.

Com o objetivo de determinar se o imposto de saída é um bom mecanismo de elisão fiscal, torna-se essencial fazer este esclarecimento, pelo que irá ajudar a responder à questão principal deste estudo na medida em que mediante a resposta que obtivermos a esta questão poderemos estar na presença de problemas de dupla tributação que não estão devidamente acautelados.

Será neste ponto que nos vamos pronunciar acerca das menos-valias.

A segunda, a relação entre a Diretiva “antielisão” e a Directiva 2009/133/CE do Conselho de

19 de Outubro de 2009 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 SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, isto é, existe um mecanismo na Diretiva “fusões” que permite, mediante condições específicas, obviar a tributação à saída implementada pela Diretiva “antielisão”.

O que procuraremos neste ponto é determinar se essa válvula de escape resulta das disposições relativas ao mecanismo da tributação saída da Diretiva “antielisão” ou se resulta diretamente de uma brecha facultada pela Diretiva “fusões”.

A determinação de uma ou outra situação ajudará a determinar se este é um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

A terceira, a determinação das situações que o imposto de saída visa acautelar e, de certa forma, testar se o imposto de saída é adequado a acautelar essas situações.

Certamente que se a tributação à saída não for eficaz nos casos para os quais foi desenhada, teremos de nos pronunciar pela ineficácia do mecanismo.

A quarta, o facto de a elisão fiscal não consistir numa razão válida, aos olhos do TJUE, para justificar a restrição que o mecanismo à saída cria.

Esta foi uma temática que temos vindo a adiantar aquando da análise da jurisprudência do TJUE e que fará todo o sentido dar resposta no sentido de compreender porque é que a UE adota uma medida que (1) não pode, tal como ficou explícito no capítulo I, ter como justificação o combate à elisão fiscal e; (2) se efetivamente a tributação à saída tem como objetivo uma determinação dos poderes tributários, porque razão introduziram um mecanismo num diploma que não tem esse objetivo e que advém de uma proposta de Diretiva que, efetivamente, tem como objetivo, entre outros, a determinação dos poderes de tributação?

A quinta, a falta de previsão da tributação à saída no plano BEPS.

Mesmo tendo em conta que o novo paradigma do plano BEPS é a erosão das bases tributárias, partilhada igualmente pela Diretiva em estudo, porque razão é que, se este mecanismo for um bom mecanismo de combate à erosão das bases tributárias, não foi avançado no plano BEPS?

Por fim, a sexta questão, o facto deste mecanismo ser uma restrição da liberdade de estabelecimento, isto é, como vimos anteriormente, a liberdade de estabelecimento é composta pela liberdade primária e pela liberdade secundária. Acontece que o imposto de saída prejudica ambas as vertentes, pelo que não é uma restrição que apenas afete parte da liberdade.

Se assim é, e tendo em conta que a restrição poderá ser justificada, porque razão quererá a

UE introduzir um mecanismo que é a antítese daquilo que tão acerrimamente defende? Será que a utilidade do mecanismo é proporcional à liberdade que sacrifica? Responderemos a estas perguntas para no fim obtermos uma resposta que ajudará a determinar a eficácia do mecanismo.

No final desta abordagem será feita uma síntese das respostas obtidas para ponderação no momento da determinação da eficácia do mecanismo.

### **1.5.1. O IMPOSTO DE SAÍDA É UM IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO OU SOBRE A SAÍDA?**

Por questões de facilidade de compreensão e também pelo facto de que o mecanismo da tributação à saída é comumente conhecido como imposto de saída, utilizamos sempre essa expressão o que não significa que a mesma esteja totalmente correta, isto é, os impostos de saída não são mais do que uma mera técnica de ficção que permitem, neste caso, que sejam consideradas como rendimento as mais-valias ainda não realizadas.<sup>349</sup>

Embora consideremos que o mecanismo da tributação à saída é um mecanismo de ficção, a verdade é que é configurado pela maioria da doutrina como um imposto, sendo que nos cabe determinar se este é um imposto sobre o rendimento ou sobre a saída.

Em comparação, outros impostos, nomeadamente o imposto sobre o rendimento de pessoas singulares ou o imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas, têm como facto tributário a existência de rendimento, pelo que verificado determinado rendimento nasce a obrigação de imposto.

No imposto de saída a obrigação nasce a partir do momento em que o sujeito passivo tributário deslocaliza a sua residência ou deslocaliza determinados ativos, sendo que não se verificam acréscimos de rendimento.

Muito embora a obrigação do pagamento de imposto nasça com a deslocalização anteriormente referida, a verdade é que no momento anterior à saída do sujeito passivo ficciona-se que as mais-valias, até então potenciais, passem a ser consideradas como realizadas.<sup>350</sup>

No entanto, a questão mantém-se: é um imposto sobre o rendimento ou sobre a saída?

Para responder a esta pergunta vamos utilizar as disposições chave que estão diretamente ligadas com esta matéria, nomeadamente o art.º 5.º, n.º 5 que evita a dupla tributação, sendo que a dupla tributação ocorre, muito sinteticamente, quando dois Estados tributam o mesmo rendimento.

---

<sup>349</sup> Ribeiro, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 418.

<sup>350</sup> Ribeiro, 422.

Vista a referida disposição, parece que o imposto de saída assume contornos de um imposto sobre o rendimento uma vez que se fosse um imposto sobre a saída do sujeito passivo tributário não haveria necessidade de assegurar que não haja dupla tributação uma vez que a saída do sujeito passivo tributário não iria ser tributada duas ou mais vezes.

No entanto, o mecanismo *step up* utilizado na Diretiva não é mais do que uma manobra para dissuadir a conclusão do inevitável: que se trata de um imposto sobre a saída, porque se fosse um imposto sobre o rendimento teria como forma de evitar a dupla tributação, a forma natural que é a aplicação das convenções sobre a dupla tributação celebradas entre Estados.

Mais se adianta que, com a disposição relativa ao *step up*, a discussão inerente à dupla tributação, nomeadamente a questão de saber se a Convenção Modelo da OCDE se aplica ou não, cai por terra nos casos em que a transferência é feita intra-UE, uma vez que, com a aceitação por parte do Estado de receção do valor dos ativos pelo qual foi calculado o imposto de saída, como valor inicial dos ativos, é como se a tributação da mais-valia tivesse sido bipartida: uma parte, que é tributada no país onde o ativo valorizou e que dá origem ao imposto de saída e, outra parte, tributada no território de acolhimento.

Daqui podemos inferir que são duas operações totalmente distintas e puramente nacionais, razão pelo qual é um imposto sobre a saída, sendo que não se poderia aplicar a Convenção Modelo da OCDE uma vez que, por exemplo, o mesmo rendimento não é tributado duas ou mais vezes em Estados diferentes.

Mas, tal como afirmam NAVARRO, PARADA e SCHWARZ, a questão mantém-se nos casos em que a transferência é feita para países terceiros, sendo que a Diretiva não acautela estas situações.<sup>351</sup>

Em nossa opinião, apesar do mecanismo *step up* evitar a dupla tributação em certos casos, é um facto que o mesmo não está isento de críticas, muito pelo contrário: primeiro porque se trata de um mecanismo que ficciona a alienação de mais-valias, uma vez que obriga o Estado de receção a aceitar o valor de mercado dos ativos através do qual foi calculado o imposto de saída, sem o sujeito passivo tributário ter auferido realmente esse rendimento; em segundo porque não acautela as menos-valias, isto é, no final de contas o sujeito passivo tributário pode pagar imposto por uma mais-valia que nunca se realizou e que na verdade só gerou prejuízo e foi objeto de imposto e; em terceiro, quando esteja em causa um país terceiro onde a Diretiva não se aplica, como se processa o problema da dupla tributação?

Neste seguimento existem, portanto, duas questões que não são esclarecidas pela Diretiva,

---

<sup>351</sup> Navarro, Parada, e Schwarz, «The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», 120.

isto é, nos casos em que o ativo gera menos-valias, como é efetuada a compensação do sujeito passivo tributário pelo pagamento indevido de um imposto que à data incidiu sobre uma mais-valia ainda não realizada? A segunda questão é, como é que se processa a resolução do problema da dupla tributação quando a transferência se verifica para um país terceiro.

Quanto à primeira questão, relativamente às menos-valias, a pergunta fica, invariavelmente, sem resposta, porque como analisámos na jurisprudência, o TJUE, para as pessoas coletivas, não se pronunciou quanto às menos-valias, sendo que poderemos assumir como uma fragilidade do mecanismo.

Quanto à segunda questão, isto é, no que toca à dupla tributação em caso de transferência para países terceiros, é importante analisar brevemente se a Convenção Modelo da OCDE se aplica ou não.

#### **1.5.1.1. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE**

Para os defensores que a Convenção se aplica, defendem a aplicação de duas disposições constantes da Convenção Modelo: o art.º 13.º, n.º 5 e o art.º 21.º, n.º 1.

O art.º 13.º, n.º 5 dispõe o seguinte: “Os ganhos provenientes da alienação de quaisquer outros bens diferentes dos mencionados nos n.ºs 1, 2 e 3 só podem ser tributados no Estado contratante de que o alienante é residente.”

A questão da aplicação ou não desta disposição reside na interpretação de dois termos: “ganhos” e “alienação”.

Neste particular adotamos a posição de CEJIE, sendo que a Autora defende que, muito embora seja questionável ou até possível a inserção das mais-valias latentes no conceito de “ganhos”, parece evidente que para haver alienação é necessário haver transferência da propriedade do ativo, isto é, a Autora considera, tal como nós, que a emigração não constitui uma transferência de propriedade.<sup>352</sup>

Tal como explica JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, “Relativamente ao artigo 13.º, lembramos que tanto a sua letra como os seus comentários estabelecem que a disposição só se aplica quando existam operações de alienação, o que não é o caso.”<sup>353</sup>, sendo que há que ter em conta igualmente as expectativas do sujeito passivo tributário, pelo que não é expectável que a emigração ou transferência

---

<sup>352</sup> Cejje, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», 388.

<sup>353</sup> João Sérgio Ribeiro, «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saída», em *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia* (Coimbra: Edições Almedina, 2016), 98.

dos bens seja considerada uma alienação.<sup>354</sup>

Quanto à possível aplicação do art.º 21.º, n.º 1 da Convenção Modelo, este dispõe o seguinte: “Os elementos do rendimento de um residente de um Estado contratante e donde quer que provenham não tratados nos Artigos anteriores desta Convenção só podem ser tributados nesse Estado.”

WATTEL e MARRES consideram que os criadores de Convenção Modelo, só porque não incluíram o rendimento fictício nas provisões destinadas à alocação de rendimento, não significa só por si que esta não se aplica a tais rendimentos, por isso, alertam para a existência de “outro rendimento” do art.º 21.º e que, apesar do resto das disposições da Convenção e o comentário à mesma não revelarem que os seus criadores quiseram ter em conta o rendimento fictício, não revelam também a proibição de incluírem esses rendimentos.<sup>355</sup>

Os Autores distinguem entre ficções que procuram quantificar uma vantagem real (ex.: imputação de rendimento pelo uso de um carro da sociedade) e ficções que não possam representar um aumento real na riqueza ou no consumo na esfera do sujeito passivo tributário, sendo que o que está aqui em questão é o segundo tipo de ficções que, não tendo lugar nas disposições de 6-20, na opinião dos Autores, cabem no art.º 21.º.<sup>356</sup>

Não partilhamos desta opinião e, neste particular, recuperamos a posição de JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, sendo que o facto tributário não é a obtenção de rendimento, mas sim a saída, pelo que não consideramos a aplicação deste preceito.<sup>357</sup>

### **1.5.1.2. A NÃO APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE**

Em nossa tese, a Convenção Modelo da OCDE não se pode aplicar por três ordens de razão: em primeiro lugar porque as disposições que possivelmente se poderiam aplicar não se aplicam pelas razões acima aduzidas; segundo, como já referimos anteriormente, o imposto de saída tem como facto tributário a saída da sociedade ou dos ativos e; em terceiro lugar porque mesmo que se admita uma percepção de rendimento imediatamente anterior à saída verificada, é uma operação estritamente nacional, saindo fora do âmbito de aplicação das convenções.<sup>358</sup>

Em relação ao facto de considerarmos este imposto sobre a saída e não sobre o rendimento,

---

<sup>354</sup> Cejje, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», 388.

<sup>355</sup> Peter J. Wattel e Otto Marres, «Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties», *European Taxation*, 2003, 69.

<sup>356</sup> Wattel e Marres, 69.

<sup>357</sup> João Sérgio Ribeiro, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, 3ª Edição (Braga: ELSA UMINHO, 2017), 99.

<sup>358</sup> Ribeiro, «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saída», 97 e 98.



decorre da própria génese do imposto que tem como facto tributário a saída, quer do sujeito passivo tributário quer dos ativos deslocalizados, mas também decorre da solução apresentada pela Diretiva para eliminar a dupla tributação que já foi explicado anteriormente, sendo que é o “reconhecimento” de que a Convenção Modelo não se aplica, pelo que a forma de resolver a questão foi separar os dois momentos de tributação.

Na sequência desta ideia vem a segunda, isto é, como configurado na Diretiva, o mecanismo do imposto de saída atua no momento anterior à saída em questão. A nosso ver, o sujeito passivo tributário ainda é residente desse Estado sendo que se trata de uma operação interna afastando assim a aplicação da Convenção Modelo.

No que é que esta distinção ajuda para a determinação da eficácia do imposto de saída na prevenção da elisão fiscal?

Por um lado, poderemos ter um problema de fundamentação, isto é, se este mecanismo é um imposto sobre a saída então não faria sentido a justificação da sua existência no parágrafo 10 da Diretiva que diz que o mecanismo visa garantir que o Estado de saída tributa o valor económico das mais-valias geradas no seu território. Na verdade, o que tributa realmente é a saída do sujeito passivo tributário, motivada pela perda de receita.

Se assim é, o imposto sobre a saída teria como justificação apenas a quebra de receita.

Por outro lado, para além do problema explicado que, no fundo tem como ideia central a acentuação do carácter restritivo do imposto, existe uma solução para a dupla tributação, o mecanismo *step-up*, que está deficientemente redigida.

O facto de não acautelar devidamente a transferência, quer da sede societária quer de ativos, para países terceiros cria aqui situações de clara desvantagem para o sujeito passivo tributário.

Para além de haver um problema em relação ao que acabámos de expor, também existe um problema de menos-valias, isto é, como se compensa o sujeito passivo tributário que pagou um imposto sobre uma mais-valias que se revelou, no momento da alienação, uma menos-valia?

Certo é, como vimos atrás na jurisprudência, que os Estados-Membros não têm de acautelar esta circunstância, mas consideramos que é flagrante demais para ser ignorada.

Para além de ser extremamente importante, causa um sentido de injustiça muito grande na medida em que o sujeito passivo tributário paga um imposto que, na verdade está a valorizar naquele momento, mas mais tarde poderá vir a ter um duplo prejuízo: o que já pagou de imposto de saída sem qualquer perceção real de rendimento e o prejuízo da desvalorização do ativo.

Logicamente que o segundo prejuízo decorre da livre gestão que o sujeito passivo tributário tem para conduzir os seus negócios, mas em relação ao imposto pago referente a uma mais-valia que realmente não se verificou, não deveria a disposição sobre a tributação à saída acautelar esta situação?

Acreditamos que mais poderia ter sido feito neste sentido e, objetivamente, um mecanismo destes não poderá ser um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Consideramos que seria expectável que o um bom mecanismo que acautelasse os comportamentos elisivos fosse isento de problemas básicos, no entanto não é isso que aqui acontece.

Tanto o problema da dupla tributação em relação a casos em que a transferência da sede societária ou a transferência de ativos é feita para países terceiros, como a questão das menos-valias (embora haja jurisprudência a afirmar que o Estado-Membro que aplica o imposto de saída não tem de as acautelar) fazem com que este mecanismo não seja um bom meio de combate à elisão fiscal muito porque não tem estes problemas resolvidos.

### **1.5.2. RELAÇÃO ENTRE A DIRETIVA “ANTI ELISÃO” E A DIRETIVA “FUSÕES”**

A Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, é uma Diretiva que, tal como o título indica, impõe um regime fiscal comum aplicável às operações mencionadas.

Tal como TERRA e WATTEL afirmam, as fusões transfronteiriças tendem a desencadear a tributação de mais-valias latentes sobre os ativos que são transferidos, sendo que esta situação desencadeia um tratamento desfavorável entre as operações puramente domésticas e as transfronteiriças, o que constitui um sério entrave ao bom funcionamento das fusões no mercado comum da União Europeia.<sup>359</sup>

O objetivo da Diretiva é abolir tais obstáculos fiscais e assegurar que os Estados-Membros não restringem as reorganizações societárias que são abrangidas, sendo que as operações que estão em causa deverão ser neutras, de um ponto de vista fiscal, na mesma medida em que estas também o são no plano doméstico.<sup>360</sup>

---

<sup>359</sup> Terra e Wattel, *European Tax Law*, 535.

<sup>360</sup> Marjaana Helminen, *EU Tax Law - Direct Taxation*, Fourth Edition (Amsterdam: IBFD Publications, 2015), 207; Harm van den Broek, «Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus», *European Tax Studies*, 2009, 27 e ss.

Resulta assim da jurisprudência do TJUE<sup>361</sup> que as operações previstas nesta Diretiva não desencadeiam tributação das mais-valias latentes, sendo que essa tributação vai ser diferida para o futuro quando as mesmas sejam novamente transferidas.<sup>362</sup>

Sendo assim, temos presente que a aplicação dos impostos de saída sobre as operações descritas na Diretiva não é permitida, uma vez que causa restrições ao bom funcionamento do mercado comum.

No entanto, a utilização desta Diretiva de forma abusiva poderá beneficiar o sujeito passivo tributário que queira transferir a sede societária e obviar o pagamento do devido imposto de saída. Falamos então das *downstream mergers*.

Esta operação é uma fusão inversa, isto é, é quando uma sociedade-mãe é absorvida por uma subsidiária sua. O facto de ser possível que haja uma operação destas funciona como uma válvula de escape para contornar os impostos de saída uma vez que esta operação se encontra abrangida pela Diretiva e, portanto, isenta de imposto de saída.

A questão torna-se interessante tendo em conta que o sujeito passivo tributário pode criar uma subsidiária no território para onde pretende deslocalizar a sede e assim evitar a tributação, no entanto, teria de contornar eventuais regras antiabuso.<sup>363</sup>

A grande questão que é particularmente relevante, é perceber se a Diretiva, que legitima os impostos de saída, tem ou não alguma função nesta válvula de escape.

Facilmente percebemos que não, pela razão de que a Diretiva “antielisão” não se aplica nestes casos em específico, uma vez que a Diretiva “fusões” regula em especial essas operações e, mesmo que a Diretiva “antielisão” fosse aplicada, não haveria nenhum pressuposto de aplicação preenchido.

Neste caso das *downstream mergers*, o garante de que o mecanismo não é usado de forma abusiva, são as normas antiabuso<sup>364</sup>, sendo que os impostos de saída não têm qualquer relevância neste caso.

Denotamos, em jeito de conclusão deste ponto que a Diretiva das “fusões” funciona apenas como um limite à aplicação dos impostos de saída e que, apesar das duas Diretivas salvaguardarem

---

<sup>361</sup> Nomeadamente Tribunal de Justiça da União Europeia, «Kofoed, Processo C-321/05» (2007), par. 4; Tribunal de Justiça da União Europeia, «A.T., Processo C-285/07» (2008), par. 4.

<sup>362</sup> Helminen, *EU Tax Law - Direct Taxation*, 207.

<sup>363</sup> Ribeiro, «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saída», 100.

<sup>364</sup> É possível que as mesmas sejam contornadas, por ex.: o art.º 73.º, n.º 10 do CIRC estabelece que o regime especial daquela subsecção não se aplica total ou parcialmente se ficar demonstrado que as operações em causa foram efetuadas com o objetivo de obviar a tributação, sendo que um dos elementos para aferir a elisão fiscal é a inexistência de razões económicas válidas.

interesses legítimos, as mesmas são algo antagónicas, sendo que uma funciona como limite da outra, isto é, a Diretiva “antielisão” salvaguarda o princípio da territorialidade na medida em que as valorizações dos ativos deverão ser tributadas no sítio onde estas ocorreram, sendo que a Diretiva “fusões” cria uma exceção na medida em que nos casos onde haja, por exemplo, uma fusão, não existe lugar a tributação aquando deslocalização da sociedade.

Concluimos, portanto, que a Diretiva “fusões” não interfere na determinação da eficácia do mecanismo da tributação à saída, sendo que, nestes casos, o imposto de saída é um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Passaremos à determinação concreta das situações que são relevantes para a Diretiva “antielisão” e desencadeiam a aplicação do mecanismo da tributação à saída.

### **1.5.3. AS SITUAÇÕES QUE O IMPOSTO DE SAÍDA VISA ACAUTELAR**

A situação paradigmática que o imposto de saída visa acautelar é essencialmente traduzida pelo seguinte exemplo<sup>365</sup>: A sociedade X, com sede em Portugal e com determinados ativos no valor de Y, sabe que se alienar tais ativos terá de pagar um imposto no montante de W referente a mais-valias. Num esquema para evitar tal pagamento, deslocaliza a sua sede para o país Z onde não existe qualquer tributação sobre mais-valias, na sequência de políticas fiscais levadas a cabo com objetivo de atrair investimento externo, poupando, assim, o montante do imposto a pagar.

Outro exemplo seria a mesma sociedade X, na mesma situação, com o mesmo objetivo, e aproveitando-se do mesmo regime, mas com recurso a disparidades legislativas que, por hipótese, a considera residente nesse país, território ou região com esse regime preferencial e assim obtendo uma tributação mais baixa “agressivamente”.

Denote-se que os exemplos, quanto à sua inserção nas categorias que atrás fizemos referência, são totalmente diferentes: o primeiro parece ter contornos de planeamento fiscal, já o segundo de planeamento fiscal agressivo. Independentemente do facto de que poderá ser o *harmful tax competition* a potenciar tanto um comportamento como o outro.

É nestas situações que o imposto de saída é aplicado, sendo que no momento da deslocalização para o estrangeiro, Portugal, por hipótese, iria aplicar um imposto sobre valorização em território português dos ativos deslocalizados.

---

<sup>365</sup> Adiantamos que, à partida, uma deslocalização da sede societária, ou uma deslocalização dos ativos da sociedade, não poderão ter por base apenas razões de ordem fiscal, sendo certo que terão de existir razões económicas válidas que sustentem tal pretensão do sujeito passivo tributário.

O mecanismo da tributação à saída parece estar desenhado para a deslocalização da sede societária ou transferência de ativos, que pela existência de razões económicas válidas, foge ao filtro das normas antiabuso, sendo que o que motiva o sujeito passivo tributário é a obtenção de uma poupança fiscal num contexto de benefício económico, aproveitando (seja através de uma via dita “natural” seja através da utilização de disparidades legislativas) assim, uma tributação mais baixa.

Para casos como este, onde poderá estar presente o planeamento fiscal *intra legem* ou o planeamento fiscal agressivo, o imposto de saída é totalmente eficaz na medida em que permite aos Estados-Membros tributarem o rendimento que foi gerado no seu território e que de outra forma seria impossível tributar.

Repare-se que, de acordo com as distinções que inicialmente fizemos, o imposto de saída nunca será aplicado a comportamentos de elisão fiscal, isto porque a classificação de tais comportamentos como elisão fiscal depende da aplicação de uma norma que os determine como tal e a ser determinado como tal, os efeitos da transferência da sede, por hipótese, são desconsiderados, não havendo lugar a imposto de saída.

Afinal a que elisão fiscal é que o título da Diretiva se refere? A resposta reside nos adiantamentos que fizemos à temática no capítulo I relativamente ao conceito de elisão fiscal em sentido amplo que abarca a elisão fiscal típica e o planeamento fiscal agressivo. Note-se que em alguns casos, o planeamento fiscal dito *intra legem*, potenciado pelo *harmful tax competition*, poderá ser considerado como erosivo das bases tributárias.

Ressalta, portanto, o conceito de erosão das bases tributárias, e, neste contexto, podemos ver que o imposto de saída é bastante útil.

No entanto, esta utilidade no combate à erosão das bases tributárias poderá ser apenas uma solução a curto prazo (uma vez que a longo prazo a erosão das bases tributárias através do *harmful tax competition* não é solucionada pelo mecanismo) isto porque poderá haver a possibilidade do mesmo se transformar num “custo” para sociedade.

Quando uma sociedade deslocaliza a sua sede, nem sempre o mero ganho tributário compensa os custos da deslocalização sendo certo que todos os fatores terão de ser pesados.

No entanto, nas sociedades de grandes dimensões, a diminuição da carga tributária, por mais pequena que seja, tem um impacto significativo nas contas destas, sendo que, por regra, as vantagens fiscais sobrepõem-se às económicas. Mais ainda se tivermos em conta a carga tributária que no futuro vai ser economizada.

Neste contexto, podemos dizer que a tributação à saída é um custo para pagar menos imposto.

Nos casos em que o imposto de saída é tido apenas como um custo, tendo em conta a dimensão da sociedade que poderá estar em causa, o princípio da territorialidade aliado a um elemento temporal não sai lesado porque se nos alhearmos de toda esta realidade, o imposto sobre aquela mais-valia latente vai ser arrecado no sítio onde a mesma ocorreu.

Questão diversa é o facto de não nos podermos esquecer que no final das contas o sujeito passivo tributário acaba sempre por sair para pagar menos imposto e que de certo modo contribui para a erosão das bases tributárias a longo prazo, sendo que o principal motor desta erosão é o *harmful tax competition*, e não propriamente a ineficácia do mecanismo.

Quanto à localização destas matérias na Diretiva, isto é, o elo de ligação entre as questões elisivas e o imposto de saída, o preâmbulo, no que toca à tributação à saída, é um pouco vago, isto é, nos primeiros parágrafos transmite-se a ideia de que o pacote de medidas tem o objetivo de garantir que o imposto é pago no país onde são gerados os lucros e que estas medidas foram criadas no decurso do plano BEPS.

No parágrafo 3 é introduzida a ideia de combater o planeamento fiscal agressivo no mercado interno e para o efeito traçam cinco linhas de ação, entre elas a tributação à saída, sendo que no parágrafo 10 aprofundam o âmbito de aplicação da tributação à saída, mas em sítio algum especificam as situações em que a tributação à saída permite melhorar o combate ao planeamento fiscal agressivo.

Do exposto, concluímos que a tributação à saída foi pensada para combater as situações típicas acima descritas, sendo que se destaca a tendência para combater os efeitos do planeamento fiscal agressivo.

O que não deixa de ser estranho uma vez que o elementar seria fechar a possibilidade de haver planeamento fiscal agressivo. Ao contrário, tenta-se atenuar os efeitos do mesmo em vez de dissuadir a sua utilização.

Como já dissemos anteriormente, o imposto de saída, nos casos de elisão fiscal típica, não tem qualquer utilidade.

Neste contexto, poderemos considerar o imposto de saída como um bom mecanismo no combate à elisão fiscal na sua aceção mais ampla.

#### **1.5.4. O COMBATE À ELISÃO FISCAL COMO JUSTIFICAÇÃO PARA A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA**

Muito embora esta questão já tenha sido abordada anteriormente no âmbito da análise da jurisprudência do TJUE em relação à tributação à saída, na medida em que esta representa uma restrição

à liberdade de estabelecimento, sendo que é uma restrição justificada e, surpreendentemente, não é justificada pelo necessário combate e prevenção da elisão fiscal, iremos abordar esta questão uma vez que o enfoque principal da diretiva é o combate à elisão fiscal.

Tendo em conta esta factualidade, e tendo em conta igualmente que a Diretiva em apreço tem em vista combater a elisão fiscal, porque é que foi incluído uma disposição que não pode ter como justificação esse objetivo a que a Diretiva se propõe?

A lógica subjacente à recusa do combate à elisão fiscal como justificação para a restrição da liberdade de estabelecimento que a tributação à saída cria, é que se esta fosse aceite criava-se uma presunção geral de que toda a transferência da sede societária ou transferência de ativos constituía elisão fiscal<sup>366</sup>.

Uma disposição com um conteúdo que não pudesse dar hipótese ao sujeito passivo de fazer prova em contrário não poderia ser aceite como justificação, sendo que a justificação válida para a restrição procura relacionar o princípio da territorialidade com as valorizações de ativos ligado a um elemento temporal, que é a justificação acolhida na Diretiva.

Em nossa opinião, concordamos com a linha de pensamento do TJUE que considera que a elisão fiscal, sem prova do contrário, não poderá ser uma justificação válida para uma restrição da liberdade de estabelecimento.

Em nossa tese, mesmo que se admitisse prova em contrário, isto é, se houvesse uma disposição permitindo a não aplicação do imposto de saída se houvesse prova de que aquela operação não foi efetuada com vista a retirar vantagens fiscais, cairíamos no domínio das normas antiabuso, uma vez que estas é que visam prevenir e combater os casos de elisão fiscal.

Estamos perante alguma incongruência e apenas conseguimos vislumbrar uma razão para isto acontecer: os impostos de saída foram desenhados para precaver a futura falta de receita, sendo que houve a necessidade de dar outra “roupagem” ao mecanismo para que este se tornasse mais adequado aos preceitos europeus. Isto torna-se evidente com as justificações presentes no parágrafo 10 da Diretiva.

Objetivamente, um mecanismo que tenha como fundamentação aquela que a tributação à saída tem na Diretiva, apenas pretende que as receitas fiscais sejam recebidas nos sítios onde as valorizações ocorrem.

Temos aqui um objetivo económico, longe de ser percecionado como um mecanismo que combate a elisão fiscal uma vez que o mecanismo nem é aplicado quando exista elisão fiscal típica,

---

<sup>366</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, Hughes Lasteyrie du Saillant, Processo C-9/02, par. 51. Embora o acórdão trate pessoas singulares vemos utilidade em trazer esta lógica para os impostos aplicados a pessoas coletivas.

como vimos anteriormente.

Aqui reside um dos problemas fundamentais da medida da Diretiva, o que vai contra o que é defendido pelo TJUE, daí a necessidade de lhe dar um fundamento diferente do título da Diretiva.

Questão diversa é no que é que esta problemática contribui para a eficácia do mecanismo, à qual respondemos que, objetivamente, nem confere mais nem menos eficácia.

Levanta sim é um problema de fundamentação e desadequação no sentido de que foi inserida no pacote de medidas errado, isto porque se tivermos em conta o resto das medidas que constam do pacote, nenhuma parece estar tão fora do contexto do combate à elisão fiscal como a tributação à saída, isto é, no parágrafo 10 do preâmbulo da Diretiva dificilmente se consegue atribuir alguma utilidade ao mecanismo no combate à elisão fiscal típica, sendo que a ideia central é que as mais-valias são tributadas no Estado onde estas foram geradas.<sup>367</sup>

Pode-se argumentar que se as mais-valias não são tributadas no território onde são geradas, acabam por ser tributadas num território onde a tributação é muito baixa ou nula, constituindo assim elisão fiscal (se preenchidos os pressupostos).

Este argumento, a nosso ver não faz muito sentido uma vez que as mais-valias, um dia, no momento da alienação, poderão ser tributadas a uma taxa mais alta. Nem se poderá assumir que ao serem tributadas a uma taxa mais baixa, poderá existir elisão fiscal típica uma vez que esta só existe se devidamente verificada.

Neste particular não podemos deixar de salientar que nem sempre a articulação entre as liberdades fundamentais da União Europeia e os vários desafios que se levantam é fácil, isto é, a tributação à saída, segundo a jurisprudência do TJUE, acarreta uma restrição à liberdade de estabelecimento.

No entanto, essa restrição pode ser justificada e o que acontece, na nossa opinião, é que do ponto de vista moral e ético, o combate à elisão fiscal é uma boa justificação, no entanto não poderá ser fundamento para a restrição uma vez que se cria uma presunção geral de elisão, daí a necessidade de encontrar outro fundamento mais “amigo” dos preceitos europeus e assim indiretamente cumpre o objetivo do combate à elisão fiscal em sentido amplo.

---

<sup>367</sup> No que toca ao resto das medidas do pacote “antielisão”, quanto à limitação à dedutibilidade de juros, no parágrafo 6 do preâmbulo da Diretiva, existe uma vontade de desencorajamento do recurso a pagamentos excessivos de juros, o que demonstra uma clara vontade de combater a elisão fiscal através daquele meio; Quanto à regra geral antiabuso, no parágrafo 11, há referência ao combate à elisão fiscal; Quanto às regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, cuja densificação se encontra no parágrafo 12, podemos identificar a prevenção de esquemas artificiais com o objetivo de fugir à tributação e; por fim, quanto às regras para combater as assimetria híbridas, no parágrafo 13, identifica-se diretamente a relação entre as assimetrias híbridas e as vantagens fiscais indevidas.



Temos a concluir que, no que toca a eficácia do mecanismo, pouco importa se o fundamento do mesmo se baseia no princípio da territorialidade, no combate à elisão fiscal ou até mesmo na salvaguarda da receita fiscal.

A verdade é que se verifica uma descoordenação entre o objetivo da Diretiva e o fundamento do mecanismo, o que nos leva a concluir que apenas se trata de uma simples descoordenação uma vez que a prevenção da erosão das bases tributárias é assegurada, na medida em que não podemos olhar para o mecanismo como uma presunção geral de elisão, mas antes como aquilo que é, um mecanismo que atribui competências tributárias e dessa forma salvaguardar os interesses financeiros dos Estados.

A nosso ver, estamos a falar de matéria de competência para tributar porque, de acordo com o princípio da territorialidade, o que a tributação à saída faz é uma atribuição de poderes: indica onde é que o ativo tem de ser tributado e que Estado é que futuramente tributa o quê (se tivermos em conta o mecanismo *step up*).

Concluimos, portanto, que o facto de o mecanismo não ter como fundamento o combate à elisão fiscal não pressupõem, logo à partida, que o mecanismo é ineficaz face ao que visa atingir, mas antes uma desadequação no que toca ao pacote de medidas onde foi inserido, o que acentua o facto de não ser, na sua génese, um mecanismo de combate à elisão fiscal típica, mas sim bom no combate à elisão fiscal vista de forma ampla.

Defendemos que este mecanismo não deveria ser lançado numa Diretiva cujo propósito é combater a elisão fiscal, mas sim surgir num diploma que atribui competências para tributar e que defina regras quanto à matéria coletável, sendo que esta matéria irá ser densificada no capítulo III.

### **1.5.5. A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA E O PLANO BEPS**

Como foi explicado no início do nosso trabalho, o plano BEPS caracteriza-se por um conjunto de medidas em diversas áreas com o objetivo de combater os efeitos do planeamento fiscal agressivo e da elisão fiscal.

Também se disse no início desta dissertação que a Diretiva em apreço se afigurava como uma resposta ao plano da OCDE, no entanto permanece uma questão que para nós é de extrema importância: se o plano BEPS traça as linhas gerais para um combate harmonizado contra os promotores da erosão das bases tributárias, com que objetivo é que a União Europeia quis ir para além dessas medidas e introduzir medidas que não constam do plano BEPS, nomeadamente a tributação à saída?<sup>368</sup>

---

<sup>368</sup> Hein Vermeulen, «Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD», em *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU a*

O facto de a tributação à saída não figurar no plano BEPS é de extrema importância na medida em que, da sua ausência se poderá conjecturar vários sentidos, a título de exemplo, poderemos pressupor que a sua utilização não foi equacionada visto o impacto que tem nas liberdades fundamentais da União Europeia, ou, por hipótese, podemos equacionar que a sua elaboração uniformizada a nível da OCDE seria muito difícil.

Mais se adianta que a tributação à saída não deriva do plano BEPS, mas sim de uma proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre sociedades (mais conhecida por CCCTB, *Common Corporate Consolidated Tax Base*), sendo que esta iniciativa se desdobra em duas fases, primeiro a CCTB, *Common Corporate Tax Base* e, depois, a consolidação, pelo que se consegue encontrar uma disposição relativamente ao imposto de saída no art.º 29.º da Proposta de Diretiva CCTB.<sup>369</sup>

Neste caso os problemas que se levantam, são problemas de harmonização, isto é, nas ideias preliminares, tanto do plano BEPS, como da Diretiva “antielisão”, ficou presente que o objetivo é harmonizar as legislações para que se encontre uma resposta em conjunto, sendo que uma abordagem fragmentada ao problema da erosão das bases tributárias iria apenas aumentar as disparidades entre as legislações e assim fornecer ao sujeito passivo tributário ferramentas para que este continue a praticar aquilo que o plano BEPS tenta prevenir.

Ao adotar medidas que não constam do plano BEPS apenas contribui para acentuar as disparidades legislativas a nível internacional sendo que os países terceiros não irão adotar as disposições das Diretivas.

Sendo possível identificar problemas inerentes à não inclusão da tributação à saída no plano BEPS, teremos a concluir que o mecanismo da tributação à saída não pode ser um bom mecanismo de combate à elisão fiscal em sentido amplo.

No entanto, não podemos deixar de assinalar que, à data da entrada em vigor da Diretiva, vários Estados-Membros se mostraram preocupados com o facto da União Europeia ter ido para além

---

*Comprehensive Study* (Amesterdão: IBFD Publications, 2018), 290. O Autor considera que, à partida, não parece haver relação entre a tributação à saída da Diretiva e o plano BEPS, mas que uma abordagem mais cuidada à ação 6 do referido plano (Prevenir a utilização abusiva de tratados), há regras que poderão estar relacionadas com a tributação à saída. Nos seus exemplos, tanto naquele que se refere ao art.º 13.º, n.º 5 como ao art.º 18.º, ambos da Convenção Modelo da OCDE, existe uma ideia subjacente de disposições que poderão limitar a aplicação da tributação à saída. Independentemente de concordarmos ou não, não é esse tipo de conexão que estamos a abordar. A nossa perspectiva é de que não existe uma linha de ação no plano BEPS que aconselhe os Estados a adotar disposições relativas à tributação à saída, daí a nossa apreensão relativamente às consequências do facto da União Europeia ir para além daquilo que foi aconselhado pela OCDE.

<sup>369</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», 2016.

das recomendações do plano BEPS da OCDE, facto esse que não passou ao lado da Presidência do Conselho da União Europeia, na medida em que para obterem o apoio político dos Estados-Membros sobre as questões da Diretiva “antielisão”, o Conselho e a Comissão redigiram um documento dando conta que ao adotarem esta Diretiva vão para além da abordagem da OCDE, sendo que para prevenir desvantagens competitivas entre os parceiros económicos e os países terceiros, é pedido aos Estados-Membros e à Comissão Europeia que monitorizem de perto e promovam a implementação mundial das recomendações da OCDE constantes do plano BEPS.<sup>370</sup>

Na nossa perspetiva, mesmo que haja uma monitorização de perto de como é que as recomendações da OCDE são postas em prática, não retira valor ao facto de que ações fragmentadas e desarmonizadas não são o caminho a seguir, muito embora as intenções sejam as melhores, tentar antecipar o que tem de ser adotado em conjunto não fará muito sentido.

Para além disso, se tivermos em conta que quando o sujeito passivo transfere a sede societária ou deslocaliza ativos para outros países, fá-lo com o objetivo de obter vantagens fiscais e que esses países, muitas vezes apelidados de *offshores*<sup>371</sup>, são constituídos maioritariamente por países terceiros (Portaria do Ministro das Finanças n.º 345-A/2016), é de extrema importância que as medidas concernentes ao combate à elisão fiscal sejam harmonizadas internacionalmente e não apenas no âmbito da União Europeia.

Por fim, outra questão a abordar nesta temática é se a tributação à saída, mesmo não fazendo parte do plano BEPS, previne a erosão das bases tributárias, sendo que a resposta não pode deixar de ser positiva, isto é, tendo em conta o desenho do mecanismo (que diz, claramente, que Estado-Membro tributa o quê e onde é que o valor é gerado) e os objetivos descritos no preâmbulo da Diretiva, não podemos deixar de concluir que o mecanismo é um bom mecanismo para prevenir a erosão das bases tributárias, mas sem a previsão no plano BEPS toda a utilidade do mecanismo é posta em causa, muito por culpa dos problemas de harmonização que advêm da tomada de medidas de forma unilateral.

Tendo por base o exposto não podemos considerar o imposto de saída um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

De seguida iremos avaliar se a utilidade do mecanismo compensa as restrições que coloca.

---

<sup>370</sup> Rigaut, «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», 368.

<sup>371</sup> Para mais desenvolvimentos em relação à temática de *offshores* ou paraísos fiscais, Mykola Orlov, «The Concept of Tax Haven: a Legal Analysis», *Intertax*, 2004; Thomas Ronfeldt, «Tax Havens and Tax Shelters - A Legal View on the Cross-Border Intermediate Holding Companies within the EU», *Intertax*, 2015; Thomas Ronfeldt, «Tax Havens and Tax Shelters: Volume 2 - The Hidden Money», *Intertax*, 2015.

### **1.5.6. A UTILIDADE DA TRIBUTAÇÃO À SAÍDA FACE ÀS RESTRIÇÕES QUE COLOCA**

Como temos vindo a dar conta, o mecanismo da tributação à saída foi considerado pela jurisprudência como uma restrição à liberdade de estabelecimento, sendo que a introdução de uma disposição como esta é algo contraditório e com consequências não desejáveis para o mercado interno, como por exemplo, a falta de investimento.<sup>372</sup>

Neste âmbito consideramos que o mecanismo em estudo não se afigura a melhor opção para salvaguardar as valorizações em determinado território e, conseqüentemente, combater a erosão das bases tributárias porque a sua génese é demasiadamente controversa na medida em que as restrições que cria não permitem um exercício completo da liberdade de estabelecimento.

Para além disso, o relevo que este mecanismo tem na Diretiva face àquilo que pretende salvaguardar, na nossa opinião, não compensa a restrição que cria.

Vejam, no último ponto que acima fizemos referência, isto é, a ideia de mercado único e as liberdades fundamentais são um dos pilares essenciais da União Europeia, sendo certo que as mesmas liberdades poderão ser restringidas se uma razão de força maior estiver em causa, ideia que resulta da jurisprudência já analisada.

Por um lado, temos esta factualidade, por outro temos o recurso excessivo às restrições justificadas das liberdades fundamentais e, pegando na liberdade fundamental relevante para o caso, a liberdade de estabelecimento pode ser perspectivada como tendo duas vertentes: uma vertente positiva e outra negativa sendo esta a que mais nos interessa uma vez que o art.º 49.º do TFUE dispõe claramente que são proibidas as restrições a esta liberdade.

O que não é de aceitar nesta problemática não será, certamente, a possibilidade de haver restrições, tendo o TJUE se pronunciado neste sentido, mas sim a génese do mecanismo de tributação à saída que tem um peso fundamental para a deslocalização da sede societária para as sociedades de baixa e média dimensão, sendo que é nestas sociedades que mais se faz sentir as restrições causadas.

Diríamos que o mecanismo não implica uma restrição ramificada da liberdade de estabelecimento, mas sim uma restrição nuclear na medida em que afeta, diretamente, tanto a liberdade primária, como a liberdade secundária.

Poderemos argumentar também no sentido de que a norma em causa oferece soluções como o pagamento em prestações que ajudam a que os efeitos da restrição seja minimizados, no entanto a opção de tal pagamento faseado vem com um custo (a aplicação de juros e a constituição de garantia)

---

<sup>372</sup> Andersson, «The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and European Union», 738.

que provavelmente não seria expectável num mercado único e, certamente que existirão sociedades que mesmo assim não conseguirão suportar os problemas de liquidez, sendo que defendemos que neste caso dever-se-ia seguir a linha de pensamento que foi adotada para as pessoas singulares, nomeadamente no acórdão *Wächtler*.<sup>373</sup>

De acordo com o princípio da proporcionalidade – art.º 5.º, n.º 4 do TUE que dispõe que “Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.”, sendo que o art.º 26.º, n.º 1 do TFUE determina que “A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento (...)” – não seria expectável que se encontrasse um mecanismo que não fosse para além do necessário para salvaguardar o bom funcionamento do mercado interno?

A verdade é que, tal como o TJUE defendeu, um mecanismo deste calibre não poderá ser contrário aos preceitos europeus. Mas será que não se poderia ter feito melhor para não prejudicar o sujeito passivo tributário? Defendemos uma possível alteração mais à frente neste estudo.<sup>374</sup>

Em suma, as restrições que o mecanismo provoca em relação àquilo que visa salvaguardar, na nossa opinião, não compensa pelas razões acima aduzidas e, se efetivamente o objetivo não passa pelo combate à elisão fiscal típica, mas sim uma repartição equilibrada dos poderes de tributação (omitindo toda questão de fundo no que toca à admissibilidade de tributação de mais-valias latentes), este objetivo teria de ser cumprido através de uma reformulação do mecanismo e em circunstâncias diferentes daquelas em que temos atualmente.<sup>375</sup>

No entanto, não podemos deixar de fazer referência a uma matéria que ficou por nós bem esclarecida referente à harmonização que o imposto de saída faz no que concerne a transferência da sede societária, o que constitui um aspeto positivo.

Concluimos este ponto, que de resto constitui a pergunta central do nosso trabalho, com uma síntese das conclusões a que chegámos com as perguntas que fizemos.<sup>376</sup>

Quanto à primeira pergunta<sup>377</sup>, identificámos que o imposto de saída não é um imposto sobre

---

<sup>373</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia, *Wächtler*, Processo C-581/17, par. 68.

<sup>374</sup> Iremos retomar esta matéria no capítulo III – 2. Alternativas ou reformulação do mecanismo à saída.

<sup>375</sup> Voltaremos a esta temática no Capítulo 3 da dissertação no que toca às alternativas ou reformulações.

<sup>376</sup> Dada a extensa explicação que fizemos acerca da elisão fiscal no capítulo I, quando nos referimos ao facto de o imposto de saída ser um bom mecanismo de combate à elisão fiscal, referimo-nos, obviamente, ao combate à erosão das bases tributárias que, como vimos, no plano BEPS e na Diretiva, é considerado elisão fiscal. Não nos estaremos a referir à elisão fiscal dita típica.

<sup>377</sup> Capítulo I – 1.5.1. O imposto de saída é um imposto sobre o rendimento ou sobre a saída?

o rendimento, mas sim sobre a saída e identificámos que as situações de dupla tributação, quando esteja em causa um país terceiro, não estão acauteladas, muito menos as futuras menos-valias.

Quanto a esta questão em particular, o mecanismo da tributação à saída não é um bom mecanismo de combate à elisão fiscal porque não acautela todas as situações que deveria (o caso da dupla tributação quando a transferência da sede societária ou os ativos são transferidos para um país terceiro e o caso das menos-valias).

Quanto à segunda pergunta<sup>378</sup>, concluímos que a Diretiva “fusões” funciona como limite à aplicação da Diretiva “antielisão” e que o possível esquema inerente às *downstream mergers* para obviar a tributação à saída não depende de uma deficiente configuração da norma da tributação à saída, sendo que, neste contexto, a eficácia do mecanismo na Diretiva “antielisão” não é posta em causa e podemos considerar o mecanismo como um bom instrumento para combater a elisão fiscal.

Quanto à terceira pergunta<sup>379</sup>, identificámos que o mecanismo é um bom mecanismo para combater a erosão das bases tributárias, sendo que no plano da elisão fiscal típica, não tem qualquer relevância.

Quanto à quarta pergunta<sup>380</sup>, identificámos que os impostos de saída não podem ter como fundamento o combate à elisão fiscal típica pelas razões no ponto aduzidas e que existe um problema de adequação entre o fundamento do mecanismo e o título da Diretiva “antielisão”.

De qualquer forma, não influencia a eficácia do mecanismo, apenas defendemos que deveria ser inserido num diploma com um âmbito diferente, pelo que, o imposto de saída é um bom mecanismo para combater a erosão das bases tributárias.

Quanto à quinta pergunta<sup>381</sup>, o facto da tributação à saída não ser uma das medidas avançada no plano BEPS, consideramos que a tomada de medidas unilateral, por parte da União Europeia, traz problemas de harmonização que é um dos problemas que se tenta evitar, sendo que, como temos vindo a defender, a harmonização é o caminho mais acertado para combater os fenómenos elisivos.

Por esta razão, não consideramos que o imposto de saída seja um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Quanto à sexta, e última pergunta<sup>382</sup>, concluímos que o imposto de saída, tendo em conta a sua génese, é um mecanismo muito controverso e com graves implicações na liberdade de estabelecimento,

---

<sup>378</sup> Capítulo I – 1.5.2. Relação entre a Diretiva “antielisão” e a Diretiva das “fusões”.

<sup>379</sup> Capítulo I – 1.5.3. As situações que o imposto de saída visa acautelar.

<sup>380</sup> Capítulo I – 1.5.4. O combate à elisão fiscal como justificação para a tributação à saída.

<sup>381</sup> Capítulo I – 1.5.5. A tributação à saída e o plano BEPS.

<sup>382</sup> Capítulo I – 1.5.6. A utilidade do imposto de saída face às restrições que coloca.

razão pela qual, no contexto da pergunta, não consideramos que seja um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Em suma, consideramos que ficou claro que o mecanismo da tributação à saída traz vantagens e desvantagens, pelo que a pronúncia pela sua eficácia ou ineficácia vai partir do tato do leitor para estas matérias.

Na nossa opinião consideramos que se deveria privilegiar mais as liberdades fundamentais e combater a raiz dos fenómenos elisivos, como por exemplo o *harmful tax competition*, em vez de atenuar as consequências da erosão das bases tributárias porque, como dissemos anteriormente, a tributação à saída combate a erosão das bases tributárias a curto prazo porque a longo prazo o sujeito passivo tributário terá sempre a intenção de pagar menos imposto, desde que lhe deem hipóteses, legais ou não, para o fazer.

Por estas razões, não consideramos que a tributação à saída seja um bom mecanismo de combate à elisão fiscal. No entanto, também pelas razões acima aduzidas, não será um mecanismo totalmente inútil.

### **CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS E REFLEXÃO CRÍTICA**

Antes de se proceder ao desenvolvimento do último capítulo deste estudo, iremos fazer um breve roteiro do que aqui vai ser abordado.

Em primeiro lugar iremos abordar a iniciativa da Comissão Europeia CCCTB, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, porque a disposição relativa à tributação à saída resulta desta iniciativa e também porque ao longo do preâmbulo desta proposta, o combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo é mencionado, sendo que não podíamos omitir a existência desta proposta de Diretiva.

Em segundo lugar, iremos ver quais as alternativas ou reformulações possíveis à tributação à saída, sendo que, desde já, podemos adiantar que consideramos que a CCCTB poderia ser uma alternativa à tributação à saída da Diretiva “antielisão” na medida em que se adequa mais àquilo que o mecanismo visa salvaguardar.

Em terceiro e último lugar, iremos fazer uma reflexão crítica sobre toda esta panorâmica envolvendo o planeamento fiscal, o planeamento fiscal agressivo, a elisão fiscal, o plano BEPS, a Diretiva, o imposto de saída e a iniciativa CCCTB.

Avançaremos, portanto, para o primeiro ponto na nossa ordem de trabalho, a iniciativa CCCTB.

## **1. CCCTB – COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE**

A proposta de Diretiva relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)<sup>383</sup>, é uma iniciativa da Comissão Europeia que remonta a 2011, posteriormente abandonada e revitalizada em 2016.

Antes de entrarmos em mais detalhe no que concerne a iniciativa, é defendido que esta deverá ser dividida em duas propostas separadas, sendo que “(...) numa primeira fase, devem ser adotadas as regras sobre uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades, antes de se abordar, numa segunda fase, a questão da consolidação.”<sup>384</sup>

Sendo esta a situação, iremo-nos cingir então às regras sobre uma matéria coletável comum do imposto sobre sociedades, a CCTB<sup>385</sup>, *Common Corporate Tax Base*, sendo que as considerações iniciais tanto se referem a uma fase como a outra.

Como o próprio nome da proposta de Diretiva indica, trata-se de uma harmonização do apuramento da matéria coletável do imposto sobre as sociedades e, de acordo com a nota explicativa tanto de uma proposta como da outra, esta temática constitui um elemento fundamental na panorâmica fiscal internacional e europeia, isto é, tal como é reconhecido no plano BEPS da OCDE e na Diretiva “antielisão”, a Comissão Europeia identifica que existe um problema de adequação entre as regras de tributação atuais e o contexto moderno, apontando como responsáveis as estruturas empresariais que cada vez estão mais complexas, a divergência entre os sistemas nacionais de tributação aliados a um contexto económico mais globalizado, móvel e digital.<sup>386</sup>

Tal como nas iniciativas que atrás fizemos referência, também aqui se considera que a adoção unilateral de medidas, isto é, quando os Estados-Membros elaboram as suas leis nacionais sem ter em conta a dimensão transfronteiriça das atividades económicas empresariais, resulta numa disparidade legislativa, levando a assimetrias que, por sua vez, poderão ter um impacto negativo na esfera do sujeito passivo tributário, sob a forma de dupla tributação, ou um impacto positivo na medida em que poderá resultar em dupla não tributação, sendo que toda esta circunstância leva a distorções no funcionamento do mercado interno.<sup>387</sup>

---

<sup>383</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 683 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)», 2016.

<sup>384</sup> Comissão Europeia, par. 4.

<sup>385</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades».

<sup>386</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 683 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)», 2.

<sup>387</sup> Comissão Europeia, 2.



Posto isto, a iniciativa CCCTB tem como pilar essencial fazer face a dois tipos de deficiências do funcionamento do mercado interno, isto é, por um lado, dirimir os problemas relacionados com os obstáculos e distorções de mercado que a interação de 28 sistemas tributários diferentes causam às sociedades e, por outro lado, acabar com as estruturas de planeamento fiscal agressivo que tiram partido das disparidades legislativas dos vários Estados para minimizarem a carga fiscal.<sup>388</sup>

Temos, portanto, duas grandes áreas de atuação: por um lado, há uma vontade clara em melhorar o funcionamento do mercado interno tornando-o mais propício ao comércio e investimento e; por outro lado, existe igualmente a vontade de melhorar o funcionamento do mercado interno tornando-o menos permeável a estruturas de planeamento fiscal agressivo e esquemas de elisão fiscal, sendo esta a dimensão que mais nos interessa.<sup>389</sup>

Como dissemos anteriormente, a propósito da interação do imposto de saída com esquemas de planeamento fiscal agressivo, é dito nesta proposta de Diretiva que este último, para ser posto em prática, é necessário que se trate de uma empresa com recursos alargados e que, fundamentalmente, tenha uma atividade transfronteiriça.

Neste contexto, é defendido que “(...) as regras sobre uma matéria coletável comum apenas devem ser vinculativas para as sociedades que pertençam a um grupo de dimensão substancial.”<sup>390</sup>

Para este efeito vai ser criado um conceito que determine quais os grupos societários que vão ser cobertos por estas regras harmonizadas, sendo certo que “(...) a fim de melhor servir o objetivo de facilitar o comércio e o investimento no mercado interno, as regras relativas a uma matéria coletável comum de imposto sobre as sociedades também devem estar disponíveis, como opção, para as sociedades que não preencham estes critérios.”<sup>391</sup>

Grande parte do preâmbulo da CCTB preocupa-se com as questões elisivas, sendo que uma das medidas da proposta de Diretiva para minimizar o risco de elisão fiscal, parte da ideia de harmonização, pois é defendido que o conceito de matéria coletável do imposto sobre as sociedades deve ter um sentido amplo, sendo que todas as receitas deverão ser passíveis de imposto, com a exceção daquelas que estão expressamente isentas.<sup>392</sup>

---

<sup>388</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», par. 1. Neste parágrafo a Comissão Europeia refere-se simplesmente a “planeamento fiscal”. Tendo em conta todo o estudo que efetuamos nessa temática, estamos capazes de dizer não é a esse conceito que a Comissão Europeia se quer referir, sendo que mais a frente iremos dar conta das imprecisões conceptuais existentes nesta proposta.

<sup>389</sup> Comissão Europeia, par. 3 a 5.

<sup>390</sup> Comissão Europeia, par. 5.

<sup>391</sup> Comissão Europeia, par. 5.

<sup>392</sup> Comissão Europeia, par. 7.

Neste particular, também é defendido que a estas receitas deverão ser subtraídas as despesas e, com o objetivo de apoiar a inovação na economia e modernizar o mercado interno, que é uma das áreas de atuação da proposta, “(...) deveria prever-se deduções para as despesas com investigação e desenvolvimento (...)” bem como criar uma categoria especial para empresas de pequena dimensão e particularmente inovadoras e *start-ups*<sup>393</sup>.

Nos parágrafos 9 e 10 é bem visível as preocupações com a transferência de lucro, em grupos de empresas multinacionais, através do pagamento de juros excessivos, que é também uma preocupação no plano BEPS e na Diretiva “antielisão”, sendo que nesta última, a matéria relativa à limitação da dedutibilidade de juros foi alvo de medidas constantes no art.º 4.º.<sup>394</sup>

No que toca ao meio típico para combater a elisão fiscal, é defendido, nesta proposta de Diretiva, que a iniciativa CCCTB deverá incluir uma regra geral antiabuso e neste particular também é defendido que sejam introduzidas algumas medidas para “(...) limitar determinados tipos de práticas de elisão fiscal.”<sup>395</sup>

Daqui apenas se pode inferir que haverá uma regra geral antiabuso e disposições referentes a regras específicas antiabuso, sendo que a regra geral antiabuso para além de não dever afetar a aplicabilidade das regras específicas antielisão, estas devem ser aplicadas a montagens fictícias, o que realça a sua aplicabilidade a casos de elisão fiscal típica.<sup>396</sup>

Quanto ao objetivo da regra geral antiabuso, é dito que a mesma vem preencher lacunas. Esta matéria remete-nos para as lacunas que estudámos anteriormente sendo que o objetivo é preencher estes espaços, mas com a particularidade que é exigido que os mesmos sejam explorados com recurso a montagens fictícias, como dissemos anteriormente.

Teoricamente, um sujeito passivo tributário que explore lacunas sem recurso a montagens fictícias saí do escopo da regra geral antiabuso porque, desde logo, o elemento fictício não está preenchido.

Quanto à localização destas matérias na proposta de Diretiva, encontramos a regra geral antiabuso no art.º 58.º, que foi transportada igualmente para a Diretiva “antielisão” (art.º 6.º) sendo que o conteúdo de uma e de outra são iguais, havendo apenas diferenças semânticas.

---

<sup>393</sup> Comissão Europeia, par. 8.

<sup>394</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>395</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», par. 15.

<sup>396</sup> Comissão Europeia, par. 15.

Em termos comparativos com a Diretiva “antielisão”, e fazendo referência à sindicância de “determinados tipos de elisão fiscal”, encontramos uma preocupação comum em relação às assimetrias híbridas que, como já sabemos, fazem parte do conceito de planeamento fiscal agressivo, sendo que estas resultam, nomeadamente, em dupla não tributação ou dupla não inclusão que distorce o bom funcionamento do mercado interno.

Normalmente estas situações não resultam da astúcia do sujeito passivo tributário, mas sim da interação dos diferentes ordenamentos jurídicos, pelo que dificilmente as explorações de assimetrias híbridas poderão ser consideradas elisão fiscal, uma vez que esta última tem como pressuposto a utilização de montagens fictícias, sendo sindicadas através da normal geral antiabuso.

Neste caso estamos a falar de deficientes classificações jurídicas de determinados tipos de sociedades, ou rendimento das mesmas, que aplicam regras diferentes para o cálculo da matéria coletável, sendo que aqui apenas vislumbramos elisão fiscal se o sujeito passivo tributário utilizar estas assimetrias com recurso a esquemas artificiais caso contrário será planeamento fiscal agressivo.<sup>397</sup>

Ainda no plano comparativo com a Diretiva “antielisão”, relevamos o facto de que esta matéria foi alvo de revisão<sup>398</sup> para acautelar situações resultantes da interação com países terceiros que vai de encontro com o que é dito no preâmbulo da proposta de Diretiva CCTB no sentido de que a futura interação entre o quadro da matéria comum coletável e os sistemas de tributação de países terceiros, poderá resultar na persistência de assimetrias, pelo que será desejável estabelecer que uma das jurisdições desconsidere a dupla não tributação ou a dupla dedução fazendo com que se recuse a dedução ou se inclua o rendimento na matéria coletável.<sup>399</sup>

Vista uma breve apresentação da proposta de Diretiva CCTB, que compõe a primeira fase da iniciativa CCCTB, é necessário fazer a ligação entre o objeto do nosso estudo e esta iniciativa, isto é, no que toca aos impostos de saída, qual é a relação destes com a iniciativa CCCTB?

### **1.1. OS IMPOSTOS DE SAÍDA NA CCCTB**

Como dissemos anteriormente, a disposição relativa a tributação à saída na Diretiva “antielisão” deriva diretamente da iniciativa CCTB, concretamente do art.º 29.º da Diretiva do Conselho

---

<sup>397</sup> Comissão Europeia, par. 17.

<sup>398</sup> Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

<sup>399</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», par. 17.

relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades.<sup>400</sup>

Este artigo dispõe, no n.º 1, que “Um montante igual ao valor de mercado dos ativos transferidos, no momento da saída dos ativos, menos o seu valor fiscal, é tratado como receitas auferidas em qualquer das seguintes circunstâncias: (a) Quando um contribuinte transfere ativos da sua sede para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro; (b) Quando um contribuinte transfere ativos do seu estabelecimento estável num Estado-Membro para a sua sede ou outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro para a sua sede ou outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro, na medida em que, devido à transferência, o Estado-Membro do estabelecimento estável deixou de ter o direito a tributar os ativos transferidos; (c) Quando um contribuinte transfere o seu domicílio fiscal para outro Estado-Membro ou para um país terceiro, com exceção dos ativos que permanecem efetivamente afetados a um estabelecimento estável situado no primeiro Estado-Membro; (d) Quando um contribuinte transfere a atividade desenvolvida pelo seu estabelecimento estável de um Estado-Membro para outro Estado-Membro ou para um país terceiro, na medida em que, devido à transferência, o Estado-Membro do estabelecimento estável deixe de ter o direito de tributar os ativos transferidos.”

O n.º 2 do mesmo artigo diz que “O Estado-Membro para onde os ativos, o domicílio fiscal ou a atividade desenvolvida por um estabelecimento estável são transferidos deve aceitar o valor estabelecido pelo Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável como valor de partida dos ativos para efeitos fiscais.”

O n.º 3 do art.º 29.º da referida proposta dispõe que “O presente artigo não se aplica às transferências de ativos relacionadas com o financiamento de valor mobiliários, ativos constituídos como garantia ou quando a transferência de ativos ocorre a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de liquidez se esses ativos reverterem para o Estado-Membro da entidade que fez a transferência dentro de um período de 12 meses.”

Comparativamente com o art.º 5.º da Diretiva “antielisão” vemos que a disposição da tributação à saída da CCTB está incompleta, pelo que, parece ser uma norma inacabada muito porque ambas disposições são introduzidas em situações diferentes, isto é, a disposição da CCTB está inserida num capítulo referente a “prazos e quantificações”, sendo que esta tributação à saída apenas determina o que é que é tratado como receita auferida e como é que é obtida.

Em traços gerais, o n. 1 de ambos diplomas determina os *tax triggering events*, sendo que

---

<sup>400</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades».

não há nada a acrescentar nesta temática, no entanto, verificamos que existe na Diretiva “antielisão” uma justificação para cada circunstância que desencadeia a aplicação da tributação à saída, que no fundo é a mesma para todas as alíneas, mas que na CCTB apenas está presente nas alíneas b) e d).

Mesmo assim, o art.º 4.º da proposta de Diretiva, no parágrafo 14 a 16, onde temos as definições de “transferência de ativos”, “transferência de domicílio fiscal” e “transferência da atividade levada a cabo por um estabelecimento estável”, úteis para a compreensão do exposto no n.º 1 do art.º 29.º, todas estas definições tem um ponto em comum: a perda do direito de tributar por parte do Estado de “saída”. Em termos comparativos, as mesmas definições constam da Diretiva “antielisão” no art.º 2.º, parágrafos 6 a 8.

Relativamente ao n.º 2 da proposta de Diretiva vemos que existe uma semelhança em relação à Diretiva “antielisão”, sendo que o mecanismo *step up*, criado nesta última, deriva da primeira e, relativamente ao número seguinte, encontramos a mesma exceção encontrada na Diretiva “antielisão”, pelo que, até aqui as semelhanças são visíveis e apenas se comprova que em primeiro plano o mecanismo seria lançado na CCTB e não na Diretiva “antielisão”.

A grande nota distintiva entre um diploma e outro é que na proposta de Diretiva CCTB não existem opções de diferimento do pagamento, sendo que esta matéria foi por nós estudada no primeiro capítulo relativamente à jurisprudência do TJUE no que concerne os impostos de saída, sendo que a conclusão a reter era de que se o Estado-Membro que aplicasse aquele mecanismo tinha de dar a hipótese ao sujeito passivo tributário de diferir o pagamento do imposto, pelo que a disposição relativa a essa matéria na proposta de Diretiva CCTB é inexistente.

À primeira vista vislumbra-se aqui um problema, mas a verdade é que a questão poderá ser justificada com base no art.º 1.º, n.º 1 da proposta de Diretiva que estabelece o seguinte: “A presente Diretiva estabelece um sistema de matéria comum para a tributação de determinadas sociedades e define as regras de cálculo dessa matéria coletável.”<sup>401</sup>, sendo que a visão da Comissão Europeia será de que a regras relativas ao diferimento do pagamento pertencem ao conjunto de regras que dizem respeito à cobrança de impostos e não suficientemente ligadas ao objeto da proposta de Diretiva.

No entanto, esta facticidade não isenta os Estados-Membros de cumprir com as liberdades fundamentais a quando da implementação da Diretiva.<sup>402</sup>

---

<sup>401</sup> Comissão Europeia, 19.

<sup>402</sup> Daniel Gutmann e Emmanuel Raingeard de la Blétière, «CC(C)TB and International Taxation», *EC Tax Review*, 2017, 238.

## **1.2. ARTICULAÇÃO ENTRE O MECANISMO DA TRIBUTAÇÃO À SAÍDA DA DIRETIVA “ANTI ELISÃO” E DA PROPOSTA DE DIRETIVA CCTB**

A questão que se coloca neste plano é a de saber qual é a relação entre o mecanismo à saída da Diretiva “antielisão” e o mecanismo da tributação à saída da CCTB para além do facto de que um deriva do outro.

Em primeira linha, deveremos assinalar que no preâmbulo da proposta de Diretiva CCTB não existe qualquer menção à tributação à saída como um mecanismo de combate à elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, sendo que não será adequado pressupor que a Comissão Europeia se quis referir a este mecanismo quando mencionou a utilidade das regras especiais antiabuso.

Isto leva-nos a concluir que, nesta proposta em particular, o mecanismo da tributação à saída não é considerado (1) um mecanismo de peso para propiciar um melhor funcionamento do mercado interno, visto não haver qualquer menção nesse sentido, nem (2) um mecanismo que previna os casos de elisão fiscal, pelas mesmas razões.

Poderá ser argumentado que na Diretiva “antielisão” não existe, igualmente, menção alguma de que o mecanismo à saída é um mecanismo que previne a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo. No entanto, naquela, existe uma menção clara ao mecanismo ao passo que na proposta de Diretiva CCTB não há qualquer menção, podendo admitir-se que o mecanismo é uma decorrência direta das regras de tributação e não um verdadeiro mecanismo com um propósito específico como é assumido na Diretiva “antielisão”.<sup>403</sup>

Em segundo lugar, há que ter em conta o posicionamento da tributação à saída na proposta de Diretiva CCTB, isto é, a proposta divide-se em 12 capítulos: (I) Objeto, âmbito de aplicação e definições; (II) Cálculo da matéria coletável; (III) Prazos e Quantificação; (IV) Amortização dos ativos fixos; (V) Perdas; (VI) Regras para a entrada e saída do sistema da matéria coletável; (VII) Relações entre o contribuinte e outras entidades; (VIII) Transação entre empresas associadas; (IX) Regras antiabuso; (X) Entidades transparentes; (XI) Administração e procedimentos e; (XII) Disposições finais.

Se a génese destes mecanismos convergisse na ideia de combate à elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo da forma que é configurado na Diretiva “antielisão”, o mecanismo à saída posicionar-se-ia algo junto das regras antiabuso, sendo certo que a génese do mecanismo não se assemelha a uma regra antiabuso.

Ao invés, o mecanismo posiciona-se no capítulo referente aos prazos e quantificação, o que

---

<sup>403</sup> O que não invalida o facto de o podermos considerar um mecanismo com vantagens no que toca ao combate à erosão das bases tributárias.

consideramos de extrema importância porque se confirma o que dissemos anteriormente relativamente ao objetivo do mecanismo, isto é, o mecanismo diz o que é que se deve considerar como rendimento, como se calcula e que Estado tributa o quê.

Trata-se de um conjunto de normas que atribuem competências para tributar, afastando-se do conceito típico do conjunto de normas que previnem os comportamentos elisivos.

Na nossa opinião, devido à génese do mecanismo, consideramos que o posicionamento na proposta de Diretiva CCTB é mais correta do que na Diretiva “antielisão”, tendo por base a explicação acima aduzida e também pelas explicações do segundo capítulo desta dissertação.

Em terceiro lugar consideramos que a proposta de diretiva CCTB, no que toca à tributação à saída, poderia causar alguns problemas discriminatórios, isto é, a Diretiva “antielisão” aplica-se a todos os sujeitos passivos tributários que estejam sujeitos ao imposto sobre as sociedades.

A CCTB não tem um âmbito subjetivo tão alargado, isto é, em primeiro lugar, a iniciativa CCCTB, compreendida pelas duas fases, vai ser vinculativa para um determinado grupo de sociedades que preencham os requisitos que as tornam vinculadas ao regime, sendo que para o resto das sociedades o regime poderá ser facultativo.

Isto pressupõe que a partir do momento em que se adotar a CCTB, vão passar a vigorar dois regimes de apuramento da matéria coletável.

Se não houvesse um mecanismo de tributação à saída para além da iniciativa CCCTB, a garantir que as sociedades que não optem pela forma de cálculo comum da matéria coletável também lhes seja aplicada a tributação à saída, teríamos problemas discriminatórios.

Posto isto, consideramos que a inclusão da tributação à saída na Diretiva “antielisão” era “obrigatória”, porque de certo modo tanto uma Diretiva como a outra têm impacto na matéria coletável das sociedades.

Se houvesse dois diplomas, sobre a mesma questão que não incluíssem as mesmas medidas, sendo que o âmbito de aplicação não é o mesmo, haveria sempre distorções.

Se a CCTB não previsse uma disposição de tributação à saída, como a mesma só se aplica obrigatoriamente a um grupo determinado de sujeitos passivos tributários, significaria que esse grupo, apesar de estar sujeito ao imposto sobre o rendimento das sociedades, não estaria sujeito ao imposto de saída da Diretiva.

Em termos de aplicabilidade, quando os dois mecanismos estiverem em vigor, não haverá muitas dúvidas depois da explicação acima feita, isto é, as sociedades para as quais a CCTB é vinculativa aplicar-se-á a tributação à saída; as sociedades que optarem pela aplicação destas regras aplicar-se-á a

tributação à saída da CCTB e; para as restantes sociedades aplicar-se-á a tributação à saída da Diretiva “antielisão”. Desta forma haverá sempre a aplicação do mecanismo.

## **2. ALTERNATIVAS OU REFORMULAÇÕES DO MECANISMO À SAÍDA – A CCTB COMO ALTERNATIVA À TRIBUTAÇÃO À SAÍDA DA DIRETIVA “ANTIELISÃO”**

Como fizemos referência no princípio deste estudo, vamos agora equacionar alternativas ou reformulações ao mecanismo à saída.

A pergunta fundamental que vamos aqui abordar é se a CCTB é uma boa alternativa à tributação à saída da Diretiva “antielisão”.

Até esta fase temos avaliado o mecanismo à saída como um mecanismo que combate a elisão fiscal, sendo que, como ficou presente no capítulo II deste estudo, dificilmente se poderá considerar como um mecanismo que combate a elisão fiscal dita típica, muito por causa da natureza presuntiva da justificação do combate à elisão fiscal para a restrição que o mecanismo cria e também por causa da sua própria génese (um mecanismo que restringe uma liberdade fundamental).

Será antes um mecanismo que, através da repartição de poderes de tributação, combate a elisão fiscal em sentido amplo que dá origem à erosão das bases tributárias.

Ficou também claro que a repartição equilibrada dos poderes de tributação como decorrência direta do princípio da territorialidade aliado a um elemento temporal e a necessidade de precaver as receitas do Estado são as principais justificações para um mecanismo de tal calibre, sendo que a necessidade de assegurar as receitas do Estado não é a justificação que está na Diretiva, antes uma conclusão que facilmente retiramos.

Portanto, de que maneira é que o imposto de saída poderia ser reformulado para não ter um impacto tão acentuado na liberdade de estabelecimento?

Neste contexto, uma das opções de reformulação seria a introdução de uma presunção ilidível, sendo que o sujeito passivo tributário poderia provar que aquela operação não tem como objetivo a elisão fiscal típica, afastando assim a intenção abusiva.

No entanto, consideramos que esta opção para nós não é viável por duas razões: (1) a facilidade que o sujeito passivo tributário tem para provar que existem razões económicas subjacentes à sua pretensão afastariam a aplicação do mecanismo de forma muito leve e; (2) o sujeito passivo tributário continua a contribuir para a erosão das bases tributárias pelo que não seria uma boa opção para dar seguimento ao plano BEPS.



O mecanismo à saída, tal como está configurado, deveria ser reformulado de maneira a precaver os problemas de liquidez inerentes ao pagamento imediato e ao diferimento se este acarretar juros ou a constituição de uma garantia.

Tal como ficou presente no ponto 1.5.6. do capítulo II, concluímos que a disposição poderia, de certo modo, ser melhorada tendo em conta o princípio da proporcionalidade, isto é, deveria ser dado ao sujeito passivo tributário a possibilidade de pagar o imposto de acordo com a realização real de rendimento, sendo que essa percepção apenas ocorre quando o mesmo é alienado.

Tendo por base a Diretiva 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, os Estados-Membros deviam exigir o pagamento do tributo devido, correspondente à valorização dos ativos no seu território, quando o mesmo fosse alienado.

Embora esta seja uma opção plausível, a questão mantém-se em relação aos países terceiros onde a Diretiva “antielisão” não tem qualquer tipo de eficácia, sendo que seria necessário introduzir nos acordos bilaterais a atribuição poderes de tributação de modo a contemplar a arrecadação do devido imposto (à semelhança do que acontece com a convenção entre os Países Baixos e o Reino Unido e o Canadá e os Países Baixos<sup>404</sup>).

Para além disso fugiria do conceito típico de imposto de saída uma vez que seria então um imposto sobre o rendimento já realizado.

Postas todas estas circunstâncias, concluímos este ponto no sentido de que qualquer alternativa ou reformulação ao mecanismo não estaria isenta de problemas, uma vez que o combate às práticas elisivas ainda se encontra algo embrionário, isto é, ainda não existe dinâmica suficiente nas relações tributárias no plano internacional e europeu que permitam que um Estado abdique da arrecadação do imposto no momento em que a sociedade ou ativo saí do seu território, sendo que, o ideal seria minimizar os efeitos de uma percepção fictícia de rendimento.

A questão que se segue é de enorme importância uma vez que, provavelmente, poderá vir a ser a Diretiva CCTB a melhor alternativa ao imposto de saída da Diretiva “antielisão”.

Consideramos que no que toca ao regime de tributação à saída imposto pela CCTB, nada será alterado uma vez que a tributação é feita nos mesmos moldes que a tributação à saída da Diretiva “antielisão”.

No entanto, é mais adequado que a tributação à saída se introduza através de um instrumento

---

<sup>404</sup> Ribeiro, «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saída», 97.

de harmonização da matéria coletável, porque, deste modo, a fundamentação do imposto de saída ganharia mais relevo na medida em que o mecanismo procura determinar os poderes de tributação, sendo que não se afirma tanto como um instrumento que previne a elisão fiscal típica porque, como ficou bem claro no capítulo II, esse não é o objetivo da tributação à saída.

Salienta-se aqui o sentido de adequação, que seria maior entre o mecanismo e a CCCTB (compreendida pelas duas fases) do que entre o mecanismo e a Diretiva “antielisão”.

Mas há uma condição de enorme relevo: para que a CCTB se assuma como uma alternativa viável é necessário que seja obrigatória para todos os sujeitos passivos tributários de impostos sobre as sociedades. Só assim se garantirá, à partida, o bom funcionamento do mecanismo.

Por enquanto, e se a proposta de Diretiva se mantiver com a atual redação, não será uma alternativa ao mecanismo à saída, mas sim uma articulação para uniformizar o imposto de saída.

### **3. REFLEXÃO CRÍTICA**

Nesta última fase do nosso estudo vamos fazer uma reflexão crítica sobre todas as temáticas abordadas, procurando relacionar todo o problema do combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo, através de iniciativas como o BEPS, a Diretiva “antielisão”, a iniciativa CCCTB, da utilização de impostos de saída para ajudar no referido combate, sendo que procuraremos também abordar o facto de que o planeamento fiscal tende a ser sindicado quando, como dissemos anteriormente, não deveria.

Abordaremos também uma temática, que já foi abordada anteriormente, que é o facto de considerarmos o *harmful tax competition* como promotor principal de muitas das questões elisivas.

Procuramos envolver todas estas temáticas para no fim podermos perspetivar o que se poderá apresentar como solução viável na luta contra a elisão fiscal e onde é que a tributação à saída, como meio de combater algumas práticas elisivas, se situa.

Como releva a exposição de toda esta problemática que temos vindo a abordar ao longo do trabalho, a globalização aliada à abertura de fronteiras dando origem ao mercado único, a informatização do setor, em conjunto com outros fatores, dá origem a consequências positivas e negativas.

Positivas tanto na esfera do Estado, uma vez que a economia beneficia com estes fatores, como na esfera do sujeito passivo tributário que vê a sua atividade mais globalizada com melhores oportunidades para a desenvolver dentro e fora do seu país, graças também às liberdades fundamentais, pilar essencial do Direito da União Europeia.

Existem consequências negativas tanto na esfera deste último, uma vez que a facilidade com que a atividade do sujeito passivo tributário se expande, o Direito não é flexível o suficiente para fazer face a determinadas situações sendo que a possibilidade de haver, por exemplo, dupla tributação é muito provável; como na esfera do Estado, uma vez que devido à falta de flexibilidade do Direito e a incapacidade de acompanhar sistematicamente as ações do sujeito passivo tributário, dão origem a certos fenómenos nocivos, como por exemplo, o planeamento fiscal agressivo e a elisão fiscal.

Como fizemos referência no princípio deste estudo, assegurar uma boa arrecadação de impostos é fundamental para fazer face às necessidades sociais do Estados, sendo que a arrecadação deficitária torna toda a máquina estadual deficitária.

Certamente que o planeamento fiscal agressivo e a elisão fiscal merecem sindicância e, de preferência, a nível internacional, sendo que, nessa área, o plano BEPS é relevante como sendo um plano que tenta uniformizar a linha de ação dos Estados pertencentes à OCDE.

Independentemente do conteúdo, é uma excelente iniciativa com uma correta abordagem para poder combater os comportamentos elisivos, sendo que se alerta igualmente que o combate desarmonizado a estes comportamentos não é a abordagem a seguir porque mantém o panorama atual que é a desarmonização que cria disparidades legislativas aproveitadas para fazer planeamento fiscal agressivo.

Pensamos ter deixado bem vincado e devidamente fundamentado e que, de resto, é um dos pilares essenciais deste trabalho, visto o conceito típico de planeamento fiscal, não podemos considerar que a exploração de algo que vá para além da lei seja lícito.

Seria dar luz verde ao planeamento fiscal agressivo com o pretexto de que as condutas adotadas seriam lícitas quando, na verdade, são uma solução *extra legem*.

Neste sentido, a Diretiva que trouxemos para estudo tem como título as regras contra práticas de elisão fiscal e isto não significa que o planeamento fiscal agressivo tenha ficado de parte, muito pelo contrário, o que se sucede é que o conceito de elisão fiscal já é perspetivado de maneira mais flexível, sendo que somos da opinião que este engloba não só os comportamentos que caem no conceito típico de elisão fiscal, como ficou no primeiro capítulo explanado, mas também aqueles comportamentos que se situam na zona cinzenta, os quais chamamos vulgarmente planeamento fiscal agressivo.

É com esta visão que na Diretiva são adotadas medidas para combater estes comportamentos, sendo que o nosso trabalho foi procurar avaliar se um dos mecanismos adotados, a tributação à saída, é ou não bom mecanismo, tendo esta temática sido abordada no capítulo II e tendo igualmente ficado dito que o mecanismo tem mais relação com a ideia geral do BEPS (isto é um mecanismo que assegura

que não haja erosão das bases tributárias, no entanto, o mecanismo à saída não está previsto naquele plano) do que propriamente um combate vincado à elisão fiscal dita típica.

Aliás, ficou bem claro que, devido à génese da tributação à saída, tal como configurada na Diretiva, estaríamos mais no campo da atribuição de poderes de tributação do que propriamente no combate aos fenómenos elisivos.

Quanto à avaliação da eficácia do mecanismo, não consideramos, tal como deixámos claro no final do capítulo II, que o imposto de saída seja um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.

Chegámos a esta conclusão porque este não resolve todos os problemas que coloca (a questão da dupla tributação em caso de transferência, quer da sede societária quer de ativos, para países terceiros e a questão das menos-valias); não é um mecanismo que tenha sido avançado pelo plano BEPS pelo que as questões de harmonização que atrás referimos poderão estar em causa e; por fim, considerámos que aquilo que visa salvaguardar não é suficientemente relevante para restringir uma liberdade fundamental.

Quanto aos promotores das questões elisivas, muitos esquemas advêm da atuação do sujeito passivo tributário através de esquemas elaborados, mas, por vezes, estas questões são trazidas pela própria atuação do Estado na condução das suas políticas fiscais.

Posto isto, consideramos que a concorrência fiscal entre os Estados-Membros, em especial o *harmful tax competition*<sup>405</sup>, a concorrência fiscal prejudicial, aquela concorrência que já não é saudável e que só causa prejuízos, é o principal promotor das questões elisivas, como por exemplo, algumas situações decorrentes do regime do residente não habitual que consta do CIRS.

Neste exemplo, em certos casos (como devidamente explicado anteriormente) poderá existir uma dupla não tributação devido à isenção que é concedida em Portugal, sendo que é contra um dos princípios basilares do direito fiscal de que o rendimento deve ser tributado pelo menos, e idealmente, uma vez.

Poderemos até afirmar que é duvidosa a maneira como os Estados arrecadam este investimento estrangeiro, recorrendo a esquemas que manipulam certos fatores a seu favor, fazendo alusão ao que estudámos anteriormente, não poderá haver, para além de *harmful tax competition*, planeamento fiscal agressivo por parte do Estado?<sup>406</sup>

Para fechar esta temática consideramos que se a abordagem ao *harmful tax competition* fosse diferente, o combate à elisão fiscal poderia ser facilitado.

---

<sup>405</sup> Para mais desenvolvimentos nesta matéria, Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 4 a 10.

<sup>406</sup> Rocha, «Countries' Aggressive Tax Treaty Planning: Brazil's Case».

Visto que a tributação à saída deriva da iniciativa CCCTB, compreendida pelas duas propostas de Diretiva, estudámo-la com o objetivo de perceber se a mesma se apresentava como uma solução viável à tributação à saída visto que também previa o mesmo mecanismo, sendo que verificámos que as preocupações que lhe são inerentes são iguais àquelas plasmadas no plano BEPS e na Diretiva.

Na nossa opinião, a CCCTB, compreendida pela CCTB e pela consolidação, seria a resposta mais correta ao plano BEPS, no entanto carece de bastantes negociações uma vez que se trata de harmonizar todo um modo de calcular a matéria coletável das sociedades.

É provável que, para não ficar um espaço temporal muito grande entre a entrada em vigor da Diretiva CCTB e da Diretiva CCCTB, houve a necessidade de introduzir algumas medidas que constam dessas propostas de Diretiva, nomeadamente da CCTB, na Diretiva “antielisão”.

Visto que o planeamento fiscal agressivo envolve, sobretudo, a exploração de disparidades legislativas, seria um passo enorme se atingíssemos uma harmonização quanto a uma matéria coletável comum, sendo que a articulação legislativa entre os vários Estados-Membros da União Europeia estaria facilitada e menos permeável ao aparecimento de assimetrias.

Quanto à iniciativa CCCTB damos conta que existe um problema de aplicabilidade, daí a necessidade da existência da Diretiva “antielisão”, que já salientámos no ponto anterior, isto é, recordando, a Diretiva “antielisão”, de acordo com o art.º 1.º da Diretiva, esta aplica-se aos “(...) contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro.”<sup>407</sup>

Na proposta de Diretiva CCTB, o âmbito de aplicação não é tão alargado, uma vez que a Diretiva aplicar-se-á vinculativamente a grupos societários que sejam por esta considerados como “grupo de dimensão substancial”<sup>408</sup> e facultativo para aquelas sociedades que não preencham aquele critério, mas considerem, por diversas razões, que o regime lhes seja vantajoso.<sup>409</sup>

Toda esta circunstância leva-nos a concluir que, tendo em conta os objetivos do plano BEPS, da Diretiva “antielisão” e até os objetivos da iniciativa CCCTB, todo o panorama fiscal atual beneficiaria se a CCTB fosse vinculativa para todos os sujeitos passivos de imposto sobre as sociedades.

Naturalmente que já se notam alguns avanços, por exemplo, no primeiro esboço da proposta

---

<sup>407</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>408</sup> Comissão Europeia, «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», par. 5.

<sup>409</sup> Comissão Europeia, par. 5.

de Diretiva CCCTB em 2011 apenas se previa que o regime fosse totalmente facultativo<sup>410</sup>, tendo sido um passo fundamental dotá-la de obrigatoriedade para certos e determinados sujeitos passivos tributários.

No entanto, consideramos que ainda não é satisfatória a ação levada a cabo pela Comissão Europeia, uma vez que a harmonização destas matérias seria mais facilmente conseguida se a iniciativa CCCTB tivesse um carácter obrigatório, nos moldes que anteriormente referenciámos.

Aliás, a presente proposta é criticada, sendo que não podemos deixar de concordar, no sentido de que não se devia dar a oportunidade aos sujeitos passivos tributários de escolher o método de cálculo da matéria coletável da CCTB, isto porque consideramos que este carácter facultativo não irá, por um lado, eliminar assimetrias entre Estados-Membros, e por outro lado, não irá trazer simplicidade e uniformização.

Não eliminará assimetrias porque para as sociedades que não estão sujeitas ao regime obrigatório da CCTB, continuará a existir *harmful tax competition* resultando nas consequências que já falámos anteriormente.<sup>411</sup>

Não irá trazer simplicidade e uniformização porque se a Diretiva for obrigatória para uma parte das sociedades e opcional para outras, significa que terão de coexistir dois regimes tributários diferentes em cada Estado-Membro, o que leva a uma maior carga administrativa para as autoridades tributárias.<sup>412</sup>

Nesta temática é questionado se não seria mais simples e eficaz a harmonização da taxa aplicável em vez da harmonização da matéria coletável, sendo que há quem defenda que enquanto existirem diferenças de taxa a aplicar no seio da União Europeia, haverá risco de os Estados-Membros perderem receita tributária e que, por exemplo, na Alemanha, com a entrada em vigor da CCTB, poderia levar a uma diminuição de 8,6% na receita tributária.<sup>413</sup>

Esta visão, a nosso ver, teria consequências negativas e contrárias aos princípios da União Europeia, isto é, a harmonização da taxa a aplicar ao rendimento das sociedades deixaria pouca ou nenhuma margem de manobra aos Estados-Membros para fixarem as suas próprias taxas o que implicaria uma perda de soberania fiscal.

Para além disso, não resolve o problema de fundo que é o facto de não haver articulação entre as legislações dos Estados-Membros que compõem a União Europeia. Problemas como a dupla

---

<sup>410</sup> Comissão Europeia, «COM(2011) 121 final/2 - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS)», 2011, 5.

<sup>411</sup> Lisa Aumayr e Gunter Aumayr, «CCTB - Is there a Chance of a Breakthrough?», *European Taxation*, 2019, 154.

<sup>412</sup> Aumayr e Aumayr, 154.

<sup>413</sup> Huelya Celebi, «The CCCTB as a Proposed Solution to the Corporate Income Taxation Dilemma within the EU», *EC Tax Review*, 2013, 295.

tributação, dupla não tributação, dupla dedução, etc., persistiriam.

Fazendo igualmente referência ao que dissemos no parágrafo anterior, se houvesse uma obrigatoriedade de aplicação da CCCTB a todos os sujeitos passivos de imposto sobre as sociedades, a questão da uniformização das taxas de imposto seria afastada uma vez que o procedimento de cálculo da matéria coletável seria comum a todos os Estados-Membros, deixando para segundo plano as taxas que estes aplicam e, conseqüentemente, poderia haver uma salvaguarda da soberania fiscal no sentido de deixar aos Estados-Membros a definição da taxa a aplicar de acordo com as suas necessidades.

Com a OCDE a apertar o cerco a este tipo de práticas, com a União Europeia a ter cada vez mais um papel fundamental no combate às práticas elisivas, com a falta de clareza de conceitos entre aquilo que é lícito e ilícito, resta-nos refletir onde se situa o planeamento fiscal dito “lícito”.

Como vimos anteriormente, somos da opinião de que o planeamento fiscal, para além de ser um conjunto de escolhas que o sujeito passivo tributário pode adotar, será uma escolha de entre um leque providenciadas pela lei.

Não concordamos, como deixamos bem claro e fundamentado, que o planeamento fiscal seja um direito do sujeito passivo tributário.

O planeamento fiscal só existirá, segundo o conceito por nós defendido, se o legislador assim o permitir, portanto, desde logo não concordamos com a retórica de que o planeamento fiscal está cada vez mais limitado, pela simples razão de que este é querido pelo legislador e não depende do uso de esquemas artificiais. Depende sim da legislação existente e se esta oferece ou não opções ao sujeito passivo tributário.

Parece duvidoso, mas na verdade, na ótica do legislador, qual é a finalidade de limitar aquilo que expressamente permitiu?

A lógica seria banir aquilo que não é permitido ou, para convocar os elementos do planeamento fiscal agressivo, aquilo que é, tendencialmente, proibido.

O que consideramos que é uma tarefa árdua é delimitar o que não é planeamento fiscal nem elisão fiscal, mas se situa na tal zona cinzenta e que é difícil de ser combatida porque, formalmente, todos os comportamentos do sujeito passivo tributário, ao abrigo do conceito de planeamento fiscal agressivo, são lícitos.

Consideramos que não existem novos limites ao planeamento fiscal. Existem sim é cada vez mais limites àquilo que era mal interpretado como planeamento fiscal, que é planeamento fiscal agressivo.

No entanto, entendemos que devemos fazer uma reflexão sobre as novas tendências no que

toca à tributação, isto é, como demos conta no princípio deste trabalho, o plano BEPS é um plano que tem como ideia fundamental um aspeto económico, sendo que, a receita fiscal é a principal preocupação, se tal não fosse, a Diretiva “antielisão”, que tenta combater comportamentos que, invariavelmente, fragilizam a arrecadação de tributos o que quebra a receita Estadual, não tinha razão de existir.

Portanto, toda a questão envolta da erosão das bases tributárias, das transferências de lucros, do próprio planeamento fiscal, elisão fiscal, etc., tem subjacente a ideia principal que é a fuga de receita que o Estado deixa de obter, o que causa inúmeros problemas.

Poucas alusões são feitas ao facto de se ter de criar novos mecanismos que permitam que a tributação seja mais justa, estando os focos virados para a perda de receita fiscal, o que a nosso ver é uma maneira errada de ver a questão, uma vez que se tivessem como ponto de partida uma tributação mais justa e eficiente, o sujeito passivo tributário teria uma maior confiança no sistema tributário e as questões inerentes à perda de receita financeira não se colocariam.

Tendo em conta esta factualidade, e tendo como exemplo a tributação à saída, descursa-se a justiça na tributação, porque desde logo o mecanismo à saída é controverso, e apenas se tem em conta os benefícios monetários que este permite solucionar.

Não estamos de acordo que o caminho a seguir seja um caminho traçado pelas necessidades monetárias descutando-se a justiça na tributação; ou pelo menos não consideramos que seja o caminho mais sustentável.



## CONCLUSÕES

Após o referido, iremos agora sintetizar algumas das conclusões que se poderão retirar do presente trabalho:

- i. As questões elisivas são fruto da conjugação de vários fatores, no entanto, poderemos retirar deste estudo que o *harmful tax competition* é o principal promotor destas questões, o que será, no futuro, uma questão a ser resolvida, uma vez que estamos a falar da própria atuação dos Estados.
- ii. Com o objetivo de contextualizar as matérias relativas aos impostos de saída, sendo que este se afirma como um mecanismo de combate à elisão fiscal, concluímos que as questões inerentes à criação do plano BEPS da OCDE são questões de enorme importância e que uma das ideias principais do plano se prende com a uniformização das legislações.
- iii. Como seria expectável, a União Europeia respondeu positivamente ao plano BEPS, adotando a Diretiva que trouxemos para este estudo, sendo que os impostos de saída são tidos como um instrumento de combate à elisão fiscal.
- iv. No plano das escolhas fiscais, poderemos encontrar o planeamento fiscal, o planeamento fiscal agressivo, a elisão fiscal e a evasão fiscal. Caracterizámos os primeiros três conceitos, sendo que a evasão fiscal foi desconsiderada uma vez que não tinha conexão com o objeto da dissertação. Chegámos à conclusão de que o planeamento fiscal, dito *intra legem*, não merece qualquer tipo de sindicância e que o planeamento fiscal agressivo é uma área cinzenta de difícil delimitação, mas de enorme importância nas questões elisivas.
- v. Consideramos que as lacunas não fazem parte do conceito de planeamento fiscal, sendo que a exploração destas terá de ser inserida no planeamento fiscal agressivo já que no conceito típico de elisão fiscal também não têm lugar.
- vi. Tanto na Diretiva “antielisão” como no plano BEPS da OCDE, a elisão fiscal não é só tida no seu conceito típico, mas também um conceito abrangente que engloba as práticas típicas de elisão fiscal e as práticas de planeamento fiscal agressivo que dão origem à erosão das bases tributárias.
- vii. Os impostos de saída poderão ser considerados como um mecanismo que permite a equiparação à perceção de rendimento utilizando a técnica da ficção.
- viii. Os impostos de saída poderão ter várias tipologias: impostos de saída gerais, impostos de saída parciais, impostos de saída que alargam ilimitadamente a incidência fiscal, impostos de saída que alargam limitadamente a incidência fiscal e impostos que visam a devolução de deduções

fiscais.

- ix. De acordo com a jurisprudência do TJUE relativa a pessoas coletivas, os impostos de saída são uma restrição justificada à liberdade de estabelecimento, no entanto, não se pode exigir o pagamento imediato do tributo, tendo de ser dado ao sujeito passivo tributário a possibilidade de diferimento do pagamento.
- x. De acordo com a jurisprudência do TJUE, os impostos de saída aplicados a pessoas singulares acarretam problemas de liquidez que dificilmente o sujeito passivo tributário possa sustentar.
- xi. Com a adoção de impostos de saída, a questão da uniformização quanto à transferência da sede societária fica, indiretamente, resolvida na medida em que agora é obrigatório, que os Estados-Membros apliquem estes impostos.
- xii. Na Diretiva, o imposto de saída utilizado é um imposto de saída geral, uma vez que se considera todas as mais-valias potenciais como realizadas para efeito de imposto, num momento imediatamente anterior à emigração do sujeito passivo tributário.
- xiii. O regime imposto pela Diretiva aplica os impostos de saída com opção de diferimento do pagamento do tributo, com a possibilidade de aplicação de juros e constituição de garantias e a existência de um mecanismo *step up* que resolve a questão da dupla tributação entre Estados-Membros da União Europeia.
- xiv. Para a determinação da eficácia do imposto de saída no combate à elisão fiscal, procurámos responder a seis questões que achámos essenciais, sendo que o resultado dessas questões foi de que o objetivo é combater outras formas de elisão, como deixámos claro, sendo que, de acordo com os problemas que este acarreta, não consideramos os impostos de saída como um bom mecanismo de combate à elisão fiscal.
- xv. Muito embora as perguntas sejam no seu todo relevantes, damos especial atenção à quinta pergunta na medida em que a Diretiva é uma resposta assumida ao plano BEPS mas adota medidas que não se encontram neste plano, evidenciando problemas de coordenação e sobretudo a fomentação da desuniformidade nestas matérias, o que não constitui uma boa abordagem aos problemas elisivos.
- xvi. Após as conclusões a que chegamos no ponto correspondente à determinação da eficácia do imposto de saída como instrumento de combate à elisão fiscal, concluímos, igualmente, que o imposto de saída parece assumir contornos de um mecanismo que atribui poderes de tributação e determina o modo como essa tributação se deverá efetuar: a norma em causa determina quem está sujeito ao imposto; como deverá ser liquidado o imposto; que Estado-

Membro tem poder para tributar o quê e em que circunstâncias é que este imposto poderá ser diferido.

- xvii. Tendo em conta que os impostos de saída da Diretiva “antielisão” derivam da iniciativa CCCTB, achámos, devido à génese desta, que seria preferível que estes fossem introduzidos num diploma que regula a forma comum do apuramento da matéria coletável uma vez que, como dissemos anteriormente, assume contornos de atribuição de poderes de tributação.
- xviii. Embora defendamos esta visão, notámos igualmente que para que os impostos de saída sejam efetivamente eficazes teria de ser efetuado um alargamento do âmbito subjetivo da iniciativa CCCTB, alargando-a a todos os sujeitos passivos de imposto sobre as sociedades, o que não acontece com a redação atual.
- xix. Defendemos igualmente que para acautelar possíveis impasses ou até falta de consenso no que toca ao âmbito subjetivo da iniciativa CCCTB, foi necessário incluir a disposição à saída no pacote de medidas imposto pela Diretiva “antielisão” com o objetivo de fechar futuras brechas aquando da aplicação dos impostos de saída da CCCTB.
- xx. Na questão inerente ao facto de se saber se a CCTB é uma boa alternativa à Diretiva “antielisão” concluímos que com a atual redação da proposta da Diretiva, não se poderá dizer que é uma alternativa à Diretiva “antielisão”, mas sim um complemento. No entanto, tal como evidenciámos na conclusão anterior, se a proposta sofre alterações poderá ser uma boa alternativa.

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 4ª. Vol. II-(Das Sociedades). Coimbra: Almedina, 2013.
- ALMENDRAL, Violeta Ruiz. «Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?» *Intertax*, 2005.
- AMATUCCI, Fabrizio. *Principi e Nozioni di Diritto Tributario*. Terza Edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- AMORIM, José de Campos. «Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal». Em *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade*. Porto: Vida Económica, 2010.
- ANDERSSON, Krister. «The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and European Union». *Intertax*, 2016.
- ANTUNES, Francisco Vaz. *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*. Verbo Juridico, 2005.
- ARENDRONK, Prof. Henk P.A.M. van. «Exit Taxes: Separation of Powers?» *EC Tax Review*, 2010.
- AUMAYR, Lisa, e Gunter Aumayr. «CCTB - Is there a Chance of a Breakthrough?» *European Taxation*, 2019.
- AZEVEDO, Patricia Anjos. «Breves notas sobre planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso». Em *A Fiscalidade como instrumento de recuperação económica*. Porto: Vida Económica - Editorial, SA, 2011.
- BAKER, Philip. «The BEPS Project: Disclosure of Agressive Tax Planning Schemes». *Intertax*, 2015.
- BENÍTEZ, Gloria Marín. *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*. 1ª Edição. Valladolid: Lex Nova, 2013.
- BETTEN, Rijkele. *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*. Amesterdão: IBFD Publications, 1998.
- BROE, Luc de. «Hard times for emigration taxes in the EC». Em *A Tax Globalist: The Search for the Borders of International Taxation : Essays in Honour of Maarten J. Ellis*, editado por H. P. A. M. van

- Arendonk, F. A. Engelen, e Sjaak Jansen. Amesterdão: IBFD Publications, 2005.
- BROEK, Harm van den. «Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus». *European Tax Studies*, 2009.
- CACHIA, Franklin. «Agressive Tax Planning: An analysis from an EU Perspective». *EC Tax Review*, 2017.
- CALDAS, António Castro. «A Transferência de Residência Fiscal de Sociedades em IRC». *Fiscalidade*, n.º 15, 2003.
- . «O “Exit Tax” no Código do IRC». *Fiscalidade*, n.º 34, 2008.
- CALDAS, Marta. *O planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?* Coimbra: Edições Almedina, 2015.
- CAMPOS, Diogo Leite de, e João Costa Andrade. *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A norma geral anti-elisão)*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
- CARRERO, José Manuel Calderón, e Alberto Quintas Seara. «The Concept of “Agressive Tax Planning” Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS ERA: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning». *Intertax*, 2016.
- CARVALHO, Maria Miguel. «Quem não está bem que se mude? - A transferência da sede das sociedades comerciais na União Europeia». Em *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- . «Sociedades Comerciais». Em *Direito da União Europeia - Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- CEJIE, Katia. «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond». *Intertax*, 2012.
- CELEBI, Huelya. «The CCCTB as a Proposed Solution to the Corporate Income Taxation Dilemma within the EU». *EC Tax Review*, 2013.
- CERIONI, Luca. «The “Final Word” on the Free Movement of Companies in Europe Following the ECJ’s VALE Ruling and a Further Exit Tax Case?» *European Taxation*, 2013.

- CHALMERS, Damian, Gareth Davies, e Giorgio Monti. *European Union Law*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. 2.ª ed. Vol. 1. Coimbra: Edições Almedina, 2017.
- COLLET, Martin. *Droit fiscal*. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.
- COURINHA, Gustavo Lopes. *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CRACEA, Andrei. «OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard». *European Taxation*, 2013.
- CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*. 6ª. Coimbra: Almedina, 2016.
- DAIBER, Claudia, e René Offermanns. «German exit tax provisions, substantial shareholdings and incompatibility with EC law». *EC Tax Review*, 2005.
- DIAS, Rui M. Pereira. «O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades». *Direito das Sociedades em Revista*, 2010.
- DOCCLO, Caroline. «The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State's Disparate Tax Legislations». *Bulletin for International Taxation*, 2017.
- DOURADO, Ana Paula. «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6». *Intertax*, 2015.
- . *Direito Fiscal - Lições*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- . «The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?» *Intertax*, 2016.
- DOURADO, Ana Paula, e Pasquale Pistone. «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities». *Intertax*, 2009.

- FIBBE, Gijs K., e Ton A.J. Stevens, eds. *Hybrid Entities and EU Direct Tax Directives*. Vol. 41. EUCOTAX Series on European Taxation. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso de Direito das Sociedades*. 3.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- GINEVRA, Guglielmo. «The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan Necessity and Adequacy of the Measures at EU level». *Intertax*, 2017.
- GOMES, Nuno de Sá. «A criminalização das infracções tributárias». *Ciência e Técnica Fiscal*, n. º 392, Dezembro de 1998.
- . *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*. Lisboa: Rei dos Livros, 2000.
- GÓMEZ, Carlos Contreras. *Planificación Fiscal: principios, metodología y aplicaciones*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 6.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
- GUTMANN, Daniel, e Emmanuel Raingeard de la Blétière. «CC(C)TB and International Taxation». *EC Tax Review*, 2017.
- HELMINEM, Marjaana. *EU Tax Law - Direct Taxation*. Fourth Edition. Amsterdam: IBFD Publications, 2015.
- HOFMANN, Herwig CH. «General Principles of EU law and EU administrative law». Em *European Union Law*. Oxford: Oxford Press, 2014.
- HOOR, Oliver R., Keith O'Donnell, e Samantha Schemitz-Merle. «EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective». *European Taxation*, 2016.
- HURK, Hans van den, Gerben Weening, e Jasper Korving. «ECJ Rules on Dutch Exit Tax». *Intertax*, 2006.
- HURK, Prof. Dr Hans van den, e Jasper Korving. «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union». *Bulletin for International Taxation*, 2007.
- JUÁREZ, Lydia G Ogazón, e Ridha Hamzaoui. «Common Strategies against Tax Avoidance: A Global

- Overview». Em *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, editado por Madalina Cotrut, Vol. 2. IBFD Tax Research Series. Amesterdão: IBFD Publications, 2015.
- KOK, Reinout. «Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus». *EC Tax Review*, 2012.
- LANG, Michael, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer, Jeffrey Owens, e Pasquale Pistone, eds. *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Vol. 3. European and International Tax Law and Policy Series. Amesterdão: IBFD Publications, 2016.
- LAW, Shee Boon, e Marjolein Kinds. «Hybrid Instruments in the Post-BEPS era». Em *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, Vol. 2. IBFD Tax Research Series. Amesterdão: IBFD Publications, 2015.
- LUCA, Gianni de. *Diritto Tributario*. XXIII Edizione. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri - Simone, 2009.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MACHADO, Jónatas E. M., e Paulo Nogueira da Costa. *Manual de Direito Fiscal: Perspetiva Multinível*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- MAN, Fernando de, e Tiiu Albin. «Contradicting Views of Exit Taxation unde OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?» *Intertax*, 2011.
- MERKS, Paulus. «Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning». *Intertax*, 2006.
- MORAIS, Rui Duarte. *Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- MORGADO, Abilio Manuel de Almeida. «Interpretação jurídica fiscal - Interpretation of tax law». *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, Junho de 1999.
- NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 9ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- NAVARRO, Aitor, Leopoldo Parada, e Paloma Schwarz. «The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts». *EC Tax Review*, 2016.



- NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs. «A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal - art. 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária - à luz dos princípios constitucionais do Direito Fiscal.» *Fiscalidade*, n.º 3, Julho de 2008.
- ORLOV, Mykola. «The Concept of Tax Haven: a Legal Analysis». *Intertax*, 2004.
- PAIVA, Carlos. *Das Infrações Fiscais à sua Perseguição Processual*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- PALMA, Clotilde Celorico. «Planeamento Fiscal Internacional». Em *Lições de Fiscalidade*, Vol. Vol. II-Gestão e Planeamento Fiscal Internacional. Coimbra: Edições Almedina, 2015.
- PANAYI, Christiana HJI. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2015.
- PEETERS, Steven. «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool». *EC Tax Review*, 2017.
- PERRU, Katerina. «The Judicial Application of Anti-avoidance Doctrines in Greece and its Impact on International Tax Law». *Intertax*, 2006.
- PIANTAVIGNA, Paolo. «Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies». *World Tax Journal*, 2017.
- PIRES, Manuel, e Rita Calçada Pires. *Direito Fiscal*. 5ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- POPA, Oana. «Past, Present and Future of Tax Structuring Using Hybrid Entity Mismatches». Em *International Tax Structures in the BEPS ERA: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, Vol. 2. IBFD Tax Research Series. Amesterdão: IBFD Publications, 2015.
- RIBEIRO, João Sérgio. *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*. Coimbra: Edições Almedina, 2018.
- . *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*. 3ª Edição. Braga: ELSA UMINHO, 2017.
- . «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saída». Em *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

———. *Tributação Presuntiva do Rendimento*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

RIBES, Aurora Ribes. «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors». *Intertax*, 2012.

RICHARDSON, Mirugia. «Fighting Tax Fraud and Tax Evasion in the EU: The 2012 Action Plan». *EC Tax Review*, 2015.

RIGAUT, Aloys. «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons». *European Taxation*, 2016.

ROCHA, Joaquim Freitas da. «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal». Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012.

ROCHA, Sergio André. «Countries' Agressive Tax Treaty Planning: Brazil's Case». *Intertax*, 2016.

RONFELDT, Thomas. «Tax Havens and Tax Shelters - A Legal View on the Cross-Border Intermediate Holding Companies within the EU». *Intertax*, 2015.

———. «Tax Havens and Tax Shelters: Volume 2 - The Hidden Money». *Intertax*, 2015.

SANCHES, J. L. Saldanha. *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SANTIAGO, Bruno, e António Queiroz Martins. «Recent ECJ Judgment Regarding Portuguese Exit Tax Provisions». *International Transfer Pricing Journal*, 2013.

SANTOS, António Carlos dos. «Planeamento fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu labirinto». *Fiscalidade*, n.º 38, Junho de 2009.

SCHNEEWEISS, Hermann. «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies». *Intertax*, 2009.

SENDETSKA, Olga. «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?». *EC Tax Review*, 2014.

SILVA, Diana Isabel Fernandes da. «Impostos de Saída: Fundamento e Limites». Universidade do Minho,

2013.

TELL, Michael. «Exit Taxation within the European Union/European Economic Area - After Commission v. Denmark (C-261/11)». *European Taxation*, 2014.

TERRA, Ben J. M., e Peter J. Wattel. *European Tax Law*. 5th Edition. Kluwer Law International, 2008.

TESAURO, Francesco. *Compendio di Diritto Tributario*. 6ª. Torino: UTET Giuridica, 2016.

———. *Istituzioni di Diritto Tributario, I - Parte Generale*. 9ª. Vol. 1. Torino: UTET Giuridica, 2009.

THIEL, Servaas van. *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*. Vol. 3. Doctoral Series. Amesterdão: IBFD Publications, 2002.

THOEMMES, Otmar. «French Exit Taxation for Individuals Violates EC Treaty». *Intertax*, 2004.

THÖMMES, Prof. Dr Otmar, e Dr Alexander Linn. «Deferment of Exit Taxes after Nation Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?» *Intertax*, 2012.

VASQUEZ, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

VERMEULEN, Hein. «Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD». Em *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU a Comprehensive Study*. Amesterdão: IBFD Publications, 2018.

WATTEL, Peter J., e Otto Marres. «Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties». *European Taxation*, 2003.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

———. *Direito Tributário Internacional*. Reimpressão da 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2017.

ZERNOVA, Daria. «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market». *Intertax*, 2009.

ZUIJDENDORP, Bert. «The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered». *EC Tax Review*, 2007.

## **JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

Tribunal de Justiça da União Europeia. A.T., Processo C-285/07 (2008).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Cartesio, Processo C-210/06 (2008).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Centros, Processo C-212/97 (1999).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Commission v. Denmark, Processo C-261/11 (2013).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Commission v. Portugal, Processo C-38/10 (2012).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Daily Mail, Processo C-81/87 (1988).

Tribunal de Justiça da União Europeia. DMC, Processo C-164/12 (2014).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Emsland Stärke, Processo C-110/99 (2000).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker, Processo C-279/93 (1995).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Foggia, Processo C-126/10 (2011).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Halifax, Processo C-255/02 (2006).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Hughes Lasteyrie du Saillant, Processo C-9/02 (2004).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Inspire Art, Processo C-167/01 (2003).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Kofoed, Processo C-321/05 (2007).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Lankhorst-Hohorst, Processo C-324/00 (2000).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Leur-Bloem, Processo C-28-95 (1997).

Tribunal de Justiça da União Europeia. N, Processo C-470/04 (2006).

Tribunal de Justiça da União Europeia. National Grid Indus, Processo C-371/10 (2011).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Überseering, Processo C-208/00 (2002).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Verder LabTec, Processo C-657/13 (2015).

Tribunal de Justiça da União Europeia. Wächtler, Processo C-581/17 (2019).

Tribunal de Justiça da União Europeia. X e Y, Processo C-436/00 (2002).

### **LEGISLAÇÃO, COMUNICAÇÕES E DOCUMENTOS**

Comissão Europeia. «C (2016) 271 final - Recomendação da Comissão relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais», 2016.

Comissão Europeia. «COM(2011) 121 final/2 - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)», 2011.

Comissão Europeia. «COM(2011) 681 final - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período 2011-2014.», 2011.

Comissão Europeia. «COM(2016) 24 final - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva», 2016.

Comissão Europeia. «COM(2016) 25 final - Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2016/16/UE no que respeita à troca de informações obrigatória no domínio da fiscalidade», 2016.

Comissão Europeia. «COM(2016) 683 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)», 2016.

Comissão Europeia. «COM(2016) 685 final - Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma

matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades», 2016.

DG Taxud. «Note on the Application of the "Minimum Level of Protection», 2016.

Diretiva 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 (2010).

Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade (2016).

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (2016).

Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros (2016)

OCDE. «Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros», 2014.

OECD. «Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue», 1998.

———. «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance», 2015.

———. «OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Explanatory Statement», 2015.