



**RAMOS, SUSANA, “A fraude e o abuso fiscal no Acórdão Egiom e Enka do TJUE e as evoluções recentes no combate às práticas abusivas: Um Malleus Maleficarum para o planeamento fiscal? – O exemplo português”.**

**Resumo:** O presente trabalho desenvolver-se-á em três capítulos, todos eles ordenados em torno dos conceitos de fraude e abuso fiscal. No primeiro, faremos a introdução ao tema através do enquadramento fáctico-jurídico do litígio em discussão no Acórdão Egiom e Enka<sup>1</sup> e de uma breve análise da evolução dos conceitos de fraude e abuso fiscal no âmbito do regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes. O segundo capítulo será dedicado ao exame da interpretação dos preditos conceitos na decisão objeto de estudo, procedendo-se à análise crítica do acervo jurisprudencial. Por fim, no terceiro capítulo analisaremos a passagem do dualismo fraude-abuso (patente no Acórdão Egiom e Enka) para a tríade fraude-evasão-práticas abusivas, em decurso da proclamação de uma norma antiabuso no regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes. Considerando que a modificação do regime europeu obrigou à alteração ao Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas (CIRC), pretendemos também apurar se as disposições de direito interno nesta matéria são compatíveis com aquelas que são consagradas pelo legislador do Direito da União Europeia e conformes ao entendimento do TJUE.

## **1. Enquadramento fáctico-jurídico do Acórdão Egiom e Enka**

### **1.1. O objeto do litígio**

No Acórdão Egiom e Enka, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi chamado a pronunciar-se acerca de um litígio em matéria de aplicação do regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, que opôs *Egiom SAS* e *Enka SA* ao *Ministre des Finances et des comptes publics*.

Com este trabalho propomo-nos a apreciar especialmente a problemática relacionada com a tensão perpetrada pela Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas<sup>2</sup> entre, por um lado, o interesse na harmonização jurídica positiva, concretizada através da estatuição de um conjunto de regras comuns em matéria de tributação direta das sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes e, por outro lado, o poder ou faculdade concedida aos Estados-Membros de adotarem as disposições internas que entendam por necessárias para evitar fraudes e abusos.

---

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 7 de Setembro de 2017, processo n.º C-6/16, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>

<sup>2</sup> À data dos factos levados ao conhecimento do TJUE encontrava-se em vigor a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, pelo que, o enquadramento jurídico da questão em discussão assenta na análise deste instrumento. Sem prejuízo, far-se-á adiante uma conveniente menção à evolução das disposições europeias sobre esta matéria.

Atendendo ao teor do artigo 1.º n.º 2 da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990<sup>3</sup>, afigura-se paradoxal que este instrumento de harmonização positiva venha expressamente consagrar a possibilidade de os Estados-Membros se esquivarem à aplicação das regras positivadas pelo Direito da União Europeia com base em razões de combate à fraude e abusos fiscais, sem ser definido ou de algum modo limitado o alcance da aplicação destes conceitos.

No caso em análise, precisamente amparado por tal poder, o legislador francês consagrou uma disposição que excluía automaticamente a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe era controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados fora da União Europeia.

Questionava-se, por isso, se a disposição francesa contrariava o traço fundamental e estruturante deste regime fiscal comum de génese europeia, aplicável no âmbito destas organizações empresariais e que impunha a obrigação de os Estados-Membros isentarem de tributação os lucros distribuídos pelas sociedades afiliadas, residentes no seu território, a sociedades de outros Estados-Membros, porquanto, no caso em concreto, a República Francesa optou por tributar os dividendos que eram pagos por uma sociedade afiliada residente no seu território a uma sociedade sediada noutro Estado-Membro que era controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados não pertencentes à União Europeia, a não ser que fosse demonstrado que a cadeia de participações não tinha como objetivo principal ou um dos objetivos principais beneficiar da vantagem de isenção de tributação.

## **1.2. O regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes**

O regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes constitui um instrumento de harmonização jurídica positiva<sup>4</sup> que surgiu com a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990.

A criação do regime desponta do reconhecimento da importância dos agrupamentos de sociedades para a criação de um mercado interno e para o estabelecimento e bom funcionamento do mesmo e tem como objetivo eliminar as restrições, desvantagens ou distorções que dificultem

---

<sup>3</sup> Publicada no *Jornal Oficial* n.º L 225 de 20/08/1990.

<sup>4</sup> Sobre a tarefa de harmonização fiscal no seio europeu, vide NABAIS, José Casalta – *Direito Fiscal*. 10.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 181 a 185.



a atuação e o desenvolvimento de operações por estes agrupamentos, permitindo que estes aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional<sup>5</sup>.

De maneira a garantir o tratamento igualitário entre o regime aplicável às relações estabelecidas entre sociedades-mães e sociedades afiliadas do mesmo Estado-Membro e àquelas firmadas entre sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, o legislador europeu estabeleceu a regra de que os Estados-Membros de residência de sociedades-mãe que recebem lucros de sociedades afiliadas, residentes noutros Estados-Membros, devem abster-se de tributar tais lucros ou, optando pela tributação, devem autorizar a sociedade-mãe a deduzir do montante do imposto a pagar o valor de imposto pago pela sociedade afiliada, correspondente a tais lucros. Ademais, devem estar isentos de retenção na fonte no Estado-Membro de residência da sociedade afiliada os lucros por esta distribuídos à sociedade-mãe.

Esta imposição visa a instituição de um regime de neutralidade fiscal e assim evitar que fenómenos de dupla tributação ocorram e que as normas fiscais sejam razão de desincentivo à criação de grupos de sociedades, enquanto manifestação do direito à liberdade de gestão e organização empresarial.

A Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas foi objeto de diversas alterações, sendo a mais relevante, para os efeitos do presente trabalho, a ocorrida em 2015 com a Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015<sup>6</sup> e que vem consagrar, pela primeira vez neste âmbito, uma norma mínima comum contra práticas abusivas.

Em virtude de tal alteração, passa a estar expressamente consagrado que os Estados-Membros não podem conceder os benefícios decorrentes da aplicação da Diretiva a situações de montagens não genuínas tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes<sup>7</sup>, ou seja, a organizações empresariais em grupos de sociedades cuja finalidade principal ou uma das finalidades principais seja a de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da diretiva<sup>8</sup> e não encerre razões comerciais válidas.

Creemos ser incompreensível que o legislador europeu tenha alcançado a necessidade de concretizar o conceito (indeterminado) de “montagem não genuína” mas, ao fazê-lo, não se tenha precavido e protegido devidamente contra dificuldades interpretativas da noção adotada. Na verdade, parece-nos que, sem razões aparentes e desnecessariamente, a noção de montagem não genuína foi construída ancorada num outro conceito indeterminado – o conceito de razões comerciais válidas – o que leva a que não terminem aqui as dificuldades de interpretação e aplicação das normas de matriz europeia.

---

<sup>5</sup> Neste sentido, atente-se no texto do primeiro considerando da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990.

<sup>6</sup> Publicada no *Jornal Oficial* n.º L 21/1 de 28/01/2015.

<sup>7</sup> Artigo 1.º n.º 3 da Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015.

<sup>8</sup> Artigo 1.º n.º 2 da Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015.

Apesar da novidade na introdução desta norma mínima, o legislador optou por manter a faculdade de os Estados-Membros aplicarem disposições internas destinadas a prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.

Fica a sensação de que a norma mínima é tão “mínima” que não é sequer suficiente para abandonar-se - com segurança - a disposição que permite o afastamento das disposições da Diretiva e que tantos litígios tem gerado junto do TJUE...

Para além disso, a norma não vai mais além daquilo que já vinha sendo consagrado na jurisprudência do TJUE em matéria de densificação dos conceitos de fraude e abuso fiscal, carecendo de originalidade e inovação.

## 2. Os conceitos de fraude e abuso (fiscal) no Acórdão Egiom e Enka

### 2.1. Análise prévia

Na apreciação deste litígio, o TJUE serve-se dos conceitos de “fraude e de abuso”<sup>9</sup>, num primeiro momento, como situação objetiva que consubstancia uma válvula de escape à aplicação das disposições da Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas e, num segundo momento, enquanto situação objetiva que serve de fundamento à restrição das liberdades fundamentais, *in casu*, a liberdade de estabelecimento.

Não obstante o diferente tratamento e a análise em dois pontos separados, o TJUE equipara, em termos de carga valorativa, o objetivo de luta contra a fraude e a evasão fiscais – enquanto justificação à restrição de liberdades fundamentais - ao objetivo de evitação de condutas fraudulentas e abusivas consagrado na Diretiva<sup>10</sup>.

A este respeito, defende uma aplicação restritiva do artigo 1.º n.º 2, no sentido em que apenas poderá ser afastada a aplicação das regras da Diretiva nos casos em que as medidas previstas pelos Estados-Membros sejam necessárias para evitar situações de fraude e abusos. Assim, entende que, muito embora os Estados-Membros gozem da possibilidade de adoção de medidas destinadas a evitar situações de fraude e abuso, pode resultar que da sua aplicação resultem práticas discriminatórias ou restritivas das liberdades fundamentais<sup>11</sup>, pelo que, a

---

<sup>9</sup> Como veremos adiante, é nosso entendimento que o Acórdão em análise subsume os conceitos de fraude e abuso fiscal a uma só definição como se de uma só realidade se tratassem. Não obstante não perfilharmos de tal entendimento e apesar da confusão concetual que nos parece que esta decisão do TJUE difunde, para efeitos deste trabalho, de momento, utilizaremos os conceitos tal como referidos pelo Tribunal.

<sup>10</sup> Neste sentido, veja-se o § 64 do Acórdão.

<sup>11</sup> Vide NOGUEIRA, José Félix Pinto – *Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*. 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 419.

utilização desta norma deve ser limitada aos casos de “necessidade”, obviando – segundo parece – ao uso incontrolado desta disposição.

## 2.2. O critério da artificialidade

Na aceção do TJUE, no Acórdão em análise, constituirão fraude e abuso os comportamentos que visem criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.<sup>12</sup>

Os conceitos de fraude e abuso fiscal, tal como construídos no acervo, serão compostos por dois elementos: um elemento subjetivo, enquanto ato da vontade que visa a criação de expedientes puramente artificiais e com o objetivo de obter indevidamente uma vantagem fiscal, isto é, de “obter um benefício puramente fiscal sem qualquer relação com a realidade económica”<sup>13</sup> e por um elemento objetivo, enquanto ato ou procedimento ou conjunto de atos ou procedimentos, de caráter concreto e puramente artificial, que foram concebidos com a finalidade de obtenção de vantagem fiscal indevida.

Estas noções giram, então, em torno de um outro conceito indeterminado, o de expedientes puramente artificiais, cujo alcance impõe-se agora conhecer.

Da jurisprudência do TJUE, designadamente, dos Acórdãos *ICI*<sup>14</sup>, *Lankhorst-Hohorst*<sup>15</sup>, *De Lasteyrie du Saillant*<sup>16</sup>, *Marks & Spencer*<sup>17</sup> e *Cadbury Schweppes*<sup>18</sup>, decorre que os expedientes puramente artificiais constituem práticas que visam fugir à alçada das disposições de direito interno, adotadas por determinado Estado-Membro<sup>19</sup>. Tais comportamentos dizem-se puramente artificiais pois apresentam-se desprovidos de realidade económica e têm como

---

<sup>12</sup> Quando integrados no artigo 1.º n.º 2 da Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas, entende o TJUE, que os conceitos de fraude e abuso deverão ser interpretados no sentido de (proibição do) abuso de direito, na medida em que, impõem a regra de que “ninguém deve beneficiar abusiva ou fraudulentamente dos direitos decorrentes do sistema jurídico da União”. Sem prejuízo, defende que este princípio deverá ser objeto de uma interpretação restritiva por consubstanciar uma derrogação às regras fiscais de matriz europeia. Por seu turno, a Advogada-geral Juliane Kokott vai mais longe e entende que a obrigação de interpretação restritiva desta norma decorre do princípio da segurança jurídica. Reclama, por isso, que “caso um particular cumpra formalmente todos os requisitos para poder desfrutar de um direito, apenas em casos especiais se pode admitir que este direito seja recusado com fundamento numa objeção conexa com a existência de abusos.” *Vide* § 26 e 27 do Acórdão e § 25 das Conclusões Gerais da Advogada J. Kokott.

<sup>13</sup> § 26 das Conclusões Gerais da Advogada J. Kokott.

<sup>14</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 1998, processo n.º C-269/96, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <http://curia.europa.eu>.

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 12 de Dezembro de 2002, processo n.º C-324/00, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>16</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 11 de Março de 2004, processo n.º C-9/02, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <http://curia.europa.eu>.

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de Dezembro de 2005, processo n.º C-426/03, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>18</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de Setembro de 2006, processo n.º C-196/04, [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>19</sup> Neste sentido, § 51 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.



finalidade evitar – total ou parcialmente - o imposto que seria devido por força da aplicação das normas de direito interno.<sup>20</sup>

Haverá um expediente puramente artificial quando, pese embora o respeito formal pelos princípios do direito comunitário, não seja cumprido o objetivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento e, cumulativamente, exista a intenção de obtenção de uma vantagem fiscal.<sup>21</sup>

No caso da liberdade de estabelecimento, para que sejam plenamente cumpridos os seus desígnios, deve existir uma implantação real que tenha por objetivo a realização de atividades económicas efetivas no Estado-Membro de acolhimento<sup>22</sup>, assente em elementos objetivos e comprováveis por terceiros<sup>23</sup>.

Em sentido oposto, não haverá artificialidade se se constatar que existe uma implantação verídica, exercendo a entidade que beneficia de vantagens fiscais efetiva atividade económica no Estado-Membro que lhe concede tais proveitos.

Assim, importa verificar casuisticamente se se está perante empresas de fachada ou as comuns e simples caixas postais<sup>24</sup>, correspondentes a implantações fictícias, que não exercem qualquer atividade económica efetiva mas que têm apenas em vista a obtenção de uma vantagem fiscal<sup>25</sup>.

### 2.3. O critério da necessidade

Em sede de avaliação do critério da necessidade, *in casu*, o TJUE serve-se do teste do excesso<sup>26</sup> e estatui que encontra-se para lá do necessário a criação de uma medida fiscal como a que estava em causa no processo, que afastava a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe residente noutro Estado-Membro, quando essa sociedade-mãe era controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados fora da União Europeia, não sendo a Administração Fiscal obrigada a fornecer nem mesmo uma prova perfunctória ou indícios de fraude ou evasão<sup>27</sup>.

Defende assim que não se encontra cumprido o critério de necessidade imposto pela Diretiva, afastando a possibilidade do recurso a critérios gerais predeterminados na tarefa de análise da operação concretamente em causa e da sua eventual artificialidade.

---

<sup>20</sup> § 55 do Acórdão *Cadbury Schweppes*

<sup>21</sup> Neste sentido, § 64 do Acórdão *Cadbury Schweppes* e NOGUEIRA, José Félix Pinto, op. cit., cit., p. 423.

<sup>22</sup> § 66 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

<sup>23</sup> § 67 do Acórdão *Cadbury Schweppes*.

<sup>24</sup> § 68 do Acórdão *Cadbury Schweppes* e NOGUEIRA, José Félix Pinto, op. cit., p. 423.

<sup>25</sup> Ainda sobre o Acórdão *vide*, RIBEIRO, João Sérgio – *Direito Fiscal da União Europeia: tributação direta*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 84.

<sup>26</sup> Para mais desenvolvimentos acerca da aplicação pelo TJUE dos mecanismos de controlo de proporcionalidade e, em concreto, dos modelos de estruturação do critério da necessidade, *vide* NOGUEIRA, José Félix Pinto, ob. cit., p. 300 e seguintes.

<sup>27</sup> § 32 do Acórdão.

## 2.4. Crítica

A principal crítica que, segundo cremos, deve ser apontada à decisão do TJUE no caso *Eqiom e Enka* prende-se com a estatuição de uma única definição para os conceitos de fraude e abuso<sup>28</sup>, que os reconduz a uma mesma realidade, ou seja, à ideia de criação de expedientes puramente artificiais ou montagens não genuínas, desprovidas de realidade económica e que visam a obtenção indevida de vantagens fiscais.

Os conceitos de fraude e abuso não são nem podem ser sinónimos.

Partindo do conceito de planeamento fiscal, veja-se que este corresponde ao 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>29</sup>. No planeamento fiscal a conduta do sujeito passivo está enquadrada num quadro de licitude e, por isso, é conforme ao ordenamento jurídico.

Fora deste limiar encontram-se as situações de evasão e fraude fiscal, unidas pelo facto de configurarem comportamentos ilícitos, mas apartadas de acordo com o critério do grau de ilicitude ou da carga valorativa negativa subjacente<sup>30</sup> - nas situações de fraude fiscal é elevado o grau de ilicitude, enquanto nas situações de evasão fiscal o grau de ilicitude é moderado<sup>31</sup>.

Considerando estas (breves) noções de planeamento, fraude e evasão fiscal e fazendo a comparação entre a legislação de génese europeia e a decisão do TJUE no caso em análise é possível retirar-se algumas conclusões.

Desde logo, parecem ficar excluídas as condutas *intra legem* porque se falamos de fraude e abuso não podemos incluir o planeamento fiscal.

Por exclusão de partes, parece que também poder-se-á reconduzir o “abuso” referido pelo TJUE à evasão fiscal. Neste âmbito, é igualmente criticável que o TJUE entenda que as situações de abuso (evasão) constituem um abuso de direito quando, na realidade, correspondem antes a um abuso de forma jurídica<sup>32</sup>.

No nosso entendimento, o TJUE não cumpre nos termos devidos com a sua tarefa de harmonização negativa ao interpretar a fraude e o abuso fiscal de modo igual e por não distingui-los do planeamento fiscal. Por conseguinte, face à indefinição provocada por esta miscelânea de

---

<sup>28</sup> É certo que, pode-se dizer que a confusão de conceitos emana, num primeiro momento, do teor das disposições da Diretiva, no entanto, entendemos que competia ao TJUE clarificar devidamente os conceitos, atribuindo-lhes o alcance devido, cumprindo desta forma o seu propósito enquanto instrumento de harmonização negativa.

<sup>29</sup> ROCHA, Joaquim Freitas - *Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal*. [em linha] [Consult. 08-05-2018], disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt>, p. 7.

<sup>30</sup> Idem p. 11.

<sup>31</sup> Idem, p. 12.

<sup>32</sup> Idem, cit., p. 13.



conceitos, cremos que existirá o risco do alargamento das medidas de combate à evasão e fraude fiscal a comportamentos idóneos e pautados pela legalidade.

Esta nossa preocupação prende-se ainda com o facto de não estarmos perante uma matéria decisória em que o TJUE é constante e pacífico.<sup>33</sup>

Assim, conjugando a indefinição de conceitos e a oscilação interpretativa no que concerne aos fundamentos para a limitação das liberdades fundamentais, parece-nos ser possível, à luz do regime em vigor, a adoção pelo TJUE de soluções jurídicas distintas daquela que constante no Acórdão *Eqiom e Enka*, antevendo-se potenciais ataques injustificados (mas aceites pelo Tribunal de Justiça) a atos de mero planeamento.

### **3. A (nova) norma antiabuso: consequências e compatibilização do direito interno**

#### **3.1. A introdução da norma antiabuso**

Como referido acima, a Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015<sup>34</sup>, que altera a Diretiva 2011/96/UE veio consagrar, pela primeira vez no âmbito regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas, uma norma antiabuso (ou norma mínima comum contra práticas abusivas como assim designa a Diretiva).

Para além do que já foi dito anteriormente, verifica-se que na nova formulação, o legislador abandona o dualismo fraude-abuso e passa a referir-se à evasão fiscal, fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal como fundamento à derrogação das disposições da Diretiva.

Ainda que seja de louvar a introdução do conceito de evasão fiscal, temos dúvidas quanto à interpretação que restará para as “práticas abusivas em matéria fiscal”.

Tal formulação, assente na tríade fraude-evasão-práticas abusivas, ao não estabelecer uma concreta definição dos comportamentos que podem ser incluídos no âmbito das práticas abusivas abre portas à permissibilidade da “caça às bruxas” e da persecução injustificada de comportamentos pautados pela legalidade. Se atrás referíamos que, por força da confusão conceptual do TJUE no que toca à definição de fraude e evasão/abuso, existe o risco do alargamento das medidas de combate à evasão e fraude fiscal a comportamentos de mero planeamento, com esta alteração parece-nos que o perigo é cada vez mais iminente.

Assim, permite-se que os Estados-Membros prescrevam medidas internas restritivas que, pese embora não possam ser enquadradas no âmbito da fraude ou da evasão, sejam “encaixadas”

<sup>33</sup> Neste sentido, cfr. SANCHES, J. L. Saldanha – *Justiça Fiscal*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p.57.

<sup>34</sup> Publicada no *Jornal Oficial* n.º L 21/1 de 28/01/2015.



nas práticas abusivas<sup>35</sup>, desde que encontrada uma justificação - válida para o TJUE - para a restrição da liberdade fundamental concretamente em causa<sup>36</sup>.

### 3.2. Compatibilização do direito interno

No plano interno, com a Lei n.º 5/2016 de 29 de fevereiro o legislador alterou o CIRC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, nos artigos os artigos 14.º e 51.º, de maneira a assim transpor a Diretiva 2015/121/UE, do Conselho, de 27 de janeiro de 2015 passando a aí consagrar uma norma especial antiabuso cujo teor é praticamente igual ao da norma mínima comum prevista na Diretiva 2015/121/UE, do Conselho, de 27 de janeiro de 2015. Uma vez que estamos perante uma transposição em termos praticamente exatos (salvo pontuais alterações na terminologia) valerão também aqui as críticas acima apontadas à norma antiabuso de matriz europeia.

Não obstante, cremos ser relevante notar que, a par da consagração desta norma antiabuso, o legislador português impõe um conjunto apertado de requisitos à isenção de tributação que, segundo cremos, serão também de instrumentos de combate às práticas abusivas.

A este respeito, fazendo a comparação entre os requisitos impostos pela Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas e as exigências dos artigos 14.º n.º 3 e 51.º do CIRC verifica-se que o regime interno é inclusivamente mais exigente do que o europeu. Atentando-se nas disposições internas, verifica-se que, o legislador optou por fixar um período mínimo de detenção das participações de um ano (requisito que a Diretiva estatui como sendo meramente facultativo); por excluir as sociedades tributadas segundo um regime como o de transparência fiscal; ou por excluir da isenção de tributação lucros distribuídos por entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável.

No que respeita à exclusão de sociedades tributadas segundo um regime como o de transparência fiscal, parece-nos que a solução adotada internamente será adequada considerando que estas entidades não são tributadas em sede de IRC, havendo concordância com o prescrito no artigo 2.º alínea a) subalínea iii) da Diretiva.

Diferentes são as questões da exigência de um período mínimo de detenção das participações e da exclusão da isenção de tributação dos lucros consoante o local da residência ou domicílio da entidade distribuidora.

---

<sup>35</sup> O Considerando n.º 9 da Diretiva é perentório ao afirmar que este instrumento não deverá afetar de forma alguma a capacidade dos Estados-Membros para aplicarem disposições nacionais ou convencionais destinadas a prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.

<sup>36</sup> Reitera-se aqui o que se disse sobre a oscilação decisória do TJUE no que respeita aos fundamentos para a restrição das liberdades fundamentais. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, *vide*, CUNHA, Patrícia Noiret - *A Tributação Directa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2006, pp. 179 e ss.



Recorde-se que, no seguimento da jurisprudência do TJUE e, em especial, do Acórdão *Eqiom e Enka*, a faculdade de os Estados-Membros adotarem medidas internas tendo em vista o combate à fraude e abuso fiscal, tal como consagrada no artigo 1.º n.º 4 da Diretiva (com a redação de 2015), deve ser interpretada restritivamente, impondo-se o respeito pelo critério da necessidade enquanto expressão do princípio da proporcionalidade.

O Tribunal de Justiça rejeitou ainda a possibilidade de, servindo-se de critérios gerais e predeterminados, as autoridades de um Estado-Membro excluírem automaticamente da vantagem fiscal certas categorias de contribuintes, sem qualquer ónus para a Administração Fiscal de demonstração da existência ou de indícios de existência de fraude ou evasão. Seguindo tal fito, parece-nos que não se pode, sem mais, concluir que a distribuição de lucros por parte de uma sociedade afiliada a uma sociedade-mãe quando a segunda detém uma participação na primeira há menos de um ano implique direta e invariavelmente a existência de um expediente puramente artificial desprovido de realidade económica. Do mesmo modo, o simples facto de determinada entidade deter uma participação numa outra situada em território com um regime fiscal claramente mais favorável não importa obrigatoriamente a existência de atuações ilícitas e desconformes o ordenamento jurídico, podendo existir razões materiais e económicas válidas para que tal aconteça.

Segundo cremos, ataca-se desmesuradamente o que deveria ser inatacável. Por conseguinte, surgem-nos dúvidas quanto à constitucionalidade destas normas por colocarem em crise os princípios da autonomia da vontade e da proporcionalidade<sup>37</sup> e, no plano europeu, o critério da necessidade<sup>38</sup>.

## Conclusões

Partindo das questões suscitadas inicialmente, cumpre agora fazer uma sinopse do caminho até aqui percorrido:

- I. É patente a miscelânea etimológica promovida *ab initio* pela Diretiva sociedades-mãe e a sociedades afiliadas e que vem sendo seguida, ao longo dos tempos, pela jurisprudência do TJUE.
- II. Há uma clara confusão de conceitos, não sendo deslindado nos instrumentos de harmonização - positiva e negativa - os conceitos de fraude, evasão e planeamento fiscal.

---

<sup>37</sup> Neste sentido, *vide*, ROCHA, Joaquim Freitas da, ob. cit., p. 14.

<sup>38</sup> Com interesse para esta matéria, veja-se o Acórdão Amorim Energia - Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 18 de Junho de 2012, processo nº C-38/11, [em linha] [Consult. 14-05-2018], disponível em: <http://curia.europa.eu>



- III. Aliado a esta realidade, o recurso excessivo a conceitos indeterminados não vem, no nosso entendimento, colocar um término nos litígios relativos à adoção pelos Estados-Membros de medidas internas de combate às práticas abusivas.
- IV. A insuficiência dos instrumentos emanados pelo Direito da União Europeia pode conduzir a um aproveitamento por parte dos Estados-Membros, que deles se podem servir como um manual de “caça às bruxas”, sendo as “bruxas” o planeamento fiscal.
- V. Cremos, por isso, estar potenciado o risco de perseguição injustificada de condutas *intra legem*.
- VI. Reflexo de tal realidade é a adoção, no plano do direito português, de um regime de isenção de tributação dos lucros distribuídos no âmbito das relações entre sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes mais severo do que a Diretiva que regula esta matéria e do que a jurisprudência firmada no Acórdão *Eqiom e Enka*.
- VII. Entendemos que o regime em causa estará ferido de inconstitucionalidade por violação dos princípios autonomia da vontade e da proporcionalidade ou da proibição do excesso e, no plano europeu, o critério da necessidade, utilizado, como vimos, no Acórdão *Eqiom e Enka*.
- VIII. Atendendo às oscilações jurisprudenciais nesta matéria, admitimos a possibilidade de, no futuro, o TJUE decidir em termos distintos. Veremos.