



SARAIVA, Diana, “Os mecanismos previstos na Diretiva 90/435/CEE destinados a evitar a dupla tributação: comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 7 de setembro de 2017, processo C-6/16”¹.

Resumo: no presente trabalho, iremos analisar os mecanismos previstos na Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990² destinados a evitar a dupla tributação, bem como a compatibilidade das normas de Direito interno francesas com as disposições daquele instrumento legislativo, analisando, para o efeito, o acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2017, processo C-6/16.

QUESTÃO SUSCITADA PERANTE O TJUE

1. O acórdão ora em análise diz respeito à questão de saber em que circunstâncias um Estado-Membro da União Europeia (UE) pode recusar, por motivos relacionados com o combate à fraude, à evasão e aos abusos fiscais, a aplicação da isenção de retenção na fonte prevista no artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, a qual, em regra, deve ser concedida ao pagamento de dividendos de uma sociedade afiliada residente à sua sociedade-mãe não residente.

2. A questão foi suscitada atendendo ao conteúdo do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do *Code Général des Impôts* (CGI) francês, que prevê que a isenção de retenção na fonte não se aplica quando o beneficiário dos dividendos distribuídos for uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes em Estados que não são membros da UE, salvo se esta pessoa coletiva justificar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal, ou como um dos seus objetivos principais, beneficiar da isenção.

¹ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-6/16&language=PT> e consultado pela última vez no dia 29 de agosto de 2018.

² A seguir, Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas.

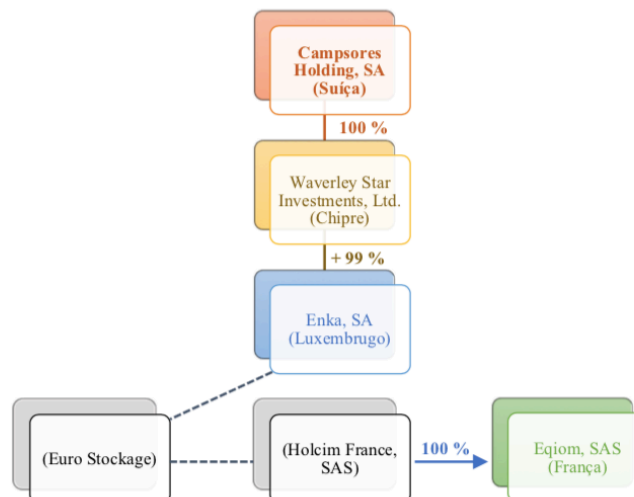
A este propósito, importa referir que, atualmente, vigora a versão consolidada, introduzida pela Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011.

3. Em aplicação da disposição controvertida (ou seja, do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI), as autoridades fiscais francesas recusaram a isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos por uma sociedade com sede em França à sua sociedade-mãe luxemburguesa. Esta empresa era, por sua vez, controlada indiretamente por uma sociedade com sede na Suíça (Estado não-membro da UE), não tendo sido apresentada a prova, necessária à luz da disposição francesa, de que a estrutura de participações não tinha como motivação a obtenção de uma poupança fiscal.

4. Posto isto, é colocada em causa a conformidade da disposição controvertida com a Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas – designadamente, com os seus artigos 1.º, n.º 2 e 5.º, n.º 1 –, bem como com o disposto nos artigos 49.º e 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que estabelecem, respetivamente, a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais.

ARGUMENTOS APRESENTADOS PELAS PARTES

5. A *Eqiom, SAS* (anterior *Holcim France, SAS*, que sucedeu na posição jurídica da *Euro Stockage*, ambas com sede em França), sociedade de Direito francês, é afiliada da *Enka, SA*, com sede no Luxemburgo, a qual detém 100 % das suas participações sociais. Por sua vez, a *Enka, SA*, é detida, em mais de 99 %, pela *Waverley Star Investments, Ltd.*, sociedade cipriota controlada pela *Campsores Holding, SA*, com sede na Suíça, conforme esquematizado abaixo:





6. Nos exercícios económicos de 2005 e de 2006, a *Euro Stockage* (antecessora jurídica da *Eqiom, SAS*) distribuiu dividendos à sua sociedade-mãe, a *Enka, SA*. No âmbito de uma ação inspetiva realizada à contabilidade da *Euro Stockage*, o fisco francês impôs-lhe a retenção na fonte prevista no artigo 119.º bis, n.º 2 do CGI. Nos termos desta disposição, os rendimentos distribuídos “*dão lugar à aplicação de uma retenção na fonte (...), quando sejam obtidos por pessoas que não têm o seu domicílio fiscal ou a sua sede em França (...)*”.

7. Considerando o circunstancialismo descrito, a *Euro Stockage* e a *Enka, SA* solicitaram o benefício da isenção de retenção na fonte previsto, no Direito interno francês, no artigo 119.º ter do CGI. Assim, para poder beneficiar da isenção de retenção na fonte, “*a pessoa coletiva deve justificar junto do devedor ou da pessoa que garante o pagamento desses rendimentos que é o beneficiário efetivo dos dividendos e que preenche as seguintes condições:*

- a) *Ter a sua sede de direção efetiva num Estado-Membro da Comunidade Europeia e não ser considerada, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade;*
- b) *Revestir uma das formas enumeradas numa lista estabelecida por decreto do Ministro encarregado da economia em conformidade com o anexo à Diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas;*
- c) *Deter diretamente, de forma ininterrupta há dois anos ou mais, pelo menos 25 % do capital da pessoa coletiva que distribui os dividendos, ou comprometer-se a conservar essa participação de forma ininterrupta durante um período de pelo menos dois anos e designar (...) um representante responsável pelo pagamento da retenção na fonte prevista no n.º 1 em caso de incumprimento desse compromisso (...);*
- d) *Estar sujeito, no Estado-Membro em que tem a sua sede de direção efetiva, ao imposto sobre as sociedades desse Estado, sem possibilidade de isenção.”*

8. A Administração Tributária francesa indeferiu o pedido formulado, baseando-se no artigo 119.º ter, n.º 3 do CGI, de acordo com o qual: a isenção de retenção na fonte “*não se aplica quando os dividendos distribuídos beneficiem uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da Comunidade*”, salvo se esta pessoa coletiva conseguir justificar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal, ou como um dos seus objetivos principais, beneficiar da isenção.



9. Face à decisão de indeferimento da Administração Tributária francesa, a *Euro Stockage* e a *Enka, SA* intentaram uma ação administrativa no *Tribunal Administratif de Montreuil*, pedindo a exoneração da retenção na fonte aplicada por aquela entidade.

10. Esta ação administrativa foi julgada improcedente, pelo que as sociedades interessadas interuseram recurso para o *Cour Administrative d'appel de Versailles*, o qual manteve a sentença do Tribunal *a quo*.

11. Posto isto, a *Euro Stockage* e a *Enka, SA* interuseram novo recurso, desta vez para o *Conseil d'État*, pondo em causa a conformidade da legislação fiscal francesa (designadamente, do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI) com o Direito primário da UE, bem como com a Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas.

12. O Conselho de Estado, nos termos do artigo 267.º do TFUE, suspendeu a instância e submeteu ao TJUE, em sede de reenvio prejudicial, as seguintes questões:

“(…) 2. *Devem as disposições do artigo 1.º, n.º 2, dessa Diretiva, que atribuem aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação para determinarem quais as “disposições necessárias para evitar fraudes e abusos”, ser interpretadas no sentido de que obstam a que um Estado-Membro adote um mecanismo destinado a excluir do benefício da isenção os dividendos distribuídos a uma pessoa coletiva, controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da União Europeia, salvo se essa pessoa coletiva demonstrar que a cadeia de participações não tem como objeto principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar da isenção?*

3. a) *No caso de a conformidade com o direito da União do mecanismo “anti-abuso” acima referido dever ser igualmente apreciada à luz das disposições do Tratado, deve esta conformidade ser examinada, atendendo ao objeto da legislação em causa, à luz das disposições do artigo 49.º TFUE, mesmo quando a sociedade beneficiária da distribuição de dividendos seja controlada, direta ou indiretamente, através de uma cadeia de participações que tenha entre os seus objetivos principais o benefício da isenção, por um ou mais residentes de Estados terceiros, os quais não podem invocar a liberdade de estabelecimento?*

b) Caso não seja dada resposta afirmativa à questão anterior, deve esta conformidade ser examinada à luz das disposições do artigo 63.º TFUE?

4) Devem as disposições acima referidas ser interpretadas no sentido de que obstam a que uma legislação nacional prive da isenção de retenção na fonte os dividendos pagos por uma sociedade de um Estado-Membro a uma sociedade sediada noutro Estado-Membro, quando o beneficiário desses dividendos seja uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da União Europeia, a menos que esta demonstre que a referida cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar da isenção?”

DECISÃO DO TJUE

13. O TJUE começou por analisar o conteúdo da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, e consignou que os Estados-Membros não podem impor, através das normas de Direito interno, medidas que restrinjam o direito à isenção de retenção na fonte previsto no artigo 5.º, n.º 1 do mesmo normativo legal. Referiu também que, à luz do artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva, aquelas medidas restritivas só são admissíveis quando sejam necessárias para evitar a fraude e os abusos fiscais.

14. No que diz respeito ao mencionado artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, na medida em que constitui uma derrogação às regras fiscais estabelecidas na Diretiva, o TJUE vai ao encontro do entendimento vertido nas conclusões da Advogada-Geral, e refere que o mesmo deve ser objeto de uma interpretação estrita. Assim, caso uma entidade cumpra formalmente todos os requisitos para poder beneficiar do direito à isenção – previsto no artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas –, apenas em casos excecionais se pode admitir que este direito seja recusado com fundamento numa objeção conexa com a existência de abusos.

15. Ora, nos termos do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI, o facto de a sociedade beneficiária dos dividendos ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoas que não residem na UE justifica a presunção de que a isenção de retenção na fonte foi reclamada abusivamente. Para ilidir

esta presunção, a entidade que pretenda beneficiar da isenção de retenção na fonte, tem que apresentar uma contra-prova, demonstrando que a cadeia de participações não visa, por meio de expedientes puramente artificiais e desprovidos de realidade económica, obter, indevidamente, uma poupança fiscal.

16. Nestes termos, o TJUE entendeu que *“o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção”*.

17. No que concerne à liberdade fundamental aplicável ao caso concreto, o TJUE entendeu que estava em causa a liberdade de estabelecimento, a qual, no que aqui nos interessa, confere aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas atividades noutro Estado da UE, não podendo essa escolha ser limitada por disposições fiscais discriminatórias³.

18. Posto isto, atente-se na redação do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI: *“O disposto no n.º 1 (ou seja, a isenção de retenção na fonte) não se aplica quando os dividendos distribuídos beneficiem uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da Comunidade, salvo se⁴ essa pessoa coletiva justificar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar das disposições do n.º 1”*. Daqui se retira que só as distribuições de lucros a sociedades não residentes é que estão sujeitas ao requisito especial da prova previsto na parte final do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI; por seu turno, os pagamentos de dividendos a sociedades residentes não estão abrangidos por essa norma. Esta circunstância torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento pelas sociedades de outros Estados-Membros, as quais poderão optar por renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial em França.

³ Cfr. os artigos 49.º e 54.º do TFUE.

⁴ Sublinhado e negrito nossos.



19. No entendimento do TJUE, uma restrição à liberdade de estabelecimento só é admissível “*se disser respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou se for justificada por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União. Nesta hipótese, é ainda necessário que a restrição seja adequada a garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e que não vá além do necessário para alcançar esse objetivo*”.

Quanto à comparabilidade objetiva, a jurisprudência do TJUE⁵ tem entendido que o critério decisivo no âmbito do pagamento de dividendos é o exercício da soberania fiscal. Assim, uma vez que o Estado francês optou por exercer a sua competência fiscal sobre os lucros distribuídos pela sociedade afiliada residente à sua sociedade-mãe não residente, há que considerar que esta sociedade-mãe não residente se encontra numa situação comparável à de uma sociedade mãe-residente.

Relativamente à justificação e à proporcionalidade da restrição à liberdade de estabelecimento, o Estado francês alega que o artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI se justifica por razões imperiosas de interesse geral, designadamente pelo combate à fraude e à evasão fiscais. Segundo jurisprudência do TJUE⁶, uma medida restritiva pode ser justificada pela razão referida, desde que diga respeito a expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, que visem a obtenção de um benefício fiscal.

No entanto, o TJUE entendeu que não é evidente que a medida francesa se dirija especificamente contra este tipo de expedientes. Isto porque, a mesma vai além do necessário para combater evasões fiscais, ao impor o ónus da prova da inexistência de abusos às sociedades que pretendem beneficiar da isenção de retenção na fonte. Pelo mero facto de a sociedade beneficiária ser controlada, direta ou indiretamente, por um não residente na UE, a norma francesa presume a existência de um abuso. Institui, assim, uma presunção geral de evasão fiscal, sem que as autoridades fiscais estejam obrigadas a fornecer indícios que demonstrem a existência dessa evasão.

20. Ora, em suma, o Tribunal entendeu o seguinte: “*O artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, (...) e o artigo 49.º TFUE, por outro, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal*

⁵ Cfr. os acórdãos do TJUE *Denkavit International e Denkavit France*, de 14 de dezembro de 2006, processo C-170/05 (pontos 34 a 36) e *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006, processo C-374/04 (ponto 68).

⁶ Cfr. os acórdãos do TJUE *Cadbury Schweppes plc. e Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*, de 12 de setembro de 2006, processo C-196/04 (ponto 55), *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de março de 2007, processo C-524/04 (ponto 74), *Jobra*, de 4 de dezembro de 2008, processo C-330/07 (ponto 35) e *SIAT*, de 5 de julho de 2012, processo C-318/10 (ponto 40).



prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa Diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção.”

APRECIÇÃO CRÍTICA E CONCLUSÕES

21. Num primeiro plano, importa referir que a Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, na versão analisada neste acórdão, já não se encontra em vigor, tendo sido alterada por diversas vezes de modo substancial, vigorando atualmente a versão consolidada, introduzida pela Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, que manteve a isenção de retenção na fonte em apreço – cfr. o seu artigo 5.º.

Por sua vez, a Diretiva 2011/96/UE foi subsequentemente alterada pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014, que teve em vista a eliminação de situações de dupla não tributação⁷, bem como pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015 que, essencialmente, introduziu a norma geral anti-abuso constante do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2.

22. Pelo que vem sido exposto, já é possível concluir que o objetivo da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas é eliminar a dupla tributação⁸ económica, a qual é

⁷ A Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, ao isentar de retenção na fonte os dividendos distribuídos pelas filiais à respetiva sociedade-mãe, suprime a dupla tributação desses rendimentos. Porém, esta isenção não pode conduzir a situações de dupla não tributação e, por conseguinte, gerar benefícios fiscais indevidos para grupos de sociedades de Estados-Membros diferentes, relativamente a grupos de sociedades do mesmo Estado-Membro. A fim de evitar estas situações, o Estado-Membro da sociedade-mãe e o Estado-Membro do seu estabelecimento estável não deverão permitir que essas sociedades beneficiem da isenção aplicada aos lucros distribuídos que receberam, na medida em que tais lucros sejam dedutíveis pela filial da sociedade-mãe.

⁸ O conceito de dupla tributação remete para uma situação de concurso de normas – cfr. XAVIER, Alberto, “*Direito Tributário Internacional*”, 2.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2017, páginas 31 e seguintes. Em termos gerais, há concurso de normas quando o mesmo facto se integra na previsão de duas ou mais normas diferentes, dando lugar à sua aplicação. Ora, no Direito Tributário, há concurso de normas (e, portanto, dupla tributação) quando o mesmo facto tributário se integra na hipótese de incidência de duas ou mais normas tribuárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto. Daqui se retira que são dois os requisitos ou os elementos do conceito de dupla tributação: a identidade do facto e a pluralidade de normas.

No que concerne à identidade do facto, importa salientar a estrutura complexa do facto tributário, o qual é constituído por uma vertente material, subjetiva, espacial e, por fim, temporal. Atendendo a esta estrutura complexa, para que se possa falar em identidade do facto, é necessária a identidade do objeto, a identidade do sujeito, a identidade do período de tributação e a identidade do imposto? Em geral, a doutrina entende que a resposta a esta questão deve ser afirmativa, porém, têm-se suscitado divergências quanto à necessidade de identidade dos sujeitos. Assim, para alguns autores, a identidade de sujeitos não é um dos elementos essenciais do conceito de dupla tributação, uma vez que, o que caracteriza a identidade do facto é o elemento material da hipótese de incidência.

Pelo contrário, a doutrina maioritária entende que, para que se possa afirmar a existência de dupla tributação, para além dos restantes elementos do facto tributário, é também indispensável a identidade do sujeito, distinguindo entre: dupla tributação jurídica, em que a mesma realidade é tributada na esfera jurídica do mesmo sujeito passivo; e, dupla tributação económica, situação que remete para a tributação da mesma realidade na esfera jurídica de dois sujeitos passivos distintos.

suscetível de ocorrer quando há distribuição transfronteiriça de dividendos. Para prosseguir este objetivo, a Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas prevê, nos seus artigos 5.º e 6.º, a isenção de retenção na fonte no Estado da afiliada, assim como a obrigação, por parte do Estado da sociedade-mãe, de eliminar a dupla tributação económica.

23. Atento o benefício de isenção de retenção na fonte, a Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas pode, por meio de instrumentos de fraude à lei, ser utilizada para atenuar a tributação, o que nos remete para os conceitos de evasão e de fraude fiscal, os quais devem ser distinguidos do planeamento fiscal. Estão em causa comportamentos de evitação, em que o sujeito passivo tem em vista o adiamento, o não pagamento ou a sujeição a uma tributação mais baixa.

Como critério distintivo entre estes três comportamentos, Joaquim Freitas da Rocha⁹ propõe o grau de ilicitude ou a carga valorativa negativa subjacente a cada um deles. Nestes termos, utiliza-se um critério operativo de ilicitude, o qual permite graduar a desconformidade de determinada conduta com o ordenamento jurídico.

Os comportamentos de planeamento fiscal, como atuações *intralegem*, visam a obtenção de uma poupança fiscal dentro dos limites legais. Assim, o grau de ilicitude é nulo, pelo que o ordenamento jurídico não prevê qualquer reação.

O conceito de planeamento fiscal é dotado de certas características que o distinguem dos comportamentos evasivos e fraudulentos. A primeira dessas características é a voluntariedade, a qual abrange as condutas positivas e negativas (ou omissivas) dos sujeitos passivos que visam a obtenção de uma poupança fiscal dentro dos limites do ordenamento jurídico. Ou seja, o contribuinte opta por celebrar um determinado negócio jurídico fiscalmente mais vantajoso¹⁰ ou deixa de o celebrar (elemento meio), de modo a que o seu comportamento não seja abrangido por qualquer norma de incidência tributária. No entanto, os atos de natureza substantiva não esgotam o conceito de planeamento fiscal, podendo também prosseguir-se o objetivo de obtenção de uma poupança fiscal através de atos de natureza adjetiva.

Porém, a característica primordial do conceito em análise é a licitude ou a conformidade da atuação do contribuinte com o sistema normativo. Posto isto, apenas os comportamentos positivos ou negativos que sejam conformes com o ordenamento jurídico, no sentido de que respeitam as suas prescrições e exigências, é que podem ser apelidados de planeamento fiscal.

Além da identidade do facto, também a pluralidade de normas integra o conceito de dupla tributação. A este propósito, a doutrina distingue a dupla tributação interna da dupla tributação internacional, consoante a mesma realidade seja tributada mais do que uma vez no âmbito do mesmo ordenamento jurídica ou de ordenamentos jurídicos diversos.

⁹ ROCHA, Joaquim Freitas da, “Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal”, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster”, Coimbra, Edições Almedina, 2012.

¹⁰ Alberto Xavier sugere mesmo a existência de uma verdadeira “teoria do negócio jurídico fiscalmente menos oneroso”.



Desta forma, atos como constituir um grupo de sociedades, com respeito pelas formalidades previstas no Código Civil e no Código das Sociedades Comerciais, e fixar as suas filiais num país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, não podem ser censurados pelo ordenamento porque apresentam um grau de ilicitude inexistente, devendo antes ser encarados como o exercício do direito à livre iniciativa económica privada.

Como já parece evidente, os comportamentos de planeamento fiscal são levados a cabo tendo em vista a obtenção de uma poupança fiscal, sendo este o elemento resultado ou fim das condutas planificadoras. E a obtenção de uma poupança fiscal obtém-se por meio da prática de atos que não estejam tipificados nas normas de incidência tributária, que tenham em vista a sujeição a uma tributação mais baixa ou que projetem, para um momento posterior, o pagamento do imposto devido. Contudo, atenta a característica da licitude subjacente ao planeamento fiscal, o fim não poderá ser reputado de abusivo.

24. Se até aqui falámos de comportamentos *intralegem*, importa agora fazer referência à primeira das atuações abusivas, a qual se consubstancia numa atuação *extralegem*, ou seja, de evasão fiscal. Em termos simplistas, o sujeito passivo serve-se de um ato válido para atingir um fim reputado de abusivo pelo ordenamento jurídico; ou seja, tendo em vista a obtenção de uma poupança fiscal, o obrigado tributário serve-se de uma forma jurídica que o legislador tipificou como apta a produzir um outro fim. Daqui se pode retirar que o contribuinte respeita a letra da lei mas viola o seu espírito, “*dando corpo a um abuso de forma jurídica com propósitos fiscais (...)*.”¹¹

Em suma, como as condutas de evasão fiscal se serve de um meio válido para obter um fim reputado de abusivo, a reação do legislador já não pode ser nula, porém, como o grau de censurabilidade é moderado, também não se justifica a sua criminalização.

25. Por fim, a fraude fiscal *lato sensu* corporiza-se num comportamento *contralegem*, já que os sujeitos passivos, atuando num quadro de ilicitude (utilizam, portanto, um meio inválido), visam a obtenção de um fim também inválido, neste caso, o afastamento, a desoneração ou o diferimento ilícito dos impostos devidos.

Os contribuintes, atenta a sua intenção fraudulenta, vão ser alvo da sanção mais gravosa do ordenamento jurídico, ou seja, as suas condutas vão ser punidas, consoante o seu grau de censurabilidade, ao nível do Direito Penal ou Contraordenacional Tributário, o que nos remete para o conceito de fraude fiscal em sentido estrito.

¹¹ ROCHA, Joaquim Freitas da, “*Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal*”, in “*Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*”, Coimbra, Edições Almedina, 2012, página 13.

26. No caso vertente, a liberdade de estabelecimento, reconhecida pelo artigo 49.º do TFUE, confere a uma sociedade constituída segundo a legislação de um Estado-Membro, que tem a sua sede social, a administração central ou o estabelecimento principal na UE, o direito de exercer a sua atividade noutros Estados dessa União por intermédio de filiais. Ora, este preceito confere expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas atividades noutro Estado-Membro, não devendo essa livre escolha ser limitada por disposições fiscais discriminatórias.

Está-se, portanto, em presença de um domínio abrangido pela autonomia da vontade, de acordo com a qual, os sujeitos privados podem configurar as relações jurídicas em que intervêm de acordo com a sua vontade, exceto nos casos em que o legislador, por razões de interesse público ou em ordem a interesses conflituantes, limita esse exercício ou o subordina à verificação de determinadas condições.

Concretizando, no domínio empresarial, a autonomia da vontade materializa-se na liberdade de gestão, a qual nos remete, ao nível da UE, para a liberdade de estabelecimento. Assim, no quadro de licitude que caracteriza as condutas de planeamento fiscal, os sujeitos passivos têm o direito de prever antecipadamente a carga fiscal e optar, de entre os meios oferecidos pelo ordenamento jurídico para prosseguir os seus objetivos, pelo que permite uma maior poupança fiscal.

Note-se que a obtenção desta poupança fiscal se afigura como um verdadeiro dever para os gerentes e administradores das sociedades comerciais¹². Estes devem, no exercício da sua função de gestão societária, empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado, assegurando a sustentabilidade da sociedade, de forma a garantir as pretensões desta, dos sócios e de terceiros.

27. De forma a não comprometer o exercício da liberdade de estabelecimento ao nível da União, o artigo 5.º da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, na sua versão consolidada, isenta de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe. Ainda no mesmo sentido, o artigo 6.º do mesmo normativo, suprime a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe.

Isto porque os agrupamentos de sociedades de Estados-Membros diferentes são aptos a criar, no espaço europeu, condições análogas às de um mercado interno e para garantir o bom funcionamento desse mercado. Posto isto, o estabelecimento, por parte de grupos de sociedades (sejam eles compostos por sociedades fixadas em Estados-Membros da UE, ou não), de filiais em

¹² Cfr., no caso português, o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.

Estados diferentes não pode, em ordem às prerrogativas de gestão empresarial, ser dificultado por restrições ou desvantagens que advenham das disposições fiscais nacionais. Contudo, importa ressaltar que a criação destes grupos societários tem sempre que ter subjacentes motivos económicos, na medida em que não pode consistir num expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica, cujo único objetivo é beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.

28. Uma das componentes da gestão empresarial é, como já vem sido dito, a liberdade de planificação fiscal, a qual permite aos operadores económicos encontrar “esquemas”¹³, num quadro de licitude, que se traduzam na maximização de resultados, por via, do que aqui nos interessa, de uma poupança em matéria de impostos. Tendo por base estas coordenadas fundamentais, bem como as liberdades que são garantidas ao nível na UE, em especial, a liberdade de estabelecimento, não é admissível que a norma controvertida no acórdão¹⁴ não conceda a isenção de retenção na fonte a dividendos distribuídos por uma sociedade de um Estado-Membro a uma sociedade sediada noutro Estado-Membro, quando esta sociedade beneficiária seja controlada, direta ou indiretamente, por acionistas de um Estado terceiro em relação à UE.

A Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, na versão consolidada, isenta de retenção na fonte os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe, ao mesmo tempo que concede este benefício à sociedade-mãe que recebe lucros da sua afiliada, pretendendo, com isto, eliminar situações de dupla tributação e incentivar a constituição de grupos de sociedades, de forma possibilitar a criação, na UE, de condições análogas às de um mercado interno. No entanto, este normativo legal não exclui a concessão da isenção de retenção na fonte quando a sociedade beneficiária seja controlada, por qualquer forma, por entidades estabelecidas num Estado terceiro em relação à UE.

29. O artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, na sua versão em vigor à data dos factos, previa que os Estados-Membros podiam servir-se das normas nacionais ou convencionais necessárias para evitar a utilização, fraudulenta e abusiva, de esquemas que tivessem como único objetivo o aproveitamento do benefício de retenção na fonte previsto no então artigo 5.º, n.º 1. Com base naquele preceito, o Estado francês, por meio do artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI, excluía a isenção de retenção na fonte quando o beneficiário dos dividendos

¹³ Frequentemente, a palavra “esquemas” é conotada com atuações fraudulentas que visam a obtenção de uma poupança fiscal num quadro de ilicitude. Porém, como decorre do texto, não é esse o sentido que se adota aqui, remetendo-se, antes, para a planificação das atuações dos sujeitos jurídicos privados que, num quadro de licitude, ou seja, dentro das possibilidades fornecidas pelo ordenamento jurídico, visam a maximização dos resultados empresariais, designadamente por via de uma poupança ao nível do pagamento de impostos.

¹⁴ Relembre-se, o artigo 119.º, *ter*, n.º 3 do CGI francês.

distribuídos fosse uma pessoa coletiva controlada, de forma direta ou indireta, por entidades residentes em Estados terceiros face à UE, exceto se os interessados conseguissem provar que a cadeia de participações não tinha em vista, como um dos seus objetivos principais, beneficiar da isenção.

Neste contexto, o artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva sociedades-mães/sociedades-afiliadas, então em vigor, como norma excecional, só pode aceitar as restrições decorrentes de uma legislação nacional que vise evitar comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar indevidamente, através de atuações que configurem abuso do direito, de uma vantagem fiscal.

O artigo 119.º *ter*, n.º 3 do CGI não reúne estes requisitos, uma vez que o facto de a sociedade beneficiária dos dividendos ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoas que não residem na UE, não é suficiente para presumir que a isenção de retenção na fonte foi reclamada abusivamente. Posto isto, este preceito do CGI francês não visa excluir do benefício de isenção de retenção na fonte os expedientes puramente artificiais cujo fim é beneficiar indevidamente dessa vantagem. Pelo contrário, exclui a isenção de retenção na fonte em todas as situações em que a sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por residentes de Estados terceiros. Esta circunstância não evidencia a existência de um expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica, criado unicamente com o objetivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.

30. Assim, o poder de arrecadação de receita tributária por parte do Estado pode ser limitado em virtude de condutas planificadoras adotadas pelos entes privados no exercício da livre iniciativa económica. Porém, atento o interesse público subjacente à arrecadação de receitas públicas, indispensáveis para o Estado satisfazer as necessidades coletivas, o exercício daquela liberdade não pode ter subjacente uma montagem ou uma série de montagens que apenas foram levadas à prática para obter uma vantagem fiscal indevida. Não é o que se verifica no caso vertente, na medida em que o grupo de sociedades interveniente no acórdão se serve, no âmbito do exercício normal da sua atividade empresarial, da constituição de filiais num Estado-Membro da UE (utiliza um meio válido) e obtém, por essa via, uma vantagem fiscal (também ela válida porque querida pela Diretiva).

31. Por isso mesmo não pode ser outra a nossa posição senão a de total concordância quer com o TJUE, quer com a Advogada-Geral, que consideraram que deveria haver lugar à aplicação da isenção de retenção na fonte consagrada pela Diretiva, na medida em que a norma de Direito interna francesa, ao contrário do que lhe era permitido pela norma excecional do artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva, estabelecia uma presunção inadmissível de fraude, nos casos em que a sociedade



beneficiária dos dividendos distribuídos fosse uma pessoa coletiva controlada, de forma direta ou indireta, por entidades residentes em Estados terceiros face à UE.