

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

HARMONIZAÇÃO DA FISCALIDADE
DIRECTA NA UE, EVOLUÇÃO E
PERSPECTIVAS: A DIRECTIVA DA
POUPANÇA

Artur José Mendes

Lisboa, Setembro de 2011

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

HARMONIZAÇÃO DA FISCALIDADE
DIRECTA NA UE, EVOLUÇÃO E
PERSPECTIVAS: A DIRECTIVA DA
POUPANÇA

Artur José Mendes

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade realizada sob a orientação científica do Prof. Doutor Vasco Branco Guimarães, Professor Adjunto na área da Fiscalidade.

Constituição do Júri:

Presidente – Mestre Vasco Valdez Matias

Arguente – Mestre Amândio Fernandes Silva

Vogal – Doutor Vasco Branco Guimarães

Lisboa, Setembro de 2011

Declaro ser o(a) autor(a) desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido (no seu todo ou qualquer das suas partes) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas. Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

Dedicatória

À memória de meu pai, à minha mãe,
à minha mulher e à minha filha.

Epígrafe

Rejeito uma Europa que seja apenas um mercado, uma zona de livre troca sem alma, sem consciência, sem vontade política, sem dimensão social. Se essa é a direcção para onde vamos, lanço um grito de alarme.

Jacques Delors

Agradecimentos

Ao Doutor Vasco Branco Guimarães, orientador desta dissertação, pela sua disponibilidade, sugestões e observações críticas sem as quais não teria sido possível a realização deste trabalho.

À minha mulher e à minha filha pela compreensão e estímulo à realização deste trabalho científico.

Aos meus colegas do primeiro Mestrado em fiscalidade promovido pelo ISCAL, principalmente ao David Pinheiro e Pedro Goulão, pelas discussões abertas e sentido de responsabilidade, que possibilitou a realização desta dissertação.

Resumo

A globalização, o desenvolvimento dos espaços económicos e heterogeneidade de sistemas fiscais têm vindo a reflectir-se ao nível fiscal através de múltiplos factores, que potenciam a fraude e evasão fiscal e a concorrência fiscal desleal.

A harmonização fiscal em matéria de tributação directa está patente nos esforços desenvolvidos pela Comissão Europeia, traduzidos em vários estudos e relatórios.

A questão que se coloca no contexto da nossa dissertação é a seguinte:

«Em que medida é possível a harmonização fiscal de tributação directa baseada no direito derivado e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)?».

Para tentar dar resposta à questão colocada, começamos por analisar os princípios, os instrumentos jurídicos e as liberdades fundamentais elencados nos tratados da União Europeia (UE), assim como os conceitos e noções normalmente utilizados pela legislação da UE.

A evolução e perspectivas em questões de harmonização fiscal no espaço temporal são o objecto de estudo seguinte, com especial ênfase nos instrumentos jurídicos aprovados pelo Conselho e nas propostas de directiva por parte da Comissão, especialmente no que respeita aos modelos de tributação baseados no princípio da tributação unitária ou global.

A densificação da Directiva da poupança, as suas forças e fraquezas e a apresentação de alguns casos práticos é o motivo de análise seguinte.

Por último abordamos a crescente harmonização fiscal da tributação directa por via negativa levada a cabo pelo TJUE.

Palavras-chave: Harmonização Fiscal; Tributação Directa; Directiva da Poupança; Juros; Jurisprudência do TJUE

Abstract

Globalization, the development of economic zones and heterogeneity of tax systems have been reflected in the tax level by multiple factors which encourage tax avoidance and evasion and tax competition.

Tax harmonization in the field of direct taxation is reflected in efforts by the European Commission, translated in several studies and reports.

The question that arises in the context of our paper is as follows:

«To what extent is possible to tax harmonization of direct taxation based on legislation and jurisprudence of the Court of Justice of the European Union?».

To try to answer the question, we first analyze the principles, the legal and fundamental freedoms listed in the EU treaties, as well as the concepts and notions habitually used by the EU legislation.

The evolution and perspectives on issues of tax harmonization in the timeline are the subject of the next study, with special emphasis on legal instruments adopted by the Council and proposals for a directive by the Commission, especially as regards taxation models based on the principle of unitary taxation or global.

The densification of the Savings Directive, its strengths and weaknesses and present some practical cases is why the following analysis.

Finally we discuss the growing tax harmonization of direct taxation by negative carried out by the ECJ.

Keywords: Fiscal Harmonization, Direct Taxation, Savings Directive, Interest; Decisions of the ECJ

Índice

CAPÍTULO I	1
Introdução	1
1. Objectivo da Dissertação.....	1
2. Motivação e Objecto deste Estudo	1
CAPÍTULO II	5
Revisão da Literatura	5
CAPÍTULO III	8
Direito da União Europeia	8
1. Enquadramento.....	8
2. Direito da União Europeia	8
2.1. O Princípio da Subsidiariedade.....	9
2.2. O Princípio da Proporcionalidade.....	9
3. Fontes do Direito Europeu	9
3.1. Direito Europeu originário ou primário.....	10
3.2. Os tratados da União Europeia	10
3.2.1. Os tratados fundadores.....	10
3.2.2. Os Tratados modificativos.....	11
3.2.3. Os Tratados Complementares.....	11
3.2.4. Actos complementares	11
3.3. Direito derivado da UE	12
3.3.1. O Regulamento.....	13
3.3.2. A Directiva	14
3.3.3. A Decisão	15
3.3.4. Recomendações e Pareceres.....	16
3.3.5. Actos Unilaterais	16
4. Tribunal de Justiça da União Europeia	17

4.1. Competências do TJUE	17
4.2. Aplicabilidade directa do Direito Europeu	18
4.3. A Primazia do Direito Europeu	18
4.4. Actos Previstos Pelos Tratado	19
4.4.1. O processo de Reenvio a Título Prejudicial	19
4.4.2. Acção por Incumprimento.....	20
CAPÍTULO IV	23
Direito Fiscal na UE.....	23
1. Enquadramento.....	23
2. O Direito Originário e a Harmonização da Tributação Directa	23
3. O Princípio da não Discriminação e as Liberdades Fundamentais do Direito da UE	26
3.1. O princípio da não discriminação.....	26
3.2. A livre circulação de trabalhadores.....	28
3.3. O Direito de Estabelecimento	29
3.4. A livre prestação de serviços.....	31
3.5. A livre circulação de capitais	32
4. Harmonização fiscal – Noção e Formas	33
4.1. Restrições em matéria harmonização da tributação directa na UE.....	35
CAPÍTULO V	38
Evolução da Harmonização da Tributação Directa na UE	38
1. Enquadramento.....	38
2. A actuação da Comissão e do Conselho no âmbito da Tributação Directa.....	39
2.1. Primeiro período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa	40
2.1.1. O Relatório Neumark – Relatório do Comité Fiscal e Financeiro (1962).....	40
2.1.2. O Relatório Segré (1966)	41
2.1.3. O Programa de acção da Comissão no domínio dos impostos directos (1967).....	41

2.1.4. O Relatório Van den Tempel (1970).....	42
2.1.5. O Programa de acção da Comissão de 1975	42
2.1.6. O Relatório Burke (1980).....	43
2.1.7. O Livro Branco de 1985 sobre a realização do mercado interno	43
2.2. Segundo período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa	44
2.2.1. A Comunicação da Comissão de 1990 relativa à supressão das barreiras fiscais à actividade empresarial e transfronteiriça	44
2.2.2. Aprovação das Directivas fusões/cisões, sociedade-mãe/sociedades afiliadas e da Convenção de Arbitragem.....	45
2.2.3. Propostas de directivas relativas a juros e royalties e á dedução de prejuízos.	45
2.2.4. O Relatório Ruding (1992).....	46
2.2.5. A Comunicação da Comissão de 26 de Junho de 1992	47
2.2.6. A Comunicação da Comissão, de 22 de Dezembro de 1993	47
2.2.7. O primeiro Relatório Monti (Março de 1996)	48
2.2.8. O segundo Relatório Monti (Novembro 1996)	48
2.3. Terceiro período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa	49
2.3.1. Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das empresas.....	49
2.3.2. A Comunicação da Comissão relativa à votação por maioria qualificada para aspectos do mercado único	50
2.3.3. A Comunicação da Comissão sobre política fiscal na UE (Maio de 2001) e o Estatuto da Sociedade Europeia.....	52
2.3.4. O Estudo da Comissão sobre a Fiscalidade das Empresa no Mercado Interno (Outubro 2001).....	53
2.3.5. Propostas de alteração da Directiva sociedades – mãe e sociedades afiliadas e da Directiva sobre assistência mútua das autoridades competentes dos EM.....	54
2.3.6. Aprovação das Directivas relativas ao pagamento de juros e royalties e da tributação sobre o rendimento da poupança.....	55

2.3.7. Aprovação da Directiva 2005/19/CE que altera a Directiva fusões/cisões	55
2.3.8. Proposta de Directiva de alteração da Directiva da Poupança	56
2.3.9. Proposta de Directiva relativa a criação de uma Tributação de Base Comum Consolidada a nível da UE	56
3. O Direito Fiscal Europeu secundário e a Harmonização da Tributação Directa	56
3.1. Directiva 77/799/CEE relativa à assistência mútua no domínio dos impostos directos...	56
3.2. O «primeiro pacote de medidas fiscais»	57
3.2.1. Directiva das Fusões	58
3.2.2. Directiva mães e filhas	58
3.2.3. Convenção de Arbitragem.....	59
3.3. O «segundo pacote de medidas fiscais»	60
3.3.1. Código de Conduta	61
3.3.2. Directiva dos juros e royalties	62
3.3.3. Directiva da poupança.....	62
4. Perspectivas no Âmbito da Harmonização da Tributação Directa.....	63
4.1. Aproximação das bases tributáveis e as taxas de imposto sobre as sociedades nos vários EM	63
4.2 A tributação unitária ou global.....	63
4.2.1. Tributação de Base Comum Consolidada.....	64
CAPÍTULO VI	67
A DIRECTIVA DA POUPANÇA	67
1. Enquadramento.....	67
2. Introdução	67
2.1. Contexto histórico dos movimentos de capitais na UE.....	68
3. Contexto em que se baseia a Directiva da poupança	70
4. Objectivos.....	71
5. Regime Jurídico da Directiva	71

5.1. Âmbito subjectivo	72
5.2. Âmbito objectivo	73
5.3. Intercâmbio de informações	74
5.4. Disposições transitórias.....	75
6. Forças e fraquezas da Directiva da poupança.....	78
6.1. Forças da Directiva da poupança	81
6.2. Fraquezas da Directiva da poupança	82
7. Casos práticos.....	84
CAPÍTULO VII	89
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UE EM MATÉRIA DE HARMONIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DIRECTA .	89
1. Enquadramento.....	89
2. O Tribunal de Justiça da UE e a Harmonização da Tributação Directa	89
3. Jurisprudência do TJUE.....	91
3.1. Livre circulação de capitais.....	92
3.2. Livre prestação de serviços e livre circulação de capitais	93
3.3. Direito de estabelecimento e livre circulação de capitais.....	94
3.4. Livre circulação de trabalhadores e livre circulação de capitais	95
CAPÍTULO VIII	98
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

Índice de Quadros e Tabelas

Quadro 1 – EM, territórios associados ou dependentes e países terceiros que se encontram no âmbito da Directiva	73
Tabela 1. Comunicação de pagamento de juros por países que utilizam a troca de informações	76
Tabela 2. Receitas fiscais partilhadas por países com retenção na fonte	77

Lista de Abreviaturas

CE	Comunidade Económica Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CIRS	Código do Imposto Sobre as Pessoas Singulares
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado (s) Membro (s)
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

CAPÍTULO I

Introdução

1. Objectivo da Dissertação

Pretende-se com este estudo analisar a problemática da Harmonização Fiscal da Tributação Directa com especial ênfase na Directiva da Poupança. A Harmonização Fiscal da Tributação Directa não se encontra plasmada em quaisquer normas dos tratados originários contrariamente ao verificado no domínio da Fiscalidade Indirecta (e.g. IVA e IEC's), a qual está preceituada nos artigos 110.º a 113.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Tem sido considerado como base legal em matéria de harmonização fiscal o preceituado no art.º 115.º do TFUE.

A existência de vinte e sete Estados-Membros (EM) e o provável alargamento a outros países europeus com sistemas fiscais distintos, a crescente globalização dos mercados, a deslocalização das actividades económicas e internacionalização das empresas entre EM ou para países terceiros apoiadas nas tecnologias de informação origina o aparecimento de novas formas de planeamento, fraude e evasão fiscais, além de situações de dupla tributação internacional.

É neste contexto que se consubstancia a nossa questão: «Em que medida é possível a harmonização fiscal da tributação directa baseada em Directivas Comunitárias e na Jurisprudência do TJUE?».

2. Motivação e Objecto deste Estudo

A escolha deste tema insere-se dentro do âmbito da minha licenciatura em Contabilidade e Administração - ramo Fiscalidade e na do Mestrado em Fiscalidade que a sucede.

Com a diversidade de sistemas fiscais, existe a necessidade de haver a nível da União Europeia (UE) regras, que contenham medidas harmonizadoras ao nível da fiscalidade directa de forma a não pôr em causa o exercício das quatro liberdades fundamentais elencadas no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Desta forma não devem existir medidas restritivas relativas à Livre Circulação de Pessoas; Liberdade de Estabelecimento; Liberdade de Prestação de Serviços; Liberdade de Circulação de Capitais.

Tratando-se de uma matéria que não reúne consensos e é alvo de interpretações diversas, pretende-se com este estudo trazer algo de novo ao estado da arte.

As situações de dupla tributação, o planeamento fiscal agressivo e os paraísos fiscais são desafios que se colocam aos Estados pondo em causa a sua sobrevivência.

No contexto da Harmonização Fiscal, a legislação fiscal e o TFUE utilizam os termos coordenação e harmonização em contraponto com os de unificação ou uniformização, sendo que:

A coordenação situa-se ao nível da cooperação jurídica internacional dos Estados, concretizando-se através de convenções ou directivas;

A harmonização tem como objectivo a erradicação das disparidades existentes entre legislações, sem no entanto pôr em causa as legislações nacionais dos próprios Estados.

Como forma de meios de harmonização fiscal, podem-se considerar duas formas:

- Harmonização jurídica, quando implementada através de instrumentos jurídicos, que é realizada através de regulamentos, directivas, recomendações e convenções, e por outro lado através da harmonização jurisprudencial, que é levada a cabo através das decisões do TJUE; e
- Através de instrumentos políticos, tais como os códigos de conduta, dos quais é exemplo o Código de Conduta relativo à fiscalidade das empresas.

Contrariamente aos avanços em matéria política, económica e monetária, com expressão na moeda única, na harmonização fiscal não existem avanços significativos nem aprofundamento nas áreas já existentes. É de destacar a morosidade com que são implementadas as medidas em questão de Harmonização Fiscal da tributação directa, principalmente devido à regra da unanimidade em matéria fiscal, que os Estados com o seu «direito de veto» pretendem limitar a perda da sua soberania fiscal.

A evolução da Harmonização Fiscal Directa tem três períodos distintos, o primeiro incluindo vários estudos, relatórios, programas e propostas, sendo pioneiro o relatório Neumark de 1962. A Directiva 77/779/CEE, sobre assistência mútua das autoridades competentes no domínio da tributação directa com o objectivo de diminuir a perda de receitas fiscais nos Estados-Membros, visando o combate à fraude e evasão fiscais, foi a primeira Directiva aprovada com o objectivo de coordenação em termos de política fiscal entre os EM.

Um segundo período em 1990 com a entrada em vigor das Directiva 90/434/CEE do Conselho relativa ao regime fiscal comum das operações de fusão, cisão, entradas de

activos e permutas de acções; Directiva 90/435/CEE do Conselho, relativa a um regime fiscal comum aplicável às empresas mães e sociedades afiliadas; Convenção 90/436/CEE, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de ajustamentos de preços de transferência efectuados pelos Estados-Membros.

Em 1997, O Conselho Europeu aprova o «Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas», relativo à concorrência fiscal prejudicial. Em 2003 surge a Directiva 2003/49/CE do Conselho, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre empresas associadas de Estados-Membros diferentes; Directiva 2003/48/CE do Conselho relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, no que respeita a pessoas singulares. A apresentação de uma proposta de Directiva já este ano relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades representa um passo extremamente importante em termos de harmonização fiscal.

A Harmonização fiscal da tributação directa pelo TJUE começou a afirmar-se com a consolidação do mercado interno através do Acto Único Europeu de 1986. Foi a partir deste acto que o TJUE começou a reflectir sobre os EM a exigência do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade constante do TFUE, limitando o poder tributário dos EM.

O TFUE consagra liberdades económicas de circulação de trabalhadores, de capital, de liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, protegidas pela consagração de uma proibição de discriminação, que com o passar dos anos, têm vindo a pôr em causa diversas disposições fiscais dos Estados Membros no domínio da tributação directa.

O TJUE através da sua jurisprudência tornou-se no principal promotor da compatibilidade das regras de tributação do rendimento com as normas do TFUE, no campo da tributação directa.

Esta dissertação tem como base as matérias fiscais acima descritas e encontra-se organizada em oito Capítulos:

O 1.º Capítulo corresponde à introdução da matéria que nos propomos analisar.

O 2.º Capítulo é composto pelo enquadramento teórico e revisão da literatura onde se pretende contextualizar o contributo de vários autores no domínio da Fiscalidade Directa no âmbito da UE.

No 3.º Capítulo abordamos ainda que de forma sucinta, como forma de enquadramento aos capítulos que lhe sucedem relacionados com a harmonização da Fiscalidade Directa na UE,

o direito da UE com a entrada em vigor do Tratado da União Europeia (TUE), o TFUE e o papel do TJUE, as suas competências baseadas nos actos previstos pelos tratados, assim como a primazia do direito europeu sobre os direitos dos EM.

O 4.º Capítulo tem por objectivo abordar a relação existente entre o Direito originário e a harmonização da tributação directa; o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades fundamentais do direito da UE, que através da jurisprudência do TJUE delimitam as políticas definidas pelos EM e a noção e conceitos normalmente utilizados pela legislação da UE: harmonização, coordenação e aproximação das legislações, através da forma dos instrumentos jurídicos consagrados nos Tratados e uma análise às restrições à harmonização da tributação directa

No capítulo 5.º será objecto de estudo a evolução da harmonização da tributação directa, as suas fases e processos, a aprovação de algumas Directivas sobre a matéria e as perspectivas que se apresentam, das quais se destaca a proposta de Directiva relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades.

O 6.º Capítulo é dedicado a uma análise densificada da Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003 relativa à tributação dos rendimentos da poupança sobre a forma de juros e a apresentação de alguns casos práticos, que se pretendem elucidativos do seu modo de aplicação.

O 7.º Capítulo tem como objectivo a Jurisprudência do TJUE em matéria de Harmonização da Fiscalidade Directa na UE.

O 8.º Capítulo é dedicado à conclusão. Conclui-se no âmbito desta dissertação, que em resposta à nossa questão «Em que medida é possível a harmonização fiscal de tributação directa baseada no direito derivado e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)?», esta dever ser efectuada por vontade política dos EM, levada a cabo por instrumentos jurídicos e não através da harmonização negativa materializada pela jurisprudência do TJUE.

CAPÍTULO II

Revisão da Literatura

A falta de coordenação entre EM e a luta contra a fraude e evasão fiscais ao nível do movimento de capitais transfronteiriços com implicações em termos de distorções económicas na UE sendo incompatíveis com a existência de um mercado único, têm sido objecto de atenção por parte da Comissão Europeia

Com o objectivo de tentar obstar a essas situações, tal como é referido por Offermanns (2008) a introdução da Directiva de Poupança foi discutida pela primeira vez numa reunião do ECOFIN em Verona em 1996, quando a Comissão apresentou um estudo intitulado "A fiscalidade na União Europeia". Neste trabalho, apurou-se que os EM estavam a incorrer em prejuízos fiscais substanciais através da erosão das suas bases fiscais.

Como referem Terra e Wattel (2008), em 1989 o movimento de capitais na Comunidade foi liberalizado em grande medida pela Directiva 88/361/CEE. Essa directiva foi retirada após a liberalização total aprovada pelo Tratado de Maastricht, que introduziu o artigo 73-B do Tratado CEE, (antigo art.º 56.º do TCE e actual artigo 63.º do TFUE), que prevê a liberalização do movimento de capitais e dos pagamentos não só entre Estados-Membros, mas também em relação a países terceiros. A liberalização em 1989 do mercado bancário comercial (o que implicou a liberdade de abrir uma conta bancária noutra Estado-Membro), a liberalização total em 1994 além da introdução da moeda única em 1999, fez sentir a necessidade de (i) combater a livre circulação dos produtos do crime e a lavagem de dinheiro, e (ii) garantir um nível mínimo de tributação sobre o rendimento de capitais, em especial os juros provenientes da poupança no interior do território da União e de estados terceiros na luta contra a evasão fiscal.

O elencado no art.º 56.º do TCE (art.º 63.º do TFUE) como é referido por Taha (2010) significou um passo em frente na integração positiva no seio da União Europeia. No entanto, existia ainda a necessidade de aprovação através do direito derivado na forma de uma outra directiva, com o intuito de combater as distorções existentes e harmonizar a tributação dos rendimentos da poupança com origem num Estado-Membro e pago noutra.

Assim, após várias reuniões entre EM como salientam Klautke e Weichenrieder (2009), foi apresentada em 1989 a primeira proposta concreta de Directiva visando tributar os rendimentos transfronteiriços provenientes da poupança sob a forma de juros através da

retenção na fonte, proposta da Comissão [COM (89) 60 final], que sugeria uma taxa de retenção mínima de 15%, sem que fossem mencionados os «direitos adquiridos».

A grande preocupação relativamente à fuga de capitais levou à sua retirada, tendo dado lugar a uma proposta apresentada pela Comissão [COM (98) 295 final de 4 de Junho de 1998] que, como refere Teixeira (2005), nesta versão original, os juros pagos por um agente pagador localizado num Estado membro a uma pessoa singular residente noutro Estado membro ficariam sujeitos a um de dois regimes: retenção na fonte na origem a uma taxa não inferior a 20% ou transmissão automática de informações pelo Estado Membro da fonte dos rendimentos ao Estado Membro de residência do beneficiário efectivo.

A proposta foi entretanto alvo de alterações na sequência das reservas colocadas pelo Luxemburgo, pelo Reino Unido e pela Áustria e dos compromissos assumidos através das negociações sobre o denominado pacote fiscal. Em 2000, na cimeira realizada em Santa Maria da Feira no âmbito da presidência Portuguesa foi anunciado o acordo sobre o denominado pacote fiscal, constituído pela proposta de Directiva da poupança, da proposta de Directiva relativa à tributação dos juros e *royalties* e do Código de Conduta.

Numa etapa seguinte a Comissão apresentou uma proposta de Directiva [COM (2001) 400 final, de 18 de Julho de 2001] com base no acordo alcançado pelo Conselho de Novembro de 2000. Esta favorecia o sistema de intercâmbio de informações, mas permitia que a Áustria, a Bélgica e o Luxemburgo beneficiassem de um período de transição de sete anos durante os quais não participariam na troca de informações, mas sim através do mecanismo de retenção na fonte do imposto sobre os juros provenientes da poupança das pessoas singulares. Esta proposta revista introduziu a ideia de "anterioridade", «direitos adquiridos», (ou seja, isenção de imposto retido) aos títulos emitidos antes de 1 de Março de 2001. No rescaldo desta proposta a introdução da retenção na fonte por estes países ficou condicionado. As negociações do Conselho tinham deixado claro que a cooperação com países terceiros era crucial para o consentimento dos vários EM. Em 3 de Junho de 2003 foi aprovada a Directiva 2003/48/CE do Conselho relativa à tributação da poupança sob a forma de juros (Directiva da poupança ou Directiva), cuja data de aplicação estava prevista para 1 de Janeiro de 2005 nas mesmas condições negociadas na proposta anterior, ou seja: sem a ratificação de acordos semelhantes com a Suíça, Liechtenstein, São Marino, Mónaco e Andorra, a introdução do imposto de retenção na fonte na Áustria, Bélgica e Luxemburgo, não seria possível a entrada em vigor da Directiva. Através da Decisão 2003/587/CE do Conselho, de 19 de Julho de 2004, relativa à data de aplicação da Directiva da poupança, esta refere que é alargado o prazo de adopção da Directiva

prevendo-se a sua entrada em vigor no dia 1 de Julho de 2005, desde que os requisitos sejam cumpridos pelos países terceiros e territórios dependentes ou associados referidos no n.º 2 do art.º 17.º da Directiva 2003/48/CE. Em comunicado de imprensa de 19 de Julho de 2004 foi entretanto anunciado pela Comissão que o acordo tinha sido alcançado, possibilitando assim a entrada em vigor da Directiva a partir de 1 de Julho de 2005.

Como observam Klautke e Weichenrieder (2009) uma questão é saber se a Directiva da poupança é apenas um símbolo político em sentido figurado ou se ela tem implicações reais no combate à evasão fiscal dos rendimentos tributáveis sob a forma de juros.

A Comissão é legalmente obrigada a rever o funcionamento da Directiva a cada três anos e elaborar um relatório que permita avaliar o seu funcionamento prático, propor ao Conselho as alterações que se mostrem pertinentes de forma a garantir uma melhor tributação efectiva dos rendimentos da poupança e remover os obstáculos que se mostrem indesejáveis em termos de concorrência.

Como corolário do estudo efectuado a Comissão apresentou uma proposta de Directiva, que altera a Directiva 2003/48/CE do Conselho relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros. Nesse sentido Panayi (2009) refere, se for aprovada, a proposta da Comissão resultará em mudanças importantes para a Directiva da Poupança, "tendo em vista colmatar as lacunas existentes e melhor prevenir a evasão fiscal". A proposta é, portanto, um esforço da parte da Comissão na tentativa de reduzir a fraude e evasão fiscal em geral. Como observa a Comissão [COM 2006 254 final]: a fraude e evasão fiscais privam os Estados-Membros dos recursos essenciais. Hoje, este problema é mais agudo do que nunca, os governos terão de enfrentar os primeiros efeitos da crise financeira. Enquanto alguns indivíduos tendem a beneficiar das lacunas existentes na Directiva da tributação da poupança, as primeiras vítimas de fraude e evasão fiscais são os trabalhadores com menor mobilidade e os consumidores, que podem enfrentar níveis de tributação mais elevada por parte dos Estados cuja tendência é a de introduzir medidas mais gravosas em termos de carga fiscal para compensar essas perdas. No seguimento da apreciação da proposta de alteração da Directiva, Panayi (2009) identifica duas das lacunas existentes: primeiro, a Directiva não abrange os pagamentos de juros efectuados pelos agentes pagadores fora da UE aos contribuintes residentes; segundo a Directiva não abrange o pagamento de juros feitos por pessoas jurídicas legalmente constituídas e outro tipo de modalidades (dentro ou fora da UE), realizada por indivíduos não reconhecidos como agentes pagadores.

CAPÍTULO III

Direito da União Europeia

1. Enquadramento

Neste capítulo dedicado ao Direito Europeu, abordamos, ainda que de forma sucinta, como forma de enquadramento aos capítulos que lhe sucedem relacionados com a harmonização da Fiscalidade Directa na UE, o direito da UE com a entrada em vigor do TUE e TFUE; as fontes do direito europeu, o direito originário consubstanciados nos tratados fundadores, modificativos e complementares e o direito derivado através dos actos unilaterais, com base no regulamento, a directiva, a decisão, as recomendações e pareceres e os actos unilaterais.

Por último analisamos o papel do TJUE, as suas competências baseadas nos actos previstos pelos tratados, assim como a primazia do direito europeu sobre os direitos dos EM.

2. Direito da União Europeia

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1 de Dezembro de 2009, o Direito da União Europeia funda-se no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Conforme o art.º 1.º do TUE, a União Europeia sucede à Comunidade Europeia (CE), como (Machado (2010:33) refere «assumindo todo o acervo comunitário, que passa a ser caracterizado por direito da UE».

De acordo com o art. 47.º do TUE a UE adquiriu personalidade jurídica, como corolário desta assumpção é considerado como um sujeito de direito internacional, logo com capacidade para celebrar acordos internacionais.

Os acordos celebrados têm efeito jurídico vinculativo no direito interno da UE e dos EM.

As formas e modelos de celebração são definidos pelo direito original.

Todo o conjunto de normas que integram a ordem jurídica da UE assenta no primado do direito. Ou seja, fundadas nos Tratados aprovados pelos Estados-Membros, que definem a UE como comunidade de direito. Nesse sentido Machado (2010:36) refere que,

[isso] significa que a UE pretende actuar através de instrumentos jurídicos, inseridos num universo normativo mais vasto. Por outro lado, a juridicidade da UE pretende ter

um conteúdo material e não apenas uma estrutura formal. A UE tem o seu próprio direito primário e secundário.

Devido às suas características próprias, o direito europeu de carácter supranacional, difere do direito internacional e interno de cada EM, consubstanciando-se em actos legislativos próprios com primazia sobre o direito interno dos estados.

2.1. O Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade encontra-se plasmado no art.º 5.º do TUE. Tem como objectivo que a tomada de decisões seja o mais próximo possível dos cidadãos.

Além dos domínios da sua exclusiva competência, segundo o n.º 3 do art.º 5.º a União deve actuar, «apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central, ao nível regional e local».

Este princípio é complementado pelo princípio da proporcionalidade.

2.2. O Princípio da Proporcionalidade

Igualmente consagrado no art.º 5.º do TUE, tem como objectivo regular o exercício das competências da UE. Visa delimitar as suas competências, limitando a sua acção ao que é necessário para alcançar os objectivos fixados nos tratados.

3. Fontes do Direito Europeu

O Direito da UE encontra-se hierarquizado, sendo regulado pelo direito primário ou originário, cuja natureza constitutiva se baseia nos tratados e pelos actos de direito derivado constituídos pelos regulamentos, directivas, decisões, os pareceres e as recomendações. Atendendo a este tipo de actos constitutivos Machado (2010:180) refere que,

[esta] distinção reveste grande importância prática, na medida em que o direito primário constitui parâmetro material e formal de controlo da validade do direito secundário. O direito primário integra o bloco de constitucionalidade da UE, ainda que se trate de um direito derivado da soberania dos Estados-membros.

Na sequência da defesa da integração jurídica e social na UE, na consolidação dos objectivos perseguidos, tem-se verificado o seu desenvolvimento através dos tempos na

tentativa de se adequar aos novos desafios. Nesse sentido, a adopção de novos tratados tem contribuído para a consolidação da UE.

3.1. Direito Europeu originário ou primário

O direito originário ou primário baseia-se na vontade soberana dos Estados-Membros, em conformidade com as regras do direito internacional e compreende todas normas da ordem jurídica comunitária. Compreende segundo Machado (2010:181) «um conjunto diversificado de instrumentos e princípios dotados de idêntica natureza e colocados no mesmo plano na hierarquia normativa (...), relativamente a todo o direito secundário e terciário criado a partir desses instrumentos e princípios».

O direito primário prevalece sobre qualquer outra fonte do direito. Nesse sentido o Tribunal de Justiça da União Europeia é o garante da defesa dessa primazia, seja como o recurso de anulação tal como é referido no art. 263.º do TFUE,

[p]ara o efeito, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação das liberdades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio do poder, interposto por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão.

Ou através do recurso a título prejudicial, enunciado no art.º 267.º do TFUE, « [o] Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos tratados».

O direito originário ou primário encontra-se hierarquicamente no topo da pirâmide do direito da UE. Prevalece sobre qualquer outra fonte do direito, funcionando como se da “Constituição” de qualquer Estado de direito se tratasse.

3.2. Os tratados da União Europeia

É nos tratados que se consubstanciam os objectivos fundamentais, a estrutura institucional, os valores e princípios conducentes ao processo de integração europeia, em conformidade com as regras do direito internacional.

3.2.1. Os tratados fundadores

Até chegarmos aos dias de hoje a UE passou por vários tratados e actos, alterados e adaptados.

Os tratados instituidores da UE são o Tratado de Paris de 18 de Abril de 1951 (Tratado CECA), tendo este caducado visto o seu prazo de vigência ser de 50 anos; o Tratado de Roma, constituído pelo Tratado Euratom e Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia de 25 de Março de 1957; o Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992.

3.2.2. Os Tratados modificativos

O Acto Único Europeu de 17 e 18 de Fevereiro de 1986; o Tratado de Amesterdão de 2 de Outubro de 1997; o Tratado de Nice de 26 de Fevereiro de 2001 e o Tratado de Lisboa em vigor a partir de 1 de Dezembro de 2009, que compreende o Tratado da UE e o Tratado de Funcionamento da UE.

3.2.3. Os Tratados Complementares

Os tratados complementares, que introduzem alterações sectoriais nos tratados instituidores, tais como o Tratado “de fusão dos executivos” de 8 de Abril de 1965; o Tratado que altera algumas disposições orçamentais dos tratados comunitários de 22 de Abril de 1970; o Tratado de Bruxelas que altera algumas disposições financeiras dos Tratados comunitários e que institui um Tribunal de Contas de 22 de Julho de 1975 e o “Acto” relativo à eleição dos representantes ao Parlamento Europeu por sufrágio universal directo de 20 de Setembro de 1976.

O direito primário ou originário compreende ainda os tratados de adesão dos vários países membros, que não os fundadores

3.2.4. Actos complementares

A adopção juntamente com os tratados, de anexos, protocolos e mais precisamente com o Tratado de Lisboa através do Estatuto do Tribunal de Justiça da UE; a Carta dos Direitos Fundamentais da UE; Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais; Declarações relativas a disposições dos Tratados e dos seus Protocolos; Declarações dos Estados-Membros e Conclusões da Presidência do Conselho Europeu sobre a Irlanda e a República Checa, são parte integrante do direito primário ou originário da UE.

3.3. Direito derivado da UE

O direito derivado ou secundário é constituído através dos actos unilaterais da UE. Neste contexto Machado (2010:186) refere:

O direito comunitário secundário da UE é constituído pelas normas criadas pelos órgãos instituídos pelo direito comunitário primário, de acordo com os respectivos parâmetros materiais e formais. Por esse motivo, a sua validade depende da conformidade com esses parâmetros.

Os actos unilaterais são actos de direito derivado da UE. São adoptados pelas instituições com base nos tratados fundadores da UE, constituem juntamente com os actos convencionais os actos de direito derivado da UE, compreendem os actos legislativos e não legislativos. Estes actos têm em comum duas características, a tipicidade e o seu carácter vinculativo. Segundo Machado (2010:199) decorre do princípio da tipicidade «a proibição de criação de outras fontes além daquelas que estão expressamente previstas nos Tratados».

Os actos e fontes do direito derivado encontram-se plasmados no art.º 288.º do TFUE, e são os seguintes:

[p]ara exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

- O regulamento tem carácter geral e é de aplicação obrigatória em todos os seus elementos pelos Estados-Membros.
- A directiva é vinculativa para o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado e alcance, sendo no entanto das instâncias nacionais a forma e os meios da sua aplicação.
- A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.
- As recomendações e os pareceres não têm carácter vinculativo.

Verificamos que o regulamento, a directiva e a decisão podem ser actos legislativos ou não legislativos, enquanto as recomendações e os pareceres não tendo valor jurídico, não são de natureza vinculativa, integram *o soft law* da UE.

3.3.1. O Regulamento

Os regulamentos, tal como previsto no art.º 288.º do TFUE são actos normativos, constituem actos unilaterais e são caracterizados pelo carácter geral, a sua obrigatoriedade e a sua aplicabilidade directa.

Através do seu carácter geral, segundo Campos e Campos (2010:313) referem que,

[o]s regulamentos são equiparados às leis nacionais. Tal como estas, o regulamento estabelece regras, impõe obrigações ou confere direitos a *todos os que se incluam ou possam vir no futuro a incluir-se* na categoria de destinatários que o regulamento define em abstracto e segundo critérios objectivos.

No que concerne á obrigatoriedade do regulamento em todos os seus elementos, este não pode ser aplicado de modo incompleto, selectivo ou parcial. Neste sentido Campos e Campos (2010:315) relativamente ao acto jurídico concluem que,

[o] carácter *geral e obrigatório* do regulamento é a expressão de um poder normativo perfeito que permite às Instituições da União impor autonomamente – isto é, prescindindo da participação das instituições nacionais – a observância da totalidade das disposições desses actos aos Estados-Membros, aos seus órgãos e autoridades, e a todos os particulares (indivíduos ou empresas) sujeitos à jurisdição da União.

A aplicabilidade directa do regulamento definida no art.º 288º do TFUE significa, que depois de preenchidas as condições relativa à vigência e validade, através da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) e decorrido a “vacatio legis” tal como definida no art.º 297.º n.º 1 § 3.º e n.º 3, «[o]s actos legislativos são publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*». Entram em vigor na data por eles fixada ou, na falta desta, no vigésimo dia seguinte ao da sua aplicação».

Decorre desta interpretação que o regulamento é de aplicabilidade obrigatória em todos os Estados-Membros a partir da sua entrada em vigor. Os seus efeitos jurídicos prevalecem sobre todas as legislações nacionais de forma simultânea, automática e uniforme, sem necessidade de qualquer acto de recepção por parte dos Estados-Membros.

Os regulamentos tem uma natureza reguladora, nesse sentido Machado (2010:199) refere, que «[o]s regulamentos pretendem regular um conjunto indeterminado de situações de facto através de proposições dotadas de generalidade e abstracção e de propósito normativo».

O regulamento tem primazia sobre o ordenamento jurídico dos EM. As autoridades legislativas, administrativas e judiciais são obrigadas a adoptá-lo. Em caso de colisão entre o direito nacional e o regulamento, compete aos tribunais nacionais a sua aplicação.

3.3.2. A Directiva

A directiva igualmente prevista no art.º 288.º no seu § 3.º do TFUE, é um dos meios jurídicos à disposição das instituições europeias na aplicação das políticas da UE. Tendo como base os tratados fundadores, são instrumentos de coordenação e harmonização do direito interno dos EM.

Sendo um acto unilateral típico Machado (2010:201), refere que «[a]s mesmas têm como destinatários os Estados-Membros. Estes ficam obrigados a atingir os objectivos fixados, embora com alguma liberdade de escolha dos meios».

No seguimento desta linha de pensamento, esta flexibilidade permite, que os destinatários das mesmas, os EM, no seu todo ou em parte, possam optar pelo acto jurídico de transposição das directivas.

Segundo o elencado no art.º 289.º do TFUE, a directiva é um acto legislativo ordinário, ou um processo legislativo especial, segundo o qual sob proposta da Comissão, é depois adoptado pelo Conselho e Parlamento Europeu, no âmbito das suas atribuições.

No âmbito específico das directivas, para que esta possa ter efeito nos direitos nacionais dos respectivos EM, não basta só a sua entrada em vigor, tendo que ser transposta para o ordenamento jurídico interno dos respectivos EM.

Normalmente o prazo de transposição pelos EM varia entre 6 meses e 2 anos.

Segundo Machado (2010:202) relativamente à forma de transposição, afirma que «[o] acto de transposição mais adequado é a lei em sentido formal (...), [i]sso implica a transposição através da lei em sentido material em detrimento de regulamentos ou actos administrativos».

A directiva distingue-se do regulamento, enquanto este é aplicável no direito interno dos EM e os vinculam, a directiva pode não ser dirigida a todos os EM, ou seja não tem carácter geral e só depois de transposta para o ordenamento jurídico nacional entra em vigor.

Na linha de raciocínio de Campos e Campos (2010:327) e com o qual estamos de acordo, quanto ao não carácter geral da directiva estes afirmam que,

[a] recusa do carácter geral da directiva deve, porém ser entendido habilmente – *cf. os artigos 113º e 115º do TFUE* e uma vez aplicadas as suas disposições no conjunto da União, através de medidas internas, legislativas ou regulamentares, adequadas a dar-lhe execução, opera-se uma modificação geral da situação jurídica no conjunto da União, resultante da aproximação dos regimes nacionais; deste modo, funcionando embora como um *processo de legislação indirecta*, a directiva acaba por *produzir um irrecusável efeito normativo geral*.

A directiva é o instrumento jurídico por excelência normalmente utilizado na coordenação e harmonização fiscal.

3.3.3. A Decisão

A decisão tem como destinatários os EM individualmente ou na sua totalidade, assim como os particulares a que se destinam.

Conforme o § 3º do art.º 288.º do TFUE, «[a] decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa os destinatários só é obrigatório para eles».

Sendo os destinatários as empresas, ou os particulares Campos e Campos (2010:333) particularizam, referindo que

[a] decisão tem normalmente por finalidade aplicar as regras do Direito da União a casos particulares – sendo, então, assimilável a um *acto administrativo* de carácter individual, tal como o conhecemos no direito interno; apresenta-se, por isso, como um instrumento que as Instituições podem utilizar para aplicação do direito da União por via administrativa.

No prosseguimento do desenvolvimento relativamente aos destinatários, quando se trata dos EM, Campos e Campos (2010:333 e ss.) clarificam, precisando,

[m]as a *decisão* pode também ser utilizada para prescrever a um Estado ou grupo de Estados – Membros um objectivo cuja realização passa pela adopção de medidas nacionais de alcance geral – apresentando-se neste caso como um instrumento de *legislação indirecta* próximo da *directiva*; com a diferença de que a decisão é obrigatória em todos os seus elementos.

Independentemente de a decisão ter como objectivo um EM, esta pode vincular directamente os particulares. A decisão tem carácter obrigatório para os seus destinatários. A decisão não carece de transposição para o ordenamento jurídico nacional.

3.3.4. *Recomendações e Pareceres*

As recomendações e os pareceres são actos de carácter não vinculativo, não sendo no entanto irrelevantes do ponto de vista jurídico.

Elencados no art.º 288.º do TFUE, «[a]s recomendações e os pareceres não são vinculativos». Têm como objectivo formular opiniões e sugerir procedimentos sobre determinados assuntos. Tal como é referido por Campos e Campos (2010:339), «[a]s recomendações foram concebidas como um instrumento de acção indirecta da União, visando frequentemente à aproximação das legislações nacionais ou à adaptação de uma dada regulamentação interna ao regime da União Europeia».

Derivam de actos das instituições da UE, entre o Conselho e a Comissão e vice-versa, ou entre elas e os EM, visando facilitar o normativo da UE sem no entanto criarem obrigações de índole jurídica.

3.3.5. *Actos Unilaterais*

Estes tipos de actos não estão previstos no art.º 288.º do TFUE. Alguns encontram-se em disposições dos tratados, enquanto outros tem como origem a prática das Instituições da UE. Como actos previstos, que tem como objectivo os actos internos subjacentes às Instituições da UE, *os regulamentos*, que podem ser agrupados em internos (art.º 242.º do TFUE); financeiros (art.º 322.º do TFUE) e processuais, tal como é definido por Campos e Campos (2010); os actos preparatórios inseridos no processo de decisão, onde se incluem as *propostas da Comissão* ao Conselho, tal como previstas nos artigos 289.º e 293.º do TFUE, assim como os actos constantes do art.º 218.º, n.ºs. 2 e 3 do TFUE.

Os actos não previstos nos Tratados são como é referido por Campos e Campos (2010:341) definidos em duas categorias distintas:

a) Decisões de criação de Comitês Consultivos

b) Outros actos da União: «declarações», «deliberações», «resoluções», «programas de acção», «conclusões», «códigos de conduta», «relatórios», «orientações».

Trata-se de actos em que o Conselho ou a Comissão tomam posição quanto a importantes problemas em relação aos quais deverá ser adoptada uma atitude comum quer no quadro da União quer ao nível dos Estados-Membros.

Tais actos não são normalmente vinculativos, podendo no entanto ser validados através dos instrumentos jurídicos consagrados no art.º 288.º do TFUE.

Porém, se esses actos tiverem valor jurídico vinculativo estão sujeitos ao controlo da legalidade jurisdicional.

4. Tribunal de Justiça da União Europeia

O TJUE de acordo art.º 13.º do TUE é um órgão institucional no âmbito da UE. Segundo o seu n.º 2 está sujeito aos limites das atribuições que lhe estão conferidas pelos tratados e na cooperação leal com as outras instituições.

De acordo com o art.º 19.º n.º 1 § 1.º do TUE, «[o] Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça de União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados».

O § 2.º refere, que «[o]s Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União».

O n.º 3 do art.º 19.º refere que o TJUE tem competências decisórias relativamente a disposto nos Tratados:

- a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou colectivas;
- b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições;
- c) Nos demais casos previstos pelos Tratados.

4.1. Competências do TJUE

Na concretização do seu papel jurídico-normativo, as suas competências estão claramente definidas nos artigos 267.º a 273.º do TFUE, apesar da existência de domínios que estão fora da sua jurisdição.

Os domínios excluídos da acção do TJUE estão referidos no art.º 275.º do TFUE, nessa perspectiva Machado (2010:484) refere, que

[a]ssim sucede sempre que os Estados-Membros recorrem a acordos de cooperação intergovernamental, a menos que estes expressamente atribuam competências ao TJUE, bem como naqueles domínios que o direito primário colocou fora da jurisdição do TJUE, como ainda sucede, em boa medida, em matéria de política interna e de segurança comum.

Nas suas competências jurisdicionais, cabe no âmbito do TUE assegurar no processo de integração, as tarefas cometidas à UE, a interpretação do efeito directo das suas normas, do primado do direito europeu e dos princípios gerais de direito na UE.

4.2. Aplicabilidade directa do Direito Europeu

O princípio da aplicabilidade directa ou do efeito directo, tem como base a possibilidade dos particulares (indivíduos ou empresas) invocarem perante uma jurisdição nacional ou europeia, as disposições dos Tratados e de actos normativos europeus.

Conforme é enunciado por Campos e Campos (2010:361),

[a] aplicabilidade directa foi a justo título considerado pelo Tribunal de Justiça como um *princípio essencial da ordem jurídica comunitária* com o fundamento de que a plena eficácia (*o efeito útil*) dos Tratados exigia que os agentes económicos do mercado interno (...) se vissem impossibilitados de *invocar perante as jurisdições nacionais* as disposições dos Tratados e dos actos normativos das Instituições da União, e, portanto, de fazer valer nas suas relações recíprocas e em face dos próprios Estados, os direitos que nesses textos jurídicos pudessem fundar.

Foi a partir do acórdão Van Gend en Loos de 5 de Fevereiro de 1963, que a aplicabilidade directa do direito europeu passou a ser consagrada.

Os fundamentos para a decisão do TJUE são, que o direito europeu gera obrigações para os EM mas também direitos para os particulares. Para que os particulares possam invocar esse direito nas jurisdições nacionais e europeias não é necessária a integração pelo EM dessas normas na sua ordem jurídica interna.

4.3. A Primazia do Direito Europeu

O princípio da primazia ou do primado do direito europeu não consta do texto do TUE ou do TFUE.

No entanto, aquando das Declarações da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa no seu ponto 17, segundo Silveira (2010:421),

[a] Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptados pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.

Foi também anexo por decisão da Conferência à acta final o parecer do serviço Jurídico do Conselho sobre o primado do direito comunitário constante do documento 11197/07 (JUR 260):

“Parecer do Serviço Jurídico do Conselho

de 22 de Junho de 2007

Decorre da Jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do direito comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de Julho de 1964 no processo 6/64, Costa contra ENEL), o Tratado não fazia referência ao primado.

Assim continua a ser actualmente. O facto de o primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça.”

Assim se garante que vinculativamente, todos os actos europeus beneficiam da primazia, quer sejam originários do direito primário, quer do direito derivado, sobre os direitos nacionais dos EM.

Cabe ao TJUE fazer o controlo da boa aplicação deste princípio, através das acções judiciais previstas pelos Tratados.

4.4. Actos Previstos Pelos Tratado

Conforme o descrito no art.º 267.º do TJUE, sempre que o Tribunal nacional seja confrontado com uma questão relativamente à interpretação dos Tratados, ou sobre a validade e interpretação dos actos emanados pelas instituições europeias, pode solicitar ao TJUE que sobre ela se pronuncie, através da devolução ou reenvio a título prejudicial.

Quando se verificar que um EM não cumpriu alguma das obrigações a que está sujeito por incumbência dos Tratados, a Comissão ou qualquer EM podem recorrer para o TJUE para ser instaurada uma acção por incumprimento contra o Estado prevaricador.

4.4.1. O processo de Reenvio a Título Prejudicial

Trata-se de um processo, que é exercido pela jurisdição nacional de um EM no contexto da interpretação ou validade de um acto do foro jurídico do direito europeu.

A disposição sobre o processo de reenvio a título prejudicial encontra-se no art.º 26.º do TFUE e no art.º 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

Segundo o art.º 267.º do TFUE, verifica-se, que

[o] Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Neste âmbito o reenvio a título prejudicial tem como objectivo primeiro fomentar a cooperação entre as jurisdições nacionais e o TJUE, o que permite uma aplicação uniforme do direito europeu no seio da UE. Para Campos e Campos (2010:429),

[o] processo inicia-se, pois, por um despacho de suspensão do processo nacional e pela submissão da questão prejudicial ao TJ, e terminará por uma decisão *definitiva*, proferida por esse tribunal sob a forma de acórdão, que permitirá o prosseguimento da instância nacional e a resolução do litígio na conformidade do Direito da União interpretado pelo tribunal de Justiça e aplicado pelo Juiz interno.

O acórdão relativo à decisão é vinculativo não só para o Estado em questão, mas para todas as jurisdições nacionais dos EM.

4.4.2. Acção por Incumprimento

Os EM estão sujeitos às obrigações estabelecidas nos Tratados, quer na sua relação entre si, e entre si e a UE, sendo que o controlo jurisdicional é efectuado pelo TJUE conforme o estabelecido no direito primário.

Como está vertido no art.º 344.º do TFUE, «[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos».

Neste contexto, o incumprimento por parte dos EM respeitantes às suas obrigações perante o direito europeu com a violação desse normativo o meio processual é a acção por incumprimento. Esta encontra-se regulada nos artigos 258.º a 260.º do TFUE.

A Comissão como guardiã dos Tratados e os EM tem legitimidade para instaurar este tipo de procedimentos quando está em causa a violação dos direitos da UE. Como salientam Campos e Campos (2010:443),

[n]ote-se, porém, que a par da *acção por incumprimento* que contra qualquer Estado pode ser instaurada no Tribunal de Justiça ao abrigo do art. 258º, a violação da legalidade pelos Estados-Membros pode, igualmente, em certos casos, ser sancionada no quadro nacional, por iniciativa de simples particulares, em processos regulados pelo direito interno.

A violação das suas obrigações pelos EM divide-se em incumprimento por acção, quando são adoptadas normas de natureza legislativa, regulamentares ou administrativas incompatíveis com o direito europeu.

Ou, por incumprimento por omissão, quando o EM não adopta as medidas emanadas pela UE ou pelas Instituições, ou não revoguem uma norma que seja incompatível com o ordenamento jurídico da União.

Se o EM em causa não respeitar o direito europeu, o TJUE limita-se a constatar o facto do incumprimento, não lhe competindo aceitar ou rejeitar o solicitado pela Comissão.

Nesta situação o acórdão do TJUE, limita-se a uma simples declaração de incumprimento pelo Estado em causa.

Apesar do art.º 260.º do TFUE não indicar um prazo preciso para adoptar as medidas emanadas no acórdão do TJUE, segundo Campos e Campos (2010:457), «[n]o entanto o TJ precisou já que tais medidas «devem ser iniciadas de imediato e estar concluídas a breve prazo, sob pena de instauração de nova acção por incumprimento (agora por violação do art.º 260.º, nº 1)».

Se o EM não colocar em prática as exigências do acórdão do TJUE, segundo o enunciado no art.º 260.º nº2 do TFUE,

[s]e a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

O Estado reincidente pode incorrer à cominação de uma pena pecuniária, aplicada pelo TJUE.

Concluimos, que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009 o direito da UE assumiu todo o acervo Comunitário. A UE adquiriu personalidade jurídica, o que lhe permite celebrar acordos internacionais vinculando juridicamente o direito interno da União e dos EM. O princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade que se complementam, definem qual a delimitação e limitação de competências da UE. O direito originário e o direito derivado constituem as fontes do direito da UE. O TJUE é o garante do direito da UE tendo como competências a aplicabilidade directa do direito Europeu, salvo algumas excepções (*e.g.* matéria de política interna e segurança comum). É através da jurisprudência do TJUE que decorre o direito da primazia do direito Europeu sobre todos os EM.

CAPÍTULO IV

Direito Fiscal na UE

1. Enquadramento

Começamos por abordar a relação existente entre o Direito originário, com maior ênfase no TFUE, e a harmonização da tributação directa que não se encontra expressamente estabelecida nos Tratados e deve ser procurada através de disposições de índole mais geral.

Em seguida são analisadas o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades fundamentais do direito da UE, que através da jurisprudência do TJUE delimitam as políticas definidas pelos EM em matéria fiscal, que são discriminatórias ao direito da UE.

A terceira parte deste capítulo respeita à noção e conceitos normalmente utilizados pela legislação da UE: harmonização, coordenação e aproximação das legislações, através da forma dos instrumentos jurídicos consagrados nos Tratados e uma análise às restrições à harmonização da tributação directa

2. O Direito Originário e a Harmonização da Tributação Directa

A Harmonização fiscal não é um dos objectivos primordiais da UE. No entanto, no TFUE constam diversos artigos, que não se referindo directamente, são a base dessa sustentação harmonizadora.

No campo da harmonização fiscal indirecta, os artigos 110.º a 113.º do TFUE consagram os princípios gerais relativamente aos impostos indirectos (e.g. IVA e IEC'S). No âmbito do art.º 113.º do TFUE,

[o] Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta as disposições relacionadas com a harmonização das legislações relativas aos impostos especiais de consumo e a outros impostos indirectos, na medida em que essa harmonização seja necessária para assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno e para evitar as distorções da concorrência.

Sendo uma percentagem do IVA alocada ao orçamento comunitário, houve a necessidade por parte dos Estados-Membros de assegurar essa harmonização.

Relativamente à harmonização dos impostos directos essa necessidade não existiu. No âmbito do art.º 5.º do TFUE e no princípio da delimitação de competências da UE, a fiscalidade directa compete aos Estados-Membros.

No entanto, não estando consagrado em qualquer dos seus artigos expressamente qualquer menção a disposições relativas à tributação directa, Dourado (2010:25) refere,

[c]om excepção do art.º 58.º, nº 1, alíneas a) e b), do Tratado da CE, sobre o alcance da livre circulação de capitais o Tratado não faz uma referência expressa à tributação directa, nem nas disposições sobre liberdades fundamentais nem nas disposições sobre tributação ou harmonização (título VI do Tratado).

Com a entrada em vigor do TFUE, as disposições do art.º 58º do TCE passaram a constar do art.º. 65.º do TFUE. Apesar da proibição de restrições entre Estados-Membros e entre estes e países terceiros de movimentos e pagamentos de capitais, conforme o elencado no art.º 65º.do TFUE, nº 1, a) e b):

1. [o] disposto no art.º 63º não prejudica o direito de os Estados-Membros:
 - a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;
 - b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.

Decorre da interpretação dos artigos 63.º a 65.º, que existe uma proibição às restrições relativamente aos movimentos de capitais, mas no entanto é deixado aos EM a forma e os meios da evitação da erosão das suas bases fiscais, da fraude e evasão fiscal, da deslocação de capitais para os denominados paraísos fiscais e ainda no que respeita ao branqueamento de capitais.

A ausência de disposições específicas à harmonização fiscal da tributação directa no TFUE não implica que essa sustentabilidade não tenha sido evocada em diversos artigos.

Como refere Pereira (2004:68), «[a] base legal para a harmonização da tributação directa tem que ser procurada em disposições de índole mais geral, designadamente relativas à aproximação das legislações dos EM».

Como factor de aproximação das legislações o art.º 94.º do Tratado CE, actual art.º 115.º do TFUE, foi invocado como base jurídica para a aprovação das directivas sobre a harmonização da tributação directa. Segundo o art.º 115.º do TFUE e passamos a citar:

[s]em prejuízo do art.º 114.º, o Conselho deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta directivas para aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno.

Como se pode verificar, tanto relativamente aos impostos indirectos como aos impostos directos prevalece a regra da unanimidade. Esta regra tem sido o maior obstáculo à harmonização da tributação directa conforme é referido por Dourado (2010:223), que

[e]m matéria de tributação directa, a unanimidade provou ser desde sempre um obstáculo à harmonização, e com a crescente integração europeia e conseqüente perda progressiva de competências por parte dos Estados-Membros, a competência destes em matéria de tributação directa tornou-se no último reduto de soberania, se bem que mais aparente que real, tendo em conta (...), a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (...) nessa matéria.

Neste contexto de harmonização fiscal, escreve Pinheiro (1998:39)

[a]pesar de existir uma clara diferença entre a fiscalidade directa e a fiscalidade indirecta por parte do Direito Comunitário Originário, manifestada na atribuição expressa de competência à Comunidade somente no domínio dos impostos indirectos, as possibilidades de harmonização são, na prática, idênticas para os dois tipos de fiscalidade.

Na prossecução dos objectivos elencados no art.º 3.º do TUE, segundo Pereira (2010:251), «[t]ambém o art.º 352.º do TFUE assume relevância no que toca à harmonização fiscal». Conforme o articulado no art.º 352.º do TFUE,

[s]e uma acção da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objectivos estabelecidos pelos tratados (...), o Conselho deliberando por unanimidade (...) adoptará as disposições adequadas. As medidas baseadas no presente artigo não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos casos em que os Tratados excluam tal harmonização.

Como se pode constatar, a regra da harmonização continua a subsistir, podendo o Conselho actuar quando estiver em causa os objectivos primordiais elencados no art.º 3.º do TFUE, sendo no entanto excluídos os casos em que os Tratados excluam essa função harmonizadora.

Existem outras disposições nos Tratados, que não estando directamente ligadas à matéria fiscal, condicionam ou influenciam a UE e os EM, relativamente à tributação directa.

Além do elencado no art.º 18.º do TFUE, relativo à proibição de qualquer discriminação em função da nacionalidade, o TFUE no seu art.º 26.º contém uma medida de integração negativa que visa assegurar a livre circulação de mercadorias, de pessoas, dos serviços e dos capitais, no respeito pelas disposições dos Tratados. Além disso e como refere Cunha (2006:17),

[a] segunda categoria de instrumentos, que corresponde à integração positiva, abrange as disposições do Tratado CE que permitem ao Legislador Comunitário coordenar, harmonizar ou eventualmente uniformizar as regulamentações nacionais que, por via das suas divergências, entrem as trocas entre Estados-Membros.

3. O Princípio da não Discriminação e as Liberdades Fundamentais do Direito da UE

Os EM mantêm a sua soberania em matéria de tributação directa, devendo no entanto, exercê-los em conformidade com o disposto do direito da UE. O que implica que não podem existir medidas fiscais que sejam contrárias ao exercício das liberdades fundamentais consagradas no TFUE, designadamente: livre circulação de trabalhadores, direito de estabelecimento, livre prestação de serviços, livre circulação de capitais e a proibição da discriminação em razão da nacionalidade.

3.1. O princípio da não discriminação

O princípio da não discriminação em razão de nacionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Fiscal Europeu. Encontra-se consagrado no art.º 18.º do TFUE, que refere no seu nº 1, «[n]o âmbito da aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade».

A discriminação viola o princípio da igualdade sendo contrária aos objectivos do Tratado, assenta na criação de uma igualdade do ponto de vista formal ou seja a igualdade perante a lei.

A tributação directa como já foi referido não se encontra elencada no TFUE, também em matéria de impostos directos se verifica a inexistência de disposições referentes à proibição de discriminação.

É amplamente reconhecida que um tratamento discriminatório em matéria da tributação directa cria entraves à prossecução dos fins da UE, no âmbito da livre circulação de pessoas, serviços e capitais.

Como refere Pereira (2010:395), «[a]ssim, a extensão do princípio da não discriminação ao campo da tributação directa revela-se fundamental para a eliminação dos referidos obstáculos e para a concretização do mercado interno».

Constituem concretizações especiais no contexto do princípio da não discriminação, o elencado no n.º 2 do art.º 45.º do TFUE relativamente à livre circulação de trabalhadores, o primeiro parágrafo do art.º 49.º relativamente ao direito de estabelecimento, o terceiro parágrafo do art.º 57.º relativo ao direito de estabelecimento e o art.º 63.º relativo à livre circulação de capitais e pagamentos.

Neste campo, a jurisprudência do TJUE tem vindo a estabelecer que os EM devem exercer as suas competências com respeito pelo direito da UE. Na prossecução da não discriminação das liberdades fundamentais anteriormente elencadas assenta essencialmente a jurisprudência do Tribunal da Justiça.

Desta forma, verifica-se uma ligação estreita entre o art.º 18.º do TFUE, que prevê genericamente a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades fundamentais. Não obsta porém a que este possa ser aplicado quando não estiverem em causa qualquer das disposições acima referidas. Neste contexto, verifica-se segundo Pereira (2010:396) que,

[d]este modo, a comparação das situações concretas, no sentido de aferir se os sujeitos passivos estão numa situação comparável ou numa situação diferente, é fundamental para se poder concluir, face ao tratamento fiscal aplicável, se existe ou não uma discriminação proibida pelo TFUE.

Os acórdãos *Shumacker*, Caso C-279/93, §30 e *Wielockx*, Caso C-80/94, §17, são entre outros paradigmáticos em relação ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

Assim, o Tribunal da Justiça nos acórdãos assinalados vem referir, que: «[n]os termos de uma jurisprudência constante, uma discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes».

Na análise feita por Cunha e Vasques (2002:93) estes afirmam que,

[e]stes acórdãos ilustram a forma como o direito comunitário afecta a coerência interna do direito fiscal nacional. Com efeito, o direito fiscal nacional dos diferentes Estados-Membros encontra-se estruturado com base numa distinção entre residentes e não residentes. Esta distinção efectuada pela legislação em apreço nos diferentes acórdãos, constitui uma forma de discriminação indirecta com base na nacionalidade, a qual é proibida pelo direito comunitário. Por este motivo, os requerentes nos processos principais puderam invocar a proibição comunitária para afastar a aplicação da regulamentação nacional que distinguiu entre residentes e não residentes.

Desta forma, a verificação da existência ou não, da discriminação proibida pelo TFUE em face do tratamento fiscal aplicável, passa pela comparação de situações concretas relativamente aos sujeitos passivos, e se essas situações são comparáveis ou diferentes.

3.2. A livre circulação de trabalhadores

A livre circulação de trabalhadores está consagrado nos artigos 45.º a 48.º do TFUE.

O art.º 45.º do TFUE refere que:

1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União.
2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

Segundo Cunha (2006:22),

[o] tratado estabelece uma primeira distinção essencial no seio da livre circulação de pessoas, assente no modo como estas exercem a sua actividade, prevendo a aplicação de um determinado regime quando o fazem de forma subordinada, mas estabelecendo um outro quando o fazem de forma independente.

Assim se infere, que a livre circulação de trabalhadores no seio da UE compreende o direito de tratamento igual aos dos trabalhadores nacionais dos Estados-Membros de acolhimento relativo ao emprego, remuneração e condições de trabalho.

A jurisprudência do TJUE tem vindo a situar a livre circulação de trabalhadores em diversos acórdãos, dos quais destacamos os casos *Schumaker* e *Wielockx*.

Nos casos referidos, o Tribunal equipara os não residentes aos residentes do EM de acolhimento quando a maior parte dos rendimentos auferidos se situa neste EM.

Nesse sentido Cunha e Vasques (2002:95 e ss) referem, que

«[o] Tribunal parte do princípio de que, em matéria de fiscalidade directa, a situação pessoal e familiar do sujeito passivo deve ser sempre tida em consideração, de modo a evitar discriminações; constatando, em seguida, que o Estado normalmente competente para tal, o Estado de residência, está objectivamente impossibilitado de o fazer, porque o contribuinte em causa obtém a totalidade dos seus rendimentos no território de outro Estado-Membro, concluindo que o Estado de acolhimento deve reconhecer a situação subjectiva do sujeito passivo que, por razões atinentes à aplicação do Tratado e ao exercício das liberdades de circulação, não pode ser reconhecida pelo Estado da residência».

Verifica-se assim, que apesar de se tratar de medidas licitamente discriminatórias, são contrárias ao disposto no art.º 45.º do TFUE.

3.3. O Direito de Estabelecimento

O direito de estabelecimento encontra as suas disposições nos artigos 49.º a 55.º do TFUE. Conforme o disposto no art.º 49.º n.º 1 decorre a proibição de restrições à liberdade de estabelecimento das pessoas singulares e das sociedades de um Estado-Membro noutro Estado-Membro, através de agências, sucursais ou filiais. Segundo o n.º 2 do art.º 49.º do TFUE,

[a] liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios naturais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

Reconhece-se assim o direito de estabelecimento aos nacionais de um EM noutro EM, nas mesmas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais.

Segundo Cunha (2006:24), «[a]ssim, o estabelecimento envolve um elemento de instalação estável e duradoura, se bem que a fronteira precisa entre liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços pode, em certas circunstâncias, ser difícil de traçar».

O direito de estabelecimento pode ser exercido a título principal ou secundário. A título principal, permite a criação de um primeiro estabelecimento por nacionais de um Estado-Membro noutro Estado-Membro.

Como refere Pereira (2010:256) o direito de estabelecimento a título principal «[p]ode também ser exercido mediante a transferência de um estabelecimento principal existente num Estado-Membro para outro Estado-Membro».

No âmbito do direito de estabelecimento exercido a título secundário, conforme Cunha (2006:25) «[o] exercício da liberdade de estabelecimento a título secundário pode manifestar-se pela criação, por pessoa singular ou colectiva estabelecida no território de outro Estado-Membro».

Relativamente às agências ou sucursais estas são desprovidas de personalidade jurídica distinta da do estabelecimento principal. No que concerne à filial, esta é considerada dotada de personalidade jurídica própria, como tal integrada na ordem jurídica do EM de constituição.

Conforme se depreende § 1.º do art.º 49.º do TFUE, o direito de estabelecimento a título secundário está limitado aos nacionais de um EM que se encontrem já estabelecidos no território de outro EM.

De acordo com o enunciado no § 16.º do acórdão *Daily Mail*, Caso C-81/87 de 27 de Setembro de 1988, Cunha e Vasques (2002:41) referem que,

[a]través da jurisprudência do TJUE, as disposições relativas ao direito de estabelecimento, têm como princípio assegurar que os nacionais de outros EM e as sociedades constituídas de acordo com a legislação de outros EM sejam tratadas no Estado de Estabelecimento da mesma forma, que os nacionais deste Estado, proibindo também o Estado-Membro de origem de restringir o estabelecimento noutro Estado-Membro de um dos seus nacionais ou de sociedade constituída ao abrigo do direito daquele Estado.

É manifestamente repetido pelo TJ, que ao aceitar-se que o EM de estabelecimento possa aplicar um tratamento diferenciado, porque a sede social, administração e estabelecimento principal estão sediados noutro EM, desvirtuaria o sentido do art.º 49.º do TFUE. Conforme refere Dourado (2010:78),

[s]egundo o Tribunal, a diferença de tratamento de filiais de acordo com a sede da sociedade-mãe constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento se tornar menos atractiva às sociedades residentes noutro Estado, o exercício daquela liberdade e pode fazer com que elas se abstenham de adquirir, criar ou manter uma filial no Estado que adopta tal medida.

Como jurisprudência do TJUE associada ao direito de estabelecimento, além do caso *Daily Mail* já citado, *Avoir Fiscal*, Caso 270/83 de 28 de Janeiro de 1986; *Commerzbank*, Caso C-330/91 de 13 de Julho de 1993; *Metallgesellschaft* Caso C- 397/98 e C-410/98 de 8 de Março de 2001 e *Marks & Spencer*, Caso C- 446/03 entre outros.

A proibição de discriminação e do direito de estabelecimento por parte do EM de saída, de pessoas singulares ou de sociedades, tem sido objecto de jurisprudência do TJUE em matéria de tributação directa.

São de salientar os casos *ICI*, Caso C-264/96 de 16 de Julho de 1998; *Lasteyrie du Saillant*, Caso C-9/02 de 11 de Março de 2004 e *Cadbury Schweppes*, Caso C-196/04 de 12 de Setembro de 2006, entre outros, que como refere Dourado (2010:79) «o tribunal considerou que as sociedades tinham exercido o direito de estabelecimento (à saída), e que não existia “um esquema puramente artificial”».

Nestes casos o Tribunal considerou que se tratava de uma restrição ao direito de estabelecimento.

3.4. A livre prestação de serviços

A livre prestação de serviços encontra-se consagrada nos artigos 56.º a 62.º do TFUE.

Segundo o elencado no art.º 56.º, «as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o destinatário da prestação».

No art.º 57.º é referido qual o conceito e natureza de «serviço». São considerados como serviços «as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas».

Relativamente à natureza dos serviços, estes compreendem: «a) Actividades de natureza industrial; b) Actividades de natureza comercial; Actividades artesanais; Actividades das profissões liberais».

E termina, referindo que para executar a prestação, pode o prestador exercer temporariamente a sua actividade no EM onde a prestação é efectuada, de acordo com as condições impostas aos próprios nacionais.

É de referir ainda o § 2º do art.º 58.º, «[a] liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a liberalização da circulação de capitais».

No Caso C-55/98 *Bent Vestegaard* de 28 de Outubro de 1999, o Tribunal analisou a questão de saber se estava em causa uma situação transfronteiriça protegida pelo Tratado. Estava em questão a dedução de despesas de formação profissional. Os serviços foram prestados em Creta por nacionais dinamarqueses – o EM beneficiário dos serviços – a Dinamarca, através da sua administração fiscal recusou deduzir as despesas profissionais do rendimento tributável da Sociedade Bent Veestegaard.

Como é referido por Dourado (2010:86), «[d]os artigos 50.º, nº 2, e 51.º nº 2, do Tratado CE, parece resultar que a livre prestação de serviços só se aplica se nem a liberdade de estabelecimento, nem a livre circulação de capitais estiverem em causa, e por isso havia alguma expectativa quanto à forma como o Tribunal iria delimitar o âmbito de aplicação da prestação de serviços em relação à livre circulação de capitais.

No entanto o Tribunal considerou, que o alcance da livre prestação de serviços é amplo e que qualquer restrição e discriminação no âmbito desta liberdade são consideradas proibidas.

3.5. A livre circulação de capitais

A livre circulação de capitais encontra-se prevista nos artigos 63.º a 66.º do TFUE.

Contrariamente ao que acontece relativamente às restantes liberdades fundamentais, o art.º 63.º proíbe todas as restrições ao movimento de capitais e aos pagamentos, independentemente de serem entre EM e entre EM e Países terceiros.

Segundo o art.º 63.º do TFUE, antigo art.º 56º do TCE, Dourado (2010:97) afirma, que

«[o] art.º 56º interpretado literalmente faz da livre circulação de capitais a liberdade fundamental de maior alcance porque se aplica também a Países terceiros, mas, na verdade, quando a livre circulação de capitais aparece associada a outra liberdade fundamental, do Tratado não resulta claramente se se aplicam todas as liberdades envolvidas ou se uma delas deve prevalecer e qual deve prevalecer.

No entanto o art.º 65.º do TFUE, serve como uma cláusula de salvaguarda em determinadas situações, desde que segundo o n.º 3, «[a]s medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos».

Então ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 do art.º 65.º, os EM podem aplicar as suas normas jurídicas relativamente aos contribuintes que não se encontrem em idêntica situação, relativamente ao seu local de residência, ou ao local de investimento do capital. Podem também aplicar as medidas de carácter fiscal julgadas indispensáveis, constantes do seu ordenamento jurídico, de supervisão prudencial das instituições financeiras, assim como tomarem medidas justificadas em termos de ordem ou segurança pública.

A livre circulação de capitais e pagamentos está em conexão com as restantes liberdades fundamentais para um normal funcionamento do mercado interno.

A circulação de capitais é de extrema importância na fiscalidade, visto o capital ser dotado de grande mobilidade. Com salienta Pereira (2010:260),

[p]or um lado, nas situações em que se verifique uma dupla tributação internacional do capital, a liberdade de circulação de capitais fica prejudicada. Em contrapartida, a existência de grandes disparidades entre os regimes fiscais dos Estados-Membros pode incentivar uma localização dos capitais motivada pelo aproveitamento de regimes fiscais mais favoráveis.

Desta forma, a deslocalização do factor capital para Estados com menor carga fiscal, pode dar origem a um aumento de concorrência fiscal entre EM, a erosão das bases fiscais e o prejuízo da mentalidade fiscal nos EM.

4. Harmonização fiscal – Noção e Formas

A harmonização fiscal tem sido basicamente desenvolvida através de instrumentos jurídicos com carácter vinculativo, como sejam os regulamentos e directivas.

A aproximação das legislações fiscais em matéria de fiscalidade directa nos EM tem como finalidade suprimir os obstáculos ao normal funcionamento do mercado interno.

A vinculação por parte dos EM em termos de harmonização fiscal é limitativa para a sua soberania fiscal.

Os Tratados e a legislação da UE, utilizam indistintamente os termos harmonização, coordenação e aproximação, os quais segundo Pereira (2004:62) servem «para classificar a actuação comunitária quanto à amplitude dos seus objectivos, à sua interferência na

legislação fiscal dos EM e ao grau de condicionamento que impõe aos Estados na definição das suas políticas fiscais».

Dentro das situações elencadas, passamos à definição dos diversos níveis e formas de concretização dos termos referidos. Não sendo a doutrina unânime, adoptámos as noções de Nabais (2005:193) segundo as quais:

1. A *(mera) coordenação* (ou *coordenação de políticas*) que, segundo uma parte significativa de autores, operaria apenas ao nível das políticas dos Estados-Membros, isto é, ao nível da cooperação por via política, tendo por objecto não actos de legislação ou outros actos normativos nacionais, mas o exercício do poder político ou “governamental” num determinado sector. Porém, na medida em que, como defendem alguns autores, a coordenação abarque também a coordenação de legislações, ela situa-se ao nível da cooperação jurídica internacional dos Estados e concretiza-se através de convenções ou mesmo de directivas, em termos idênticos aos da aproximação das legislações.
2. A *aproximação de legislações* (ou a *coordenação de legislações* ou a *mera coordenação de legislações*) que se localiza ao nível da cooperação jurídica internacional dos estados, em que se procura formar uma base comum de princípios e regras, de maneira a que não só as soluções, mas também os próprios direitos nacionais se tornem, senão idênticos, pelo menos, similares, o que é levado a cabo através de convenções ou mesmo de directivas.
3. A *harmonização stricto sensu* ou a *harmonização tout court* das legislações, em que se procede à erradicação das disparidades existentes entre as legislações nacionais de modo a chegar a soluções idênticas, sem limitar, contudo o exercício da competência legislativa nacional, o que pressupõe um leque mais alargado de instrumentos, em que se contam, embora excepcionalmente, os próprios regulamentos comunitários.
4. A da *unificação* ou *uniformização* que, envolvendo a eliminação total das disparidades tem nos regulamentos comunitários o seu instrumento paradigmático e o alcance de um abrir mão de parcelas significativas da soberania fiscal dos estados.

Como se pode inferir os termos coordenação, aproximação e harmonização em sentido estrito, contrapõem-se ao de unificação ou uniformização. Numa análise à diferença existente entre estes conceitos Pinheiro (1998:58) afirma,

[c]oncretizando, no campo da fiscalidade, enquanto a harmonização (por exemplo, na modalidade de coordenação) é compatível com a persistência de disparidades nos

sistemas fiscais, já a unificação pressupõe a eliminação destas, significando um considerável (senão mesmo absoluto) abandono da soberania fiscal pelos Estados-Membros. O conceito de harmonização fiscal representa, por isso, a solução racional de compromisso entre as necessidades de eliminar as disparidades fiscais existentes entre os Estados-Membros e a salvaguarda da autonomia destes.

Relativamente às formas de harmonização fiscal, podem ser levadas a cabo apoiando-se em instrumentos jurídicos, através de regulamentos, directivas, recomendações, decisões ou convenções, ou seja por actos de natureza legislativa, através da harmonização negativa ou jurisprudencial concretizada pelo TJUE, ou através de instrumentos políticos, como os códigos de conduta.

Não sendo a harmonização fiscal um fim em si mesmo, mas um meio de eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais no seio da UE, verifica-se que, só os impostos indirectos porque incluídos nos preços dos bens e serviços, obstam à livre circulação.

Contrariamente ao carácter dinâmico da fiscalidade indirecta contrapõem-se os tímidos avanços na fiscalidade directa. Neste sentido refere Pereira (2010:269) que,

[o] carácter dinâmico tem sido mais evidente no que respeita à harmonização dos impostos indirectos – IVA e impostos especiais sobre o consumo. Quanto à fiscalidade directa, trata-se de um campo no qual são particularmente notórias as limitações impostas pelos Estados-Membros ao desenvolvimento da harmonização fiscal.

Está subjacente a esta ideia a regra da unanimidade, os Estados vêem-se confrontados com a sua soberania fiscal e por outro lado na tomada de decisões que possam fortalecer o processo de integração económica.

Além da regra da unanimidade no domínio da harmonização fiscal, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que se complementam, são os factores de maior constrangimento, principalmente na harmonização da tributação directa.

4.1. Restrições em matéria harmonização da tributação directa na UE

Os princípios da subsidiariedade e de proporcionalidade articulados no art.º 5.º do TFUE, aliados à regra da unanimidade elencado no art.º 115.º do TFUE são os factores de maior entrave no processo de desenvolvimento em matéria de harmonização da fiscalidade directa na UE.

Os desenvolvimentos em sede de harmonização da tributação directa são demasiado modestos contrastando com o carácter mais dinâmico no âmbito dos impostos indirectos. Neste contexto, tem-se vindo a verificar uma maior intervenção do TJUE em matéria de tributação directa. Segundo Nabais (2005:197), daí decorre que a harmonização da tributação directa tem vindo a ser feita por via negativa,

[o] que, se fica a dever ao verdadeiro bloqueio dos órgãos legislativos da União no domínio fiscal decorrente sobretudo da manutenção da regra da unanimidade em matéria fiscal, manutenção para a qual concorreu, de resto, a perda dos instrumentos de política monetária e cambial e a forte limitação da política fiscal dos Estados-Membros.

Os EM, assentes na regra da unanimidade tentam manter o que lhes resta da sua soberania fiscal obstando dessa forma a um entendimento que permita maior dinamismo, quer no aprofundamento e desenvolvimento em áreas já existentes, quer na adopção de novas medidas em processo de harmonização da tributação directa. Neste sentido Pereira (2010:272) refere, que

[é] de salientar, a este propósito, que a grande relevância que o aspecto tributário assume para os Estados justifica em grande medida, a defesa intransigente da soberania fiscal por parte destes. Tal relevância verifica-se (...), ao nível da obtenção das receitas de que os Estados necessitam.

A autonomia dos EM em matéria de receitas fiscais tem como objectivo a redistribuição de rendimentos (política social), apoio ao desenvolvimento regional e local, criação de emprego e apoio às actividades exportadoras, entre outros.

Outros dos factores em que os Estados se baseiam para manter a regra da unanimidade e que impedem uma maior abertura no domínio da harmonização da tributação directa prende-se no poder decisório do Conselho e nos órgãos democraticamente eleitos, o Parlamento Europeu. Neste contexto Campos (2005:199) assinala,

[a]ssim, das duas, uma : ou o auto consentimento dos impostos continua a ser concretizado a nível nacional, nos termos em que tradicionalmente as constituições nacionais o prescrevem, ou é concretizado a nível comunitário em moldes que, naturalmente, não poderão deixar de reflectir as ideias que o constitucionalismo moderno instituiu e nos legou.

Com a aprovação do Tratado de Lisboa, verifica-se que não foi dado qualquer passo nesse sentido mantendo-se a regra da unanimidade.

Concluimos que a harmonização fiscal não é um dos objectivos primordiais da UE. Os tratados primam pela ausência de disposições específicas em matéria de harmonização da tributação directa, o que não invalida que essa sustentabilidade não tenha sido evocada em diversos artigos nos Tratados. O art.º 115.º do TFUE tem sido invocado como base jurídica para a aprovação de directivas, instrumento normativo, normalmente utilizado para a harmonização da tributação directa. Sendo os Estados soberanos em matéria de tributação directa, estes devem exercê-la de acordo com o disposto no direito da UE. O TJUE tem desempenhado um papel activo na construção europeia tanto no que diz respeito à articulação entre os EM e a UE, quer no que concerne à salvaguarda dos princípios e liberdades consagrados nos Tratados. Os tratados e a legislação da UE usam indeterminadamente os termos harmonização, coordenação e aproximação para classificar os objectivos e condicionalismos aos EM na definição e extensão das suas políticas fiscais. Como factores inibidores de avanços em termos de harmonização da tributação directa os Estados apoiam-se nos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade e na regra da unanimidade (com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa não houve qualquer alteração a esta regra), de forma garantir a sua soberania fiscal. Consta-se assim, uma supremacia através da harmonização negativa ou jurisprudencial em contraste com a harmonização política e jurídica em termos de harmonização da tributação directa.

CAPÍTULO V

Evolução da Harmonização da Tributação Directa na UE

1. Enquadramento

O processo de harmonização da tributação directa passou por várias fases e processos, fundamentados em relatórios efectuados por grupos de trabalho e peritos independentes, comunicações por parte da Comissão, propostas de vários instrumentos jurídicos e a aprovação por parte do Conselho de algumas Directivas no domínio da tributação directa relativamente ao imposto sobre as sociedades e sobre os particulares.

No que concerne ao processo evolutivo da harmonização da tributação directa, são considerados três períodos distintos;

- 1º Período, que compreende os anos de 1959 a 1990, existe da parte da Comissão um forte empenhamento na harmonização da tributação sobre as sociedades, é aprovada neste período o primeiro instrumento jurídico no campo de harmonização da tributação directa pelo Conselho, a Directiva 77/799/CEE sobre a assistência mútua no domínio dos impostos directos, com o objectivo de diminuir a perda de receitas fiscais nos EM ;
- 2º Período, que compreende os anos de 1990 a 1996, encontra-se aqui as novas linhas orientadoras da Comissão assente na regra da subsidiariedade e na concertação entre a Comunidade, os EM e as empresas.
- 3º Período, compreendido entre 1997 até à actualidade, a Comissão tem neste período uma perspectiva mais global, tendo como alvo a concorrência fiscal prejudicial, visando reduzir as distorções existentes na Comunidade e evitar a perda de receitas fiscais pelos EM. Neste período são aprovadas novas directivas e apresentadas novas propostas no âmbito da harmonização da tributação directa.

No prosseguimento do contexto evolutivo, analisamos o Direito Fiscal Europeu secundário e a Harmonização da Tributação Directa.

No que respeita às perspectivas em matéria de harmonização directa, são objecto de estudo os métodos referentes à maior aproximação entre as bases tributáveis e as taxas de imposto

dos vários EM e a adopção da tributação unitária ou global das sociedades na UE, com maior incidência na tributação de base comum consolidada.

2. A actuação da Comissão e do Conselho no âmbito da Tributação Directa

Com a entrada em vigor dos tratados que instituíram a UE e com o início do processo dos ordenamentos tributários dos EM, segundo o definido por Cunha (2004:32), «(...) cedo surgiu a constatação de que as divergências existentes entre os Estados-Membros eram de modo a falsear a concorrência no interior do mercado comum, em virtude de a carga fiscal constituir uma componente do custo de produção».

O primeiro objectivo foi tentar eliminar as distorções fiscais e as divergências em matéria de tributação, de forma a evitar falsear a concorrência, favorecendo ou prejudicando as pessoas colectivas e singulares.

Conforme assinala Cunha (2006:32) «[a] actividade de harmonização fiscal visa modificar as estruturas dos sistemas fiscais dos Estados-Membros. (...) visando apenas os aspectos desses sistemas fiscais susceptíveis de entravar a livre circulação de mercadorias, de pessoas e capitais».

Assim, no sentido de eliminar esses obstáculos, Cunha (2006:33) assinala que deve ser assegurado:

- a) O estabelecimento de um mercado único dotado das mesmas características que um mercado nacional, graças, designadamente, à livre circulação de mercadorias, de pessoas, serviços e de capitais e ao estabelecimento de um regime de concorrência não falseada;
- b) A aproximação progressiva da política económica dos Estados-Membros;
- c) A instauração de um conjunto de políticas comuns, entre as quais se contam a política comercial comum, da agricultura e transportes, bem como da energia, regional e do ambiente.

As disposições em matéria de fiscalidade directa como já foi referido não se encontram nos tratados. Em domínio de tributação directa são de considerar dois objectivos específicos, a prevenção da evasão fiscal e a eliminação da dupla tributação como forma de evitação de distorções de concorrência. Os trabalhos desenvolvidos neste âmbito incidiram principalmente no domínio da fiscalidade das empresas, não deixando no entanto de existir

a preocupação com a tributação das pessoas singulares, nomeadamente em matéria de juros pagos a não residentes.

Neste contexto, sucederam-se vários relatórios realizados por comités de peritos independentes e grupos de trabalho, através de programas, resoluções, comunicações, propostas de instrumentos jurídicos e aprovação por parte do Conselho de Directivas relativamente a diversos aspectos de fiscalidade das sociedades e das pessoas singulares.

De seguida abordaremos os mais importantes, no âmbito da harmonização da tributação directa.

2.1. Primeiro período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa

Nesta primeira fase, verifica-se por parte da Comissão o objectivo de harmonização das bases tributáveis das empresas e da tributação pessoal dos dividendos, visando a neutralidade dos sistemas fiscais na Comunidade. Só através da eliminação das distorções fiscais baseadas nas diferentes cargas fiscais e desigualdades estruturais dos sistemas fiscais dos EM é possível a consolidação do mercado único, como é referido pelo relatório Neumark.

São apresentadas neste período as primeiras propostas de directiva em matéria de harmonização da tributação directa. A proposta de directiva relativa às fusões, cisões e entrada de activos entre sociedades de Estados-Membros diferentes e a proposta de directiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às «sociedades-mães» e «sociedades afiliadas» de Estados-Membros diferentes.

2.1.1. O Relatório Neumark – Relatório do Comité Fiscal e Financeiro (1962)

É a partir do relatório Neumark, publicado em 1962, que se começa a travar a luta contra a eliminação das distorções fiscais. O tipo de distorções fiscais identificadas como obstáculo à consolidação do Mercado único, tem como natureza a política fiscal interna dos EM. Com mais relevância são apontados:

1. diferente carga fiscal de Estado para Estado;
2. desigualdade estrutural dos sistemas fiscais;
3. desigualdade na estrutura dos gastos públicos.

Nesse sentido, Rosado (2004:76) refere,

[n]o que diz respeito aos princípios gerais da harmonização fiscal, um dos pontos de partida do relatório consiste no reconhecimento de que as diferenças existentes entre os sistemas fiscais dos vários EM, resultam das particularidades desses Estados, designadamente em termos históricos naturais e sociais.

Deixando nos Estados a sua autonomia em termos dos seus sistemas fiscais, mas existindo o compromisso da eliminação das distorções fiscais.

No domínio mais específico sobre as sociedades, no campo da harmonização directa é proposto um programa composto por três fases. Segundo o elencado por Pinheiro (1998:109):

- numa primeira fase, a harmonização das retenções na fonte sobre juros e dividendos;
- numa segunda fase, a harmonização do imposto sobre o lucro das sociedades e a conclusão de uma convenção multilateral para evitar a dupla tributação;
- numa terceira fase a criação de um sistema comum de informações e de um tribunal especial na Comunidade para resolver certos litígios fiscais;
- finalmente, à medida que os movimentos de capitais, no interior da Comunidade fossem liberalizados, a abolição dos impostos incidentes sobre os fluxos de capitais.

Este programa não estabelecia datas definidas para a sua execução, mas pressupõe que cada nova fase teria sido precedida pela anterior.

2.1.2. O Relatório Segré (1966)

Tem como objectivo a análise da criação de um mercado de capitais, sendo propostas medidas para eliminar obstáculos de natureza fiscal, integrado na Comunidade, nomeadamente, segundo Pinheiro (1998:110):

- A celebração de uma convenção multilateral para evitar a dupla tributação e
- A abolição da retenção na fonte sobre juros ou a adopção de um sistema comum de retenção na fonte.

2.1.3. O Programa de acção da Comissão no domínio dos impostos directos (1967)

As medidas propostas por este programa visam como objectivo primordial, como refere Pinheiro (1998:110), nomeadamente:

- a liberalização dos movimentos de capitais;
- a remoção dos obstáculos à cooperação entre empresas;
- aproximação das bases tributáveis dos impostos sobre as sociedades.

Para colocar em prática o programa de acção da comissão no domínio dos impostos directos, a comissão apresentou as duas primeiras propostas de directiva, relativas à tributação das sociedades, assim é referido por Pinheiro (1998:111):

- a proposta de directiva relativa às fusões, cisões e entrada de activos entre sociedades de Estados-Membros diferentes;
- a proposta de directiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às «sociedades-mães» e «sociedades afiliadas» de Estados-Membros diferentes.

Há que referir que estas directivas só foram aprovadas mais de vinte anos depois e com várias alterações a este projecto inicial.

2.1.4. O Relatório Van den Tempel (1970)

Tem como objectivo uma análise sobre os diferentes métodos de dupla tributação económica sobre dividendos.

Como é mencionado por Pereira (2004:79) «[e]m resultado do referido exame, Van den Tempel propõe a adopção, como sistema uniforme na Comunidade, do sistema clássico, o qual consiste na tributação autónoma do lucro obtido pela sociedade e do distribuído por esta aos seus accionistas».

2.1.5. O Programa de acção da Comissão de 1975

Devido às dificuldades enfrentadas relativamente ao programa de acção de 1967, a Comissão reduz as suas acções no domínio da fiscalidade directa e concentra a sua actuação em medidas consideradas indispensáveis à prossecução da integração económica comunitária.

A prioridade passa pela aprovação das duas propostas de directiva de 1969, relativas às fusões, cisões e entrada de activos entre sociedades de EM diferentes e ao regime aplicável às sociedades mães/afiliadas. Em 1976, a Comissão apresentou ao Conselho duas outras propostas de directiva, ver Pinheiro (1998:112):

- a proposta de directiva sobre a assistência mútua no domínio dos impostos directos;

- a proposta de directiva sobre a eliminação da dupla tributação no caso de correcções de lucros entre empresas associadas (procedimento amigável).

Relativamente à primeira proposta de directiva, esta foi aprovada no ano seguinte, Directiva 77/779/CEE, de 19 de Dezembro de 1977 com o objectivo de diminuir a perda de receitas fiscais nos EM, enquanto a segunda foi aprovada sob a forma de convenção em 1990.

2.1.6. O Relatório Burke (1980)

O relatório sobre as perspectivas de convergência dos sistemas fiscais na Comunidade (relatório Burke), tem como objectivo a persecução dos objectivos delineados pela Comissão no sentido de harmonização da estrutura dos impostos sobre as sociedades dos EM.

O relatório aponta a necessidade de harmonização da tributação de juros e dividendos para garantir a circulação de capital. Nesse sentido, conforme é definido por Pereira (2004:83),

[o]s pontos centrais da harmonização da base tributável, ao nível da legislação dos EM, devem, nos termos do relatório, ser as amortizações, o tratamento das mais-valias e menos-valias, a valorização do activo e do passivo, os regimes relativos à criação de reservas e provisões fiscalmente dedutíveis, bem como o reporte de prejuízos.

É novamente apontada a necessidade do estabelecimento de regimes fiscais comuns aplicáveis às sociedades «mães e filhas» e às fusões.

No âmbito deste estudo é apresentada ao Conselho em 1984 uma proposta de directiva sobre o reporte de prejuízos de empresas, tendo sido modificada em 1985.

2.1.7. O Livro Branco de 1985 sobre a realização do mercado interno

Continua a existir por parte da Comissão pressão sobre o Conselho para serem aprovadas as directivas sobre fusões, «mães e filhas» e à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas e ao reporte de prejuízos entre empresas.

Segundo Pinheiro (1998:112) «[n]o que respeita à fiscalidade directa, o Livro Branco apenas se debruça sobre a tributação das sociedades com o objectivo de abolir os obstáculos à cooperação entre as empresas europeias».

A única referencia relativamente à eliminação dos obstáculos fiscais em matéria de fiscalidade é dedicado exclusivamente à tributação indirecta.

2.2. Segundo período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa

Neste segundo período, a Comissão concentra-se em medidas específicas mais limitadas para a consecução do mercado único, invocando o princípio da subsidiariedade e abandonando a concepção mais centralista que vinha sendo adoptada no âmbito da harmonização da tributação directa.

Foi neste período que foi aprovado o primeiro pacote de medidas fiscais em matéria de harmonização relativas à tributação das sociedades: a Directiva 90/434/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes. Outra das propostas aprovadas foi a Convenção 90/436/CEE relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas. No período em análise destaca-se o relatório Ruding de 1992, onde se apresentam medidas que visam a evitação das distorções existentes a nível comunitário com reflexo no mercado interno, defendendo no entanto, que as acções a nível comunitário se devem limitar ao mínimo essencial, no respeito pela soberania fiscal dos Estados, no princípio da subsidiariedade e na unanimidade em matéria de âmbito fiscal.

2.2.1. A Comunicação da Comissão de 1990 relativa à supressão das barreiras fiscais à actividade empresarial e transfronteiriça

Com a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento, verifica-se que existe uma importante alteração por parte da Comissão no âmbito da harmonização fiscal aplicável às empresas.

No prosseguimento desta alteração por parte da Comissão, Pereira (2004:85) assinala, «[e]ncontram-se aí patentes as novas linhas orientadoras da política da Comissão a este nível: subsidiariedade e definição da actuação comunitária de forma concertada com os EM e as empresas».

A Comissão define então uma abordagem mais prudente em matéria de harmonização fiscal das empresas, limitando-se esses actos ao estritamente necessário, para a supressão dos entraves e distorções fiscais para a realização do mercado interno.

No prosseguimento deste novo programa em matéria fiscal, a Comissão solicita ao Conselho que aprove com urgência as propostas de directiva anteriormente referidas e ao estabelecimento de procedimento arbitral em caso de correcção de lucros entre empresas associadas em diferentes EM.

2.2.2. Aprovação das Directivas fusões/cisões, sociedade-mãe/sociedades afiliadas e da Convenção de Arbitragem

No prosseguimento da solicitação da Comissão ao Conselho para aprovação do programa de matéria fiscal em relação às empresas, foram aprovadas em 1990 as primeiras directivas e a Convenção de Arbitragem em matéria de harmonização directa, que são as seguintes:

- Directiva 90/434/CEE, do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes;
- Directiva 90/435/CEE, do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes;
- Convenção 90/436/CEE relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros de entre empresas associadas.

2.2.3. Propostas de directivas relativas a juros e royalties e á dedução de prejuízos.

Foram apresentados pela Comissão em Dezembro de 1990, um conjunto de propostas de directiva:

- Proposta de directiva do Conselho relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efectuados entre sociedades-mãe e filiais de Estados-membros diferentes, publicada no *JOCE n° C 53, de 28 de Fevereiro de 1991*.
- Proposta de directiva do Conselho relativa a um regime de tomada em consideração, por parte das empresas, dos prejuízos sofridos pelos seus estabelecimentos permanentes e filiais situados noutros Estados-membros, publicada no *JOCE n° C 53, de 28 de Fevereiro de 1991*.

Relativamente à primeira proposta de directiva enunciada, esta veio a ser retirada em 1994, sendo apresentada pela Comissão em 1998 uma nova proposta de directiva.

2.2.4. O Relatório Ruding (1992)

O relatório apresentado pelo Comité Ruding tem como objectivo pronunciar-se sobre as questões que lhe tinham sido colocadas pela Comissão:

Conforme Pinheiro (1998:114), as questões eram as seguintes:

- se as disparidades existentes quanto ao imposto sobre as sociedades e encargos fiscais das empresas geravam importantes distorções nas decisões de investimento, afectando o funcionamento do mercado interno;
- no caso afirmativo, se a eliminação destas distorções se devia fazer através do livre jogo das forças do mercado e da concorrência entre os sistemas fiscais nacionais ou através de medidas comunitárias;
- além disso, a justificarem-se estas últimas, sobre que aspectos da tributação das empresas é que as medidas deveriam incidir e a que resultados deveriam conduzir: a uma harmonização em sentido estrito, a uma aproximação ou a um simples enquadramento das fiscalidades nacionais;
- desejava ainda a comissão saber qual o efeito de tais medidas, ou da sua falta, em termos de realização de outros objectivos comunitários tais como a protecção do meio ambiente e o tratamento equitativo das pequenas e médias empresas.

O Comité Ruding concluiu que existem diferenças consideráveis ao nível do imposto sobre as sociedades entre os EM e que essas disparidades têm reflexo no mercado interno.

Conclui ainda, não obstante se justifique uma acção a nível comunitário, que essa acção se deve limitar ao mínimo necessário para que os Estados conservem a sua soberania fiscal, assente no princípio da subsidiariedade e da exigência de unanimidade em matéria de decisões de âmbito fiscal. Neste contexto, o Relatório Ruding define como prioritária a actuação da Comunidade em:

- i. Abolir as discriminações e distorções que possam constituir entraves aos investimentos transfronteiriços;
- ii. Fixação de uma taxa mínima para o imposto sobre as sociedades;
- iii. Fixação de regras comuns para que exista uma base tributável mínima de imposto sobre as sociedades, como evitação da concorrência fiscal excessiva entre EM;
- iv. Encorajar a transparência no âmbito dos benefícios fiscais ao investimento

2.2.5. A Comunicação da Comissão de 26 de Junho de 1992

No seguimento do Relatório Ruding, a Comissão reafirma a posição anteriormente assumida de subordinação da acção comunitária em matéria fiscal no princípio da subsidiariedade.

Relativamente a outras propostas incluídas no Relatório Ruding, a Comissão coloca reservas principalmente no que diz respeito à taxa de retenção na fonte sobre os dividendos distribuídos de 30% e quanto à taxa mínima de 30% incidente sobre o rendimento das sociedades.

Relativamente às recomendações sobre a eliminação da dupla tributação dos fluxos dos rendimentos transfronteiriços, são na generalidade aprovadas pela Comissão.

2.2.6. A Comunicação da Comissão, de 22 de Dezembro de 1993

Neste documento, há uma abordagem pragmática por parte da Comissão em termos de harmonização da fiscalidade directa. É proposta uma harmonização de forma faseada e outra parcial, que como refere Pinheiro (1998:117) relativamente:

- às situações de dupla tributação de actividades transfronteiriças (focando a necessidade de coordenação dos acordos sobre dupla tributação dos Estados-Membros com Estados terceiros);
- à situação das pequenas e médias empresas (recomendando-se a consagração de um direito de opção por parte das empresas não organizadas como pessoas colectivas de serem tributadas como se o fossem no que respeita aos lucros reinvestidos).

No que concerne às pessoas singulares, em matéria de tributação, a preocupação refere-se aos não residentes. Como é mencionado por Pinheiro (1998:117) a Comissão insiste nas seguintes medidas:

- a proposta de directiva sobre a eliminação da retenção na fonte sobre juros e *royalties* pagos entre «sociedades-mães» e «sociedades afiliadas» de Estados-Membros diferentes;
- a proposta de directiva sobre o englobamento das perdas dos estabelecimentos permanentes e filiais situadas noutros Estados-Membros no rendimento tributável da «empresa-mãe».

2.2.7. O primeiro Relatório Monti (Março de 1996)

O relatório Monti refere a inexistência de progressos da harmonização fiscal, comparativamente com a actividade harmonizadora desenvolvida noutros campos, contrastando com a importância crescente, devido ao seu desenvolvimento no seio da Comunidade.

Uma das preocupações reveladas neste Relatório prende-se com a competitividade fiscal entre os EM com efeitos negativos a nível da erosão das bases fiscais, com a deslocação da carga fiscal para os factores com menos mobilidade (o trabalho dependente), como forma de compensação dessa erosão.

Como salienta Pereira (2004:96) «[o]s grandes desafios que se colocam à fiscalidade comunitária são, portanto, nos termos do primeiro Relatório Monti, a construção do mercado comum, a estabilização das receitas dos EM e a promoção do emprego».

Relativamente à tributação dos lucros das sociedades, o relatório destaca alguns aspectos, entre os quais se destacam a harmonização mínima das taxas relativamente ao pagamento transfronteiriços de juros, a tributação de estabelecimentos estáveis e a substituição das convenções sobre dupla tributação existentes entre os EM por uma convenção multilateral.

2.2.8. O segundo Relatório Monti (Novembro 1996)

Como consequência das propostas apresentadas no primeiro Relatório Monti, neste segundo Relatório é dada especial ênfase ao combate à concorrência fiscal, pelo que a Comissão propõe um “código de boa conduta”, a troca de informações sobre as políticas nacionais no âmbito dos incentivos fiscais e identificação das medidas prejudiciais.

Segundo Pereira (2004:97), «[o] segundo Relatório Monti destaca o facto de a harmonização fiscal não constituir um fim em si mesma, mas sim um meio de prosseguir os objectivos comunitários designadamente ao nível da realização do mercado comum e da estabilização das receitas».

É proposto pela Comissão voltar a submeter ao Conselho a proposta de directiva referente a um sistema de pagamentos transfronteiriços de juros e royalties entre empresas associadas.

2.3. Terceiro período de actuação da Comissão e do Conselho no domínio da tributação directa

Neste terceiro período, em termos de harmonização fiscal o esforço da Comissão incide sobre a problemática da concorrência fiscal com a finalidade de evitar as distorções fiscais no seio do espaço comunitário e conseqüente perda de receitas fiscais. É aprovado um instrumento de natureza política – o Código de Conduta, que visa combater a concorrência fiscal prejudicial no mercado interno.

Existe por parte da Comissão uma tentativa de aprovação de determinadas matérias fiscais através da votação por maioria qualificada tendo como base as diferenças de desenvolvimento entre os Estados-Membros e a perspectiva de alargamento a novos Estados, no entanto a maioria dos EM rejeitou a proposta, mantendo-se a regra da unanimidade.

Neste período são dados passos muito importantes no domínio da harmonização da tributação directa através da aprovação do denominado «pacote fiscal», que visa a luta contra a fraude, a fraude fiscal e a evasão fiscal, composto pela Directiva sobre juros e royalties e pela Directiva da poupança. No prosseguimento da aprovação do Estatuto de Sociedade Europeia e Sociedade Cooperativa Europeia, são objecto de alteração a Directiva sociedades mãe - sociedades afiliadas e a Directiva das fusões.

Destaca-se ainda a proposta de alteração da Directiva da poupança, na sequência do relatório apresentado pela Comissão ao Conselho, visando garantir uma maior eficácia no que se refere à tributação efectiva e à eliminação das distorções fiscais.

Por último, a elaboração de uma proposta de Directiva relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS).

2.3.1. Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das empresas

A aprovação do «código de conduta» teve como objectivo principal evitar que a concorrência entre sociedades dos EM através de medidas fiscais internas possam de alguma forma distorcer a livre concorrência do mercado interno, levando à deslocalização dos agentes económicos em função de políticas fiscais mais favoráveis. Este tipo de concorrência fiscal prejudicial tem sido factor de distorção do mercado, com maior incidência na tributação dos rendimentos do trabalho e na erosão das bases fiscais dos Estados.

O debate sobre concorrência fiscal prejudicial surge no prosseguimento da reunião informal dos Ministros das Finanças e da Economia de Verona, de Abril de 1996, vindo a ser confirmada na reunião de Mondorf-les-Bains em Setembro de 1997.

Como resultado, a Comissão emitiu a comunicação ao Conselho e ao Parlamento europeu de 5 de Novembro de 1997, [COM (1997) 564 final]. O «pacote fiscal» aprovado compreendia:

- um Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas;
- medidas tendentes a eliminar as distorções na tributação dos rendimentos de capital;
- medidas destinadas a eliminar as retenções na fonte sobre os pagamentos transfronteiriços de juros e de *royalties* entre empresas.

Estas duas últimas medidas constituíram a base da proposta de directiva da poupança e da proposta de directiva relativa a um regime comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* entre sociedades associadas.

2.3.2. A Comunicação da Comissão relativa à votação por maioria qualificada para aspectos do mercado único

A regra da unanimidade funciona como se de um «direito de veto» se tratasse por parte dos EM em matéria fiscal. A resistência destes, com receio de perder a sua soberania nesta matéria tem obstado a um maior desenvolvimento no âmbito de harmonização da tributação directa.

A perspectiva de alargamento, com a entrada de novos Estados na Comunidade, a diversidade das economias e sistemas jurídicos nacionais, as mudanças estruturais a que estes ficam sujeitos e a diferença de resultados entre as economias dos EM e a dos Estados aderentes, são as bases em que a Comissão se apoia para a passagem da regra da unanimidade para a maioria qualificada.

Foi neste quadro de tentativa de agilização de tomada de medidas e de aplicação de normas uniformizadas em matéria de âmbito fiscal, que a Comissão emitiu em 14 de Março de 2000, a Comunicação da Comissão relativa à votação por maioria qualificada para aspectos do mercado único nos domínios da fiscalidade e segurança social [COM (2000) 114 final].

Desta forma a Comissão define que,

[a] União só pode enfrentar este desafio melhorando a eficácia do seu processo de decisão. Daí a necessidade de um recurso acrescido à votação por maioria qualificada

na medida em que tal seja necessário ao estabelecimento e ao funcionamento do mercado único.

A existência de disposições distintas nos ordenamentos jurídicos dos EM em matéria de fiscalidade e de segurança social podem obstar ao bom funcionamento do mercado único. Assim, a Comissão salienta duas formas de classificação: «as regras que são incompatíveis com os objectivos do mercado único e as regras que podem gerar distorções da concorrência do mercado único».

Em anexo é apresentado pela Comissão o projecto de alteração do art.º 93º do TCE (actual artigo 113º do TFUE), no qual, através da sua derrogação, são enumeradas as medidas cuja adopção devam ser objecto de aprovação por maioria qualificada.

Embora a proposta de introdução da maioria qualificada tenha como objectivo principal a fiscalidade indirecta, da segurança social e medidas de carácter ambiental, são também elencadas algumas medidas relativamente à tributação directa às quais a Comissão propõe a votação por maioria qualificada, das quais se destacam:

- medidas europeias de coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros com vista à supressão dos obstáculos directos ao exercício das quatro liberdades que decorrem de disposições fiscais e, especialmente, à prevenção da discriminação e da dupla tributação;
- medidas de coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros referentes a impostos directos com o fim de prevenir a fraude e evasão fiscal.

Com a finalidade de luta contra a fraude, a fraude fiscal e a evasão fiscal no domínio da tributação directa a Comissão sugere medidas a incluir no Tratado, que refere da seguinte forma: «[no] domínio da fiscalidade directa, uma nova disposição no tratado teria por objectivo permitir solucionar de forma mais eficaz as situações de dupla isenção, permitindo, em especial, a aprovação de medidas comunitárias coordenadas através de aprovação por maioria qualificada».

São apontadas a tipo de exemplo pela Comissão, medidas que poderiam beneficiar da aprovação por maioria qualificada, das quais se destaca a proposta de Directiva relativa a um sistema fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e de *royalties* entre empresas associadas em diferentes EM.

As medidas propostas pela Comissão não se aplicariam à harmonização das taxas incidentes sobre a tributação das empresas. Assim as medidas adoptadas através da votação por maioria qualificada seriam limitadas a situações envolvendo mais do que um EM.

A maioria dos Estados recusou renunciar à regra da unanimidade. Até hoje manteve-se a regra da unanimidade, não se vislumbrando num futuro próximo que essa regra seja alterada.

2.3.3. A Comunicação da Comissão sobre política fiscal na UE (Maio de 2001) e o Estatuto da Sociedade Europeia

A Comissão na sua Comunicação ao Conselho ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social de 23 de Maio de 2001 intitulada *A política fiscal da União Europeia - prioridades para os próximos anos* [COM (201) 260 final], tendo como prioridades os principais destinatários do mercado interno, os cidadãos e as empresas. Assim se refere a Comissão:

[a] presente comunicação enuncia as prioridades fundamentais da política fiscal da União Europeia para os próximos anos, expondo a abordagem geral que, segundo a Comissão, a Comunidade deve adoptar á luz dos objectivos políticos mais amplos da UE, e define um certo número de prioridades em áreas fiscais específicas.

Em termos de Fiscalidade das empresas, os objectivos em termos de tributação directa consistem em garantir a luta contra a concorrência fiscal prejudicial, reduzir as distorções da concorrência, favorecer o crescimento económico e reforçar a competitividade no seio da Comunidade, garantindo segundo a Comissão «(...), que os regimes fiscais das empresas da UE tenham em conta o aumento das actividades transfronteiras, bem como as modernas estruturas organizacionais das empresas».

No que respeita à tributação do rendimento das pessoas singulares, sendo matéria da competência dos EM, a necessidade de coordenação passa pela salvaguarda do exercício das quatro liberdades e evitação da discriminação transfronteiras, como é salientado pela Comissão, «[e]m especial, uma coordenação dos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares poderá ser necessária em certas áreas, por forma a evitar a dupla tributação ou uma não tributação involuntária em situações transfronteiras, ou para combater a evasão fiscal transfronteiras».

Com a entrada em vigor do *Estatuto da Sociedade Europeia* prevista para 2004, com o objectivo de as empresas comunitárias se poderem constituir de quatro formas distintas:

por fusão, criação de uma sociedade «holding», sobre a forma de uma filial comum e a transformação em sociedade anónima de direito nacional. Estas novas formas de organização das sociedades, têm na perspectiva da Comissão que, «[a] legislação fiscal comunitária em vigor e as propostas de legislação deverão ser alteradas por forma a incluir as empresas europeias».

No âmbito da tributação das sociedades a Comissão ficou de apresentar um estudo sobre esta matéria no decurso do corrente ano, o que se veio a verificar em 23 de Outubro de 2001, designado *por Estudo da Comissão sobre a Fiscalidade das Empresas no Mercado Interno*.

2.3.4. O Estudo da Comissão sobre a Fiscalidade das Empresa no Mercado Interno (Outubro 2001)

No prosseguimento da Comunicação da Comissão de 21 de Maio de 2001 [COM (2001) 260 final], este estudo levado a cabo relativamente às empresas tem como alvo analisar o impacto que a tributação gera em termos de ineficiência e utilização do mercado interno.

A Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Social de 23 de Outubro de 2001, intitulada *Para um mercado interno sem obstáculos fiscais – Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da UE* [COM (2001) 582 final], é baseado no estudo anterior, aprofunda-o e completa-o.

Com o desenvolvimento do mercado interno, a globalização e o alargamento da União, colocam-se novos problemas e agravam-se os já existentes. Em termos de competitividade das empresas europeias a eficiência económica é de extrema importância. Os EM utilizam os seus sistemas fiscais para atraírem investimentos e a actividade económica para os seus territórios.

Baseada nesses factos a Comissão elenca alguns princípios, que sejam ao mesmo tempo eficientes e benéficos para a competitividade das empresas, que deverá:

- contribuir para a competitividade internacional das empresa europeias de acordo com o objectivo estratégico estabelecido pelo Conselho Europeu de Lisboa;
- garantir que as considerações fiscais distorçam o mínimo possível as decisões económicas dos operadores;
- evitar custos de adaptação e obstáculos fiscais desnecessários ou excessivos à actividade económica transfronteiras;

- não impedir a possibilidade de concorrência fiscal global, eliminado [sic] ao mesmo tempo todas as formas de concorrência fiscal prejudicial.

O Estudo efectuado incide sobre o nível efectivo de tributação das sociedades na UE, considerando os aspectos quantitativos e qualitativos dos sistemas fiscais dos diversos EM. Esta análise comparativa procura efectuar o cálculo das taxas efectivas de tributação das sociedades nos vários EM, considerando a Comissão que, «[e]xiste uma **grande variação a nível da carga fiscal efectiva** com que se deparam os investidores residentes em diferentes Estados-Membros da UE, bem como da forma como cada país trata os investimentos em ou provenientes de outros países».

Como resultado deste Estudo, no sentido de atenuar ou ultrapassar os obstáculos anteriormente enunciados a Comissão propõe medidas destinadas a ultrapassar objectos fiscais concretos e também medidas mais abrangentes como forma de eliminar os obstáculos fiscais referenciados. Em relação aos objectos fiscais concretos, põe-se a questão, os obstáculos fiscais colocados aos grupos de empresas devem ser solucionados por um único grupo de regras fiscais para determinar a base tributável a nível comunitário, ou, se estes devem ser alcançados de forma específica.

Com o objectivo de debater as medidas apresentadas a Comissão organizou uma Conferência em Abril de 2002, referentes às medidas mais abrangentes.

Foram discutidas as vantagens e inconvenientes das medidas apontadas no Estudo da Comissão, os aspectos relativos à melhor forma de se atingir uma base de tributação para as empresas, além dos problemas associados à organização da transição para uma base tributária comum consolidada na UE.

2.3.5. Propostas de alteração da Directiva sociedades – mãe e sociedades afiliadas e da Directiva sobre assistência mútua das autoridades competentes dos EM

Na sequência da *Comunicação da Comissão sobre política fiscal na UE e o Estatuto da Sociedade Europeia* de Maio de 2001 e do *Estudo da Comissão sobre a Fiscalidade das Empresas no Mercado Interno* de Outubro de 2001, a Comissão apresentou em Julho de 2003 uma proposta de alteração à Directiva 90/435/CEE do Conselho, relativa ao regime fiscal comum aplicável nos casos das empresas mãe e sociedades afiliadas dos diferentes Estados-Membros [COM (2003) 462 final].

Na mesma data, foi apresentada pela Comissão uma proposta de alteração da Directiva 77/799/CEE do Conselho, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros [COM (2003) 446 final].

2.3.6. Aprovação das Directivas relativas ao pagamento de juros e royalties e da tributação sobre o rendimento da poupança

Depois de longas negociações, repare-se que «o pacote fiscal» foi adoptado pelos Ministros da Finanças em 1997, só em Junho de 2003 foi obtido o necessário consenso para a aprovação dos seguintes instrumentos jurídicos:

- Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a tributação dos rendimentos da poupança sobre a forma de juros;
- Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efectuados entre sociedade associadas de Estados-Membros diferentes.

É também aprovada neste ano a Directiva 2003/123/2003 do Conselho, de 22 de Dezembro, que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, que alarga a outras entidades que exerçam actividades transfronteiriças na Comunidade como é o caso da Sociedade Europeia (SE) e da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE). No sentido de alargar os benefícios da Directiva 90/435/CEE, a participação deverá ser reduzida gradualmente de 25% para 10% (o que vigora neste momento) para que seja reconhecida a qualidade de sociedade-mãe e de sociedade afiliada.

2.3.7. Aprovação da Directiva 2005/19/CE que altera a Directiva fusões/cisões

É aprovada a Directiva 2005/19/CE do Conselho, de 27 de Fevereiro, que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, tendo como objectivo o alargamento a outras entidades, tais como a Sociedade Europeia (SE) e Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) cujo estatuto de que dispõem lhes permite poder transferir a sede de um Estado-Membro para outro sem terem que proceder à sua dissolução ou liquidação.

2.3.8. Proposta de Directiva de alteração da Directiva da Poupança

Na sequência do relatório apresentado pela Comissão ao Conselho em 15 de Setembro de 2008 [COM (2008) 552] final relativo aos três anos de funcionamento da Directiva da Poupança, foi apresentada uma proposta de Directiva do Conselho de 13 de Novembro de 2008 [COM (2008) 727 final, que altera a Directiva 2003/48/CE do Conselho relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, que visa principalmente adequar as definições relativamente ao beneficiário efectivo e agente pagador e a alguns aspectos processuais.

2.3.9. Proposta de Directiva relativa a criação de uma Tributação de Base Comum Consolidada a nível da UE

A criação de um grupo de trabalho, composto por peritos das administrações fiscais de todos os EM, a consulta informal de várias empresas, grupos profissionais, grupos de reflexão e universitários por parte da Comissão, permitiu a elaboração de uma proposta de Directiva relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS) [COM (2011) 121 final. Tem como objectivo lutar contra alguns dos entraves do mercado único, como sejam a sobretributação, dupla tributação e os custos de contexto associados às empresas e às administrações fiscais.

3. O Direito Fiscal Europeu secundário e a Harmonização da Tributação Directa

O tipo de instrumento jurídico normativo utilizado no âmbito da harmonização da tributação directa é normalmente a Directiva. Como forma de garantia dos Estados subjacente à regra da unanimidade, é necessário o consenso de todos os EM para que este instrumento possa ser aprovado, o que dificulta o desenvolvimento em matéria de harmonização.

3.1. Directiva 77/799/CEE relativa à assistência mútua no domínio dos impostos directos

A Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 6 de Dezembro de 1979, sobre assistência mútua das autoridades competentes foi publicada no JOCE nº L 336, de 27 de Dezembro de 1979.

Tem como objectivo o intercâmbio de informações em matéria de tributação directa entre as autoridades fiscais dos EM, nomeadamente sobre o rendimento e o património.

Nasce de um contexto de internacionalização das actividades económicas, a fraude e evasão fiscais são práticas que assumem cada vez mais um carácter multinacional, que se repercutem na perda de receitas, provocando distorções nos movimentos de capitais e distorções de concorrência, afectando o mercado comum.

Como forma de assegurar e reforçar a colaboração em matéria de tributação directa, a troca de informações entre autoridades fiscais apoia-se em três vertentes, a saber:

- mediante pedido, a autoridade competente de um EM pode solicitar à outra autoridade de outro EM, que lhe comunique as informações requeridas;
- de forma automática, não existe necessidade de aviso prévio;
- de modo espontâneo, a autoridade competente de cada EM, comunicará, sem necessidade de pedido prévio, as informações de que tenha conhecimento.

A transmissão de informação pode ser recusada pelos EM por limites de ordem interna, segredos comerciais e industriais, de ordem pública ou por falta de reciprocidade do outro EM.

Como actos modificativos há que referir as Directivas 79/1070/CEE do Conselho de 6 de Dezembro de 1979; 92/12/CEE do Conselho de 25 de Fevereiro de 1992; 2003/93/CE do Conselho, de 7 de Outubro de 2003; 2004/56/CE do Conselho, de 21 de Abril de 2004; 2004/106/CE do Conselho, de 16 de Novembro de 2004 e 2006/98/CE de 20 de Novembro de 2006:

3.2. O «primeiro pacote de medidas fiscais»

O primeiro «pacote de medidas fiscais» é composto pela:

- Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, publicada no *JOCE n° L 225 de 20 de Agosto de 1990*, alterada pela Directiva 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, relativa à transferência da sede de uma Sociedade Europeia (SE) ou de uma Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) de um

Estado-Membro para outro, publicada no *JOUE n° L 58/19 de 4 de Março de 2005*, comumente designada por Directiva das fusões;

- Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas, publicada no *JOCE n° L 225 de 20 de Agosto de 1990*, alterada pela Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, publicada no *JOUE n° L 7/41 de 13 de Janeiro de 2004*, comumente designada Directiva mães e filhas;
- Convenção 90/436/CEE - Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas (Preços de Transferência), publicada no *JOCE n° L 225 de 20 de Agosto de 1990*, comumente designada por Convenção de Arbitragem.

3.2.1. Directiva das Fusões

A Directiva das fusões instituiu um regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Considerando que essas operações seriam exequíveis para criar na Comunidade condições análogas às de um mercado interno, sem que daí resultasse quaisquer tipos de entrave ou distorções resultantes das disposições fiscais dos EM, era importante instaurar regras fiscais neutras relativas à concorrência. Desta forma, possibilita que as empresas se possam adaptar às exigências do mercado interno e concorressem no plano internacional. A alteração provocada pela Directiva 2005/19/CE, permite que uma Sociedade Europeia (SE) ou uma Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) possam transferir as respectivas sedes de um EM para outro sem terem de proceder à sua dissolução ou liquidação.

As operações de fusão, cisão, entradas de activos e permuta de participações sociais entre empresas residentes, assim como a transferência de sede na UE, são efectuadas com neutralidade não sendo sujeitas a qualquer tributação, desde que as sociedades envolvidas se encontrem nas condições previstas na Directiva.

3.2.2. Directiva mães e filhas

A Directiva mães e filhas instituiu um regime aplicável comum em relação aos pagamentos de dividendos e à distribuição de lucros efectuadas pelas sociedades afiliadas às respectivas sociedades mãe.

O objectivo estabelecido consiste em criar situações análogas às de um mercado interno para os grupos de sociedades europeias, visando evitar restrições e desvantagens decorrentes das disposições fiscais dos EM e fomentando o bom funcionamento do mercado interno. Considerando que as disposições fiscais dos EM são variáveis e que são normalmente menos favoráveis para as sociedades mães e sociedades filhas de EM diferentes relativamente às aplicáveis por sociedades mães e sociedades filhas de um mesmo EM, o que penaliza a cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Desta forma não se facilita o desenvolvimento do funcionamento do mercado interno, pelo que se torna necessário abolir os obstáculos fiscais relativamente à distribuição transfronteiras de lucros através de um regime comum e facilitar a cooperação entre agrupamentos de sociedades, permitindo a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais.

A Directiva mães e filhas pretende que, a distribuição de resultados por uma empresa de um EM a outra empresa de um Estado-Membro diferente não seja alvo de dupla tributação, eliminando a dupla tributação jurídica internacional e a dupla tributação económica. Neste caso a Directiva estabelece a eliminação da retenção de imposto no Estado da fonte dos lucros e permitir a aplicação alternativa do método da isenção ou do crédito de imposto no Estado de residência.

Para que seja possível beneficiar da isenção de retenção na fonte da distribuição de resultados tem que ser cumpridos os requisitos elencados na Directiva, ou seja: ambas as sociedades revistam uma das formas previstas na directiva; ambas estejam sujeitas a imposto sobre o rendimento, sem possibilidade de isenção; o sócio detenha uma participação na subsidiária superior ou igual a 10% e desde que aquela participação tenha permanecido na titularidade do beneficiário dos lucros, de modo ininterrupto, durante um ano.

3.2.3. Convenção de Arbitragem

A proposta da Comissão, inicialmente, previa que o tipo de procedimento a adoptar com vista à eliminação da dupla tributação fosse previsto por uma directiva, acabando no entanto por ser estabelecido por convenção. Segundo o art.º 1.º,

[a] presente Convenção é aplicável sempre que, para efeitos de tributação, os lucros incluídos nos lucros de uma empresa de um Estado Contratante sejam ou possam a vir a ser incluídos igualmente nos lucros de uma empresa de outro Estado Contratante

(...) e aplicados quer directamente quer em disposições correspondentes da legislação do Estado em causa.

São propostos dois modelos que visam a eliminação da dupla tributação dos lucros quando esteja em causa a correcção de lucros entre empresas relacionadas de EM diferentes (desde que cumpridos os requisitos enunciados na Convenção): o procedimento amigável e o procedimento arbitral.

O procedimento amigável, que se apoia no processo de reclamação apresentado pela empresa interessada, constituindo um acordo entre as autoridades competentes dos EM interessados.

Não sendo possível chegar a acordo à eliminação da dupla tributação recorre-se ao procedimento arbitral.

O procedimento arbitral é fundamentado numa Comissão Consultiva, composta pelos representantes das autoridades competentes dos países em causa e por personalidades independentes. Se não existir acordo entre as partes nos procedimentos a adoptar, os países interessados no processo ficam vinculadas ao parecer da comissão consultiva.

A Convenção de Arbitragem já não se encontra em vigor desde 2000, visto alguns dos EM não terem ratificado o protocolo de prorrogação da Convenção.

Seis anos volvidos, foi adoptado em 2006, o Código de conduta para a efectiva aplicação da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas, publicado no *JOUE C 176/8, de 28 de Julho de 2006*. O Código de Conduta diz respeito à Convenção de Arbitragem assim como a determinadas questões relacionadas com o procedimento amigável previsto nas CDT entre EM. Conforme o elencado nas disposições gerais do procedimento amigável no âmbito da Convenção de Arbitragem é aplicável o princípio da independência das sociedades, a resolução deverá ser a mais rápida possível tendo em conta a complexidade e especificidade de cada caso, devendo ser adoptados os meios adequados que possibilitem o entendimento dentro de um prazo que não deverá ultrapassar os dois anos.

3.3. O «segundo pacote de medidas fiscais»

O segundo «pacote de medidas fiscais» compreende:

- O Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, publicado no *JOCE n° C 2, de 6 de Janeiro de 1998*, como Anexo 1 às conclusões do Conselho

ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal, referido como Código de Conduta;

- Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, publicada no *JOUE n° L 157/49 de 26 de Junho de 2003*, alterada pela Directiva 2004/76/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, e pelos Actos relativos às condições de adesão de novos EM, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia L 195/33 de 2 de Junho de 2004*, comumente designada por Directiva dos juros e royalties.
- Directiva 2003/48/2003 do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sobre a forma de juros, publicada no *JOUE n° L 157/38 de 26 de Junho de 2003*, comumente designada por Directiva da Poupança.

3.3.1. Código de Conduta

O Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas é um instrumento de natureza política, uma espécie de «acordo de cavalheiros», definido como um acordo político, que não afecta os direitos e obrigações dos EM nem a distribuição de competências entre estes e a CE, tal como decorrem do Tratado.

Sendo um instrumento de natureza política a sua aplicação não está na alçada do Tribunal de Justiça, conseqüentemente o seu controlo é exclusivamente político.

O Código de Conduta tem como objectivo combater a concorrência fiscal prejudicial, visando medidas fiscais que de forma sensível possam afectar a localização das actividades económicas na Comunidade, quer se trate de actividades exercidas dentro de um grupo de sociedades, quer de empresas diferentes.

São consideradas medidas potencialmente prejudiciais ao abrigo do Código de Conduta, as medidas fiscais que estabeleçam um nível de tributação efectiva incluindo a taxa zero, que sejam de tal forma inferiores ao normalmente aplicado no EM em causa, seja através da taxa nominal de imposto, da forma de cálculo da matéria colectável, ou de outros mecanismos, como isenções ou deduções à colecta.

Conforme é referido por Nabais (2005:208) no que concerne ao conteúdo, o Código de Conduta estabelece dois tipos de compromisso para os EM:

1) de informação recíproca das medidas vigentes ou futuras potencialmente subsumíveis no âmbito de aplicação do Código, podendo qualquer Estado membro ou a Comissão solicitar informações; 2) de adopção de dois tipos de intervenção relativamente às medidas prejudiciais: de um lado, o congelamento (*standstill*), não introduzindo portanto novas medidas fiscais prejudiciais e, de outro, o desmantelamento (*roll over*) das medidas prejudiciais existentes.

Uma das questões intimamente ligada com a aplicação do Código é a dos auxílios de Estado, elencados nos artigos 107.º a 109.º do TFUE, antigos artigos 87.º a 89.º do TCE.

3.3.2. Directiva dos juros e royalties

O objectivo da Directiva juros e *royalties* consiste em obstar que as transacções entre sociedades de EM diferentes sejam fiscalmente mais penalizadas que entre sociedades do mesmo EM. A base que sustenta a sua implementação reside no facto das legislações nacionais e as Convenções sobre Dupla Tributação (CDT) bilaterais ou multilaterais nem sempre assegurarem a eliminação da dupla tributação internacional, gerando problemas para as administrações fiscais e para as empresas em termos económicos.

É adoptada a tributação no Estado de residência do beneficiário do rendimento relativo ao pagamento de juros e *royalties*, desde que sejam preenchidos os requisitos elencados na Directiva, sendo abolida no Estado da fonte, quer através de mecanismos de retenção quer mediante liquidação.

Está subjacente no âmbito de aplicação da Directiva a preocupação de evitar as distorções fiscais em relação ao pagamento de juros e *royalties* nas relações existentes entre sociedades de EM diferentes, de forma a assegurar que o tratamento fiscal seja idêntico nas transacções internas e transfronteiriças.

3.3.3. Directiva da poupança

A Directiva da poupança tem como objectivo principal assegurar que os rendimentos da poupança sobre a forma de juros pagos a beneficiários efectivos que sejam pessoas singulares residentes noutra EM sejam sujeitos a uma tributação efectiva. Decorre do âmbito previsto na Directiva a troca de informações entre EM, apesar do período de transição que alguns Estados beneficiam, como forma de combater a evasão fiscal no Estado de residência do rendimento da poupança recebido noutra EM.

A Directiva da poupança será objecto de estudo no Capítulo VI do presente trabalho.

4. Perspectivas no Âmbito da Harmonização da Tributação Directa

A diversidade dos sistemas fiscais cria obstáculos à liberdade de estabelecimento das empresas que exerçam ou venham a exercer a sua actividade em mais do que um EM. Na vertente fiscal as empresas plurilocalizadas são sujeitas a níveis fiscais distintos (vinte e sete EM) com consequências ao nível dos custos de contexto, contrária à posição das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa de 2000, que tinha como objectivo da UE se tornar a economia mais competitiva e dinâmica do mundo, reiterada por posteriores Conselhos. Foram vários os estudos desenvolvidos pela Comissão com o objectivo de atenuar ou eliminar esse tipo de entraves fiscais no mercado interno.

Nos vários caminhos trilhados, apontam-se a maior aproximação entre as bases tributáveis e as taxas de imposto dos vários EM e a adopção da tributação unitária ou global das sociedades na UE.

4.1. Aproximação das bases tributáveis e as taxas de imposto sobre as sociedades nos vários EM

No que respeita à maior aproximação das bases tributáveis e taxas de imposto nos EM, Pereira (2004:246) afirma que,

[a] referida harmonização teria efeitos determinantes no sentido da neutralidade fiscal na UE, contribuindo, assim, para uma afectação dos recursos mais eficiente em termos económicos no espaço comunitário. Por outro lado seria o reflexo de uma diminuição de concorrência fiscal entre os EM.

Neste método está subjacente que, para atingir os objectivos pretendidos as bases tributáveis e as taxas de tributação se aproximem tanto quanto possível ao nível de todos os EM. Além da neutralidade fiscal e da diminuição da concorrência fiscal entre Estados está implícito a atenuação da dupla tributação jurídica internacional e uma melhor definição em matéria de preços de transferência, desde que apoiado numa maior cooperação no que respeita à troca de informações entre as Administrações fiscais dos EM.

4.2 A tributação unitária ou global

A tributação unitária ou global tem como objectivo, que a tributação das empresas localizadas em mais de um EM seja efectuada na UE através de um único conjunto de regras fiscais mais eficaz, com menores custos e maior transparência. Além dos alvos a

atingir de neutralidade fiscal e em matéria de preços de transferência, existe neste método uma maior objectividade na evitação dos riscos de fraude e evasão fiscais. Dos modelos de tributação baseados no princípio da tributação unitária ou global propostos pela Comissão em 2001 com o intuito de ultrapassar os constrangimentos fiscais impeditivos ao adequado funcionamento do mercado interno, destacam-se os seguintes:

- a Tributação pelo País de Origem (*Home State Taxation*);
- a criação de um Imposto Sobre o Rendimento das Empresas (*European Corporate Income Tax*); e
- a criação de uma Tributação de Base Comum Consolidada a nível da UE (*Common Consolidated Tax Base*).

De entre os modelos apresentados o que colheu maior receptividade foi o modelo relativo à Tributação de Base Comum Consolidada, objecto de uma proposta de Directiva do Conselho, da qual iremos fazer uma breve análise.

4.2.1. Tributação de Base Comum Consolidada

Foi apresentada em Março de 2011, uma proposta de Directiva do Conselho relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), [COM (2011) 121 final], de 16 de Março de 2011, SEC (2011) 315 final e SEC (2011) 316 final.

A MCCCIS tem como objectivo a luta contra alguns dos principais entraves ao crescimento do mercado único. A inexistência de regras harmonizadas em matéria colectável nos 27 EM, leva à dupla tributação e a custos de contexto elevados. Um dos principais obstáculos do mercado único é o elevado custo de cumprimento das formalidades ligadas aos preços de transferência.

A MCCCIS é um mecanismo que visa calcular a matéria colectável das sociedades com residência fiscal na União e das sucursais de empresas sediadas em países terceiros. São previstas regras para o cálculo individual dos resultados consolidados de cada sociedade ou sucursal, fazendo-se a repartição da matéria colectável consolidada por cada um dos EM em causa. A harmonização incide exclusivamente sobre o cálculo da matéria colectável, conservando os EM as suas regras relativas à contabilidade financeira, não se aplicando às suas próprias taxas de tributação. As sociedades ou grupo de sociedades que optem pela MCCCIS seja qual for a sua dimensão, terão uma administração através de um «balcão único». Nem todas as empresas operam a nível transfronteiriço, pelo que as sociedades que

não se queiram expandir para além das suas próprias fronteiras territoriais não lhes são impostos os custos inerentes a um novo sistema fiscal.

A proposta de directiva é limitada às sociedades sujeitas a imposto sobre os rendimentos na UE e nos países terceiros cuja legislação seja semelhante.

Para que uma sociedade seja elegível tem que preencher determinados requisitos elencados na proposta de directiva, tais como o controlo, mais de 50% dos votos e a propriedade, mais de 75% do capital, sendo exigido um período mínimo de nove meses para a participação no grupo com a qualidade de membro. Estão incluídas as instituições financeiras e as empresas de seguros.

A MCCCIS será aplicada aos contribuintes residente segundo os seguintes requisitos:

- se este formar um grupo com as suas filiais e os respectivos estabelecimentos estáveis, mesmo que de um país terceiro;
- for designado pelo grupo quando este for composto apenas de dois ou mais membros contribuintes residentes que sejam filiais directas elegíveis da mesma sociedade-mãe residente num país terceiro;
- for a filial de uma sociedade-mãe de um país terceiro e se este contribuinte residente formar um grupo unicamente com um ou vários estabelecimentos estáveis da respectiva sociedade-mãe.

Desde o momento que uma sociedade opta pela MCCCIS deixa de estar sujeita às disposições nacionais, sendo aplicáveis as disposições da directiva durante cinco períodos fiscais.

Para determinação da matéria colectável, a proposta de Directiva refere que todos os produtos são tributáveis, compreendendo os juros, rendimentos de activos financeiros, *royalties*, rendimentos de bens imóveis e móveis, proventos de alienação de acções, rendimentos de actividades bancárias, de seguros ou outras actividades financeiras.

A fórmula de repartição da matéria colectável consolidada é baseada em três factores: mão-de-obra, activos e vendas. A autoridade fiscal, principal interlocutora para os grupos de sociedades é a de residência da sociedade-mãe.

A proposta de Directiva apresentada, apesar de prever que esta só seja aplicável aos países aderentes, revela-se de aprovação complicada em matéria tão sensível para os EM, que receiam a perda de soberania e se apoiam no princípio da subsidiariedade para obstaculizar essas tentativas harmonizadoras.

Concluimos, que apesar dos esforços demonstrados pela Comissão na tentativa de harmonização ou coordenação consubstanciada em vários estudos e projectos relativamente à tributação directa com o objectivo de promover um ambiente de neutralidade fiscal, foi sempre alvo de oposição por parte do Conselho e do interesse dos EM em manter a sua soberania nesta matéria. Existe então por parte da Comissão uma alteração do paradigma até então proposto, apoiando-se em novas linhas orientadoras e no princípio da subsidiariedade. É dedicada uma maior atenção a objectivos mais específicos, que pudessem constituir entraves às liberdades económicas fundamentais e à discriminação dos sujeitos passivos em razão da nacionalidade e pudessem obstar à realização do mercado interno, o que veio a revelar-se fundamental na prossecução dos objectivos pretendidos. Depois da aprovação da Directiva 77/799/CEE, relativa à assistência mútua entre autoridades competentes dos EM, um grande hiato se verificou até à aprovação dos primeiros instrumentos normativos em matéria de harmonização da fiscalidade directa. Assim, são aprovadas em 1990 as Directivas das fusões, sociedade mães e filhas e a Convenção relativa á correcção de lucros entre sociedades associadas. Um novo impulso veio a verificar-se em 2003 com a aprovação do denominado «pacote fiscal», através do Código de conduta e da aprovação das Directivas sobre juros e *royalties* e da poupança. O esforço da Comissão centrou-se depois na tentativa de atenuar ou eliminar os entraves fiscais no mercado interno relativamente às sociedades, transversalmente à aproximação das bases tributáveis e taxas de imposto entre os EM. Nesse sentido foi apresentada pela Comissão uma proposta de Directiva relativamente a uma matéria comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCIS).

CAPÍTULO VI

A DIRECTIVA DA POUPANÇA

1. Enquadramento

Neste capítulo exclusivamente dedicado à Directiva da poupança começamos por introduzir o tema, o desenvolvimento histórico e o contexto em que se baseia. São de seguida aprofundados os objectivos a que se propõe e qual o regime jurídico em que se apoia. Definimos no desenvolvimento deste quadro quais os critérios de sujeição e o tipo de rendimentos da poupança sob a forma de juros que são abrangidos no âmbito da Directiva. Em seguida abordamos o principal mecanismo em que se apoia a Directiva - o intercâmbio de informações entre EM – que tem como finalidade a tributação efectiva dos juros no EM de residência do beneficiário efectivo e as disposições transitórias, que permitem durante o período de transição que dois EM (Áustria e Luxemburgo) utilizem a retenção na fonte com partilha de receitas e são o objectivo mínimo a que se propõe a Directiva durante este período. As excepções ao sistema de retenção na fonte, a eliminação da dupla tributação e os títulos de dívida negociáveis a que a Directiva não se aplica, são o tema em análise que se sucede. O impacto que a Directiva como instrumento normativo tem para eliminar as distorções existentes em matéria de tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros e a luta contra a evasão fiscal na UE são o objecto de análise seguinte, através da delimitação das suas forças e fraquezas. Por último, são apresentados vários casos práticos, que se pretendem elucidativos do seu modo de aplicação, com base no normativo fiscal nacional, nas CDT e na própria Directiva.

2. Introdução

A Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003 relativa à tributação da poupança sob a forma de juros, comumente designada por Directiva da Poupança, publicada no *JOUE n° L 157/38* de 26 de Junho de 2003 faz parte do denominado «pacote fiscal» (composto pela Directiva juros e *royalties* e pelo Código de Conduta), que visa combater a concorrência desleal e a fraude e evasão fiscais. Em Portugal a Directiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n° 62/2005, de 11 de Março (com as alterações da Lei n° 39-A/2005, de 29 de Julho), regulamentado pela

Portaria nº 563/-A/2005, de 28 de Junho. A Directiva tem como objectivo permitir aos EM assegurar, em conformidade com a sua legislação fiscal interna, uma tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros auferidos no estrangeiro pelos respectivos residentes (pessoas singulares). Para que seja possível assegurar a efectiva tributação desses rendimentos foi introduzido um sistema de intercâmbio automático de informações entre os EM. Foi previsto um período transitório para a Bélgica (a partir de 1 de Janeiro de 2010 começou a proceder à troca de informações), o Luxemburgo e a Áustria, que assim ficam temporariamente dispensados do intercâmbio de informações. Estes países aplicam a retenção na fonte à taxa e nas condições previstas na Directiva, com a repartição das receitas sobre o pagamento de juros efectuados nesses EM de forma a assegurar a existência de uma tributação mínima. É previsto na Directiva um mecanismo de evitação da dupla tributação.

Daqui se extrai, conforme é referido por Pereira (2010:457) que,

[a] Directiva da Poupança demonstra uma preferência pelo princípio da residência. Com efeito, o seu objectivo essencial consiste em permitir que o rendimento das poupanças sob a forma de juros, obtidos num Estado-membro por beneficiários que sejam residentes noutro Estado-membro, seja sujeito a tributação efectiva de acordo com o Estado de residência.

Para evitar a deslocalização de capitais para outras jurisdições com regimes fiscais mais favoráveis, em que a carga tributária incidente é nula, menor ou menos cooperantes foram celebrados acordos paralelos com países terceiros e territórios associados ou dependentes de EM, de forma a serem adoptadas medidas equivalentes às da Directiva nesses países ou territórios.

2.1. Contexto histórico dos movimentos de capitais na UE

Antecedente à Directiva da Poupança, a Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1998, publicada no *JO L 178* de 8 de Julho de 1998, já revelava a preocupação existente relativamente à liberalização dos movimentos de capitais na UE. A Directiva tinha como objectivos a supressão das restrições aos movimentos de capitais efectuados entre residentes dos EM. Esse objectivo é extensivo ao regime aplicável às transferências de capitais com países terceiros de forma idêntica às operações processadas com os residentes dos outros EM, nos moldes e condições previstas na Directiva.

Em 1989 a Comissão apresentou uma proposta de Directiva relativa a um regime comum de retenção na fonte sobre juros [COM (1989) 60 final], cuja taxa a aplicar seria de 15%. A proposta suscitou a oposição por parte de alguns EM, sendo relevante para esta tomada de posição o exemplo da Alemanha que introduziu nesse mesmo ano uma taxa de 10% sobre os juros da poupança, levando a um movimento massivo de fundos para o Luxemburgo. A proposta foi retirada, alegando esses EM que essa medida era susceptível de conduzir a uma fuga de capitais da Comunidade.

A diversidade de sistemas fiscais e a inexistência de coordenação entre os EM no que respeita à tributação da poupança sob a forma de juros, possibilitava que os beneficiários não fossem tributados no seu EM de residência, levando a distorções nos movimentos de capitais, perdas de receitas fiscais dos EM e consequente evasão fiscal, concorrendo para distorções no funcionamento do mercado único.

No prosseguimento dos objectivos estabelecidos pelo ECOFIN em Dezembro de 1977, que visavam a implementação de um pacote de medidas contra a concorrência fiscal prejudicial, foi apresentada em 1998 uma proposta de Directiva do Conselho destinada a assegurar um nível mínimo de tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros no interior da Comunidade [COM (1998) 295 final]. Foi proposto que a taxa a aplicar pelo EM do agente pagador que tenha optado pelo regime de retenção na fonte não deveria ser inferior a 20% dos juros pagos pelo agente pagador ao beneficiário efectivo, prevendo-se um sistema alternativo de prestação de informações às autoridades fiscais do Estado da pessoa singular. A proposta da Comissão baseia-se numa solução de compromisso designada «modelo de coexistência», no âmbito do qual cada EM pode escolher entre a aplicação da retenção na fonte aos juros pagos às pessoas singulares noutra EM, ou a apresentação de informações ao EM de residência do beneficiário efectivo.

Em 2001 a Comissão apresentou uma proposta alterada de Directiva destinada a assegurar uma tributação efectiva dos pagamentos transfronteiras de juros referentes às pessoas singulares na UE, baseada no acordo a que chegaram os Chefes de Estado e/ou de Governo no Conselho Europeu de Santa Maria da Feira, em Junho de 2000 e no prosseguimento das conclusões do ECOFIN realizadas em 26 e 27 de Novembro de 2000. A principal diferença reside no facto de todos os EM terem de fornecer informações aos outros EM sobre o pagamento de juros às pessoas singulares não residentes, excepto a Bélgica, o Luxemburgo e a Áustria, que beneficiam de um período de transição.

A introdução da legislação ficaria contudo, condicionada à obtenção de um acordo sobre medidas equivalentes com os países terceiros, nomeadamente a Suíça o Liechtenstein e com os EUA. Até ao final de 2002 seria tomada uma decisão sobre a matéria por unanimidade.

Em 3 de Junho de 2003, o Conselho adoptou a Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, a qual entrou em vigor em 1 de Julho de 2005.

3. Contexto em que se baseia a Directiva da poupança

Como forma de lutar contra a concorrência fiscal prejudicial e a evasão fiscal com consequentes distorções de funcionamento do mercado interno, a Comunidade Europeia sentiu a necessidade da aprovação de um instrumento jurídico que permitisse atenuar as distorções existentes na tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros. Nesse contexto e tendo em conta os considerandos seguintes, foi aprovada em 3 de Junho de 2003 a Directiva da Poupança.

No âmbito da proibição de restrições ao movimento de capitais entre EM e entre EM e países terceiros elencados nos artigos 56.º a 60.º do TCE (actuais artigos 63.º a 66.º do TFUE) e na ausência de uma coordenação dos regimes nacionais relativamente à fiscalidade dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, nomeadamente no que respeita ao tratamento dos juros recebidos por não residentes, é actualmente possível e frequente que os residentes escapem a qualquer forma de tributação no seu EM de residência sobre os juros recebidos num outro EM. Esta situação cria distorções a nível dos movimentos de capitais que são incompatíveis com o mercado interno tendo como consequências a erosão das bases fiscais dos EM, o que leva a um aumento da carga fiscal sobre os rendimentos menos móveis, como o rendimento do trabalho com custos associados deste factor, o que indirectamente leva a maior desemprego.

A Directiva da Poupança baseia-se no consenso alcançado no Conselho Europeu de Santa Maria da Feira de 19 e 20 de Junho de 2000 e nas subsequentes reuniões do ECOFIN de 26 e 27 de Novembro de 2000, 13 de Dezembro de 2001 e 21 de Janeiro de 2003. Na sequência desse consenso alcançado e em conformidade com os princípios da subsidiariedade consagrados no art.º 5.º do TCE (actual art.º 5.º do TUE), a Directiva limita-se ao mínimo necessário para alcançar os objectivos pretendidos, não excedendo o necessário para esse efeito. O âmbito de aplicação da Directiva restringe a tributação dos

rendimentos ao pagamento de juros gerados por créditos, excluindo a tributação das pensões e das prestações de serviços. Incide exclusivamente nas pessoas singulares residentes nos EM (e territórios dependentes ou associados), independentemente da sua nacionalidade, sobre os rendimentos auferidos sob a forma de juros provenientes de outros EM, dos territórios dependentes ou associados e de países terceiros com os quais existem Convenções de Dupla Tributação (CDT) no que se refere à tributação dos rendimentos da poupança. O objectivo da Directiva é o de promover a harmonização, mas não padronizar o imposto sobre os rendimentos da poupança, competindo ao EM de residência do beneficiário efectivo aplicar a sua legislação nacional.

O objectivo final da Directiva reside no facto de ser assegurada uma tributação efectiva dos juros no EM de residência fiscal do beneficiário através da troca automática de informação, com excepção da Bélgica (utiliza a troca de informações a partir de 1 de Janeiro de 2010), do Luxemburgo e da Áustria, que beneficiam de um período transitório durante o qual aplicam uma retenção na fonte sobre os rendimentos da poupança, compartilhando-os com os EM de residência fiscal do beneficiário efectivo em vez do intercâmbio de informações. Para que exista uma avaliação do funcionamento da Directiva a Comissão deverá apresentar ao Conselho um relatório de três em três anos.

4. Objectivos

Segundo o elencado no art.º 1.º, a Directiva tem por objectivo final garantir a tributação efectiva dos rendimentos sob a forma de juros pagos num EM a beneficiários efectivos que sejam pessoas singulares, no EM de residência fiscal destes e em conformidade com a legislação fiscal deste último EM. O meio consagrado na Directiva para permitir uma tributação efectiva dos juros no EM de residência fiscal do beneficiário efectivo consiste na troca automática de informações entre os EM. Assim, os EM devem tomar as medidas necessárias para uma eficaz execução das tarefas exigidas pela Directiva, através da cooperação e intercâmbio de informações por parte dos agentes pagadores estabelecidos no seu território, independentemente do lugar de estabelecimento do devedor do crédito gerador de juros. Outro dos objectivos subjacentes à aplicação da Directiva é a evitação e o combate à fraude e evasão fiscais.

5. Regime Jurídico da Directiva

O regime jurídico da Directiva da Poupança é composto pelos conceitos de:

- Beneficiário efectivo;
- Agente pagador; e
- Pagamento de Juros.

5.1. Âmbito subjectivo

O âmbito subjectivo está elencado nos artigos 2.º a 5.º, que definem quais os critérios de sujeição ao regime jurídico da Directiva.

O primeiro critério encontra-se plasmado no art.º 2.º, que define o conceito de beneficiário efectivo como qualquer pessoa singular que recebe um pagamento de juros, ou qualquer pessoa a quem é atribuído um pagamento de juros. São excluídos deste conceito, desde que faça prova de que os juros não lhe foram pagos ou atribuídos em seu favor, se actuar como agente pagador, se agir por conta de uma pessoa colectiva, de uma entidade com lucros tributados, de uma OICVM, de uma outra entidade ou por conta de outra pessoa singular e que comunique ao agente pagador a identidade do beneficiário efectivo, nos termos e condições das alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 2.º.

O segundo critério é determinado pelo lugar de residência permanente. A Directiva da Poupança só é aplicável aos residentes dos EM e aos residentes de determinados territórios dependentes ou associados de EM, independentemente da nacionalidade do beneficiário efectivo.

O terceiro critério vinculativo para efeitos de aplicação da Directiva é determinado pelo recebimento de juros conforme o definido no art.º 6.º.

Por último, o quarto critério implica que o recebimento do pagamento de juros provenha de outro EM, que não o de residência.

A identificação e determinação do lugar de residência dos beneficiários efectivos está elencada no art.º 3.º. Para as relações contratuais estabelecidas antes de 1 de Janeiro de 2004, o agente pagador deve determinar: a identidade, expressa no seu nome e endereço com base nas informações de que dispõe, nomeadamente através da aplicação da legislação relativa à prevenção e combate ao branqueamento de capitais. Para as relações contratuais estabelecidas, ou para as transacções efectuadas na falta dessas relações, a partir de 1 de Janeiro de 2004, o agente pagador deve determinar: a identidade do beneficiário efectivo, expressa pelo seu nome, endereço e, caso exista, número de identificação fiscal (NIF) atribuído pelo EM de residência fiscal, tendo como base os seus documentos identificativos (bilhete de identidade, passaporte ou outro documento oficial). Na falta de

menção expressa do NIF nos documentos identificativos, a identidade será completada pela menção da data e lugar de nascimento. A determinação do local de residência deve ser determinada com base no seu endereço constante do seu bilhete de identidade, passaporte ou outro documento oficial emitido por um EM. Se o beneficiário declarar que reside num país terceiro deverá apresentar um atestado de residência fiscal emitido pela autoridade competente desse país.

O conceito de agente pagador é definido no art.º 4.º, como qualquer entidade que pague juros ou atribua o pagamento de juros em proveito imediato do beneficiário efectivo, independentemente de essa entidade ser o devedor do crédito que gera os juros ou a entidade encarregada pelo devedor ou pelo beneficiário efectivo de pagar ou atribuir o pagamento dos juros; em casos específicos elencados no artigo 4º da directiva, é igualmente considerado como agente pagador qualquer operador económico estabelecido num Estado-Membro à qual sejam pagos juros ou assegurado o pagamento de juros em proveito do beneficiário efectivo na altura desse pagamento ou da atribuição desse pagamento.

O art.º 5.º define o conceito de autoridade competente, que no caso dos EM é a autoridade ou autoridades por eles notificadas à Comissão, relativamente aos países terceiros a autoridade competente para efeitos de convenções bilaterais ou multilaterais.

5.2. Âmbito objectivo

Os rendimentos da poupança abrangidos pela Directiva estão definidos no art.º6.º.

Entende-se por pagamento de juros: os juros pagos ou creditados em contas referentes a créditos de qualquer natureza, com ou sem garantia bancária e com direito ou não a participar nos lucros do devedor. Incluem-se nesta definição, principalmente os rendimentos da dívida pública e de obrigações de empréstimos, incluindo os prémios relativos a esses títulos. São excluídas as penalidades por mora no pagamento. Esta definição é extensiva aos juros vencidos ou capitalizados realizados na altura da cessão, do reembolso ou do resgate dos créditos referidos anteriormente; os rendimentos provenientes do pagamento de juros quer estes sejam efectuados directamente, quer por intermédio de determinadas entidades especificadas, distribuídos por organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) autorizados ao abrigo da Directiva 85/611/CE e outros organismos de investimento colectivo estabelecidos fora do âmbito de aplicação territorial. Os rendimentos realizados na altura da cessão, do reembolso ou do resgate de

partes de ou unidades de participação nos OICVM, que tenham investido, directa ou indirectamente, por outros organismos de investimento colectivo mais de 40% (percentagem esta alterada para 25% a partir de 2011). Os EM podem excluir da definição de pagamento de juros, só os rendimentos provenientes de organismos de investimento colectivo em valores imobiliários (OICVM), que apenas investem, directa ou indirectamente 15% ou menos dos seus activos em créditos.

5.3. Intercâmbio de informações

As obrigações de comunicação encontram-se definidas no art.º 8.º da Directiva, que determina o conteúdo mínimo das informações a prestar pelo agente pagador à autoridade competente do EM de estabelecimento, para posterior troca de informações com a autoridade do EM de residência do beneficiário efectivo e que é o seguinte:

- Identidade e residência do beneficiário efectivo;
- Nome ou denominação do agente pagador;
- Número da conta do beneficiário efectivo ou, na sua falta, identificação do crédito gerador de juros;
- Informações relativas ao pagamento de juros, em conformidade com o disposto no n.º 2 do art.º 8.º.

O agente pagador deve diferenciar os juros segundo as categorias elencadas no n.º 2 do presente artigo aquando da comunicação do conteúdo mínimo de informações. Os EM podem no entanto limitar o conteúdo mínimo das informações que o agente pagador deve comunicar no que se refere ao pagamento, montante total dos juros ou rendimentos e ao montante total do produto da cessão, do resgate ou do reembolso.

Segundo o art.º 9.º, a autoridade competente do EM de residência do agente pagador deve comunicar as informações que constam do art.º 8.º à autoridade competente do EM de residência do beneficiário efectivo, de forma automática:

- Pelo menos uma vez por ano;
- Nos seis meses subsequentes ao termo do exercício fiscal do EM do agente pagador;
- Em relação a todos os pagamentos de juros efectuados durante esse ano.

As disposições da Directiva 77/799/CEE são aplicáveis à troca de informações, excepto no que respeita a derrogações às mesmas previstas na presente Directiva.

5.4. Disposições transitórias

As disposições transitórias encontram-se elencadas nos artigos 10.º a 14.º da Directiva.

No art.º 10.º está previsto um período de transição com início em 1 de Janeiro de 2005 (no entanto só passou a ter aplicação nos ordenamentos jurídicos dos EM em 1 de Julho de 2005) conforme o estipulado nos números 2 e 3 do artigo 17.º, para a Bélgica (passou a trocar informações a partir de 1 de Janeiro de 2010), o Luxemburgo e a Áustria, que não estão obrigados ao intercâmbio de informações conforme o disposto no Capítulo II, tendo no entanto o direito de receber informações dos outros EM. O período transitório termina no primeiro ano fiscal completo após a verificação do último de dois factos, desde que exista unanimidade por parte do Conselho:

- Acordo entre a União Europeia e o último dos seguintes países: Confederação Suíça, Principado do Liechtenstein, República de São Marino, Principado do Mónaco e Principado de Andorra, prevendo o intercâmbio de informações a pedido, tal como definido no Acordo modelo da OCDE sobre troca de informações em matéria fiscal, no âmbito e disposições da presente Directiva. Para além da aplicação simultânea por esses mesmos países de uma retenção na fonte sobre o pagamento de juros efectuados por agentes domiciliados a beneficiários efectivos aos quais é aplicável a Directiva, à taxa definida para os períodos em questão referida no n.º 1 do art.º 11.º;
- Acordo entre a UE e os Estados Unidos relativamente à troca de informações a pedido, tal como definido no Acordo modelo da OCDE, no que respeita a pagamento de juros conforme o disposto na Directiva, efectuados por agentes pagadores estabelecidos nesse território a beneficiários efectivos residentes no território de aplicação da Directiva.

O art.º 11.º estabelece as taxas e períodos de aplicação de retenção na fonte durante o período transitório, que são as seguintes:

- Retenção na fonte de 15% durante os primeiros três anos do período de transição;
- De 20% nos três anos subsequentes;
- De 35% após este último período, ou seja a partir de 1 de Julho de 2011.

Assim, os EM que beneficiem do período transitório e que aplicam uma retenção na fonte, devem transferir 75% dessas receitas o mais tardar nos seis meses seguintes ao termo do

exercício fiscal do EM do agente pagador ou do operador económico para o EM de residência do beneficiário efectivo dos juros, conforme o disposto no art.º 12.º.

As excepções ao sistema de retenção na fonte tem o seu enquadramento no art.º 13.º, permitindo ao beneficiário efectivo autorizar expressamente o agente pagador a utilizar a troca automática de informações, essa autorização abrange todos os juros pagos pelo agente pagador ao beneficiário efectivo. Outro dos procedimentos que o beneficiário efectivo dispõe para evitar a retenção na fonte é a apresentação de um atestado de residência emitido pela autoridade competente do seu EM de residência fiscal, atestado esse com validade até três anos, em conformidade com o exposto no n.º 2.

A troca de informações poderá ainda ser solicitada em casos de comportamento fraudulento por parte do beneficiário efectivo.

A eliminação da dupla tributação está expressa na Directiva, devendo o EM de residência fiscal do beneficiário efectivo garantir a eliminação de qualquer dupla tributação quando os rendimentos tenham sido objecto de retenção na fonte no EM do agente pagador, conforme o determinado no art.º 14.º. Os mecanismos previstos são o de crédito de imposto igual ao montante de retenção na fonte de acordo com a legislação nacional do EM de residência fiscal do beneficiário. Se o montante for superior ao devido no direito interno, o beneficiário efectivo deve ser reembolsado do montante pago em excesso. Quando se verificar que os juros recebidos foram objecto de outro tipo de retenção na fonte além do previsto no art.º 11.º e o EM de residência fiscal tenha concedido um crédito fiscal sobre essa retenção conforme o seu direito interno ou através de CDT, esse outro tipo de retenção será creditado antes da aplicação prevista no n.º 2. Além dos mecanismos previstos, o EM de residência fiscal do beneficiário efectivo pode proceder a um reembolso imediato de retenção na fonte em substituição do crédito de imposto.

Como se pode verificar no quadro 1, dos 27 Estados que compõem a UE, 25 aplicam o sistema de troca automática de informações, dois deles aplicam a retenção na fonte casos da Áustria e do Luxemburgo durante o período transitório. Foram aplicadas medidas equivalentes às previstas para os 2 EM referidos com 5 países terceiros europeus, caso de Andorra, Liechtenstein, Mónaco, São Marino e Suíça. Foram também celebrados acordos com territórios associados ou dependentes do Reino Unido e Holanda, dos quais a partir de Julho de 2011 seis procedem à troca automática de informações e quatro à retenção na fonte com partilha de receitas.

Quadro 1 – EM, territórios associados ou dependentes e países terceiros que se encontram no âmbito da Directiva.

Estados que aplicam o sistema de Troca de Informação		Estados que aplicam o sistema de Retenção na Fonte			
Estados-Membros da UE	Territórios associados ou dependentes	Estados Membros da UE	Territórios associados ou dependentes	Estados terceiros	
Eslovénia	Lituânia	Anguilla (R.U.)	Luxemburgo	Ilhas Virgens Britânicas (R.U.)	Andorra
Hungria	República Checa	Aruba (Holanda)	Áustria		Mónaco
Roménia	Dinamarca			Jersey (R.U.)	
Grécia	Letónia	Ilhas Caimão (R.U.)	Bélgica (até 2009)	Ilha de Man (R.U.) (até Junho de 2011)	Suíça
França	Irlanda	Montserrat (R.U.)			São Marino
Finlândia	Eslováquia				
Holanda	Bulgária	Ilha de Man (R.U.) (após Junho de 2011)		Guernsey (R.U.) (até Junho de 2011)	Liechtenstein
Estónia	Itália				
Suécia	Espanha	Guernsey (R.U.) (após Junho de 2011)		Antilhas Holandesas (Holanda)	
Malta	Chipre				
Alemanha	Polónia			Ilhas Turcs e Caicos (R.U.)	
Reino Unido	Bélgica(após 2010)				
Portugal					

5.5. Títulos de dívida negociáveis

Conforme o previsto no art.º 15.º, não é aplicável a Directiva aos títulos de dívida negociáveis durante o período de transição ou até 31 de Dezembro de 2010, se as obrigações nacionais e internacionais e outros títulos tenham sido emitidos antes de 1 de Março de 2001, ou cujos prospectos iniciais tenham sido visados antes dessa data pelas autoridades competentes, desde que não haja uma nova emissão desses títulos a partir de 1 de Março de 2002. Caso o período de transição se prolongue para além de 31 de Dezembro de 2010 (o período de transição ainda vigora para a Áustria e o Luxemburgo), os beneficiários efectivos ainda podem usufruir desta disposição, desde que esses títulos negociáveis preencham as seguintes condições:

- Incluem cláusulas de «totalidade» e de reembolso antecipado, e
- Nos casos em que o agente pagador cumpra os requisitos elencados no art.º 4.º, esteja estabelecido num EM que aplique a retenção na fonte e esse agente pagador pague juros a um beneficiário efectivo noutra EM.

Havendo uma nova emissão desses títulos a partir de 1 de Março de 2002, emitidos por uma administração pública ou privada com prerrogativas públicas, todas essas emissões, a nova e a inicial passam a estar sujeitos ao regulamentado na Directiva. No caso de se realizar uma nova emissão de um dos títulos negociáveis referidos por outra entidade que não as anteriores apenas essa nova emissão passa a estar abrangida pela Directiva.

Para que exista uma avaliação do funcionamento da Directiva, a Comissão deverá apresentar ao Conselho um relatório de três em três anos. Com bases nesses relatórios a Comissão deverá apresentar medidas tendentes a alterar a presente Directiva no sentido de assegurar a tributação efectiva dos rendimentos da poupança e a eliminação de distorções de concorrência, segundo o previsto no art. 18.º.

6. Forças e fraquezas da Directiva da poupança

A Directiva da poupança tem como objectivo não a harmonização, mas a coordenação em matéria de tributação da poupança sob a forma de juros entre EM, territórios associados ou dependentes e os países terceiros que apliquem as mesmas medidas elencadas na Directiva. Sem essa coordenação, não seria possível a tributação no EM de residência do beneficiário efectivo de grande parte dos juros auferidos no exterior por pessoas singulares.

Para tentar definir com alguma objectividade as forças e fraquezas da Directiva começamos por fazer uma abordagem sintética aos dados estatísticos dos primeiros três anos de implementação da Directiva.

A tabela 1 reporta-se ao pagamento de juros e produtos da cessão, de resgate ou reembolso definidos no § 2.º do art.º 8.º, dos EM, territórios associados ou dependentes e países terceiros aos quais a Directiva é aplicável e cujos dados foram fornecidos, e, que aplicam o sistema de troca de informações.

Como se pode verificar, os países em que as actividades financeiras e económicas são mais fortes, representam uma percentagem substancial dos valores referenciados comunicados para os outros EM. Nesta situação encontra-se a Alemanha, a França, a Itália, a Irlanda e o Reino Unido (este país só forneceu dados referentes a 2005). O Luxemburgo, apesar de

não se encontrar obrigado à troca de informações durante o período transitório, apresenta valores elevados e em crescendo, facto que é associável à excepção elencada no art.º 13.º, como é referido por Hemmelgarn e Nicodème (2009:22),

[u]ma das razões para estes valores elevados poderia ser a amnistia para a evasão fiscal oferecida pela Alemanha de 31 de Dezembro de 2003 a 1 de Abril de 2005. Os contribuintes com depósitos no estrangeiro, que optaram pela amnistia preferiram a divulgação voluntária desde que a informação foi revelada pelas autoridades alemãs.¹

A mesma situação é aplicável à Suíça, no entanto os valores objecto de declaração são substancialmente inferiores. No caso de Portugal, os valores comunicados em 2007 são aproximadamente dez vezes mais elevados que os fornecidos em 2006, não existindo dados para o ano de 2005.

¹ «Tradução livre no autor. No original: One reason for these high values might be the amnesty for tax evasion which was offered in Germany from 31 December 2003 until April 1 2005. Tax payers with foreign deposits that opted for the amnesty would also choose voluntary disclosure since the information was already disclosed to German tax authorities».

Tabela 1. Comunicação de pagamento de juros por países que utilizam a troca de informações

	2005 (2nd half)	2006	2007
iber States			
Austria	n.a.	n.a.	n.a.
Belgium	n.a.	n.a.	n.a.
Bulgaria**	-	-	n.a.
Cyprus	5.26	15.05	25.41
Czech Republic	2.92	17.81	26.75
Germany	660.73	1392.06	942.09
Denmark	n.a.	1.16	693.10
Estonia	n.a.	4.40	n.a.
Spain	488.11	423.42	256.52
Finland	26.02	60.93	n.a.
France	568.14	2020.04	2485.40
Greece	6.85	23.11	1.00
Hungary	n.a.	n.a.	n.a.
Ireland	258.88	771.00	1901.24
Italy	280.53	1615.92	1210.35
Lithuania	n.a.	0.09	n.a.
Latvia	0.18	0.65	n.a.
Luxembourg	1119.79	4188.68	6344.34
Malta	1.02	2.10	n.a.
Netherlands	107.83	800.14	n.a.
Poland	0.00	0.71	10.00
Portugal	n.a.	0.56	5.18
Romania**	-	-	7.34
Sweden	n.a.	n.a.	n.a.
Slovenia	0.59	1.35	n.a.
Slovakia	1.87	4.76	n.a.
United Kingdom	9132.49	n.a.	n.a.
Third Countries			
Switzerland	70.50	549.12	500.89
Dependent and Associated Territories			
Anguilla	n.a.	n.a.	n.a.
Aruba	0.01	0.09	n.a.
Cayman Islands	8.81	18.02	n.a.
Netherlands Antilles	n.a.	0.05	n.a.
Montserrat	n.a.	n.a.	n.a.

in m Euro

Fonte: Adaptado de Hemmelgarn e Nicodème (2009:21e ss)

A tabela 2 reporta as informações disponibilizadas pelos países que aplicam a retenção na fonte sobre o montante partilhado com os EM. Verifica-se que o país que mais contribuiu foi a Suíça seguido do Luxemburgo, que são responsáveis por aproximadamente 70% das receitas geradas. Contrariamente ao que se verifica no quadro anterior, relativamente à disponibilização de troca de informações (cujos os dados não foram fornecidos), Guernsey e Jersey contribuíram com cerca de 10.5% do total das receitas.

Tabela 2. Receitas fiscais partilhadas por países com retenção na fonte

Tax revenue shared by countries with withholding tax regime			
EU Member States	2005 (2nd half)	2006	2007
Austria	9.48	44.32	59.53
Belgium	7.51	19.61	25.92
Luxembourg	35.90	124.59	153.00
Third Countries			
Andorra	3.50	12.77	16.34
Liechtenstein	1.94	7.08	9.06
Monaco	3.75	11.70	n.a.
San Marino	1.13	7.47	10.75
Switzerland	77.23	255.92	298.23
Dependent and Associated Territories			
British Virgin Islands	0.00	n.a.	n.a.
Turks and Caicos	0.01	0.02	n.a.
Guernsey	4.93	16.83	n.a.
Jersey	13.26	32.15	38.34
Isle of Man	13.26	20.35	23.39
Netherlands Antilles	n.a.	0.05	n.a.

in m Euro

Fonte: Adaptado de Hemmelgarn e Nicodème (2009:25)

6.1. Forças da Directiva da poupança

A coordenação entre EM em matéria de poupança sobre a forma de juros torna-se a forma mais eficaz de promover a luta contra a fraude fiscal, evasão fiscal, o branqueamento de capitais e a evitação da dupla tributação. O mecanismo utilizado é a troca automática de informações entre os EM, os territórios associados ou dependentes e os países terceiros abrangidos pela Directiva. Excepcionalmente existe um regime transitório para a Áustria e o Luxemburgo, que a partir de 1 de Julho de 2011 aplicam a retenção na fonte aos juros provenientes da poupança de pessoas singulares residentes noutros EM de 35%, repartindo as receitas com o EM de residência do beneficiário efectivo. Verifica-se nesta fase da situação transitória, que as taxas aplicáveis por estes países são em regra superiores às verificadas nos restantes EM. A aplicação de taxas com esta ordem de grandeza leva os aforradores a deslocar as suas poupanças para países onde a taxa de tributação é menor, pressionando estes EM a aderir ao mecanismo de troca automática de informações. Como pontos fortes da Directiva, são de destacar:

- Protecção das receitas fiscais do país de residência do beneficiário efectivo;

Cabe ao EM de residência do sujeito passivo a tributação efectiva dos rendimentos de acordo com a sua legislação fiscal nacional.

- Redução do fluxo migratório proveniente do rendimento da poupança das pessoas singulares para outros EM;

De facto a deslocalização de capitais para outros EM não implica a não tributação pelo EM de residência.

- Atenuação da concorrência fiscal entre os EM da UE;

A tributação do beneficiário efectivo dos rendimentos pelo EM de residência obsta à deslocalização de capitais para outros EM.

- Combate à fraude e evasão fiscais e ao branqueamento de capitais.

A troca de informações entre EM funciona como forma de prevenção e luta contra a fraude e evasão fiscais, ao branqueamento de capitais e ao crime organizado.

6.2. Fraquezas da Directiva da poupança

A Directiva da poupança, integrada no denominado «pacote fiscal» foi anunciada pela UE como um grande passo na coordenação fiscal entre os EM, nomeadamente no que respeita à tributação dos juros provenientes da poupança das pessoas singulares. Com o decorrer do tempo veio a verificar-se que os resultados alcançados não eram os previstos. Para essa situação muito contribui o facto de os países onde se concentram a maioria dos depósitos internacionais, a Suíça, o Luxemburgo e posteriormente o Liechtenstein não efectuarem troca de informações, juntamente com a Áustria e a Bélgica (até 2009) em que as taxas de tributação aplicáveis eram de 15% nos primeiros três anos e de 20% nos três anos subsequentes. Aliado à situação descrita, a deslocalização de capitais para outros centros financeiros localizados noutros países não abrangidos pela Directiva, os mais referenciados são Hong Kong, Singapura, Macau, Dubai e Panamá, com especial relevância os três primeiros. Nestes países considerados como «paraísos fiscais», a tributação é mínima ou nula sobre os rendimentos dos não residentes, este é um dos motivos principais invocados para a ineficiência da Directiva no seu modelo actual.

As lacunas existentes na Directiva são outra das situações apontadas. A Directiva é aplicável a uma definição restrita de juros. Como decorre da interpretação de Klautke e Weichenrieder (2009:2)

[a] maioria dos fundos de investimento está isento, assim como os dividendos de acções, rendimentos de seguros de vida, e derivados. Além disso, apesar do sucesso

notável dos acordos atingidos, a lista de países terceiros que tem cooperado com a UE visando atingir acordos comparáveis é certamente incompleta e um número significativo de paraísos fiscais não europeus continuam disponíveis em termos de evasão fiscal. Eventualmente, mesmo nos Estados que utilizam a retenção na fonte, esta só se aplica aos juros pagos a particulares ou entidades intermediárias legalmente constituídas. Como por exemplo as fundações Liechtenstein, recentemente alvos de grande atenção, cujas entidades financeiras não aplicavam a retenção na fonte.²

Outro dos factores a ter em conta é o disposto no art.º 15.º da Directiva relativamente aos títulos de dívida negociáveis emitidos antes de 1 de Março de 2001, os quais durante o período de transição não são considerados créditos no âmbito da Directiva, logo não estão sujeitos a tributação. Esta situação encontra justificação no preâmbulo da Directiva no seu § 22 que refere, que esta não é aplicável durante o período transitório ao pagamento de juros de determinados títulos de dívida negociáveis («direitos adquiridos»). Nesse sentido Klautke e Weichenrieder (2009:3) sublinham que,

[e]stes «direitos adquiridos» relativamente aos títulos antigos, fazem com que esses títulos sejam a escolha preferida em termos de evasão fiscal: na ausência de tributação adicional no país de residência, esses investidores vão preferir os títulos que estão isentos de taxas de retenção na fonte aos títulos que são tributados ou depositados em instituições financeiras de países que trocam informações.³

Outra das situações que pode ocorrer tem a ver com a troca de informações entre os EM, que pode levar à fuga de capitais provenientes da fraude fiscal e do branqueamento de capitais.

² «Tradução livre no autor. No original: For example, the Savings Directive applies to a narrow definition of interest income only. Most returns from investment funds are exempt, as are dividends on shares, income from life insurances, and derivatives. Further, despite remarkable success in striking agreements, the list of third countries that have cooperated with the EU in striking comparable agreements is certainly incomplete and a considerable number of non-European tax havens are still available for tax evasion. Eventually, even within Europe withholding taxes only apply to interest paid to private individuals, so the use of legal intermediate entities, as for example the Liechtenstein family foundations, which recently have received quite some attention, free banks from the obligation of applying the withholding tax».

³ «Tradução livre no autor. No original: This "grandfathering" of older bonds makes these securities the preferred choice for tax dodgers: in the absence of further taxation in the country of residence, these investors will prefer the bonds that are exempt from the withholding rates over bonds that are taxed or bonds that are deposited at banks in countries that provide information exchange».

7. Casos práticos

- a)* O Sr. António é residente em Portugal e auferiu juros de um depósito a prazo na Caixa Geral de Depósitos em 12 de Janeiro de 2011 referentes ao ano fiscal de 2010. O Sr. António tem que declarar na sua declaração Mod. 3 relativamente ao IRS de 2010 esses rendimentos?

O Sr. António é residente em Portugal, aplicando-se a regra da tributação universal dos residentes de acordo com o art.º 13.º n.º1 do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS). Os juros de depósitos bancários, são considerados rendimentos da categoria E conforme art.º 5.º n.ºs. 1 e 2 a), b) e c) do CIRS, são de englobamento facultativo visto serem tributados na fonte a uma taxa liberatória, conforme o elencado nos artigos 22.º n.º 3 b), art.º 71.º n.º 3 alínea a) e n.º 6 do CIRS.

- b)* O Sr. Joaquim é emigrante na França, onde reside há mais de 20 anos e tem aplicado algumas das suas economias num banco em Portugal onde se encontram numa conta a prazo, no dia 15 de Janeiro foram depositados os juros referentes à sua aplicação na sua conta à ordem, quais são os procedimentos a ter nesta situação?

O Banco em Portugal deve comunicar à Autoridade Competente, em Portugal é a DGCI, que foram pagas determinadas quantias ao Sr. Joaquim correspondentes aos juros recebidos das suas aplicações financeiras.

Por sua vez, a DGCI comunica à Autoridade Competente em França, que assim lhe permite controlar a declaração de rendimentos do Sr. Joaquim, feitas nos prazo e termos da legislação fiscal francesa.

- c)* O Sr. *David* de nacionalidade inglesa reside em Portugal há 3 anos depois de se ter aposentado e tem as suas poupanças em instituições financeiras em *Aruba* e *Jersey* das quais recebeu juros em Janeiro de 2011. Quais são as acções a tomar?

Trata-se de rendimentos obtidos no estrangeiro conforme o definido pelo art.º 18.º do CIRS.

No que corresponde à primeira situação, os juros creditados em *Aruba*, são rendimentos da categoria E elencados no art.º 5.º n.ºs. 1 e 2 a), b) e c) do CIRS, trata-se de um território associado de um EM que aplica o sistema de troca de informações, pelo que a instituição financeira deve fornecer essa informação à Autoridade Competente local, que depois a comunicará à sua congénere Portuguesa. O Sr. *David* é considerado residente em Território

Nacional (TN), aplica-se a regra universal de tributação tal como refere o art.º 13.º n.º 1 do CIRS. Estes rendimentos são de englobamento obrigatório de acordo com os artigos n.ºs. 15.º e 22.º n.ºs 1, 3 e 5 do CIRS e deduzidos à colecta os pagamentos por conta do imposto e as importâncias retidas na fonte que tenham aquela natureza respeitantes ao mesmo período de tributação, conforme art.º 78.º n.º 2 do CIRS e sujeito à taxa liberatória segundo os artigos n.ºs. 15.º n.º 1, 22.º n.º 3 b) e 71 n.º 2 do CIRS.

No que concerne aos juros recebidos de *Jersey*, rendimentos da Categoria E de acordo com o art.º 5.º n.ºs. 1 e 2 a), b) e c) do CIRS, existem duas situações que se podem colocar:

1. Se o Sr. *David* não solicitar o certificado de isenção de retenção de acordo com o art.º 13.º da Directiva, eles são sujeitos a retenção na fonte à taxa de 20%, sendo enviado para Portugal 75% desse montante. Não é enviado para Portugal qualquer informação sobre o beneficiário efectivo nem do facto gerador do rendimento. Estes rendimentos são de englobamento obrigatório pelo seu valor ilíquido de acordo com os artigos n.º s. 15.º e 22.º n.ºs. 1, 3 e 5 do CIRS, e deduzidos à colecta os pagamentos por conta e as importâncias retidas na fonte, respeitantes ao mesmo período de tributação, assim como as retenções efectuadas ao abrigo do art.º 11.º da Directiva e de acordo com o n.º 78.º n.º 2 do CIRS.
 2. Se o Sr. *David* pedir o certificado de isenção de retenção ao abrigo do art.º 13.º da Directiva junto da Autoridade competente em Portugal (DGCI), que deveria apresentar ao agente pagador em *Jersey*, este estava autorizado a comunicar todas as informações à Autoridade Competente de *Jersey*, que por sua vez deve comunicá-las à DGCI para que a tributação fosse efectuada de acordo com a legislação fiscal nacional.
- d) O Sr. Manuel, cidadão Português, trabalha de há três anos a esta parte sazonalmente no Luxemburgo e aplicou parte das suas poupanças num Banco local. Em Janeiro de 2011 recebeu os juros dessas poupanças. Quais os procedimentos a aplicar nesta situação?

Duas situações se nos deparam em relação à definição do local de residência para efeitos de tributação:

1. O Sr. Manuel é considerado residente no Luxemburgo conforme é definido pelo art.º 16.º n.º 1 a) e b) (*a contrario*) do CIRS, assim será tributado de acordo com a legislação fiscal luxemburguesa relativamente aos juros recebidos nesse território.

2. No entanto, se os requisitos elencados no art.º 1.º a) e b) do CIRS forem aplicáveis à situação em apreço, o Sr. Manuel é considerado residente, pelo que serão aplicadas as regras do art.º 13.º n.º1 do CIRS, sendo os valores ilíquidos recebidos tributados de acordo com os artigos 15.º, 22.º n.º 3 b) e 71.º n.º 2 do CIRS, sendo de englobamento obrigatório ao abrigo dos artigos 15.º, 22.º n.ºs. 1, 3 e 5 e 78.º n.º 2 do CIRS.
- e) A Joana, residente em Portugal tem aplicações financeiras abrangidas pelo art.º 5º do CIRS, das quais recebe juros. Parte das suas poupanças encontram-se aplicadas em títulos de dívida negociáveis anteriores a 2001 em Bancos no Liechtenstein, aplicações em instituições financeiras de Hong Kong e dos Estados Unidos. Quais os procedimentos a seguir dentro do quadro apresentado?

No que respeita à primeira situação, os juros recebidos provenientes das aplicações financeiras no Liechtenstein não são considerados como créditos ao abrigo do art.º 15.º da Directiva pelo que não são objecto de tributação nesse país, logo não será enviado qualquer valor nem informação para Portugal.

Na segunda situação, os juros recebidos das poupanças em Hong Kong, são provenientes de um território com o qual nenhum acordo foi firmado no âmbito da Directiva da poupança nem existe qualquer CDT em matéria fiscal. De acordo com o art.º 13.º n.º1 do CIRS a Joana é residente em território nacional, logo a tributação incide sobre a totalidade dos seus rendimentos incluídos os recebidos do estrangeiro, de acordo com o n.º 1 do art.º 15 do CIRS. Nesta situação a Joana deve declarar os juros recebidos na sua declaração Mod. 3 do IRS, são de englobamento obrigatório pelo seu valor ilíquido de acordo com os artigos n.º s. 15.º e 22.º n.ºs. 1,3 e 5 do CIRS e deduzidos à colecta os pagamentos por conta e as importâncias retidas na fonte, respeitantes ao mesmo período de tributação de acordo com o n.º 78.º n.º 2 do CIRS.

A terceira situação também não tem enquadramento na Directiva, no entanto Portugal assinou com os Estados Unidos uma convenção em matéria fiscal (CDT) no âmbito do modelo OCDE. Assim os juros recebidos são tributados na fonte à taxa de 10% e são enviadas informações para Portugal ao abrigo do art.º 28.º da CDT celebrada com os Estados Unidos. Os rendimentos auferidos estão sujeitos a englobamento de acordo com os artigos 15.º, 22.º n.ºs. 1, 3,e 5 e 78.º n.º 2 do CIRS e sujeitos a tributação ao abrigo dos artigos 15.º, 22.º n.º 3 b) e 71.º n.º 2 do CIRS.

f) O Sr. *Fritz*, de nacionalidade Austríaca e residente para efeitos fiscais na Alemanha tem uma carteira de títulos abrangidos pela Directiva e de acordo com o articulado no art.º 5.º do CIRS em Portugal. De que forma serão tributados esse rendimentos e em que Estado?

O art.º n.º 15.º n.º 2 do CIRS, refere que são objecto de tributação em sede de IRS os rendimentos obtidos em território português por pessoas não residentes. Como tal e tratando-se rendimentos da poupança sob a forma de juros estão sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, à taxa liberatória de 21.5 % (taxa actualmente em vigor) como está plasmado no art.º 71.º do CIRS. No entanto, Portugal e a Alemanha celebraram uma CDT em matéria fiscal, sendo aplicável a taxa de 10% a este tipo de rendimentos. Contudo, este tipo de títulos cai na alçada da Directiva da poupança, Portugal e a Alemanha são Estados que aplicam a troca de informações, assim cabe ao EM de residência a aplicação da tributação de acordo com a sua legislação fiscal. Para que isso seja possível, a DGCI comunicará à Autoridade Competente na Alemanha as informações que constam dos artigos 8.º e 9.º da Directiva.

Concluimos, que a Directiva da poupança enquadrada no comumente designado «pacote fiscal», tem como objectivo propiciar a coordenação dos regimes fiscais nos EM no que respeita à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros das pessoas singulares, quando auferidos por não residentes. De forma a atingir o objectivo proposto a Directiva baseia-se no mecanismo de troca de informações, com excepção para a Áustria e o Luxemburgo, que beneficiam de um período de transição durante o qual aplicam a retenção na fonte aos rendimentos abrangidos, em vez da troca de informações. Permite assim, a tributação efectiva desses rendimentos no EM de residência do beneficiário efectivo, com as excepções enunciadas para os países abrangidos durante o período transitório, em que o objectivo proposto neste caso é o de garantir um mínimo de tributação efectiva. Tendo sendo vista na UE como um grande avanço em matéria de harmonização fiscal no que respeita nomeadamente à protecção de receitas por parte do EM do beneficiário efectivo, à atenuação da concorrência fiscal e no combate à fraude e evasão fiscais, veio no entanto a revelar-se ineficiente, quer em termos de receitas fiscais, quer em termos de protecção eficaz contra a evasão fiscal. É de destacar, que o âmbito de aplicação se cinge a uma definição restrita de juros. Os fundos de investimento, os dividendos das acções, rendimentos de seguros de vida e derivados não estão contemplados no âmbito objectivo da Directiva. Deriva da situação elencada, que essas

fraquezas criam problemas em termos de violação dos princípios da igualdade e justiça fiscal e criam dificuldades ao nível da concorrência. Note-se, que a aplicação de poupanças em países do Espaço Económico Europeu (EEE) e na União Europeia está abrangida pelos artigos 63.º a 66.º TFUE relativamente à livre circulação de capitais não estando sujeito a restrições, existe no entanto a obrigação declarativa do sujeito passivo relativamente aos rendimentos da poupança sob a forma de juros.

CAPÍTULO VII

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UE EM MATÉRIA DE HARMONIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DIRECTA

1. Enquadramento

O papel desempenhado pelo TJUE na harmonização da tributação directa através da sua jurisprudência, na defesa das liberdades fundamentais *maxime* no que se refere à liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de capitais, competência dos EM e das instituições da UE face à inobservância de harmonização por via positiva, é o tema abordado na primeira parte deste Capítulo.

A segunda parte é dedicada à apreciação da jurisprudência do TJUE no que respeita à livre circulação de capitais e de vários acórdãos em que existe sobreposição das liberdades fundamentais elencadas no TFUE e da livre circulação de capitais.

2. O Tribunal de Justiça da UE e a Harmonização da Tributação Directa

No âmbito da repartição de competências entre as jurisdições nacionais dos EM e o TJUE, compete a este nas questões submetidas ao seu julgamento através do reenvio a título prejudicial, a interpretação normativa dos Tratados conforme resulta do art.º 267.º do TFUE.

Como forma de suprir a ausência de soluções políticas em questões de harmonização fiscal da tributação directa, a Comissão na comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, de 23 de Outubro de 2001 [COM (2001) final] referia a vária jurisprudência desenvolvida pelo TJUE no que respeita à compatibilidade das disposições em matéria fiscal das legislações nacionais com as do Tratado. Assinalando ainda, a contribuição significativa dada por este órgão na eliminação dos obstáculos fiscais, principalmente no que concerne às empresas.

Não existindo nos tratados qualquer menção expressa relativamente à harmonização fiscal da tributação directa e a relutância dos EM em abrir mão da sua soberania fiscal, apoiados no princípio da subsidiariedade, tem sido o maior obstáculo à aprovação de instrumentos jurídicos nesta matéria. Assim, como refere Dourado (2010:27) «[n]este contexto, a

jurisprudência do TJCE em matéria de tributação directa aparece como a mais importante fonte de Direito nesta matéria, e o Tribunal como a instituição que mais tem assegurado as liberdades fundamentais dos contribuintes, ainda que de forma insuficiente». Opinião diversa é defendida por Nabais (2005:200), que refere o papel federalista do TJUE face à inobservância de harmonização por via positiva, o que leva à destruição dos sistemas fiscais nacionais, não sendo assim possível a criação de bases sólidas para o desenvolvimento de um sistema fiscal supranacional.

Conforme tem sido reiterado pelo TJUE em diversos acórdãos, dos quais destacamos o Proc. C-80/94, *Wielockx* § 16, de 11 de Agosto de 1995 e Comissão/Reino da Dinamarca, Proc. C-150/04 § 34, de 30 de Janeiro de 2007, em matéria de fiscalidade directa a competência é dos EM. No entanto, quando estão em causa normas fiscais nacionais que ponham em causa as disposições nos Tratados relativamente ao princípio da não discriminação e das liberdades económicas, *maxime a* liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, o TJUE tem considerado essas disposições contrárias à implementação do mercado comum.

O papel interventivo do TJUE em matérias de âmbito fiscal, através da interpretação das normas dos Tratados, acaba por interferir nas legislações fiscais nacionais em termos de harmonização fiscal da tributação directa, substituindo-se dessa forma às acções desenvolvidas pelas instituições europeias e aos EM, por via indirecta.

Não sendo competência do Tribunal essa função harmonizadora, acaba porém, por ter uma intervenção directa nas decisões tomadas relativamente a situações concretas, que são alvo de apreciação e correspondente jurisprudência. Neste sentido conforme a apreciação de Pereira (2010:280),

[p]or um lado, as decisões do Tribunal de Justiça limitam-se na generalidade dos casos, à resolução de questões fiscais muito específicas. Por outro lado, a análise apenas dos casos colocados ao Tribunal de Justiça não permite uma consideração sistemática de todas as potenciais incompatibilidades da legislação fiscal dos Estados-membros com o Direito da UE. Problemas essenciais no campo da tributação directa, muitos deles geradores de distorções fiscais no âmbito da UE, continuam, assim, sem ter sido apreciados pelo Tribunal de Justiça.

Outros dos factores que se prende com a eliminação das distorções fiscais e, que não deve ser limitada à jurisprudência do TJUE, tem a ver como refere Dourado (2010) com a

complexidade e incerteza das decisões tomadas e que os EM não relevam para alteração da sua legislação fiscal.

Como vimos, apesar da importância da jurisprudência do TJUE em matéria de defesa das liberdades económicas e do princípio da não discriminação, cabe no entanto aos EM em coordenação com as instituições da UE a harmonização das legislações fiscais, de acordo com o interesse comum e na salvaguarda do mercado único.

3. Jurisprudência do TJUE

A não existência de jurisprudência específica em matéria de juros relativamente à Directiva da Poupança, pode derivar de duas situações distintas:

- A Directiva funciona de forma adequada, as bases em que se apoia e o seu âmbito de aplicação está a ser atingido; ou
- Não havendo contencioso, os objectivos a que se propunha não foram alcançados.

Assim, do que se nos depara em vários acórdãos relativamente à liberdade de circulação de capitais, através da interpretação do normativo constante dos Tratados levada a cabo pelo TJUE, procuraremos obter uma resposta elucidativa sobre o movimento de capitais entre EM e entre EM e países terceiros.

A forma de estudo da jurisprudência do TJUE segundo Dourado (2010:48) pode ser efectuada através das seguintes três classificações:

- 1) As liberdades fundamentais que podem ser violadas pela legislação interna ou pelas convenções de dupla tributação – livre circulação de pessoas dividida entre livre circulação de trabalhadores (art. 39.º do Tratado) [art.º 45.º do TFUE] e liberdade de estabelecimento (art. 43.º do Tratado) [art.º 49.º do TFUE]; livre prestação de serviços (art. 49.º do Tratado) [art.º 56.º do TFUE]; livre circulação de capitais (art. 56.º do Tratado) [art.º 63.º do TFUE].
- 2) O conjunto de questões fiscais que já foram objecto de análise pelo TJCE [TJUE], e que nos permitem afirmar que a jurisprudência é constante, com aspectos de “acto claro” – princípio da capacidade contributiva, tratamento fiscal das pensões, direito de estabelecimento primário, relações entre a sociedade e o accionista, direito de estabelecimento secundário, regras anti-abuso, aplicação da livre circulação de capitais a Países terceiros e as discriminações em matéria fiscal.
- 3) A perspectiva do Estado exportador de capital, incluindo neste conceito os serviços e o estabelecimento de empresas, ou de factor de produção trabalho

(Estado de residência) e do Estado importador de capital (Estado da fonte, que pode ou não ser também Estado de residência), de que são exemplos os dividendos pagos por filiais a accionistas de outro Estado Membro (casos *Denkavit France, Amurta*) ou a tributação das pensões de alimentos auferidas por um sujeito passivo num Estado Membro e pagas por um sujeito passivo residente noutra Estado Membro (*Schempp*): impostos à saída e impostos à entrada.

Conforme o elencado no art.º 63.º n.º 1 do TFUE são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre EM e EM e países terceiros. No entanto, como refere Dourado (2010: 94) «[e]mbora a letra da lei não distinga entre movimento de capitais entre Estados Membros e entre estes e Países terceiros, a finalidade do art. 56.º, n.º 1 [art.º 63.º do TFUE], não é clara».

No seguimento do raciocínio de Dourado (2010), o art.º 63.º n.º 1 interpretado literalmente faz da livre circulação de capitais a liberdade fundamental com mais alcance já que promove essa aplicação a países terceiros, no entanto se associada a outra liberdade fundamental prevista no Tratado não é claro se a sua aplicação envolve todas as liberdades em questão ou se alguma delas deve prevalecer. Se a jurisprudência do TJUE relativamente às disposições de uma ou mais liberdades fundamentais entre EM é considerada irrelevante, quando se trata de EM e países terceiros, a prevalência de uma liberdade com exclusão de outra traz várias consequências.

3.1. Livre circulação de capitais

No que respeita à livre circulação de capitais vamos fazer uma breve análise do processo C-194/06, *Orange European*, de 20 de Maio de 2008.

Foi apresentado um pedido de decisão prejudicial no âmbito de um litígio que opõe as autoridades fiscais holandesas à *Orange European*, relativamente ao montante de compensação a atribuir, nos termos do regime fiscal especial previsto na legislação deste EM, a favor dos organismos de investimento colectivo para efeitos fiscais, no que concerne às retenções fiscais efectuadas no estrangeiro sobre dividendos recebidos pela *Orange* durante o exercício de 1997/1998.

De acordo com a lei fiscal holandesa relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, um organismo de investimento colectivo pode revestir a forma de sociedade anónima, sociedade por quotas ou de um fundo comum de investimento estabelecido na Holanda e cujo objecto e actividade efectiva consiste no investimento e satisfaçam determinadas condições. Estes organismos são sujeitos a imposto, mas os seus lucros são

tributados à taxa zero, desde que a totalidade dos seus lucros distribuíveis sejam postos à disposição dos accionistas dentro de um determinado prazo. Quando se trata de dividendos recebidos noutros Estados sujeitos a retenção na fonte, a administração fiscal holandesa limita a dedução desse imposto estrangeiro ao montante correspondente à fracção deste último imposto, que é proporcionalmente atribuível aos dividendos em questão. No entanto o tipo de organismo em questão para efeitos fiscais é tributado à taxa zero, pelo que não é possível deduzir qualquer tipo de imposto pago no estrangeiro. Relativamente ao ano de 1997/1998 a Orange recebeu dividendos relativos a participações em sociedades estrangeiras sujeitos a retenção na fonte, sendo tributada na Alemanha, cuja CDT não previa a dedução do imposto cobrado na Alemanha e de Portugal com o qual não foi celebrada qualquer convenção, não sendo assim permitida qualquer dedução dos impostos pagos nesses países. Este tratamento desfavorável põe em causa a livre circulação de capitais obstando dessa forma ao investimento em Portugal e na Alemanha, proibido pelo Tratado.

O que está em causa no processo principal é se existe qualquer restrição à livre circulação de capitais proibidos pelos artigos 63.º a 65.º do TFUE (ex-artigos 56.º a 58.º do TCE). No § 100 do acórdão o Tribunal apoiou-se na Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988 para definir o conceito de «movimento de capitais», a Directiva caducou quando entrou em vigor o Tratado de Maastricht, mas a doutrina e o TJUE tem seguido o elencado na Directiva. Considerou o Tribunal no caso em apreço que se tratava de movimento de capitais de acordo com o art.º 63.º n.º 1 do TFUE (ex-artigo 56.º do TCE).

Da decisão do Tribunal, resulta que não existiu da parte deste qualquer tentativa da criação de obstáculos, ou dissuasão aos movimentos de capitais.

Vária tem sido a jurisprudência do Tribunal neste sentido, das quais destacamos os processos C-360/06, Bauer Velag de 2 de Outubro de 2008; C-43/07 DMMA de 11 de Setembro de 2008; C-256/06, Jager, de 17 de Janeiro de 2008, entre outros.

3.2. Livre prestação de serviços e livre circulação de capitais

Um dos primeiros processos em que se encontram sobreposição de liberdades fundamentais em matéria de prestação de serviços e livre circulação de capitais foi o caso *Bachmann*, processo C- 204/90, de 28 de Janeiro de 1992, como escrevem Cunha e Vasques (2002), no quadro de um litígio que envolveu o Sr. *Bachmann* de nacionalidade Alemã e as autoridades fiscais Belgas relativamente à dedução das cotizações pagas na

Alemanha relativamente a contratos de seguro de doença e invalidez e de um contrato de seguro de vida, celebrados antes da sua chegada à Bélgica à totalidade dos seus rendimentos profissionais, relativos ao período de 1973 a 1976, que foi recusada pelas autoridades Belgas. O Tribunal considerou que os factos tinham enquadramento no âmbito da prestação de serviços e não da livre circulação de capitais. Conforme refere Dourado (2010:104) «[e]sta liberdade foi considerada meramente instrumental em relação à prestação de serviços».

De entre os vários processos em que o Tribunal não analisou se a legislação nacional era contrária à livre circulação de capitais, como refere Dourado (2010) esta situação verificou-se nos acórdãos *Safir*, *Danner* e *Skandia*, constatando pela irrelevância deste, decidindo que essa legislação era contrária à liberdade de prestação de serviços.

No acórdão de 14 de Novembro de 1995, *Svensson e Gustavsson*, processo C-484/93, estava em causa a concessão por parte do Luxemburgo de subsídios à habitação, desde que o empréstimo fosse efectuado a entidades bancárias estabelecidas ou reconhecidas no Luxemburgo. No § 10 do acórdão o Tribunal considera que as disposições em causa através da bonificação de juros concedidos pelo Estado Luxemburguês são dissuasores da solicitação de empréstimo bancário pelos interessados a instituições bancária de outro EM, o que constitui uma restrição aos movimentos de capitais. No que se refere à livre prestação de serviços o Tribunal pronuncia-se sobre a concessão de empréstimos, subordinada à condição de os mesmos terem de ser efectuados em instituições reconhecidas no EM em questão, o que constitui uma discriminação contra instituições de crédito localizadas noutros EM, proibida pelo art. 58.º n.º 2 do TFUE (antigo art.º 51, n.º 2). Infere-se então, como refere Dourado (2010), que a interpretação levada a cabo pelo TJUE na sua jurisprudência, considera que os juros empréstimos bancários são considerados no âmbito da prestação de serviços e só de forma instrumental podem afectar a livre circulação de capitais.

3.3. Direito de estabelecimento e livre circulação de capitais

O critério definido pelo TJUE na distinção entre livre circulação de capitais do direito de estabelecimento foi estabelecido no caso *Baars*, acórdão de 13 de Abril de 2000, processo C-251/98, referente ao litígio que opõe *C. Baars*, cidadão holandês à administração fiscal dos Países Baixos, devido a ser-lhe recusado o benefício de dedução fiscal em matéria de imposto sobre a fortuna. De acordo com a legislação holandesa eram isentas de tributação

as participações sociais em sociedades comerciais residentes na Holanda. A isenção não era concedida se o sujeito passivo detivesse participações sociais em sociedades com sede noutros EM.

Segundo o § 22 do acórdão, o Tribunal refere que em resultado do segundo parágrafo do art.º 49.º do TFUE, a liberdade de estabelecimento compreende a constituição e gestão de empresas num EM. Com efeito, resulta do segundo parágrafo do artigo 49.º do TFUE, que a liberdade de estabelecimento compreende a constituição e a gestão de empresas designadamente de sociedades num Estado-Membro, por um nacional de outro Estado-Membro. Exerce por isso o direito de estabelecimento o nacional de um Estado-Membro que detém, no capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, uma participação que lhe confere uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permite que determine as respectivas actividades. Nesse sentido Dourado (2010:106) assinala que «influência certa» é determinante no que releva para distinguir a livre circulação de capitais do direito de estabelecimento, assim: «uma participação societária que permita uma “influência certa” sobre a gestão de uma sociedade é protegida pelo direito de estabelecimento, enquanto a inexistência de tal “influência certa” cai no âmbito da livre circulação de capitais».

No que respeita à compatibilidade com a livre circulação de capitais o Tribunal, refere que não é necessário responder, o que implica que considera esse acto meramente instrumental. Esta jurisprudência tem sido seguida em vários casos apreciados pelo TJUE, dos quais destacamos os processos C-196/04, *Cadbury Schweppes*; C-446/04, *FII Group Litigation* e C-415/06, *SEW*, entre outros.

3.4. Livre circulação de trabalhadores e livre circulação de capitais

O caso *Van Hilten*, processo C-153/03, acórdão de 23 de Fevereiro de 2006, foi o primeiro caso em termos de jurisprudência apreciado e julgado pelo TJUE relacionado com movimento de capitais entre um EM e um país terceiro. O pedido de decisão prejudicial tem como base um litígio entre os herdeiros da Sra. *Van Hilten*, cidadã holandesa, residente nesse país até 1988, que nesse ano mudou a sua residência para a Bélgica e posteriormente para a Suíça em 1991. O património da Sra. *Hilten* era composto por vários bens imóveis sítos nos Países Baixos, na Bélgica e na Suíça, além de títulos cotados em bolsa em países terceiros, assim como contas bancárias em instituições estabelecidas na UE, como decorre do art.º 15.º do acórdão. De acordo com a lei fiscal holandesa no que

respeita ao imposto sucessório, este país cobra imposto sobre as sucessões e doações no período de dez anos subsequentes à emigração dos seus cidadãos, quando este imposto for inferior no estrangeiro, mas não concede qualquer crédito ou dedução do imposto sucessório pago no exterior.

Na sua apreciação o TJUE baseia-se no art.º 63.º n.º 1 do Tratado (ex-artigo 57.º do TCE), que estabelece a proibição de restrição ao movimento de capitais entre EM e países terceiros. Como é referido por Dourado (2010:110)

[a] primeira questão que se colocava era a de saber qual a liberdade fundamental do Tratado que podia estar em causa. O Tribunal considerou que a legislação fiscal submetida ao seu juízo não devia ser analisada à luz da livre circulação de capitais. Para o Tribunal a mudança de residência, em si, não constituía um movimento de capitais.

Desta forma, o Tribunal refere que relativamente às questões prejudiciais referentes aos artigos 63.º e 64.º do TFUE, estas não são passíveis de resposta, visto não se enquadrarem no âmbito do Capítulo 4 referente aos Capitais e Pagamentos. Como é assinalado por Dourado (2010:113),

[o] TJCE, ao considerar no caso *Van Hilten*, que se estava perante a livre circulação de trabalhadores, e embora não o tenha referido, pode ter considerado que os movimentos de capitais eram meramente instrumentais em relação à primeira e que por isso a liberdade de circulação de capitais não devia ser invocada.

No entanto, no que respeita à livre circulação de trabalhadores, as normas constantes do Tratado não são aplicáveis a países terceiros.

Concluimos, que a acção desenvolvida pelo TJUE visa suprir a ausência de soluções políticas em questões de harmonização da tributação directa, principalmente quando estão em causa normas fiscais nacionais que ponham em causa as disposições do Tratado relativamente ao princípio da não discriminação e das liberdades fundamentais. Se relativamente ao movimento de capitais no interior da UE o TJUE não cria qualquer tipo de obstáculo ou de dissuasão, quando se verifica a coincidência com outras liberdades fundamentais, ou seja existe sobreposição, a acção do Tribunal através da sua jurisprudência considera que os movimentos de capitais são meramente instrumentais relativamente a qualquer das outras liberdades fundamentais elencadas no TFUE. No que respeita aos movimentos de capitais para países terceiros e de acordo com o art.º 63.º do TFUE, o tratamento é igual ao efectuado no interior da UE e no EEE, exceptuando quando

existem justificações restritivas. O Tribunal tem considerado de forma mais ampla essa justificação para a existência de restrições quando se trata de países terceiros.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSÃO

A dissertação de mestrado que nos propusemos realizar tem como objectivo a harmonização fiscal da tributação directa, principalmente no que respeita à tributação da poupança sob a forma de juros. Concluimos que a harmonização da fiscalidade directa na UE é o caminho desejável, tanto no que respeita à tributação das empresas como das pessoas singulares e o que se revela mais adequado para garantir a liberdade de circulação de capitais, devendo ser efectuada por vontade política dos EM, levada a cabo por instrumentos jurídicos e não através da harmonização negativa materializada pela jurisprudência do TJUE.

A proposta de Directiva apresentada pela Comissão relativa à tributação de base comum consolidada (MCCIS) relativamente às sociedades sujeitas aos impostos sobre os rendimentos na UE e nos países terceiros que disponham de legislações semelhantes, incide unicamente sobre a matéria colectável e não tem como objectivo a harmonização das taxas. Tratando-se de uma primeira tentativa de harmonização em matéria fiscal a nível europeu, no caso da sua aprovação, este poderá ser o ponto de partida para que seja possível a harmonização da tributação directa, permitindo assim que a Europa possa andar à mesma velocidade.

A Directiva da Poupança enquadrada no denominado «pacote fiscal» tem como objectivo a coordenação dos regimes fiscais no seio da UE no que respeita à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros das pessoas singulares, quando auferidos por não residentes. Como forma de atingir os objectivos propostos a Directiva baseia-se no mecanismo de troca de informações, excepto no período transitório para a Áustria e o Luxemburgo, que aplicam o sistema de retenção na fonte com partilha de receitas. Permite assim, a tributação efectiva desses rendimentos no EM de residência do beneficiário efectivo, com as Excepções enunciadas para os países abrangidos durante o período transitório, em que o objectivo proposto neste caso é o de garantir um mínimo de tributação efectiva. A sua aprovação, teve além do objectivo enunciado anteriormente a protecção de receitas do EM do beneficiário efectivo, a atenuação da concorrência fiscal e o combate à fraude e evasão fiscais, veio no entanto a revelar-se ineficiente, quer em termos de receitas fiscais, quer em termos de protecção eficaz contra a evasão fiscal. É de destacar que o âmbito de aplicação se cinge a uma definição restrita de juros. Os fundos de

investimento, os dividendos das acções, rendimentos de seguros de vida comparáveis a produtos de crédito, derivados e alguns produtos inovadores não estão contemplados no âmbito objectivo da Directiva. Outra das situações que obstam ao bom funcionamento da Directiva é a sua não aplicação ao pagamento de juros em favor de entidades e centros de interesse colectivos sem personalidade jurídica detidos por pessoas singulares. A necessidade de combate ao branqueamento de capitais passa por solicitar aos agentes pagadores sujeitos à obrigação nesta matéria, de utilizarem a informação de que dispõem para que seja possível a tributação desses rendimentos, relativamente a entidades ou centros colectivos sem personalidade jurídica situadas em jurisdições fiscais no exterior da UE, assim como ao beneficiário efectivo de um EM, que esteja identificado para efeitos de combate ao branqueamento de capitais. A tributação dos «OICVM» de acordo com a definição de «fundo ou sistema de investimento colectivo» em vigor na OCDE permite que a informação possa ser partilhada com países não pertencentes à UE, assegurando desta forma que os juros canalizados através destas organizações sejam tratados de forma adequada.

A grande concentração de depósitos em instituições financeiras encontra-se em países com os quais não existe troca de informações, casos da Suíça e Luxemburgo entre outros, torna-se num óbice aos objectivos pretendidos. Aliado à situação descrita, a deslocalização de capitais para centros financeiros asiáticos, como Hong Kong, Macau e Singapura, países com tributação reduzida ou nula e não abrangidos pela Directiva é outro dos factores que contribuem para a sua ineficiência. Outra questão prende-se com os títulos de dívida negociáveis elencados no art.º 15.º, que não são abrangidos durante o período transitório.

Para que seja possível atingir os objectivos propostos é necessário que seja possível o acordo com os países asiáticos referidos, considerados «paraísos fiscais», onde a tributação é nula ou reduzida, para que o cerco se vá apertando e possa ser possível a tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros no espaço da UE, mas também no exterior, de forma a combater a fraude e evasão fiscais e o branqueamento de capitais, com o objectivo de evitar a erosão das bases tributárias dos Estados. A globalização contribuiu para uma maior liberalização dos mercados financeiros afectando os sistemas fiscais nacionais decorrentes da intensificação da competição fiscal. Para que seja possível atrair capitais estrangeiros e manter os capitais internos há que promover uma cultura de cumprimento e transparência relativamente aos rendimentos da poupança, melhorando a concorrência e reduzindo a tributação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de – **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1812-1.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – **Conclusões do Conselho ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal - Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas - Fiscalidade da poupança**, publicado no Jornal Oficial nº C 002 de 6 de Janeiro de 1998.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – **Comunicação da Comissão: Votação por maioria qualificada para aspectos do mercado único nos domínios da fiscalidade e segurança social**, de 14 de Março de 2000. COM (2000) 114 final.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social: A política fiscal da União Europeia - prioridades para os próximos anos**, de 23 de Maio de 2001. COM (2001) 260 final.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Para um mercado interno sem obstáculos fiscais: Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da UE**, de 23 de Outubro de 2001. COM (2001) 582 final.
- COMISSÃO EUROPEIA – **Proposta de Directiva do Conselho, relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)**, de 16 de Março de 2011. COM (2011) 121 final.
- CUNHA, Patrícia Noiret; VASQUES, Sérgio – **Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada, vol. 1**. Lisboa: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1692-7.
- CUNHA, Patrícia Noiret – **A Tributação Directa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1394-X.

DIRECTIVA 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977 – **relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos**, publicado no Jornal Oficial nº L 336 de 27 de Dezembro de 1977.

DIRECTIVA 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990 – **relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes**, publicado no Jornal Oficial nº L 225 de 20 de Agosto de 1990.

DIRECTIVA 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, **relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados - Membros diferentes**, publicado no Jornal Oficial nº L 225 de 20 de Agosto de 1990.

DIRECTIVA 2003/48/CE DO CONSELHO de 3 de Junho de 2003, **relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros**, publicado no Jornal Oficial da União Europeia nº L 157/38 de 6 de Junho de 2003.

DIRECTIVA 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, **relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes**, publicado no Jornal Oficial nº L 157 de 26/ de Junho de 2003.

DIRECTIVA 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003 **que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades - afiliadas de Estados-Membros diferente**, publicado no JOUE nº L 7/41 de 13 de Janeiro de 2004.

DIRECTIVA 2004/76/CE DO CONSELHO de 29 de Abril de 2004, **que altera a Directiva 2003/49/CE no que respeita à possibilidade concedida a alguns Estados -Membros de beneficiarem de períodos transitórios relativamente à aplicação de um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes**, publicado no Jornal Oficial da União Europeia L 195/33 de 2 de Junho de 2004.

DIRECTIVA 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005 **que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes**, publicado no Jornal Oficial nº L 58/19 de 4 de Março de 2005.

DOURADO, Ana Paula – **Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-1783-4.

- HEMMELGARN, Thomas; NICODÈME, Gaëtan – **Tax Co-ordination in Europe: Assessing the First Years of the EU-Savings Taxation Directive**. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009. ISBN 978-92-79-12569-0.
- KLAUTKE, Tina; WEICHENRIEDER, Alfons J. – **Interest Income Tax Evasion, the EU Savings Directive, and Capital Market Effects**. [Em linha]. (28 February 2008). [Cons. Set. 2011]. Disponível em: <http://www.uni-graz.at.socialpolitik/papers/papers%20nach/Weichenrieder.pdf>.
- MACHADO, Jónatas E. M. – **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-185.
- NABAIS, José Casalta – **Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2502-5. pp.157-218.
- OFFERMANS, René – The Functioning of the EU Savings Directive: Strategies for Improvement. *Derivatives & Financial Instruments*. (2008) 189-197.
- PANAYI, Christiana H.J.I. – The Proposed Amendments to the Savings Directive. *European Taxation*. (2009) 179-183.
- PEREIRA, Paula Rosado – **A Tributação das Sociedades na União Europeia: Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2082-7.
- PEREIRA, Paula Rosado – **Princípios do Direito Fiscal Internacional: Do paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4379-1.
- PINHEIRO, Gabriela – **Fiscalidade Directa na União Europeia**. Porto: Coimbra Editora, 1998. ISBN 972-8069-19-7.
- TAHA, Jad A. – The External Implied Competence of the European Union and the Impact of Bilateral Treaties on the Taxation of Cross-Border Savings. *Wolters Kluwer*. ISSN: 0165-2826, (2010) 153-162.
- TEIXEIRA, Manuela Duro – A Transposição da “Directiva da Poupança” por Portugal: algumas questões. Centro de Estudos Fiscais. *Ciência e Técnica Fiscal*, 2005, n.º 415 151-203.

TERRA, Ben J.M.; WATTEL, Peter J. – The Savings Interest Directive. *Wolters Kluwer*. ISBN9789041127402, (2008) 625-639.

UNIÃO EUROPEIA – **Código de conduta para a efectiva aplicação da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas**, publicado no Jornal Oficial da União Europeia nº C 176/8 de 28 de Julho de 2006.

Jurisprudência do TJUE

Acórdão 26-62, de 5 de Fevereiro de 1963 (*Van Gend en Loos*)

Acórdão C-270/83, de 28 de Janeiro de 1986 (*Avoir Fiscal*)

Acórdão C-81/87 de 27 de Setembro de 1988 (*Daily Mail*)

Acórdão C- 204/90, de 28 de Janeiro de 1992 (*Bachmann*)

Acórdão C-330/91, de 13 de Julho de 1993 (*Commerzbank*)

Acórdão C-279/93, de 14 de Fevereiro de 1995 (*Shumacker*)

Acórdão C-80/94, de 11 de Agosto de 1995 (*Wielockx*)

Acórdão C-484/93, de 14 de Novembro de 1995 (*Svensson e Gustavsson*)

Acórdão C-118/96, de 28 de Abril de 1998 (*Safir*)

Acórdão C-264/96, de 16 de Julho de 1998; (*ICI*)

Acórdão C-55/98, de 28 de Outubro de 1999 (*Bent Vestegaard*)

Acórdão C-251/98, de 13 de Abril de 2000 (Baars)

Acórdãos C- 397/98 e C-410/98, de 8 de Março de 2001 (*Metallgesellschaft*)

Acórdão C-136/00, de 3 de Outubro de 2002 (*Danner*)

Acórdão C-422/01, de 26 de Junho de 2003 (*Skandia*)

Acórdão C-9/02, de 11 de Março de 2004 (*Lasteyrie du Saillant*)

Acórdão C-403/03, de 12 de Julho de 2005 (*Schempp*)

Acórdão C- 446/03, de 13 Dezembro de 2005 (*Marks & Spencer*)

Acórdão C-153/03, de 23 de Fevereiro de 2006 (*Van Hilten*)

Acórdão C-196/04 de 12, de Setembro de 2006 (*Cadbury Schweppes*)

Acórdão C-446/04, 12 de Dezembro de 2006 (*FII Group Litigation*)

Acórdão C-175/05, de 14 de Dezembro de 2006 (*Denkavit France*)

Acórdão C-415/06, de 6 de Novembro de 2007 (*SEW*)

Acórdão C-379/05, de 8 de Novembro de 2007 (*Amurta*)

Acórdão. C-150/04, de 30 de Janeiro de 2007 (Comissão/Reino da Dinamarca)

Acórdão C-256/06, de 17 de Janeiro de 2008 (*Jager*)

Acórdão C-194/06, de 20 de Maio de 2008 (*Orange European*)

Acórdão C-43/07, de 11 de Setembro de 2008 (*DMMA*)

Acórdão C-360/06, de 2 de Outubro de 2008 (*Bauer Velag*)