



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

CENTRO REGIONAL DO PORTO – PÓLO DA FOZ

FACULDADE DE DIREITO

**IMPOSTOS DE SAÍDA EM MATÉRIA SOCIETÁRIA: EM BUSCA DE  
UMA SOLUÇÃO PARA UM PROBLEMA DOMÉSTICO E EUROPEU**

Dissertação de mestrado elaborada sob a orientação do

Doutor João Félix Pinto Nogueira

**JORGE MANUEL OSÓRIO ALVES**

n.º 340107057

Porto

Abril de 2013



*Ao Senhor Doutor João Félix Pinto Nogueira – orientador da presente dissertação de mestrado – por todo o conhecimento que me transmitiu e pela entrega pessoal e profissional demonstrada.*

*À minha família, em especial aos meus Pais, à Ariana e ao meu tio Fernando Alves, pelo incondicional apoio prestado, sem os quais seria impossível a realização deste trabalho.*

## Índice

1. Introdução .....	7
1.1. Aproximação ao tema .....	7
1.2. Objeto e questão de investigação .....	7
1.3. Metodologia .....	8
1.4. Sequência .....	9
2. Os <i>exit taxes</i> na jurisprudência do TJUE .....	10
2.1. Introdução .....	10
2.2. Impostos de saída em matéria das pessoas singulares .....	11
2.3. Jurisprudência em matéria de impostos de saída no campo societário .....	14
2.3.1. Nota prévia .....	14
2.3.2. Jurisprudência existente: <i>National Grid Indus e Comissão vs Portugal</i> .....	14
2.3.3. Acórdãos pendentes .....	17
2.3.4. Conclusões preliminares .....	18
2.3.4.1. Conclusões que constituem jurisprudência estável .....	18
2.3.4.2. Questões ainda em aberto depois de uma análise jurisprudencial .....	19
3. Impostos de saída societários e direito secundário da UE .....	21
3.1. Introdução .....	21
3.2. Diretiva 2009/133/CE e os entraves à liberdade de estabelecimento .....	21
3.3. Conclusões preliminares tanto a nível doméstico como a nível da UE .....	23
4. Compatibilidade com o ordenamento da UE .....	24
4.1. Introdução .....	24
4.2. Compatibilidade da Diretiva 2009/133/CE com o TFUE .....	24
4.3. Compatibilidade dos art. 83.º a 85.º CIRC com o ordenamento da UE.....	26
4.4. Conclusões preliminares .....	31
5. Do incompatível ao compatível: um caminho árduo mas existente .....	32
5.1. Introdução .....	32
5.2 Metodologia de intervenção .....	32
5.1.1 Aspetos substantivos .....	34
5.1.2 Aspetos procedimentais .....	35
5.2. Compatibilidade da solução global com as liberdades fundamentais e com a jurisprudência mais recente do TJUE.....	38
5.3. Matéria de direito da UE – emendas à Diretiva .....	40

5.4. Direito doméstico – 83.º a 85.º CIRC .....	41
6. Conclusões .....	43
Bibliografia .....	46

## Lista de abreviaturas

AG	Advogado(a)-Geral
Art.	Artigo(s)
CDT	Convenção em matéria de Dupla Tributação
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CM OCDE	Convenção Modelo da OCDE
CPPT	Código de Procedimento e de Processo Tributário
CRC	Código do Registo Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estado Membro
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
IRS	Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
LGT	Lei Geral Tributária
N.º	Número(s)
P.	Página
Pp.	Páginas
SCE	Sociedade Cooperativa Europeia
SE	Sociedade Europeia
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
§	Parágrafo

## **1. Introdução**

### **1.1. Aproximação ao tema**

Hodiernamente assistimos a um paulatino mas constante incremento da ingerência da jurisprudência do TJUE nos sistemas tributários nacionais. E cada vez mais somos confrontados com alterações legislativas que têm unicamente em vista conformar o ordenamento jurídico-tributário doméstico com o direito da UE.

Tais modificações não são, todavia, pacíficas. Em primeiro lugar porque os EM são sempre sensíveis no que concerne a uma redução da sua margem de atuação em matéria de fiscalidade direta (considerada como um dos últimos redutos da soberania estatal). Por outro lado, porque surgem várias dificuldades na hora de determinar a medida que se mostra como adequada para substituir uma norma anteriormente considerada, pelo TJUE, como incompatível com o direito da UE. O tribunal é claro na “destruição”, mas não deixa muitas pistas na necessária construção (*rectius*: reconstrução) normativa que deve ser operada por cada EM.

Nestes termos, por vezes os acórdãos dão lugar a ainda maiores disparidades nas soluções normativas vigentes nos vários EM e, em certa medida, a uma (não desejável) menor harmonização fiscal. Tal tende a conduzir a ainda maiores obstáculos relativamente ao objetivo último de implementação de um efetivo mercado interno.

A questão que nos ocupa na presente dissertação corresponde, precisamente, a uma dessas situações. E a um caso em que urge intervir por via doutrinal, não só para evidenciar os pontos de tensão mas sobretudo para apontar soluções, caminhos que os Estados podem trilhar no sentido da criação de sistemas tributários mais sólidos, justos e equitativos...

### **1.2. Objeto e questão de investigação**

A presente dissertação incide sobre as medidas tributárias que se despoletam como consequência de uma deslocalização de uma sociedade de um EM para um outro: os chamados “impostos de saída” societários.

A transferência da sede societária de um EM para outro pode dar lugar a algumas questões no que tange à correta repartição dos poderes tributários entre os EM intervenientes. Isto verifica-se sobretudo em relação aos itens de rendimento cujo fator

de conexão seja (nos termos das CDT ou da lei doméstica) a residência. Em relação a tais itens, a transferência da residência de uma sociedade equivaleria, no plano tributário, à concessão da soberania tributária ao outro Estado. Tal gera especiais dificuldades nos casos em que a sociedade em questão tenha ganhos latentes e quando a transferência tem como único ou principal motivo o da minimização da taxa aplicável, através da modificação do Estado com poder para tributação desse item de rendimento (e conseqüente alteração da taxa aplicável). Tal será, por exemplo, o caso nas mais-valias latentes.

Para se proteger contra estes “expedientes”, a maioria dos países adotou medidas, como a tributação das mais-valias latentes à saída. Se tal permitiu resolver as dificuldades sentidas ao nível da repartição do poder de tributação, o certo é que introduziu outros problemas, nomeadamente o da adequação de tais soluções ao direito da UE.

A presente tese pretende apresentar-se como uma reflexão séria, profunda e crítica sobre a problemática dos impostos de saída societários. Partindo de uma leitura atenta e atualizada da jurisprudência do TJUE, pretendemos não só evidenciar quais os problemas existentes mas ainda as possíveis vias de resolução do problema (tanto ao nível interno como ao nível europeu). Fora do nosso âmbito de análise ficará o tratamento jurídico-tributário dos sócios.

### **1.3. Metodologia**

Em termos metodológicos, o cerne do nosso estudo centrou-se na extração das orientações normativas resultantes dos acórdãos do TJUE<sup>1</sup> e no impacto dessas orientações ao nível dos sistemas tributários nacionais. Após a definição dos acórdãos relevantes *rationae materiae*, passamos para uma análise exaustiva e crítica dos mesmos de modo a extrair os elementos essenciais para esse estudo.

No nosso trabalho, tivemos ainda em consideração a literatura existente na matéria, não podendo deixar de registar a escassez de fontes em língua portuguesa. Tivemos também em consideração materiais legislativos, de diversos EM da UE.

Esta tese teve em consideração elementos normativos e jurisprudenciais disponíveis até 23 de abril de 2013 (uma semana antes da entrega da tese).

---

<sup>1</sup> A pesquisa foi feita na Internet através da base de dados disponibilizada pelo Tribunal de Justiça (disponível em <http://curia.europa.eu/>).

#### **1.4. Sequência**

O presente estudo estrutura-se em quatro partes essenciais: *i)* caracterização da problemática dos *exit taxes* na jurisprudência do TJUE; *ii)* a análise da questão, face ao direito da UE, tanto primário como secundário; *iii)* exame à compatibilidade dos “impostos à saída” com o ordenamento da UE; *iv)* indicação dos caminhos possíveis para a superação da encruzilhada em que se encontram vários EM, entre os quais se conta – como veremos *infra* – o Estado português.

## 2. Os *exit taxes* na jurisprudência do TJUE

### 2.1. Introdução

Os EM, no exercício da sua soberania no plano tributário, têm uma competência quase exclusiva para definir as suas regras fiscais, possuindo uma enorme discricionariedade quanto ao modo de fixar as regras jurídicas relativas ao seu regime de fiscalidade direta. Destarte, os regimes internos dos EM não são coincidentes e tal falta de coincidência está na origem de problemas de dupla ou de ausência de tributação. Na falta de uma harmonização, os EM estão “necessariamente sujeitos ao respeito permanente pelas normas de direito da UE, em particular no que tange à aplicação em todo o espaço europeu das liberdades de circulação de pessoas, bens, capitais e da liberdade de estabelecimento”<sup>2</sup>. O TJUE tem, desde 1986<sup>3</sup>, examinado a compatibilidade de várias normas nacionais com essas liberdades, tendo declarado a inadmissibilidade de várias.

Curiosamente, e apesar de se encontrarem presentes na maioria dos EM, os impostos de saída societários sobreviveram durante muito tempo imunes do crivo jurisprudencial. No entanto, tais ónus tributários – tanto substantivos como procedimentais – despoletados pela mera transferência da residência de uma sociedade constituem efetivos entraves ao mercado interno. Isto porque, na sua essência, tais ónus funcionam como entraves à transferência de residência de uma sociedade, o que consiste no mais puro exercício de uma liberdade fundamental: a liberdade de estabelecimento.

Por um lado, é jurisprudência constante do tribunal que o mero exercício de uma liberdade fundamental não pode ser considerado como abusivo ou por si despoletar uma tributação que – na ausência desse exercício – não existiria. Mas, e por outro lado, a transferência da sede suscita (e continua a suscitar) vários problemas (nomeadamente no que concerne à erosão das bases tributárias nacionais) pelo que os EM devem ser capazes de se protegerem com as medidas adequadas.

---

<sup>2</sup> MATOS, F., “A tributação de não residentes e o direito comunitário, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), p. 69.

<sup>3</sup> Acórdão TJUE, 28.01.1986, *Com. vs França – “Avoir Fiscal”*, C-270/83. Neste caso, o tribunal estabeleceu (como princípio geral) que qualquer discriminação com base nacionalidade relativa ao tratamento fiscal de sociedades, suscetível de dificultar o exercício por estas sociedades do seu direito de estabelecimento, viola o direito da UE. *Vd. CUNHA, P. e VASQUES, S., Jurisprudência fiscal comunitária anotada*, Vol. I (Coimbra- Almedina, 2002), p. 25.

No presente capítulo abordaremos a miríade de questões que emergem na confluência entre estes dois vetores normativos.

## 2.2. Impostos de saída em matéria das pessoas singulares

As primeiras pronúncias do tribunal, nesta matéria, registaram-se no domínio da tributação das pessoas singulares. Em *Lasteyrie du Saillant*<sup>4</sup>, o TJUE analisou a situação de um residente francês que transferiu a sua residência para a Bélgica, para aí exercer a sua atividade profissional. Dado que à data da transferência detinha títulos que conferiam o direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sediada na França, as autoridades fiscais francesas tributaram as mais-valias latentes dos títulos<sup>5</sup> (nos termos previstos na lei).

Neste caso verificamos que há uma discriminação clara, dado que o facto gerador de imposto é, em si mesma, a transferência da residência e não – como era e é regra no sistema francês – a alienação dos títulos em causa<sup>6</sup>. A norma em causa conduzia a um tratamento menos favorável das situações transnacionais em comparação com as internas, sendo suscetível de desencorajar um sujeito passivo de proceder a uma tal transferência<sup>7</sup>.

O TJUE considerou que uma medida nacional que crie obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo TFUE, só pode ser admitida se: i) se justificar por razões imperiosas de interesse geral, ii) se adequada a garantir a sua realização e iii) se não ultrapassar o que é necessário para o atingir<sup>8</sup>. *In casu*, considerou que a transferência não implicava, *per se*, evasão fiscal<sup>9</sup>, pois a norma interna não se aplica unicamente aos “expedientes puramente artificiais” (condutas cuja finalidade fosse a de contornar a lei fiscal francesa) mas incidia sobre qualquer caso em que um

---

<sup>4</sup> TJUE, 11.03.2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02.

<sup>5</sup> CUNHA, P., *A tributação direta na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* (Coimbra – Coimbra Editora, 2006), p. 114.

<sup>6</sup> *Lasteyrie*, cit. § 22.

<sup>7</sup> *Vd.* PANAYI, C., “Corporate mobility in the European Union and exit taxes”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 63, No. 10 (2009), p. 469 e RIVOLTA, A., “Transfer of residence within the European Union: the treatment of pre-existing losses – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 50, No. 2/3 (2010), p. 75.

<sup>8</sup> O chamado teste *Gebhard*, que já é aplicado em fiscalidade direta desde o acórdão *Futura Participations*, TJUE, 15.05.1997, C-250/95, § 26. *Vd.* PANAYI, C., “Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 46, No. 3 (2006), p. 108.

<sup>9</sup> Acórdãos *Lasteyrie*, cit. §§ 50, 51 e 58 e TJUE, 26.09.2000, *Com. vs Bélgica*, C-478/98, § 45. Segundo WATTEL, a única justificação apresentada pelo Estado francês – *Vd.* WATTEL, P., “Exit taxation in the EU/EEA before and after National Grid Indus”, *Tax Notes International*, Vol. 65, No. 5 (2012), p. 374.

sujeito passivo, detentor de participações substanciais numa sociedade sujeita a imposto, transferisse o seu domicílio para fora do território francês<sup>10</sup>. Por outro lado, a lei francesa permitia a concessão de uma garantia para o diferimento do prazo de pagamento do imposto devido. No entanto tal medida, apesar de facilitar a cobrança, foi considerada desproporcionada uma vez que ultrapassaria o estritamente necessário e implicaria, não apenas custos financeiros mas ainda, a indisponibilidade do património dado em garantia<sup>11</sup>. Assim, concluiu que a norma em causa era incompatível com o direito da UE<sup>12</sup>.

Em *N*<sup>13</sup>, o sujeito em causa transferiu o seu domicílio dos Países Baixos para o Reino Unido. Dado ser acionista único de três sociedades instaladas nos Países Baixos, aquando da transferência foi tributado pelas mais-valias latentes. O sujeito obteve um diferimento do prazo para pagamento, mas sujeito à condição de uma garantia bancária. No entanto, face ao teor da decisão em *Lasteyrie*, as autoridades tributárias holandesas extinguiram a garantia prestada (não obstante, o requisito mantinha-se no texto da lei).

Apesar da legislação dos Países Baixos não proibir (em absoluto) a um sujeito passivo o exercício do seu direito de estabelecimento, era suscetível de o limitar, tendo um efeito dissuasivo. Como referimos no primeiro caso, um sujeito passivo que pretenda transferir o seu domicílio para fora do território neerlandês estaria sujeito, no momento da transferência, a um tratamento desvantajoso comparativamente a uma pessoa que transfira a sua residência para um outro local mas dentro do território holandês. Torna-se, por mero efeito dessa transferência, devedor de um imposto sobre um rendimento que ainda não auferiu<sup>14</sup>.

Em ambos os acórdãos, o parâmetro normativo tido em consideração foi o da liberdade de estabelecimento. Em *N*, a justificação considerada foi a repartição equilibrada dos poderes tributários entre os EM, nos termos do princípio da territorialidade fiscal<sup>15</sup>. Submetida a mesma ao controlo de proporcionalidade concluiu-

---

<sup>10</sup> *Lasteyrie*, cit. § 50 e TJUE, 16.07.1998, *ICI*, C-264/96, § 26. Vd. MAN, F. e ALBIN, T., “Contradicting views of exit taxation under OECD MC and TFEU: are exit taxes still allowed in Europe?”, *Intertax*, Vol. 39, No. 12 (2011), p. 619. *Ibidem*. HURK, H. e KORVING, J., “The ECJ’s judgement in the *N* case against the Netherlands and its consequences for exit taxes in the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, No. 4 (2007), p. 152.

<sup>11</sup> Vd. WATTEL, P. “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 374.

<sup>12</sup> *Lasteyrie*, cit. § 46.

<sup>13</sup> TJUE, 7.09.2006, *N*, C-470/04.

<sup>14</sup> *N*, cit. § 35 e *Lasteyrie*, cit § 46. Vd. MAN, F. e ALBIN, T., “Contradicting views...”, *ob.cit.*, p. 620.

<sup>15</sup> *N*, cit. § 41. Uma das novidades foi a utilização deste fundamento. Esta justificação está ligada a uma perspetiva de soberania fiscal e consiste na possibilidade de um EM fixar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição da soberania fiscal.

se, porém, que a medida excedia o necessário a prosseguir essa causa de justificação. Isto porque a exigência da garantia (que se mantinha na lei como condição para diferir o pagamento do imposto) vai para além do necessário para assegurar o funcionamento do regime fiscal<sup>16</sup>.

O TJUE incluiu ainda uma referência às potenciais menos-valias posteriores. Em *N*, e de acordo com o tribunal, uma qualquer solução doméstica só poderia ser aceitável se o EM de origem da sociedade permitisse uma dedução por inteiro das eventuais menos-valias posteriores à transferência, sempre que as mesmas não fossem efetivamente tidas em consideração pelo EM de destino<sup>17</sup>.

Ainda no âmbito dos *exit taxes* sobre pessoas singulares, e já depois do aparecimento dos primeiros acórdãos no campo societário, surge mais recentemente o caso *Comissão vs Espanha*, C-269/09<sup>18</sup>. Nesse caso, a norma em questão imputava na base tributável do último exercício da residência os rendimentos que aguardam realização no momento da transferência da residência de uma pessoa singular. Tal regra dissuadia a transferência de residência dessas pessoas para outros EM, dado que em caso de transferência de residência dentro do mesmo EM, tal imputação imediata no momento da transferência nunca se verificaria<sup>19</sup>.

O governo espanhol alegou que a legislação em causa pretendia salvaguardar a tributação efetiva de todos os rendimentos obtidos pelos sujeitos passivos que foram gerados no seu território (independentemente de uma efetiva obtenção dos mesmos). Isto porque, em caso contrário, o poder de tributação sobre os mesmos torna-se quase impossível (por razões jurídicas e factuais). O TJUE considerou, desde logo que (independentemente da lógica intrínseca no lançamento do imposto) a obrigação de uma cobrança imediata seria sempre desproporcional (por ir além do necessário para garantir a eficácia dos controlos fiscais e de uma efetiva cobrança)<sup>20</sup>. O tribunal decidiu ainda que não existia qualquer problema de dupla tributação, pelo que caiu por terra a justificação da repartição equilibrada do poder de tributação. Em relação à necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal, esta também foi rejeitada por falta de argumentação.

---

<sup>16</sup> WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 371.

<sup>17</sup> *N*, *cit.* § 54. *Vd.* MAN, F. e ALBIN, T., “Contradicting views...”, *ob.cit.*, p. 620. CEJIE, K., “Emigration taxes – several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax*, Vol. 40, No. 6/7 (2012), p. 394.

<sup>18</sup> TJUE, 12.07.2012, *Com. vs Espanha*, C-269/09.

<sup>19</sup> *Com. vs Espanha*, C-269/09, *cit.* § 11.

<sup>20</sup> *Com. vs Espanha*, C-269/09, *cit.* § 74.

Como vemos, a jurisprudência emitida em matéria de pessoas singulares parece conter algumas ideias basilares, que depois acabarão recuperadas na jurisprudência do tribunal referente a *exit taxes* societários.

### **2.3. Jurisprudência em matéria de impostos de saída no campo societário**

#### **2.3.1. Nota prévia**

Antes mesmo de atentarmos nos primeiros acórdãos devemos referir que aos EM cabe o poder não só de determinar as regras pelas quais se cria uma sociedade<sup>21</sup>, mas ainda para definir os critérios pelos quais a mesma mantém essa mesma personalidade ou pelos quais a mesma pode ser extinta<sup>22</sup>.

#### **2.3.2. Jurisprudência existente: *National Grid Indus* e *Comissão vs Portugal***

*National Grid Indus*<sup>23</sup> mostra-se como o primeiro acórdão do TJUE em matéria de *exit taxes* societários. Neste questionou-se se uma tributação imediata das reservas latentes, no momento em que uma sociedade transfere a sua sede efetiva para outro EM – que não ocorreria com uma idêntica transferência, mas a nível interno – seria compatível com a liberdade de estabelecimento<sup>24</sup>.

*National Grid Indus* era uma sociedade por quotas, constituída segundo o direito neerlandês. Em 2000 esta transfere a sua sede efetiva para Londres, Reino Unido. Nos termos da CDT celebrada entre os dois Estados, tal tinha como consequência que a sede (em termos convencionais) passaria a considerar-se localizada no Reino Unido. O único ativo da sociedade era um crédito em libras esterlinas, resultante de um empréstimo devido por uma sociedade “avó”, residente no Reino Unido.

Para efeitos da lei comercial neerlandesa (teoria da incorporação), a transferência da sede efetiva para o Reino Unido não afetaria o estatuto da sociedade<sup>25</sup> ou a sua

---

<sup>21</sup> “O TJUE referiu, em *Daily Mail* que, ao contrário das pessoas singulares, as sociedades são entes de direito e, no estado atual do direito da UE, entes de direito nacional “- *Vd. THÖMMES, O. e LINN, A., “Deferment of exit taxes after National Grid Indus: is the requirement to provide a bank guarantee and the charge of interest proportionate?”*, *Intertax*, Vol. 40, No. 8/9 (2012), p. 486.

<sup>22</sup> WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 372.

<sup>23</sup> TJUE, 29.11.2011, *National Grid Indus*, C-371/10.

<sup>24</sup> Conclusões da AG *Juliane Kokott*, de 8.09.2011 em *National Grid Indus*, C-371/10, *cit.* § 1.

<sup>25</sup> *Vd. KOK, R., “Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus”*, *EC Tax Review*, Vol. 21, No. 4 (2012), p. 201 e THÖMMES, O. e LINN, A., “Deferment of exit...”, *ob.cit.*, p. 486.

existência. Pelo que a mesma continuaria a existir enquanto sociedade (de direito neerlandês) e poderia invocar a proteção conferida pelas liberdades fundamentais.

Também nos termos da lei holandesa, as referidas mais-valias latentes deveriam ser tributadas e cobradas aquando da transferência. Ora isto colocaria em situação de desvantagem as situações que exercessem uma liberdade fundamental (transferindo a sua residência para um outro EM) por comparação com as sociedades, em idêntica situação, que não exercessem essa mesma liberdade (por exemplo, as que transferissem a residência dentro do mesmo EM). A desvantagem verificar-se-ia, *v.g.* ao nível de tesouraria (*cash flow disadvantage*), sendo um entrave à liberdade de estabelecimento<sup>26</sup>.

O TJUE considerou que tanto a justificação da necessidade de garantir a coerência fiscal como a da luta contra a evasão fiscal não poderiam ser aceites no presente caso<sup>27</sup>. Segundo KOK<sup>28</sup>, “os princípios da coerência fiscal e da repartição equilibrada dos poderes tributários [de qualquer forma] coincidem”. De igual modo entendia a AG Kokott<sup>29</sup> ao afirmar que se a Holanda perdia a legitimidade de tributar as mais-valias não realizadas da *National Grid Indus*, então a justificação da “coerência” não poderia ser aceite.

A justificação aqui considerada foi, a exemplo do que se discutiu em *N*, a da necessidade de garantir a repartição equilibrada dos poderes tributários em conformidade com o princípio da territorialidade. No entanto, a medida acaba por não passar no controlo de proporcionalidade.

O TJUE distingue os momentos da liquidação e da cobrança. Quanto à liquidação, considera que EM de origem tem legitimidade para determinar o montante de imposto a pagar no momento da transferência e assim salvaguardar a sua soberania sobre valores que se foram acumulando enquanto o sujeito era residente no seu território<sup>30</sup>. Ainda no capítulo da liquidação, verificamos uma pequena inflexão: no que toca às menos-valias, no presente caso, o tribunal já não parece considerar como desproporcionada a não consideração das menos-valias posteriores (ao momento da

---

<sup>26</sup> *Vd.* KOK, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 202. *Ibidem.* O’SHEA, T., “Dutch exit tax rules challenged in National Grid Indus”, *Tax Notes International*, Vol. 65, No. 3 (2012), p. 202. DODWELL, B., “Going, going, gone”, *International Corporate Tax*, 2012, p. 38.

<sup>27</sup> O’SHEA, T., “Dutch exit...”, *ob.cit.*, p. 204.

<sup>28</sup> KOK, R., “Exit taxes ...”, *ob.cit.*, p. 202.

<sup>29</sup> Conclusões da AG Kokott, *cit.* § 99.

<sup>30</sup> Como destacou a AG Kokott nas suas conclusões, *cit.* § 55 e 56. *Vd.* WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 377. *Ibidem.* O’SHEA, T., “Dutch exit...”, *ob.cit.*, p. 202. DODWELL, B., “Going, going...”, *ob.cit.*, p. 39.

transferência)<sup>31</sup>. A conclusão diferente chega relativamente à cobrança imediata (do imposto liquidado sobre as mais-valias latentes)<sup>32</sup>. Tal cobrança não seria admissível, se obrigatória. Assim, o TJUE considera adequado que uma legislação nacional permita à sociedade a opção entre i) o pagamento imediato do montante do imposto, que gera uma desvantagem de tesouraria, e ii) o pagamento diferido do imposto, acrescido, se necessário, de juros<sup>33</sup> e necessariamente acompanhado de um encargo administrativo para a sociedade em causa. Contrariamente ao decidido em casos anteriores<sup>34</sup>, defende que, no caso de o sujeito passivo ter optado pelo pagamento diferido, o risco de não pagamento da dívida pode ser resolvido através da exigência da prestação de uma garantia bancária<sup>35</sup>.

Em *Comissão vs Portugal*, C-38/10<sup>36</sup> (ação por incumprimento), discutiu-se a admissibilidade dos art. 76.º - A, 76.º -B e 76.º -C do CIRC<sup>37</sup> com o direito da UE. Estas normas dispõem que uma sociedade deve ser tributada (em IRC) pelas mais-valias, ainda que não realizadas, no momento em que transfere a sua sede para fora do território nacional. O mesmo se aplicaria em casos de transferência parcial ou total de ativos de um EE de uma sociedade não residente em Portugal, situado em território português, para outro EM.

---

<sup>31</sup> *Vd.* KOK, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 205. THÖMMES, O. e LINN, A., “Deferment of exit...”, *ob.cit.*, p. 488. PANAYI, C., “National Grid Indus (...)”, *British Tax Review*, No. 1 (2012), p. 46. CEJIE, K., “Emigration taxes...”, *ob.cit.*, p. 394.

<sup>32</sup> A AG faz uma distinção entre os ativos/passivos que são fáceis de localizar e os que não são. Em sua opinião, a cobrança imediata podia ter lugar se não fosse razoavelmente possível manter o controlo dos ativos, em função da sua natureza ou quantidade, até à data em que as mais-valias não realizadas no EM de origem fossem geradas. *Vd.* KOK, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 203. Esta distinção parece-nos demasiado vaga. Não há nenhum critério específico que nos permita aferir que esta distinção é a mais correta. De facto, na eventualidade de aceitarmos este critério, qualquer EM poderia invocar o argumento, altamente subjetivo, para garantir a cobrança *a priori* das mais-valias não realizadas. Refira-se que o TJUE acabou por não adotar este critério.

<sup>33</sup> Subsistem dúvidas quanto ao momento do cálculo dos juros. Será que devem ser calculados no momento da saída ou apenas quando as mais-valias forem realizadas? Do ponto de vista de KOK, e tendo em conta o § 73 da decisão, devem ser calculados no momento da saída. *Vd.* KOK, R., “Exit taxes ...”, *ob.cit.*, p. 202; *Ibidem.* O’SHEA, T., “Dutch exit...”, *ob.cit.*, pp. 204-205.

<sup>34</sup> Como aconteceu em *N*, o TJUE proibiu a possibilidade de diferimento do pagamento condicionado à prestação de uma garantia. Neste sentido, WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 371.

<sup>35</sup> Como afirma PANAYI, o TJUE tolerou a prestação de uma garantia bancária como um seguro contra o risco de não cobrança do imposto. PANAYI, P., “National Grid Indus...”, *ob.cit.*, p. 48. Na opinião de CEJIE, a exigência de uma garantia para o diferimento pode ser visto como um *obter dicta* dos casos *Lasteyrie* e *N*. CEJIE, K., “Emigration taxes...”, *ob.cit.*, p. 395. Contudo, continua a existir incerteza sobre as situações em que é admissível solicitar a prestação de uma garantia bancária? KOK defende que só é aceitável se tal também for possível em situações domésticas. *Vd.* KOK, K., “Exit taxes ...”, *ob.cit.*, p. 204.

<sup>36</sup> TJUE, 6.09.2012, *Com. vs Portugal*, C-38/10.

<sup>37</sup> Atualmente art. 83.º, 84.º e 85.º do CIRC.

No que toca aos sócios das mesmas, impunha uma correlativa tributação (em sede de IRS) pelas mesmas. À semelhança do que acontece com outros EM, o legislador português tentou assim salvaguardar o seu poder tributário em caso de deslocalização de sociedades para outros Estados.

A Comissão argumentou que o regime português comportava um entrave à liberdade de estabelecimento. Ao invés do que acontece numa transferência interna, aquando da mudança para outro EM, uma sociedade é sujeita naquele momento a uma tributação imediata sobre as mais-valias latentes<sup>38</sup> ao que corresponde a necessidade efetiva do pagamento do imposto.

Também aqui foi alegada a necessidade de combater a fraude e evasão fiscal mas o TJUE esclareceu que a simples transferência (puro exercício de uma liberdade fundamental) não pode ser usada como presunção de fraude<sup>39</sup>. Outra justificação argumentada foi a da necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais<sup>40</sup>, tendo em conta as maiores dificuldades existentes ao nível da cobrança<sup>41</sup>. Por último, alegou-se que a medida se justificaria pela necessidade de garantir a repartição equilibrada do poder tributário<sup>42</sup>.

Todavia, e sem grandes surpresas, o TJUE acabou por considerar que também o nosso regime era (e continua a ser, como veremos *infra*) incompatível com o direito da UE. Isto porque também entre nós se exigia a cobrança imediata sem uma qualquer possibilidade de diferimento do pagamento do imposto. Ora tal medida vai muito além do necessário para prosseguir uma qualquer causa de justificação válida<sup>43</sup>.

### 2.3.3. Acórdãos pendentes

Atualmente encontram-se pendentes os casos *Comissão vs Espanha*, C-64/11 e *Comissão vs Dinamarca*, C-261/11. Em ambos, a Comissão sustenta que as legislações

---

<sup>38</sup> *Vd.* MAN, F. e ALBIN, T., “Contradicting views...”, *ob.cit.*, p. 623.

<sup>39</sup> *ICI*, *cit.* § 26; *Lasteyrie*, *cit.* § 51; *National Grid Indus*, *cit.* § 84.

<sup>40</sup> O TJUE tem reiteradamente considerado que a eficácia do sistema fiscal pode justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais. *Vd.* MOJANA, M. e MARCHIÒ, S., “The transfer of a company’s tax residence within the European Union: the new Italian rule on exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 10 (2012), p. 511.

<sup>41</sup> Note-se que mesmo que se admita que a legislação em causa prossegue esta justificação, verifica-se que é só relativamente à determinação do montante do imposto e não quanto à cobrança imediata. *National Grid Indus*, *cit.* § 81.

<sup>42</sup> O Estado português apenas invocou esta justificação. Neste sentido, conclusões do AG *Paolo Mengozzi*, de 28.06.2012, *Com vs Portugal*, C-38/10, *cit.* § 63.

<sup>43</sup> *Vd.* BROEK, H., HURK, H. e KORVING, J., “Final settlement taxes for companies: transfer of seats, interest charges, guarantees and step-ups in value”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 67, No. 4/5 (2013), p. 259.

nacionais contêm normas que desrespeitam as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais e pagamentos. Os fundamentos da Comissão são idênticos aos esgrimidos em casos anteriores. Evidencia-se que as sociedades que pretendem exercer a liberdade de estabelecimento são alvo de um tratamento (tributário) menos favorável comparativamente àquelas que permanecem no país ou que procedem a uma transferência de residência a nível interno.

Quanto ao TJUE, e tendo em conta a jurisprudência até então emitida<sup>44</sup>, deverá pronunciar-se no sentido da inadmissibilidade das medidas, centrando a sua objeção na exigência de cobrança imediata e automática do *exit tax*.

#### **2.3.4. Conclusões preliminares**

Apesar de todas estas decisões jurisprudenciais darem “linhas seguras” ao nível heurístico e hermenêutico, as mesmas não respondem a todas as questões suscitadas ao nível da problemática dos *exit taxes*.

##### **2.3.4.1. Conclusões que constituem jurisprudência estável**

Os acórdãos já tirados permitem-nos identificar um conjunto de orientações que constituem jurisprudência estável.

A cobrança imediata de um montante de imposto por motivo de uma transferência de sede é considerada como incompatível com o direito da UE. Não obstante, a mesma censura não parece merecer a liquidação do imposto pelas mais-valias latentes, aquando da mesma transferência. Ou seja, o TJUE acaba por admitir que as mais-valias latentes ainda cabem dentro da soberania tributária do EM de origem até ao momento da transferência (e portanto ele pode tributá-las tendo por referência esse momento) mas nunca – caso o regime regra seja o da realização – poderá exigir a cobrança aquando da transferência, tendo de aguardar até à efetiva realização, mesmo que esta se opere noutro EM.

---

<sup>44</sup> *Com. vs Portugal*, C-38/10, *cit.* § 31 e *National Grid Indus*, *cit.*, § 86. Na opinião de WATTEL, “I would expect all states involved and the commission to be invited to submit their views on the significance of National Grid Indus for these pending cases, which no doubt all have their particularities of national law”. *Vd. WATTEL, P., “Exit taxation...”, ob.cit., p. 376.*

### 2.3.4.2. Questões ainda em aberto depois de uma análise jurisprudencial

Uma primeira questão prende-se com a admissibilidade da liquidação. Será que uma fixação definitiva do montante do imposto a pagar não constitui, *per se*, um entrave às liberdades fundamentais dado que posteriormente podem surgir menos-valias?

Um outro tópico controverso é o da “coercibilidade” da cobrança do imposto liquidado à saída. Nem nos tratados nem no direito secundário encontrarmos um mecanismo efetivamente capaz de assegurar uma cobrança efetiva (ou um controlo efetivo de que a realização das mais-valias ocorreu)<sup>45</sup>. Ainda neste âmbito, devemos salientar a equivocidade existente em matéria de exigência de constituição de uma garantia bancária. Isto porque a orientação anterior (de inadmissibilidade) parece não ser integralmente seguida em *National Grid Indus*. Caso o tribunal venha a considerar como admissível, será que pode ser exigida em qualquer circunstância ou somente acima de um determinado valor de imposto? A quem se destina? Será que pode ser exigido apenas às pessoas coletivas? Como vimos, na análise dos acórdãos de pessoas singulares, a exigência de garantias quanto a estas últimas não foi admitida. Todavia, como salienta WATTEL<sup>46</sup>, o risco de não recuperação é igual nos dois casos.

Um terceiro ponto de crise é o que se refere às menos-valias posteriores (à transferência da residência). A questão que se coloca é a de saber se o EM de origem estará obrigado a tê-las em consideração sempre que as mesmas não sejam (por um motivo jurídico? Por um motivo fáctico?) tidas em consideração pelo(s) Estado(s) de destino. Ao invés do sustentado em *N*, em *National Grid Indus* considerou-se que, dado que o EM de origem perde o poder de tributação aquando da mudança de residência, este EM não se encontra obrigado a tê-las em consideração. Se esta nossa leitura é correta: será esta orientação aplicável apenas às pessoas coletivas? Ou será extensível às pessoas singulares?

Ainda em aberto continua a definição das obrigações tributárias acessórias passíveis de serem exigidas aquando da transferência ou (mesmo que posteriormente) por virtude dessa mesma transferência. Será que o tribunal admite, sem mais condições, a obrigação de apresentação de uma declaração fiscal no momento da saída? E outra no momento da realização das mais-valias?

---

<sup>45</sup> Isto mesmo tendo em conta a Diretiva 2010/24/UE em material de assistência mútua para a cobrança de créditos tributários.

<sup>46</sup> WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 377.

Dúvidas existem ainda nos casos que envolvam EE. No caso de uma transferência de um EE de uma sociedade que não transfere a sua sede, o que acontecerão às ações que esse detém? Sob que tipo de bens poderá haver tributação? Apenas sobre mais-valias latentes? Os ativos intangíveis estarão sujeitos?

Esperamos que o tribunal possa utilizar algum dos casos pendentes para, de modo claro, resolver algumas das *supra* mencionadas interrogações.

### 3. Impostos de saída societários e direito secundário da UE

#### 3.1. Introdução

O TJUE tem competência para aferir a compatibilidade com o Tratado não só de normas tributárias internas, mas também de disposições de direito secundário quanto à tributação direta. Pelo que uma norma de um regulamento ou de uma diretiva pode ser considerada incompatível com o Tratado. Daí que se deva analisar, de igual modo, se (além dos sistemas domésticos) as soluções consagradas nas diretivas se mostram consentâneas com a jurisprudência do tribunal.

#### 3.2. Diretiva 2009/133/CE e os entraves à liberdade de estabelecimento

A necessidade de tornar as empresas mais produtivas e competitivas no plano interno levou muitos EM a instituir regimes de neutralidade (fiscal) nos casos de operações de reestruturação empresarial. A disparidade de tratamento entre EM, e entre situações domésticas e transnacionais conduziu à adoção da Diretiva<sup>47</sup> “fusões, cisões e aquisições”<sup>48</sup>. Esta Diretiva e a sua implementação nos sistemas internos já foi analisada pelo TJUE<sup>49</sup>, mas nunca relativamente ao tema que nos debruçaremos seguidamente.

Em termos gerais, de acordo com o regime consagrado na Diretiva<sup>50</sup>, não se permite que um EM tribute no momento da realização de uma operação de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de ações entre sociedades de EM diferentes, abrangida pela Diretiva<sup>51</sup>. Ao invés, prevê-se um diferimento da tributação das mais-valias,

---

<sup>47</sup> Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23.07.1990, substituída pela Diretiva 2009/133/CE, de 19.10.2009.

<sup>48</sup> *Vd.* XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the merger directive as a solution? – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 5 (2012), p. 221. VILÁGI, R., “Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU law”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 7 (2012), p. 348. RIVOLTA, A., “Transfer of residence within the European Union: the treatment of pre-existing losses – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 50, No. 1 (2010), p. 30.

<sup>49</sup> Neste sentido, *vide* os acórdãos do TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95; 15.01.2002, *Andersen & Jensen*, C-43/00; 5.07.2007, *Kofoed*, C-321/05; 11.12.2008, *A.T.*, C-285/07.

<sup>50</sup> No seu art. 4.º.

<sup>51</sup> Art. 2.º da mesma. *Vd.* também. HELMINEM, M., *EU tax law - Direct Taxation* (Amsterdam: IBFD, 2011), p.203. Na opinião de SANCHES, a razão principal pela qual não são tributadas as mais-valias e as menos-valias latentes reside nas dificuldades da sua determinação. SANCHES, J., “Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal”, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), p. 12.

eventualmente geradas com a operação, para o momento da sua efetiva realização (ao nível da sociedade ou do acionista)<sup>52</sup>.

Para que este regime se aplique, duas condições têm de se verificar: i) que os bens da sociedade continuem afetos a um EE da sociedade situado no mesmo território<sup>53</sup> e; ii) que não exista qualquer de *step up* no EM de acolhimento<sup>54</sup>. Com a primeira condição evita-se que tais operações tenham como consequência uma qualquer perda de poder de tributação do EM sobre os ativos da sociedade contribuidora<sup>55</sup>. O segundo requisito visa evitar que a sociedade beneficiária se aproveite do facto de ter havido uma operação transfronteiriça para obter uma vantagem superior à que obteria em idêntica situação interna. Assim, não poderá valer-se de qualquer *step-up* do valor contabilístico dos ativos que ficam disponíveis após a transferência<sup>56</sup>.

Note-se que a Diretiva em questão foi aprovada em 1990 (no seio de um pacote negociado nos anos 80), momento em que eram ainda muito embrionárias as orientações do TJUE em matéria de compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais. Pelo que a questão nunca se colocou aquando da sua aprovação. À luz da jurisprudência recente pode, contudo, questionar-se se as condições poderão ser consideradas compatíveis com direito da UE<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> *Vd.* NOGUEIRA, J., *Direito fiscal europeu* (Coimbra: Wolters Kluwer - Coimbra, 2010), p. 195. HELMINEM, M., “*EU tax...*”, *ob.cit.*, p.203. Não deixando de referir que estas operações devem ser realizadas com base em razões economicamente válidas, caso contrário, tendo em conta o art. 15.º da referida Diretiva, presume-se que as mesmas prosseguem fraude ou evasão fiscal. *Apud* SILVA, V., NEVES, B., “FOGGIA. Merger Directive. Meaning of the expression ‘valid commercial reasons’ in the abuse provision”, *Highlights and Insights on European Taxation*, 9, 8, 2010.

<sup>53</sup> *Vd.* art. 4.º n.º 2 alínea b) da Diretiva e art. 74.º do CIRC.

<sup>54</sup> Tendo por base o art. 4.º n.º 4 da Diretiva, averiguamos que a não sujeição a imposto só pode ser tida em conta se o princípio da continuidade for aplicado. Isto é, a sociedade beneficiária, na determinação do lucro tributável, deverá calcular as amortizações e os eventuais ganhos ou perdas em relação aos ativos e passivos transferidos de acordo com as regras que teriam sido aplicadas à sociedade, caso as operações fusão ou cisão não tivessem ocorrido. Note-se que, caso a sociedade beneficiária obste a calcular as amortizações e os eventuais ganhos e perdas em condições diferentes, não poderá fazer uso dessa faculdade (n.º 5 do mesmo art.). No sistema português, tais requisitos estão previstos no art. 74.º n.º 4 do CIRC.

<sup>55</sup> XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the merger directive as a solution? – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 6 (2012), p. 292.

<sup>56</sup> XUEREB, S., “Addressing the tax... Part 1”, *ob.cit.*, p. 223.

<sup>57</sup> Em *SEVIC* (TJUE, 13.12.2005, C-411/03), o tribunal analisa a compatibilidade do regime das reestruturações empresariais transfronteiriças com a liberdade de estabelecimento. A *SEVIC*, sociedade alemã, pretendia fundir-se com uma sociedade luxemburguesa e foi dissuadida de completar a operação pelo tribunal alemão dado que apenas as fusões internas (entre empresas alemãs) eram reconhecidas, nos termos do direito alemão. O facto de nenhuma disposição interna alemã prever a inscrição das fusões transfronteiriças no registo comercial nacional consubstancia um tratamento restritivo à luz da liberdade de estabelecimento. Neste sentido, apesar do Estado alemão justificar esta medida como forma de proteger os interesses dos credores, dos acionistas minoritários e dos trabalhadores, o tribunal considera que a medida iria para além do necessário para atingir os objetivos de proteção dos referidos interesses. *Vd.* TERRA, B. e WATTEL, P., *European tax law*, 6<sup>th</sup> edition, Wolters Kluwer (2012), p. 340.

A nossa análise centra-se na exigência de afetação dos ativos a um EE no Estado da sociedade contribuidora, para que se possam aplicar os benefícios da Diretiva (*inter alia* o diferimento da tributação).

De forma preliminar, parece-nos que a solução proposta conduz, *prima facie*, a uma situação de discriminação entre as situações internas e as transnacionais. A nível interno, uma operação de fusão entre duas sociedades não acarreta a obrigação de a sociedade beneficiária preservar um EE aos quais os ativos permaneçam ligados (até porque esses ativos podem ser transferidos e a neutralidade manter-se-á), ao passo que, a nível transnacional existe essa obrigação. É difícil encontrar uma causa de justificação adequada e, ao mesmo tempo, que tal justificação pudesse passar no controlo de proporcionalidade<sup>58</sup>.

### 3.3. Conclusões preliminares tanto a nível doméstico como a nível da UE

Nos termos do que foi exposto, vemos que o regime consagrado pela Diretiva suscita – no mínimo – algumas dúvidas no que tange à sua compatibilidade com o ordenamento da UE<sup>59</sup>, mais precisamente com a liberdade de estabelecimento<sup>60</sup>.

O facto de se exigir a manutenção de um EE ao qual fiquem afetos os ativos fixos da sociedade que se “deslocaliza” para fora do território do EM parece constituir uma medida protecionista e redutora do livre exercício da liberdade de estabelecimento.

Note-se que o problema em causa não se deve à existência de um EE. Simplesmente quando estas operações são processadas a nível doméstico, a aceitação dos ativos de uma sociedade a uma instalação fixa não dá direito a tributação<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> No entendimento de HELMINEM, “The freedom of establishment principle of the TFEU, however, may prevent a Member State from taxing the transfer even if no permanent establishment were left in the state of residence of the transferring company, if similar domestic transfers are tax exempt. *Vd.* HELMINEM, M., “EU tax...”, *ob.cit.*, p. 204.

<sup>59</sup> Neste sentido, HOFSTATTER, M. e HOHENWARTER, D., “The Merger Directive” in: LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J. e STARINGER, C.; *Introduction to european tax law on direct taxation*, 2<sup>nd</sup> edition, Wien, Linde Verlag, 2010, p. 109. VILÁGI, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 349.

<sup>60</sup> Art. 49.º e ss do TFUE.

<sup>61</sup> Refira-se que, a legislação portuguesa criou um regime excecional aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, previsto nos art. 73.º e ss do CIRC.

## 4. Compatibilidade com o ordenamento da UE

### 4.1. Introdução

Passemos agora ao exame da compatibilidade com o Tratado (TFUE e, em concreto, com as liberdades fundamentais) dos dispositivos já mencionados, tanto de direito doméstico como de direito europeu derivado.

### 4.2. Compatibilidade da Diretiva 2009/133/CE com o TFUE

O regime previsto na Diretiva, na medida em que subordina a obtenção dos seus benefícios da constituição e manutenção de um EE no Estado da sociedade incorporada (que deixa de ter personalidade jurídica) mostra-se, pelo menos *prima facie*, como um entrave à liberdade de estabelecimento. Isto porque, caso não exista EE, a sociedade estará sujeita a uma tributação imediata.

Ora, tal como ocorreu nos casos *Lasteyrie* e *N*, ao contrário do que acontece a nível doméstico, a imposição de uma tributação imediata no momento em que uma sociedade transfere a sua sede para outro EM corre o risco de infringir as liberdades fundamentais<sup>62</sup>.

Se os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, nestes casos, forem transpostos para o caso em apreço, (seja por meio de uma fusão transfronteiriça, seja por uma transferência de sede), a exigência da afetação dos ativos a um EE como condição para evitar a tributação imediata no momento da saída dos ativos do território em questão parece violar o TFUE.

Caraterizada a situação de discriminação, passemos para o exame das causas de justificação e do controlo de proporcionalidade. Isto porque, determinadas situações de discriminação (mesmo em matéria de *exit taxes*) são tidas como admissíveis<sup>63</sup> desde que prossigam uma justificação válida e proporcional ao objetivo pretendido<sup>64</sup>.

A justificação da luta contra a fraude e evasão fiscal não teria sucesso. Apesar de ser uma justificação tradicionalmente aceite, a condição prevista na Diretiva não parece manter qualquer relação com a prevenção de atribuição dos benefícios da Diretiva às

---

<sup>62</sup> HOFSTATTER, M. e HOHENWARTER, D., “The Merger...”, *ob.cit.*, p. 109.

<sup>63</sup> Como diz NOGUEIRA, “A mera constatação de que uma norma é discriminatória ou restritiva não é suficiente para concluir que a mesma é incompatível com uma das liberdades fundamentais. NOGUEIRA, J., “Direito fiscal...”, *ob.cit.*, p. 236.

<sup>64</sup> *Lasteyrie*, cit § 49 e *N*, cit. § 40.

situações de expedientes puramente artificiais<sup>65</sup>. Uma simples operação transfronteiriça não implica, em si mesma, evasão fiscal, pois a sociedade em questão fica de qualquer forma sujeita à legislação fiscal de pelo menos um EM<sup>66</sup>.

Uma outra justificação a ser considerada é a da necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais.<sup>67</sup> Esta refere-se à limitação territorial da ação do Estado (e da respetiva autoridade tributária). Através desta, os EM estabelecem medidas de modo a garantir a cobrança dos créditos no momento em que o sujeito passivo emigra. O tribunal já referiu em vários acórdãos que se trata de uma justificação válida<sup>68</sup>.

Devemos ainda ter em consideração a eventual alegação da necessidade de repartição equilibrada dos poderes de tributação, já que sem o EE, os poderes de tributação a título de mais-valias passariam a caber, nos termos do art. 13.º da CM OCDE (e art. 13.º da generalidade das CDT celebradas por Portugal), ao Estado da sociedade incorporante, privando o Estado da sociedade incorporada do exercício efetivos dos seus poderes tributários. Na falta de medidas de unificação ou de harmonização da UE, os EM continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder, de modo a eliminar a dupla tributação<sup>69</sup>. Esta justificação foi aceite no caso *N*<sup>70</sup>, considerando que a medida prossegue um objetivo de interesse geral e era adequada para assegurar a concretização desse objetivo.

No entanto, e mesmo admitindo a validade de todas estas justificações, a medida chumba sempre no controlo de proporcionalidade. Apesar de superar o crivo interno da adequação, falharia sempre no crivo da necessidade. Isto porque a medida iria sempre para além do necessário para garantir qualquer uma das causas de justificação. Existiriam sempre alternativas menos restritivas, como a de permitir a aplicação do regime de neutralidade mesmo que não se mantenha qualquer EE ou mesmo que, após a operação, o EE se transfira para outro EM. O Estado em questão poderia exigir uma mera declaração ou poderia liquidar o imposto sobre as mais-valias latentes, diferindo a cobrança para o momento da efetiva realização.

---

<sup>65</sup> Vd. NOGUEIRA, J., “Direito fiscal...”, *ob.cit.*, p. 245.

<sup>66</sup> *Lasteyrie*, *cit* § 51.

<sup>67</sup> Segundo NOGUEIRA, J., “Direito fiscal...”, *ob.cit.*, p. 246, a sua primeira referência teve lugar no acórdão *Cassis de Dijon* (TJUE, 20.02.1979, C-120/78), § 8.

<sup>68</sup> Acórdãos do TJUE, 14.02.1995, *Schumacker*, C-279/93; *Futura Participations*, já citado; 3.10.2002, *Danner*, C- 136/00; 15.07.2004 e *Lenz*, C-315/02, entre outros.

<sup>69</sup> Acórdãos do TJUE, 12.05.1998, *Gilly*, C-336/96, §§ 24 e 30 e de 21.09.1999, *Saint-Gobain*, C-307-97, § 57.

<sup>70</sup> *N*, *cit.* §§ 42 e 47.

### 4.3. Compatibilidade dos art. 83.º a 85.º CIRC com o ordenamento da UE

A lei do Orçamento do Estado para 2006<sup>71</sup>, através dos art. 76.º-A a 76.º-C do CIRC<sup>72</sup> introduziu no ordenamento jurídico português o regime dos impostos de saída (*exit taxes*), regime esse que conhecia aplicação na generalidade dos sistemas jurídicos europeus<sup>73</sup>.

Antes de procedermos à análise destas disposições do CIRC, cumpre-nos esclarecer que apesar de a introdução dos *exit taxes* ter ocorrido ao mesmo tempo que foi implementada a Diretiva 2005/19/CE<sup>74</sup> (e apesar das semelhanças), não constitui implementação dessa mesma<sup>75</sup>. Enquanto que a Diretiva implementa um regime de neutralidade para algumas reorganizações empresariais transfronteiriças, o regime interno dos impostos à saída cria um gravame que é desencadeado pela transferência da residência de uma sociedade<sup>76</sup>. Nesta matéria, a Diretiva apenas estabelece que, em certas circunstâncias, a transferência de sede de SE e SCE não determina a cobrança de imposto<sup>77</sup>.

Com este novo regime,<sup>78</sup> o legislador português pretendeu assegurar o exercício efetivo dos seus poderes de tributação relativamente a ganhos potenciais ou latentes em elementos patrimoniais de uma sociedade que transfira a sua residência para o outro EM. Ou, por outras palavras, garantir que a perda de jurisdição tributária sobre os respetivos ativos societários não impeça o exercício legítimo de tributação sobre as mais-valias geradas ainda em pleno território nacional<sup>79</sup>.

Este regime é composto por três partes essenciais: i) o art. 83.º CIRC, referente à transferência de residência fiscal de sociedades residentes; ii) o art. 84.º CIRC, relativo aos casos de cessação da atividade de um EE, em território português, de uma entidade

---

<sup>71</sup> Lei n.º 60-A/2005, de 30.12.

<sup>72</sup> Atualmente art. 83.º a 85.º CIRC.

<sup>73</sup> CALDAS, A., “O ‘EXIT TAX’ no código do IRC”, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), p. 36.

<sup>74</sup> Diretiva 2005/19/CE do Conselho, de 17.02.2005, que altera a Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23.07.1990.

<sup>75</sup> Relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de EM diferentes.

<sup>76</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes in Portuguese corporate taxation”, *Studi Tributari Europei*, SEAST, No. 2036-3583, Bologna, Itália (2011), p. 4 e 16.

<sup>77</sup> CALDAS, A., “O ‘EXIT TAX’...”, *ob.cit.*, p. 39.

<sup>78</sup> À semelhança do que acontece com a maioria dos sistemas fiscais europeus.

<sup>79</sup> Segundo o autor CALDAS, “Esta figura tem, em princípio, a dupla função de proteger as receitas fiscais do Estado de residência, penalizando a mudança de sede ou fenómeno análogo, pela ereção de uma ‘muralha fiscal’ apenas transponível pelo pagamento prévio do imposto sobre os ganhos de capital potenciais (...) e também de funcionar como norma anti-abuso de aplicação automática. CALDAS, A., “O ‘EXIT TAX’...”, *ob.cit.*, p. 36.

não residente; iii) o art. 85.º CIRC regula a tributação dos sócios de uma sociedade emigrante (nos termos do art. 83.º do CIRC).

Tal regime cria, *prima facie*, uma situação de discriminação: de facto, quando a atividade de uma sociedade tenha cessado efetivamente e os ativos não fiquem afetos a um EE em território nacional, dado que a base tributável deve incluir qualquer ganho não realizado respeitante aos ativos da sociedade. Em contrapartida, em idêntica situação interna, as mais-valias latentes nunca seriam incluídas na matéria coletável da sociedade, até ao momento em que os ativos fossem distribuídos aos sócios.

### I) Transferência de residência

De acordo com o art. 83.º n.º 1 do CIRC, no ano em que a atividade cessa em virtude da transferência da sede ou da direção efetiva da sociedade para outro EM, devem ser considerados como elementos positivos ou negativos a diferença entre o valor de mercado e o valor patrimonial para efeitos fiscais dos ativos à data da cessação. Refira-se que esta regra, redigida de forma ampla, aplica-se a qualquer entidade que seja considerada sujeito passivo, para efeitos de IRC, incluindo a SE e a SCE.

Tendo por base o elemento de conexão residência<sup>80</sup> (“sede e direção efetiva”), a cobrança do imposto efetiva-se no momento em que este é transferido. Ou seja (na ausência de CDT), é necessário que tanto a sede como a direção efetiva<sup>81</sup> sejam transferidos simultaneamente para fora do território nacional como consequência lógica do critério alternativo adotado pelo legislador português<sup>82</sup>. A manutenção de um destes fatores de conexão em pleno território nacional é suficiente para concluirmos pela não aplicação desta regra<sup>83</sup>, pois a entidade continuaria sujeita ao poder tributário do Estado português. Existindo uma CDT, deve atender-se à *tie-break rule* prevista no art. 4.º das mesmas e aferir quando há uma verdadeira transferência da residência.

---

<sup>80</sup> Art. 2.º n.º 3 do CIRC.

<sup>81</sup> Na aceção do art. 8.º n.º 5 alínea a), “a cessação da atividade ocorre (...) na data em que a sede e a direção efetiva deixem de se situar em território português (...)”.

<sup>82</sup> Art. 2.º n.º 1 alíneas a) e b) do CIRC.

<sup>83</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 5. Nestes casos em que uma sociedade apenas transfere a sua sede ou a sua direção efetiva para o exterior, não faz qualquer sentido a aplicação desta norma. Na ótica do legislador, continuaria a estar sujeita à jurisdição fiscal portuguesa. Relativamente aos problemas que podem advir da aplicação de uma CDT *vide* MARTÍN JÍMENEZ, A. e CALDERÓN CARRERO, J. “Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *Documentos de Instituto de Estudios Fiscales*, 17/2007, p. 19.

A *ratio* deste dispositivo consiste na salvaguarda dos poderes tributários do Estado português relativamente às mais-valias latentes obtidas até à transferência. Isto porque, com esta, as autoridades fiscais deixam de poder comprovar e fiscalizar diretamente a atividade da empresa em causa<sup>84</sup>.

Nestes termos, a transferência da sede e da direção efetiva de uma sociedade com sede ou direção efetiva em Portugal para outro EM determina a cobrança de um imposto à saída a não ser que os seus ativos permaneçam afetos a um EE, localizado em território nacional. Numa situação de transferência parcial dos ativos da sociedade, apenas os que estão afetos a um EE com direção efectiva em Portugal não serão tributados.

No que concerne a esta exceção, se os ativos permanecerem afetos a um EE, não poderá haver tributação<sup>85</sup>, sendo que, à semelhança do que ocorre no regime de neutralidade fiscal aplicável às reestruturações empresariais transfronteiriças, tal tributação deverá ser diferida para o momento em que os correspondentes ganhos sejam efetivamente apurados<sup>86</sup>.

No entanto, o art. 83.º n.º 5 vem estabelecer outra exceção. Destina-se a impedir a aplicação do “benefício” para os casos abusivos<sup>87</sup>. Isto é, caso a transferência não seja processada por “razões económicas válidas”, será irrelevante a afetação dos ativos a um EE, aplicando-se, por conseguinte, o previsto no n.º1 do art. 83.º do CIRC. Note-se que é curioso o facto de o legislador não ter criado nenhuma disposição específica para estes casos, tendo remetido para o n.º 10 do art. 73.º do CIRC que, por sua vez, implementa a cláusula anti-abuso, prevista no art. 15.º n.º1 alínea a) da Diretiva 2009/133<sup>88</sup>. Pensamos que o legislador deveria ter assegurado a sua aplicação no sentido da existência de um “expediente puramente artificial” (único critério que permite modelar uma norma interna anti-abuso de modo a que esta, ainda que *prima facie* discriminatória, seja

---

<sup>84</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 5.

<sup>85</sup> Art. 83.º n.º 2 do CIRC.

<sup>86</sup> No âmbito do art. 74.º, *ex vi* n.º 3 do art. 83.º do CIRC, o EE deverá inscrever os elementos patrimoniais transmitidos na respetiva contabilidade com os mesmos valores que tinha na contabilidade da sociedade que transferiu a residência fiscal para o estrangeiro, devendo tais valores ser os que resultam da aplicação das normas do CIRC ou de reavaliações feitas ao abrigo da legislação de carácter fiscal (tal como acontece no regime das reestruturações empresariais transfronteiriças). O lucro tributável do EE deverá ser apurado numa lógica de continuidade face à sociedade que transferiu a sua residência para exterior (n.º 4 do art. 74.º *ex vi* n.º 4 do art. 83.º do CIRC) e, neste sentido, o EE poderá também deduzir os prejuízos fiscais da sociedade anteriores à cessação desde que correspondam aos elementos que lhe estão afetos. CALDAS, A. “O ‘EXIT TAX’...”, *ob.cit.*, p. 44.

<sup>87</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 6.

<sup>88</sup> Diretiva já citada.

compatível com o direito da UE)<sup>89</sup>. Assim, só não se deve permitir o exercício de uma liberdade fundamental e considerar um determinado comportamento abusivo do sujeito passivo quando este constitua um expediente puramente artificial nos termos do acórdão *Cadbury Schweppes*<sup>90</sup>. A norma interna continua a ser incompatível com o ordenamento europeu no que diz respeito aos casos em que não sendo um “expediente puramente artificial”, não exista uma “razão económica válida” para o exercício de uma liberdade fundamental. Esta cláusula deveria ser aplicável somente nos casos de operações transfronteiriças e não nos *exit taxes*.

Na prática, apesar desta cláusula levantar dúvidas quanto à sua aplicação, acreditamos que o objetivo fosse impedir casos em que a afetação dos ativos da sociedade a um EE obedecesse a fins exclusivamente fiscais, artificiais ou sem qualquer conexão com a sua jurisdição<sup>91</sup>.

## II) Cessação da atividade do EE

Depois de analisada a questão da transferência da residência, outra situação que desencadeia um *exit taxes* seria a da cessação da atividade de um EE.

O art. 84.º do CIRC alarga as disposições dos impostos de saída a dois tipos de situações relativas a um EE: i) quando este cessa atividade em território nacional; ii) quando este transfere, por qualquer meio jurídico ou material, para outro EM os ativos afetos a esse EE.

Esta disposição tem em vista evitar aquelas situações em que as mais-valias em alguns ativos ficam isentas aquando da cessação da atividade do EE em território nacional<sup>92</sup>.

Além disso, se os ativos deixarem de fazer parte de um EE, qualquer mais-valia que resulte de uma alienação posterior não seria abrangida pela jurisdição fiscal portuguesa se Portugal e o Estado da sede efetiva tivessem uma CDT<sup>93</sup>. Portanto, perante estas situações que podem perpetuar comportamentos abusivos, extingue-se o efeito fiscal que derivaria de uma venda indireta do EE através da sua cessação seguida da venda de todos os seus ativos.

---

<sup>89</sup> Neste caso, o direito geral de circulação ou até mesmo a circulação de trabalhadores.

<sup>90</sup> TJUE, 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04.

<sup>91</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 6.

<sup>92</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 7.

<sup>93</sup> Art. 13.º n.º 5 da CM OCDE.

### III) Tributação ao nível dos acionistas

No caso dos acionistas, dispõe o art. 85 do CIRC que, quando a sede e direção efetiva deixem de se situar em território português, estes serão tributados pela diferença entre os ativos líquidos da sociedade (aquando da transferência) e os custos de aquisição das participações sociais. Apesar da conexão intrínseca ao regime dos impostos à saída societários, estamos perante a tributação de pessoas singulares, situação essa que se encontra excluída do objeto da presente dissertação.

No âmbito do que foi dito relativamente ao regime português sobre a figura dos *exit taxes*, salienta-se a importância de aferir se este sistema é compatível com o ordenamento da UE.

Uma parte desta questão já foi decidida em *Comissão vs Portugal*, C-38/10<sup>94</sup>, mas, no que diz respeito aos sócios, a Comissão nada alegou<sup>95</sup>.

As normas portuguesas tendem a dissuadir uma sociedade de exercer algumas características da sua liberdade de estabelecimento como a transferência da sua residência para fora do território português. Alguns *obiter dicta* presentes em *Lasteyrie* parecem aplicar-se perfeitamente a este caso<sup>96</sup>.

Evidentemente, não sendo as liberdades fundamentais absolutas, algumas medidas restritivas podem ser consideradas compatíveis. No entanto, cremos que tal não se verifica no caso em apreço<sup>97</sup>.

Isto porque, entre nós, se exige a cobrança imediata do imposto no momento da transferência da residência societária para outro EM, sem qualquer possibilidade de diferimento. Ora, nos termos da jurisprudência consolidada do TJUE, tal vai muito além do que é necessário para prosseguir uma justificação válida e, por conseguinte, é incompatível com o direito da UE.

---

<sup>94</sup> Acórdão já citado no ponto 2.3.2.

<sup>95</sup> Por razões processuais, o TJUE não abordou a compatibilidade do regime português ao nível dos acionistas. *Vd.* SANTIAGO, B. e MARTINS, A., “Recent ECJ judgment regarding Portuguese exit tax provisions”, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 20, No. 1 (2013), p. 33.

<sup>96</sup> NOGUEIRA, J., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 17.

<sup>97</sup> No mesmo sentido, CALDAS, A., “O ‘EXIT TAX’...”, *ob.cit.*, p. 55.

#### 4.4. Conclusões preliminares

Como vimos, tanto o regime previsto na Diretiva fusões, cisões e aquisições (no que se refere à exigência de um EE) como o regime português (previsto nos art. 83.º a 85.º do CIRC) apresentam problemas de compatibilidade com o ordenamento da UE.

Seja por via do reenvio prejudicial, seja através de uma nova ação por incumprimento, o TJUE deverá declarar essa incompatibilidade, referindo-se aos acórdãos anteriores nesta matéria como produzindo ato claro<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Tendo por base o acórdão *CILFIT* (TJUE, 6.10.1982, C-283/81) resultam deste três situações: o órgão jurisdicional nacional não é obrigado a reenviar ao TJUE se i) a questão de direito não for pertinente, ii) já houver um acórdão interpretativo anterior do TJUE a resolver a questão, iii) quando a norma europeia é absolutamente clara, não suscitando quaisquer dúvidas.

## **5. Do incompatível ao compatível: um caminho árduo mas existente**

### **5.1. Introdução**

No que concerne a este tema, e considerando o que foi referido nos capítulos anteriores, procuramos encontrar uma solução para o dilema da necessidade de proteção das bases tributáveis contra a erosão (provocada aquando da transferência da residência) e a necessidade de respeito das liberdades fundamentais e do Tratado.

Somos do parecer que o direito da UE deve ser visto numa perspetiva comum, de parceria entre EM: ideia que impõe tendencialmente uma aproximação ou em termos de uniformização ou em termos de harmonização fiscal entre EM. A ser assim, ou a não ser isso possível de forma “natural”, ter-se-á que optar por uma intervenção ao nível da UE. Porém, como pressuposto comum a qualquer uma das vias, os EM devem agir numa lógica de reciprocidade, em que os princípios da boa-fé e da sincera cooperação devem estar sempre presentes.

Quando existe uma transferência de sede de uma sociedade para um outro EM, o EM de origem perde o seu poder de império (“*ius imperium*”), no campo da tributação das mais-valias latentes. No entanto, os problemas dos *exit taxes* podem ir mais longe. Imaginemos um EM que concede benefícios fiscais a uma sociedade sob a condição de manter a sua residência em pleno território por um período mínimo; ou o reembolso de benefícios fiscais por transferência bancária às sociedades que continuem até 31 de dezembro a residir em Portugal; ou uma legislação que preveja um estatuto pessoal para sociedades que tenham sido criadas nos termos da lei espanhola. Todas estas situações devem ser proibidas por constituírem entraves às liberdades fundamentais.

Nesta ordem de ideias, propomos a adoção de um Regulamento que asseguraria a coordenação, estabeleceria fatores de conexão únicos e eliminaria potenciais disparidades.

### **5.2 Metodologia de intervenção**

Creemos que o instrumento a adotar deveria ser o Regulamento uma vez que este é “obrigatório em todos os seus elementos” assim como “diretamente aplicável” em

todos os EM, pelo que eliminaria os atuais problemas de descoordenação<sup>99</sup>. Dado o impacto de uma norma deste tipo, somos da opinião que a entrada em vigor apenas poderia ter lugar mais de um ano após a publicação. Deveria ser reduzida ao mínimo a exigência de normas domésticas complementares ao Regulamento (ainda que não se possa evitar a necessidade de introduzir algumas modificações internas – se mais não fosse por questões de coerência interna).

No entanto, sabemos que é tarefa *herculiana* aprovar um Regulamento em matéria fiscal. Ou seja, qualquer ingerência da UE em matéria de fiscalidade direta terá, forçosamente, que ser aprovada por unanimidade, pois esta é tida como o último reduto de soberania dos EM. Acresce que, estamos perante um processo negocial que envolveria 27 EM (e em breve 28) com diferentes regimes fiscais o que torna a tarefa ainda mais delicada e complexa.

Pese embora estes óbices, não podemos deixar de reiterar que, em nossa opinião, o único mecanismo capaz de fazer frente aos problemas que enunciamos neste estudo é o Regulamento. Não consideramos que seja apropriado numa matéria tão sensível e complexa, e onde existe tanta relutância por parte dos EM, ficarmos reféns da discricionariedade de meios na transposição típica das Diretivas, dado que os resultados desejados dificilmente seriam alcançados.

Devemos ainda fazer uma breve menção aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. As exigências postuladas por estes deverão estar cumpridas para que a solução proposta possa ser aceite. Assim, estará cumprido o princípio da subsidiariedade devido à escassez de intervenção conjunta por parte dos EM e pelo facto de dificilmente o problema ser superado sem uma abordagem ao nível europeu. Justifica-se, portanto, um mecanismo legislativo por parte da UE. Seria manifestamente insuficiente uma qualquer intervenção que deixasse entregue aos EM a regulamentação de uma matéria de tão difícil articulação como são os *exit taxes*. Isto porque, como vimos até agora, em causa estará de certa forma uma ablação de parte da soberania de um EM, no âmbito fiscal. Deste modo, e para que a justiça possa prevalecer nestes casos, a imposição deve ser no sentido *top-down* com carácter impositivo. Por outro lado, somos da opinião que a simples Diretiva não garantiria o necessário entendimento e a criação dos instrumentos necessários para que um sistema global funcionasse.

---

<sup>99</sup> *Vd. MOTA DE CAMPOS, J. e LUIZ CAMPOS, J., Manual de direito comunitário, 5ª edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), p. 311 e ss. Ibidem CRAIG, P. e BÚRCA, G., EU law – text, cases, and materials, 5<sup>th</sup> edition, Oxford (2011), p. 105 e ss.*

Já no que respeita à proporcionalidade, reconhecendo a insuficiência da negociação bilateral entre EM ou a insuficiência que adviria pela imposição de uma simples Diretiva, o sistema que propomos será no sentido de conferir a cada EM o que é “seu de direito” (nos termos da abordagem principiológica *supra* referida em aspetos substantivos) e não mais do que isso. Aliás, não parece desproporcional uma intervenção regulamentar porque ela limitar-se-ia a definir um quadro normativo geral e abstrato que no caso concreto atenderia ao sistema tributário nacional do EM de destino, não lhe impondo regras que desconhece em absoluto, mas limitando-se a conferir que outro EM (o de origem) possa delas usufruir quando em causa esteja o poder fiscal<sup>100</sup>. Mais, este poder conferido ao EM de origem limitar-se-ia ao aspeto que merece resolução e que é objeto do tema que temos vindo a analisar.

### 5.1.1 Aspetos substantivos

Neste ponto, cremos que o critério mais adequado seria o da “territorialidade do lucro”, ou do “local da produção do rendimento”, em detrimento do critério da residência.

Este critério tem como vantagem a salvaguarda do poder tributário do Estado onde foi gerado o lucro<sup>101</sup>. Assim, a partir do momento em que uma sociedade pretende sair ou transferir os seus ativos para outro EM, o EM de origem terá o direito a tributar a mais-valia latente gerada no seu território, o que permite evitar a dupla tributação da mesma, conquanto o EM de destino é desprovido de competência tributária sobre ela.

Tal solução justificar-se-ia pelo facto de ser o EM de origem a criar as condições económicas, patrimoniais, sociais e outras que permitiram a criação da mais-valia em questão.

---

<sup>100</sup> Este raciocínio respeita, assim, os subprincípios do princípio da proporcionalidade na nossa ótica, pois é uma medida necessária e adequada para atingir aquele fim. Mais se alega, que é a única maneira possível de atingir o nosso objetivo. Todavia, coloca-se a questão de saber se não estaremos a violar o princípio da subsidiariedade, dado que não se impõe esta regulamentação à luz das competências conferidas pelos Tratados.

<sup>101</sup> Segundo VILÁGI, “os impostos de saída são apenas uma manifestação do medo de um EM perder as receitas fiscais sobre migração ou transferência de um sujeito passivo para fora do seu território”. VILÁGI, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 354.

Analisada a situação das mais-valias, resta-nos perspetivar o que deveria ser feito quanto às menos-valias. Por igualdade de termos, as menos-valias devem ser consideradas pelo EM que tributa as mais-valias<sup>102</sup>.

### 5.1.2 Aspetos procedimentais

O objetivo desta solução é proporcionar um procedimento célere que não crie obstáculos exagerados à mobilidade pretendida pelos Tratados.

A partir do momento em que uma sociedade comunica ao EM de origem a intenção de transferir a sua sede para um outro EM, deveria, em primeiro lugar, apresentar uma declaração de encerramento de contas, equiparada às declarações periódica e anual de rendimentos previstas no CIRC<sup>103</sup>. Depois, deveria notificar a entidade pública responsável pelo registo comercial que vai proceder no EM de acolhimento à alteração do número de identificação de pessoa coletiva<sup>104</sup> e, de seguida, comunicar tal facto na administração tributária<sup>105</sup> do EM de origem.

A declaração deveria conter uma série de elementos. Em primeiro lugar, deveriam constar obrigatoriamente todos os elementos do ativo e do passivo da sociedade constantes no balanço. Além disso, deveriam estar relatados todos aqueles que não sejam transferidos, mas que venham a estar afetos a um EE localizado em território nacional. Em segundo lugar, a sociedade deveria apurar o montante do imposto em causa com base na sua declaração<sup>106</sup> (ainda que não sejamos contra uma hétero-liquidação). Em terceiro lugar, a sociedade poderia optar pelo pagamento imediato ou diferido. Por último, deveria mencionar, quando exigível, ou seja, sempre

---

<sup>102</sup> No acórdão *National Grid Indus*, cit. §§§ 56, 58 e 59, o TJUE considerou que o EM de origem não estava obrigado a ter em conta as menos-valias uma vez que, em face da transferência da sede da sociedade para o Reino Unido, este perdeu todo e qualquer vínculo de conexão tributária com a referida sociedade. À luz da legislação em causa, não pode esta medida ser considerada desproporcionada. Então, num raciocínio *a contrario*, percebe-se que se ele puder ter em conta as mais-valias, então também deverá levar em conta as menos-valias.

<sup>103</sup> Art. 120.º e 121.º, respetivamente.

<sup>104</sup> No sistema português, essa notificação deverá ser feita na Conservatória do Registo Comercial. *Vd.* art. 3.º n.º 4 do CSC e art. 3.º n.º 1 alínea o), 15.º n.º 1, 27.º n.º 2 e 70.º n.º 1 (Portaria n.º 590-A/2005, de 14/07, art. 2.º n.º 1) do CRC.

<sup>105</sup> Como verificámos no art. 118.º do CIRC.

<sup>106</sup> Este cálculo do imposto estará de acordo com o acórdão *National Grid Indus*, pois o TJUE considerou que é proporcionado que o EM de origem, para salvaguardar o exercício da sua competência fiscal, determine o montante do imposto devido sobre as mais-valias surgidas no seu território, no momento da transferência da sede para outro EM. *Vd.* BROEK, H. e MEUSSEN, G., “National Grid Indus case: rethinking exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 4 (2012), p. 193. VILÁGI, R., “Exit taxes...”, *ob.cit.*, p. 353. BROEK, H., HURK, H. e KORVING, J., “Final settlement...”, *ob.cit.*, p. 259.

que optasse pelo pagamento diferido, o tipo de garantia<sup>107</sup> a prestar para assegurar as condições necessárias ao cumprimento da obrigação em causa<sup>108</sup> (dentro do elenco e das orientações contidas no Regulamento). Nestes termos, a sociedade poderia constituir uma i) garantia bancária, ii) uma hipoteca voluntária de imóveis, iii) um penhor de bens móveis, iv) outros...

A par da declaração, este regime também preveria uma cláusula geral de proibição de outros obstáculos administrativos-tributários que podem ser requeridos no momento da transferência de residência da sociedade. É o caso da concessão de certos benefícios fiscais protecionistas, destinados a dissuadir uma sociedade de exercer uma liberdade fundamental.

Visto o procedimento no EM de origem, cumprirá, agora, analisar o procedimento no EM de acolhimento.

Relativamente a este último, cremos que no ato do registo da sociedade neste Estado, deveriam ser seguidas as normas e regras deste EM, bem como ser entregue na entidade pública responsável pelo registo comercial e nos serviços da Administração Tributária uma declaração emitida pelos respetivos serviços do EM de origem que contemple todos os elementos referidos anteriormente (constituição da sociedade, registo comercial, número de identificação de pessoa colectiva, etc). Ou seja, ficaria registada a existência eventual de uma obrigação certa, líquida e ainda que não imediatamente exequível. Tal como referimos, o EM de acolhimento reger-se-ia pelas suas regras, mas só no que respeitasse às obrigações declarativas. Quanto às obrigações garantísticas, seguiriam as regras do EM de origem (onde se constituíram as garantias – nos termos do princípio da autonomia processual nacional) ou, alternativamente, as previstas no Regulamento.

Uma vez que a transferência limita o exercício da soberania fiscal do EM de origem, o registo (da alteração da situação neste EM de origem) teria o efeito de lhe garantir a efetiva cobrança relativamente à sociedade após a transferência.

---

<sup>107</sup> De acordo com o regime português, as garantias previstas no art. 199.º n.º 1 e 2 do CPPT.

<sup>108</sup> Tendo por base a opinião dos vários autores já citados e a jurisprudência abordada, a opção pelo pagamento diferido, condicionado à prestação de uma garantia, poderá assegurar ao EM de origem a obtenção do imposto devido. Todavia, o mesmo deverá ter em conta a situação da sociedade e optar por uma garantia que não ponha em causa a sua existência. Isto é, espera-se do Estado coerência e razoabilidade de forma a escolher uma garantia que ofereça menos custos à sociedade. Neste sentido, THÖMMES, O. e LINN, A., “Deferment of exit...”, *ob.cit.*, p. 493.

O momento exato da liquidação sucederia aquando do momento definido no EM de origem para a determinação do lucro: normalmente o da realização dos ativos (com a alienação dos mesmos ou dissolução da sociedade).

Relativamente à cobrança, no caso de pagamento do referido imposto, este deverá ocorrer junto dos serviços tributários do EM de acolhimento/destino. Este, de seguida, deverá remeter o montante ao EM de origem. O EM de acolhimento/destino, por sua vez, poderia fazer sua uma parte da cobrança a título de remuneração de despesas, conquanto esta não excedesse um montante razoável e comprovado<sup>109</sup>. Esta possibilidade poderia dar um incentivo extra para o cumprimento da obrigação com a cooperação do EM de acolhimento.

Quanto ao momento da cobrança deveria ficar estipulado no Regulamento que caso a sociedade optasse pelo pagamento imediato, este deveria suceder no prazo previsto na legislação nacional para casos semelhantes (ou, alternativamente, no prazo de 30 dias após a comunicação à Administração Tributária do EM de origem da transferência da sede para o outro EM). Já se a opção passar pelo pagamento diferido, poderia ser exigida a apresentação de uma garantia, como referido anteriormente.

Por outro lado, poderia permitir-se um pagamento em prestações. De acordo com o regime português<sup>110</sup>, o número de prestações não pode exceder as 36 prestações mensais. No entanto, pensamos que deveria ser estabelecido um limite mínimo – 4 meses – até determinado valor e um limite máximo – 24 meses – se superior a esse valor, acompanhado dos respetivos juros. O meio de pagamento poderia ser através de cheque, transferência bancária, entre outros.

No que respeita ao momento do cálculo dos juros<sup>111</sup>, estes deveriam começar a produzir efeitos a partir do momento em que o imposto seria exigível e após os 30 dias que são concedidos para o pagamento imediato. Ou seja, deveríamos atender não ao momento da saída da sociedade, mas sim ao da realização da mais-valia, pois caso contrário, estaríamos a fundar barreiras suscetíveis de desencorajar uma sociedade com a imposição de um custo sobre um proveito que ainda não teria sido gerado.

Note-se que o EM de origem deveria ter em atenção a questão da prescrição da dívida. Somos da opinião que o Regulamento deveria fixar clara e autonomamente a

---

<sup>109</sup> Sobre o montante da cobrança, o EM de acolhimento poderia reter entre 10% a 20% desse valor. Seria um valor coerente, razoável e proporcional ao objetivo prosseguido, em nosso entender.

<sup>110</sup> Art. 29.º do Decreto-Lei n.º 492/88, de 30.12.

<sup>111</sup> A taxa aplicar será a que consta na legislação interna do EM de origem.

questão da prescrição<sup>112</sup>. *Inter alia*, seria conveniente estabelecer um prazo de 8 anos de prescrição a partir do momento em que se verifica a exigibilidade do imposto. Por outro lado, passados dez anos a partir do diferimento, cremos que (por prevalência dos princípios da certeza e segurança jurídica) o imposto diferido deveria ser passível de ser cobrado. O prazo (10 anos, 12 anos, etc) ficaria a cargo da discussão política mas entendemos que deveria existir um prazo máximo para o diferimento (algo ainda não pensado ao nível do TJUE) dado que nem ao sujeito passivo nem ao EM pode ser imposto a conservação de determinados documentos e dossiers para além de um período de tempo razoável.

Podem existir casos em que uma sociedade procede a transferências múltiplas, deslocalizando-se sucessivamente entre EM. Esta questão é bastante complexa e poderia dificultar a articulação do sistema que propomos, comprometendo, de certa forma, o poder tributário dos EM de origem. Somos da opinião que quando uma sociedade se instala num EM, deve cumprir uma série de obrigações, entre elas, i) comunicar à Administração Tributária a alteração do seu domicílio, ii) designar facultativamente um representante com residência no território sempre que cessa a sua atividade<sup>113</sup> (em conformidade com os parâmetros definidos pelo TJUE). Ou seja, fazendo um paralelismo com estas situações, a existência de uma norma que obrigasse uma sociedade a comunicar à Administração Tributária do EM de origem que o pagamento do imposto devido seria feito em determinado período, poderia solucionar este problema. Como tal, só deixaria de estar vinculado a esta norma quando fosse paga a totalidade da dívida. Por isso, mais uma vez se reforça a necessidade de positivação por Regulamento. Nestes casos, o procedimento deveria ser sempre o mesmo e concretizado de forma sucessiva entre os EM.

## **5.2. Compatibilidade da solução global com as liberdades fundamentais e com a jurisprudência mais recente do TJUE**

Em face do exposto, o objetivo desta solução passaria por clarificar uma série de questões que, à luz do direito europeu, ainda não encontram resposta. Atentando à diversidade dos sistemas fiscais internos dos EM, cada um dotado de características

---

<sup>112</sup> No sistema português, segundo o art. 48.º n.º 1 da LGT, as dívidas tributárias prescrevem no prazo de oito anos contados, nos impostos periódicos, a partir do termo do ano em que se verifica o facto tributário. Não se pode confundir a prescrição com o instituto da caducidade. A prescrição pode verificar-se independentemente do imposto ter sido liquidado.

<sup>113</sup> Estas medidas decorrem do regime português, mais concretamente do art. 19.º da LGT.

próprias e distintas, a emergência de um regime uniformizado permitiria resolver os problemas criados pelos impostos de saída.

Através da imposição de um Regulamento com regras claras, os EM poderiam ver os seus poderes de soberania tributária salvaguardados ao mesmo tempo que se asseguraria o desiderato de um mercado interno mais justo e competitivo.

A solução que propugnamos passaria o crivo da proporcionalidade dado que daria às sociedades a possibilidade de escolha entre o pagamento imediato do imposto ou o pagamento diferido<sup>114</sup>. A sociedade poderia, em função da sua situação económica, optar pelo meio de cobrança mais vantajoso e menos dispendioso.

Acontece que, quando estamos no âmbito de um pagamento diferido, a probabilidade de haver um risco de não cobrança do imposto aumenta em função do decurso do tempo. Para evitar tais situações, este risco poderia ser levado em conta através da exigência de uma prestação de garantia adequada, de forma a não comprometer o direito de tributação dos EM. Contudo, uma vez que a garantia a adotar dependeria da natureza dos ativos da sociedade e da situação económica desta, decidimos elencar na declaração vários tipos de garantias<sup>115</sup>. Mas os critérios sobre a garantia a ser prestada deveriam constar do Regulamento.

Lembramos que nos casos de pessoas singulares, nomeadamente nos acórdãos *Lasteyrie*<sup>116</sup> e *N*<sup>117</sup>, a obrigação de constituição de garantia para assegurar a eficácia do sistema fiscal foi rejeitada<sup>118</sup>, dado considerar-se que a mesma impedia o livre gozo dos bens dados em garantia ao seu proprietário. Posteriormente, em *National Grid Indus*<sup>119</sup>, o TJUE inverteu esta orientação considerando que nos casos de concessão do diferimento do pagamento, seria possível exigir uma garantia<sup>120</sup>. Ou seja, o TJUE atualmente entende, no âmbito societário que: i) as sociedades devem poder optar pelo pagamento imediato ou diferido; ii) se optarem pelo pagamento diferido, o EM de origem pode exigir uma garantia e os respetivos juros, mantendo o controlo dos ativos e passivos que atravessam a fronteira até à sua realização; iii) o EM de destino não

---

<sup>114</sup> Neste sentido, XUEREB, S., “Addressing the tax...Part 1”, *ob.cit.*, p. 224.

<sup>115</sup> Concordo com o autor BROEK, quando afirma que a escolha de garantia deve atender ao caso em concreto. BROEK, H., “The 2013 Netherlands act on deferral of exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 53, No. 4 (2013), p. 187.

<sup>116</sup> TJUE, 11.03.2004, já citado, § 47.

<sup>117</sup> TJUE, 7.09.2006, já citado, § 51.

<sup>118</sup> GOUTHÈRE, B., “New exit tax for individuals”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 1 (2010), p.44. PANAYI, C., “Corporate mobility...”, *ob.cit.*, pp. 469-470. ZIMMER, F., “Exit taxes in Norway”, *World Tax Journal*, Vol. 1, No. 1 (2009), p. 126.

<sup>119</sup> TJUE, 29.11.2011, já citado, § 74.

<sup>120</sup> Neste sentido, BROEK, H., “The 2013...”, *ob.cit.*, p. 187.

necessita de ter em conta as menos-valias<sup>121</sup>. Acreditamos que, neste momento, a evolução da orientação do tribunal regista-se em matéria societária sendo provável que estas orientações sejam estendidas ao campo das pessoas singulares.

Em relação à garantia, esta nova abordagem do TJUE parece-nos acertada tendo em conta nomeadamente a crise mundial que assola os EM. Imaginemos que uma sociedade, no exercício da sua atividade no EM de acolhimento, enfrenta graves problemas financeiros capazes de ditar a sua insolvência. No caso do EM de origem não ter constituído qualquer garantia, como poderá vir exigir a cobrança do imposto gerado no seu território? Dificilmente conseguirá pois o EM de acolhimento terá vantagem sobre aquele. Note-se que estas situações tornam o crédito do EM de origem muito mais desprotegido, quando este se mostra desprovido de uma garantia.

### **5.3. Matéria de direito da UE – emendas à Diretiva**

Constatada a inadmissibilidade do regime previsto na Diretiva, urge apresentar propostas que permitam a superação desse problema.

O objetivo último da Diretiva passa por replicar as condições de neutralidade vigentes na generalidade dos Estados para as operações de transformação. Assim sendo, cremos que a supressão da exigência absoluta da criação ou manutenção de um EE poderá ser uma solução. Isto porque a medida, apesar de justificada pela repartição equilibrada dos poderes tributários dos EM, é desproporcional (vai para além do necessário para a realização tal objetivo).

Em nosso entender, a solução poderia passar pela exigência de uma declaração compreensiva no momento da operação de reestruturação empresarial transfronteiriça. A sociedade contribuidora (auto-liquidação) ou o EM de origem (hétero-liquidação) procederiam ao cálculo do montante a pagar por cada um dos elementos do ativo que enclausurassem ganhos latentes no momento da saída do território. A mesma declaração seria comunicada (pela sociedade ou pelas autoridades tributárias do EM de origem) ao EM de destino, o qual, tomando conhecimento do sucedido<sup>122</sup>, ficaria encarregue de comunicar qualquer elemento que pudesse conduzir à exigibilidade da cobrança da totalidade ou parte do imposto anteriormente liquidado ou a mudança da residência da sociedade para um terceiro Estado. A sociedade “de destino” teria a obrigação de

---

<sup>121</sup> WATTEL, P., “Exit taxation...”, *ob.cit.*, p. 377.

<sup>122</sup> A sociedade fundida deverá proceder ao registo da declaração emitida pelo EM de origem na entidade pública responsável pelo registo comercial e nos serviços da Administração Tributária do EM de destino.

comunicar posteriores modificações de residência, posteriores factos que conduzissem a uma exigibilidade do montante de imposto liquidado ou quaisquer outros factos que pudessem ter influência na cobrança do imposto liquidado.

Verificando-se um dos eventos relevantes, a cobrança ficaria a cargo do EM de destino. Este, após boa cobrança, deveria reembolsar o EM de origem pelo valor que lhe “pertence”<sup>123</sup>. Poder-se-ia eventualmente estabelecer um montante de compensação, que poderia ser retido pelo EM de destino como remuneração das suas diligências de cobrança (ainda que tal não seja a regra em matéria de direito da UE).

No que toca à prescrição, poderia ser implementado o mesmo sistema que abordamos *supra* na solução do Regulamento.

#### **5.4. Direito doméstico – 83.º a 85.º CIRC**

À semelhança da maioria dos regimes europeus, também o nosso regime português parece ter sido concebido para salvaguardar o poder tributário em relação aos ganhos obtidos pelo sujeito enquanto residente em território nacional mas não realizados no momento da transferência da sua residência. Em certa medida visam colmatar um erro sistémico criado pela confluência do regime das CDT com o direito da UE. Por um lado atribui-se o poder de tributar a determinados rendimentos não periódicos com base na residência (nomeadamente art. 13.º das CDT) e, posteriormente (TFUE) permite-se a transferência livre da residência de um sujeito, o que, sem mais, teria como consequência a erosão da base tributável. Apesar de a norma fazer sentido, neste contexto, na medida em que se exige uma cobrança no exercício fiscal da transferência, a medida é contrária ao direito da UE (nos termos da jurisprudência do TJUE).

Em nosso entender, de modo a salvaguardar o interesse doméstico e o europeu, poder-se-ia aceitar uma liquidação do imposto no momento da transferência desde que tal fosse acompanhado apenas: i) a imposição de uma declaração fiscal, relativa à identificação dos ativos, ganhos tributáveis e montante de imposto a pagar; e ii) a concessão da opção do pagamento diferido do imposto (cobrança no momento regra da tributação, que na maioria dos casos será com a efetiva realização dos ganhos). A declaração permitiria que a obrigação se considerasse certa e líquida, ainda que não

---

<sup>123</sup> Na opinião dos autores BROEK e MEUSSEN, a decisão em *National Grid Indus* poderia ser aplicável aos casos de fusão transfronteiriça. BROEK, H. e MEUSSEN, G., “National...”, *ob.cit.*, p. 196.

imediatamente exequível. Poderia servir posteriormente (e sob a condição de realização efetiva dos ganhos) de título executivo caso a sociedade não procedesse ao pagamento voluntário do imposto. Relativamente à segunda medida, o sujeito passivo poderia optar entre o pagamento imediato e o pagamento diferido, com a possibilidade de lhe ser exigida a prestação de uma garantia adequada (nos termos do princípio da autonomia processual nacional) e respetiva cobrança de juros<sup>124</sup>. Refira-se que esta opção colocaria o regime português totalmente em consonância com a jurisprudência europeia mais atual, designadamente com a decisão do *National Grid Indus*<sup>125-126</sup> e em *Comissão vs Portugal*, C-38/10. Por outro lado, salvaguardaria todos os interesses que o Estado português pretende proteger através do atual regime.

---

<sup>124</sup> Quanto à cobrança de juros, uma vez prevista a nível interno, não há razão para a considerar como discriminatória. Partilhando a mesma opinião, BROEK, H., HURK, H. e KORVING, J., “Final settlement...”, *ob.cit.*, p. 261.

<sup>125</sup> O AG *Paolo Mengozzi* considera que as conclusões deste acórdão devem ser aplicadas no sistema português. Neste sentido, *vide* TNS’s, 6.08.12, “ECJ: Advocate General finds exit taxation of companies on unrealized gains in Portugal incompatible with freedom of establishment – details”, IBFD, Tax Research Platform.

<sup>126</sup> Na sequência da decisão do *National Grid Indus*, alguns EM decidiram alterar as suas legislações fiscais internas. É o caso da Itália, prevendo a possibilidade do diferimento do prazo de pagamento aquando da emigração de uma sociedade italiana para outra jurisdição dentro da UE. *Vd.* MOJANA, M. e MARCHIÒ, S., “The Transfer...”, *ob.cit.*, pp. 510-511. *Ibidem* THÖMMES, O. e A.LINN, “Deferment of exit...”, *ob.cit.*, p. 488. O Luxemburgo fez o mesmo, no entanto, a sociedade não está obrigada a fornecer uma garantia para obter o pagamento diferido - TNS’s, 25.02.13, “Government Council adopts amendment to exit tax provisions on capital gains to implement National Grid Indus decision”, IBFD, Tax Research Platform. Por sua vez, a França registou uma série de alterações, entre elas, a obrigação de prestar garantias e a suspensão do pagamento passa a ser automática, não necessitando de autorização prévia das autoridades fiscais. GOUTHIERE, B., “New exit...”, *ob.cit.*, p. 44. O novo regime fiscal da Holanda (lei sobre o diferimento dos impostos à saída 2013), semelhante à proposta do Reino Unido, para além dos requisitos da decisão *National Grid Indus*, oferece uma terceira opção ao sujeito passivo, consistindo no pagamento de imposto devido em dez prestações anuais, tornando-se irrelevante o momento da realização. BROEK, H., “The 2013...”, *ob.cit.*, p. 190.

## 6. Conclusões

1. Para a implementação de um efetivo mercado interno é necessário que os EM da UE continuem a dismantelar todas as medidas (tributárias) internas que se mostrem incompatíveis com o direito da UE.
2. No momento atual, uma das medidas que maiores preocupações provocam é a dos impostos à saída. Com o presente estudo tentamos proceder a uma análise crítica e compreensiva da questão, tendo em vista não só identificar os problemas mas ainda propor algumas alternativas para a respetiva superação.
3. Os primeiros acórdãos em matéria de impostos de saída situaram-se no âmbito da tributação das pessoas singulares. Verificamos desde logo que as discriminações introduzidas pelas legislações nacionais, apesar de serem emitidas no âmbito de justificações válidas, não passavam no controlo de proporcionalidade tendo sido consideradas incompatíveis com o direito da UE.
4. Em *National Grid Indus* o TJUE acaba por introduzir a mesma orientação no que concerne à tributação de pessoas coletivas.
5. Apesar de já termos um número substancial de acórdãos e de existirem conclusões que se podem considerar como jurisprudência estável, muitas questões continuam em aberto. Tanto ao nível da compatibilidade de regimes internos como ao nível da compatibilidade de dispositivos europeus.
6. Tal como as normas internas, também as normas de direito secundário devem ser compatíveis com os Tratados da UE. Um exame desses dispositivos coloca a descoberto o regime da Diretiva 2009/133/CE, em matéria de fusões, cisões e aquisições. Uma das condições para a obtenção dos benefícios prende-se com a manutenção dos ativos (em relação aos quais se verifiquem mais-valias latentes) em território nacional, afetos a um EE da sociedade contribuidora.
7. Se os argumentos invocados pelo TJUE nos casos *Lasteyrie du Saillant* e *N* forem utilizados para analisar o regime da Diretiva, esta exigência de EE para evitar uma tributação imediata poderá constituir uma violação das liberdades fundamentais.
8. Mesmo que se alegue que a solução da Diretiva se enquadra no âmbito da necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais ou da repartição equilibrada dos poderes tributários, cremos que a medida nunca superará o crivo da proporcionalidade sendo assim inadmissível.

9. A partir de 2006, o legislador português introduziu entre nós um regime de *exit taxes* em matéria societária.

10. A aplicação do art. 83.º depende da transferência dos elementos de conexão de residência – sede e direção efetiva – sob pena da entidade continuar sujeita ao poder tributário do Estado português.

11. No caso dos ativos permanecerem afetos a um EE, à semelhança do que ocorre no regime da Diretiva, a tributação deverá ser diferida para o momento em que os ganhos sejam efetivamente apurados.

12. O art. 84.º tem como objetivo evitar situações em que as mais-valias em alguns ativos ficam isentas aquando da cessação da atividade do EE em território nacional.

13. O regime português não se mostra compatível com o TFUE e isso mesmo foi reiterado pelo TJUE no recente caso *Comissão vs Portugal*, C-38/10, de 6.09.2012.

14. Na medida em que se exige a cobrança imediata do imposto no momento da transferência, sem qualquer possibilidade de diferimento, a norma portuguesa vai claramente além do necessário para prosseguir uma qualquer causa de justificação.

15. Dados os problemas que os *exit taxes* colocam a nível europeu, procuramos uma alternativa que permita solucionar os problemas.

16. Sendo o Regulamento obrigatório em todos os seus elementos, bem como diretamente aplicável em todos os EM, pensamos que este seja o instrumento mais adequado para a implementação da solução substantiva que propugnamos.

17. Em detrimento do critério da residência, cremos que o critério “territorialidade do rendimento” seria o mais adequado para salvaguardar o poder tributário do Estado onde foi gerada a mais-valia em questão.

18. No momento da transferência (*rectius*: no momento do registo da sociedade no EM de destino), a sociedade deveria preencher uma declaração, a qual deveria ser entregue tanto às autoridades fiscais do EM de origem como do EM de destino.

19. A declaração deveria integrar uma série de elementos, entre eles, o valor dos ativos, o valor do imposto correspondente, o meio de pagamento (imediato ou diferido) a optar pela sociedade e o tipo de garantia que poderia ser oferecido na eventualidade de se ter escolhido o modo de pagamento diferido.

20. Ficaria assim registado no EM de destino a existência eventual de uma obrigação certa, líquida e ainda que não imediatamente exequível, referente a um determinado período.

21. No momento da realização das mais-valias dos ativos da sociedade, o EM de destino deveria transferir o imposto devido para o EM de origem.

22. Pretende-se assim instituir uma solução que, por um lado, propicie aos EM os meios necessários para protegerem as suas bases fiscais de expedientes dirigidos à sua erosão e que, por outro, seja conforme com o TFUE, tal como este é interpretado pelo TJUE.

23. Verificada a incompatibilidade de uma parte do regime da Diretiva, a solução poderia passar pela exigência da apresentação de uma declaração fiscal no momento da operação transfronteiriça e no momento da realização das mais-valias dos ativos da sociedade.

24. De forma a compatibilizar o regime português com o direito da UE, poderia impor-se a entrega de uma declaração fiscal no momento da transferência da sociedade para outro EM e a concessão do pagamento diferido do imposto devido.

25. Essa solução parece mostrar-se consistente com toda a jurisprudência do TJUE emitida até ao momento.

26. Com o presente estudo esperamos trazer para a primeira linha da discussão científica em matéria tributária a questão dos impostos de saída em matéria societária. Apesar da pronúncia do TJUE relativa ao ordenamento nacional verificamos com surpresa que, passados mais de meio ano e um Orçamento de Estado ainda nada foi feito. *Inter alia* porque se tratará de uma questão muito específica e delicada, que exige conhecimentos aprofundados de Direito da UE.

27. Além da identificação clara dos problemas suscitados, tanto ao nível interno como ao nível da UE, fizemos um esforço no sentido de apresentar uma solução que, protegendo os interesses que os Estados pretendem salvaguardar com os atuais regimes de *exit taxes*, se mostra compatível com o direito da UE.

## **Bibliografia**

ANDERSEN, C. e BJERKE, J., “Norway’s exit tax and cross-border mergers challenged”, *International Tax Review*, Vol. 22, No. 6 (2011), pp. 45-46

ANDREW, M. e NIXON, M., “Exit charges in Asia Pacific: current trends and approaches in Asia Pacific tax authority enforcement”, *Tax Planning International Review*, Vol. 39, No. 5 (2012), pp. 4-7

BARNARD, C., *The substantive law of the EU – the four freedoms*, 3<sup>rd</sup> edition (New York, 2010)

BROEK, H. e MEUSSEN, G., “National Grid Indus case: re-thinking exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 4 (2012), pp. 190-196

BROEK, H., “The 2013 Netherlands act on deferral of exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 53, No. 4 (2013), pp. 183-190

BROEK, H., HURK, H. e KORVING, J., “Final settlement taxes for companies: transfer of seats, interest charges, guarantees and step-ups in value”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 67, No. 4/5 (2013), pp. 257-267

CALDAS, A., “O ‘EXIT TAX’ no código do IRC”, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), pp. 35-55

CEJIE, K., “Emigration taxes – several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax*, Vol. 40, No. 6/7 (2012), pp. 382-399

CERIONI, L., “Cross-border mobility of companies in the European Union: tax competition and increased scope for the CCCTB following Cartesio”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 64, No. 12 (2010), pp. 636-648

CERIONI, L., “Removing cross-border tax obstacles for EU citizens: feasibility of a far-reaching one-stop-shop regime for mobile workers and investors”, *European Taxation*, Vol. 53, No. 5 (2013), pp. 1-16

CERIONI, L., “Tax residence conflicts and double taxation: possible solutions?”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, No. 12 (2012), pp. 647-658

CHAND, V., “International - exit charges for migrating individuals and companies: comparative and tax treaty analysis”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 67, No. 4/5 (2013)

CRAIG, P. e BÚRCA, G., *EU law – text, cases, and materials*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford (2011)

CUNHA, P. e VASQUES, S., *Jurisprudência fiscal comunitária anotada*, Vol. I (Coimbra-Almedina, 2002)

CUNHA, P., *A tributação direta na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* (Coimbra – Coimbra Editora, 2006)

DAELE, J. “Tax residence and the mobility of companies: borderline cases under private international law and tax law”, *European Taxation*, Vol. 51, No. 5 (2011), pp. 190-200

DIAS, R., “O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Direito das sociedades em revista*, No. 2, Vol. 3 (2010), pp. 215-236

DODWELL, B., “Going, going, gone”, *International Corporate Tax*, 2012, pp. 38-39

DOUMA, S., “National Grid Indus. Request for preliminary ruling on exit tax on companies”, *Highlights & Insights on European Taxation 2010/12*, No. 08/00135 (2010)

DOURADO, A., *Lições de direito fiscal europeu – tributação direta* (Coimbra: Wolters Kluwer - Coimbra, 2010)

EICKE, R. e PHILIPP, M., “The compatibility of Germany’s exit tax rules with EU law”, *Tax Notes International*, Vol. 64, No. 5 (2011), pp. 355-357

FINNERTY, C./MERKS, P./PETICCIONE, M./RUSSO, R., *Fundamentals of international tax planning* (IBFD 2007)

FRADA DE SOUSA, A., “Company’s cross-border transfer of seat in the EU after *Cartesio*”, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, No. 1087-2221 (2009)

GAOUA, N. e PERDELWITZ, A., “Green paper on convergence in the field of corporate taxation”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 8 (2012), pp. 428-431

GOMES, J., *Lições de direito da União Europeia* (Coimbra: Almedina, 2007)

GORJÃO-HENRIQUES, M., *Direito da União*, 6ª edição (Coimbra: Almedina, 2010)

GOUTHIERE, B., “New exit tax for individuals”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 1 (2010), pp. 42-45

HALABI, O., “Expatriation tax – renouncing a tax treaty”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, No. 7 (2012), pp. 377-382

HARTLEY, R., “Tax exit charges go back to ECJ”, *Tax Planning International: European Tax Service*, Vol. 12, No. 10 (2010), pp. 21-22

HELMINEM, M., *EU tax law - Direct Taxation* (Amsterdam: IBFD, 2011)

HOFSTATTER, M. e HOHENWARTER, D., “The Merger Directive” in: LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J. e STARINGER, C.; *Introduction to european tax law on direct taxation*, 2<sup>nd</sup> edition, Wien, Linde Verlag, 2010, pp. 101-118

HURK, H. e KORVING, J., “The ECJ’s judgement in the N case against the Netherlands and its consequences for exit taxes in the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, No. 4 (2007), pp. 150-158

JEZZI, P., “Is the ECJ consistent in its jurisprudence? The ‘negative income’ cases”, *Tax Notes International*, Vol. 56, No. 10, (2009), pp. 763-770

JEZZI, P., “The concept of comparability in the direct taxation jurisprudence of the European Court of Justice”, *The EC Tax Journal*, Vol. 10, No. 2 (2010), pp. 89-144

KEMMEREN, E., “The Netherlands: pending cases filed by the Netherlands courts: the National Grid Indus (C-371/10) and Feyenoord (C-498/10, X.) cases”, in: LANG, M. “ECJ – Recent developments in direct taxation 2010”, *Linde*, Vol. 67 (2010), pp. 157-185

KOK, R., “Compatibility of exit taxes and community law”, *EC Tax Review*, Vol. 19, No. 2 (2011), pp. 62-74

KOK, R., “Exit taxes for companies in the European Union after National Grid Indus”, *EC Tax Review*, Vol. 21, No. 4 (2012), pp. 200-206

KRAFT, G. e BRON, J., “Implikationen des urteils in der rechtssache ‘Cadbury Schweppes’ für die fortexistenz der deutschen hinzurechnungsbesteuerung”, *Internationales Steuerrecht*, Vol. 15, No. 18 (2006), pp. 614-620

MAÇÃS, V., “Fusão e cisão de sociedades”, *Revista de Direito das Sociedades* (Coimbra, Almedina), No. 1-2 (2010), pp. 405-422

MAN, F. e ALBIN, T., “Contradicting views of exit taxation under OECD MC and TFEU: are exit taxes still allowed in Europe?”, *Intertax*, Vol. 39, No. 12 (2011), pp. 613-625

MATOS, F., “A tributação de não residentes e o direito comunitário”, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), pp. 57-69

MOJANA, M. e MARCHIÒ, S., “The transfer of a company’s tax residence within the European Union: the new Italian rule on exit taxation”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 10 (2012), pp. 510-513

MOTA DE CAMPOS, J. e LUIZ CAMPOS, J., *Manual de direito comunitário*, 5ª edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2007)

NOGUEIRA, J., “Exit taxes in Portuguese corporate taxation”, *Studi Tributari Europei*, SEAST, No. 2036-3583, Bologna, Itália (2011), 27 páginas

NOGUEIRA, J., *Direito fiscal europeu* (Coimbra: Wolters Kluwer - Coimbra, 2010)

O’SHEA, T., “Dutch exit tax rules challenged in National Grid Indus”, *Tax Notes International*, Vol. 65, No. 3 (2012), pp. 201-205

PAIS, S., *Princípios fundamentais de direito da União Europeia*, 2.ª edição (Coimbra: Almedina, 2012)

PANAYI, C., “Corporate mobility in the European Union and exit taxes”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 63, No. 10 (2009), pp. 459-473

PANAYI, C., “National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited”, *British Tax Review*, No. 1 (2012), pp. 41-49

PANAYI, C., “Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 46, No. 3 (2006), pp. 104-110

PANAYI, C., “Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 46, No. 4 (2006), pp. 139-155

QUADROS, F. e MARTINS, A., *Contencioso da União Europeia*, 2ª edição (Coimbra: Almedina, 2009)

REUTERS, T., “National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited”, *British Tax Review*, No. 1 (2012), pp. 41-49

RIVOLTA, A., “Transfer of residence within the European Union: the treatment of pre-existing losses – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 50, No. 1 (2010), pp. 26-36

RIVOLTA, A., “Transfer of residence within the European Union: the treatment of pre-existing losses – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 50, No. 2/3 (2010), pp. 66-78

SANCHES, J., “Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal”, *Fiscalidade*, No. 34 (2008), pp. 7-34

SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J., *La no discriminación fiscal*, EDERSA (2001)

SANTIAGO, B. e MARTINS, A., “Recent ECJ judgment regarding Portuguese exit tax provisions”, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 20, No. 1 (2013), pp. 32-34

SCHMIDTMANN, D., “The European company (Societas Europaea – SE) caught in between cross-border mobility and lock-in effect – an empirical analysis on the influence of exit taxation upon cross-border mergers and seat location decisions”, *World Tax Journal*, Vol. 4, No. 1 (2012), pp. 34-75

TAVARES, T., *IRC e contabilidade. Da realização ao justo valor* (Coimbra: Almedina, 2011)

TENORE, M., “The transfer of assets from a permanent establishment to its general enterprise in the light of european tax law”, *Intertax*, Vol. 34, No. 8/9 (2006), pp. 386-392

TERRA, B. e WATTEL, P., *European tax law*, 6<sup>th</sup> edition, Wolters Kluwer (2012)

THÖMMES, O. e LINN, A., “Deferment of exit taxes after National Grid Indus: is the requirement to provide a bank guarantee and the charge of interest proportionate?”, *Intertax*, Vol. 40, No. 8/9 (2012), pp. 485-493

VILÁGI, R., “Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU law”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 7 (2012), pp. 346-354

WALLACE, S. e MURPHY, S., “Exit taxes: where to now? After ECJ decision in National Grid Indus BV”, *Irish Tax Review*, Vol. 25, No. 2 (2012), pp. 80-84

WATTEL, P., “Exit taxation in the EU/EEA before and after National Grid Indus”, *Tax Notes International*, Vol. 65, No. 5 (2012), pp. 371-379

WEBER, D., “Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of establishment after Überseering”, *European Taxation*, Vol. 43, No. 10 (2003), pp. 350-354

XAVIER, A., *Direito tributário internacional*, 2.<sup>a</sup> edição atualizada (Coimbra: Almedina, 2011)

XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the merger directive as a solution? – Part 1”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 5 (2012), pp. 215-225

XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the merger directive as a solution? – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 52, No. 6 (2012), pp. 290-300

ZERNOVA, D., “Exit taxes on companies in the context of the EU internal market”, *Intertax*, Vol. 39, No. 10 (2011), pp. 471-493

ZIMMER, F., “Exit taxes in Norway”, *World Tax Journal*, Vol. 1, No. 1 (2009), pp. 115-148

