



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**SERÁ A ATAD VÁLIDA? A COMPETÊNCIA DA UE AO
ABRIGO DO ARTIGO 115.º DO TFUE**

Pedro Miguel Castro Oliveira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**SERÁ A ATAD VÁLIDA? A COMPETÊNCIA DA UE AO
ABRIGO DO ARTIGO 115.º DO TFUE**

Pedro Miguel Castro Oliveira

Orientador: Tomás Cantista Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Para o Pedro.

Agradecimentos

Queria aproveitar este espaço para agradecer ao Pedro e à minha família que, através do apoio que sempre me deram, tornaram possível a elaboração desta dissertação e, com ela, o término de um capítulo da minha vida.

Não podia também deixar de agradecer o tempo que o Luís Terrinha, a Ana Luísa e o Pedro despenderam com a leitura desta tese e os pertinentes comentários que fizeram à mesma. Este trabalho é um (pouco) melhor por causa deles. Queria também deixar uma palavra de reconhecimento à PwC e a todos os que lá trabalham, cujo apoio nestes últimos três meses foi essencial para que conseguisse terminar a dissertação.

Por último, um obrigado ao Professor Tomás Cantista Tavares pela disponibilidade que sempre demonstrou nestes tempos de pandemia.

Resumo

Nesta tese analisamos a validade da ATAD à luz do direito primário europeu, que não atribui um poder regulamentar geral à UE, mas sim competências circunscritas nos termos da base jurídica escolhida pelas instituições europeias para cada um dos seus atos jurídicos.

Tendo sido aprovada ao abrigo do artigo 115.º do TFUE, a Diretiva só será válida se contribuir para melhorar o funcionamento do mercado interno. Em nosso entender, a ATAD não cumpre tal requisito pois visa uma harmonização mínima – como se vê pelo artigo 3.º - mas não dispõe da necessária cláusula de livre circulação, exigida pela jurisprudência do TJUE. Ilustramos este ponto através de uma breve análise à regra relativa às SECs. A ATAD será assim inválida por violação do artigo 115.º do TFUE.

Palavras chave: União Europeia; ATAD; sociedades estrangeiras controladas; base jurídica; 115.º TFUE; invalidade

Abstract

In this dissertation we analyze the compatibility of ATAD with European primary law, which does not give a general regulatory power to the EU. On the contrary, its competences need to be used in accordance with both the principle of conferral and the legal basis selected for each legal act.

Because ATAD was approved under article 115.º of the TFEU, it will only be valid as long as it contributes to the proper functioning of the internal market. In our opinion, that is not the case, as the Directive pursues a minimum harmonization – as we can see from article 3.º - but does not have a free movement clause as is required by the case law of the CJEU. We illustrate this through a brief analysis of the CFC rule. In our view, ATAD is invalid because it does not comply with the requirements of article 115.º of the TFEU.

Key words: European Union; ATAD; controlled foreign companies; legal basis; 115.º TFEU; invalidity

Índice

I. Introdução	9
II. O problema	10
1.1. Contexto: o surgimento da ATAD	10
1.2. Os dois objetivos da ATAD	11
1.3. A dupla face dos mecanismos utilizados	12
III. Competências da UE: o princípio da atribuição	16
IV. Mercado interno: teoria económica e experiência histórica	18
1.1. Teoria económica.....	18
1.2. Experiência histórica.....	19
1.3. Os vários tipos de harmonização	21
V. O mercado interno na jurisprudência do TJUE	24
1.1. Competência funcionalizada à construção ou aprofundamento do mercado interno	24
1.2. Disparidades entre as regulamentações nacionais.....	25
1.3. Distorções sensíveis na concorrência.....	28
1.4. Objetivo: eliminação de obstáculos ao mercado interno.....	29
VI. Será a ATAD inválida?	35
1.1. Princípios interpretativos da lei europeia.....	35
1.2. As SECs	36
i. Algumas notas introdutórias sobre o regime e a jurisprudência do TJUE	36
ii. A transposição da regra da ATAD	37
1.3. Da invalidade da ATAD	40
VII. Conclusões	47

Lista de siglas e abreviaturas

AG: Advogado-geral

Al.: alínea

Art.: artigo

ATAD ou Diretiva: Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, em inglês *Anti-Tax Avoidance Directive*

BEPS: erosão da base tributável e transferência de lucros, em inglês *Base Erosion and Profit Shifting*

CE: Comissão Europeia

CES: Conselho Económico e Social

CIRC: Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Conselho: Conselho da União Europeia

EM: Estado-Membro

Num.: número

ob. cit.: obra citada

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OMC: Organização Mundial do Comércio

OMS: Organização Mundial da Saúde

Pag.: Página

PE: Parlamento Europeu

SEC: sociedade estrangeira controlada

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE ou Tribunal: Tribunal de Justiça da União Europeia

Tratados: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e Tratado da União Europeia

TUE: Tratado da União Europeia

UE: União Europeia

Vol.: volume

I. Introdução

Em 12 de julho de 2016 o Conselho aprovou a ATAD, que contém o regime legal de um conjunto de mecanismos jurídicos no âmbito da luta contra a BEPS.

Ao contrário do que habitualmente sucede com os Estados, as competências legislativas da UE encontram-se limitadas às que lhe tenham sido atribuídas pelos Tratados, não dispondo assim de uma competência regulamentar geral. O objetivo desta dissertação é, assim, o de examinar se, ao aprovar um instrumento jurídico como a ATAD, a UE extravasou as suas competências – o que tornaria a Diretiva inválida.

Entendemos este nosso trabalho como um pequeno contributo para o estudo de uma questão constitucional e política da maior relevância – a delimitação das competências da UE -, com a qual se relaciona uma outra, a da sua legitimidade de atuação.

Começaremos por referir o contexto que rodeou o surgimento da Diretiva – e identificaremos os mecanismos jurídicos contidos na mesma -, pois tal ser-nos-á útil aquando da sua análise. Seguiremos para o exame das competências da UE na regulamentação do mercado interno, fazendo uma breve referência à teoria económica que o fundamenta e à experiência histórica no seio da UE. Passaremos depois à análise da jurisprudência do TJUE nesta matéria, por entendermos que só esta é capaz de delimitar o conceito de mercado interno. Por último, analisaremos a questão central deste trabalho – a validade da ATAD – à luz do que fomos desenvolvendo nos capítulos anteriores.

II. O problema

1.1. Contexto: o surgimento da ATAD

Na sequência da crise financeira internacional de 2008 e de vários escândalos financeiros e fiscais internacionais subsequentes,¹ a OCDE desenvolveu um estudo relativo ao BEPS. Esse estudo visava incrementar a transparência e a troca de informações no âmbito da tributação internacional, bem como combater o planeamento fiscal internacional agressivo realizado pelas empresas multinacionais, o qual está, frequentemente, na origem da erosão da base tributável em vários Estados e da transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação.

O projeto recebeu o apoio político do G-20 e do Conselho Europeu, tendo este último instado os vários EMs a coordenarem esforços no sentido do desenvolvimento das normas internacionais necessárias «no plano da luta contra a fraude e a evasão fiscais, o planeamento fiscal agressivo, a erosão da base tributável e a transferência de lucros», saudando o trabalho desenvolvido pela OCDE para «assegurar a equidade e eficácia dos sistemas fiscais».² O Conselho Europeu não faz então qualquer referência ao BEPS como sendo necessário para o aprofundamento do mercado interno.

No seguimento dos trabalhos desenvolvidos pela OCDE e das indicações dadas pelo Conselho Europeu, a CE apresentou um plano de ação³ em que reconhece a necessidade de garantir uma tributação eficaz e equitativa que responda ao descontentamento público causado pelo planeamento fiscal agressivo das multinacionais. Esse plano elegia como objetivos principais quer o restabelecimento da ligação entre a tributação e o local onde se realiza a atividade económica, quer a criação de um imposto sobre as sociedades na UE, simultaneamente competitivo e favorável ao crescimento e à proteção do mercado interno. Na perspetiva da CE, a forma de concretizar esses objetivos passaria pelo estabelecimento de regras para a fixação de uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades, assim reduzindo substancialmente a discrepância entre as regras fiscais dos vários EMs e, concomitantemente, criando condições equitativas de um ponto de vista fiscal para as empresas que operassem na UE independentemente do território onde

¹ Offshore Leaks em 2013; Lux Leaks em 2014; Swiss Leaks em 2015; Panama Papers e Bahamas Leaks em 2016.

² Conclusão 27 da reunião de 19 e 20 de dezembro de 2013.

³ COM(2015)302 de 17/06/2015

aquelas desenvolvessem as suas atividades, levando assim ao aprofundamento do mercado interno. Esta ideia vem já de 2001,⁴ estando na base de duas propostas de diretiva apresentadas pela CE, a primeira em 2011 e a segunda em 2016. Independentemente de outras considerações sobre a bondade de uma medida deste tipo, a verdade é que a mesma contribuiria indubitavelmente para o aprofundamento do mercado interno, através da eliminação de obstáculos fiscais ao mesmo.⁵ No entanto, nenhuma das iniciativas da CE foi (ainda) aprovada.

Porventura suspeitando que a segunda proposta de diretiva relativa à tributação comum consolidada iria ter o mesmo destino que a primeira, a CE autonomizou logo um pacote antielisão fiscal,⁶ no qual se insere a ATAD. Aí refere que a tributação justa e eficiente das sociedades é um elemento essencial do mercado único e que o planeamento fiscal agressivo é um problema global que exige uma resposta ao nível da UE. Embora se reconheça que a proposta relativa à tributação comum consolidada é fundamental para atingir os objetivos pretendidos, defende-se a imediata adoção de determinadas medidas visando melhorar a eficácia e transparência fiscais no mercado interno, conferir uma nova dinâmica ao processo de reforma então em curso e manter a pressão sobre os EMs para que estes prossigam com as propostas apresentadas pela CE. A estratégia assumida pela CE, de obter a aprovação autónoma de um conjunto de medidas antielisivas independentemente do destino da tributação comum consolidada, não é, assim, a solução ótima no que ao aprofundamento do mercado interno diz respeito. Com efeito, ela não elimina as discrepâncias legislativas que podem limitar as liberdades de circulação, muito embora permita reforçar a proteção da base tributável dos vários EMs.

Em qualquer caso, em 12 de julho de 2016, o Conselho veio a adotar a ATAD.

1.2. Os dois objetivos da ATAD

Na epígrafe da ATAD refere-se que esta visa estabelecer «regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno», o que deixa logo

⁴ COM(2001) de 23/10/2001

⁵ BIZIOLI, Gianluigi – “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 3 (2017), p. 171.

Neste artigo, o autor analisa a tensão existente entre a construção do mercado interno – que está assente na abolição dos obstáculos fiscais à livre circulação – e a ATAD – que visa dar resposta aos problemas do BEPS. Chama também a atenção para a contradição entre os objetivos prosseguidos pela Diretiva e a discricionariedade de que os EMs dispõem na transposição daquela em consequência do art. 3.º

⁶ COM(2016)23 de 28/01/2016

antever a tensão essencial subjacente à mesma. Com efeito, a Diretiva contém um conjunto de mecanismos que visam combater o planeamento fiscal agressivo,⁷ o que se reputa essencial para permitir a luta contra a BEPS,⁸ que põem em causa a soberania fiscal dos EMs.⁹ No entanto, esses mecanismos só serão juridicamente válidos se e na medida em que visem garantir o bom funcionamento do mercado interno,¹⁰ matéria à qual também se faz referência na epígrafe.

A tensão entre o combate às práticas de elisão fiscal e o funcionamento do mercado interno perpassa também pelos cinco mecanismos previstos pela ATAD, como veremos já se seguida.

1.3. A dupla face dos mecanismos utilizados

Como o próprio nome indica, a regra da limitação de juros – prevista no art. 4.º da ATAD – estabelece um limite para a aceitação fiscal de determinados gastos de financiamento incorridos pelos sujeitos passivos. Esta norma permite combater práticas elisivas pois, como refere a CE, «muitas vezes, os grupos multinacionais financiam empresas do grupo estabelecidas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida e asseguram que estas empresas reembolsam juros “inflacionados” às filias com sede em jurisdições de baixa tributação», permitindo assim a redução da base tributável global do grupo multinacional.¹¹ De notar, todavia, que não estamos perante uma norma que visa apenas combater práticas elisivas. A limitação da dedutibilidade fiscal dos juros aplica-se mesmo que estes tenham origem em empréstimos incorridos entre entidades autónomas, o que deixa transparecer o seu carácter de norma contra o endividamento excessivo das empresas (prática que, em si mesma, não é necessariamente abusiva).

Posto isto, o TJUE já se pronunciou no sentido de que uma legislação nacional destinada a combater a subcapitalização de sociedades residentes por uma sociedade não residente do mesmo grupo viola a liberdade de estabelecimento se restringir a dedutibilidade fiscal dos juros decorrentes de um empréstimo efetuado por uma entidade não residente e não sujeitar à mesma restrição os juros pagos por um empréstimo efetuado por uma entidade residente, salvo se

⁷ Considerando 3

⁸ Considerando 1, 2 e 5

⁹ Considerando 1

¹⁰ Considerandos 2, 3 e 16

¹¹ COM(2016)26 final de 28/01/2016

estivermos perante uma situação abusiva, decorrente da existência de um expediente puramente artificial.¹²

Por sua vez, a regra relativa à tributação à saída – prevista no art. 5.º da ATAD –, que se aplica sempre que ocorre uma transferência de ativos - isto é, quando tem lugar uma operação através da qual um EM perde o direito de tributar os ativos transferidos para fora do seu território, continuando estes a constituir propriedade legal ou económica do sujeito passivo -, visa garantir que os ganhos não realizados subjacentes aos ativos transferidos são tributados no EM em que tiveram origem, dando assim tradução ao princípio de que os lucros devem ser tributados no território da sua génese. Esta medida visa dar resposta a eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, que resultariam facilitadas a partir do momento em que os ativos perdessem a sua ligação ao território do EM de origem, uma vez que este, com a transferência, deixa de poder utilizar os mecanismos domésticos de supervisão e controlo.

O TJUE já por diversas vezes se pronunciou relativamente à incompatibilidade com o direito europeu de mecanismos nacionais de tributação à saída. Assim, no acórdão *National Grid Indus*, o Tribunal decidiu que, apesar de as mais-valias latentes relativas a elementos do património de uma sociedade que transfere a sua residência fiscal para outro EM poderem ser fixadas nesse momento, a cobrança imediata do imposto é ilegal. Por sua vez, no acórdão proferido em *Comissão c. Portugal*, o TJUE decidiu que a legislação portuguesa à data – que previa a tributação imediata de mais-valias latentes no caso da transferência da sede ou de ativos de um estabelecimento estável situado em território português para outro EM, ao passo que uma operação similar ocorrida em território nacional e unicamente com residentes não estava sujeita a tributação – também era ilegal.¹³

A regra geral antiabuso – prevista no art. 6.º da ATAD - destina-se, por definição, a fazer face a práticas fiscais abusivas que não sejam combatidas por normas antiabuso específicas, integrando assim lacunas que possam existir nos ordenamentos jurídicos dos vários EMs.

Uma norma antiabuso pode criar obstáculos ao desenvolvimento do mercado interno ao impedir a aplicação literal de provisões que visam facilitar o exercício das liberdades fundamentais. No

¹² *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*

¹³ Para uma análise da mais recente jurisprudência do Tribunal relativa aos mecanismos de tributação à saída e aplicação da mesma ao regime previsto no art. 5.º da ATAD, vide LETIZIA, Giulia – “The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation”, *EC Tax Review*, vol. 29, n.º 1 (2020).

entanto, este bloqueio à aplicação desses preceitos poderá ser justificado desde que a norma antiabuso em causa respeite a jurisprudência do TJUE sobre esta matéria.

Na área da tributação direta e indireta, tal jurisprudência teve início no processo *Emsland-Stärke*, tendo sido densificada em vários acórdãos subsequentes – *Halifax* ou *Cadbury Schweppes*, por exemplo – sendo o último o *T Danmark*.¹⁴ Analisada esta jurisprudência, pode dizer-se que a proibição do abuso de direito é um princípio geral de Direito europeu, aplicável sempre que: (i) há circunstâncias objetivas que demonstrem que, apesar do cumprimento dos requisitos formais legais, o objetivo da norma aplicada não foi atingido; e (ii) se comprove a intenção de obter uma vantagem derivada da lei europeia através de mecanismos artificiosos. Posto isto, o ponto está em verificar se o art. 6.º da ATAD respeita ou não os princípios que o Tribunal vem fixando na sua jurisprudência sobre esta matéria.

A regulamentação relativa às SECs – contida nos arts. 7.º e 8.º da Diretiva - visa combater as situações em que, no seio de um mesmo grupo, se verifica a transferência abusiva de lucros de empresas situadas em jurisdições com elevada tributação para outras localizadas em jurisdições com baixa tributação, reduzindo assim a carga fiscal global do grupo. A possibilidade de aplicar esta regra a países terceiros mesmo quando aí seja desenvolvida uma atividade económica substantiva milita a favor do entendimento de que, para além de uma regra antiabusiva, estamos também perante uma norma que visa proteger a base tributável dos EMs – lutando assim contra a BEPS, na linguagem da OCDE –, na medida em que estarão sujeitas a este regime situações em que o sujeito passivo não tem necessariamente um intuito abusivo na utilização dos mecanismos em causa.

Na matéria da compatibilidade deste tipo de normas com o direito europeu, remetemos para a nossa análise *infra*.¹⁵

Por último, a regra prevista relativamente às assimetrias híbridas – contida no art. 9.º da ATAD - visa combater hipóteses de dupla dedução – em dois EMs distintos – ou de dedução dos rendimentos num dos EMs sem a correspondente inclusão na base tributável da entidade no outro EM. Com efeito, as diferentes qualificações jurídicas dos instrumentos financeiros ou das

¹⁴ Para a evolução da jurisprudência do TJUE e do Direito europeu em geral nesta matéria, vide LAZAROV, Ivan; Sriram GOVIND – “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *Intertax*, vol. 47, n.º 10 (2019), pp. 853-859

¹⁵ Capítulo VI, b) i)

empresas aquando da interação entre dois sistemas jurídicos são, por vezes, aproveitadas pelas empresas para a redução da sua carga fiscal global.

Não conhecemos jurisprudência do TJUE relativamente a este tema o que, assumimos, tem mais que ver com a relativa novidade deste tipo de normas do que com a sua legitimidade ao abrigo do direito europeu.

Esta pequena digressão pela jurisprudência do Tribunal relativa aos mecanismos previstos na ATAD não tem como propósito analisar a compatibilidade destes com aquela, mas simplesmente sublinhar que aqueles mecanismos podem facilmente ser utilizados pelos EMs como um meio para criar obstáculos à livre circulação e, com isso, violar o Direito europeu.

Fixadas as duas faces dos mecanismos previstos na Diretiva, iremos então fazer uma brevíssima análise da matéria das competências da UE, de maneira a verificar se, e de que modo, pode esta legislar para alcançar os dois objetivos identificados.

III. Competências da UE: o princípio da atribuição

Nos termos do art. 5.º, n.º 1 do TUE, «[a] delimitação das competências da UE rege-se pelo princípio da atribuição», que impõe que a UE atue unicamente dentro dos limites das competências que lhe tenham sido atribuídas nos Tratados, de modo a alcançar os objetivos fixados nestes últimos. As competências que não tenham sido atribuídas à UE continuam a pertencer, em exclusivo, aos EMs.

Este é um princípio constitucional fundacional, que implica que as instituições europeias apenas podem exercer legitimamente a sua autoridade nos termos do mandato que lhes foi conferido pelos Tratados, sendo que qualquer atuação fora do mesmo é ilegítima e, portanto, ilegal.¹⁶

O estabelecimento do mercado interno é um dos objetivos da UE – talvez o seu objetivo primordial –, encontrando-se referido no art. 3.º do TUE e na Parte III, Título I do TFUE, o qual define o mercado interno como sendo «um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados».¹⁷ A competência no âmbito do mercado interno é partilhada¹⁸ entre a UE e os EMs, vigorando um princípio de preempção nos termos do qual os EMs só poderão exercer as respetivas competências na exata medida em que a UE não tenha exercido as suas.¹⁹

Estando a atuação da UE restringida de acordo com o princípio da atribuição de competências – cujo corolário é a ausência de uma competência legislativa ilimitada –, todos os atos jurídicos vinculativos adotados pelas instituições europeias têm que ter suporte numa base jurídica, que fixa os sujeitos que podem adotar o ato, o tipo de ato (diretivas, regulamentos ou outros), o conteúdo do mesmo (que se encontra subordinado aos objetivos visados pela base jurídica selecionada) e o procedimento a seguir na sua adoção, sendo este um ponto de extrema relevância, pois dele depende o grau de intervenção de cada uma das instituições europeias (o caráter da intervenção do PE, que pode ser vinculativa ou meramente consultiva, ou a necessidade da intervenção de outras

¹⁶ WEATHERILL, Stephen – “The Internal Market as a Legal Concept”, 1.ª edição, Oxford University Press, 2017, pp. 3-13

CHALMERS, Damian [et al.] – “European Union Law: Text and Materials”, 1.ª edição, Cambridge University Press, 2006, pp. 211-219

¹⁷ Art. 26.º, n.º 2

¹⁸ Art. 4.º, n.º 2 al. a) do TFUE

¹⁹ LENAERTS, Koen; Piet VAN NUFFEL [et al.] – “European Union Law”, 3.ª edição, Sweet and Maxwell, 2011, n.º 7-024

instituições).²⁰ A escolha da base jurídica e o cumprimento ou não dos requisitos estabelecidos na mesma é sindicável pelo TJUE, podendo levar à anulação do ato em causa.²¹

A base jurídica selecionada para a ATAD foi o art. 115.º do TFUE, nos termos do qual o Conselho, deliberando por unanimidade e após consulta do PE e do CES, pode adotar diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EMs que tenham *incidência direta no estabelecimento ou funcionamento do mercado interno*.

Como ponto prévio, poderá dizer-se que se encontram cumpridos os requisitos relativos ao procedimento legislativo (intervenção do PE e do CES), à maioria necessária à aprovação da medida (unanimidade) e à forma do ato legislativo adotado (diretiva).

Ademais, a seleção do art. 115.º por oposição ao 114.º do TFUE, que visa igualmente o estabelecimento e funcionamento do mercado interno, também está correta. Na verdade, o art. 114.º, que remete para o processo legislativo ordinário, no âmbito do qual a votação no seio do Conselho será por maioria qualificada, não é aplicável em matéria fiscal,²² área que continua sujeita à regra da unanimidade pela sua sensibilidade política.

Estabelecida a centralidade do mercado interno na economia do art. 115.º do TFUE, resta-nos tentar fixar o conceito, para o que começaremos por fazer um breve excurso económico e histórico.

²⁰ BRADLEY, Kieran St. C. – “Legislating in the European Union”, In BARNARD, Catherine; PEERS, Steve “European Union Law”, 2.ª edição, Oxford University Press, 2017, em particular, pp. 106-107 e 119 e seguintes

²¹ HARTLEY, TC – “The Foundations of European Union Law”, 8.ª edição, Oxford University Press, 2014, pp. 120-122, para uma crítica à jurisprudência do TJUE na matéria da escolha da base jurídica por parte das instituições europeias.

²² Nos termos do acórdão *Comissão c. Conselho*, “nenhuma indicação relativa à interpretação deste conceito [disposições fiscais] pode ser encontrada no Tratado” pelo que “devido ao seu carácter geral, estes termos abrangem não apenas todos os domínios da fiscalidade, sem distinguir os tipos de impostos ou taxas em causa, mas também todos os aspetos desta matéria, que se trate de regras substantivas quer de regras adjetivas”, abrangendo “não apenas as disposições que determinam os sujeitos passivos, as operações tributáveis, a matéria colectável do imposto, as taxas e as isenções dos impostos directos e indirectos, mas também as relativas às modalidades de cobrança destes” (§§ 63 e 67)

IV. Mercado interno: teoria económica e experiência histórica

1.1. Teoria económica²³

De acordo com a teoria económica clássica, os benefícios do comércio livre, objetivo do mercado interno, podem ser resumidos nos seguintes termos: o comércio livre permite a especialização, que ocorre de acordo com as vantagens comparativas de que gozam os Estados - nenhum Estado é exatamente igual aos demais no que aos recursos naturais, humanos ou tecnológicos respeita -, levando ao aumento da produtividade global e a economias de escala, que por sua vez maximizam o bem estar dos consumidores e asseguram uma mais eficiente alocação de recursos.

Este modelo pressupõe uma situação de concorrência perfeita,²⁴ ao abrigo da qual os agentes económicos continuariam a comerciar até que se atingisse a alocação ótima de recursos, isto é, uma situação em que os bens seriam utilizados por quem os valorizasse mais. Todavia, as condições reais de qualquer mercado não correspondem a este modelo de concorrência perfeita, existindo falhas no seu funcionamento, como por exemplo assimetrias de informação, custos de transação e a tentativa de determinados agentes económicos evitarem o cumprimento das obrigações assumidas.²⁵

No entanto, existe um conjunto de obstáculos ao funcionamento do mercado que são específicos de mercados transnacionais, e que têm a sua origem na circunstância de os governos nacionais se verem politicamente obrigados a dar resposta aos impactos negativos do funcionamento do mercado nas suas populações, independentemente das (des)vantagens que tais respostas acarretem quando analisadas a uma escala global. Falamos, por exemplo, de restrições quantitativas às importações ou de barreiras não pautais, ou então de direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente, umas e outras com um fito protecionista. Os governos podem também optar por apoios financeiros diretos, sob a forma de auxílios de Estado, podendo os obstáculos ao comércio

²³ Neste ponto, baseamo-nos em BARNARD, Catherine – “The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms”, 5.ª edição, Oxford University Press, 2016, pp. 3-8

²⁴ Os produtores e os consumidores atuam de modo racional, são numerosos, têm informação completa sobre os bens e serviços transacionados, não existem custos de transação elevados, nem barreiras à entrada no e saída do mercado, cumprindo uns e outros as obrigações acordadas.

²⁵ Para uma análise mais aprofundada do modelo da concorrência perfeita e dos problemas com o mesmo, vide NEVES, João César das – “Introdução à Economia”, Verbo, 2011, pp. 207-245

livre igualmente surgir de comportamentos anti-concorrenciais de agentes privados, como a cartelização, *dumping* ou outros.

De modo a eliminar ou impedir que se formem tais barreiras ao comércio livre, os Estados podem celebrar acordos bilaterais ou multilaterais, sendo a OMC e a UE acordos multilaterais deste tipo, o primeiro de vocação mundial e o segundo de âmbito regional.

A integração económica ocorre habitualmente por fases. Assim, num primeiro momento é criada uma zona de comércio livre, no âmbito da qual há uma política interna comum aos vários Estados participantes relativamente à circulação de bens, não existindo todavia uma política comercial externa comum, continuando assim aqueles a fixar individualmente a política comercial relativamente a Estados terceiros.²⁶ O passo seguinte é a união aduaneira que, à política interna comum típica das zonas de comércio livre, acrescenta uma política comercial externa comum com uma pauta aduaneira comum. Procura-se assim responder a um problema estrutural da zona de comércio livre, que consiste no facto de os bens de Estados terceiros entrarem no mercado através do Estado participante com o regime comercial mais favorável face a Estados terceiros, beneficiando posteriormente de livre circulação no seio daquela. Por sua vez, o mercado comum²⁷ acrescenta à livre circulação de bens a livre circulação de pessoas e capital, com base na ideia de que esta liberalização irá permitir a alocação ótima dos fatores de produção, com ganhos de produtividade e bem estar geral.²⁸

1.2. Experiência histórica²⁹

O mercado comum é a pedra angular da UE desde a sua fundação – então como Comunidade Económica Europeia –, pelo Tratado de Roma, em 1957. Este documento previa não só a eliminação de direitos aduaneiros e quaisquer encargos de efeito equivalente relativamente a bens em circulação entre os vários EMs, mas também a criação de uma pauta aduaneira comum. Estabelecia também mecanismos legislativos para alcançar a livre circulação de pessoas, serviços

²⁶ Um exemplo de uma zona de comércio livre é a Associação Europeia de Comércio Livre / EFTA.

²⁷ Mercado comum, único ou interno, são termos usados indistintamente na UE.

²⁸ O caminho da integração poderá continuar, ou não, para a união monetária (que já existe na Zona Euro), união económica (cujos primeiros passos estarão a ser dados agora) e união política. Não iremos debruçar-nos sobre estes pontos neste trabalho pois extravasam o âmbito do mesmo.

²⁹ Neste ponto, baseamo-nos em SNELL, Jukka – “The internal market and the philosophies of market integration”, In BARNARD, Catherine; PEERS, Steve “European Union Law”, pp. 317-322

e capital, através da harmonização das várias regras nacionais. Por último, fixavam-se igualmente regras tendo em vista a eliminação das distorções na concorrência, ficando a CE responsável pela aplicação das mesmas neste âmbito e no dos auxílios de Estado. Apesar de a integração dos vários mercados nacionais ter inicialmente conhecido resultados promissores, foi muito difícil avançar nas áreas dependentes de harmonização, dada a exigência de unanimidade. Mesmo no que à livre circulação de bens dizia respeito, a manutenção de barreiras não pautais revelou-se problemática.

Colocado perante esta situação, o TJUE assumiu a iniciativa nos anos 70, decidindo que as liberdades fundamentais previstas nos Tratados - com exceção da circulação de capitais – tinham efeito direto, isto é, podiam ser invocadas pelos agentes económicos mesmo na ausência das medidas legislativas previstas nos Tratados. Foi por esta altura que o Tribunal criou o princípio do reconhecimento mútuo, o qual exige que o Estado de destino dos bens, serviços ou pessoas – estas últimas desde que atuando como agentes económicos - aceite os mesmos, se estes tiverem cumprido os requisitos legais de que depende a sua introdução/atuação no mercado no Estado de origem. Este princípio só poderia ser afastado se o Estado de destino dispusesse de uma razão imperiosa de interesse geral – relacionada com a proteção da segurança ou saúde públicas, por exemplo –, devendo essa restrição ser aplicada proporcionalmente.

No entanto, em meados da década de 80, o projeto europeu – de que o mercado único era então a componente central – sofria daquilo que habitualmente se designava por *euroesclerose*. Para combater essa *maleita*, a CE aprovou o Livro Branco sobre a Realização do Mercado Interno,³⁰ no qual foram identificados os três seguintes obstáculos à realização do mesmo: (i) barreiras físicas, como os controlos fronteiriços e aduaneiros; (ii) barreiras técnicas, derivadas ora da existência de regras nacionais divergentes relacionadas com a saúde, segurança, proteção do consumidor ou do ambiente, ora da existência de mercados protegidos, como o da contratação pública; (iii) barreiras fiscais, em especial taxas de IVA e de impostos especiais sobre o consumo divergentes. Este Livro Branco identificou também cerca de 300 medidas necessárias para completar o mercado comum, tendo o Ato Único Europeu de 1986, que representou a primeira grande alteração ao Tratado de Roma, introduzido os mecanismos legais necessários para atingir aquele desiderato, entre os quais se encontrava o que viria a tornar-se no atual art. 114.º do TFUE. Esta norma instituiu a maioria qualificada – em substituição da unanimidade - para a aprovação de medidas destinadas a

³⁰ COM(85)310 final de 14/06/1985

aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos vários EMs, tendo em vista o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.³¹

Estes mecanismos legais, associados à alteração da posição da CE face à questão da harmonização³² e ao apoio político dos EMs ao aprofundamento do mercado interno, permitem-nos dizer que a UE é uma união aduaneira consolidada,³³ com um mercado interno pujante e integrado mas ainda não completamente realizado, como não poderia deixar de ser, pois a criação do mercado interno não é uma tarefa cristalizada no tempo mas sim um processo contínuo, que necessita de constante reavaliação. É, aliás, esta natureza dinâmica e aparentemente desprovida de limites imanentes que nos impede de dar uma definição apriorística do que é o mercado interno e nos obriga a debruçar sobre a jurisprudência do TJUE, na tentativa de fixarmos os limites e características do mesmo.³⁴

Antes de o fazermos, porém, vamos efetuar uma pequena digressão pelos vários tipos de harmonização, fixando conceitos que nos irão ser úteis mais adiante.

1.3. Os vários tipos de harmonização³⁵

A harmonização corresponde à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos vários EMs, podendo ser classificada como exaustiva ou mínima/parcial. No entanto, estas são categorias doutrinárias nem sempre claramente seguidas na prática legislativa, competindo então ao TJUE interpretar a legislação em causa, de modo a verificar qual o tipo de harmonização presente.³⁶ Esta classificação prévia é relevante pelas diversas consequências jurídicas – nomeadamente, ao nível das competências dos EMs – associadas a cada tipo de harmonização.

³¹ BARNARD, Catherine, ob. cit., pp. 10-12

³² CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne – “EU Law: Text, Cases, and Materials”, 6.ª edição, Oxford University Press, 2015, pp. 620-627

³³ Nas palavras do art. 28.º do TFUE, “[a] União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros”.

³⁴ Para a natureza fluida do conceito de *mercado interno* vide WEATHERILL, Stephen – “The Internal...” *passim*, onde o autor chama a atenção para a natureza ambígua do conceito logo no primeiro capítulo.

³⁵ BARNARD, Catherine, ob. cit., pp. 580-590

³⁶ Vide, p.ex., *Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne* (§§ 33-40)

Harmonização exaustiva

Neste tipo de harmonização, as diferentes regras nacionais são substituídas por uma regulamentação europeia única, que impede qualquer divergência regulamentar ao nível nacional. Em termos técnico-jurídicos, existirá uma cláusula de livre circulação – que garanta que os bens que respeitem as regras da regulamentação europeia possam ser livremente comercializados nos vários EMs – e uma cláusula de exclusividade – que proíba que os bens que não cumpram tais requisitos sejam comercializados em qualquer EM, mesmo que não exista uma qualquer situação transfronteiriça.

Este é o tipo de harmonização que mais contribui para aprofundar o funcionamento do mercado interno, embora seja também o mais difícil de alcançar – como não têm margem para a adaptação futura das regras europeias, é mais custoso alcançar o compromisso entre os vários EMs – e possa levar a uma maior inflexibilidade e anquilosamento das regras adotadas – o processo de adaptação das regras sofre dos mesmos problemas que o processo inicial para a sua adoção -, o que pode dificultar a experimentação por parte dos agentes económicos.

Harmonização mínima/parcial

É um dos mais habituais tipos de harmonização utilizados, estabelecendo apenas requisitos mínimos que podem ser reforçados pelos EMs aquando da transposição das disposições europeias para a legislação nacional.³⁷ Numa expressão que capta o que aqui está em causa, os requisitos mínimos são o patamar abaixo do qual a legislação nacional de transposição não pode descer, sendo os Tratados o limiar acima do qual os requisitos mais reforçados não podem subir.³⁸

Este tipo de harmonização permite reconciliar a necessidade de estabelecer condições equitativas no funcionamento do mercado interno – os requisitos mínimos – com a diversidade regulamentar nacional – os requisitos reforçados. Apesar de tal não se encontrar expressamente

³⁷ Assim, se o objetivo da (re)regulamentação levada a cabo pela norma europeia for a proteção da saúde pública, os EMs podem agravar os requisitos no sentido do reforço daquela proteção. A título de exemplo, se uma diretiva exigir que um aviso relativo ao perigo que o consumo de tabaco implica para saúde ocupe, pelo menos, 4% da superfície do maço de tabaco, então um EM pode optar por exigir que tal aviso ocupe 5% ou mais do referido maço.

³⁸ Podemos encontrar esta feliz expressão em DE CECCO, Francesco - “Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights”, *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 1 (2006)

Para uma análise aprofundada de várias questões relacionadas com a harmonização mínima, vide DOUGAN, Michael - “Minimum Harmonization and the Internal Market”, *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 4 (2000)

previsto nos arts. 114.º e 115.º do TFUE,³⁹ a técnica da harmonização mínima também pode aqui ser utilizada, desde que tal não conflitue nem com os objetivos que a medida visa prosseguir, nem com os Tratados.⁴⁰

³⁹ Ao contrário de outras disposições, como o art. 153.º, n.º 3

⁴⁰ Conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo de 1992, p. 20

V. O mercado interno na jurisprudência do TJUE

O art. 115.º do TFUE refere que as instituições europeias deverão adotar as diretivas necessárias à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EMs tendo em vista o *estabelecimento ou funcionamento do mercado interno*.

Em nosso entender, a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal no âmbito do art. 114.º do TFUE permitir-nos-á encontrar uma definição capaz de fixar as características essenciais deste conceito.⁴¹ Iremos, assim, recorrer à jurisprudência fixada pelo TJUE no âmbito deste preceito, por entendermos que a mesma é transponível para o art. 115.º do TFUE.⁴²

1.1. Competência funcionalizada à construção ou aprofundamento do mercado interno

Como já atrás referimos, de acordo com o princípio da atribuição de competências, a UE apenas dispõe daquelas que se encontrem previstas nos Tratados. Ora, o art. 26.º, n.º 1 do TFUE refere que «[a] União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento», compreendendo este «um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados» (n.º 2). Por outras palavras, as medidas aprovadas ao abrigo dos arts.

⁴¹ Não ignoramos que o carácter dinâmico do conceito de mercado interno e da jurisprudência relativa ao mesmo dificulta esta nossa análise, sendo esta busca, para alguns, um exercício fútil de fixação de limites que se esfumam e, como tal, não podem servir de fundamento a um qualquer controlo jurisprudencial. Nesse sentido, vide WEATHERILL, Stephen – “The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court’s Case Law has become a ‘Drafting Guide’”, *German Law Journal*, vol. 12, n.º 3 (2011)

Conscientes destas reservas, entendemos que esta é a única possibilidade de fixação de um conceito capaz de ser operacionalizado para efeitos do controlo jurisdicional da validade da ATAD.

⁴² Relativamente à articulação entre estas duas normas, gostaríamos apenas de deixar duas notas: primeiro, entendemos que a referência do art. 115.º ao 114.º (“sem prejuízo do disposto no art. 114.º”) visa não apenas fixar o carácter residual da primeira disposição face à segunda, no sentido de que aquela base jurídica só pode ser utilizada nas situações em que esta o não possa ser (como é o caso das disposições fiscais, excetuadas no n.º 2 do art. 114.º), mas também esclarecer que o art. 115.º deverá igualmente ser utilizado para realizar os objetivos enunciados no art. 26.º do TFUE (a realização do mercado interno), como vem referido no n.º 1 do art. 114.º; em segundo lugar, a ligeira diferença de redação nos dois preceitos – o 114.º, n.º 1 refere as medidas que tenham *por objeto* o mercado interno, ao passo que o 115.º menciona as diretivas que tenham *incidência direta* no mesmo – não tem subjacente qualquer diferença substancial no posicionamento de ambos face ao conceito de mercado interno. Cremos ser esta a posição de LENAERTS / VAN NUFFEL, ob. cit., n.º 9-114, embora tal não se encontre expressamente referido. LAZAROV / GOVIND, ob. cit., p. 860, são da mesma opinião, procedendo também à análise da jurisprudência do TJUE ao abrigo do art. 114.º.

Assim sendo, as referências que neste capítulo se façam ao art. 114.º deverão considerar-se igualmente aplicáveis ao art. 115.º.

114.º e 115.º do TFUE deverão ter por fundamento e objetivo últimos a criação de um espaço sem fronteiras no qual se possam exercer as quatro liberdades fundamentais.

Isto mesmo ficou claro no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*, no qual se decidiu que:

*o mercado interno é caracterizado pela abolição, entre os EMs, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais [pelo que] resulta da conjugação destas disposições [as antecessoras do art. 26.º do TFUE] que as medidas previstas no art. 100.º-A, n.º 1 do Tratado [antecessor do art. 114.º, n.º 1 do TFUE] se destinam a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Interpretar este art. no sentido de que o mesmo atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno seria não só contrário ao próprio teor das referidas disposições, mas igualmente incompatível com o princípio consagrado no [atual art. 5.º do TUE] segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição.*⁴³

Chegados aqui, podemos com segurança afirmar que não foi atribuído à UE um qualquer *poder regulamentar geral* – como aquele de que os Estados normalmente gozam -, que lhe permita regular a atividade económica independentemente de qualquer consideração adicional. Mas quais serão então estas considerações adicionais a ter em conta no processo de regulamentação? Como veremos de seguida, as medidas aprovadas ao abrigo do 114.º do TFUE deverão contribuir para: (i) facilitar o exercício das quatro liberdades; ou (ii) homogeneizar as condições de concorrência.

Posto isto, antes de chegarmos ao desenho das medidas a tomar pela UE, é necessário analisar os pressupostos de que depende a atuação da mesma, que são, inversamente, a existência de: (i) disparidades entre as regulamentações nacionais; ou (ii) distorções de concorrência.

1.2. Disparidades entre as regulamentações nacionais

Seguindo uma jurisprudência constante,⁴⁴ no acórdão *República Checa c. Parlamento e Conselho*, o TJUE reiterou que «embora a simples constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais não seja suficiente para justificar o recurso ao art. 114.º do TFUE, o mesmo não acontece no caso de divergências entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos EMs suscetíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais e de ter, assim, influência direta no funcionamento do mercado interno», sendo que pese «embora o recurso ao art.

⁴³ §§ 82-83

⁴⁴ Que já vem, pelo menos, do acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*.

114.º do TFUE como base jurídica seja possível a fim de prevenir obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objeto a sua prevenção».⁴⁵ Estas palavras quase sacramentais poderão ser resumidas nos seguintes termos: as disparidades entre as várias regulamentações nacionais só poderão dar azo à harmonização ao nível da UE se colocarem *entraves ao exercício das liberdades fundamentais*, podendo aquela ocorrer preventivamente se for *verosímil* o aparecimento de obstáculos futuros.

Acontece, porém, que o TJUE raramente faz uma análise exaustiva do preenchimento deste requisito. Com efeito, não nos foi possível encontrar qualquer caso em que o Tribunal tivesse considerado existir uma disparidade regulamentar inapta a colocar obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais e que, conseqüentemente, levasse à anulação da intervenção harmonizadora da UE.

Habitualmente, o TJUE basta-se com a constatação de divergências ao nível da legislação dos diferentes EMs, o que muitas vezes dá por comprovado por recurso a afirmações mais ou menos genéricas constantes dos considerandos dos atos legislativos europeus sob exame.⁴⁶ As declarações dos EMs – que podem ser aqueles que votaram em sentido favorável à aprovação dos atos no seio do Conselho – de que tencionam adotar regulamentações díspares é também critério para verificar a existência de uma divergência relevante.⁴⁷

O Tribunal comprovou igualmente a existência de divergências sobre determinado tema pela quantidade de processos de reenvio prejudicial que recebeu e pelas queixas que os agentes económicos fizeram chegar à CE.⁴⁸ Por vezes, nomeadamente na jurisprudência relativa às diretivas do tabaco, o Tribunal menciona que as divergências têm impacto no mercado interno pois ocorrem num setor em que o comércio intracomunitário assume uma importância muito relevante.⁴⁹

⁴⁵ *República Checa c. Parlamento e Conselho* (§§ 34-35)

⁴⁶ *Sobre a publicidade ao tabaco I* (§ 90); *Países Baixos c. Parlamento e Conselho* (§ 16); *British American Tobacco* (§§ 72-73); *Arnold André* (§ 38); *Sobre a publicidade ao tabaco II* (§ 46). Encontramos uma referência à análise de impacto feita pela CE, na qual se elencaram as “grandes divergências” existentes nas regulamentações nacionais na matéria em causa; suspeitamos, todavia, que o TJUE entenderia que o requisito se encontrava preenchido mesmo na ausência de tal estudo, como se pode ver no acórdão *Philip Morris* (§ 98).

⁴⁷ *British American Tobacco* (§ 69)

⁴⁸ *Alliance for Natural Health* (§ 36-37)

⁴⁹ *Arnold André* (§ 40)

A existência de organismos internacionais cujas diretrizes – vinculativas ou não – têm impacto na legislação dos vários EMs também foi apreciada por diversas vezes a este nível. Assim, o facto de as legislações domésticas se terem baseado num mesmo instrumento internacional – no caso, a Convenção sobre as Patentes Europeias, de 1973 – não foi suficiente para afastar a possibilidade de existirem divergências relevantes entre as legislações nacionais, na medida em que podem ser efetuadas interpretações jurisprudenciais ou administrativas divergentes ao abrigo das disposições do mesmo, capazes de criar diferenças na aplicação das diferentes normas nacionais, as quais seriam nefastas ao bom funcionamento do mercado interno.⁵⁰

Por sua vez, a participação numa convenção internacional com o mesmo objetivo do instrumento legislativo europeu em análise – no caso, a Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco – não seria de molde a reduzir as disparidades regulamentares, pois nem todos os EMs a haviam ratificado e, relativamente àqueles que o haviam feito, as medidas a que se obrigavam podiam ser diversas.⁵¹ A necessidade de posteriormente adaptar a regulamentação nacional na sequência das diretrizes emanadas pela OMS também poderia causar divergências relevantes.⁵²

Uma anterior harmonização europeia não exaustiva pode originar igualmente soluções nacionais não apenas divergentes – é essa, aliás, a essência de tal harmonização -, mas cuja divergência é suscetível de causar entraves ao desenvolvimento do mercado interno.⁵³

Por último, a probabilidade do surgimento de uma divergência futura pode encontrar-se na «crescente tomada de consciência do público quanto ao carácter nocivo dos produtos do tabaco para a saúde», que poderá levar os EMs a adotar «novas regras, que reflectam essa evolução, destinadas a desencorajar de forma mais eficaz o consumo desses produtos».⁵⁴

A análise do TJUE a este nível pode revelar-se perfunctória ao ponto de ignorar dúvidas relevantes colocadas pelo próprio AG. Com efeito, no processo *Vodafone* o Tribunal entendeu ser verosímil o risco de uma evolução heterogénea das legislações nacionais, fundamentando tal decisão na simples remissão para os considerandos do regulamento em análise, que referiam uma competência residual dos EMs na matéria em causa, sem cuidar de verificar se as medidas tomadas ao abrigo daquela competência poderia dar origem a uma divergência regulamentar com impacto

⁵⁰ *Países Baixos c. Parlamento e Conselho* (16)

⁵¹ *Sobre a publicidade ao tabaco II* (48 a 50)

⁵² *Philip Morris* (99)

⁵³ *British American Tobacco* (66)

⁵⁴ *Arnold André* (40); *British American Tobacco* (67).

no mercado interno.⁵⁵ Tal superficialidade torna-se ainda mais clamorosa se analisarmos as conclusões do AG, nas quais este, primeiro, defendeu não ter ficado demonstrada a probabilidade do surgimento de obstáculos futuros ao exercício das liberdades fundamentais e, perante esta conclusão, desenvolveu uma nova teoria capaz de sustentar a validade do regulamento em causa.⁵⁶ Embora não tendo que partilhar da posição do AG sobre a matéria analisada, exigia-se do TJUE que tivesse fundamentado melhor a sua posição, sob pena de tornar este requisito inoperante.⁵⁷

Concluindo, em nenhum dos acórdãos por nós analisados considerou o Tribunal não estar preenchido este requisito, limitando-se habitualmente a constatar – por remissão para os considerandos do ato em análise - existirem regulamentações divergentes sobre a matéria em causa e assumindo que essas divergências seriam suficientes para justificar uma intervenção harmonizadora da UE. Ora, decorrendo naturalmente estas divergências do facto de a UE ser composta por EMs que têm ordens jurídicas autónomas, este requisito corre o risco de ser tornar inoperante no que ao controlo da intervenção do legislador europeu respeita.⁵⁸

1.3. Distorções sensíveis na concorrência

Nos termos da jurisprudência do TJUE, a existência de obstáculos às trocas comerciais e a existência de distorções da concorrência são requisitos alternativos e não cumulativos,⁵⁹ razão pela qual o Tribunal não faz, habitualmente, uma análise exaustiva deste último requisito.

Posto isto, no acórdão *Vodafone* o Tribunal decidiu - em nossa opinião, após uma análise pouco aturada dos argumentos em causa -, que a possível existência de divergências nas regras ao abrigo das quais os agentes económicos atuam representa uma distorção sensível da concorrência capaz de legitimar uma intervenção por parte do legislador europeu. Uma vez mais, o AG chegou à

⁵⁵ *Vodafone* (§§ 43-45)

⁵⁶ *AG Vodafone* (§§ 15-24)

⁵⁷ Esta superficialidade na análise também perpassa o acórdão *República Checa c. Parlamento e Conselho* – referente à Diretiva (UE) 2017/853, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas - no qual o TJUE não foi claro na demonstração da existência de obstáculos efetivos ou futuros às liberdades fundamentais, fazendo antes um apelo ao reforço do peso das considerações securitárias na sequência dos ataques terroristas de 2015 em Paris. Há, no entanto, – e ao contrário do que sucede no processo *Vodafone* – uma referência a disparidades normativas efetivas entre os EMs (§ 52); todavia, não é feita qualquer análise quanto ao impacto dessas disparidades no mercado interno.

⁵⁸ Neste sentido, vide WEATHERILL, Stephen – “The Limits...”, pp. 831-843

⁵⁹ *Sobre a publicidade ao tabaco II* (§ 67) e conclusões do AG (§ 81-90), onde se explica a evolução da jurisprudência do TJUE no que respeita a este requisito. A jurisprudência mais recente também segue esta posição (cf. conclusões do AG no acórdão *Philip Morris* - § 61 - e no *República Checa c. Parlamento e Conselho* - § 44).

conclusão oposta.⁶⁰ A decisão do Tribunal neste caso é especialmente relevante, pois o requisito legitimador da intervenção europeia foi precisamente a existência de distorções significativas de concorrência.

Do que referimos parece decorrer que a mera existência de uma evolução heterogénea das legislações nacionais pode provocar distorções significativas da concorrência. Ora, em nosso entender, tal vai contra o que o TJUE decidiu no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*, onde se escreveu que:

[s]e não houvesse tal exigência [de que as distorções sejam sensíveis], a competência do legislador comunitário não teria praticamente limites. Com efeito, as regulamentações nacionais diferem muitas vezes quanto às condições de exercício das atividades em causa, o que se repercute direta ou indirectamente sobre as condições de concorrência das empresas envolvidas. Daqui resulta que interpretar o [atual art. 114.º do TFUE] no sentido de que o legislador comunitário podia fundar-se nestes artigos para suprimir distorções mínimas de concorrência seria incompatível com o princípio (...) de que as competências da Comunidade são competências de atribuição.⁶¹

1.4. Objetivo: eliminação de obstáculos ao mercado interno

Como já vimos atrás, a competência regulamentar europeia ao abrigo dos arts. 114.º e 115.º é funcionalizada ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno. Veremos de seguida como o TJUE tem interpretado este requisito. Para tal, vamos analisar a jurisprudência do Tribunal no âmbito da discussão da validade de vários instrumentos jurídicos europeus.

Diretiva 98/43, de 6 de julho

Esta diretiva destinava-se a harmonizar determinados aspetos relativos à publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco, tendo sido a única, até à data, a ser anulada pelo TJUE com fundamento na violação do princípio da atribuição de competências por parte das instituições europeias, no conhecido acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*.

Esta diretiva impunha a proibição total de todas as formas de publicidade ou de patrocínio aos produtos do tabaco,⁶² com exceção da ocorrida em determinadas áreas – como as comunicações

⁶⁰ *Vodafone* (§ 47) e conclusões do AG (§ 31)

⁶¹ *Sobre a publicidade ao tabaco I* (§ 107)

⁶² Art. 1.º

destinadas unicamente aos profissionais do ramo do comércio do tabaco⁶³ -, que caíam fora do âmbito da mesma. Esta proibição, defendida o considerando 1 da diretiva, era necessária para garantir a livre circulação dos meios de comunicação em que a publicidade aos produtos do tabaco tinha lugar, pois as diferentes disposições nacionais aplicáveis em matéria de publicidade a este tipo de produtos podiam criar obstáculos à circulação dos referidos meios de comunicação. Porém, a diretiva não concedia qualquer proteção à publicidade não proibida – a que se encontrava fora do âmbito de aplicação da mesma -, na medida em que a cláusula de salvaguarda contida no art. 5.º permitia aos EMs «fixarem exigências mais rigorosas que considerem necessárias para assegurar a proteção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco».

Na sua análise, o Tribunal referiu que apesar de naquela data não existirem entraves nacionais à importação de revistas, periódicos e jornais que contivessem publicidade aos produtos do tabaco, era crível que a evolução das legislações nacionais fosse num sentido cada vez mais restritivo, levando ao surgimento futuro de obstáculos à livre circulação dos produtos da imprensa.⁶⁴ No entanto, as regras nacionais relativas a grande parte das formas de publicidade àquele tipo de produtos – cartazes, guarda-sóis, cinzeiros, cinema – não tinham qualquer impacto ao nível do funcionamento do mercado interno pois, acrescentamos nós, não implicavam qualquer atividade transfronteiriça.⁶⁵ Acresce que, e este é o ponto fulcral, a existência de uma cláusula de salvaguarda, acima transcrita, aliada à inexistência de uma cláusula de livre circulação, que impedisse quaisquer obstáculos à circulação dos produtos conformes às disposições da diretiva – o que seria logicamente impossível, na medida em que, nos termos desta, toda e qualquer publicidade e patrocínio eram proibidos -, não permite que se afirme estarmos perante um ato legislativo capaz de eliminar obstáculos ao mercado interno.⁶⁶ Nas impressivas palavras do AG, «[o] único efeito da diretiva, no seio do seu largo campo de aplicação, é proibir o comércio dos serviços em questão. Não existe qualquer benefício compensatório desta proibição para as empresas que operem na produção ou prestação destes serviços».⁶⁷

⁶³ Art. 3.º, n.º 5 para as várias exclusões de aplicação

⁶⁴ § 97

⁶⁵ § 99

⁶⁶ §§ 103 e 104 e conclusões do AG (§§ 109-113)

⁶⁷ § 113

Diretiva 2001/37, de 5 de junho

Esta diretiva também está relacionada com o setor do tabaco, tendo sido analisada pelo TJUE no acórdão *British American Tobacco*. A diretiva contém uma cláusula de livre circulação destinada a impedir quaisquer restrições à comercialização e consumo dos produtos do tabaco que cumpram as regras constantes da mesma, à qual se encontra associada uma cláusula de salvaguarda – que permite aos EMs adotarem medidas mais restritivas tendo em vista garantir a proteção da saúde pública – que apenas se aplica às matérias não harmonizadas pela diretiva.⁶⁸

O Tribunal começa por afirmar que o mercado dos cigarros tem uma forte componente intracomunitária, razão pela qual a existência de regras nacionais divergentes pode gerar, *ipso facto*, obstáculos à livre circulação de mercadorias.⁶⁹ A tal acresce o facto de que as diretivas a substituir pela Diretiva 2001/37, sendo de harmonização parcial, deixavam aos EMs, por definição, margem de adaptação das normas em causa, a qual poderia dar origem a divergências regulamentares, que certamente aumentariam em consequência da pressão da opinião pública relativamente a esta matéria.⁷⁰ Estava assim fixada a existência de divergências regulamentares capazes de criar obstáculos à circulação de mercadorias, em concreto, de cigarros. Chegados aqui, o TJUE considera que a legislação em causa é válida pois

*ao contrário da diretiva em causa no processo que deu origem ao acórdão Sobre a publicidade ao tabaco I, a diretiva contém, no art. 13.º, n.º 1, uma disposição que assegura a livre circulação dos produtos que respeitem as suas exigências. Esta disposição, ao proibir os EMs de se oporem, por considerações relativas aos aspetos que harmoniza, à importação, à venda e ao consumo de produtos do tabaco conformes com a directiva, confere a esta pleno efeito face ao seu objectivo de melhoria das condições de funcionamento do mercado interno.*⁷¹

Confirma-se assim a importância capital das cláusulas de livre circulação na validação dos instrumentos jurídicos europeus que contenham restrições às liberdades fundamentais.

Diretiva 2003/33, de 26 de maio

⁶⁸ Art. 13.º n.º 1 para a cláusula de livre circulação e n.º 2 para a cláusula de salvaguarda.

⁶⁹ § 64

⁷⁰ §§ 66-67

⁷¹ § 74

Esta diretiva vem substituir a Diretiva 98/43/CE, anulada pelo TJUE no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*. A Diretiva 2003/33 não teve a mesma sorte pois, nas palavras do Tribunal no processo *Sobre a publicidade ao tabaco II*:

contrariamente à Directiva 98/43, o art. 8.º da directiva prevê que os EMs não podem proibir ou restringir a livre circulação dos produtos que sejam conformes com esta directiva. Consequentemente, este art. 8.º opõe-se a que os EMs coloquem obstáculos à circulação intracomunitária de publicações exclusivamente destinadas aos profissionais do comércio do tabaco, nomeadamente através de disposições mais restritivas, que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas, em matéria de publicidade ou de patrocínio dos produtos do tabaco.

*Ao proibir, assim, os EMs de se oporem à disponibilização de espaços publicitários em publicações exclusivamente destinadas aos profissionais do tabaco, o art. 8.º da directiva expressa o objectivo, enunciado no seu art. 1.º, n.º 2, de melhorar as condições de funcionamento do mercado interno.*⁷²

A importância capital da cláusula de livre circulação é-nos também confirmada pelo AG nas suas conclusões, onde se escreve que:

a falta de uma cláusula de livre circulação, conjugada com a existência de uma cláusula de salvaguarda, teve, sem dúvida, grande importância na decisão do Tribunal de Justiça de anular a Directiva 98/3.

*A importância que o Tribunal de Justiça reservou à existência de uma cláusula de livre circulação foi confirmada posteriormente no acórdão *British American Tobacco* (...)*

*Deve concluir-se da mesma forma a propósito da directiva impugnada. O art. 8.º da mesma confere-lhe pleno efeito à luz do seu objectivo, enunciado no art. 1.º, n.º 2, de melhorar as condições de funcionamento do mercado interno.*⁷³

Diretiva 2014/40/UE

Esta diretiva regula igualmente vários aspetos relativos aos produtos do tabaco. No que às regras relativas à rotulagem e embalagem dos produtos do tabaco respeita, a harmonização não é exaustiva mas sim meramente parcial. Com efeito, e seguindo aqui a análise da AG no processo *Philip Morris*,⁷⁴ apesar do desenvolvimento do regime,⁷⁴ da diretiva nesta matéria, este deixa ainda

⁷² §§ 73-74

⁷³ §§ 143-145

⁷⁴ Em particular, §§ 112-113

margem para regras nacionais divergentes em vários aspetos, podendo os EMs, nomeadamente, impor os seus próprios requisitos quanto às cores e exigir a normalização das embalagens.

Por sua vez, a cláusula de livre circulação prevê que «[o]s EMs não podem, por considerações relativas aos aspetos regulados pela presente diretiva, e sob reserva dos n.ºs 2 e 3 do presente artigo, proibir ou restringir a comercialização de produtos do tabaco ou de produtos afins que cumpram o disposto na presente diretiva»,⁷⁵ estabelecendo o referido n.º 2 que a diretiva «não afeta o direito dos EMs de manterem ou introduzirem novos requisitos, aplicáveis a todos os produtos comercializados no seu mercado, em matéria de normalização do acondicionamento dos produtos do tabaco, quando tal se justifique por razões de saúde pública».

Perante esta redação – que o TJUE classificou de ambígua -, coloca-se a questão da articulação entre a harmonização parcial prosseguida pela diretiva e a cláusula de livre circulação contida na mesma, da qual dependerá o alcance daquela e a sua validade ao abrigo do art. 114.º. Segundo o Tribunal, seriam teoricamente possíveis duas interpretações relativamente à possibilidade de introdução de novos requisitos referentes ao acondicionamento dos produtos do tabaco: ou a introdução de novos requisitos é admissível relativamente a qualquer aspeto desse acondicionamento, esteja ou não regulado pela diretiva; ou, ao invés, essa faculdade só se estende aos aspetos que não tenham sido harmonizados.

Ora, transcrevendo a argumentação do TJUE relativa a este tema, uma solução que permitisse aos «EMs manterem ou introduzirem novos requisitos relativos a qualquer aspeto do acondicionamento dos produtos do tabaco, incluindo os que foram harmonizados por essa diretiva, equivaleria, em substância, a pôr em causa a harmonização por ela feita em matéria de acondicionamento desses produtos», sendo incompatível com o art. 114.º, por violação da regras dos n.ºs 4 a 10 relativas à manutenção e introdução de disposições nacionais derogatórias.⁷⁶

Prosseguindo com o Tribunal:

[é] certo que, ao autorizar os EMs a manter ou introduzir novos requisitos relativos aos aspetos do acondicionamento não harmonizados pela Diretiva 2014/40, o seu art. 24.º, n.º 2, não garante que os produtos cujo acondicionamento esteja em conformidade com os requisitos dessa diretiva possam circular livremente no mercado interno. Contudo, isso é a consequência inevitável da técnica de harmonização escolhida (...) Ora (...) uma medida de harmonização parcial (...) não beneficia menos

⁷⁵ Art. 24.º, n.ºs 1 e 2

⁷⁶ §§ 71-72

*o funcionamento do mercado interno, pois elimina, se não todos os obstáculos às trocas, pelo menos um certo número deles.*⁷⁷

Assim, e segundo o TJUE, a diretiva é conforme com o art. 114.º pois impede os EMs de vedarem a importação, venda e consumo dos produtos do tabaco que respeitem os requisitos harmonizados pela diretiva, *mas valendo esse impedimento apenas quanto a estes.*

Nas palavras da AG:

*[s]ó para o caso de o legislador da União não pretender, de modo algum, a livre circulação dos produtos abrangidos por uma diretiva e conformes com ela é que lhe fica excluído o recurso ao art. 114.º do TFUE. Além disso, o legislador da União não deve permitir aos EMs que se oponham, por considerações relativas aos aspetos que a diretiva harmoniza, à importação, à venda e ao consumo de produtos do tabaco conformes com a diretiva.*⁷⁸

Concluindo, a harmonização parcial é admissível na medida em que elimina alguns obstáculos à livre circulação de mercadorias, em concreto, aqueles com origem nos aspetos objeto da regulamentação europeia, a qual não pode ser derogada pelos EMs. Os aspetos não harmonizados poderão ser objeto de regulamentação nacional diversa, podendo esta dar origem ao surgimento de obstáculos ao mercado interno, cuja legalidade deverá ser aferida tendo por referência as disposições dos Tratados. Neste tipo de harmonização, as cláusulas de livre circulação são relevantes na medida em que garantem que os EMs não estabelecem obstáculos por referência aos aspetos que já foram harmonizados, o que só poderá acontecer se, acrescentamos nós, as cláusulas de salvaguarda – que funcionam como espelho das cláusulas de livre circulação - não permitirem aos EMs efetuarem derrogações aos aspetos harmonizados.

Chegados aqui, a análise do TJUE à validade dos vários instrumentos jurídicos prossegue para a verificação da correta aplicação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.⁷⁹ Não nos iremos debruçar sobre os mesmos, dada a ausência de impacto efetivo no problema que estamos a analisar.

⁷⁷ §§ 79-81

⁷⁸ § 117

⁷⁹ Para uma análise dos problemas práticos e conceptuais com a aplicação destes princípios neste âmbito, vide WEATHERILL, Stephen – “The Internal ...”, pp. 175-186 e, focado apenas no princípio da subsidiariedade, CHALMERS, Damian [et al.], ob. cit., pp. 219-225.

Para o exame da intervenção dos parlamentos europeus nesta matéria, vide HELENO TERRINHA, Luís – “The jurisprudential role of national parliaments in the European Union”, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI\(2017\)583133_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI(2017)583133_EN.pdf), consultado em 01/11/2020

VI. Será a ATAD inválida?

Neste capítulo iremos, por fim, examinar a validade da Diretiva à luz do direito primário europeu, com base nos pontos analisados anteriormente. Iremos utilizar o caso específico da regra relativa às SECs sempre que se revele necessário recorrer a algum dos mecanismos previstos na ATAD.

Posto isto, deixaremos primeiro algumas notas sobre o caminho a seguir na interpretação do direito europeu derivado.

1.1. Princípios interpretativos da lei europeia⁸⁰

Um traço distintivo do direito europeu é o facto de as suas normas estarem escritas em várias línguas - todas elas com valor autêntico -, devendo ser aplicadas a várias ordens jurídicas de maneira uniforme, o que exige o desenvolvimento de conceitos europeus autónomos – que poderão não ter o mesmo alcance que os conceitos similares usados pelas legislações dos EMs - sempre que o direito europeu não remeta para as legislações dos EMs.⁸¹

Tal como acontece na interpretação das legislações nacionais – mas de modo ainda mais intenso dada a diversidade linguística – o elemento literal da interpretação deve ser complementado com os elementos sistemático e teleológico.⁸²

Na interpretação do direito europeu derivado, o TJUE aplica os mesmos cânones interpretativos aplicados ao direito nacional. Assim, se uma regra de direito europeu derivado tiver mais do que uma interpretação possível, deverá ser dada preferência àquela que torna tal norma conforme com o direito primário, seguindo o princípio geral segundo o qual as disposições devem ser interpretadas, na medida do possível, de forma a não pôr em causa a sua legalidade.⁸³ Havendo várias interpretações possíveis, também deverá ser privilegiada aquela que assegure o efeito útil da norma interpretada.⁸⁴

⁸⁰ Seguimos de perto LENAERTS / VAN NUFFEL, ob. cit., n.ºs 21-060 a 21-062

⁸¹ CILFIT (§§ 18-20); ROCHA, Ana Gabriela – “Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal”, Cadernos do IDEFF, n.º 17, Almedina, 2014

⁸² *Jyske Finans* (§ 31)

⁸³ *Parlamento c. Conselho* (§ 39); *Ordre des barreaux francophones e germanophone* (§ 28). Para uma aplicação prática do princípio da interpretação conforme, que levou o TJUE a optar por uma interpretação restritiva ao invés de uma interpretação extensiva, ver processo *Philip Morris* (§§ 66-83)

⁸⁴ *Comissão c. França* (§ 21)

Posto isto, o Tribunal tem entendido que o dever de interpretação consistente do direito nacional face ao Direito europeu – que impende sobre o juiz nacional – é limitado pelos princípios gerais de direito e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional em causa,⁸⁵ podendo esta ser entendida como a que vai contra o texto da lei – uma «interpretação artificial ou forçada da legislação nacional»⁸⁶ -, por oposição a uma interpretação *praeter legem* que, embora não esteja claramente prefigurada no texto, não se opõe ao mesmo. Ora, entendemos que este princípio também deverá ser aplicado à interpretação das disposições de direito europeu derivado em face do direito europeu primário. Com efeito, para além de não existir, a nosso ver, uma razão válida para haver uma divergência nos cânones interpretativas a aplicar nas duas situações, aceitar que o TJUE pudesse efetuar uma interpretação *contra legem* do direito europeu derivado poderia implicar a invasão do domínio de competência do legislador europeu, colocando assim em causa o sistema de separação de poderes definido pelos Tratados, pois obrigaria o Tribunal a reescrever a norma em causa por *fiat* interpretativo.

Por último, de maneira a prosseguir a interpretação sistemática e teleológica da norma, poderá recorrer-se aos trabalhos preparatórios⁸⁷ - como sejam, por exemplo, as exposições de motivos que acompanham as propostas da CE⁸⁸ – e ao preâmbulo do ato a interpretar, embora o mesmo não tenha força jurídica vinculativa e não possa levar nem à derrogação das disposições constantes do ato jurídico, nem à sua interpretação de um modo que seja manifestamente contrário à sua redação.⁸⁹

1.2. As SECs

i. Algumas notas introdutórias sobre o regime e a jurisprudência do TJUE⁹⁰

Num sistema clássico de tributação, as sociedades são entendidas como entes jurídicos distintos dos respetivos sócios, sendo o rendimento de uns e outros tributado de maneira autónoma: os lucros

⁸⁵ *Impact* (§§ 97-103)

⁸⁶ Conclusões do AG em *Unibet* (§55)

⁸⁷ *Teixeira* (§ 58)

⁸⁸ *NCC Construction Danmark* (§ 30)

⁸⁹ *Deutsches Milch-Kontor* (§ 32)

⁹⁰ Para uma análise aprofundada dos princípios subjacentes ao regime das SECs e do regime legal então vigente em Portugal, vide MORAIS, Rui Duarte “Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado”, Publicações Universidade Católica, 2005

apurados pela sociedade são tributados na sua esfera, ocorrendo a tributação na esfera do sócio apenas e na medida em que tais lucros lhe sejam distribuídos.

Esta situação pode dar azo não apenas ao diferimento da tributação do sócio para o momento da distribuição dos lucros, da liquidação da sociedade ou venda da participação, mas também à transferência abusiva de resultados no seio de um mesmo grupo económico.

De modo a obviar a esta situação, em 1962 os EUA implementaram medidas relativas às denominadas SECs, tendo desde então sido seguidos por outras jurisdições um pouco por todo o mundo.⁹¹ É a este movimento a que agora se vem juntar a ATAD.

O funcionamento deste tipo de normas – cujo desenho legal específico diverge muito de regime para regime – assenta na imputação do lucro apurado na esfera da SEC ao respetivo sócio, independentemente da distribuição do mesmo, impedindo assim o diferimento da tributação. A aplicação desta regra apenas terá lugar se o Estado de residência do sócio considerar que a SEC está, na sua jurisdição, sujeita a uma tributação demasiado baixa.

No entanto, convém não ignorar que as regras relativas às SECs podem violar o direito europeu. Isso mesmo ficou claro no acórdão de referência *Cadbury Schweppes*, na qual o TJUE decidiu que a legislação britânica relativa às SECs violava a liberdade de estabelecimento de maneira injustificada, na medida em que era aplicável mesmo quando a entidade em causa se encontrava efetivamente estabelecida noutra EM e aí desenvolvia uma atividade económica genuína.⁹²

Esta jurisprudência é a prova de que esta legislação deve ser redigida com cuidado, de modo a não colocar em causa as liberdades fundamentais e, deste modo, tornar-se incompatível com o direito europeu.

ii. A transposição da regra da ATAD

⁹¹ Em Portugal, esse regime foi introduzido pelo DL 37/95, de 14 de fevereiro.

⁹² Em traços gerais, e de acordo com o acórdão do TJUE, a legislação britânica relativa ao imposto sobre o rendimento seguia o princípio da tributação numa base mundial, não tributando os rendimentos das subsidiárias à medida em que estes iam sendo gerados mas apenas aquando da distribuição dos mesmos. Os dividendos distribuídos por uma subsidiária residente no Reino Unido não eram tributados, sendo os dividendos oriundos de entidades residentes em países terceiros tributados apenas aquando da sua distribuição. A tributação das SECs, que ocorria quando uma entidade residente no Reino Unido detinha mais de 50% do capital social da entidade não residente e esta se encontrava sujeita a um baixo nível de tributação, era, assim, uma exceção à regra de que os rendimentos das subsidiárias apenas são tributados aquando da respetiva distribuição.

O Tribunal já teve oportunidade de posteriormente aplicar esta jurisprudência, por exemplo, no processo *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

As várias possibilidades

Começando pelo âmbito subjetivo da norma,⁹³ aspeto central de qualquer regime legal, verificamos que os dois requisitos cumulativos são, aparentemente, claros. Assim, a norma das SECs apenas seria aplicável quando:

- o sócio – e empresas associadas – detenha, direta ou indiretamente, pelo menos, metade dos direitos de voto, do capital ou do direito aos lucros da SEC; e
- o imposto sobre as sociedades efetivamente pago pela SEC seja inferior a metade do que seria pago se a mesma fosse tributada nos termos da legislação vigente no Estado de residência do respetivo sócio.

No entanto, esta clareza é enganadora pois, nos termos do considerando 12, os EMs poderão reduzir o limiar de controlo ou aumentar o nível de tributação mínimo exigido no Estado da SEC, tendo em vista a instituição de um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades.

Por sua vez, as regras relativas à delimitação negativa de incidência também podem ser alteradas pelos EMs. Assim, no modelo de imputação por categorias dos rendimentos da SEC, os EMs poderão optar pela não aplicação do regime das SECs se apenas um terço (ou menos) do rendimento obtido pelas mesmas se inserir numa das categorias identificadas naquela norma. Existe também uma regra semelhante direcionada para as empresas financeiras, cuja qualificação como SECs pode ser afastada pelos EMs se apenas um terço (ou menos) do rendimento das referidas categorias for proveniente de operações com o contribuinte ou com empresas suas associadas. Por último, este modelo de imputação não é aplicável se a SEC prosseguir uma atividade económica substantiva. No entanto, esta regra de exclusão de âmbito pode ser afastada pelos EMs – sendo este modelo de imputação aplicável - relativamente a países terceiros que não sejam parte no Acordo do Espaço Económico Europeu. Ainda no âmbito desta matéria, mas agora no que ao segundo modelo de imputação diz respeito - ao abrigo do qual se imputa a totalidade dos rendimentos resultantes de montagens não genuínas postas em prática com a finalidade de obter uma vantagem fiscal - existe uma norma de exclusão *de minimis* que também é de aplicação facultativa por parte dos EMs.⁹⁴

⁹³ Art. 7.º, n.º 1

⁹⁴ Art. 7.º, n.º 2, al. a) e n.ºs 3 e 4

Por último, o regime do reporte das perdas das SECs também se encontra na disponibilidade dos EMs.⁹⁵

Chegados aqui, poderíamos assumir que as possibilidades de divergência das legislações nacionais no que ao regime das SECs respeita ficariam, embora de modo demasiado lato, balizadas. Todavia, fruto do art. 3.º, tal não é assim. Com efeito, e como veremos *infra*, na transposição da ATAD os EMs podem divergir das soluções previstas em qualquer norma da diretiva, desde que tal ocorra no sentido de proteger ainda mais as bases tributáveis das entidades residentes. Como veremos de seguida, os EMs tomaram boa nota desta possibilidade.

*A transposição efetiva: problemas presentes e futuros*⁹⁶

No que ao limiar de controlo e ao nível mínimo de tributação na jurisdição da SEC respeita, 17 EMs optaram por aplicar requisitos mais restritivos, tendo os 10 remanescentes decidido seguir os limiares fixados na ATAD.⁹⁷ No caso de Portugal, o limiar de controlo foi fixado em apenas 25%. A Áustria optou por fixar uma taxa mínima de tributação de 12,5%, tendo a Suécia fixado 55% da sua taxa de imposto e a França optado por 3/5. Os Países Baixos decidiram-se por uma taxa nominal – e não efetiva - de apenas 9%.

Relativamente ao momento em que se afere a existência de controlo, a Irlanda parece ter optado por uma análise contínua ao longo de todo o ano, o que faz com que a entidade seja ou deixe de ser uma SEC quando haja uma alteração na detenção do seu capital, direitos de voto ou direito aos resultados. O regime português – como a generalidade dos regimes dos demais EMs - não faz qualquer referência específica a este ponto, o que parece indiciar que a aferição do cumprimento do requisito ocorre no termo de cada período de tributação.

A definição do que é o controlo indireto para efeitos da fixação do limiar de controlo não se encontra fixada na ATAD. Assim, os Países Baixos e o Luxemburgo consideram a totalidade das participações detidas através das entidades associadas,⁹⁸ ao passo que o regime português, na ausência de qualquer referência expressa a este tema, parece remeter para o método da multiplicação sucessiva constante do art. 69.º, n.º 6 do CIRC.

⁹⁵ Art. 8.º, n.º 1

⁹⁶ Baseamo-nos na análise de GROOT, Isabella de; LARKING, Barry – “Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)”, IBFD, European Taxation, n.º 6 (2019)

⁹⁷ COM(2020)383 final de 19/08/2020

⁹⁸ Se a Sociedade A detiver 40% da Sociedade B e esta detiver 80% da Sociedade C, então considera-se que a Sociedade A detém 80% da Sociedade C.

No que ao modelo de imputação respeita, os Países Baixos adotaram ambos, tendo a Suécia optado pelo modelo da categoria de rendimentos, incluindo embora a totalidade do rendimento da SEC, independentemente de o mesmo ter ou não origem numa das categorias identificadas na diretiva.

Em matéria de delimitação negativa de incidência, os Países Baixos aplicam o requisito de substância a todos os países terceiros e a Finlândia faz depender a aplicação desse requisito da inexistência de um acordo de troca de informações e do facto de a SEC não desenvolver uma atividade produtiva.

Relativamente ao crédito para evitar a dupla tributação, os Países Baixos seguiram de perto as regras contidas na ATAD, limitando-se a excluir da base tributável dos sócios os rendimentos que já lhes tenham sido previamente imputados. No entanto, a Irlanda atribui um crédito de imposto ao sócio que tem em conta não apenas o montante que lhe tenha sido imputado, mas também qualquer imposto autonomamente suportado pela SEC relativamente ao rendimento imputado.

Posto isto, não poderíamos deixar de referir com mais detalhe uma norma nacional polaca que, a nosso ver, está potencialmente em desacordo com o direito primário europeu.⁹⁹ Ao abrigo da mesma, uma SEC residente numa jurisdição que conste da lista de paraísos fiscais aprovada pelo Governo polaco encontra-se abrangida por aquele regime independentemente do controlo exercido sobre a mesma pela entidade residente na Polónia, do nível de tributação a que se encontra sujeita ou do tipo de rendimento gerado. Acresce que, caso os demais acionistas não sejam residentes na Polónia, é imputada à entidade residente neste país a totalidade do rendimento, independentemente da sua real percentagem de detenção. Estas presunções são absolutas, não admitindo assim prova em contrário. Este regime poderá colocar em causa a liberdade de circulação de capitais, aplicável também a países terceiros, dada a desproporcionalidade do mesmo.

1.3. Da invalidade da ATAD

O art. 3.º e a harmonização parcial

⁹⁹ Neste ponto, baseamo-nos na análise efetuada por KUZNIACKI, Blazej – “Implementing the ATAD’s CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?”, EC Tax Review, vol. 27, n.º 3 (2018)

Em nosso entender, a validade da Diretiva dependerá da interpretação que se fizer do seu art. 3.º, dada a abertura que o mesmo proporciona aos EMs no desenho das medidas nacionais de transposição.

Começando pelo elemento literal da norma, ponto de partida para qualquer interpretação, fica absolutamente claro que os EMs podem alterar todas as normas da ATAD, no pressuposto de que tal alteração é necessária para «garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional», não havendo necessidade, ou possibilidade, de fundamentar tal desvio com recurso a qualquer outra razão.

Esta interpretação tem suporte no elemento teleológico, pois a diretiva foi aprovada no seguimento do estudo desenvolvido pela OCDE que visa precisamente lutar contra a BEPS. Este mesmo objetivo é reconhecido nos considerandos da diretiva, de onde constam múltiplas alusões aos trabalhos da OCDE¹⁰⁰ e se refere uma e outra vez que a luta contra a erosão da base tributável ou o combate ao planeamento fiscal agressivo¹⁰¹ são dois dos objetivos essenciais da mesma. Por outro lado, nesses mesmos considerandos é reforçada a abertura dada aos EMs para introduzirem normas mais restritivas do que as previstas na diretiva.¹⁰² Deste modo, qualquer outra interpretação que tivesse por objetivo reduzir a margem de atuação dos EMs na transposição das normas da diretiva seria *contra legem* e, portanto, proibida.¹⁰³

Este artigo deixa assim claro que a harmonização prosseguida pela ATAD, que não substitui as várias regulamentações nacionais por uma regulamentação única europeia, é mínima e não exaustiva. Ora, como veremos de seguida, este tipo de harmonização necessita de cumprir um conjunto de requisitos para que se possa considerar ter sido validamente adotada ao abrigo do art. 115.º do TFUE.

Breve recapitulação dos pressupostos da utilização do art. 115.º como base jurídica; divergências regulamentares ou repartição equilibrada do poder tributário

¹⁰⁰ Considerandos 1, 2 e 3

¹⁰¹ Considerandos 2, 3, 5

¹⁰² Os considerandos 6 e 8 – relativos à regra da limitação de juros – permitem, por exemplo, que os EMs reduzam o rácio do EBITDA ou o limiar financeiro, e alterem a própria regra relativa ao cálculo daquele rácio, desde que, com isso, garantam uma proteção mais elevada da base tributável nacional.

¹⁰³ LAZAROV / GOVIND, ob. cit., p. 863, parecem partilhar da nossa posição, embora aludem à possibilidade de se interpretar o art. 3.º como tendo uma cláusula de livre circulação implícita.

Como vimos acima, o recurso ao art. 115.º só é admissível se tiver por objetivo a eliminação de obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais que coloquem em causa o funcionamento do mercado interno. Na ausência do cumprimento de tal requisito não é possível recorrer àquela norma habilitante pois ela não atribui um qualquer poder regulamentar geral à UE.

Em nossa opinião, os obstáculos que a ATAD visa remover não podem deixar de corresponder às divergências regulamentares entre as diferentes normas nacionais relativas aos mecanismos constantes da Diretiva. No entanto, iremos também analisar a perspectiva segundo a qual a simples existência destes mecanismos é benéfica para o mercado interno, na medida em que eles permitem uma repartição equilibrada do poder tributário entre os EMs.¹⁰⁴

Se assumirmos a posição de que a existência de divergências regulamentares – ou a verosimilhança do seu surgimento – é um obstáculo para o mercado interno, como já foi por diversas vezes aceite pelo TJUE,¹⁰⁵ então é necessário que a legislação europeia contribua para harmonizar as normas em causa. Não sendo possível, ou desejável, a harmonização exaustiva, poderá ter lugar uma harmonização parcial. No entanto, esta harmonização só poderá ser validamente prosseguida ao abrigo do art. 115.º se contiver uma cláusula de livre circulação associada, que garanta o exercício das liberdades fundamentais nos aspetos harmonizados pela diretiva. A comparação da ATAD com a jurisprudência dos acórdãos *Sobre a publicidade do tabaco I e II* permite-nos lançar alguma luz sobre este ponto.

Como já vimos acima, a Diretiva 98/43 – que visava eliminar obstáculos à livre circulação da imprensa escrita - continha uma proibição genérica de todas as formas de publicidade aos produtos do tabaco, com exceção daquelas que caíam fora do seu âmbito como, por exemplo, a publicidade destinada aos profissionais do comércio do tabaco. A regulação destas últimas continuava na esfera dos EMs, que podiam assim fazer o que entendessem, desde proibi-las por completo a não prever qualquer tipo de regulamentação. Por sua vez, a Diretiva 2003/33 continha igualmente uma proibição abrangente da publicidade aos produtos do tabaco, mas garantia que a publicidade não proibida, como a direcionada aos profissionais do comércio do tabaco, não podia ser colocada em causa através de regulamentação mais restritiva criada pelos EMs. Este objetivo era alcançado através de uma cláusula de livre circulação, que impedia os EMs de imporem condições mais

¹⁰⁴ LAZAROV / GOVIND, ob. cit., p. 860, referem a possibilidade de a ATAD se fundamentar no combate à evasão fiscal e defendem que, por causa da harmonização mínima prevista no art. 3.º, se torna difícil defender que a Diretiva contribui para melhorar o funcionamento do mercado interno.

¹⁰⁵ Ver Capítulo V, 1.2 e jurisprudência aí citada.

restritivas aos produtos de imprensa oriundos de outros EMs. Esta cláusula respondia, assim, à necessidade de assegurar que o cumprimento dos requisitos harmonizados pela legislação europeia é garantia bastante de que não existirão entraves adicionais ao exercício das liberdades fundamentais. Como vimos, a primeira das referidas diretivas foi anulada também por não dispor de uma cláusula de livre circulação, tendo a segunda passado no teste do TJUE, em grande parte por dispor da referida cláusula.

Este aspeto volta a ser sublinhado no acórdão *Philip Morris*,¹⁰⁶ no qual o Tribunal, colocado perante uma situação de harmonização parcial, deixou claro que uma diretiva que permitisse aos EMs introduzirem novos requisitos relativamente aos aspetos que haviam sido harmonizados seria ilegal pois colocaria em causa a harmonização pretendida e, com ela, o fundamento para o recurso ao art. 114.º.

Transpondo esta análise para o caso da norma relativa às SECs prevista na ATAD, podemos começar pela constatação de que uma regra deste tipo constitui uma restrição – que pode ser justificada – à liberdade de estabelecimento.

Pegando de seguida num dos requisitos para a aplicação daquela regra – o limiar mínimo de tributação na jurisdição da SEC -, antes da aprovação da Diretiva, o regime legal dos vários EMs era muito díspar, indo da ausência de regra,¹⁰⁷ à sua aplicação nos casos em que o imposto a pagar na jurisdição da SEC era inferior a 75% do imposto que seria pago na jurisdição do sócio.¹⁰⁸ Ora, após a aprovação da ATAD ficou assegurado que a regra relativa às SECs será aplicada se o imposto na jurisdição da SEC for inferior a 50% do devido na jurisdição do sócio, mas não se garante que a regra não será aplicada se, por exemplo, o imposto da jurisdição da SEC corresponder a 95% do da jurisdição do sócio.

Em nosso entender, a situação acabada de descrever viola a jurisprudência do TJUE relativamente às cláusulas de livre circulação. Com efeito, sempre que uma diretiva visa harmonizar determinado aspeto introduzindo obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais, esteja em causa a livre circulação de bens - no caso das diretivas sobre a publicidade dos produtos do tabaco - ou o direito de estabelecimento - no caso das regras relativas às SECs -, a mesma tem que garantir o livre exercício dessas liberdades fundamentais *sempre que e na medida em que* os operadores económicos cumpram os requisitos harmonizados. Os EMs não podem alterar estes

¹⁰⁶ Ver pp. 32-34

¹⁰⁷ A Bulgária

¹⁰⁸ Legislação do Reino Unido, tal como referido no processo *Cadbury Schweppes* (§ 7)

requisitos, sob pena de colocarem em causa o objetivo harmonizador da diretiva. A cláusula de livre circulação visa precisamente atingir esse desiderato.

Ora, como é bom de ver, não há nenhum requisito da diretiva cujo cumprimento garanta a não aplicação da regra relativa às SECs, pois todos e cada um deles podem ser alterados pelos EMs ao abrigo do art. 3.º. Nesse sentido, não existe qualquer cláusula de livre circulação, a qual já foi considerada essencial pelo TJUE por diversas vezes.

Acresce que, ao fomentar a divergência regulamentar numa matéria como esta – através da faculdade de que os EMs gozam para moldar as regras relativas às SECs ao abrigo do art. 3.º -, pode também defender-se que a ATAD está a tornar verosímil o surgimento de regras potencialmente violadoras do direito europeu primário, como é o caso das normas polacas acima analisadas, situação que o Tribunal já entendeu ser justificadora da intervenção legislativa harmonizadora europeia.¹⁰⁹

Concluindo, ao não proceder à harmonização total da matéria em análise a Diretiva não pôs fim à divergência das várias regulamentações nacionais relativamente aos mecanismos em causa. Este estado de coisas não leva em si mesmo à invalidade da ATAD, na medida em que a harmonização parcial também é legalmente admissível, embora sob condição de existir uma cláusula de livre circulação associada à mesma. No entanto, a Diretiva não contém qualquer cláusula deste tipo, pelo que a conclusão não pode ser outra que não a invalidade da ATAD.¹¹⁰

Em alternativa à divergência regulamentar, poderia argumentar-se que a intervenção europeia consubstanciada na Diretiva poderia ser fundamentada na circunstância de a simples existência das normas previstas naquela ser benéfica para o mercado interno, na medida em que visam garantir que a tributação ocorre no local em que a atividade económica tem lugar, combatendo assim a transferência de lucros entre jurisdições.

Como nota prévia, gostaríamos de referir que a proteção dos interesses fiscais dos EMs não só não se encontra prevista nos Tratados como um dos objetivos a prosseguir pela UE – ao contrário, por exemplo, da proteção da saúde ou dos consumidores -, como não é, segundo a jurisprudência

¹⁰⁹ Como já vimos acima, no acórdão *British American Tobacco* (§§ 66-67) o TJUE considerou que a intervenção europeia harmonizadora estava justificada pois a harmonização parcial deixava margem para os EMs adotarem regulamentações divergentes, especialmente numa área em que a pressão da opinião pública era elevada (naquele caso, a proteção da saúde em face do consumo do tabaco, no caso da ATAD, o combate ao planeamento fiscal efetuado pelas multinacionais).

¹¹⁰ No mesmo sentido, vide LAZAROV / GOVIND, ob. cit., p. 862-863.

do TJUE, uma das razões imperiosas de interesse geral capazes justificar as restrições às liberdades fundamentais implementadas pelos EMs.¹¹¹

Assim sendo, estas normas teriam que ter um outro fundamento, a saber, a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os EMs, justificação que já foi aceite pelo Tribunal como uma das razões imperiosas de interesse geral ao abrigo da qual pode ser fundamentada uma restrição às liberdades fundamentais.¹¹² No entanto, em nosso entender, essa justificação só foi aceite porque se encontrava associada a uma outra, em concreto, a prevenção da evasão fiscal nas situações em que esta não ocorra com recurso a expedientes puramente artificiais.¹¹³

No entanto, o art. 3.º não contém qualquer referência ao combate a comportamentos abusivos levados a cabo pelos contribuintes. Deste modo, e seguindo uma interpretação literal desta norma, as regras distintas adotadas pelos EMs apenas poderiam visar uma repartição mais *agressiva* do poder de tributação. Com esta interpretação, é duvidoso que este preceito cumpra com um dos requisitos cumulativos de que depende a utilização do critério da repartição equilibrada do poder de tributação como justificação para restrições às liberdades fundamentais – a existência de abuso -, pelo que seria inválido.

Acresce que, mesmo que se aceite que a repartição equilibrada do poder de tributação pode servir como justificação autónoma das restrições às liberdades fundamentais, daqui não decorre que possa servir de fundamento a um conjunto de normas europeias com essa finalidade, pelo menos não do modo como essa regulamentação foi efetuada pela ATAD.

Em primeiro lugar, e tal como sucede com a proteção dos interesses fiscais dos EMs, a repartição equilibrada do poder de tributação não é um objetivo previsto nos Tratados, sendo apenas uma das razões imperiosas de interesse geral capazes de justificar uma restrição às liberdades fundamentais, cuja aplicação deve ser escrutinada casuisticamente pelo TJUE. A sua codificação representaria, de certo modo, a inversão da jurisprudência do Tribunal nesta matéria.

Depois, mesmo que se entenda que a repartição equilibrada do poder de tributação é um objetivo a prosseguir pelas instituições europeias, não se pode perder de vista que o recurso ao art. 115.º implica que uma regulamentação com tal objetivo deva, antes de qualquer consideração adicional,

¹¹¹ *Danner* (§ 56); *Skandia* (§ 53); *de Lasteyrie du Saillant* (§ 60); *Meilicke* (§ 30); e *Cadbury Schweppes* (§ 49)

¹¹² *SFI* (§§ 65-69)

¹¹³ Neste sentido, vide KUZNIACKI, Blazej, ob. cit., pp. 167-168. Existindo tais expedientes, a justificação da restrição basta-se com o princípio geral de combate a práticas abusivas, aceite pelo direito europeu.

contribuir para o bom funcionamento do mercado interno. Ora, tal só acontecerá, em nosso entender, se forem cumpridos os requisitos jurisprudenciais respeitantes às divergências regulamentares, que embora não prescrevam a harmonização exaustiva, exigem a previsão de uma cláusula de livre circulação quando estivermos perante uma harmonização parcial, o que não se nos afigura possível perante a redação do art. 3.º.¹¹⁴ Terminamos, assim, como começámos: a existência do art. 3.º invalida a ATAD, ainda que se considere que o fundamento para a mesma é a repartição do poder de tributação e não a divergência regulamentar existente nos vários EMs relativamente aos vários mecanismos da Diretiva.

Chegados aqui, a conclusão não pode ser outra senão a invalidade da ATAD,¹¹⁵ pelo incumprimento dos requisitos de que depende o recurso ao art. 115.º.

¹¹⁴ A ausência de uma cláusula de livre circulação também é a circunstância que nos leva a defender que o art. 3.º é inválido mesmo que se entenda que visa a repartição equilibrada do poder de tributação simultaneamente com a prevenção da evasão fiscal. Este objetivo, que não está expressamente previsto nos Tratados, não pode ter um tratamento diverso do concedido à proteção da saúde, que se encontra prevista expressamente nos Tratados como sendo um objetivo a prosseguir pela UE e exige uma cláusula de livre circulação para que a intervenção harmonizadora europeia seja válida.

¹¹⁵ Não vamos analisar a questão da invalidade parcial, que poderia redundar na anulação do art. 3.º e manutenção das restantes provisões da mesma. Posto isto, gostaríamos de referir que o TJUE apenas aceita invalidar parcialmente um ato europeu se os elementos cuja anulação é pedida forem destacáveis do resto do ato e desde que a respetiva anulação não tenha por efeito alterar a substância daquele (*Comissão c. Parlamento e Conselho*, §§ 16-20). A alteração da substância é uma análise objetiva, que depende da lógica interna do ato analisado e da teleologia do mesmo e não da vontade política das instituições que o adotaram (*Alemanha c. Comissão*, §§ 34-37).

VII. Conclusões

- I. A ATAD surgiu no contexto do combate ao BEPS, o que perpassa pela escolha e recorte legal das figuras jurídicas que disciplina, as quais, em abstrato, podem colocar obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais, como já foi decidido pelo TJUE no passado.
- II. A UE não dispõe de um poder regulamentar geral, estando as suas competências limitadas pelo princípio da atribuição e dependendo o seu concreto exercício da base jurídica escolhida. As diretivas adotadas ao abrigo do art. 115.º do TFUE têm de contribuir para o funcionamento do mercado interno através da harmonização das legislações nacionais, sob pena de serem inválidas. O mercado interno é, no entanto, um conceito dinâmico e de difícil apreensão.
- III. A jurisprudência do TJUE permite-nos afirmar que as divergências regulamentares existentes entre as legislações dos vários EMs são um requisito suficiente para a intervenção europeia ao abrigo daquela norma. Esta intervenção tem, no entanto, que ser efetivamente harmonizadora. Tal consegue-se, sem mais, através de uma harmonização exaustiva; todavia, em nosso entender, a harmonização parcial só será válida se contiver uma cláusula de livre circulação.
- IV. A ATAD não contém esta cláusula. Aliás, o seu art. 3.º praticamente garante a ausência de qualquer harmonização substancial, como já se pode verificar pela transposição da regra relativa às SECs efetuada pelos vários EMs. Acresce ainda que a Diretiva também servirá de cobertura inicial a transposições potencialmente desconformes com o direito primário europeu.
- V. Por tudo isto, entendemos que a ATAD é inválida, pois não contribui para um melhor funcionamento do mercado interno, como é exigido pelo art. 115.º do TFUE. Não desenvolvemos a questão da possível invalidade parcial da Diretiva.

Lista jurisprudencial

- C-283/81 – CILFIT c. Ministero della Sanità
- C-323/93 - Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne
- C-434/97 – Comissão c. França
- C-376/98 - Sobre a publicidade ao tabaco I
- C-377/98 - Países Baixos c. Parlamento e Conselho
- C-110/99 - Emsland-Stärke
- C-136/00 – Danner
- C-239/01 – Alemanha c. Comissão
- C-338/01 - Comissão c. Conselho
- C-422/01 - Skandia e o.
- C-491/01 - British American Tobacco e o.
- C-9/02 - de Lasteyrie du Saillant
- C-255/02 - Halifax e o.
- C-434/02 - Arnold André
- C-380/03 - Sobre a publicidade ao tabaco II
- C-136/04 - Deutsches Milch-Kontor
- C-154/04 - Alliance for Natural Health e o.
- C-196/04 - Cadbury Schweppes
- C-280/04 - Jyske Finans
- C-292/04 - Meilicke e o.
- C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation
- C-201/05 - Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation
- C-305/05 - Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.
- C-432/05 – Unibet
- C-268/06 – Impact
- C-58/08 - Vodafone e o.
- C-174/08 - NCC Construction Danmark
- C-311/08 - SGI
- C-480/08 – Teixeira

C-38/10 - Comissão c. Portugal

C-371/10 - National Grid Indus

C-427/12 – Comissão c. Parlamento e Conselho

C-540/13 – Parlamento c. Conselho

C-547/14 – Philip Morris e o.

C-116/16 (processos apensos C-116/16 e C-117/16) – T Danmark (e apenso Y Denmark)

C-482/17 - República Checa c. Parlamento e Conselho

Lista bibliográfica

BARNARD, Catherine – “The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms”, 5.^a edição, Oxford University Press, 2016

BIZIOLI, Gianluigi – “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 3 (2017)

BRADLEY, Kieran St. C. – “Legislating in the European Union”, In BARNARD, Catherine; PEERS, Steve “European Union Law”, 2.^a edição, Oxford University Press, 2017

DE CECCO, Francesco - “Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights”, *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 1 (2006)

CHALMERS, Damian [et al.] – “European Union Law: Text and Materials”, 1.^a edição, Cambridge University Press, 2006, pp. 211-219

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne – “EU Law: Text, Cases, and Materials”, 6.^a edição, Oxford University Press, 2015

DOUGAN, Michael - “Minimum Harmonization and the Internal Market”, *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 4 (2000)

GROOT, Isabella de; LARKING, Barry – “Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)”, *IBFD, European Taxation*, n.º 6 (2019)

HARTLEY, TC – “The Foundations of European Union Law”, 8.^a edição, Oxford University Press, 2014

HELENO TERRINHA, Luís – “The legisprudential role of national parliaments in the European Union”, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI\(2017\)583133_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI(2017)583133_EN.pdf), consultado em 01/11/2020

KUZNIACKI, Blazej – “Implementing the ATAD’s CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?”, *EC Tax Review*, vol. 27, n.º 3 (2018)

LAZAROV, Ivan; Sriram GOVIND – “Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law”, *Intertax*, vol. 47, n.º 10 (2019)

LENAERTS, Koen; Piet VAN NUFFEL [et al.] – “European Union Law”, 3.^a edição, Sweet and Maxwell, 2011, n.º 7-024

LETIZIA, Giulia – “The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation”, EC Tax Review, vol. 29, n.º 1 (2020)

MORAIS, Rui Duarte “Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado”, Publicações Universidade Católica, 2005

NEVES, João César das – “Introdução à Economia”, Verbo, 2011

ROTT, Peter - “Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Examples of Consumer Sales Law”, Common Market Law Review, vol. 40, n.º 5 (2003)

ROCHA, Ana Gabriela – “Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal”, Cadernos do IDEFF, n.º 17, Almedina, 2014

SNELL, Jukka – “The internal market and the philosophies of market integration”, In BARNARD, Catherine; PEERS, Steve “European Union Law”

WEATHERILL, Stephen – “The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court’s Case Law has become a ‘Drafting Guide’”, German Law Journal, vol. 12, n.º 3 (2011)

WEATHERILL, Stephen – “The Internal Market as a Legal Concept”, 1.^a edição, Oxford University Press, 2017, pp. 3-13

COM(85)310 final de 14/06/1985

COM(2001) de 23/10/2001

COM(2015)302 de 17/06/2015

COM(2016)23 de 28/01/2016

COM(2016)26 final de 28/01/2016

COM(2020)383 final de 19/08/2020