

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA



***O Exit Tax* no Código do IRC**

INÊS CAROLINA DA SILVA MENDES

**CICLO DE ESTUDOS PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE
MESTRE EM MESTRADO FORENSE**

Sob Orientação da Professora Doutora SERENA CABRITA NETO

Junho de 2013

ÍNDICE

PRINCIPAIS ABREVIATURAS	4
INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO DO TEMA	6
1. Introdução Histórica	6
2. O conceito de Exit Tax	7
3. Modalidades	9
4. Os critérios de distinção	10
4.1 Tipos e origem do rendimento	10
4.2. Destino da emigração	11
4.3. O critério temporal	11
4.4. A perda de residência	11
CAPÍTULO II – O <i>EXIT TAX</i> NO CÓDIGO DO IRC	12
5. A residência	13
5.1. Tipos de organização societária	14
5.2 A tributação de residentes e não residentes	15
5.3. A residência com estabelecimento estável	16
5.4. Sede e a direção efetiva	18
5.5. A tributação na Zona Franca da Madeira	19
CAPÍTULO III – O REGIME DE <i>EXIT TAX</i> PORTUGUÊS	21
6. O quadro legal anterior a 2006	21
7. A Incidência Subjetiva	23
7.1. A transferência de residência	24
7.2. A cessação de atividade e transferência de elementos patrimoniais afetos ao estabelecimento estável	25
7.3. O apuramento de mais e menos-valias	27
7.4. Determinação do lucro tributável	28
7.5. A tributação dos Sócios	29
8. A incidência Objetiva	31
8.1. A fonte dos rendimentos	31
8.2. Elementos de conexão reais	32
9. O Orçamento de Estado para 2013	33

CAPÍTULO V- A TRIBUTAÇÃO DIRETA NA UNIÃO EUROPEIA	35
10. A Necessidade de Harmonização Comunitária	36
11. As Liberdades Fundamentais dos Tratados	38
11.1. As Diretivas Comunitárias	40
11.2. A Jurisprudência Comunitária	42
12. O <i>Exit Tax</i> Português no contexto Europeu	44
13. Análise do Caso C-38/10	46
CONCLUSÃO	55

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Art. (arts.) - Artigo(s);

Acordo EEE - Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;

CDT - Convenções para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos Sobre o Rendimento;

Cf. ou Cfr. - Confrontar/confirmar;

Código do IRC (CIRC) - Código do Imposto sobre o rendimento das Pessoas Coletivas;

CMOCDE - Convenção Modelo para eliminar a dupla tributação sobre o rendimento e o património da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos;

IDEFF – Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal

Intertax - International Tax Review (Kluwer/Stollfuss);

n.º (nos) - número(s);

ob. cit. - Obra já citada

pp. (p.) -páginas ou página;

ss. - seguintes;

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;

ZFM - Zona Franca da Madeira

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo primordial a análise do regime de *exit tax* português, discutindo as suas normas e a sua própria inserção no sistema tributário nacional e, em particular, a sua compatibilidade com a legislação Comunitária.

Pretendemos demonstrar o nosso ponto de vista sobre este tema, e as soluções que consideramos mais adequadas para a efetivação do novo regime que se encontra presentemente em debate.

A escolha do tema prende-se com os recentes desenvolvimentos promovidos pela decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias relativa à tributação à saída¹, e o seu impacto direto no nosso ordenamento, que obriga à revisão do Código do IRC quanto à matéria.

É um tema da maior atualidade e importância no âmbito académico, por se relacionar com questões de grande atualidade e interesse prático, como é o caso da relevância da residência, e em concreto da sua perda, no âmbito nacional e internacional.

Ao relacionar-se com a evasão e elisão fiscal, dupla tributação e concorrência, o tema da tributação à saída levanta também questões de opção política, relativas à receita fiscal, e salvaguarda dos interesses nacionais, de difícil conciliação com a desejada harmonização legislativa comunitária.

Pretendemos abordar o tema de uma perspetiva nacional, referindo a importância e influência do direito internacional na configuração do nosso regime de *exit tax* e contribuir para o debate sobre o mesmo.

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 6 de Setembro de 2012, Comissão Europeia contra República Portuguesa, Processo C-38/10.

CAPÍTULO I – Enquadramento do Tema

1. Introdução Histórica

A residência, enquanto elemento de conexão pessoal, de ligação do indivíduo a um determinado Estado, começou por ser relevante por estar intimamente ligada à cidadania e às vantagens de viver em sociedade e ser beneficiário de um conjunto de direitos e deveres².

Esses direitos e deveres legitimam a aplicação de um imposto aos casos em que a residência de determinado sujeito cessava, na medida em que se entendeu que o dever de contribuir para as despesas do Estado não terminava pelo facto de o abandonarem e se fixarem num outro local³. A opção de sair do país, a quebra de ligações com um determinado Estado, começou deste modo a ter consequências. Assim, os chamados “impostos à saída”, que constituem o objeto deste trabalho, podem ser observados desde a Idade Média⁴ e, apesar de não existirem muitos registos dos mesmos nesta época, verificam-se registos que mostravam ser usual a cobrança de impostos quando um indivíduo se mudava para outra freguesia. Em Portugal, estes impostos estavam associados à proteção concedida pela Igreja ao indivíduo que a frequentava, pelo que se este decidia ir para outra freguesia, tinha lugar a aplicação de um imposto. Existem alguns registos desta prática no âmbito dos regimes feudais.

Os modernos impostos à saída surgem após a Primeira Guerra Mundial e foram especialmente desenvolvidos nos anos 70, do século passado⁵. Estes impostos à saída

² A este propósito, e sobre a cidadania fiscal, NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2005, pp. 57 e ss.

³ Em particular, nos fins do século XIX, na Europa, entendia-se que os emigrantes continuavam a criar despesa para o Estado na medida em que este deve assegurar a sua segurança, através da diplomacia ou até da força armada, o que continuaria a justificar a imposição do imposto. Cfr. MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005, pp. 133-141.

⁴ O presente enquadramento histórico tem por base, quanto aos elementos históricos invocados, a exposição realizada por GUSTAVO LOPES COURINHA no Curso Intensivo Avançado promovido pelo IDEFF, “*The Relevance of Residence under Tax Treaties and EU Law (Direct Taxes)*”, realizado na Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 24 a 26 de janeiro de 2013.

⁵ Sem pretensões de desenvolver em excesso este ponto, alguns casos conhecidos são, por exemplo, as emigrações dos pensionistas holandeses para a Bélgica, onde a tributação é menor. O mesmo aconteceu

(ou *exit taxes*) a que nos referimos, são usualmente cobrados a pessoas singulares, pois só recentemente se começaram a cobrar *exit taxes* às empresas.

O papel tradicional da residência começou a ganhar relevância com as preocupações de evitar a evasão fiscal, e os *exit taxes* demonstram bem isso. Como refere GUSTAVO COURINHA⁶ a este propósito, “*A alteração de residência que até então tinha vindo a ser um meio de libertação do Estado de origem, de quebrar relações, passa a ser causa de tributação*”.

Ao pertencermos a um Estado Social, e Fiscal, quanto ao seu financiamento, beneficiamos de terminados bens e direitos, que justificam a posterior cobrança de um imposto de saída pela quebra dessa relação. A perda de residência, enquanto fator subjetivo, de ligação do indivíduo, ou da empresa, a determinado ordenamento jurídico e fiscal, torna-se o elemento objetivo, que legitima a cobrança do imposto.

2. O conceito de Exit Tax

O imposto à saída⁷, também conhecido internacionalmente como *emigration tax* ou *exit tax*⁸, é aplicado tanto a Pessoas Singulares como a Pessoas Coletivas, que emigrem, e deixem, por isso, de ser consideradas residentes em Portugal.

Tem por base o conceito de residência, como elemento subjetivo, legitimador da tributação Estadual numa base universal⁹, e depende da verificação de um elemento

com os pensionistas do Norte da Europa, que pelos mesmos motivos, vinham aproveitar as suas reformas para o sul, em países como a Espanha, onde o tempo e a comida são apreciados, é um fenómeno conhecido como a “fuga para o sol”. Outro exemplo bem conhecido são os *exit taxes* nazis, a Alemanha impediu os judeus de abandonarem o país através de um imposto de 30% sobre a totalidade dos seus bens. Tudo o que possuíam era avaliado, e entre ações, quadros, carros, era estipulado um valor de mercado, e cobrado 30% sobre o seu total. Muitos não tinham dinheiro suficiente para pagar, e ficaram na Alemanha durante 8 anos, até ao holocausto.

⁶ *Idem*

⁷ As expressões “imposto à saída” e “imposto de saída” serão utilizadas como sinónimos nesta dissertação.

⁸ Alguns autores consideram a expressão *exit tax* uma subcategoria do *emigration tax*, é o caso de CEJIE, KATIA, *Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus ans beyond*, INTERTAX, Volume 40, Issue 6/7, 2012, p. 382.

⁹ O Estado perde assim a competência de fiscal de base universal, ou seja, o contribuinte deixa de estar sujeito ao imposto pelos rendimentos obtidos a nível global “*world wide income*”.

objetivo, a transferência da residência do contribuinte ou dos seus ativos para outra jurisdição fiscal.

Trata-se, portanto, de uma alteração da relação jurídica que se mostra onerosa para o contribuinte, e que pode sujeitá-lo a situações de dupla tributação internacional e até restringir a sua liberdade de estabelecimento¹⁰.

O Estado que aplica o *exit tax* passa a ser competente enquanto Estado da Fonte (do rendimento), pois a natureza da obrigação fiscal passa de pessoal (residente) a real. Este facto altera o alcance da tributação e provoca uma alteração dos moldes em que a mesma é realizada.

O *exit tax* tem como pressupostos a existência de uma expectativa do Estado em tributar os seus residentes, e o facto de, após a emigração, se tornar difícil¹¹, e por vezes impossível, cobrar o imposto¹². O Estado determina, por isso, a tributação imediata, no momento da saída, de todo o seu ativo, incluindo mais-valias latentes¹³.

O fundamento destas medidas tem por base o facto de o Estado ver negadas as pretensões tributárias sobre determinado rendimento auferido no seu território, o que leva a uma reação legislativa que tenta neutralizar os efeitos fiscais decorrentes da deslocalização voluntária da residência.

Alguns argumentos que os Estados apresentam a favor deste tipo de tributação são o princípio da territorialidade¹⁴; a coerência do seu sistema fiscal¹⁵; o combate à elisão

¹⁰ Internacionalmente protegida pelos arts. 49.º TFUE e 31.º AEEE.

¹¹ É por isso considerado um imposto de última oportunidade, ou “*tax of last chance*”, CEJIE, KATIA, ob. cit. p. 386.

¹² Considera-se, a este respeito a intangibilidade do imposto, COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A residência no direito internacional fiscal: do abuso subjectivo de convenções*, Tese de doutoramento, Ciências Jurídico-Económicas (Direito fiscal), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2012, pp. 221 a 223.

¹³ Este conceito e as problemáticas que esta tributação imediata levanta serão por nós analisadas *infra* Capítulo III, 7.2.

¹⁴ Defendido por autores como TOMÁS CANTISTA TAVARES, *IRC e Contabilidade – Da realização ao justo valor*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 291-293.

¹⁵ É invocado, em particular, quando à tributação de mais-valias latentes.

fiscal internacional; a salvaguarda da exequibilidade dos seus créditos¹⁶; a luta contra a concorrência fiscal internacional¹⁷, que serão oportunamente debatidos adiante¹⁸.

3. Modalidades

A transferência da residência leva, assim, à aplicação de diferentes tipos de impostos à saída, pelo que decidimos distinguir as modalidades em que quase todos os tipos de *exit taxes* se podem enquadrar.

Seguimos a categorização de RIJKELE BETTEN¹⁹, tentando, contudo, simplificar a sua abordagem, com o intuito de definir as categorias mais comuns e as suas diferenças.

A categorização dos *exit taxes* pode ser feita com base em várias distinções, e de acordo com o momento em que ocorrem.

O *exit tax* é cobrado com base no evento da perda de residência (da ligação ao território), que leva à conseqüente perda de direito de tributar determinado contribuinte e os seus rendimentos.

A tributação feita nestes termos²⁰ incide, como já referimos, sobre mais-valias mesmo que não realizadas, o que pode levar ao surgimento de dupla tributação internacional, quando as mesmas se realizarem noutro Estado Membro e este tenha igualmente direito de as tributar.

Os *exit taxes* cobrados no momento da emigração podem ser gerais ou limitados, conforme a tributação das mais-valias acumuladas mas não realizadas sejam cobradas com base na totalidade da propriedade, ou em parte dela.

Após a emigração podem também ser cobrados impostos, por rendimentos que surjam posteriormente²¹, estes impostos estendem a sujeição do contribuinte à jurisdição de origem, mantendo a sua qualidade de residente, por um determinado período de tempo,

¹⁶ Como refere RONFELD, THOMAS “*Burdens of the Right of Establishment: On Fiscal Establishment chairs in the EU*”, Intertax, Volume 41, Issue I, 2013, p. 27, o mais importante para os Estados-membros é proteger a sua base tributária.

¹⁷ Em particular no combate à *unfair competition*.

¹⁸ A propósito do Acórdão do Caso Português, no ponto 15. do Capítulo V.

¹⁹ BETTEN, RIJKELE, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, IBFD Publications, Amsterdam, 1998, pp. 435 ss.

²⁰ *Exit taxes stricto sensu*, ob. cit. pp. 231-238.

²¹ Conhecidos como *Trailing Taxes*, COURINHA, GUSTAVO LOPES, ob. cit. pp. 238-245.

garantindo assim a tributação numa base universal. Pressupõem que o contribuinte migra por razões fiscais ou que os rendimentos têm como fonte o Estado Membro de origem.

Em sentido inverso, podem ainda ser cobrados impostos de recaptura²², que apesar das suas variações têm como objetivo tributar as vantagens que o contribuinte recebeu por ser residente. Assim, se o contribuinte por ser residente teve acesso a um benefício fiscal, e deixa de o ser, é aplicado um mecanismo de rescisão e pode ter de restituir os benefícios, por vezes com juros.

Estes também podem operar, como nota GUSTAVO COURINHA, como uma cláusula resolutiva legal retroativa, ou de penalização, a favor do Estado de origem, tendo o contribuinte de pagar um montante pela quebra do pressuposto em que o benefício assentou²³.

4. Os critérios de distinção

A par das modalidades de *exit taxes*, podemos distingui-los também de acordo com vários critérios, que podem dizer respeito a uma ou a várias categorias de *exit taxes* já analisadas. A sua análise prévia e a distinção do modo como são aplicados, em termos globais, permite uma maior apreensão e compreensão do nosso regime nacional.

4.1 Tipos e origem do rendimento

O rendimento que é alvo da incidência do imposto pode ser distinguido, conforme abranja a totalidade dos rendimentos dos sujeitos passivos, ou incida apenas sobre certas categorias. Se forem de fácil deslocalização, como os bens móveis, são difíceis de perseguir e tributar após a mudança de residência para outro Estado.

Os rendimentos variam também de acordo com a sua origem, podendo provir de ativos localizados apenas no Estado de origem ou também de outros Estados (como é o caso dos estabelecimentos estáveis sem personalidade jurídica situados no estrangeiro, que integram a esfera patrimonial do contribuinte).

²² Ou *Clawback taxes*, COURINHA, GUSTAVO LOPES, pp. 245-255.

²³ *Idem.* pp. 245 e ss.

4.2. Destino da emigração

O destino da emigração é também muito relevante, especialmente se a tributação nesses países de destino for considerada baixa, ou estiver em causa um paraíso fiscal²⁴. Os *exit taxes* aplicáveis apenas no caso de emigração para estes países visam o combate à evasão fiscal²⁵.

4.3. O critério temporal

Alguns países exigem que a qualidade de residente no Estado de origem se tenha verificado durante um determinado período de tempo²⁶, considerada como suficiente para que se considere que existe uma real conexão a esse país, que justifica a posterior tributação, no momento da saída.

É a mesma lógica dos impostos de perseguição, que determinam a manutenção da qualidade de residente por determinado período de tempo após a emigração²⁷.

O nosso ordenamento não prevê nenhum requisito deste tipo, pelo que uma sociedade que obtenha a qualidade de residente pode decidir emigrar uns meses depois, sendo o imposto a aplicar calculado com base nas mesmas normas.

4.4. A perda de residência

Em geral, o modo de apuramento da perda de residência pode ser interno ou convencional. É relevante perceber de acordo com que regras se considera que uma sociedade deixa de ser residente num determinado país e passa a ser residente noutra. Se a perda de residência é apurada segundo as normas internas do país da emigração, surgem, por vezes, problemas ao nível da aplicação das Convenções para evitar a Dupla Tributação (CDT), e questões de repartição da competência tributária.

²⁴ Sobre a noção de “paraíso fiscal”, vide MORAIS, RUI DUARTE, ob. cit. pp. 342-346 e VASQUES, SÉRGIO, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

²⁵ Utilizam por vezes o “*sistema das listas*”, MORAIS, RUI DUARTE, ob. cit. pp. 347-350; ou o “*sistema da comparação dos níveis de tributação*”, pp. 351-355.

²⁶ É o caso da Alemanha, que prevê um período de 10 anos

²⁷ Como é o caso da Espanha.

O contribuinte pode permanecer residente no direito interno, segundo as normas internas, das quais podem resultar obrigações, mas já não o ser para efeitos convencionais. Assim, se uma CDT for aplicável, e de acordo com a *tie breaker rule* o Estado perder o direito de tributar o contribuinte em questão, ele não deixa de ser residente nesse Estado, apenas não é sujeito passivo daquela norma fiscal, porque se aplica a Convenção²⁸.

CAPÍTULO II – O *exit tax* no Código do IRC

Em cumprimento dos comandos constitucionais, o nosso sistema fiscal baseia-se no princípio da legalidade²⁹, pelo que a tributação de qualquer rendimento deve respeitar a reserva de lei e basear-se numa previsão normativa que legitime a tributação de determinado facto ou acontecimento no nosso ordenamento jurídico³⁰.

Quanto à tributação das empresas, a Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê o princípio da capacidade contributiva³¹, que assenta na determinação do lucro real que cada empresa auferir³². O lucro real incide sobre o rendimento efetivamente auferido pela empresa, verificado através da sua contabilidade³³. Opõe-se ao lucro normal, que tem por base o lucro de uma empresa com uma gestão e atividade normal, que pode não corresponder ao que foi efetivamente gerado.

²⁸ ZERNOVA, DARIA “Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market” Peer-Reviewd Article, Intertax, Volume 39, Issue 10, 2011, pp. 478 e ss.

²⁹ Sobre este princípio, Cfr. SANCHES, J. L. SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 115- 132.

³⁰ Art. 103.º da Constituição da República Portuguesa, cfr., CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 1087 a 1096.

³¹ Cfr. SANCHES, J. L. SALDANHA ob. cit. pp. 227 a 244.

³² Art. 104.º da Constituição da República Portuguesa, cfr. CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, ob.cit. pp. 1098 a 1102.

³³ As empresas têm sempre o direito a optar pela tributação de acordo com a sua contabilidade. Trata-se de um direito subjetivo a uma tributação com base no lucro real, que pode ser restringido, existindo motivos imperiosos, mas não eliminado, *vide*, SANCHES, J. L. SALDANHA ob. cit. pp. 367 a 373.

Com base nestas previsões constitucionais, questionamos a legitimidade da tributação de uma sociedade que exerce o seu direito de estabelecimento com base na ficção de realização das suas mais-valias latentes, no momento de saída do ordenamento nacional. Verificamos neste caso, que a mesma é sujeita a um imposto que incide sobre um rendimento que não se verificou, e que, por isso, não pode ser considerado um “lucro real” nos termos previstos na CRP, pelo que iremos analisar se este desvio ao Princípio Constitucional é justificado,

5. A residência

A residência, enquanto elemento de conexão subjetivo, permite-nos identificar os tipos de sujeito passivo, sendo através das várias categorias de residentes e não residentes que são estabelecidas as normas que permitem determinar a incidência e a carga fiscal.

A qualidade de residente é atribuída pelos próprios Estados, que definem os critérios a preencher para a obter, de acordo com o art. 4.º da CMOCD³⁴, preceito que refere o conceito de domicílio mas não o de nacionalidade. O domicílio para efeitos fiscais assume-se, pois, como tendo uma conexão mais forte que a residência, dando origem a obrigações tributárias, e pressupõem uma intenção de permanência no local.

No caso das pessoas coletivas, a residência é determinada com base no n.º 3 do art. 2.º do Código do IRC, no qual podemos distinguir os seus dois elementos essenciais, a sede³⁵, e a direção efetiva³⁶, utilizados como critérios de determinação pela generalidade dos Estados.

Se uma empresa possui sede no estrangeiro, mas tem a sua direção efetiva em Portugal, é considerada residente em Portugal. Contudo, o facto de a legislação portuguesa a considerar residente no nosso território, não impede que o Estado onde possui a sua

³⁴ A Convenção Modelo da OCDE prevê que “*Para efeitos da Convenção, a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar, (...)*”.

³⁵ Ver *infra* 5.1.1.

³⁶ Enquanto o local onde se concentram e funcionam os órgãos de administração e controlo superior da empresa, mais desenvolvimentos sobre a direção efetiva, DINIS, JOSÉ PEDRO, *O Critério da Direção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, Junho de 2011.

sede não a considere também. Assim, não raras vezes, surgem complicadas situações de dupla tributação internacional, tendencialmente resolvidas através das CDT's, que preveem a prevalência do critério da direção efetiva³⁷, do local onde são praticados os atos de gestão corrente da empresa³⁸, de modo a evitar a criação de sedes fictícias com o propósito de beneficiar de condições fiscais mais vantajosas.

No nosso ordenamento, os rendimentos obtidos em território nacional, pelas sociedades, ficam sujeitos a tributação, mesmo que obtidos por não residentes. A qualidade de residente permite, contudo, situar em Portugal os seus factos tributários.

Da qualidade de residente decorrem várias consequências, sendo a principal a sujeição a uma tributação de base universal, mas também surgem deveres conexos, como a obrigação de cooperação com as entidades fiscais, a figura da substituição tributária, a retenção na fonte, entre outros.

5.1. Tipos de organização societária

De acordo com as normas nacionais, as sociedades devem obrigatoriamente ter uma sede social, nos termos dos arts. 9.º, n.º1, *al. e*), e 12.º, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), que determina a lei aplicável à sociedade. Nada impede, contudo, que organizem e instalem outras formas locais de representação, como sucursais, filiais, agências ou delegações, de acordo com o tipo de atividade e grau de autonomia que pretendam.

As opções de representação das sociedades são variadas, e podem distinguir-se também quanto à sua forma jurídica³⁹. A sociedade comercial pode organizar-se segundo uma

³⁷ Relativamente a este critério e à sua prevalência *vide*. OCDE “*The impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie-breaker rule*” em www.ocde.org, 2001, p.10; CÂMARA, FRANCISCO SOUSA DA, “*A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação*”, In *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, 2001, pp. 333 e ss.;

³⁸ Art. 4.º, n.º3 da CMOCDE “*Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direção efetiva*”.

³⁹ Sobre este tema Cfr. CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2012.

das formas previstas no art.º1.º n.º 2, (*ex vi* n.º3) do CSC⁴⁰, ou pode ser constituída como uma sucursal de sociedade estrangeira, sociedade *offshore*⁴¹ ou até um escritório de representação⁴².

Ao nível da representação local, as sociedades de um de determinado Estado que pretendam desenvolver actividade noutros locais, podem optar por implementar sucursais ou subsidiárias.

Apesar destas formas de actividade serem as mais relevantes podem ainda existir outras, como a prática isolada de operações necessárias, com deslocação apenas dos meios materiais e humanos indispensáveis, ou uma presença física noutro país para meros efeitos de representação⁴³.

5.2 A tributação de residentes e não residentes

A incidência e determinação da matéria coletável no Código do IRC é baseada na distinção entre três categorias: Os residentes; não residentes com estabelecimento estável (EE) e não residentes sem EE.

De acordo com o Código do IRC, os sujeitos passivos residentes em Portugal são alvo de uma tributação ilimitada⁴⁴, sobre a totalidade dos seus rendimentos⁴⁵, mesmo os

⁴⁰ “2 – São sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de actos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações.

3 – As sociedades que tenham por objeto a prática de actos de comércio devem adotar um dos tipos referidos no número anterior.”

⁴¹ Este tipo de sociedade, geralmente criada na zona franca da Madeira tem, em termos fiscais, para efeitos de IRC, o mesmo tratamento que é dado a uma sociedade estrangeira que atue directamente em Portugal.

⁴² PAULO OLAVO CUNHA define o escritório de representação como uma realidade não generalizada no Direito Português, aplicável a zonas de actividade económica especialmente reguladas, semelhante à sucursal mas com menos poderes que aquela, ob. cit p.121

⁴³ É um direito das sociedades poderem estabelecer-se da forma que entenderem mais conveniente, Caso C-212/97, *Centros*.

⁴⁴ Princípio *world –wide taxation* previsto no art. 4º, n.º1 do CIRC.

⁴⁵ O rendimento a que aqui nos referimos é o rendimento real, de acordo com o art. 104.º n.º 2 da CRP. Com base na teoria do incremento patrimonial, a base do imposto é o lucro (diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação). A tributação pelo lucro real, aplicada às

obtidos fora do território português. Estão assim, sujeitos ao princípio da universalidade, que determina a extensão extraterritorial da lei interna⁴⁶.

Relativamente aos sujeitos não residentes, a tributação destes é limitada apenas aos rendimentos obtidos no território português, ou incrementos patrimoniais que aqui tenham sido obtidos.

Quanto aos sujeitos não residentes com estabelecimento estável em Portugal, são objeto de tributação apenas pelos lucros que a eles possam ser imputados, através de um fator objetivo. Neste caso, o apuramento dos rendimentos perde autonomia, é tributado como um todo, de forma idêntica à dos residentes, pois a conexão que aqui se estabelece é com o rendimento obtido no território nacional.

Os sujeitos não residentes sem estabelecimento estável são tributados pelo rendimento que auferem em território português, art. 4.º n.ºs 2, 3 e 4 CIRC, de acordo com elementos de conexão como a fonte de produção e a fonte de pagamento.

5.3. A residência com estabelecimento estável

O estabelecimento estável representa uma forma de actuação de uma entidade com sede ou domicílio estrangeiro no território português, que desenvolve, de forma permanente, uma actividade comercial, industrial ou agrícola, de acordo com o art. 5.º do CIRC.

Este tipo de estabelecimento carece de personalidade jurídica, sendo tipificado como sociedade não residente, pois representa uma extensão da sociedade e do seu património, sendo qualificado como património autónomo, para efeitos de Direito Comercial e Fiscal⁴⁷.

O não residente que se estabelece no nosso ordenamento através de um estabelecimento estável tem um tratamento específico, pois atua de forma idêntica à do residente, com

empresas, consubstancia uma obrigação de possuir uma contabilidade organizada, de modo a poder apurar-se o lucro real, com base na mesma.

⁴⁶ Sobre este princípio, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 231-2 e 284; RUI DUARTE MORAIS, *ob. cit*; JOSÉ LUÍS SALDANHA SANCHES, “Política Tributária e Investimento Estrangeiro”, *Fisco*, nº,30, 1991, pp. 11-7 e ANA PAULA DOURADO, *Princípios de Direito Tributário Internacional*, 1998, p.56, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PrincDTI.pdf

⁴⁷ Neste sentido, SANCHES, J.L. SALDANHA *op. cit* pp. 355.

características semelhantes, mas a maior parte da sua actividade é realizada fora desse território. Está, por isso, sujeito às mesmas regras dos residentes, mas com especificidades pelo facto de não ser residente.

Os não residentes em Portugal, enquanto sujeitos passivos de IRC, por aqui obterem rendimentos, são tributados de forma diferente consoante constituam, ou não, um estabelecimento estável. Se não constituírem um estabelecimento estável, são tributados pelos rendimentos das diversas categorias consideradas para efeitos de IRS, e pelos incrementos patrimoniais a título gratuito previstos na lei. O mesmo acontece aos não residentes que, apesar de possuírem um estabelecimento estável, os rendimentos não lhe sejam imputáveis.

Relativamente aos não residentes com estabelecimento estável a determinação do imposto é feita com base no lucro imputável ao estabelecimento estável.

A determinação do lucro tributável do estabelecimento estável⁴⁸⁴⁹ Implica, em primeiro lugar, a delimitação do lucro, e a fixação do montante sobre o qual vai incidir o imposto. Só assim poderá ser determinado e calculado o rendimento sujeito a imposto⁵⁰.

O estabelecimento estável é tributado pela totalidade dos lucros obtidos pelo não residente, por seu intermédio, que lhe possam ser imputados, independentemente de terem origem em Portugal ou no estrangeiro. Na segunda opção, os rendimentos obtidos pelo estabelecimento estável com origem no estrangeiro são tidos como originalmente portugueses, por via da ficção do art. 3.º n.º3, em que se consideram “obtidos em território português os rendimentos imputáveis a estabelecimento estável aí situado”. Está, assim, consagrado o princípio da atração limitada ou restrita do estabelecimento estável, que não corresponde à previsão da CMOCDE, pelo que deve ser afastado no âmbito de acordos de dupla tributação que sigam a Convenção.

⁴⁸ Encontra-se prevista no art. 55.º do CIRC, que remete para o regime a Secção II, arts. 17.º e ss, relativa às “Pessoas coletivas e outras entidades residentes que exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou agrícola”.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos, MANUELA DURO TEIXEIRA, *A determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis*, Almedina, 2007, pp. 35 e ss.

⁵⁰ De acordo com o art. 3.º n.º3 do CIRC, “São componentes do lucro (...) os rendimentos de qualquer natureza obtidos por seu intermédio, assim como os demais rendimentos obtidos em território português, provenientes de actividades idênticas ou similares às realizadas através desse estabelecimento estável, de que sejam titulares as entidades aí referidas.

5.4. Sede e a direção efetiva

Determinar a sede e a direção efetiva de uma sociedade é da maior relevância de modo a categorizar e enquadrar a tributação do seu rendimento.

O conceito de residência no nosso ordenamento atende a duas situações na sua definição, como nota WILLIAM T. CUNNINGHAM⁵¹, a direção efetiva, e, com a igual importância, a sede social da sociedade⁵². Estes são, como já referimos, os critérios utilizados pela generalidade dos Estados, sendo o local da direção efetiva sugerido pela CMOCD⁵³ como critério de desempate em caso de conflito⁵⁴.

A direção efetiva é determinada pelo local onde a sociedade exerce a sua actividade. Tem em conta, em primeiro lugar, o local da administração estratégica, onde é decidida a política central da sociedade, normalmente a cargo de um Conselho de Administração ou de um ou mais administradores. Atende também ao escritório central, onde essas decisões são implementadas e à gestão corrente da sociedade, onde são guardados os registos contabilísticos e outras informações relevantes⁵⁵.

A adopção de critérios de residência distintos por parte dos Estados pode gerar situações de dupla residência, que podem dar origem a dupla tributação internacional. O mesmo pode acontecer com a interpretação, por parte dos Estados, do critério da direção efetiva, à luz dos seus diferentes critérios de residência internos, pelo que é necessário estabelecer uma interpretação uniforme.

⁵¹ CUNNINGHAM, WILLIAM T. (*Arthur Andersen & Co., SC*) “O conceito de residência das pessoas coletivas na legislação e na prática fiscais portuguesas” Fisco, N.º 69, Dezembro de 1994, Ano VI.

⁵² Cfr. DINIS, JOSÉ PEDRO, *O Critério da Direção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, Junho de 2011.

⁵³ A direção efetiva, ou *Central Management and control* é descrita na CMOCD⁵³ como “*Place of Effective Management*”.

⁵⁴ A direção efetiva, enquanto critério de residência para efeitos convencionais pode gerar uma perda de residência em termos relativos, na relação entre os dois Estados em conflito, mas também em termos absolutos, face ao resto do mundo, por força da eficácia externa dos tratados.

⁵⁵ ZERNOVA, DARIA “*Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market*” Peer-Reviewd Article, *Intertax*, Volume 39, Issue 10, 2011, p. 472.

5.5. A tributação na Zona Franca da Madeira

A Zona Franca da Madeira (ZFM) foi essencialmente criada como sendo uma zona de livre circulação de mercadorias circunscrita a um pequeno espaço⁵⁶.

A definição da Madeira como uma *off-shore* de âmbito internacional, ou território de baixa fiscalidade, foi promovida por vários Decretos-Lei⁵⁷ e Decretos Regulamentares⁵⁸.

Inicialmente, apenas o setor industrial era desenvolvido nesta Zona, e só posteriormente as atividades de natureza comercial e financeira se estabeleceram. As áreas de atividade hoje presentes na Madeira são a Zona Franca Industrial, que proporciona infra-estruturas à produção e armazenamento industrial; o registo internacional de navios, com vantagens para os que se registem nesta zona e serviços de *trading*, consultoria, e outros serviços ao nível internacional.

O sistema de incentivos fiscais implementado com vista ao desenvolvimento desta região foi previsto pelo Decreto-Lei n.º 165/86. De acordo com JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, existiu sempre uma abordagem territorial na aplicação dos incentivos, sendo que este primeiro diploma não era favorável ao alargamento das atividades a não residentes. Surge em 1993, um outro importante diploma, que alarga a concessão dos benefícios fiscais aos não-residentes, com algumas condições, que incluem a necessidade do rendimento ser obtido com a colaboração de não residentes⁵⁹.

⁵⁶ Decreto-Lei n.º 500/80, art. 2.º,

⁵⁷ O regime foi instituído com o Decreto-Lei n.º 163/86, de 26 de Junho que disciplinou as sucursais financeiras exteriores, art. 2.º, n.º2; Decreto-Lei n.º 234/88, de 5 de Julho, no qual se criaram os serviços de registo comercial e de notariado da Zona Franca da Madeira; Posteriormente o Decreto –Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro, disciplinou a constituição e funcionamento das sociedades ou sucursais de *trust off-shore* na Zona Franca da Madeira; O Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março, instituiu o sistema do segundo registo, através da criação dos Serviços do Registo Internacional de Navios da Madeira (MAR), importante factor de dinamização da região. Cfr. XAVIER, ALBERTO, ob. cit. pp. 568-569.

⁵⁸ Em particular o Decreto Regulamentar Regional n.º 16/87/M, de 13 de Julho, que regulamentou o Decreto-Lei n.º 163/86, de 26 de Junho e aprovou o “Regulamento das Atividades Financeiras Off-Shore Integradas no Âmbito Institucional da Zona Franca da Madeira”, além das atividades financeiras, foram também reguladas as atividades industriais, pelo o Decreto Regulamentar Regional n.º 21/87/M, de 5 de Setembro. Cfr. Xavier, Alberto, ob. cit. p. 569.

⁵⁹ SILVA, JOSÉ MANUEL BRAZ DA, *Os Paraísos Fiscais, Casos Práticos com Empresas Portuguesas*, Almedina, 2004, pp. 110 e 111.

O regime estabelecido não foi, contudo, adequado ao fim pretendido, na medida em que não aproveitava a todas as entidades, nem protegia os rendimentos pagos pelas sociedades e sucursais⁶⁰ aos beneficiários de *trust off-shore* residentes no estrangeiro⁶¹.

Relativamente aos sócios, apenas os não residentes⁶² beneficiavam de isenção⁶³.

A Zona Franca da Madeira possui, portanto, um regime configurado como auxílio de Estado, que tem sido autorizado pela Comunidade Europeia⁶⁴, apesar de ser contrário aos princípios Europeus e ser prejudicial ao mercado interno⁶⁵.

Este regime fiscal pretende ser um meio de promover o crescimento e desenvolvimento da região, através da criação de um sistema competitivo e que fomente a criação de emprego.

A Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional propôs, em 1999, a “*criação de um sistema de tributação moderada em bases graduais, e objeto de estímulos ao reinvestimento através de subscrição de certificados de um Fundo de Desenvolvimento Regional.*”⁶⁶.

Nos dias de hoje é considerado um regime de tributação mais reduzida, que permite às empresas beneficiar de uma redução de IRC (4% até 31/12/2012 e 5% de 1/1/2013 a 31/12/2020) aplicável aos lucros provenientes de operações desenvolvidas

⁶⁰ Reguladas no Decreto –Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro

⁶¹ Neste sentido e para mais desenvolvimentos, XAVIER, ALBERTO, ob. cit. pp.571 e 572.

⁶² Entendem-se, para este efeito, como refere ALBERTO XAVIER, as entidades instaladas na zona franca e os residentes no estrangeiro, que não possuam estabelecimento estável em Portugal, salvo se localizado na Zona Franca. ob. cit. pp. 587 e 588.

⁶³ A título de exceção, as entidades que exerçam uma actividade industrial e os transportes marítimos também são aplicáveis, uma vez que a residência dos sócios, nestes casos, é irrelevante.

⁶⁴ Regime autorizado pela CE através do auxílio estatal n.º 421/2006. (artigo 36.º EBF), aplicável a entidades licenciadas entre 2007 e 2013 (e também, após 1 de Janeiro de 2012, às entidades anteriormente licenciadas) com efeitos até 2020

⁶⁵ MOREIRA, GONÇALO FOLHADELA, “*Regime especial da Zona Franca da Madeira*”, Jornal de Negócios, Julho de 2007, disponível em <http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/ebf/artigo-regime-especial-zfm-gvm-jul-07.pdf>

⁶⁶ XAVIER, ALBERTO, ob. cit. p. 589.

exclusivamente com outras entidades não residentes em território português ou com entidades igualmente licenciadas, desde que cumpridos condicionalismos legais⁶⁷.

Enquanto zona fiscalmente vantajosa, é utilizada para planeamento fiscal, procurando as empresas aproveitar os benefícios concedidos, estabelecendo-se nesta zona para efeitos meramente fiscais, sem possuírem uma real atividade, o que é comprovado, como nota SERGIO VASQUES⁶⁸, pela diminuição do número de postos de trabalho relativamente ao previsto e relativamente ao número de empresas que ali se estabelecem, sem indícios de real atividade.

Apesar de o Governo Português ser responsável pela atribuição das Ajudas de Estado, a autoridade responsável pela administração da ZFM é a Sociedade de Desenvolvimento da Madeira (SDM), que está encarregue de emitir licenças, de instalação, funcionamento ou construção, para que as empresas ali se possam estabelecer. O facto de ser a mesma empresa que concessiona as licenças a reguladora gera conflitos entre a obtenção de lucro e uma boa fiscalização⁶⁹.

É relevante ainda referir que estas Zonas não representam paraísos fiscais, sendo apenas zonas com um regime fiscal preferencial, sujeitas às mesmas obrigações que as entidades nacionais ao nível da supervisão e deveres de informação.

CAPÍTULO III – O regime de *Exit Tax* Português

6. O quadro legal anterior a 2006

Até 2006, a transferência de residência de uma sociedade não era considerada um evento sujeito a tributação em Portugal⁷⁰.

⁶⁷ FERREIRA, ROGÉRIO FERNANDES, “A Zona Franca da Madeira: Papel e Ponto de Situação”, 6º Painel referente aos Benefícios Fiscais e Competitividade, no III Congresso de Direito Fiscal, organizado pela Almedina e pelo IDEFF, no dia 11 de Outubro de 2012, em Lisboa.

⁶⁸ VASQUES, SÉRGIO, *The Madeira Free Trade Zone: Compliance and Control Issues European Taxation*, vol.4, 2012, p. 151.

⁶⁹ BRÁS, FERNANDO; DEWERBE, PATRICK & BORGES, RICARDO, “*The Madeira Free Zone and its Standpoint within the European Union*”, ECTR 3, 2004, p. 122-134.

⁷⁰ NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, “*Exit taxation of companies in Portugal*”, *European Tax Studies*, 1/2010, p.3.

No orçamento de estado para 2004⁷¹, porém, surge uma autorização para o Governo introduzir um imposto de saída às sociedades⁷², que acabou por expirar sem que nenhuma medida fosse tomada.

O “*exit tax*” foi introduzido pelo Orçamento de Estado para 2006⁷³, visando a transposição da Diretiva n.º 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, sobre o regime fiscal aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, que por sua vez alterava a original Diretiva n.º 90/434 de 23 de Julho de 1990, sobre o mesmo tema⁷⁴.

Esta Diretiva não continha, contudo, indicações ou bases que levassem à introdução de um novo imposto pelos Estados-membros. Regulava apenas, relativamente às Sociedades Europeias⁷⁵ ou sociedades Cooperativas Europeias⁷⁶, que da transferência da residência não resultaria nenhum imposto relativamente ao ativo ou ao passivo que continuasse afeto ao estabelecimento permanente localizado em determinado Estado-membro, neste caso Portugal, e contribuísse para o lucro desse estabelecimento permanente⁷⁷. A génese do regime pode retirar-se de uma interpretação *a contrario* desta previsão, estendendo-o a outros tipos de sociedades.

Não podemos, contudo, considerar que este imposto tenha decorrido de uma imposição comunitária, uma vez que a Diretiva era dirigida apenas aos Estados-membros que cobravam este tipo de impostos, o que não era o caso de Portugal, pelo que, não sendo destinatários, não existiria a obrigação de a transpor⁷⁸.

⁷¹ Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro

⁷² Artigo 30.º.

⁷³ Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro

⁷⁴ Relativamente à introdução do imposto no nosso ordenamento, colocavam-se já algumas questões, tendo em conta a jurisprudência já existente, como nota GONÇALO FOLHADELA MOREIRA, em “*Exit tax*”, *Jornal de Negócios*, Outubro de 2006 disponível em <http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/hfc/artigo-exit-tax-gfm-out-06.pdf>.

⁷⁵ O Estatuto das Sociedades Europeias consta do Regulamento do Conselho n.º 2157/2001, de 8 de Outubro de 2001.

⁷⁶ O Estatuto das Sociedades Cooperativas Europeias consta do Regulamento do Conselho n.º 1435/2003, de 22 de Julho de 2003.

⁷⁷ Actual art. 12.º da Diretiva do Conselho n.º 2009/133/CE de 19 de Outubro de 2009.

⁷⁸ Neste sentido, CALDAS, ANTÓNIO CASTRO, *O exit tax no código de IRC*, Revista de direito e gestão fiscal: Fiscalidade, N.º34, Abr.-Jun. 2008, pp. 35-55.

A necessidade de um regime consolidado ao nível da transferência de sede das sociedades foi já nesta altura tema de uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, a 14.^a Diretiva, de 20 de Abril de 1997⁷⁹. Pretendia-se assegurar a liberdade de estabelecimento através da transferência de sede de um Estado-membro, sem perda de identidade e sem necessidade de liquidação ou dissolução, para outro Estado-membro.

7. A Incidência Subjetiva

O âmbito de incidência das normas do CIRC pode ser considerado de um âmbito subjetivo ou objetivo consoante diga respeito, respetivamente, a pessoas (nacionalidade e da residência), ou a coisas e factos (fonte de produção ou pagamento do rendimento; local do exercício da atividade; local da situação dos bens; local do estabelecimento estável, ou local da celebração do contrato).

A determinação é feita com base na conexão entre os factos e a previsão normativa, através dos já referidos elementos de conexão, que enquadram a situação na previsão normativa do ordenamento jurídico competente.

No âmbito subjetivo cabe referir, em primeiro lugar o papel da nacionalidade, enquanto característica distintiva dos sujeitos residentes e estrangeiros⁸⁰.

As sociedades que situem em Portugal a “*sede principal e efetiva da sua administração*” (art. 3.º, n.º1, I parte do CSC) são consideradas nacionais do nosso país, adotando a nossa lei como a sua lei pessoal.

Ser nacional⁸¹ de um país tem hoje pouca relevância ao nível fiscal, pois esta qualidade não nos indica a existência de uma efetiva ligação económica ao território de um Estado. A necessidade de atender a critérios objetivos impõem a prevalência da

⁷⁹ O texto desta diretiva pode encontrar-se traduzido no manual de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2005, pp. 810 a 813.

⁸⁰ Os estrangeiros foram, em alguns ordenamentos jurídicos, discriminados pela sua condição, nomeadamente na França e na Bélgica, onde eram tributados de forma mais gravosa que os nacionais, quando provinham de Estados em que a moeda era mais valiosa, e lhes concedia mais poder de compra, XAVIER, ALBERTO, op. cit. p. 263.

⁸¹ A nacionalidade das pessoas coletivas é assim, determinada pela lei aplicável à sua constituição, (art. 3.º CSC), de acordo com a teoria da incorporação. Cfr. XAVIER, ALBERTO pp. 264 a 266.

territorialidade, e da residência, como factores distintivos capazes de indicar uma verdadeira vinculação⁸².

Os sujeitos passivos do IRC encontram-se elencados no art. 2.º do CIRC. O seu n.º 3 prevê expressamente “*consideram-se residentes as pessoas coletivas e outras entidades que tenham sede e direção efetiva em território português*”.

Relativamente à incidência e à determinação da matéria coletável, interessa distinguir entre sujeitos residentes, não residentes com estabelecimento estável, e não residentes sem estabelecimento estável. Estes diferentes tipos de sujeitos são alvo de diferentes normas e diferentes tipos de tributação.

7.1. A transferência de residência

A qualidade de residente⁸³ é, como já vimos, o pressuposto para a aplicação deste regime, independentemente da sua duração. O nosso ordenamento não exige que esta qualidade se tenha verificado por um período mínimo de tempo, pelo que a residência, enquanto legitimadora da tributação de um *exit tax*, pode não representar uma verdadeira e duradoura conexão com o nosso território. O contribuinte pode adquirir a qualidade de residente, e um ano depois, decidir alterar a sua residência. Esta solução não é a ideal, na medida em que fica sujeito às mesmas obrigações tributárias dos outros residentes, em que certamente a expectativa de continuidade no nosso território é superior, incluindo ao nível das mais-valias latentes⁸⁴.

A perda da qualidade de residente no nosso ordenamento constitui o facto tributário que desencadeia o imposto à saída. Esta transferência de residência implica a sede e a direção efetiva, na medida em que são estas que qualificam uma entidade como residente, art. 2.º n.º 1, als. a) e b) e art. 83.º n.º1 do CIRC “*Para a determinação do lucro tributável do período de tributação em que ocorra a cessação de actividade de entidade com sede ou direção efetiva em território português, (...) , por virtude da sede e a direção efetiva deixarem de se situar nesse território (...)*”.

⁸² Cfr. MORAIS, RUI DUARTE, ob. cit. p. 135.

⁸³ Sobre a Residência ver Capítulo II, 5.1. *supra*.

⁸⁴ Também GUSTAVO LOPES COURINHA apresenta algumas críticas a esta previsão, ob. cit. pp. 329 e 330.

7.2. A cessação de atividade e transferência de elementos patrimoniais afetos ao estabelecimento estável

A cessação de actividade de estabelecimento estável em território português ou a sua transferência para outro ordenamento determina o apuramento do lucro tributável que lhe é imputável, de acordo com o art. 84.º do Código do IRC.

Esta transferência tem consequências para a empresa, nomeadamente quanto ao apuramento do seu lucro tributável. Estas consequências não se verificam, contudo, se os elementos patrimoniais em causa permanecerem afetos a um estabelecimento estável. A transferência de residência com a manutenção de um estabelecimento estável no território português constitui uma exceção ao regime, e para que tal aconteça devem encontrar-se preenchidos determinados requisitos: os elementos patrimoniais devem manter-se inscritos na contabilidade do estabelecimento estável com os mesmos valores que constavam da contabilidade da sociedade e os valores destes elementos devem ser os que resultem da aplicação das normas do Código do IRC, ou de outras normas fiscais⁸⁵.

O apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais em causa não têm em conta a transferência de residência, e deste modo os resultados latentes, sejam eles positivos ou negativos, são realizados e tidos em conta, para efeitos fiscais, apenas quando os elementos patrimoniais forem transmitidos ou abatidos pelo estabelecimento estável⁸⁶.

Em suma, a transferência de residência da sociedade com manutenção de um estabelecimento estável nos termos descritos não é sujeita a tributação em sede de IRC, mas implica a continuidade do tratamento fiscal dos elementos transmitidos. É concedido um diferimento de tributação para o momento em que os correspondentes ganhos sejam efetivamente apurados, de modo idêntico ao previsto nos artigos 73.º e ss.

⁸⁵ Art. 74.º n.º3, *ex vi* art. 83.º n.º2. Entendemos que estes elementos devem ter um papel na produção do lucro tributável do estabelecimento estável, assegurando a continuidade da actividade levada a cabo no território nacional.

⁸⁶ De acordo com o art. 15.º n.º1 alínea c), *ex vi* art. 83.º n.º4, a matéria coletável imputável a esse estabelecimento é obtida através da dedução ao lucro tributável dos prejuízos fiscais imputáveis a esse estabelecimento, e dos benefícios fiscais que provoquem uma dedução nesse lucro.

do CIRC quanto às cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais⁸⁷. Nestes casos o Estado Português não vê alterado o seu poder tributário, uma vez que os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes são tratados, como já vimos, de forma idêntica à dos residentes.

No caso de não se preencherem os requisitos e houver transferência de elementos patrimoniais afetos ao estabelecimento estável, procede-se ao apuramento de resultados imputáveis ao estabelecimento estável, que se obtêm, como já referimos⁸⁸, a partir da diferença entre os valores de mercado e os valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais à data da cessação⁸⁹.

A transferência que se tem em conta na aplicação deste regime é apenas aquela que provoque uma “desafetação” dos elementos, e não qualquer transferência a título provisório, como a letra da lei parece incluir⁹⁰.

O objectivo de tributar, em sede de *exit tax*⁹¹, a cessação de actividade de um estabelecimento estável é evitar possíveis ganhos na transferência de bens não sujeitos a tributação quando o estabelecimento estável deixa de ter actividade no território.

Coloca-se ainda a questão da compatibilidade deste regime com a aplicabilidade de uma CDT. Entende-se⁹² que é possível tributar transferências de ativos entre um estabelecimento estável e a sede central, nomeadamente quando essas transferências se devam à cessação de atividade do estabelecimento estável.

⁸⁷ Fica por esclarecer a situação em que a sociedade que transfere a sua residência tenha um estabelecimento estável no estrangeiro. Como refere ANTÓNIO CASTRO CALDAS, ob. cit. p. 44, os elementos afetos a esse estabelecimento não permanecem afetos ao estabelecimento estável que a sociedade possa ter em Portugal, aquando da transferência de residência. Esses elementos patrimoniais afetos a esse estabelecimento estável estrangeiro deverão então ser tributados no momento da transferência da residência.

⁸⁸ *Supra* Capítulo II 5.1.3.

⁸⁹ Cfr. Art. 83.º n.º1, *ex vi* art. 84.º do Código do IRC.

⁹⁰ O art. 84.ºb) dispõem “*A transferência, por qualquer título material ou jurídico, para fora do território português de elementos patrimoniais que se encontrem afetos ao estabelecimento estável*”, não especificando a que título essa transferência pode ser feita, pelo que se tem entendido que apenas a transferência que possa ser equiparada à transferência de propriedade pode ser tida em conta. No mesmo sentido, MANUELA DURO TEIXEIRA, ob. cit. p. 90.

⁹¹ Art. 84.º do Código do IRC.

⁹² Partilhamos o entendimento de António Castro Caldas, ob. cit. pp. 48 e 49.

A tributação nesta sede não permite diferir o momento do pagamento, pois o art. 84.º remete diretamente para o n.º1 do art. 83.º, o que levanta os problemas já abordados relativos à capacidade contributiva e justificação da tributação.

7.3. O apuramento de mais e menos-valias

As mais valias⁹³, enquanto rendimentos provenientes de bens que não se encontram no âmbito do normal funcionamento da empresa, são consideradas enquanto um rendimento-acrécimo e estão sujeitas ao princípio da realização, na medida em que o rendimento que gera (ou a perda no caso da menos-valia), só será tributável no momento em que houver, de facto disposição e este tiver sido apurado.

A mais ou menos-valia, reflete a diferença (positiva ou negativa) entre o valor da aquisição⁹⁴ e o posterior valor da realização. Porém, desde o momento da aquisição, o bem imobilizado pode gerar custos que são fiscalmente dedutíveis, as amortizações, que reduzem o valor de aquisição. O valor das mais valias será então o resultado da diferença entre o valor de realização e o valor remanescente, ou residual (valor de aquisição menos amortizações acumuladas)⁹⁵.

Em suma, a tributação das mais e menos-valias incide sobre o saldo que foi realizado por elas num determinado exercício.

Após a transferência de residência, a mais-valia já tributada pode ser realizada por um valor inferior, ou existirem menos-valias, que não são consideradas, pelo que consideramos a tributação nestes moldes excessiva, injusta e passível de gerar dupla tributação.

Põe em causa princípios constitucionais, como a tributação pelo lucro real das empresas, e o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a sociedade, por não ter ainda realizado as mais-valias, pode não ter liquidez para pagar o imposto.

Apesar desta tributação não violar diretamente a constituição, uma vez que é fundamentada por princípios imperiosos de interesse nacional, melhor analisados

⁹³ Definidas como ganhos ou perdas obtidos através da alienação de bens do ativo imobilizado da empresa. Esta alienação pode ser voluntária, forçada, ou furtiva, mas deve ser onerosa.

⁹⁴ Autores como ANTÓNIO CASTRO CALDAS referem a importância de definir este “valor efetivo de aquisição” como “... o valor de mercado sobre o qual tenha incidido anteriormente o imposto nos termos do artigo 76.ºA [83.º]”. Embora a lei não seja clara neste aspeto, concordamos com a definição.

⁹⁵ Cfr. RUI DUARTE MORAIS, ob. cit. pp. 144 a 146.

adiante, baseia-se numa capacidade contributiva presumida, independente da realidade, que põe em causa direitos fundamentais dos contribuintes.

7.4. Determinação do lucro tributável

Como vimos, a tributação das sociedades tem por base o seu lucro tributável, conceito que iremos de seguida abordar, e que é determinado a partir da contabilidade da sociedade, de acordo com o art. 3.º n.º1 a) do Código do IRC.

Em primeiro lugar, a tributação deve ter em conta o “lucro real” da sociedade, por imposição constitucional, art, 104.º, n.º2, da CRP que prevê que “a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”. O objectivo da norma é que o imposto tenha em conta o rendimento que efetivamente foi obtido⁹⁶. A determinação do “rendimento real”, por oposição ao “rendimento normal”, é mais suscetível de gerar evasão fiscal, e não é absoluta, pois a Administração pode fixar indiretamente a matéria coletável “reconstituindo” o seu lucro, se não aceitar os dados da contabilidade apresentados. Esta reconstituição é também ela uma forma de determinar o rendimento real. Este princípio não é, contudo, absoluto, pois a própria Constituição refere que “incide fundamentalmente” e podem existir outros interesses a ter em conta, como a justa repartição dos encargos tributários, e em particular, o combate à evasão fiscal.

O conceito de lucro, enquanto base da tributação das sociedades ou outras pessoas coletivas de natureza empresarial, deve traduzir a sua capacidade contributiva.

A determinação do lucro no âmbito deste imposto é o resultado da aplicação das normas deste regime, pelo que o lucro noutra âmbito pode ser definido de forma diferente, consoante as regras aplicáveis ao caso concreto.

No período de tributação em que ocorra a transferência de residência, o lucro tributável é apurado, nos termos do art. 83.º, n.º1 do CIRC, com base na diferença, positiva ou negativa, entre os valores de mercado e os valores contabilísticos dos elementos patrimoniais. Este regime é igualmente aplicável aos estabelecimentos estáveis que

⁹⁶ Pretende-se evitar que a tributação incida sobre o rendimento que, em circunstâncias normais, pelo funcionamento da empresa e da economia, esta poderia ter obtido. Também assim, RUI DUARTE MORAIS, ob. cit. pp. 58 e ss.

cessem a sua actividade ou transfiram os seus elementos patrimoniais para fora do território Português, por via remissão do art. 84.º do CIRC.

Existem exceções a este regime já abordadas, como a manutenção dos elementos patrimoniais afetos a um estabelecimento estável no território Português, prevista no art. 83.º n.º2. Neste caso, a lei remete a determinação do lucro tributável para o disposto no art. 74.º, n.º4⁹⁷, um regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos. É importante referir este regime em que não se aplica o imposto à saída, na medida em que ele está sujeito a uma norma anti-abuso⁹⁸, o art. 73.º, n.º10 do CIRC, aplicável por via da remissão do art. 83.º, n.º5 do CIRC, que prevê que este regime especial não se aplique quando o objetivo⁹⁹ da operação seja a evasão fiscal, caso em que haverá, se for caso disso, liquidação adicional do imposto correspondente.

7.5. A tributação dos Sócios

Os sócios das sociedades que transfiram a sua residência para o estrangeiro são tributados, nos termos do art. 85.º do CIRC, pela diferença entre o valor (de mercado) do património líquido da sociedade, à data da transferência da sociedade, e o preço de aquisição das partes sociais respetivas.

O art. 85.º, n.º1 do CIRC remete para o regime da tributação dos sócios pelo resultado da partilha do património das sociedades no âmbito da sua liquidação.

Este regime tributa o rendimento positivo resultante da diferença entre o valor dos ativos resultantes da partilha e o valor de aquisição das partes sociais¹⁰⁰. Esta diferença positiva é considerada como rendimento de aplicação de capitais até ao limite da diferença entre o valor que for atribuído e o que, face à contabilidade da sociedade liquidada corresponda a entradas efetivamente verificadas para a realização do capital, tendo o eventual excesso a natureza de mais-valia tributável.

⁹⁷ Art. 83.º, n.º3.

⁹⁸ Definição dada ao art. 73.º, n.º10 pelo prof. António Castro Caldas, com a qual concordamos. Enquadra-se na previsão do art. 38.º, n.º2 da LGT e segue o regime do art. 63.º do CPPT.

⁹⁹ A lei refere “principal objectivo ou como um dos principais objetivos”, art. 73.º, n.º10.

¹⁰⁰ Art. 81.º, n.º1.

Relativamente a estes rendimentos, é aplicável o regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos prevista no art. 51.º do CIRC, por remissão do art. 81.º, n.º3.

Quando esta diferença seja negativa, é considerada como menos-valia, apenas dedutível quando as partes sociais tenham permanecido na titularidade do sujeito passivo durante os três anos imediatamente anteriores à data da dissolução¹⁰¹.

Os sócios de sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal do art. 6.º do CIRC estão ainda sujeitos a uma dedução da parte da liquidação que já lhes tiver sido imputada, e ainda dos lucros retidos na sociedade nos períodos de tributação em que esta tenha estado sujeita a esse regime¹⁰².

Parece-nos de difícil justificação esta tributação dos sócios pela transferência da residência da sociedade para o estrangeiro, uma vez que estes continuam a residir em Portugal, e são tributados da mesma forma pelo seu rendimento global, incluindo as mais-valias que se venham a realizar. Esta antecipação da tributação não pode assentar na dificuldade de tributação futura desses ganhos, nem tem por base um facto tributário relevante na esfera do sócio, que revele capacidade contributiva. A tributação pelo lucro real e o princípio da capacidade contributiva em geral não se encontram respeitados com este regime¹⁰³.

É ainda relevante referir, apesar de não caber no âmbito desta dissertação a análise do seu regime, o caso dos sócios sejam pessoas singulares, residentes em território

¹⁰¹ O montante a ter em conta na dedução é aquele que exceder os prejuízos fiscais transmitidos por aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades, e desde que a entidade liquidada não seja residente num ordenamento com um regime fiscal claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.

¹⁰² Art. 81.º, n.º4 do CIRC.

¹⁰³ A este propósito referimos SALDANHA SANCHES, ob. cit. pp. 227 e ss. “*Os artigos 103.º e 104.º da Constituição estruturam o sistema fiscal português.*” Relativamente à capacidade contributiva das empresas e tributação pelo lucro refere que o legislador *constitucional* “*Optou pela sua tributação fundamentalmente por meio do seu rendimento real, aquele que é obtido através da sua contabilidade.*”, “*... o destinatário do imposto é sempre a pessoa singular – a tributação da sociedade comercial é instrumental e a sua tributação é sempre um pagamento por conta do imposto que mais tarde vai ser suportado pelo titular do capital da sociedade*”, por fim refere ainda que “*O lucro funciona como critério de quantificação (...) elas deverão ser tributadas quando têm rendimento e na exata medida desse rendimento*”.

nacional, em que a transferência de residência da sociedade não gera nenhum efeito tributário nos respetivos sócios, por tal facto não preencher nenhuma previsão legal.

Relativamente às sociedades não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, também não há lugar a tributação, uma vez que, como explica ANTÓNIO CASTRO CALDAS¹⁰⁴, as entidades não residentes que não estejam sujeitas a IRS são tributadas em IRC. Neste caso tanto a incidência objetiva como a determinação da matéria coletável são determinadas nos termos do Código do IRS. Não possuindo o Código do IRS nenhuma disposição aplicável a essa situação, as sociedades não residentes não serão tributadas caso uma sua participada transfira a sua residência fiscal para o estrangeiro.

8. A incidência Objetiva

Os elementos de conexão objetivos dizem respeito ao facto que origina a aplicação da norma, e ao modo de apurar e calcular o imposto devido.

No âmbito dos impostos sobre o rendimento, é relevante determinar qual a fonte do rendimento, e em que ordenamento jurídico ela deve ser considerada.

8.1. A fonte dos rendimentos

A fonte do rendimento pode ser entendida de várias formas, desde logo como fonte de produção, no que diz respeito ao facto que origina o rendimento, mas também como fonte de pagamento, referente à entidade que paga o rendimento¹⁰⁵.

Encontramos no nosso ordenamento, várias referências a estas fontes e à sua determinação, que é muitas vezes alcançada através de presunções, ou ficções.

De acordo com o tipo de rendimentos em causa, o legislador opta pelo critério da fonte de produção ou pelo critério da fonte de pagamento, e é este último que é aplicável aos rendimentos obtidos por pessoas coletivas no nosso território, por aplicação do art. 4.º, n.º3, c) do CIRC, com ressalva da exceção feita no n.º4, relativa aos estabelecimentos estáveis situados fora do território.

¹⁰⁴ Ob. cit. p.52.

¹⁰⁵ Cfr. XAVIER, ALBERTO, ob. Cit pp. 297-305

A determinação do lugar da fonte de cada tipo de rendimento é feita, no nosso ordenamento, casuisticamente e com base no direito positivo interno e internacional¹⁰⁶.

A fonte dos rendimentos é referida no CIRS e no CIRC enquanto “rendimentos obtidos no território nacional”. O elemento essencial é o local onde os rendimentos são obtidos, e não como na legislação anterior, onde são produzidos ou realizados, os critérios aplicáveis na determinação variam consoante o residente seja pessoa singular ou coletiva.

A determinação da “fonte de pagamento” pode ser observada de duas formas, pela localização da sede ou direção efetiva do devedor no nosso território ou a localização de um estabelecimento estável em Portugal a que seja imputável o pagamento do rendimento.

Existe no nosso ordenamento uma discriminação na determinação e conexão entre os diversos tipos de rendimento e a sua respetiva titularidade pertencer a uma pessoa coletiva ou singular, que não cabe desenvolver no âmbito deste estudo.

8.2. Elementos de conexão reais

Estes elementos de conexão objetivos aplicam-se relativamente aos impostos que incidam sobre bens móveis ou imóveis, em que seja necessário determinar o seu paradeiro.

A localização destes bens funciona como elemento de conexão que situa a tributação num determinado espaço, fazendo aplicar as normas aí vigentes para a situação em causa¹⁰⁷.

Este elemento de conexão, também conhecido como *locus rei sitae*¹⁰⁸ é aplicável aos impostos sobre o rendimento na medida em que, apesar das coisas não serem o elemento constitutivo do próprio tipo legal, estão intimamente ligadas a ele, na medida em que faz parte do rendimento que é tido em conta para efeitos de tributação.

A tributação do *exit tax* baseia-se na ficção de venda dos ativos, independentemente de a mesma ocorrer. O art. 83.º do CIRC diz-nos que “(...) *constituem componentes*

¹⁰⁶ Cfr. XAVIER, ALBERTO, ob. cit p. 299.

¹⁰⁷ Alguns exemplos dessas normas são o art. 4.º, n.º 3 do Código do Imposto do Selo, e o art. 1.º do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis. Cfr Xavier, Alberto, ob. Cit. p. 306.

¹⁰⁸ É assim definido por ALBERTO XAVIER, ob. cit. p. 306.

positivas ou negativas as diferenças entre os valores de mercado e os valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais à data da cessação.”.

O objeto do imposto inclui todo o rendimento latente à data da emigração, que se pressupõem realizado de modo a ser tributado. A não concretização destes ativos releva posteriormente para efeitos de possível dupla tributação, quando forem efetivamente vendidos e realizados, noutra ordenamento. É precisamente o facto de esses bens serem realizados no Estado de Destino que leva o Estado de Origem a tributa-los, no momento da saída, sob pena de ver logradas as suas expectativas de tributação posteriores, por falta de competência e possibilidade para tal.

Pode acontecer, no nosso ordenamento, que a tributação do património da sociedade aquando da sua saída, que inclui as mais-valias não realizadas, venha a ser novamente tributado, pelo nosso Estado, enquanto Estado da Fonte. Os imóveis e participações sociais que continuem aqui situados podem vir a ser sujeitos a uma dupla tributação, quando forem efetivamente realizados, o que viola o princípio da capacidade contributiva e desincentiva o investimento no nosso país, que não possui mecanismos de evitar esta sobre-tributação¹⁰⁹.

9. O Orçamento de Estado para 2013

A tributação sobre o rendimento das empresas é a que mais impacto tem na criação de riqueza, no crescimento económico e na criação de emprego, pelo que é de extrema importância verificar o sentido das políticas que se pretendem seguir neste âmbito.

O Orçamento de Estado para 2013¹¹⁰ prevê no seu artigo 242.º uma autorização legislativa para alterar o regime de tributação da transferência de residência de uma sociedade para o estrangeiro e cessação de actividade de entidades não residentes, previsto nos arts. 83.º, 84.º e 85.º do Código do IRC que temos vindo a analisar.

Este artigo visa alterar o regime em conformidade com o exigido pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 6 de Setembro de 2012, proferido no processo n.º C-38/10 que analisaremos posteriormente¹¹¹ em pormenor.

¹⁰⁹ Também neste sentido, e para mais desenvolvimentos, GUSTAVO LOPES COURINHA, ob. cit. pp. 337 e 338.

¹¹⁰ Lei 66-B/2012 de 31 de Dezembro, doravante OE 2013.

¹¹¹ Capítulo V, 15.

A autorização prevê um regime fiscal de pagamento idêntico ao vigente mas com a opção de pagamento imediato ou em frações anuais. O contribuinte pode optar pelo pagamento do imposto nestes termos, ou diferi-lo para o momento da “*extinção, transmissão, desafetação da atividade ou outros eventos análogos relativamente aos elementos patrimoniais*”, artigo 242.º, n.º2 b) da Lei do OE 2013. Concordamos com a necessidade de prever um regime alternativo que permita o diferimento do pagamento do imposto, uma vez que a carga fiscal imposta desta forma é violadora de princípios fiscais fundamentais como o da capacidade contributiva, e não é justificada. Um dos objetivos da reforma explicitados na alínea f) do mesmo artigo é que a previsão transcrita da alínea a) seja articulada com o regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais previsto nos artigos 73.º e ss. do Código do IRC.

A opção pelo diferimento não é, contudo, livre de consequências, uma vez que se prevê em seguida a exigência de juros e a constituição de uma garantia idónea nos casos de diferimento. Esta previsão parece-nos excessiva, apesar de ser apenas uma Lei de autorização, e caber ao Governo a sua concretização, pois acrescer à prestação da garantia o pagamento de juros é a nosso ver uma forma de desencorajar o contribuinte a optar pelo diferimento. Parece-nos que a prestação de garantia idónea deveria ser prevista em alternativa ao pagamento de juros e apenas em casos de sério risco de incumprimento. Apesar destes mecanismos terem em vista acautelar perigos diversos, parece-nos que é hoje muito mais fácil o cruzamento de dados e troca de informação entre Estados¹¹², que permite ao estado Português perseguir os bens e tributá-los no momento da sua efetiva realização.

É prevista uma autorização para a definição de obrigações acessórias relativas à identificação dos elementos patrimoniais e do pagamento do imposto. Prevê-se ainda que o incumprimento das obrigações declarativas possa levar à aplicação de sanções.

Por fim, salvaguarda-se ainda a necessidade de acautelar a utilização indevida do regime com o fim de evitar o pagamento do imposto devido.

Com vista a estudar e melhorar o nosso regime de IRC, encontra-se em curso uma “*reforma profunda e abrangente do Código do IRC que promova a simplificação do*

¹¹² Em particular na União Europeia, através da Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos.

imposto, a internacionalização e a competitividade das empresas”, de acordo com o preâmbulo do Despacho n.º 66-A/2013, que regulamenta a criação de uma Comissão para a Reforma do IRC.

O objectivo pretendido com a reforma passa por recuperar o investimento e o capital nacional e estrangeiro, através da promoção da concorrência e da internacionalização das empresas. Estes objetivos de natureza estrutural devem ser tidos em conta pela Comissão, que deverá apresentar soluções que estimulem a confiança dos investidores. Neste momento¹¹³ temos estabelecidas apenas linhas gerais da reforma, que passam por várias propostas, com relevância para o nosso tema, mas que enunciaremos apenas, por não se encontrarem ainda desenvolvidas pela Comissão de Reforma.

Pretende-se com a reforma: *i)* Alargar a base tributável do imposto e a eliminação ou redução de isenções ou exceções; *ii)* Reduzir a taxa nominal de IRC (agora nos 25%) e o fim das derramas (municipal e estadual); *iii)* Simplificar o sistema fiscal de forma a reduzir custos; *iv)* Reavaliar e reduzir os benefícios fiscais; *v)* Harmonizar o regime de tributação de dividendos e mais-valias no seio da União Europeia e PALOP, restringindo as isenções e reforçando o Princípio da Territorialidade dos dividendos e mais-valias obtidas pelas empresas; *vi)* Revisão do regime fiscal aplicável aos grupos de sociedades no âmbito do Regime de Tributação Específica dos Grupos de Sociedades; *vii)* Flexibilização do regime de reporte de prejuízos; *viii)* Prevenção do excesso de endividamento através da promoção do recurso a capitais próprios; *ix)* Aproximação do IRC às regras de contabilidade com vista a torná-lo mais moderno, competitivo e estável; *x)* Revisão da política fiscal internacional protegendo as empresas e promovendo a internacionalização em mercados preferenciais, nos quais se apliquem CDT.

Concordamos em geral com os objetivos destas propostas, que se espera serem brevemente concretizadas no Anteprojeto de Reforma, pela Comissão, mas não as iremos analisar em mais profundidade na medida em que não são suficientemente desenvolvidas para uma apreciação mais crítica.

CAPÍTULO V- A Tributação Direta na União Europeia

¹¹³ Esta dissertação encontra-se atualizada à data de Maio de 2013.

10. A Necessidade de Harmonização Comunitária

Numa Europa com vinte sete sistemas fiscais diferentes, existem várias distorções que afetam o mercado interno¹¹⁴ e o objetivo de tornar a Comunidade Europeia um espaço de livre circulação de pessoas, bens e serviços¹¹⁵.

Este objetivo só pode ser alcançado através de uma harmonização fiscal, enquanto meio de integração dos Estados que garanta o funcionamento do mercado comum.

A competitividade dentro do mercado interno é ameaçada por vários fatores, nomeadamente, a falta de harmonização legislativa que causa dupla tributação internacional, as discriminações criadas pelos Estados Membros que põem em causa as liberdades garantidas pelos Tratados, e ainda o problema das Ajudas de Estado.

A partir da década de sessenta a Comissão Europeia percebeu a influência da tributação direta no âmbito do processo de integração económica e emitiu vários pareceres, relatórios e propostas relativamente à tributação das sociedades¹¹⁶.

Alguns dos mais relevantes no âmbito do nosso tema são: O Relatório *Neumark*¹¹⁷, de 1962, relativo à harmonização do imposto sobre o lucro das sociedades; O *Programa de atuação no domínio dos impostos diretos*, de 1967, que propunha a aproximação das bases tributáveis dos impostos sobre os lucros das sociedades e a criação de duas diretivas comunitárias (fusões, cisões e entradas de ativos e a diretiva das sociedades-mães); o Relatório *Van den Temple*, de 1970, relativo à articulação entre IRC e IRS; O *Programa de ação da Comissão*, de 1975, que incidiu sobre a necessidade de aprovar as duas diretivas de 1969 e ainda outras sobre: i) Harmonização dos sistemas de impostos sobre as sociedades; ii) Assistência mutua; iii) Eliminação da dupla tributação. Em 1985 surge o Livro Branco sobre *a realização do mercado interno*, que visa o aperfeiçoamento do mercado interno e a abolição de obstáculos à cooperação entre empresas europeias. Em 1990, a Comissão emite uma Comunicação relativa à *supressão das barreiras fiscais à atividade empresarial transfronteiras*¹¹⁸ na qual a Comissão

¹¹⁴ O mercado interno como referido no n.º2 do art. 26.º do TFUE.

¹¹⁵ Como caracterizado pelo art. 26.º, n.º2 do TFUE.

¹¹⁶ KOVÁCS, LÁSZLÓ, “*European Commission Policy on Exit Taxation*”, Studi Tributari Europei, 1/2009.

¹¹⁷ COMITÉ FISCAL ET FINANCIER – *Rapport du Comité Fiscal et Financier*. Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Luxemburg, 1962.

¹¹⁸ Boletim das Comunidades Europeias. Suplemento 4/91.

decide focar-se nas medidas indispensáveis à realização do mercado interno, como a eliminação da dupla tributação; Em 1992 surge o *Relatório Ruding* que apresenta recomendações específicas no sentido de harmonizar o imposto sobre as sociedades relativamente à matéria coletável e às taxas a cobrar; Ainda no mesmo ano a Comissão emite uma Comunicação referente à tributação das sociedades em que defende o princípio da subordinação da actividade da Comissão quanto à tributação das sociedades; A *Comunicação da Comissão*, de 1993, propõem uma harmonização por fases, da fiscalidade direta; O Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: *O Mercado Único*, em 1994, que refere a necessidade de unanimidade nesta matéria como o fator que impede o melhoramento do funcionamento do mercado interno. O Relatório *Monti*, de Março de 1996 propõem algumas áreas onde a Comunidade Europeia deve atuar, como a tributação de estabelecimentos estáveis, CDT's e limitação da concorrência fiscal entre Estados-membros; No segundo Relatório *Monti*, de 1996, a Comissão propõe que os incentivos fiscais concedidos pelos Estados respeitem um “código de boa conduta”; Em 2001 é realizado um estudo da Comissão sobre a fiscalidade das empresas no mercado interno¹¹⁹.

Em 2000, a Comissão anunciava a estratégia que iria tornar a Comunidade Europeia uma economia dinâmica e competitiva, percebemos que tal não aconteceu, e estamos longe de o alcançar.

A preocupação de evitar a evasão fiscal também tida em conta, na Comunicação de 2007¹²⁰, que dá prevalência ao combate aos abusos, em detrimento da igualdade de tratamento no âmbito de atividades transfronteiriças.

Para alguns, uma base comum consolidada ao nível da tributação das empresas¹²¹ é a solução, para outros depende dos moldes em que é configurada, nomeadamente, se é de carácter obrigatório ou facultativo. O tema é da maior relevância, e não é novo, pelo que a questão da sua efetiva aplicabilidade, num futuro próximo, é de difícil previsão¹²².

¹¹⁹ Comissão Europeia, “*Towards an International Market without tax obstacles – A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU wide activities*” (COM (2001) 582 de 23/10/2001).

¹²⁰ COM (2007) 785 final, de 10 Dezembro de 2007.

¹²¹ Conhecida como *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB).

¹²² SMIT, DANIËL S. e KIEKEBELD, BEN J. “*The CCCTB: Wishful Thinking or Future Reality?*” Tax Notes International, Volume 50, Número 4, 28 de Abril de 2008, p. 322.

Concordamos que a solução passa pela coordenação dos Estados e pela criação de uma tributação consolidada, mas não acreditamos que a mesma possa ter sucesso se não for obrigatória, o que, porém, a torna ainda mais difícil de implementar, pela dificuldade de obter o acordo de todos os Estados.

11. As Liberdades Fundamentais dos Tratados

A União Europeia consagrou-se desde o seu início como uma nova ordem jurídica internacional para a qual os Estados-membros perderam parte da sua soberania em determinadas áreas de atuação.

Os Tratados definem e organizam a distribuição de poderes, direitos e deveres no seio da União Europeia, de acordo com o princípio das competências de atribuição. A Comunidade atua, deste modo, subordinada às previsões dos Tratados, que fundamentam a sua atuação.

Os Tratados ganham primazia na ordem jurídica de cada Estado e as suas normas vinculam diretamente os seus nacionais, que podem desta forma atuar de acordo com os seus princípios e requerer uma atuação positiva por parte do seu Estado no sentido de acautelar e implementar o disposto nos Tratados.

Para que possamos avaliar se as normas relativas à tributação das sociedades são compatíveis com as liberdades dos Tratados devemos em primeiro lugar avaliar se as mesmas são aplicáveis à situação em concreto¹²³.

Relativamente às liberdades asseguradas pelo TFUE, nomeadamente, liberdade de circulação de pessoas (45.º); bens (28.º); serviços (56.º); capitais e pagamentos (63.º); trabalhadores; residência (20.º); estabelecimento (49.º e 54.º); cláusula geral de não discriminação (18.º). De modo a avaliar se estão a ser postas em causa, devemos em primeiro lugar averiguar se o contribuinte tem acesso à proteção legislativa Europeia, pois só assim poderá existir um conflito¹²⁴.

¹²³ Podem não ser aplicáveis se não existir uma situação transnacional, ou uma conexão entre elementos suficientemente forte que prove a relação de causalidade entre a medida e a restrição da liberdade. Nestes casos a questão é resolvida através de medidas legislativas internas.

¹²⁴ Neste sentido seguimos os entendimentos e raciocínio do Dr. Daniël S. Smit, da Universidade de Tilburg e do Instituto Fiscal de Tilburg, no curso intensivo organizado pelo gabinete de Erasmus da Universidade de Direito de Lisboa “Impact of EU law in direct taxation”, lecionado nos dias 29 e 30 de Abril, e 2 e 3 de Maio de 2013, em Lisboa.

No caso de estar protegido, é necessário determinar se a medida fiscal aplicável à empresa restringe a liberdade de circulação de pessoas, bens ou serviços. No caso de restringir, o passo seguinte será justificar essa restrição, sem a qual ela não será admissível¹²⁵.

A justificação tem de preencher determinados requisitos, em particular, tem de ser suficiente, proporcional e adequada. Além destes, a medida em causa deve ter um objetivo compatível com a legislação comunitária¹²⁶, ou ser justificada pelo interesse geral. Se assim for, não haverá conflito com a legislação Europeia.

A liberdade de estabelecimento, essencial na análise do nosso tema, já foi considerada como inviolável e de proteção ilimitada¹²⁷, até surgirem casos como Cadbury Schweppes, e a jurisprudência passar a condicionar a aceitação do estabelecimento no âmbito da lei europeia à necessidade deste possuir uma efetiva realidade em termos fiscais.

Vamos ao encontro da posição do Tribunal quanto à limitação do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento, com base na efetiva atividade fiscal dos estabelecimentos, principalmente quando os contribuintes pretendem com esse estabelecimento beneficiar de uma tributação mais vantajosa.

Relativamente ao papel dos Tratados no âmbito da tributação direta, e em particular, da tributação à saída, as propostas de alteração do regime de tributação à saída que têm por base a celebração de tratados não foram por nós analisadas, nem apresentam, a nosso ver, uma solução¹²⁸. Entendemos que os tratados não são contrários à existência de uma tributação à saída, mas são aplicáveis num momento posterior, e poderão resolver, ou evitar, a possível posterior dupla tributação internacional.

Os *exit taxes* aplicam-se, a nosso ver, num momento anterior, no âmbito da competência interna do Estado de origem, que decide quando e como cobrar o imposto.

Relativamente aos sócios, entendemos que a sociedade e os seus sócios não se confundem, apesar do Direito Fiscal Internacional nem sempre distinguir estas duas realidades, fazendo depender de qualidades pessoais dos sócios (residência,

¹²⁵ MAN, FERNANDO DE e ALBIN, THIU, “*Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFUE: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?*”, *Intertax*, Volume 39, Issue 12, 2011, p. 619.

¹²⁶ KOK, REINOUT, “*Compatibility of Exit Taxes and Community Law*”, *EC Tax Review*, 2011-2.

¹²⁷ RONFELD, THOMAS, ob. cit. p. 40.

¹²⁸ Sobre a consideração dos tratados no âmbito da tributação à saída, e numa perspetiva diferente, CEJIE, KATIA, ob. cit. pp. 386 e ss.

nacionalidade), ou das características da sociedade, a tributação¹²⁹. A tributação dos mesmos deve, a nosso ver, ser legitimada e realizada de modo autónomo.

11.1. As Diretivas Comunitárias

As Diretivas Comunitárias, apesar de visarem precisamente o efeito contrário, prevêm normas cuja aplicação pode levar à distorção do mercado.

Começamos a nossa análise pela Diretiva das Fusões e Aquisições¹³⁰, que visa a criação de condições para a actuação das empresas em situação de igualdade, pretendendo evitar a dupla tributação na distribuição de dividendos entre sociedades mães e filhas. Algumas empresas aproveitam esta exceção e instauram as suas sedes em Estados de baixa tributação, nos quais a sua presença física não passa de uma caixa postal, ou uma secretária com um telefone. Existem requisitos mínimos de atividade, e a diretiva não se aplica no caso do objetivo da empresa ser a evasão fiscal, mas é difícil distinguir e definir o que se pode considerar aceitável.

Por sua vez, a Diretiva dos Juros e Royalties¹³¹ prevê um mecanismo que permita que o pagamento de juros e royalties entre Estados- Membros só seja sujeito a uma tributação, aplicável no Estado onde os rendimentos são auferidos, pelo seu beneficiário final. Se existir um intermediário na transação, devemos analisar qual o seu verdadeiro papel, e a partir de uma perspetiva económica determinar se ele deve ser considerado como efetivo beneficiário final da transação em causa.

¹²⁹ Neste sentido também, Rui Duarte Morais, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

¹³⁰ Diretiva n.º 2007/44/CE, do Parlamento e do Conselho, de 5 de Setembro de 2007, também conhecida como “Diretiva Fusões e Aquisições” que visa estabelecer critérios de avaliação prudencial no que diz respeito à proposta de aquisição de participações qualificadas num conjunto de instituições financeiras e prevê uma regulação detalhada do correspondente procedimento de autorização prudencial. Esta diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico Português pelo DL n.º 52/2010, de 26 de Maio.

¹³¹ [Diretiva 2003/49/CE](#) Do Conselho, de 3 de Junho, relativa aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, visando a harmonização do regime fiscal.

Relativamente à Diretiva das Fusões¹³², é necessário apurar a diferença entre o valor do ativo inscrito na contabilidade e a sua posterior realização, aquando da fusão, ao preço de mercado, e esta é a diferença deve ser sujeita a imposto.

Na Diretiva das Poupanças¹³³ prevê-se que os juros derivados da poupança, por particulares residentes noutro Estado-membro, sejam tributados no seu Estado de residência, criando para tal uma obrigação de troca de informações entre Estados, que nem sempre é cumprida, nomeadamente quando os bancos de outros Estados têm políticas de confidencialidade e não conhecem a identidade dos depositantes.

Por fim, na Diretiva de Assistência Mútua¹³⁴ dos Estados-membros prevê-se uma colaboração entre administrações fiscais com o objetivo de lutar contra a fraude e evasão fiscal internacional através da troca de informações relevantes relativas ao rendimento e ao património¹³⁵.

Este mecanismo tem vindo a ganhar importância e pode ser, na nossa opinião, um mecanismo primordial no combate à dupla tributação e evasão fiscal internacional, na medida em que protege o contribuinte, garantindo-lhe a proteção das suas liberdades, e dos Estados, que mais facilmente poderão exercer os seus poderes tributários noutros ordenamentos, evitando a tributação imediata através de ficções^{136 137}.

¹³² [Diretiva 90/434/CEE](#), de 23 de Julho, aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de diferentes Estados-Membros.

¹³³ [Diretiva 2003/48/CE](#), do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros.

¹³⁴ Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

¹³⁵ Cfr. VASCEGA, MARIUS; THIEL, SERVAAS VAN, “*Assessment of Taxes in Cross-Border Situations: The New EU Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation*”, EC Tax Review, 2011-3.

¹³⁶ Neste sentido NIJKEUTER, ERWIN, “*Exchange of Information and the Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*”, KPMG Meijburg & Co. (Arnhem) and the Tax Law Capacity Group of Erasmus, University Rotterdam, EC Tax Review, 2011/5, Kluwer Law International, pp. 232 a 241.

¹³⁷ Também na jurisprudência do Tribunal encontramos este entendimento, em particular no Caso C-279/93 Caso *Schumacker*, ponto 45. “*Com efeito, a Diretiva 77/799/CEE do Conselho, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-membros no domínio dos impostos diretos (...) oferece possibilidades de obtenção das informações necessárias comparáveis às existentes entre os serviços fiscais no plano interno. Não existem assim obstáculos administrativos à tomada em consideração no Estado onde a actividade é exercida da situação pessoal e familiar do não residente.*”

11.2. A Jurisprudência Comunitária

A jurisprudência do Tribunal de Justiça tem evoluído ao longo dos anos, e em particular nos últimos cinco anos. O número de casos aumentou significativamente e as orientações do tribunal têm vindo a alterar-se¹³⁸.

As decisões que são passíveis de análise pelo tribunal devem respeitar determinadas características. Em primeiro lugar, deve estar em causa uma situação internacional possivelmente violadora de uma liberdade prevista nos Tratados. A situação é analisada por oposição a uma situação interna idêntica e ambas devem ser comparáveis, de modo a poder concluir-se se existe uma restrição ou um tratamento discriminatório¹³⁹.

A nossa análise irá incidir sobre os principais contributos da jurisprudência no que diz respeito à tributação das sociedades à saída, relativamente aos aspetos que consideramos mais relevantes.

Começamos por referir a primeira sentença em matéria de tributação direta, o caso *Avoir Fiscal*, de 1986, cuja decisão clarificou a abrangência do princípio da liberdade de estabelecimento às pessoas coletivas, e visou impedir a discriminação da tributação entre residentes e não residentes no âmbito da tributação dos seus dividendos¹⁴⁰.

Os casos relativos a tratamentos discriminatórios entre residentes e não residentes foram importantes na definição de uma linha orientadora comum para todos os Estados-membros¹⁴¹.

O Acórdão *Lasteryrie du Saillant* considerou que a tributação de mais-valias latentes violava a liberdade de estabelecimento, por serem tributadas no momento da saída, e com a exigência de garantias.

¹³⁸ CARINCI, ANDREA, “*EC law and exit tax: limits, future perspectives and contradictions*”, European Tax Studies, 1/2009, pp. 286 e ss.

¹³⁹ Relativamente a esta análise, cfr. DOUMA, SJOERD, “*Non-discriminatory Tax Obstacles*”, EC TAX REVIEW, 2012-2.

¹⁴⁰ ARENDONK, HENK P.A.M. VAN, “*Exit Taxes: Separation of Powers?*”, EC TAX REVIEW, 2010-2, p. 60.

¹⁴¹ O caso *Royal Bank of Scotland* consagra mesmo o entendimento de que é contrária à liberdade de estabelecimento a previsão de taxas de imposto distintas entre sucursais de uma sociedade não residente e sociedades residentes.

Outra questão importante que o Tribunal clarificou, nomeadamente no Acórdão *N*, diz respeito à restrição à liberdade de estabelecimento, por via da tributação imediata, à saída, das mais-valias latentes, quando não existe possibilidade de diferimento¹⁴².

A liberdade de estabelecimento é aquela que mais questões coloca, e tem vindo a ser definida e protegida pelo Tribunal ao longo dos anos. Esta liberdade inclui o direito de atuar e desenvolver uma atividade num Estado-membro, nas mesmas condições que a lei prevê para os seus nacionais, Caso *Überseering*¹⁴³ e *Sevic*¹⁴⁴.

É necessário ainda garantir que não sejam criados impedimentos artificiais ou outras dificuldades aos Estados que pretendem sair do seu Estado de origem¹⁴⁵.

O Tribunal tem também entendido que nem sempre se pode ter em linha de conta, como argumento ou como justificação, a realidade existente nos restantes Estados-membros. Nos casos em que está em causa um benefício fiscal, a jurisprudência¹⁴⁶ não aceita a comparação entre Estados-membros, não é aceitável conceder um benefício fiscal, ou instituir um tratamento menos favorável justificando-o com base na tributação mais baixa que os restantes Estados-membros praticam. Em certos casos, porém,¹⁴⁷, considerou-se relevante atender aos efeitos do tratamento fiscal de outros Estados como forma de determinar a existência de uma discriminação. Torna-se relevante comparar e perceber a atuação dos outros Estados-membros como forma de alcançar a neutralidade fiscal e evitar a dupla tributação. É uma forma de ter em conta realidade económica em que o contribuinte se insere e assim atender à sua capacidade contributiva.

Em suma, a conformidade da lei Europeia com as medidas restritivas adotadas pelos Estados é determinada pelo Tribunal de acordo com as justificações que aceita ou

¹⁴² PIETRO, CARLA DE, “Exit Tax: Fiscal Territoriality and Company Transfer”, *European Tax Studies*, 1/2009, p. 269 e ss.

¹⁴³ Caso C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, de 5 de Novembro de 2002.

¹⁴⁴ Caso C-411/03, *SEVIC Systems AG*.

¹⁴⁵ Caso *Imperial Chemical Industries plc contra Kenneth Hall Colmer*, C-264/96, de 16 de Julho de 1998 e Caso *Daily Mail*

¹⁴⁶ Em particular nos casos *Eurowings* e *Cadbury Schweppes*

¹⁴⁷ Nomeadamente: *Shumaker*, *De Groot*, *AMID*, *Denkavit*, *FIL*, *Thin Cap GLO*, *Marks & Spencer*, *N. e Lidl Belgium*

rejeita, com base, antes de tudo, na boa fé dos Estados¹⁴⁸. É o que resulta do Acórdão *Cadbury Schweppes*, no qual o Tribunal não aceitou a evasão ao direito nacional, uma vez que se baseava em estabelecimentos "não genuínos"¹⁴⁹ noutros Estados-membros¹⁵⁰. O que está em causa é o risco de que os contribuintes criem sistemas artificiais de modo a evitarem a tributação. Os "artificial arrangements" são condutas que não refletem a sua realidade económica e procuram distribuir os lucros¹⁵¹.

As justificações não aceites pelo Tribunal dizem respeito¹⁵²: Ao argumento de proteção das receitas fiscais nacionais, uma vez que em última análise todas as violações de direitos dos consumidores seriam aceites, pois do seu impedimento resulta uma diminuição de receita; A coerência do sistema tributário nacional, a menos que associado ao princípio da coerência aplicado ao território, que permite a tributação com base nas receitas de fonte nacional. Se fosse aceite noutros moldes poderia levar a um tratamento desigual de residentes e não residentes; por último, a supervisão fiscal e dificuldades administrativas, na medida em que não pode valer como justificação a necessidade de uma mais efetiva tributação e coleta de impostos.

As justificações aceites passam pela distribuição equilibrada e justa da jurisdição fiscal e poder tributário, e em geral a prevenção de práticas abusivas. As justificações tendencialmente aceites não o serão de a verdadeira motivação for a preservação das receitas fiscais

12. O *Exit Tax* Português no contexto Europeu

¹⁴⁸ Relativamente às justificações aceites e não aceites, posteriormente descritas, cfr. POULSEN, MARTIN, "*Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction*", Intertax, Volume 40, Issue 3.

¹⁴⁹ O que está em causa é o risco de que os contribuintes criem sistemas artificiais de modo a evitarem a tributação.

¹⁵⁰ Sobre esta temática, o caso *Gilly* C-386/96, e VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES, "Anotação comparativa dos acórdãos *Gilly v. De Groot e D v. Wallentin: O TJCE "entre a semelhança e a diferença"*", Jurisprudência do Direito Fiscal, Abril de 2010.

¹⁵¹ Este entendimento é confirmado pelo caso C-513/03 - van Hilten-van der Heijden.

¹⁵² POULSEN, MARTIN, ob. cit, pp. 201 e ss.

Existem autores que enquadram a tributação à saída no quadro Europeu como uma consequência do mercado interno¹⁵³. As transferências de actividade de sociedades para outros Estados não são, contudo, na perspetiva de João Félix Nogueira, um efeito secundário negativo deste mercado interno, pois desde cedo os tratados reconhecem a necessidade de proteção de liberdades como a liberdade de estabelecimento¹⁵⁴.

Para que o mercado interno seja assegurado é necessário restringir os obstáculos ao seu funcionamento. A questão que nos propomos analisar passa pela determinação do impacto das normas de tributação à saída aplicadas por Portugal neste âmbito, e se as mesmas são compatíveis com a legislação Europeia.

O normativo nacional tributa as sociedades que transferem a sua residência como se estas alienassem ou dissolvessem todos os seus bens no momento da saída, o que não acontece na realidade. As empresas são criadas e extintas através de atos jurídicos, e a sua configuração depende do ordenamento jurídico em que se inserem. É importante perceber se o ordenamento jurídico permite que a sociedade mantenha a sua personalidade jurídica aquando da transferência ou não. Uma vez que não existe ainda harmonização societária a este nível, cada Estado define as suas próprias regras, adotando um de dois sistemas, a partir da teoria da incorporação, ou da teoria da sede real¹⁵⁵.

Portugal, apesar de adotar o sistema de sede real, e de permitir que a empresa mantenha a sua personalidade¹⁵⁶, acaba por mitigar esta teoria ao prever a cobrança de mais valias não realizadas, no momento da saída, pelo que este apuramento do tributo funciona como se de uma liquidação se tratasse¹⁵⁷.

Posto isto, a análise da compatibilidade das normas de *exit tax* com o ordenamento jurídico comunitário só se coloca no caso das empresas manterem a sua personalidade jurídica, uma vez que se a opção legislativa do Estado exigir a sua liquidação, estamos perante uma norma de direito comercial, no âmbito do CSC, e não podemos entender

¹⁵³ Referimo-nos em particular a NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, “*Exit taxation of companies in Portugal*”, 1/2010.

¹⁵⁴ Prevista no art. 49.º n.º2 do TFUE.

¹⁵⁵ “*The incorporation theory*” ou “*the real seat theory*”.

¹⁵⁶ Art. 3.º, n.º4 do Código das Sociedades Comerciais.

¹⁵⁷ Também neste sentido, com base numa análise da “substância sobre a forma” (“*substance over form*”), JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, ob. cit. p. 11, conclui que a transferência de residência é o mesmo que liquidar a empresa (tradução nossa).

que existe uma transferência de residência para os efeitos que nos propomos analisar. De outro ponto de vista percebemos que esta é uma alternativa para os Estados que procuram evitar a orientação do Tribunal de Justiça relativa aos *exit taxes*, bastando-lhes alterar a sua lei civil e comercial passando a prever a perda de personalidade da empresa aquando da sua transferência para o estrangeiro, forçando uma liquidação¹⁵⁸. Não estamos no âmbito de proteção da liberdade de estabelecimento no caso do Estado de origem se opor à transferência da sociedade com a manutenção da personalidade jurídica, na medida em que este é um momento anterior, no qual o Estado tem o poder de determinar, internamente, no âmbito da lei comercial, o procedimento a adotar.

13. Análise do Caso C-38/10

O Caso Português¹⁵⁹ tem por base uma Acção por Incumprimento, intentada pela Comissão Europeia, nos termos do artigo 258.º TFUE¹⁶⁰. O objetivo desta ação é apenas o de obter uma pronúncia do Tribunal em que este conclui se o Estado cumpriu ou não as obrigações que resultam do TFUE, em particular no seu art. 49.º e do Acordo EEE, art. 31.º. A Comissão procurou, por isso, demonstrar que mesmo após o seu parecer fundamentado¹⁶¹ o Estado Português não cessou o incumprimento.

¹⁵⁸ Neste sentido o Acórdão *Cartesio* dispõem “34. *No que respeita à questão de fundo do processo principal, o Szegedi Ítéltábla observa, referindo o acórdão de 27 de Setembro de 1988, Daily Mail e General Trust (81/87, Colect., p. 5483), que a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 43.º CE e 48.º CE não comporta o direito de uma sociedade constituída de acordo com a legislação de um Estado-Membro e nele registada transferir a sede principal e efetiva da sua administração, e, portanto, o seu estabelecimento principal, para outro Estado-Membro, conservando ao mesmo tempo a sua personalidade jurídica e a sua nacionalidade de origem, quando as autoridades competentes a tal se oponham.*”.

¹⁵⁹ Processo C-38/10 Comissão Europeia contra República Portuguesa.

¹⁶⁰ Esta análise teve o contributo do seminário lecionado pelo Mestre João Menezes Leitão, Agente do Estado Português junto do TJUE, organizado pelo IDEFF, no âmbito do “The Lisbon International and European Tax Law Seminars”, com o tema “Comentários ao Caso do TJUE Comissão vs Portugal (C-38/10) e as suas implicações no regime português”, no dia 14 de Março de 2013, na Faculdade de Direito de Lisboa.

¹⁶¹ Assim, o art. Artigo 226.º diz-nos que “*Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas*

É importante distinguir, desde já, a configuração deste caso com a dos casos de reenvio prejudicial, como o *National Grid Indus*¹⁶², de modo a percebermos a decisão do Tribunal.

No caso *National Grid Indus* estão em causa liberdades fundamentais, com a liberdade de estabelecimento, e com este caso ficou estabelecido que não é contrário à legislação europeia impor *exit taxes*. Contudo, a maioria dos *exit taxes* previstos pelos Estados-membros terão de ser alterados no sentido de permitirem o diferimento do pagamento das mais-valias para o momento da sua efetiva realização.

A particularidade é que nos casos como o em apreços, o Tribunal avalia apenas o incumprimento nos termos definidos pela Comissão Europeia, em particular, se a legislação nacional obedecer aos requisitos que o tribunal considera necessários. Diferente é a análise que o Tribunal faz numa questão prejudicial, em que tem todo o interesse em fornecer ao tribunal nacional do reenvio indicações sobre os termos em que ele deve resolver o caso concreto.

É relevante ainda referir que o TJUE decidiu, com sentido prático, resolver primeiro as questões do caso *National Grid Indus*, e só depois os restantes casos de incumprimento como o nosso, por iniciativa própria. O nosso caso foi, como nota o Advogado-Geral Paolo Mengozzi, nas conclusões ao Caso Português¹⁶³, o primeiro de quatro ações por incumprimento propostas pela Comissão relativas à tributação imediata das mais-valias não realizadas de ativos da sociedade no momento da transferência da sua sede e direção efetiva para outros Estados-membros.

A Comissão inicia o procedimento pré-contencioso contra o Estado Português em 28 de Fevereiro de 2008, após considerar que “*a República Portuguesa não respeitava as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 43.º CE, ao proceder, em aplicação dos artigos 76º-A, 76.º-B e 76.º-C do CIRC, à tributação imediata das mais-valias não realizadas, em caso de transferência da sede e da direção efetiva de uma sociedade portuguesa para outro Estado-Membro ou em caso de transferência dos ativos de um estabelecimento estável situado em território português para outro Estado-Membro*”, e

observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça”.

¹⁶² Processo C-371/10, *National Grid Indus BV* contra *Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*.

¹⁶³ Apresentadas em 28 de Junho de 2012.

notificou o Estado para cumprir e apresentar as suas observações nos termos do art. 258.º do TFUE Portugal contestou a posição da Comissão, dando origem a um Parecer Fundamentado, por parte da mesma, em Dezembro de 2008, no qual “*considerava que a República Portuguesa não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE e do artigo 31.º do Acordo EEE, ao adotar e manter os artigos 76.º-A, 76.º-B e 76.º-C do CIRC, e convidava a República Portuguesa a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento às suas obrigações no prazo de dois meses a contar da receção do referido parecer*”. Mantendo o Estado Português a sua posição, na resposta, em Abril de 2009, a Comissão intentou a ação¹⁶⁴.

Na apreciação da ação, o Tribunal decidiu, examinando os requisitos do art. 256.º do TFUE, que o objeto do litígio tinha sido ampliado, pelo facto de a Comissão não ter referido, na fase pré-contenciosa, que define o objeto do processo, e em particular na notificação para cumprir, a violação do art. 31.º do Acordo EEE.

O Estado Português não invoca esta exceção de inadmissibilidade nos seus articulados. Esta opção pode dever-se ao facto de não ser absolutamente claro em que casos o Tribunal considera estar em causa um alargamento do objeto do processo.

Existe, no entanto, jurisprudência assente que defende que a Comissão tem de transcrever literalmente as mesmas acusações entre todas as peças desde o procedimento pré-contencioso ao procedimento contencioso¹⁶⁵.

Como neste caso está em causa a Liberdade de Estabelecimento, nos termos do art. 6.º do Acordo EEE, se a Comissão invoca a Liberdade de Estabelecimento, está em causa o

¹⁶⁴ Este processo é o primeiro de quatro ações por incumprimento propostas pela Comissão, respeitantes à tributação imediata das mais-valias não realizadas relativas a ativos de sociedades por transferência da sua sede e da sua direção efetiva para outros Estados-Membros. Os processos pendentes no Tribunal de Justiça, são a Comissão/França (C-64/11); Comissão/Dinamarca (C-261/11); e Comissão/Países Baixos (C-301/11).

¹⁶⁵ É este o entendimento do Tribunal também expresso no Caso Português, “15. A este respeito importa designadamente recordar que a notificação para cumprir dirigida pela Comissão ao Estado-Membro em causa e o parecer fundamentado emitido pela referida instituição delimitam o objeto do litígio, o qual não pode, por conseguinte, ser ampliado. Assim, o parecer fundamentado e a ação da Comissão devem ter por base as mesmas acusações já constantes da notificação para cumprir que dá início à fase pré-contenciosa (v. neste sentido acórdãos de 10 de setembro de 2009, Comissão/Portugal, C-475/07, Colet., p. I-8091, n.º55, e de 14 de outubro de 2010, Comissão/Áustria, C-535/07, Colet., p.I-9483, n.º41).

princípio em si, e não a sua expressão legal, pelo que se compreendem, adotando esta interpretação, as dúvidas relativamente ao alargamento do objeto do processo.

No entanto, o Tribunal considerou que o objeto tinha sido alargado, e que a questão não devia ser alvo de análise.

Deste modo, podemos concluir que não existe uma obrigação direta do Estado português de alterar a sua legislação no que diz respeito ao Acordo EEE, por razões processuais, uma vez que a condenação não abrange esta questão.

Contudo, a Lei do OE 2013, no seu art. 242.º, faz referência a Estado parte da UE e parte do Acordo EEE ¹⁶⁶. Pelo que é lícito questionar se o legislador nacional terá considerado, por iniciativa própria, a inadmissibilidade de cobrança imediata do imposto no âmbito do Espaço Económico Europeu¹⁶⁷.

O Tribunal considera, quanto ao conteúdo das liberdades em causa, que se estas são objeto de disposições idênticas ou análogas, devem ser tratadas uniformemente, tal como resulta do art. 6.º do Acordo EEE e da sua jurisprudência.

Mas não é o mesmo, como o Tribunal nota, o contexto de actuação do Estado português no âmbito da UE e no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, na medida em que falta um elemento fundamental neste último, as Diretivas, nomeadamente, a Diretiva da Assistência Mútua.

Assim, como refere JOÃO MENEZES LEITÃO, falta demonstrar, que no espaço económico europeu existem mecanismos que permitem assegurar o mesmo quadro de cooperação. A cooperação em causa é consubstanciada na assistência na cobrança de créditos, pelo fato do aspeto fundamental ser a possibilidade de diferir a cobrança do crédito.

Posto isto, só se o outro Estado puder assegurar esse apoio, ou assistência na cobrança, se pode aplicar a mesma solução que se aplica na UE.

¹⁶⁶ Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, art. 242.º n.º2 alínea a) “ *Estabelecer um regime fiscal de pagamento, imediato ou em frações anuais, do saldo positivo apurado pela diferença entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais de sociedades que transferem a sua residência para outro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e de estabelecimentos estáveis que cessam a sua atividade em território português ou transferem os seus elementos patrimoniais para outro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu* ”

¹⁶⁷ A questão é colocada por JOÃO MENEZES LEITÃO (agente do Estado Português junto do TJUE) no âmbito do seminário já citado.

O legislador nacional não pode esquecer este aspeto. Deve determinar que é imprescindível a existência de mecanismos de cobrança equiparados aos da UE.

A acusação relativa à tributação dos sócios foi considerada pelo Tribunal igualmente inadmissível a sua análise, por aqui não se verificarem os pressupostos do art. 38.º 1 c) do Regulamento de Processo, hoje art. 120.º¹⁶⁸. Justifica esta opção por considerar indispensável que a petição inicial surja com a apresentação dos fundamentos do processo devidamente identificados.

A tributação dos sócios de acordo com a legislação atual é bastante controvertida, concordamos com DARIA ZERNOVA¹⁶⁹ quanto à inadmissibilidade de discriminar os sócios, aplicando-lhes um tratamento menos favorável, pelo fato da empresa na qual investiram exercer a sua liberdade de estabelecimento.

Quanto às questões efetivamente analisadas está em causa a violação da liberdade de estabelecimento por parte do Estado Português ao adotar um mecanismo de tributação à saída que tem por base a cobrança imediata de mais-valias latentes são tributados ativos de sociedades portuguesas que transfiram a sua sede ou direção efetiva para outro Estado, e também os ativos afetos a um estabelecimento estável português de uma sociedade não residente que sejam transferidos para o estrangeiro ou no caso de cessação da sua atividade no território português¹⁷⁰;

O Estado português entende que se trata de um caso em que a liberdade de estabelecimento é aplicável, apesar de alegar que não existe uma restrição relativamente às mais-valias, elas serão tributadas sempre forem afetadas a fins diferentes da atividade exercida. Alega ainda que a tributação imediata das mais-valias realizadas, ainda que crie uma restrição à liberdade de estabelecimento, é justificada na necessidade

¹⁶⁸ O Tribunal afirma no ponto 19, que “a Comissão não explicou de forma suficientemente precisa de que modo o artigo 76.º-C do CIRC, que prevê a tributação imediata dos sócios, pelas mais-valias não realizadas relativas a participações no capital de sociedades, por ocasião da transferência da sua sede e da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, é suscetível de constituir um entrave à liberdade de estabelecimento das sociedades em questão.”

¹⁶⁹ Ob. cit. pp. 480 e ss.

¹⁷⁰ De acordo com o acórdão *National Grid Indus*, a liberdade de estabelecimento é aplicável às transferências de atividades de uma sociedade do território português para outro Estado-Membro, independentemente da questão de saber se a sociedade em causa transfere a sua sede e a sua direção efetiva para fora do território português ou se transfere ativos de um estabelecimento estável situado em território português para outro Estado-Membro” (n.º 23)

“alcançar os objetivos de salvaguarda da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, de eficácia dos controlos fiscais e de combate à fraude e à evasão fiscais.”¹⁷¹

Para ser justificada a norma tem de ser proporcional, e nesta medida não podemos ignorar que a possibilidade de conceder às sociedades o direito de escolherem entre a cobrança imediata ou diferida do imposto é mais adequada.

Outros argumentos apresentados pelo Estado Português são a justificação da restrição à liberdade de estabelecimento na salvaguarda da repartição equilibrada dos poderes tributários, e a proporcionalidade da cobrança imediata em razão da natureza própria da pessoa coletiva e da função desempenhada pelos ativos empresariais.

Em suma, o regime nacional visa impedir a perda de poderes tributários sobre os ativos das empresas que se formaram durante o período em que a sociedade realizou a sua atividade no nosso território, que só seria tributada no momento da realização. Este argumento apela à preservação e repartição equilibrada de poderes tributários, com base no respeito pelo princípio da territorialidade, associado ao espaço temporal em que a atividade decorreu.

Relativamente à tributação de estabelecimentos estáveis, não é líquido que a situação de transferência de ativos de um estabelecimento estável de uma sociedade residente para o estrangeiro e a transferência de ativos de um estabelecimento estável de uma sociedade não residente para o estrangeiro sejam comparáveis, pelo facto de, só no segundo caso, Portugal perder por completo a sua competência fiscal. Entende-se, contudo, que são comparáveis para efeitos de identificação de uma restrição à liberdade de estabelecimento, sendo o estabelecimento estável considerado uma entidade fiscal autónoma. Nesta medida, quer a acusação por parte da Comissão, quer a defesa Portuguesa remetem para os mesmos argumentos aplicáveis às sociedades. O Governo Português associa a cessação da atividade de um estabelecimento ao fim da afetação dos ativos a uma atividade económica, tributável de igual modo numa situação interna e externa. Contudo, como bem nota o Advogado-Geral, os ativos que saem do território português continuam afetos à atividade económica do estabelecimento, ainda que noutra Estado-membro. São, na nossa opinião, situações comparáveis. Atendemos à necessidade de prevenção da evasão fiscal e aos argumentos do Estado Português relativos às dificuldades e encargos administrativos no cálculo do imposto e no

¹⁷¹ Ponto 30 das Conclusões.

acompanhamento dos ativos transferidos, pelo facto de possuírem diferentes naturezas e serem muito diferentes e de elevado número. Contudo, concluímos pelo entendimento de que as normas violam a liberdade de estabelecimento, por tributarem de forma imediata estas mais-valias não realizadas, e pelo facto de existirem medidas menos gravosas passíveis de serem adotadas, como o diferimento do pagamento, a necessidade de garantia bancária, a obrigatoriedade de troca de informações, ou até o parcelamento do pagamento do tributo.

CONCLUSÃO

Apresentado e comentado o regime de *exit tax* Português, percebemos a relevância teórica e prática da temática da tributação à saída, e da sua relação direta com as mais variadas áreas, desde o direito fiscal, comercial e económico mas também, com muita acuidade, quanto à opções de política fiscal.

Não se trata, no caso deste tributo, apenas da afirmação da soberania dos Estados, ao manterem os seus regimes de tributação à saída, ignorandoas recomendações da União Europeia. Esta matéria encontra-se imbuída no natural problema de falta de bases normativas e preceitos orientadores no âmbito da tributação direta em sede europeia, que tarda em ser alterada, precisamente pela oposição dos Estados e da sua atitude protetora em relação aos seus sistemas tributários.

A dificuldade é, por isso, acrescida, não só pelas temáticas com as quais está intimamente ligada, mas também pela diversidade de sistemas jurídicos e tributários que dificultam a aplicação de uma CCCTB.

Como decorrência desta análise, entendemos que o Estado de origem tem o direito de proteger os seus interesses tributários, dentro de certos limites, mas os seus objetivos só serão alcançados se forem compatíveis com os tratados internacionais e, em particular, com o TFUE.

Só assim a tributação pode ser considerada eficiente e a eficiência é, a todos os níveis, o que se pretende alcançar, uma vez acautelados todos os interesses em questão. Não seria eficiente, como demonstra KATIA CEJIE¹⁷², que a lei internacional, nomeadamente os tratados fiscais, e a lei comunitária proibissem o Estado de emigração de impor uma tributação à saída.

No enquadramento comunitário, pretendemos ter contribuído para o debate numa perspetiva académica com efeitos práticos, uma vez que se encontra em elaboração a alteração ao regime por parte da Comissão de Reforma do Código do IRC.

É nosso entendimento que os problemas resultantes da transferência de residência podem ser mitigados através da adoção de alguns princípios orientadores, aplicáveis a

¹⁷² CEJIE, KATIA, "Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond", Peer-reviewed article, Intertax, Volume 40, Issue 6/7, Kluwer Law International, Netherlands, 2012, p. 382.

todos os Estados, pelo menos no seio da Comunidade Europeia, de modo a garantir a igualdade, a coerência e a justiça na repartição dos direitos tributários¹⁷³.

Deve ser garantido o princípio de que cada Estado tem direito a tributar os ganhos acumulados pelas empresas residentes no seu território, pelo período em que nele se estabelecerem.

Cumprida esta regra, todos os Estados acordariam na tributação da sua parte do ganho, sem problemas de dupla tributação, com a obrigação já decorrente das diretivas, de assistência mútua, quer ao nível da troca de informações, quer ao nível da cobrança em nome do Estado de origem.

Acordando os Estados nesta repartição do poder tributário, e sendo a mesma estabelecida e aceite internacionalmente, permite-se uma cobrança mais justa do imposto, com a possibilidade de pagamento imediato ou diferido, mas sempre com a possibilidade de acompanhar as mais-valias latentes, e ter conhecimento do momento em que o Estado efetivamente as realiza.

A tributação no momento da saída que nos parece mais justa passa pela opção, por parte do contribuinte, entre o pagamento imediato, com possibilidade de regresso sobre os montantes cobrados em excesso, ou o diferimento da tributação das mais-valias latentes para o momento da sua realização, com a garantia da cooperação das Autoridades Tributárias Europeias na cobrança, e a possível exigência de garantias, dependendo do tipo de bens em causa e risco que o diferimento apresente, no caso concreto.

Deste modo, ficará assegurada a compatibilidade da tributação com as normas europeias e, em particular, com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, protegendo os direitos dos contribuintes e as expectativas dos Estados.

¹⁷³ Algo semelhante a uma CCCTB, mas em termos mais práticos, de fácil implementação, e que salvaguarde a possibilidade de cada Estado adaptar o regime ao seu sistema fiscal, respeitando algumas regras, e principalmente, os direitos e liberdades dos contribuintes.

BIBLIOGRAFIA

NACIONAL

ARAÚJO, FERNANDO C - *A política fiscal em IRC ou a ausência dela na perspectiva dos contribuintes, a propósito do relatório de grupo para o estudo da política fiscal, competitividade, eficiência e justiça do sistema*”, In: Revista de finanças públicas e direito fiscal, A. 3, n.º2 Julho de 2010

AZEVEDO, LUÍS RICARDO MOREIRA - *As Obrigações Fiscais pelo Pagamento de Serviços a Não Residentes*, Tese de Mestrado, Universidade de Aveiro 2009, disponível em <http://ria.ua.pt/bitstream/10773/3248/1/2010000285.pdf>

AZEVEDO, MARIA EDUARDA - A fiscalidade e a competitividade empresarial no quadro do mercado único Europeu, Revista Fisco, nº74-75, Janeiro-Fevereiro, pp.3-8, 1996.

BARROS, VICTOR MAURÍLIO SILVA - *Impacto da Fiscalidade nas decisões de fusões e aquisições em Portugal* Dissertação de Mestrado em Finanças, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto de Economia e Gestão disponível em <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/3834/1/ISEG%20-%20Victor%20Barros%20-%20Mestrado%20em%20Finan%C3%A7as.pdf>

BRÁS, FERNANDO; DEWERBE, PATRICK & BORGES, RICARDO - “The Madeira Free Zone and its Standpoint within the European Union”, ECTR 3, 2004.

CALDAS, ANTÓNIO CASTRO - *O exit tax no código de IRC*, Revista de direito e gestão fiscal: Fiscalidade, N°34 Abr.-Jun. 2008.

CÂMARA, FRANCISCO SOUSA DA - “*A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação*”, In Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º403, 2001.

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CARLOS, AMÉRICO FERNANDO BRÁS - *Impostos – Teoria Geral*, Almedina, 2007.

CAVALCANTI, JULIANA FIGLIOULO - *Direito de estabelecimento e abuso de direito*, Relatório de estágio de mestrado, Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, (2009).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005.

CORREIA, ROBERTA DA CRUZ - *Os paraísos Fiscais e os regimes fiscais preferênciais como forma de concorrência fiscal prejudicial na União Europeia*, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Internacionais (Direito Económico Internacional), Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.

COURINHA, GUSTAVO LOPES - *A residência no direito internacional fiscal: do abuso subjectivo de convenções*, Tese de doutoramento, Ciências Jurídico-Económicas (Direito fiscal), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2012.

CUNHA, PAULO OLAVO - *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2012.

CUNHA RODRIGUES, NUNO - *A propósito da proposta de 14ª Directiva das Sociedades Comerciais: a transferência internacional de sede*, Revista Fiscalidade, Nº 22, pp. 61 e ss., 2005.

A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC, Revista Fiscalidade, Nº 15, pp. 27 e ss., 2003.

DINIS, JOSÉ PEDRO - *O Critério da Direção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, Junho de 2011.

DOURADO, ANA PAULA - *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010.

Princípios de Direito Tributário Internacional, 1998, p.56, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PrincDTI.pdf

CUNNINGHAM, WILLIAM, *O Conceito de Residência das Pessoas Colectivas na Legislação e na Prática Fiscais Portuguesas*, Revista Fiscal, Nº69, pp. 3 e ss. 1994.

FERREIRA, ALCÍDIO MATEUS, *As Normas CFC no CIRC e a sua Incompatibilidade com o Direito Comunitário, O Novo Artigo 66º. CIRC Aprovado pela Lei do OE 2012*” Tese de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa do Porto, Escola de Direito, Dezembro de 2011.

FIGUEIREDO, JOSÉ MANUEL MARQUES DE - *A Tributação das sociedades não residentes com estabelecimento estável em Portugal*, Relatório de mestrado em ciências jurídico-económicas, Lisboa, 1997.

KILIKEVICIENE, INGA, *Liberdade de estabelecimento e o regime de subcapitalização*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Europeu das Sociedades Comerciais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006.

MARTÍNEZ, SOARES, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2003.

MATOS, FRANCISCO CABRAL, *A tributação de não residentes e o direito comunitário*, Revista de direito e gestão fiscal: Fiscalidade, Nº34 Abr.-Jun. 2008, Lisboa, pp.57-69.

MORAIS, RUI DUARTE - *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

MOREIRA, GONÇALO FOLHADELA - “Exit tax” em *Jornal de Negócios*, Outubro de 2006, disponível em

<http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/hfc/artigo-exit-tax-gfm-out-06.pdf>

“Exit Tax” provável no *Tribunal de Justiça da Comunidade*” *Jornal de Negócios*, Janeiro de 2007 disponível em

<http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/hfc/artigo-exit-tax-tribunal-gfm-jan-07.pdf>

“Regime especial da Zona Franca da Madeira”, *Jornal de Negócios*, Julho de 2007, disponível em <http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/ebf/artigo-regime-especial-zfm-gvm-jul-07.pdf>

MOREIRA, TIAGO MARREIROS e MATOS, FRANCISCO CABRAL - “Is Portugal still na Interesting Country for investors to look at?” *Corporate Livewire*, 4 de Setembro de 2012, disponível em <http://www.corporatelivewire.com/top-story.html?id=is-portugal-still-an-interesting-country-for-investors-to-look-at>

NABAIS, JOSÉ CASALTA, - *A liberdade de gestão fiscal das empresas* In: *Fiscalidade* Nº44 pp. 5-42, Out.-Dez. 2010.

Alguns aspectos da Tributação de empresas In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. 3 p. 393-442, Coimbra, 2010.

A soberania fiscal no quadro da integração europeia In: *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais*, Vol. 2 p. 1025-1056, Coimbra, 2007.

Direito Fiscal, Almedina, Fevereiro 2005.

Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal, Almedina, 2008.

O quadro constitucional da tributação das empresas, In: Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976/ ed. Lit. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p.339-392, Lisboa, 2001.

NEVES, RICARDO JORGE CANCELA SOUSA - *A evasão fiscal das empresas em Portugal, Efeitos reflexos na tributação de IRC*, Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-económicas, Universidade do Porto, Faculdade de Direito disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/63911/2/Tese%20Mestrado%20Ricardo%20Neves27julho.pdf>

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO - “*Exit taxation of companies in Portugal*”, In *European Tax Studies*, 1/2010.

PEREIRA, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS - *Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2005.

Consequências fiscais das cisões, *Revista Ciência e Técnica Fiscal*, Nº375, p. 92 e ss., 1994.

PINHEIRO, GABRIELA - *A Fiscalidade Directa na União Europeia*, Porto, 1998.

PIRES, MANUEL - “*Exit Taxes*” *Studi Tributari Europei*, 1/2009.

RODRIGUES, CARLOS AUGUSTO - *A tributação das Empresas Associadas*, Tese de doutoramento, Universidade de Santiago de Compostela, Centro de Investigação Jurídico Económica Julho de 2009.

ROSA, LILIANA ISABEL EUSÉBIO - “*Impostos Diferidos*”, Relatório de Estágio, Mestrado em Gestão – Especialização em Contabilidade, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra 2010 disponível em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14010/1/Relatorio%20de%20Est%C3%A1gio%20-%20Impostos%20Diferidos.pdf>

SANCHES, J.L. SALDANHA - *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2007.

“*Os limites do Planeamento Fiscal*”, Coimbra Editora, pp. 327 e ss. e 352 e ss.

SILVA, JOSÉ MANUEL BRAZ DA - *Os Paraísos Fiscais, Casos Práticos com Empresas Portuguesas*, Almedina, 2004.

SIMÕES, ANA RAQUEL LOPES - *Regime jurídico das provisões no âmbito do CIRC*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Fiscal, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006.

SIMÕES, FRANCISCO GERALDES - “*Emigração de sociedades: uma empresa que exerça a sua actividade económica em território português está sujeita a tributação por transferir essa mesma actividade para o território de um outro estado-membro da U.E.?*” *Fiscalidade*, Lisboa, n.º 40. Out.-Dez. 2009.

SOUSA DA CÂMARA, FRANCISCO - “*A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação*” *Revista Ciência e Técnica Fiscal*, N°403, pp. 80 e ss.

TOMÁS CANTISTA TAVARES - *IRC e Contabilidade – Da realização ao justo valor*, Almedina, Coimbra, 2011

TEIXEIRA, GLÓRIA - *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

TEIXEIRA, MANUELA DURO - *A determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis*, Almedina, 2007.

VASCONCELOS, ANDRÉ - “*O justo valor e o código do IRC*” in *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, A. 3, n.º4, 2011.

VASQUES, SÉRGIO - *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

“Capacidade Contributiva, Rendimento e Património”, Fiscalidade, nº23, 2005.

“O Sistema Tributário das Regiões Autónomas Portuguesas”, Fórum de Direito Tributário [Brasil], nº41, 2009.

“The Madeira Free Trade Zone: Compliance and Control Issues” European Taxation, vol. 4, 2012.

VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES - *“Anotação comparativa dos acórdãos Gilly v. De Groot e D v. Wallentin: O TJCE “entre a semelhança e a diferença”*, Jurisprudência do Direito Fiscal, Abril de 2010.

WANDA, HONWANA - *“A Tributação do lucro real e os custos não reconhecidos em IRC”*, Relatório de mestrado de Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

XAVIER, ALBERTO - *“Direito Tributário Internacional”*, Almedina, 2007.

INTERNACIONAL

AAVV, Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional, ed. Fisco, Lisboa 2003

APARÍCIO PÉREZ, ANTÓNIO - *“La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea”* Notícias da União Europeia, Nº174, Julho 1999.

ARENDONK, HENK P.A.M. VAN - *“Exit Taxes: Separation of Powers?”*, EC Tax Review, 2010-2.

BETTEN, RIJKELE - *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, IBFD Publications, Amsteden, 1998.

BROEK, HARM VAN DEN - *“Exit Taxation of Cross-Border Mergers after National Grid Indus”*, European Tax Studies, 1/2012.

CARINCI, ANDREA - *“EC law and exit tax: limits, future perspectives and contradictions”*, European Tax Studies, 1/2009.

CASADEVALL, JORGE DE JUAN, *El exit tax en el Derecho español: una perspectiva comunitaria* Impuestos, 11/2010.

CARRAMASCHI, BRUNO MACORIN - *“Exit Taxes and the OECD Model Convention”* Lefosse Advogados em cooperação com Linklaters, artigo publicado na Tax Notes International, Volume 49, N.º3, Janeiro de 2008, disponível em www.linklaters.com

CEJIE, KATIA - *Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond*, INTERTAX, Volume 40, Issue 6/7, 2012.

DOUMA, SJOERD - *“Non-discriminatory Tax Obstacles”*, EC Tax Review, 2012-2.

GOLDBERG, SANFORD H - *“Exit Tax Conflicts Resulting from a Change in Residence”*, originalmente publicado no 56.º Congresso da Internacional Fiscal Association, August 25, 2002.

IGLÉSIAS, CARLOS JORGE SILVA DOS SANTOS - *A natureza jurídica do estabelecimento estável no direito tributário internacional*, Relatório do seminário de direito fiscal internacional, 1994.

KOK, REINOUT - *“Compatibility of Exit Taxes and Community Law”*, EC Tax Review, 2011-2.

KOVÁCS, LÁSZLÓ - *“European Commission Policy on Exit Taxation”*, Studi Tributari Europei, 1/2009.

MAN, FERNANDO DE e ALBIN, TIU - “*Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFUE: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?*”, Intertax , Volume 39, Issue 12, 2011.

NIJKEUTER, ERWIN - “*Exchange of Information and the Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*”, KPMG Meijburg & Co. (Arnhem) and the Tax Law Capacity Group of Erasmus, University Rotterdam, EC Tax Review, 2011/5, Kluwer Law International.

PIETRO, CARLA DE - “*Exit Tax: Fiscal Territoriality and Company Transfer*”, European Tax Studies, 1/2009.

POULSEN, MARTIN - “*Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction*”, Intertax, Volume 40, Issue 3.

ROHATGI, ROY - *Basic international taxation*, The Hague, Kluwer, 2001.

RONFELD, THOMAS - “*Burdens of the Right of Establishment: On Fiscal Establishment chairs in the EU*”, Intertax, Volume 41, Issue I, 2013.

SCHNORR, RANDOLF - “*German Exit Taxes in the light of de Lasteyrie du Saillant and N*”, Studi Tributari Europei, 1/2009.

SMIT, DANIEL S. e KIEKEBELD, BEN J. - “*The CCCTB: Wishful Thinking or Future Reality?*” Tax Notes International, Volume 50, Número 4, 28 de Abril de 2008. “*EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation: An Overview and Future Prospect*”, EC TAX REVIEW, 2012/5.

STEGMAN, MICHAEL J. - “*The New US Exit Tax Scheme: Breaking Off a Long-Term Relationship with Uncle Sam*”, Trusts & Trustees (Oxford Journals), Vol. 18, Issue 3, March 2012 disponível em <http://www.internationalestatetax.com/?c=article&l=en&s=michael-j-stegman&id=34>

THÖMMES, OTMAR and LINN, ALEXANDER - *"Deferment os Exi Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proporcionate?"*, Intertax, Volume 40, Issue 8/9, 2012.

WEBER, DENNIS - *Tax avoidance and the EC trety freedoms: a study of the limitations under European law to the prevention of tax avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, EUCOTAX. Series on European taxation, (2005).

WILSON, J.D.- *Theories of Tax Competition*, National Tax Journal (52) pp.269-304, 1999.

Materiali di diritto tributário internazionale, coord. Claudio Sachetto, Lauro Alemanno, IPSOA, 2002.

PIETRO, ADRIANO DI, - *"Past and perspectives of exit tax"*, European Tax Studies, 1/2009.

VASCEGA, MARIUS; THIEL, SERVAAS VAN,-*"Assessment of Taxes in Cross-Border Situations: The New EU Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation"*, EC Tax Review, 2011-3.

VORDING, H., A – *Level Playing Field for Business Taxation Europe: Why Country Size Matters*, European Taxation, 1999, pp.410-421. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434942.

ZERNOVA, DARIA - *"Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market"*Peer-Reviewd Article, Intertax, Volume 39, Issue 10, 2011.