

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Nicole Gaspar Alves

A (IN)COMPATIBILIDADE DAS CLÁUSULAS  
DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS COM AS  
LIBERDADES FUNDAMENTAIS

PROPOSTAS DE SOLUÇÕES PARA A HIDRA  
JURÍDICA

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-políticas  
com menção em Direito Fiscal, orientada pelo Professor Doutor  
João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues e apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maio de 2022



NICOLE GASPAR ALVES

A (IN)COMPATIBILIDADE DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE  
BENEFÍCIOS COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Propostas de Soluções para a Hidra Jurídica

THE (IN)COMPATIBILITY OF THE LIMITATION ON BENEFITS  
CLAUSES WITH THE FUNDAMENTAL FREEDOMS

Proposals of Solutions to the Legal Hydra

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),  
na Área de Especialização em Ciências Jurídico –  
Políticas / Menção em Direito Fiscal.  
Orientador: Prof. Dr. João Pedro Alves Ventura Silva  
Rodrigues.*

Coimbra, 2022

## **Agradecimentos**

À miúda do 5º ano que decidiu que iria ser Mestre em Direito e não desistiu.

À minha família, pela cega fé que depositam em mim e em tudo o que decido fazer.

Aos novos e velhos amigos, particularmente às feras Zorro e Luna.

Aos colegas que acompanharam este processo e partilharam as suas próprias ansiedades na elaboração das suas dissertações.

Ao meu Orientador, Prof. Dr. João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues.

Ao Hugo, por ser a minha folga.

E a todas as pessoas da minha vida que gostam de mim o suficiente para abrir esta tese, mas que irão inevitavelmente parar de ler após os Agradecimentos. Eu percebo. E agradeço-vos também.

*If knowledge can create problems,  
it is not through ignorance that we can solve them.*

- Isaac Asimov

*All things are difficult before they are easy.*

- Dr. Thomas Fuller

## Resumo

A presente dissertação tem como objetivo estudar a problemática da (in)compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com as liberdades fundamentais concedidas a todos os cidadãos da União Europeia e encontrar propostas para a solução desse problema sem comprometer o combate à elisão fiscal. Inicialmente, começaremos por caracterizar as cláusulas de limitação de benefícios, bem como os diferentes testes que as compõem. De seguida, exploraremos as liberdades fundamentais presentes no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e de que forma as normas internas dos Estados-membros poderão mostrar-se restritivas dessas liberdades. Analisaremos, então, cada teste que compõe as cláusulas em confronto com as liberdades e concluir quanto à sua compatibilidade ou incompatibilidade.

A partir desse pressuposto, iremos oferecer uma crítica à resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia quando a questão de compatibilidade destas cláusulas foi invocada no processo *ACT Group Litigation*. De seguida, abordaremos as nuances do mecanismo de justificação de restrições, com o propósito de investigar a possibilidade da sua utilização no caso das cláusulas de limitação de benefícios. Este mecanismo, atualmente, envolverá um controlo de proporcionalidade, ao qual dedicaremos um capítulo próprio onde poderemos examinar o conceito, os limites e a evolução do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Tal será feito em busca de como este tipo de controlo nos poderá ser útil no nosso estudo, eventualmente proporcionando novas propostas de solução da problemática visada neste trabalho. Posteriormente, dedicaremos um outro capítulo à possibilidade de eliminação da incompatibilidade “pela raiz”, tendo em consideração as eventuais consequências da implementação de novas iniciativas anti-abuso.

A longo do presente trabalho, conseguimos apresentar, ao todo, três propostas de solução da problemática em questão a ser ponderadas.

**Palavras-chave:** Cláusulas de Limitação de Benefícios, Liberdades Fundamentais, União Europeia, Treaty Shopping

## Abstract

The present dissertation aims to study the problem of the (in)compatibility of the limitation on benefits clause with the fundamental freedoms granted to all European Union citizens and to find proposals to solve this problem without compromising the fight against tax avoidance. Initially, we will start by characterizing the limitation on benefits clauses, as well as the different tests that they entail. Next, we will explore the fundamental freedoms present in the Treaty on the Functioning of the European Union and how the internal rules of the Member States may restrict these freedoms. We will then analyze each test that makes up the clauses in confrontation with the freedoms and conclude as to their compatibility or incompatibility.

Based on that conclusion, we will offer a critique of the response of the Court of Justice of the European Union when the question of compatibility of these clauses was raised in the *ACT Group Litigation* case. Next, we will address the nuances of the mechanism of restriction justification, with the purpose of investigating the possibility of its use in the case of limitation on benefits clauses. This mechanism, currently, will involve proportionality control, to which we will dedicate its own chapter, where we will be able to examine the concept, limits, and evolution of the proportionality control in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. We will do this in search of how this type of control can be useful in our study, eventually providing new proposals for solving the problem addressed in this work. Later, we will dedicate another chapter to the possibility of eliminating the incompatibility completely, taking into consideration the possible consequences of implementing new anti-abuse initiatives.

Throughout the present work, we were able to present, in all, three proposals to be pondered for the solution of the problem in question.

**Keywords:** Limitation on Benefits, Fundamental Freedoms, European Union, Treaty Shopping

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

BEPS – “Base Erosion and Profit Shifting”, erosão de base e transferência de lucros

CDT – Convenção de Dupla Tributação

UE – União Europeia

LOB – “Limitation on Benefits”, limitação de benefícios

MFN – “Most Favourable Nation”, nação mais favorecida

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

p/pp – página(s)

PPT – “Principle Purpose Test”, teste do propósito principal

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

# ÍNDICE

## **Introdução**

### **Capítulo 1 – Uma Hidra Jurídica**

1.1. A Cadeia “Problema-Solução-Problema”

1.2. O problema (ainda) sem resposta - A questão da possível restrição das liberdades fundamentais da União Europeia pelas cláusulas de limitação de benefícios

### **Capítulo 2 – As Cláusulas de Limitação de Benefícios**

2.1. Âmbito e caracterização geral

2.2. Os testes que compõem as LOB

- a) O *Stock Exchange Test*
- b) O *Ownership Test*
- c) O *Base Erosion Test*
- d) O *Active Conduct of a Business*
- e) O *Derivative Benefits Test*
- f) A *Discretionary Relief Clause*

### **Capítulo 3 – O Conflito com o Direito da União Europeia**

3.1. As liberdades fundamentais da União Europeia

3.2. As restrições às liberdades fundamentais

3.3. Confronto entre as LOB e as liberdades fundamentais

- a) O *Stock Exchange Test*
- b) O *Ownership Test*
- c) O *Base Erosion Test*
- d) O *Active Conduct of a Business*
- e) O *Derivative Benefits Test*
- f) A *Discretionary Relief Clause*

## **Capítulo 4 – O TJUE e a Negação da Incompatibilidade**

4.1. O Caso *ACT Group Litigation* – Crítica

## **Capítulo 5 – A Justificação da Restrição**

5.1. As justificações da restrição de liberdades fundamentais

a) As justificações tradicionalmente recusadas

b) As justificações tradicionalmente aceites

5.2. A justificação da restrição no caso das LOB

## **Capítulo 6 – O Controlo de Proporcionalidade**

6.1. O conceito de proporcionalidade

6.2. Os limites da aplicação do controlo de proporcionalidade

6.3. A evolução do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE

6.4. Análise das Cláusulas LOB à luz do controlo de proporcionalidade

6.5. Uma proposta de alteração da *Discretionary Relief Clause*?

6.6. As possíveis consequências da evolução do controlo de proporcionalidade para uma eventual decisão sobre as Cláusulas LOB

## **Capítulo 7 - A Eliminação da Incompatibilidade**

7.1. Argumentos a favor da eliminação das Cláusulas LOB – O futuro paradigma

7.2. A Substituição das LOB pelo PPT?

## **Conclusões**

## **Bibliografia**

## **Jurisprudência**

# Introdução

Nas profundezas dos sistemas fiscais, nasceu uma criatura perigosa que ameaça a harmonia, segurança e estabilidade dos ordenamentos jurídicos. O nome mais apropriado a dar a esta besta é hidra jurídica<sup>1</sup>. O seu poder regenerativo faz com que, assim que o esforço hercúleo dos juristas e legisladores resulte na solução de um problema, novos problemas aflorem dessa mesma solução. Isto provoca um ciclo de constantes soluções colocadas em causa por novas questões jurídicas que delas surgem. A temática desta dissertação resulta precisamente de uma batalha contra esta hidra jurídica (entre tantas outras batalhas), que apenas será vencida quando for encontrada uma solução que não crie novos problemas.

Neste sentido, o nosso trabalho começa por explorar esta ideia de hidra jurídica, que concebemos como forma de analisar o percurso pela cadeia “problema-solução-problema” até ao encontro da problemática da (in)compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com as liberdades fundamentais concedidas a todos os cidadãos da União Europeia. De seguida, o presente trabalho poderá ser dividido em duas partes.

A primeira parte refere-se à exploração da questão em mãos, cujo objetivo será aferir uma conclusão definitiva acerca da falta de compatibilidade das referidas cláusulas com o Direito da UE. Sendo assim, começaremos por caracterizar as cláusulas de limitação de benefícios, bem como os diferentes testes que as compõem. De seguida, exploraremos as liberdades fundamentais presentes no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e de que forma as normas internas dos Estados-membros poderão mostrar-se restritivas dessas liberdades. Tendo concluído essas tarefas, poderemos, então, analisar cada teste que compõe as cláusulas em confronto com as liberdades e concluir quanto à sua compatibilidade ou incompatibilidade.

A segunda parte deste estudo será dedicada à apresentação e análise de diversas propostas para solucionar o problema de compatibilidade, tendo sempre em consideração o nosso propósito de evitar novos problemas nascidos das soluções. Neste caso, o maior

---

<sup>1</sup> Inspirada, claro está, na criatura mitológica de nome “Hidra” que Hércules enfrentou. Segundo várias populares versões do mito, a criatura tinha várias cabeças de serpente e, quando uma era cortada, no seu lugar emergiam duas novas cabeças, tornando a tarefa de derrotar este monstro quase impossível.

desafio será encontrar uma solução que não implique o crescimento do sucesso dos esquemas de *treaty shopping* e a diminuição da eficácia do combate à elisão fiscal. Assim, iniciaremos a nossa busca ao analisar a resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia à questão de compatibilidade destas cláusulas quando esta foi invocada no processo *ACT Group Litigation*. De seguida, abordaremos as nuances do mecanismo de justificação de restrições, explorando as razões tradicionalmente recusadas e aceites na jurisprudência do Tribunal, com o propósito de investigar a possibilidade de justificação da restrição no caso das cláusulas de limitação de benefícios. Este mecanismo, atualmente, envolverá um controlo de proporcionalidade, ao qual dedicaremos um capítulo próprio. Nesse capítulo, poderemos examinar o conceito, os limites e a evolução do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em busca de como este tipo de controlo nos poderá ser útil no nosso estudo, proporcionando novas propostas de solução da problemática visada neste trabalho. Posteriormente, dedicaremos um outro capítulo à possibilidade de eliminação da incompatibilidade “pela raiz”, tendo em consideração as eventuais consequências da implementação de novas iniciativas anti-abuso.

Finalmente, agruparemos todas as nossas conclusões e propostas de solução para a problemática das cláusulas de limitação de benefícios, a que chegámos ao longo da nossa reflexão, numa só linha de pensamento fluida e coesa.

## Capítulo 1 – Uma Hidra Jurídica

### 1.1. A Cadeia “Problema-Solução-Problema”

O presente trabalho apresenta o conceito original de “hidra jurídica” como ponto de partida para o estudo sobre a compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios presentes nas Convenções de Dupla Tributação com o Direito da União Europeia. Como mencionámos na Introdução, a esta “criatura” está subjacente uma ideia de infundável e eterno esforço na procura de soluções, apenas recompensado por inéditos problemas que surgem da solução encontrada. Neste sentido, dedicaremos o primeiro capítulo da nossa investigação a analisar a cadeia “problema-solução-problema” que deu origem ao ramo da hidra jurídica que pretendemos resolver. Caminhemos, então, ao longo da estrada da memória:

Mostra-nos a História que os impostos têm existido desde há milhares e milhares de anos ao longo das diferentes culturas espalhadas pelo planeta. Mas o que se mostra realmente pertinente apontar, no âmbito desta tese, é que os impostos surgiram como solução aos mais diversos problemas. Ainda que na grande maioria das demandas de impostos ao longo dos tempos se tenham verificado abusos, surgindo apenas para financiar os interesses, gostos e luxos do poder regente, também verificamos um padrão de utilização da receita dos impostos de forma a melhorar a qualidade de vida da comunidade em geral, garantir a proteção e segurança da população, ou expandir o território, através do financiamento militar, e a construção de infraestruturas úteis ao povo (entre outros benefícios públicos)<sup>2</sup>. Hoje em dia,

---

<sup>2</sup> Na Roma Antiga, por volta dos anos 167 a. C., o sistema fiscal angariava tantos tributos que chegaram a ser distribuídos pão e outros produtos na cidade, de forma gratuita, de modo a partilhar a riqueza. Nestes tempos, cerca de 50% do orçamento da receita fiscal era destinado às despesas do exército romano e foi neste contexto que surgiu o primeiro sistema de previdência da História, garantindo aos legionários 13 anos de salário (pensões) depois de 25 anos de serviço efetivo. O restante do orçamento destinava-se a cobrir as despesas do governante, à construção de estradas, portos e mercados e à manutenção do sistema legal. Quase vinte séculos mais tarde, no final do século XVIII, a Inglaterra encontrava-se ameaçada pelo Império de Napoleão Bonaparte, e necessitava de recursos para o financiamento da guerra. A criação do imposto de renda por William Pitt, apesar de ter gerado muita controvérsia, garantiu o financiamento abastado da milícia inglesa, tanto que Napoleão acabou por ser derrotado em 1815 na batalha de Waterloo. Alguns autores atribuem esta vitória inglesa, não às armas do General Wellington, mas sim ao imposto de renda de William Pitt. *Vide*: GONÇALVES, João Luís. *Breve História do Imposto – O imposto não imposto e o não imposto imposto*, Edições Vieira da Silva, Lisboa (2013) pp. 17-40; Site do Ministério da Economia, Governo do Brasil, *Primórdios do Imposto de Renda no Mundo*, (1 Set. 2015), [consult. 12 Out. 2021], disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/primordios-do-imposto-de-renda-no-mundo>.

os impostos modernos continuam a financiar a proteção e segurança da população, mas, em muitos países, a preocupação com a guerra deixou de ser tão proeminente e as receitas fiscais canalizadas de forma a solucionar outros problemas da comunidade<sup>3</sup>.

Neste contexto, Nuno Sá Gomes avança com uma definição geral de imposto: “a prestação patrimonial positiva e independente de qualquer vínculo anterior, definitiva e unilateral ou não sinalagmática, estabelecida pela lei a favor de entidades que exerçam funções públicas e para satisfação de fins públicos, que não constituam sanção de atos ilícitos”<sup>4</sup>. Assim, num mundo em que a vida experienciada de forma individual acarreta inúmeros prejuízos e dificuldades, os impostos surgem como solução de unificação da comunidade para o prosseguimento dos interesses públicos.

A evolução dos impostos ao longo das épocas culminou num mundo dividido por fronteiras, dentro das quais cada Estado aplica o seu diferente e complexo sistema fiscal à sua população. Recentemente, verificamos também a crescente internacionalização e globalização da economia, tornando as referidas fronteiras cada vez menos um obstáculo à criação de fortes conexões com vários Estados em simultâneo. Aliás, hoje conseguimos presenciar relações económicas entre empresas e sujeitos localizados em diferentes “cantos” do mundo sem qualquer movimentação, graças à gigantesca evolução tecnológica e revolução cibernética<sup>5</sup>.

No entanto, a diversidade e complexidade dos sistemas fiscais acabaram por criar novos problemas e situações questionáveis, especialmente no âmbito das modernas relações internacionais. Um dos grandes problemas potenciados pela multiplicidade de sistemas fiscais numa situação internacional é a dupla tributação. Se a tributação consiste, essencialmente, na “*atividade desempenhada pelo poder público – ou por outro em seu nome*

---

<sup>3</sup> Entre as novas canalizações dos impostos, contamos com os serviços de educação e de saúde tendencialmente gratuitos (como o Sistema Nacional de Saúde português) e transportes públicos. Por outro lado, hoje também temos certos impostos extrafiscais, que não se focam tanto no objetivo de arrecadar receita, mas prosseguem o interesse público através de um objetivo “suicida” de desincentivar ou induzir a população a certos consumos ou comportamentos (como acontece no caso dos tributos verdes, desincentivando a utilização de energias poluentes e promovendo energias renováveis). Vide: NABAIS, José Casalta, “Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal”, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Nº 12, Ano IV, 2.03 (2003) p. 36.

<sup>4</sup> GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal – Vol. I*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais – Direção-Geral das Contribuições e Impostos – Ministério das Finanças, Lisboa (1993) p. 60.

<sup>5</sup> ICEP, “Dupla Tributação Internacional – Convenções de Dupla Tributação”, *ICEP Portugal*, Portugal (2003) p. 4.

– *tendente a levantar recursos na economia privada para prover à necessidade do erário público, mediante a eleição de factos juridicamente relevantes indiciadores de capacidade contributiva*<sup>6</sup>, então a dupla tributação internacional será a oneração do mesmo facto gerador por duas obrigações tributárias distintas, provindas de diferentes sistemas fiscais<sup>7</sup>.

Este fenómeno da dupla tributação, em todas as suas diferentes aceções, provoca, obviamente, várias consequências indesejáveis. As mais notáveis e problemáticas são as consequências económicas, sendo criado um enorme entrave ao investimento e ao desenvolvimento do comércio internacional, interferindo nos movimentos de capitais e de pessoas<sup>8</sup>. Por outro lado, a doutrina também aponta a existência de violação da justiça fiscal, ao propiciar a tributação dos sujeitos sem consideração do princípio da capacidade contributiva<sup>9</sup>. Para além disso, a injustiça e a pressão tributária sobre os sujeitos criaria um incentivo à adoção de mecanismos fraudulentos de forma a evitar a sobrecarga fiscal.

---

<sup>6</sup> ATALIBA, Geraldo, “Bitributação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 6, 1966, p. 162.

<sup>7</sup> A dupla tributação pode ocorrer através de diferentes circunstâncias. Ora, segundo as leis de dois sistemas fiscais domésticos distintos, um sujeito poderá ter uma conexão pessoal com cada Estado que o fará ser taxado em todos os seus rendimentos, independentemente da sua origem (através da adoção do princípio do “*worldwide income*”) por ambos os Estados. Isto significará que o sujeito tem responsabilidade fiscal completa (ou “*full tax liability*”) em dois Estados diferentes, constituindo, desta forma, uma situação de dupla tributação em relação a todos os rendimentos do sujeito. O fenómeno poderá ocorrer, também, se se verificar que, segundo um sistema fiscal doméstico, um sujeito demonstra uma conexão pessoal ao Estado que o sujeita a uma responsabilidade fiscal de todos os seus rendimentos, mas, segundo um outro sistema fiscal doméstico, o sujeito obtém um certo rendimento que revela uma conexão (ainda que fraca ou apenas baseada em fatores objetivos) com esse outro Estado, que, por sua vez, submete o sujeito a uma responsabilidade fiscal limitada a esse mesmo rendimento. Ou seja, estaríamos perante uma situação em que um sujeito teria responsabilidade fiscal completa num Estado e, ao mesmo tempo, responsabilidade fiscal limitada (ou “*limited tax liability*”) num outro Estado, criando-se, assim, uma situação de dupla tributação em relação ao rendimento que revela uma conexão juridicamente relevante com o segundo Estado. O mesmo poderá acontecer no caso de se verificar que um sujeito apresenta responsabilidade fiscal limitada em relação a um certo rendimento em dois Estados distintos, visto que esse mesmo rendimento revela uma conexão com ambos os Estados relevante para cada sistema fiscal doméstico. As três diferentes circunstâncias referidas podem ser categorizadas como canalizadoras de uma dupla tributação jurídica. Isto significa que em todas as situações referidas, a dupla tributação surge sobre o mesmo rendimento, relativamente ao mesmo período, e incide sobre o mesmo sujeito. No entanto, também se pode verificar uma situação de dupla tributação económica, que surgirá sobre o mesmo rendimento, mas incidirá sobre diferentes sujeitos passivos. Nesse caso, poderá acontecer, por exemplo, que duas sociedades interdependentes, residentes em dois Estados diferentes, se atribuem rendimentos tributáveis num deles e não dedutíveis no outro. *Vide*: ATALIBA, Geraldo, op. cit., pp. 159-169. LANG, Michael, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, IBFD, 2.º Ed, Viena (2013) pp. 23-25. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2.º Ed. (2020) p. 36.

<sup>8</sup> SANTOS, Jazam; LEONETTI, Carlos Araújo, *As Causas e Consequências da Dupla Tributação Internacional e as Soluções para Evitá-las como Forma de Respeitar os Direitos Humanos*, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI (2017) p. 63.

<sup>9</sup> Para uma breve exposição do tema da justiça em situação de dupla tributação na doutrina, *vide*: PIRES, Manuel, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (1984) pp. 169-175.

Também se poderiam verificar consequências nas relações culturais entre os Estados pois dificultaria a difusão da propriedade intelectual, a realização de espetáculos e apresentações de artistas e atletas estrangeiros, e a presença de cientistas e estudantes estrangeiros<sup>10</sup>. Por fim, todas as consequências mencionadas iriam resultar no distanciamento no que toca às relações sócio-políticas entre os Estados, configurando-se uma situação verdadeiramente prejudicial e desvantajosa.

Perante o contexto apresentado, os Estados procuraram formas de evitar a dupla tributação, sendo através de medidas unilaterais (como a isenção do rendimento adquirido no estrangeiro, o crédito de imposto para os impostos estrangeiros pagos quanto a rendimento adquirido no estrangeiro, ou a dedução dos impostos pagos no estrangeiro quanto ao rendimento lá adquirido<sup>11</sup>), ou através de medidas bilaterais. Uma das soluções encontradas para evitar o problema e as suas nefastas consequências consistiu na celebração de convenções bilaterais entre os Estados, de forma a estabelecer as competências tributárias de cada Estado numa determinada situação internacional, bem como estipular os métodos a utilizar de forma a eliminar a dupla tributação. O número de convenções desta natureza está constantemente em crescimento, existindo, hoje, mais de 2000 exemplos<sup>12</sup>.

A grande generalidade das comuns, mas impropriamente denominadas “Convenções de Dupla Tributação” (ou “CDT”) foi inspirada no Modelo de Convenção para Eliminar a Dupla Tributação do Rendimento e do Capital<sup>13</sup>, publicada em 1977 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante, “OCDE”), que tem sido revisto múltiplas vezes ao longo dos anos. Outro modelo de referência é o Modelo de Convenção sobre Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e Países em vias de Desenvolvimento<sup>14</sup>, publicado em 1980 pelas Nações Unidas. Este último mostrou-se mais benéfico para aqueles

---

<sup>10</sup> SANTOS, Jazam; LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 64.

<sup>11</sup> LANG, Michael, op. cit., p. 27.

<sup>12</sup> Numa negociação deste tipo de convenções, prevalece um princípio de reciprocidade, pois os Estados abdicam parcialmente de algumas receitas fiscais em favor do outro Estado contratante.

Os métodos de uso mais comum utilizados nestas medidas bilaterais consistem, essencialmente, no método da isenção e no método do crédito de imposto. Muito resumidamente, o primeiro consiste num dos Estados isentar certo rendimento que é já tributado no outro Estado, enquanto o segundo consiste no primeiro Estado deduzir do imposto por ele cobrado uma importância equivalente ao imposto pago no segundo Estado. *Vide*: LANG, Michael, op. cit., p. 26; TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 6.º Ed. (2021) p. 298.

<sup>13</sup> OECD, *Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977*, OECD Publishing, Paris (1977).

<sup>14</sup> UNITED NATIONS, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Department of International Economic and Social Affairs, New York (1980).

países que se assumem em vias de desenvolvimento, devido ao maior peso dado ao princípio da fonte (em oposição ao princípio da residência, mais popular no modelo da OCDE)<sup>15</sup>. Tanto assim é que, no caso de Portugal, apesar de as convenções celebradas retirarem bastante inspiração do modelo da OCDE, nelas foram também introduzidas certas nuances aproveitadas do modelo das Nações Unidas<sup>16</sup>. Importante será referir, ainda, a Convenção Modelo dos Estados Unidos da América, publicada em 1977<sup>17</sup>, que serviu de inspiração para idealizar inovadoras soluções (como veremos mais à frente neste capítulo), bem como o Modelo Holandês e o Modelo de Convenção Intra-Asiático assinado pelos Membros da Associação das Nações do Sudeste Asiático, ambos publicados em 1987<sup>18</sup>.

Como podemos ver, a adesão às CDT foi enorme e a verdade é que os resultados foram ao encontro do esperado, considerando muitos autores que esta é a medida mais eficaz na resolução do problema que a dupla tributação impõe.

No entanto, as convenções de dupla tributação foram tão bem-sucedidas que potenciaram o problema exatamente oposto: a dupla não tributação (*“fenómeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efetivamente abrangida por nenhuma delas”*<sup>19</sup>) e o *treaty shopping* (forma de elisão fiscal que iremos analisar).

A jurisprudência e doutrina maioritária, definem a elisão fiscal como a *“conduta do contribuinte que antecede o facto gerador, mediante processos lícitos, para diferir, diminuir ou afastar o ónus tributário”*<sup>20</sup>. Esta figura não se confunde, então, com a evasão fiscal que, por sua vez, implica a prática de um ato **ilícito** pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária, prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento. A elisão fiscal trata apenas da prática de atos, em princípio lícitos, realizados *“no âmbito da esfera da liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma*

---

<sup>15</sup> XAVIER, Alberto, op. cit., pp. 100-102.

<sup>16</sup> ICEP, op. cit., p. 6.

<sup>17</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, Coimbra, Almedina (2020) p. 419.

<sup>18</sup> XAVIER, Alberto, op. cit., p. 102.

<sup>19</sup> XAVIER, Alberto, op. cit., p. 45.

<sup>20</sup> IGLESIAS, Marcelo; OLIVEIRA, Arthur Tadeu, “Paraísos Fiscais: Elisão ou Evasão Fiscal? Uma análise desta Estratégia de Planejamento Tributário nas Negociações Empresariais Internacionais” *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, Instituto Brasileiro de Direito Tributário (2019) p. 148.

*pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos*”<sup>21</sup>, portanto, trata de um planeamento fiscal. O problema advém do facto de esse planeamento fiscal ser verdadeiramente abusivo. De acordo com a Comissão Europeia, o planeamento fiscal agressivo consiste na redução das obrigações fiscais dos contribuintes através de mecanismos que, apesar de legais, contrariam o espírito da lei, tirando partido das lacunas de um sistema fiscal e das assimetrias existentes entre sistemas fiscais<sup>22</sup>.

Ora, através de um abuso das convenções de dupla tributação, os sujeitos passivos conseguiriam diminuir ou evitar os impostos devidos, aproveitando-se de benefícios que não teriam sido pensados para eles. Como seria de esperar, as convenções celebradas entre os Estados teriam em conta as características muito específicas dos Estados signatários, de forma a poder evitar a dupla tributação e atribuir certos benefícios que fossem considerados apropriados. No entanto, poderá haver uma utilização indevida de benefícios contidos no tratado, na medida em que um sujeito passivo não-residente recorre a uma interposta pessoa com a finalidade de desfrutar do regime mais favorecido, o qual, em rigor, tem como destinatários apenas os residentes nos países signatários<sup>23</sup>. Este abuso da convenção é chamado de “*treaty shopping*”, e não nos faltam exemplos de esquemas deste tipo na jurisprudência<sup>24</sup>. Hoje em dia, segundo a OCDE, estima-se que, anualmente, os Estados

---

<sup>21</sup> XAVIER, Alberto, op.cit., p. 351.

<sup>22</sup> Comissão Europeia, “Reduzir o Planeamento Fiscal Agressivo”, Ficha Temática do Semestre Europeu (2017), disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_curbing-aggressive-tax-planning\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_curbing-aggressive-tax-planning_pt.pdf).

<sup>23</sup> TORRES, Heleno, *Direito Tributário Internacional - Planeamento Tributário e Operações Internacionais*, São Paulo, RT, 2001, p. 327.

<sup>24</sup> Para ilustrar melhor esta figura, remetemos ao simples caso do boxeur sueco Ingemar Johansson. Johansson auferia rendimentos avultados provindos dos Estados Unidos da América (EUA). No entanto, estes rendimentos não eram transferidos diretamente para a Suécia, mas sim para a Suíça, especificamente, para a Scanart SA, sociedade cujo único funcionário e fonte de rendimento era o próprio Ingemar. Formalmente, o boxeur também era residente na Suíça. Desta forma, Ingemar beneficiava da Convenção entre os Estados Unidos e a Suíça, ao abrigo da qual residentes na Suíça que tivessem recebido rendimento provindo dos EUA como contratado por uma entidade suíça, não estariam sujeitos a tributação. Através deste pequeno esquema, o boxeur conseguiria diminuir a sua carga fiscal em cerca de um milhão de dólares em 1960 e 1961, se não fosse pela Inland Revenue Service (entidade responsável pela coleta de impostos nos EUA), que lhe negou o benefício da Convenção, com base no propósito artificial por detrás do funcionamento da sociedade suíça. Vide: *Johansson v. United States*, 336 F.2d 809 (5th Cir. 1964). KORNÍKOVA, Anna A., “Solving the Problem of Tax-Treaty Shopping through the Use of Limitation on Benefits Provisions”, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 8, N.º 2 (2008) p. 52 ss. VILELA, Hélder, *A Proposta da Acção 6 do Plano BEPS da OCDE: Problemas de Compatibilidade com o Direito da União*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016) p. 10.

perdem entre 100 e 240 mil milhões de dólares em receitas devido a práticas de elisão fiscal<sup>25</sup>.

Mais uma vez, os Estados juntaram esforços para encontrar novas soluções para novos problemas. Foi neste contexto que surgiram certas inovadoras medidas internas, bem como novas cláusulas a integrar nos Tratados bilaterais, com esse mesmo objetivo. Entre estas últimas, destacam-se as cláusulas de limitação de benefícios, o verdadeiro objeto do nosso trabalho. Estas cláusulas de “*Limitation on Benefits*” ou “LOB” - designação internacionalmente popularizada e da qual nos vamos apropriar no restante corpo deste trabalho – permitem, como o nome indica, a limitação dos benefícios dos tratados a certos sujeitos, considerados, através de determinadas regras, como aqueles para os quais os tratados foram pensados e celebrados. Ou seja, as cláusulas permitirão a eliminação da dupla tributação, mas vedarão esses benefícios aos sujeitos que apresentam características objetivamente consideradas suspeitas de intenção abusiva.

Nas palavras de Alberto Xavier, as cláusulas de limitação de benefícios pretendem “*evitar que pessoas, que não são residentes dos dois Estados contratantes, tenham acesso aos benefícios de um tratado pela utilização de uma entidade que de outro modo se qualificaria como residente de um desses Estados*”, reservando o acesso ao tratado para pessoas consideradas “qualificadas”<sup>26</sup>.

Os Estados Unidos da América foram pioneiros no que toca à matéria das LOB, tendo incluído algo de semelhante na sua Convenção Modelo de 1977<sup>27</sup> e, posteriormente, regras já designadas de LOB nas suas convenções modelo de 1981<sup>28</sup>, 1996<sup>29</sup>, 2006<sup>30</sup> e no novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos de 2016<sup>31</sup>. Também o Modelo de Convenção da OCDE, em 1992<sup>32</sup>, já recomendava a inserção deste tipo de cláusulas. Mais tarde, a OCDE

---

<sup>25</sup> OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, [consult. 4 Abr. 2021], Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/>.

<sup>26</sup> XAVIER, Alberto, op.cit., p. 405.

<sup>27</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., p. 419.

<sup>28</sup> FREUD, Nicholas S., “Treaty Shopping and the 1981 United States: Treasury Draft Model Income Tax Treaty”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 6 (1983).

<sup>29</sup> United States Model Income Tax Convention of September 20, 1996 (1996). p. 62 e ss.

<sup>30</sup> United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006 (2006). p. 31 e ss.

<sup>31</sup> United States Model Income Tax Convention (2016). p. 42 e ss.

<sup>32</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version September 1992*, OECD Publishing, Paris (1992).

criou o plano BEPS<sup>33</sup> com o intuito de colmatar os problemas relativos à erosão de base tributável e transferência de lucros, tendo-se dedicado, na sua Ação n.º 6, ao combate da utilização abusiva dos tratados internacionais. O Final Report da OCDE de 2015 sobre a Ação 6<sup>34</sup> volta a sugerir, entre outras medidas, as regras de limitação de benefícios para o combate ao *treaty shopping*.

Em 7 de Junho de 2017, Portugal e outros 77 países e territórios assinaram a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão de Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros<sup>35</sup>, na sequência do trabalho levado a cabo pela OCDE. Esta convenção surge como uma solução para o planeamento fiscal agressivo, apostando numa atuação coordenada dos Estados para colmatar as lacunas existentes na legislação fiscal internacional. Inspirada na Convenção Modelo norte-americana e na Ação 6 do Plano BEPS, a Convenção Multilateral prevê regras de limitação de benefícios como uma das soluções a adotar pelos Estados aquando da celebração de convenções bilaterais. Importante, também, será notar que os Estados assinantes da Convenção Multilateral se comprometeram a um “*minimum standard*” na elaboração das suas convenções, ou seja, os países têm alguma flexibilidade na redação e escolha das medidas dos seus tratados, mas têm de respeitar um mínimo imposto nesta convenção<sup>36</sup>. Este “*minimum standard*” é composto por uma declaração expressa, geralmente no preâmbulo, da sua intenção de eliminar a dupla tributação sem que, com isso, se criem oportunidades para não tributação ou baixa tributação, e por um dos métodos ou combinação de métodos de prevenção do uso abusivo das convenções fiscais previstos no artigo 7.º da Convenção.

Para além das cláusulas de limitação de benefícios, outro mecanismo de combate ao *treaty shopping* presente no texto da Convenção Multilateral é o “*Principle Purpose Test*”, em português “teste do propósito principal”, e internacionalmente denominado de “PPT”. Este teste permite que as autoridades competentes, tendo em conta os factos relevantes, retirem os benefícios de uma CDT, que de outra forma seriam concedidos a determinado

---

<sup>33</sup> OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing (2013).

<sup>34</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (2015).

<sup>35</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. Versão portuguesa.

<sup>36</sup> COSTA, Rita João, *Da Compatibilidade das Regras de Limitação de Benefícios com o Direito da União Europeia - Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (2018) p. 49 e ss.

sujeito, ao concluir que a obtenção desses benefícios foi um dos principais propósitos de certa operação no Estado Contratante<sup>37</sup>.

Como vemos, assistimos a uma globalização de novas soluções para o combate ao *treaty shopping* e ao esforço coligado dos diferentes Estados, sendo que as figuras mais proeminentes nesse objetivo são as cláusulas de limitação de benefícios e o teste do propósito principal.

No entanto, como dita a tendência, o plano BEPS foi outra solução da qual surgiram novas questões e problemas jurídicos. Entre as críticas que têm sido levantadas, tanto ao plano BEPS, como ao consenso tradicional da OCDE que criou os tratados bilaterais, encontra-se a insatisfação dos Países em Desenvolvimento perante regras que acabam por beneficiar os Países Desenvolvidos (ao atribuírem grande parte dos direitos tributários ao Estado de residência em detrimento do Estado da fonte), as dificuldades crescentes em adaptar as regras ao mundo digital com que nos deparamos hoje<sup>38</sup>, e a questão da possível restrição da liberdades fundamentais da União Europeia pelas cláusulas de limitação de benefícios (que será analisada neste trabalho).

Sendo assim, a busca por novas soluções nunca terminou. Mais recentemente, o OCDE/G20 Inclusive Framework, um grupo de trabalho constituído por 141 países e jurisdições concentrou-se em abordar os desafios fiscais da economia digital. No âmbito do estudo de uma solução global baseada no consenso para reformar a estrutura internacional de impostos corporativos, houve o estabelecimento de um acordo global entre 137 jurisdições em outubro de 2021, a ser implementado a partir de 2023<sup>39</sup>. Este acordo é constituído por dois pilares essenciais. O primeiro pilar consiste na realocação parcial dos direitos tributários sobre as multinacionais dos seus países de origem para os mercados onde estas exercem atividades comerciais e obtêm lucros, independentemente de tais empresas

---

<sup>37</sup> Excetuando os casos em que garantir o acesso a tais benefícios, nessas circunstâncias, estaria de acordo com o objeto e o propósito da Convenção.

<sup>38</sup> SCHÖN, Wolfgang, “Is There Finally an International Tax System?”, *World Tax Journal*, IBDF, August (2021) p. 361-362.

<sup>39</sup> OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, *International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age* [consult. 13 Abr. 2022], disponível em: <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.html>. Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, *Minimum Corporate Taxation* [consult. 20 Jan. 2022], disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation\\_pt](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation_pt).

terem presença física nesses Estados. Desta forma, garantir-se-á uma distribuição mais justa de lucros e direitos tributários entre os países, no que toca a empresas multinacionais, especialmente quando estas operam no mundo digital. O segundo pilar, por sua vez, estabelece um nível mínimo de tributação dos lucros das empresas multinacionais, colocando um entrave na competição fiscal entre os Estados (através da qual, os Estados reduzem cada vez mais os seus impostos corporativos de forma a mostrarem-se mais atrativos para as empresas multinacionais e, conseqüentemente, também atrativos para práticas abusivas)<sup>40</sup>.

Segundo o estudo feito pela OCDE, espera-se que, através da iniciativa do primeiro pilar, por ano, sejam realocados para as jurisdições de mercado direitos de tributação no valor de mais de 125 mil milhões de dólares. Estima-se, ainda, que o imposto mínimo global do segundo pilar - com uma alíquota mínima de pelo menos 15% - gere anualmente cerca de 150 mil milhões de dólares em receitas fiscais globais adicionais<sup>41</sup>. Isto fornecerá o apoio aos governos para investir em serviços públicos essenciais, infraestrutura e medidas necessárias para ajudar a otimizar a força e a qualidade da recuperação da pandemia COVID. Benefícios adicionais também resultarão da estabilização do sistema tributário internacional e do aumento da segurança tributária para os contribuintes e para as administrações tributárias.

Através da implementação dos dois pilares, poderão vir a atenuar-se diversos problemas no que toca ao planeamento fiscal abusivo e à evasão fiscal. Ora, a realocação dos direitos tributários colocará a ênfase desses direitos tanto no local onde a empresa reside, como nos mercados onde esta afere atividades comerciais (mesmo que não presenciais). Isto em oposição a um maior enfoque no Estado de residência que resultou na ascensão dos esquemas de *treaty shopping* (pelo qual um sujeito simula a sua residência ou a de uma “*conduit company*” num certo Estado para obter os benefícios concedidos aos seus residentes). Por outro lado, o estabelecimento de um nível mínimo de tributação desincentivará o recurso ao *treaty shopping*, no sentido em que não se verificará uma

---

<sup>40</sup> SCHÖN, Wolfgang, op. cit., p. 364.

<sup>41</sup> OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, *Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation* [consult. 20 Jan. 2022], Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>

diferença tão gritante entre as tributações dos diversos Estados, tornando-se menos apelativo o esforço e o risco de uma prática abusiva.

Dito isto, é certo que os esquemas de *treaty shopping* e o planeamento fiscal abusivo continuarão a existir, mesmo que os dois pilares sejam bem-sucedidos em reduzir a sua afluência. Como se percebe, a residência continuará a constituir um importante fator no que toca a direitos tributários, e as diferenças entre as tributações dos diferentes Estados continuarão a existir, afigurando-se uns mais favoráveis para as empresas que outros.

Logo, os mecanismos de combate ao planeamento fiscal abusivo continuarão a ser necessários. No entanto, a forma e o modo de utilização destes mecanismos poderão evoluir de acordo com a mudança de paradigma consequente da aplicação dos dois pilares que o futuro revelará<sup>42</sup>. Esta última ideia é algo que teremos em conta ao longo do presente trabalho.

## **1.2. O Problema (ainda) sem resposta - A questão da possível restrição das liberdades fundamentais da União Europeia pelas cláusulas de limitação de benefícios**

Pois falaremos de um dos mais recentes problemas/questões deste ramo da hidra jurídica: a eventual restrição das liberdades fundamentais da União Europeia pelas cláusulas de limitação de benefícios. Vejamos o caminho lógico percorrido até este pertinente dilema se colocar na nossa mente.

Ora, reconhece-se que cada Estado detém a chamada “soberania fiscal”. Esta consiste, segundo Paula Rosado Pereira, numa “*manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal, exercendo os seus poderes tributários tanto relativamente a situações tributárias internas como a situações tributárias internacionais com elementos de conexão relevantes com esse Estado, e ainda*

---

<sup>42</sup> Wolfgang Schön questiona a possibilidade de nos virmos, em breve, perante um verdadeiro Sistema Fiscal Internacional, cujas origens teriam lugar na aplicação do novo acordo de dois pilares, entre outras iniciativas, conclusões e conjeturas também possivelmente determinantes. Presentemente, o autor conclui que será ainda cedo para determinar a emergência de tal Sistema Fiscal Internacional digno do seu nome, mas poderemos estar numa fase intermédia que caminha para essa mesma direção. *Vide*: SCHÖN, Wolfgang, op. cit.

*negociando em matéria tributária com outros Estados*”<sup>43</sup>. Também Casalta Nabais ofereceu-nos uma definição deste poder, diferenciando-o do poder tributário que cabe às regiões ou outras estruturas de descentração estadual. O primeiro seria um “*poder tributário soberano, qualificado, que traduz a competência para criar, modificar ou extinguir impostos a título originário e sem outros limites senão os decorrentes da Constituição*”, enquanto o segundo não passará de um poder autonómico ou local”<sup>44</sup>.

No entanto, esta soberania fiscal tem vindo a ser limitada de diversas formas, nomeadamente, pelo Direito da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) é clara no entendimento de que, apesar da sua soberania fiscal, os Estados-Membros devem sempre atuar em conformidade com o Direito da União Europeia. Entre múltiplos outros acórdãos que referem a mesma ideia<sup>45</sup>, podemos observar o parágrafo 40 do acórdão *Cadbury-Schweppes*<sup>46</sup>, no qual se questionava a compatibilidade de normas internas do Reino Unido com a liberdade de estabelecimento: “*Por força de jurisprudência assente, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem, contudo, exercer essa competência no respeito do direito comunitário*”. Ora, esse tal direito comunitário, que deverá ser respeitado, engloba, claro está, as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”), o qual estabelece as liberdades fundamentais de todos os cidadãos da União Europeia.

Será pertinente que a comunidade jurídica se questione quanto à validade de tal entendimento tendo em consideração a suposta soberania fiscal dos Estados-Membros, bem como se ainda podemos falar de uma verdadeira soberania fiscal perante as diversas limitações a que a mesma está sujeita. Argumentos válidos não faltarão, seja qual for a posição propugnada, para responder a tais questões. Estas não serão, aliás, questões novas, pois já foram tratadas múltiplas vezes na doutrina, continuando, ainda assim, oportunas<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Paula Rosado Pereira *apud* MARQUES, Ana, *A Soberania Fiscal e a Integração Europeia: Evolução e Desafios*, Dissertação de Mestrado em Direito e Economia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (2017) pp. 18-19.

<sup>44</sup> NABAIS, José Casalta, “A Soberania Fiscal no quadro da Integração Europeia”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 15, N.º1 (2006) p. 179.

<sup>45</sup> Exemplos de outros acórdãos nesse sentido: Acórdão de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland C-311/97*, e Acórdão de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer C-446/03*.

<sup>46</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes C-196/04*.

<sup>47</sup> NABAIS, José Casalta, “A Soberania Fiscal no quadro da Integração Europeia”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 15, N.º 1 (2006) p. 178.

No entanto, não nos indagaremos presentemente sobre esses tópicos. Para efeitos deste trabalho, aceitaremos simplesmente o entendimento do Tribunal. Entendimento esse que nos leva a concluir pelo dever, da parte dos Estados-Membros, de estabelecer normas fiscais harmonizáveis com as liberdades fundamentais da União Europeia. As liberdades referidas, na generalidade, apresentam uma forte ideia de proibição de discriminação ou tratamento desigual entre os cidadãos de diferentes Estados-Membros<sup>48</sup>, no sentido de criar uma verdadeira união entre cidadãos que ultrapassa fronteiras.

Sendo assim, levanta-se a questão da compatibilidade entre as regras de limitação de benefícios e as liberdades fundamentais proporcionadas aos cidadãos da União Europeia. Afinal, como se pode compaginar que um cidadão de um Estado-Membro, munido das suas liberdades fundamentais, não podendo ser discriminado face aos cidadãos de outro Estado-Membro, ver a sua empresa privada dos benefícios de uma convenção, precisamente por não ser uma residente qualificada para tal de acordo com as regras de limitação de benefícios?

E quanto ao novo paradigma que trazem os acordos baseados nos pilares I e II? Que influência poderão estes acordos deter na celebração das convenções bilaterais, no combate contra o *treaty shopping* e, especialmente, na utilidade dos mecanismos anti-abusivos, como é o caso das cláusulas de limitação de benefícios? Justificar-se-á a continuação da utilização de cláusulas “problemáticas” após encontrarmos soluções para a elisão fiscal que se mostram mais harmonizadoras com o Direito dos diferentes Estados, bem como com o Direito da União Europeia?

---

<sup>48</sup> Como, por exemplo, nos mostra o disposto no artigo 45.º do TFUE quanto à liberdade de circulação de trabalhadores. Este e outros aspetos das liberdades fundamentais irão ser aprofundados no capítulo 3.º do presente trabalho.

## Capítulo 2 – As Cláusulas de Limitação de Benefícios

### 2.1. Âmbito e caracterização geral

Antes de podermos debruçar-nos verdadeiramente sobre a questão essencial deste trabalho, é imperativo que delimitemos o objeto desta reflexão: as regras de limitação de benefícios. Como já brevemente explanámos, estas decorrem de uma tentativa de combate ao *treaty shopping*, que se trata de uma forma de elisão fiscal internacional. É importante apontar que, desta forma, não se está perante, necessariamente, um ato ilícito praticado pelo contribuinte. Remetendo ao nosso primeiro capítulo, no qual pudemos apresentar uma definição e exemplo de *treaty shopping*, esta é uma prática que permite aos contribuintes beneficiar de convenções que não foram pensadas para as suas situações específicas e, dessa forma, baixar a sua carga fiscal radicalmente.

As regras de limitação de benefícios surgem numa tentativa de garantir que os beneficiários das convenções são precisamente aqueles para os quais as convenções foram pensadas e celebradas, ou seja, as pessoas residentes dos Estados Signatários, e impedir a concessão desses benefícios nos casos em que os tais supostos residentes não passam de canais de retransmissão de rendimentos, sem outro objeto real. Pretendem, assim, evitar a criação de “*conduit companies*”, isto é, empresas criadas apenas com o intuito de tirar proveito de benefícios fiscais, satisfazendo o requisito legal formal necessário para tal (residência), sem empreender qualquer tipo de atividades operacionais substantivas como manufatura, distribuição ou gestão, limitando-se a transferir os rendimentos ao verdadeiro beneficiário (que de outra forma não teria direito a tais benefícios devido à carência de preenchimento do requisito legal)<sup>49</sup>. Deprendemos, assim, que está subjacente a estas cláusulas uma finalidade anti-elisiva.

Delimitada a sua finalidade, percebemos que as regras de limitação de benefícios poderão ser consideradas verdadeiras cláusulas anti-abuso<sup>50</sup>, e que todas as cláusulas que,

---

<sup>49</sup> CHARKHA, Rahul, Powerpoint Presentation on the “Concept of Beneficial Ownership”, TAXAND, ELP India (2018), disponível em: <https://docplayer.net/103646368-Concept-of-beneficial-ownership.html> p. 13.

<sup>50</sup> Na verdade, a natureza destas cláusulas é questionável. Ana Paula Dourado dá espaço para o debate em relação a se estas regras são cláusulas anti-abuso, ou, por outro lado, regras de distribuição de competências. Nós iremos considerá-las cláusulas anti-abuso, tal como pensamos ser a posição generalizada da doutrina e da jurisprudência. Vide: DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra (2010) p. 149.

com este objetivo, imponham a restrição da concessão de benefícios de uma convenção a certos residentes, poderiam ser designadas de cláusulas de limitação de benefícios. No entanto, sendo mais rigorosos, iremos considerar que as LOB são essencialmente caracterizadas, não só pela sua finalidade, como também pelo seu modo de aplicação.

Ora, como nos diz Gustavo Lopes Courinha, estas cláusulas, num sentido mais restrito, são aquelas que “*restringem o âmbito subjetivo das Convenções de Dupla Tributação por referência a padrões prévios de configuração jurídica, com recurso a presunções tendencialmente absolutas*”<sup>51</sup>. Desta forma, para os efeitos deste trabalho, designamos de LOB as cláusulas que apresentam um modo de aplicação rígido, não abrangendo todas as cláusulas anti-abuso de mesma finalidade, mas apenas as cláusulas **específicas** anti-abuso.

Em oposição a estas, temos as cláusulas gerais anti-abuso<sup>52</sup>, como é o exemplo do Principle Purpose Test (PPT). Esta última é uma cláusula que consiste em impedir a concessão de benefícios decorrentes da Convenção, “*caso seja razoável concluir tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida*”<sup>53</sup>. Como podemos ver, esta cláusula é intencionalmente ampla e vaga, de forma a poder ser aplicada a todo o tipo de situações, até mesmo situações que as regras específicas de limitação de benefícios não conseguiriam prever.

---

<sup>51</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 416-419.

<sup>52</sup> As cláusulas gerais anti-abuso consistem em cláusulas que pretendem ser eficazes para todos os casos de abuso que não conseguiriam ser previstos de forma específica, e têm em conta os seguintes elementos: elemento meio – a forma utilizada pelo sujeito, que deve ser anómala, inusual, artificial, complexa, ou mesmo contraditória, em consideração com os fins económicos visados pelo contribuinte; elemento resultado – consiste na vantagem fiscal obtida; elemento intelectual - a motivação do contribuinte; e elemento normativo - aprovação normativo-sistemática da vantagem obtida. *Vide*: COURINHA, Gustavo Lopes, *A cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário*, Coimbra, Almedina (2009), p. 165.

<sup>53</sup> Exemplo de uma cláusula PPT no parágrafo 1.º do artigo 7.º da Convenção Multilateral: Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017, versão portuguesa.

O PPT pode atuar em simultâneo com as LOB, mas o teste do propósito principal mostra-se extremamente relevante no âmbito da nossa discussão no sentido em que se afigura como uma possível opção a ser utilizada pelos Estados, no lugar das cláusulas de limitação de benefícios, caso estas últimas se provarem demasiado desvantajosas.

Devido ao carácter *a posteriori* do PPT, ou seja, tratando-se de uma cláusula que restringe os benefícios de uma convenção apenas depois de uma análise do caso concreto, este teste não partilha da rigidez, especificidade e absolutismo das LOB. Aliás, até à decisão das autoridades competentes, o residente em causa pode beneficiar da convenção, sendo tratado como um residente qualificado. Se é certo que existe, neste âmbito, uma maior discricionariedade por parte das autoridades competentes, também é certo que, desta forma, a restrição de benefícios implicará uma maior fundamentação, cuidado e ponderação na tomada de decisão (em oposição à restrição automática que se verifica nas cláusulas restritas). É, também, verdade, que a letra do PPT gera imensas dúvidas devido à sua formulação vaga – o que comporta “*ser razoável concluir*”? –, e o critério utilizado de bastar apenas que “*a obtenção desses benefícios fosse um dos principais objetivos*” para haver limitação dos benefícios pode ser considerado exageradamente rígido e desproporcional para aferir se estamos perante uma prática abusiva<sup>54</sup>. Sendo assim, não é impertinente questionar acerca da compatibilidade entre o PPT e as liberdades fundamentais e quanto à sua bondade em geral, mas tem-se considerado que estas comportarão um menor risco devido à sua necessidade de fundamentação e à sua aplicação casuística. Para além disso, as cláusulas gerais anti-abuso, apesar de poderem colocar problemas de constitucionalidade ou dificuldades de aplicação nos ordenamentos domésticos, são há muito utilizadas pelos Estados-Membros sem parecer haver um problema de compatibilidade com o Direito da União Europeia<sup>55</sup>.

Pelo contrário, as LOB, sendo cláusulas específicas anti-abuso que se regem por termos muito objetivos e atuam no sentido de limitação automática dos benefícios das convenções, parecem constituir um maior risco de injustiça e restrição de liberdades fundamentais. Por um lado, estas regras específicas têm vários benefícios que não podem

---

<sup>54</sup> KUZNIACKI, Blazej, “The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application”, *World Tax Journal*, Vol. 10, N.º 2 (2018).

<sup>55</sup> DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu (...)*, op.cit., p. 163.

ser ignorados, nomeadamente a sua maior praticabilidade num quadro de administração fiscal de massas<sup>56</sup>. Para além disso, comportam uma menor discricionariedade das autoridades e, conseqüentemente, contribuem para uma maior certeza e segurança jurídica. Por outro lado, estas regras são constituídas por testes objetivos através dos quais um residente se torna automaticamente qualificado para beneficiar da convenção, ou não. Desta forma, os testes assentam em presunções de elisão quase absolutas, sem deixar margem para análise das circunstâncias e factos de cada caso, contribuindo para um maior risco de injustiça<sup>57</sup>. Por essa razão, as LOB são geralmente acompanhadas por válvulas de segurança, que devem ser aplicadas nos casos em que se verificaria uma injusta aplicação das regras por ter sido negado o acesso aos benefícios de uma convenção sem que tal fosse justificado por uma real prática abusiva (relembremos que o combate à elisão fiscal é a finalidade destas regras). No entanto, estas mesmas válvulas de segurança, que pretendem atenuar os defeitos das LOB, acabam por atenuar também as suas virtudes, ao implicarem uma atuação por parte das autoridades competentes dotadas de uma ampla margem de apreciação, contribuindo, então, para uma menor certeza jurídica<sup>58</sup>.

Neste sentido, Gustavo Lopes Courinha chega a defender que a segurança e previsibilidade, que são supostamente maximizadas por estas normas específicas, não passam de um mito, pois a extensão e complexidade de interpretação das LOB obriga a que exista uma investigação jurídica longe de ser automática, e que se agrava pela necessidade das próprias cláusulas de salvaguarda<sup>59</sup>.

Ainda assim, encontramos, desta forma, o âmbito e a caracterização geral das chamadas cláusulas de limitação de benefícios, recorrendo à sua finalidade anti-elisiva e ao seu modo de aplicação rígido e (quase) absoluto. Faltar-nos-á aferir quanto a estas cláusulas específicas como as mesmas se encontram escritas nas CDT para percebermos através de quais critérios prosseguem o seu objetivo.

---

<sup>56</sup> DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu (...)*, op. cit., pp. 163-164.

<sup>57</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 431-433, 506.

<sup>58</sup> COSTA, Rita João, op. cit., pp. 15-16.

<sup>59</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 433- 436, 506-507.

## 2.2. Os testes que compõem as LOB

No primeiro capítulo do nosso trabalho, pudemos demonstrar que as cláusulas de limitação de benefícios surgiram através de Convenções Modelo pensadas pelos Estados e outras Organizações numa tentativa de colmatar o abuso dos tratados. Nesse contexto, prestámos especial enfoque ao trabalho dirigido pela OCDE (através da Ação 6 do BEPS) e à Convenção Multilateral assinada em 2017. Assim foi, pois consideramos que tais foram os documentos que mais inspiraram e influenciaram as CDT no mundo, mas especialmente aquelas convencionadas pelos Estados da Europa. Também por essa razão, iremos focar-nos nas cláusulas de limitações de benefícios presentes nesses materiais para poder demonstrar o funcionamento de tais cláusulas de uma forma mais específica. As LOB são compostas por diversos testes, aos quais um sujeito terá de passar para poder beneficiar de uma CDT. Primeiramente, tanto a Convenção Multilateral como a Ação 6 do plano BEPS estabelecem uma lista de sujeitos que serão considerados “residentes qualificados” para efeitos dos benefícios do Tratado. Referimo-nos ao artigo 7.º no caso da Convenção Multilateral<sup>60</sup>, no qual se encontram já alguns testes que os sujeitos terão de passar para poderem beneficiar das Convenções de Dupla Tributação. Passemos agora a identificar cada um dos mais proeminentes testes presentes na Convenção Multilateral e na Ação 6 do plano BEPS,

---

<sup>60</sup> Para clarificar o que foi dito, transcrevemos o texto do artigo 7º da Convenção Multilateral:

*“Um residente de uma Jurisdição Contratante de uma Convenção fiscal abrangida é uma pessoa qualificada no momento em que um benefício, de outro modo, seria concedido pela Convenção fiscal abrangida se, nesse momento, o residente for:*

*a) Uma pessoa singular;*

*b) Essa Jurisdição Contratante, as suas subdivisões políticas ou autarquias locais, ou uma agência ou pessoa jurídica de direito público dessa Jurisdição Contratante ou das suas subdivisões políticas ou autarquias locais;*

*c) Uma sociedade ou outra entidade, quando a principal categoria das suas ações for objeto de transações regulares num ou mais mercados de valores reconhecidos;*

*d) Uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, que:*

*i) Seja uma organização sem fins lucrativos que assuma uma forma acordada pelas Jurisdições Contratantes através de uma troca de notas diplomáticas; ou*

*ii) Seja uma entidade ou estrutura estabelecida nessa Jurisdição Contratante que seja considerada como uma pessoa distinta nos termos da legislação fiscal dessa Jurisdição Contratante e:*

*A) Que seja estabelecida e gerida, exclusiva ou quase exclusivamente, com o fim de administrar ou atribuir prestações de reforma e prestações acessórias ou complementares a pessoas singulares e que esteja regulada como tal por essa Jurisdição Contratante ou por uma das suas subdivisões políticas ou autarquias locais; ou*

*B) Que seja estabelecida e gerida, exclusiva ou quase exclusivamente, com o fim de investir fundos por conta de entidades ou estruturas mencionadas na subdivisão A);*

*e) Uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, se durante pelo menos metade dos dias de um período de 12 meses que inclua o momento em que o benefício, de outro modo, seria concedido, as pessoas que sejam residentes dessa Jurisdição Contratante e que tenham direito aos benefícios da Convenção fiscal abrangida nos termos das alíneas a) a d) detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 50% das ações dessa pessoa.”*

incluindo aqueles que constituem o artigo 7.º da Convenção e permitem a caracterização de um sujeito como residente qualificado, bem como aqueles que constituem os artigos seguintes e atuam independentemente dessa qualificação.

**a) O *Stock Exchange Test***

O *Stock Exchange Test* encontra-se previsto no subparágrafo 2 c) da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>61</sup> e no parágrafo 9 c) do artigo 7.º da Convenção Multilateral<sup>62</sup>, sujeitando a concessão de benefícios à condição de se tratar de uma sociedade ou outra entidade residente que tenha a sua principal classe de ações regulada num ou mais mercados de valores localizadas nesse Estado Contratante.

**b) O *Ownership Test***

O *Ownership Test*, previsto no subparágrafo e) da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>63</sup>, bem como no parágrafo 9 e) do artigo 7.º da Convenção Multilateral<sup>64</sup>, estabelece que pelo menos 50% dos acionistas de uma empresa têm de ser residentes no mesmo Estado que a empresa, sendo qualificados para aceder aos benefícios da convenção em questão.

**c) O *Base Erosion Test***

O *Base Erosion Test* pode ser encontrado também no subparágrafo 2 e) da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>65</sup>, impedindo a concessão de

---

<sup>61</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 30 e ss.

<sup>62</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. Versão portuguesa, p. 10.

<sup>63</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 30 e ss.

<sup>64</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. Versão portuguesa, p. 11.

<sup>65</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 30 e ss.

benefícios quando mais de 50% do rendimento bruto de um sujeito passivo, for pago ou acumulado, de forma direta ou indireta, a não-residentes dos Estados Contratantes.

#### **d) O *Active Conduct of a Business***

No terceiro parágrafo da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>66</sup> e no parágrafo 10 da Convenção Multilateral<sup>67</sup> consta o teste do *Active Conduct of a Business*, que permite a concessão de benefícios, independentemente da pessoa em causa ser residente qualificada ou não, desde que o “*residente exerça efetivamente uma atividade empresarial na primeira Jurisdição Contratante mencionada, e o rendimento obtido na outra Jurisdição Contratante decorra dessa atividade empresarial ou for acessório à mesma*”.

Sendo assim, temos dois requisitos cumulativos, sendo o primeiro a condição de que o residente exerça efetivamente uma “atividade empresarial” no Estado. Para os efeitos deste teste, a OCDE havia afirmado anteriormente que o conceito de “atividade empresarial” ou “business” deveria ser explicitado pela lei doméstica de cada Estado. No entanto, uma larga margem da doutrina e jurisprudência recomendaram a criação de uma definição autónoma que pudesse ser utilizada neste campo internacional, usando a lei doméstica apenas para suprimir eventuais lacunas<sup>68</sup>. Mais tarde, a OCDE estabeleceu, nos seus comentários à Ação 6, que, apesar de o termo “business” dever ser explicitado pela lei doméstica, os sujeitos que atuam através da entidade em causa terão de conduzir “*atividades administrativas e operacionais substanciais*”<sup>69</sup>. Já a Convenção Multilateral esclareceu que a expressão “*exercer efetivamente uma atividade empresarial*” não inclui as atividades exercidas na qualidade de sociedade *holding*, as prestações de serviços gerais de supervisão ou administração de um grupo de sociedades, o financiamento de grupo (incluindo a gestão centralizada de tesouraria), nem a realização ou gestão de investimentos, salvo se essas

---

<sup>66</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 36 e ss.

<sup>67</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. Versão portuguesa, p. 11.

<sup>68</sup> KUZNIACKI, Błażej, “Active Business Test in the MLI’s LOB rule: The First Subtest”, *Kluwer International Tax Blog*, Wolters Kluwer, Polónia (2018).

<sup>69</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., pp. 37-38, §47.

atividades forem exercidas por um banco, por uma empresa de seguros ou por um corretor de valores mobiliários registrado, no âmbito normal das suas atividades.

O segundo requisito a ser alcançado é a obrigatoriedade de que o rendimento obtido no outro Estado Contratante **decorra** da tal “atividade empresarial” (a atividade no Estado da fonte desse rendimento terá de fazer parte ou ser complementar à atividade no Estado de residência) ou seja **acessório** à mesma (a atividade no Estado da fonte facilita a condução dos negócios no Estado de residência)<sup>70</sup>. Ilustremos este requisito com um exemplo prático fictício. A empresa *Afrodite* é residente do Estado A, produzindo e vendendo flores nesse Estado bem como noutros países. A *Afrodite* tem todas as ações da empresa *Bremusa*, por sua vez residente no Estado B. A *Bremusa* é uma empresa de *holding*, logo, não persegue uma “atividade empresarial” para efeitos da cláusula de limitação de benefícios, faltando ao primeiro requisito do teste *Active Conduct of a Business*. No entanto, a *Bremusa* é proprietária de todas as ações das empresas *Circe*, *Deméter* e *Electra*, igualmente residentes no Estado B. A *Circe* distribui as flores da *Afrodite* no Estado B sob a marca registada desta última. A *Deméter* comercializa uma linha de produtos de cuidado de jardim no Estado B, também sob a marca registada da empresa *Afrodite*. Tanto a *Circe* como a *Deméter* servem-se das mesmas lojas, e as vendas dos produtos de cada empresa tendem a gerar aumento nas vendas dos produtos da outra. Já a *Electra* importa partes de aparelhos eletrónicos do Estado A e distribui-os no Estado B. Para efeitos do teste *Active Conduct of a Business*, a atividade empresarial da *Circe* faz parte da atividade da *Afrodite*, enquanto a atividade empresarial da *Deméter* é-lhe complementar. Ambas cumprem os requisitos cumulativos do teste. Por outro lado, a atividade empresarial da *Electra* não faz parte nem é complementar à atividade da *Afrodite*, portanto, apesar de a *Electra* cumprir o primeiro requisito, não cumpre o segundo e o seu rendimento não poderá beneficiar da CDT por este caminho<sup>71</sup>. Já quanto a um exemplo de rendimento acessório, os comentários à Ação 6 do BEPS apresentaram aquele rendimento que é derivado do investimento temporário de “*working capital*” de um residente de um Estado Contratante<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., pp. 37-38.

<sup>71</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., pp. 39.

<sup>72</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 40, §62.

### e) *O Derivative Benefits Test*

O parágrafo quarto da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>73</sup> e o parágrafo 11 do artigo 7.º da Convenção Multilateral<sup>74</sup> preveem a possibilidade de uma empresa beneficiar de certa convenção, mesmo não sendo um residente qualificado de acordo com as restantes regras - devido a ser detida por uma maioria de não-residentes, por exemplo -, se os proprietários não-residentes pudessem aceder aos mesmos benefícios sem o facto da empresa estar localizada no Estado Contratante, recebendo os rendimentos diretamente e não através da dita empresa<sup>75</sup> (não haveria, assim, um grande risco de estarmos perante um esquema de *treaty shopping*). Os não-residentes referidos recebem a designação de “beneficiários equivalentes”.

A Convenção Multilateral optou pela letra da versão simplificada presente também nos comentários à Ação 6, pela qual será necessário que “*as pessoas que sejam beneficiários equivalentes detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 75% dos direitos ou participações efetivas*”<sup>76</sup>. Sendo assim, voltamos aqui a ter um *Ownership Test*, adaptado à situação de um beneficiário equivalente. Ou seja, em vez de uma maioria de acionistas residentes, exige-se o mínimo de 75% dos direitos ou participações efetivas detidas por beneficiários equivalentes.

### f) *A Discretionary Relief Clause*

Esta é uma cláusula, consagrada no quinto parágrafo da Ação 6 do Plano BEPS<sup>77</sup> parágrafo 12 da Convenção Multilateral<sup>78</sup>, que permite a possibilidade de um residente não-

---

<sup>73</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 42 e ss.

<sup>74</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. Versão portuguesa, pp. 11 e 12.

<sup>75</sup> GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP, *What Impact Will Brexit Have on Derivative Benefits Test Under U.S. Double Tax Treaties?* (2020), Texto partilhado online, disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/01/what-impact-will-brexit-have-on-derivative-benefits-test-under-us-double-tax-treaties.pdf>, pp. 1 e 2.

<sup>76</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017, versão portuguesa, pp. 11 e 12.

<sup>77</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., p. 43 ss.

<sup>78</sup> Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017, versão portuguesa, p. 12.

qualificado (de acordo com as regras explanadas acima) aceder aos benefícios da convenção através de um pedido de análise da situação em concreto pelas autoridades competentes. O pedido deve ser feito pelo residente não-qualificado às autoridades competentes do seu Estado de residência e a análise deve ter em conta todas as circunstâncias e factos relevantes, devendo essas autoridades contactar com as autoridades competentes do outro Estado Contratante, de forma a garantir que tal seja possível. Após a consideração de todos estes factos, as autoridades competentes do Estado de residência poderão concluir que as operações e atividades do residente não foram motivadas por razões abusivas e, assim, este poderá ter acesso aos benefícios da convenção, ou, pelo contrário, concluir que o residente foi motivado por razões abusivas e, por isso, não deverá beneficiar da convenção.

Também será importante apontar que se o pedido for submetido após o estabelecimento ou aquisição da entidade em causa e a decisão das autoridades competentes for positiva, os seus efeitos tanto poderão ser produzidos retroativamente como não, dependendo da vontade das autoridades competentes<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, (...), op. cit., §68 p. 46. Ao contrário do que nos dá a entender a tese de Rita Costa João que temos vindo a utilizar como fonte, e que, erroneamente, afirma que os efeitos da decisão serão sempre produzidos *ex nunc*. Vide: COSTA, Rita João, op. cit., Nota de rodapé n.º 65, p. 39.

## Capítulo 3 – O Conflito com o Direito da União Europeia

### 3.1. As liberdades fundamentais da União Europeia

Perante o nosso tema de ingerência sobre as liberdades fundamentais da União Europeia, não poderemos deixar de fazer uma grande referência ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ou TFUE) que as estabelece no Direito Comunitário. Este tratado é um dos dois tratados que constituem o direito primário da UE, juntamente com o Tratado da União Europeia (TUE). O TFUE foi desenvolvido a partir do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (TCE), conforme estabelecido pelo Tratado de Maastricht a 7 de fevereiro de 1992. Foi através do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 e com início de vigência a 1 de dezembro de 2009, que houve a alteração do nome do TCE para TFUE<sup>80</sup>. O TCE baseava-se, por sua vez, no Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (TCEE), assinado em Roma em 25 de março de 1957. Para este trabalho, iremos referir-nos à versão mais recente do TFUE, bem como à sua numeração de artigos. Este tratado é extremamente relevante, pois foi através dele que se constituiu a base detalhada do direito da União Europeia, ao definir os princípios da UE, bem como o âmbito de ação nos respetivos domínios de intervenção, e o objetivo central de “*estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus*”<sup>81</sup>. É neste contexto que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia prevê, a partir do seu artigo 28.º, as liberdades fundamentais que deverão ser aplicadas (e falamos, aqui, de uma aplicação direta) a todos os cidadãos da União Europeia. Vejamos, então, em que consistem tais liberdades.

Segundo o artigo 45.º do TFUE, a União assegura uma liberdade de circulação de trabalhadores, o que “*implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho*”<sup>82</sup> e compreende “o direito de: a)

---

<sup>80</sup> EUR-Lex, sítio da net da Legislação da União Europeia, Summaries of EU Legislation, “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, última atualização a 15 Dez. 2017 [consult. 9 Nov. 2021], Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301854>.

<sup>81</sup> EUR-Lex, sítio da net da Legislação da União Europeia, Summaries of EU Legislation, “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, última atualização a 15 Dez. 2017 [consult. 9 Nov. 2021], Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301854>.

<sup>82</sup> Artigo 45.º, n.º 2, TFUE.

*Responder a ofertas de emprego efetivamente feitas; b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros; c) Residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma atividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; d) Permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, nas condições que serão objeto de regulamentos a estabelecer pela Comissão”<sup>83</sup>.*

Já os artigos 49.º e seguintes do mesmo diploma preveem a liberdade de estabelecimento, estipulando que *“são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.”<sup>84</sup>.*

Os artigos 56.º e seguintes do TFUE referem-se à liberdade de prestação de serviços, declarando que *“as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação”<sup>85</sup>.*

Nos termos do artigo 63.º, *“são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”,* bem como, *“são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”,* constituindo uma liberdade de circulação de capitais e pagamentos. Esta é a única das liberdades previstas no TFUE com aplicação fora da União Europeia, na qual não só se proíbem as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros, como também entre Estados-Membros e terceiros Estados.

---

<sup>83</sup> Artigo 45.º, n.º 3, TFUE.

<sup>84</sup> Artigo 49.º TFUE.

<sup>85</sup> Artigo 56.º TFUE.

Por fim, acrescentamos ainda o direito geral de circulação previsto no artigo 21.º do TFUE, que é percecionado como uma verdadeira liberdade fundamental. Este direito consiste em “qualquer cidadão da União gozar do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”<sup>86</sup>.

### 3.2. As restrições às liberdades fundamentais

Tudo o que foi já exposto, tanto no presente capítulo, como nos anteriores, leva-nos a questionar no que consistiria uma restrição destas liberdades fundamentais, ou melhor, como poderia uma norma interna de um Estado cometer uma ingerência a estas liberdades. Uma ingerência traduzir-se-á numa limitação, compressão, opressão ou recorte da esfera de proteção de cada uma das liberdades<sup>87</sup>. Na prática, bastará uma desigualdade de tratamento, resultante do regime previsto em certa norma de um Estado-membro, que, de algum modo, será mais desfavorável para os nacionais ou residentes dos restantes Estados-membros, em comparação com os nacionais ou residentes do Estado que constitui a norma. Esta discriminação existiria de tal forma que poderia ter um efeito desincentivador para os nacionais/residentes dos restantes Estados-membros prosseguirem as suas liberdades fundamentais nesse Estado. Para além disto, as liberdades referidas implicam a adoção de medidas, por parte dos Estados-membros, que facilitem o seu exercício, de forma que sejam efetivamente aproveitadas. Tal inclui a harmonização das regulamentações nacionais de acesso ou o seu reconhecimento mútuo, no caso das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços, como nos explica a ficha temática do Parlamento Europeu da autoria de Christina Ratcliff e Barbara Martinello<sup>88</sup>.

As normas internas **tributárias** dos Estados-membros terão um maior risco de produzir uma restrição das liberdades fundamentais devido à sua natureza e devido à própria soberania fiscal dos Estados-membros. Estas serão especialmente arriscadas em relação às

---

<sup>86</sup> Artigo 21.º, n.º 1, TFUE.

<sup>87</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, 1.º ed. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal (2010), p. 215.

<sup>88</sup> RATCLIFF, Christina; MARTINELLO, Barbara, *Liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços*, Fichas temáticas sobre a União Europeia, Website do Parlamento Europeu, (2021) [consult. 29 Nov. 2021].

liberdades de estabelecimento, prestação de serviços, e circulação de pagamentos e capitais, como podemos concluir através da análise da jurisprudência do TJUE nesta matéria.

Vejamos o exemplo do caso *Royal Bank of Scotland*, em que o TJUE decidiu que seria incompatível com a liberdade de estabelecimento “*uma legislação de um Estado-Membro que exclui, para as sociedades com sede noutro Estado-Membro e que exercem atividades no primeiro Estado-Membro por intermédio de um estabelecimento estável neste situado, a possibilidade, apenas reconhecida às sociedades com sede no primeiro Estado-Membro, de beneficiarem de uma taxa inferior de imposto sobre os lucros, quando não exista entre estas duas categorias de sociedades qualquer diferença de situação objetiva suscetível de justificar tal diferença de tratamento*”<sup>89</sup>. Desta forma, verificamos que existiria uma diferença de tratamento entre as sociedades com sede no Estado-membro em questão e as sociedades com sede nos restantes Estados-membros, sendo que esta diferença seria desfavorável para estas últimas, e tanto bastou para que esta legislação constituísse uma restrição da liberdade fundamental de estabelecimento.

Como podemos perceber, apesar de a letra do Tratado se referir à nacionalidade dos sujeitos, considera-se harmoniosamente que, para efeitos destas liberdades fundamentais, a discriminação em razão da residência é equiparada à discriminação em razão da nacionalidade. A doutrina geral já chegou à correta conclusão de que os requisitos baseados na residência costumam ter consequências semelhantes aos requisitos em função da nacionalidade nas situações de tributação<sup>90</sup>.

Mais importante, a jurisprudência do TJUE é clara neste ponto, especificando-o em diversos acórdãos, do qual é exemplo o acórdão *Schumacker* de 1995: “*É certo que a aplicação da legislação em causa no processo principal não depende da nacionalidade do contribuinte. Todavia, legislações deste tipo, que operam distinções com base no critério da residência, no sentido de que recusam aos não residentes certos benefícios em matéria de tributação atribuídos aos residentes no território nacional, correm o risco de funcionar principalmente em detrimento de nacionais de outros Estados-membros, pois os não residentes são, frequentemente, não nacionais. Nestas condições, benefícios fiscais*

---

<sup>89</sup> Acórdão do TJUE de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97.

<sup>90</sup> DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?”, *EC Tax Review*, Vol. 24, Kluwer Law International BV, The Netherlands (2015). p. 137.

*reservados aos residentes em determinado Estado-membro são suscetíveis de constituir discriminação indireta em razão da nacionalidade”<sup>91</sup>.*

No caso das cláusulas de limitação de benefícios, o foco principal estará na discriminação em razão da residência. Logo à partida, os benefícios das Convenções de Dupla Tributação serão atribuídos aos sujeitos considerados “residentes qualificados” de um Estado Contratante. Depois, como vimos nos capítulos anteriores, a residência é um dos mais importantes critérios utilizados nos diferentes testes das LOB, tanto em relação à residência da entidade em questão, como em relação à residência dos seus acionistas e beneficiários (diretos e indiretos). Daqui se conclui a enorme importância da equiparação nacionalidade/residência pelo TJUE para a nossa investigação.

Em relação à liberdade de prestação de serviços, podemos ver o exemplo de uma restrição no acórdão *Comissão/Itália*<sup>92</sup>, no qual o TJUE concluiu que uma norma que impõe aos prestadores de serviços de outro Estado-membro a obrigação de constituírem um estabelecimento no Estado de acolhimento envolve uma restrição à liberdade de prestação de serviços prevista no TFUE. Sendo assim, verificamos que bastará qualquer tipo de inconveniência real ou entrave prático à realização de prestação de serviços por parte dos nacionais de outros Estados-membros (inexistente para os nacionais do Estado em questão), em vez da facilitação do seu exercício, para que se constitua uma ingerência da liberdade fundamental. Quanto à equiparação residência/nacionalidade nesta liberdade, o próprio TFUE faz-lhe referência no seu artigo 61.º: “*Enquanto não forem suprimidas as restrições à livre prestação de serviços, cada Estado-Membro aplicá-las-á, sem qualquer distinção em razão da nacionalidade ou da residência, a todos os prestadores de serviços referidos no primeiro parágrafo do artigo 56.*”<sup>93</sup>.

No caso da livre circulação de capitais, o exemplo do acórdão *SECIL* refere que, para existir uma restrição bastará que determinada medida seja “*suscetível de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados*”<sup>94</sup>. Como já explanámos, esta é uma

---

<sup>91</sup> Acórdão do TJUE de 14 de Fevereiro de 1995, *Schumacker*, C-279/93, § 27-29.

<sup>92</sup> Acórdão do TJUE de 7 de Fevereiro de 2002, *Comissão/Itália*, C-279/00.

<sup>93</sup> Artigo 61.º TFUE.

<sup>94</sup> Acórdão do TJUE de 24 de Novembro de 2016, *SECIL*, C-464/14, § 45.

liberdade que se manifesta mesmo em relação a Estados não-membros da União Europeia. Sendo assim, uma legislação como a que estava em causa no caso, segundo a qual uma sociedade residente num Estado-Membro pode efetuar uma dedução integral ou parcial dos dividendos da sua base tributável quando estes são distribuídos por uma sociedade residente no mesmo Estado-Membro, mas não pode proceder a essa dedução quando a sociedade distribuidora é residente num país terceiro, constitui uma restrição aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros, sendo proibida pelo artigo 63.º do TFUE<sup>95</sup>.

### 3.3. Confronto entre as LOB e as liberdades fundamentais

À luz de tudo o que sabemos acerca das liberdades fundamentais e daquilo que poderá constituir uma restrição às mesmas, iremos, presentemente, analisar cada um dos testes que compõem as cláusulas de limitação de benefícios de forma a aferir quanto à sua compatibilidade com o Direito da União Europeia.

#### a) O *Stock Exchange Test*

Ao sujeitar a concessão de benefícios à condição de a entidade residente ter a sua principal classe de ações regulada nos mercados de valores localizados nesse Estado, podemos ver como esta previsão automática do *Stock Exchange Test* poderá condicionar a liberdade de estabelecimento, na medida em que se limita a escolha das empresas em relação ao registo das suas ações. Como se compreende, o facto de uma empresa ter a sua principal classe de ações regulada noutro Estado, não implica, só por si, que esta seja motivada por interesses abusivos<sup>96</sup>.

Para além da restrição à liberdade de estabelecimento, o teste restringe também a livre circulação de capitais, pois incentiva à escolha da bolsa de valores situada no Estado Contratante sob pena de deixar de beneficiar da convenção.

---

<sup>95</sup> DOURADO, Ana Paula, “Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit” *Intertax*, Vol. 43, N.º 1 (2015) pp. 195 ss.

<sup>96</sup> DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility A Debate Revived by BEPS?”, op. cit., pp. 139-140.

## **b) O *Ownership Test***

Ao impor uma percentagem mínima de acionistas residentes, verificamos que o *Ownership Test* implica uma restrição à liberdade de estabelecimento, devido à óbvia diferença de tratamento entre empresas maioritariamente constituídas por sujeitos residentes em oposição àquelas maioritariamente constituídas por sujeitos não residentes.

Como referem Pasquale Pistone, Rita Julien e Francesco Cannais, este teste pode levar também a problemas procedimentais, no sentido em que, mesmo que uma empresa detida por nacionais de outro Estado-Membro consiga acabar por beneficiar de uma convenção, esta empresa fica sujeita a condições e testes adicionais (como o *Active Conduct of a Business Test* ou a *Discretionary Relief Clause*) às quais as empresas detidas por nacionais do Estado Contratante não estariam sujeitas, contrariando a suposta aplicação direta da liberdade de estabelecimento<sup>97</sup>. O *Ownership Test* restringe, ainda, a liberdade de circulação de capitais pois a entidade vê o seu potencial de investimentos limitado a investidores residentes.

A título de exemplo, uma empresa incorporada na Bélgica e controlada por acionistas belgas não está numa posição diferente comparada a uma outra empresa incorporada na Bélgica, mas controlada por acionistas espanhóis. Nas palavras de José Calejo Guerra, o acesso aos benefícios da CDT seria negado “*simplesmente porque um nacional espanhol decidiu exercer a sua liberdade de estabelecimento na sua forma mais pura*”<sup>98</sup>.

## **c) O *Base Erosion Test***

Ao impedir a concessão de benefícios quando mais de 50% do rendimento bruto de um sujeito passivo for pago a não-residentes dos Estados Contratantes (tanto de forma direta como indireta), o *Base Erosion Test* configura outra restrição à liberdade de estabelecimento

---

<sup>97</sup> PISTONE, Pasquale, et. al. “Can the Derivative Benefits Provision and the Competent Authority Discretionary Relief Provision render the OECD-proposed LoB Clause Compatible with EU Fundamental Freedoms?”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde Verlag (2016), p. 172.

<sup>98</sup> GUERRA, José Calejo, “European Union - Limitation on Benefits Clauses and EU Law”, *European Taxation*, Vol. 51, N.º 2/3 (2011), pp. 9-10.

devido a mais uma diferença de tratamento entre empresas residentes<sup>99</sup>. No mesmo compasso, o teste restringe a livre circulação de capitais.

O *Base Erosion Test* restringe, ainda, o recurso das empresas residentes no Estado Contratante a serviços prestados por residentes de outros Estados-Membros, caso estas empresas pretendam continuar a aceder aos benefícios da convenção. Desta forma, verifica-se uma clara restrição à liberdade de prestação de serviços, pois acaba por incentivar à contratação de serviços prestados apenas por residentes no Estado Contratante.

#### **d) O *Active Conduct of a Business***

O *Active Conduct of a Business* pretende aliviar a rigidez absoluta dos testes anteriores, permitindo que sujeitos não-qualificados continuem a beneficiar da CDT desde que exerçam determinadas “atividades empresariais”, como foi explanado no nosso subcapítulo 2.2. No entanto, perante esta regra, poderemos argumentar que as atividades excluídas pela LOB da Convenção Multilateral, nomeadamente atividades de administração e operacionalidade de uma empresa, são igualmente importantes para um negócio, e, por isso, não é garantido que uma empresa que apenas prossiga estas atividades esconda um esquema puramente artificial<sup>100</sup>. O teste parte do princípio de que as atividades excluídas não são efetivamente “atividades empresariais”, uma ideia largamente criticável e controversa, como referem, a título exemplar, Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen e Pieter Van Braband<sup>101</sup>. Os autores referidos apontam para o caso *Olsen*<sup>102</sup>, de 2014, no qual o Tribunal concluiu que a característica essencial das atividades comerciais reais e genuínas que constituem um estabelecimento é que uma pessoa ou entidade exerce uma atividade, por exemplo, oferecendo serviços, que são efetuados a título oneroso, por um período indefinido por meio de um estabelecimento fixo. Acrescentou, ainda, que “*se uma avaliação específica revelar, por exemplo, que o trust está envolvido na gestão de empresas de um grupo ou outras atividades para um grupo, como a gestão de um pool de recursos, e*

---

<sup>99</sup> DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility A Debate Revived by BEPS?”, op. cit., pp. 139-140.

<sup>100</sup> COSTA, Rita João, op. cit., pp. 59 e 60.

<sup>101</sup> DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility A Debate Revived by BEPS?”, op. cit., p. 140.

<sup>102</sup> Acórdão do Tribunal do EFTA de 9 de Julho de 2014, *Fred. Olsen and Others and Petter Olsen and Others*, casos conjuntos E-3/13 e E-20/13, ss 95-99.

*sua incorporação real refletiu suas atividades reais, tal deverá ser considerado como uma atividade económica real e genuína, que constitui um estabelecimento*<sup>103</sup>. Desta forma, vemos que a definição de “atividades empresariais” no âmbito do *Active Conduct of a Business* não corresponde à ideia difundida pela doutrina, nem ao conceito propugnado por jurisprudência europeia, sendo mais restritiva e, conseqüentemente, mais prejudicial para as empresas detidas por não-residentes no contexto das CDT.

Tendo tudo o que foi dito em conta, voltamos a verificar uma restrição à liberdade de estabelecimento, no sentido em que uma empresa detida por residentes que apenas desempenha o tipo de atividades excluídas poderá beneficiar da convenção, mas, por outro lado, uma empresa detida por não-residentes na mesma situação já não obterá esses benefícios.

#### **e) O *Derivative Benefits Test***

O *Derivative Benefits Test* vem atenuar a restrição do *Ownership Test*, ao permitir que uma entidade não-qualificada possa beneficiar da convenção sob a condição de os proprietários não-residentes poderem aceder aos mesmos benefícios se recebessem os rendimentos diretamente. Ainda assim, verificamos novamente uma diferença de tratamento entre as empresas detidas por residentes e por não-residentes, visto que as últimas têm de passar por este teste adicional, contrariando a suposta aplicação direta da liberdade de estabelecimento.

#### **f) A *Discretionary Relief Clause***

Na mesma linha do que vimos nos últimos dois testes, apesar de a *Discretionary Relief Clause* ser uma cláusula que atenua as restrições de primeiros testes de limitação de benefícios (ao permitir uma revisão da situação pelas autoridades competentes), ela não tem só vantagens. A cláusula acaba por colocar o ónus do pedido de análise da circunstância concreta no residente não-qualificado (por exemplo, uma empresa detida maioritariamente

---

<sup>103</sup> Acórdão do Tribunal do EFTA de 9 de Julho de 2014, *Fred. Olsen and Others and Petter Olsen and Others*, casos conjuntos E-3/13 e E-20/13, ss 99.

por não-residentes), situação que não acontece no caso das empresas detidas por uma maioria de residentes. Assim, podemos argumentar que continua a existir uma limitação à liberdade de estabelecimento devido à desigualdade de tratamento e aos procedimentos adicionais. O que foi dito torna-se ainda mais evidente quando temos em conta que, se o pedido for submetido após o estabelecimento ou aquisição da entidade em causa e a decisão das autoridades competentes for positiva, os seus efeitos tanto poderão ser produzidos retroativamente como não, dependendo da vontade das autoridades competentes<sup>104</sup>. Sendo assim, as autoridades poderão decidir pela produção de efeitos *ex nunc*, sem a concessão de quaisquer benefícios retroativos.

Para além disso, esta cláusula é a prova de que as regras de limitação de benefícios, apesar de terem uma finalidade anti-elisiva e não propriamente discriminatória, atuam de tal forma objetiva, e possibilitam o impedimento de concessão de benefícios a residentes que nunca tiveram intenções elisivas, sendo necessária esta válvula de segurança (mesmo depois de ter passado pelas outras cláusulas menos restritivas previstas: o *Active Conduct of a Business* e o *Derivative Benefits Test*). No entanto, como foi dito, a própria válvula de segurança comporta maiores encargos para as empresas detidas por não-residentes em comparação com as restantes, o que nos leva a questionar se esta válvula de segurança não poderia ser menos gravosa.

---

<sup>104</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances (...)*, op. cit., §68 p. 46.

## Capítulo 4 – O TJUE e a Negação da Incompatibilidade

O confronto entre a formulação dos testes que constituem as cláusulas LOB com a liberdade de estabelecimento da União Europeia levou-nos a concluir que existe, potencialmente, um tratamento desigual entre as entidades detidas por sujeitos residentes no Estado-membro em questão e as entidades detidas por sujeitos residentes nos restantes Estados-membros e que, portanto, as LOB são à primeira vista restritivas das liberdades fundamentais e, nessa medida, incompatíveis com o direito da União Europeia. Nesse sentido, começemos por recorrer à visão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

### 4.1. O Caso *ACT Group Litigation* – Crítica

Em 2006, a questão da compatibilidade das LOB (constantes de convenções para eliminação de dupla tributação, portanto) com as liberdades fundamentais foi colocada perante o TJUE no caso *ACT Group Litigation* pela primeira e, até hoje, única vez<sup>105</sup>. Especificamente, questionou-se, a título prejudicial, se um Estado-Membro poderia aplicar uma cláusula de limitação de benefícios, na qual se previa que não se concediam créditos de imposto a sociedades residentes num Estado-Membro Contratante, se estas fossem controladas por sociedades residentes em terceiros Estados que tivessem celebrado convenções de dupla tributação com aquele outro, e na qual não se previsse a concessão de um crédito de imposto. Tentemos explicar o caso de forma mais clara: ao abrigo do então aplicável tratado Holanda-Reino Unido, era concedido um crédito ACT quando os dividendos eram distribuídos por um residente do Reino Unido a uma empresa residente nos Países Baixos. A concessão deste crédito estava, no entanto, sujeita a uma cláusula LOB que dispunha que nenhum crédito fiscal será devido quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade, exceto uma sociedade cujas ações estejam oficialmente cotadas numa bolsa de valores neerlandesa, a menos que tal beneficiário efetivo tivesse direito ao crédito fiscal sem intermédio da empresa. Naquela época, um tratado fiscal com crédito ACT estava em vigor entre o Reino Unido e a Itália, mas isso não era, por exemplo, o caso no tratado Reino Unido-Alemanha. Assim, se um dividendo fosse distribuído do Reino Unido a uma empresa holandesa controlada por uma empresa italiana, o crédito teria sido concedido. No

---

<sup>105</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2006, *ACT Group Litigation* C-374/04.

entanto, se a empresa holandesa fosse controlada por uma empresa alemã nenhum crédito seria concedido. O resultado da aplicação do tratado para um acionista de um estado não contratante dependia, portanto, do tratado fiscal disponível entre esse estado não contratante e o Reino Unido.

De forma surpreendente, o TJUE pronunciou-se negando qualquer restrição às liberdades fundamentais por parte da regra LOB em questão, fundamentando esta posição num carácter especial das convenções para eliminação da dupla tributação e referindo-se ao caso *D*.<sup>106</sup>. Nesse caso anterior *D*., o TJUE decidiu que um residente alemão não podia beneficiar de uma isenção fiscal relativa a um imposto sobre o património nos Países Baixos porque o tratado fiscal Alemanha-Países Baixos não concedeu tal dedução. O facto de a convenção fiscal belga-neerlandesa ter concedido tal dedução não era relevante, uma vez que um nacional belga não era comparável a um nacional alemão<sup>107</sup>. Em suma, os benefícios do tratado não podem ser reclamados por residentes de um Estado não contratante. Desta forma, o Tribunal rejeitou a existência de um princípio da nação mais favorecida (ou “*most favourable nation*” – doravante “MFN”) na União Europeia. O princípio MFN, normalmente encontrado no âmbito do direito comercial, consiste em “*qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedido por um Membro a qualquer produto originário ou destinado a qualquer outro país dever ser concedido imediata e incondicionalmente em relação a esse produto a todos nos outros Estados-Membros*”<sup>108</sup>. No contexto da União Europeia, este princípio seria inimigo da lógica de uma rede de tratados tributários, por isso, as cláusulas MFN não são uma característica típica dos tratados tributários, que são bilaterais por natureza.

Apesar de a justificação do TJUE no caso *D*. fazer todo o sentido, a sua referência e influência no caso *ACT*, que inclui uma cláusula LOB, já é muito mais duvidosa e criticável. Em primeiro lugar, devido às gritantes diferenças entre as cláusulas MFN e as cláusulas LOB. O tribunal acabou por equacionar as duas figuras, mas, como apontam diversos

---

<sup>106</sup> Um processo no qual se questionava se os benefícios concedidos aos nacionais belgas por um tratado bilateral Bélgica-Países Baixos deveriam ser alargados a nacionais alemães, apesar de o tratado Alemanha-Países Baixos não prever tais benefícios. *Vide*: Acórdão do TJUE de 5 Julho de 2005, *D*., C-376/03.

<sup>107</sup> Acórdão do TJUE de 5 Julho de 2005, *D*., C-376/03, § 58-63.

<sup>108</sup> ZESTER, Anita, “Can the MFN Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties?”, *INTERTAX*, Vol. 34, Issue 3 (2006), p. 144.

autores<sup>109</sup>, elas atuam de modo oposto. As cláusulas MFN inseridas num tratado tributário proporcionam benefícios aos contribuintes, enquanto as cláusulas LOB têm efeito restritivo, negando certos benefícios perante o incumprimento de determinados testes. Em segundo lugar, elas também prosseguem propósitos diferentes. Como sabemos, as cláusulas LOB visam a prevenção de esquemas de *treaty shopping*, enquanto as cláusulas MFN prosseguem um objetivo de facilitação do comércio. Sendo assim, não fará sentido utilizar de forma quase automática a mesma lógica e princípios em situações que se avistam tão distintas. Finalmente, em terceiro lugar, a análise de comparabilidade das cláusulas LOB deve ser feita num nível diferente daquele utilizado para um princípio MFN. O tribunal decidiu, no processo *D.*, que um nacional belga não era comparável a um nacional alemão, numa comparação feita entre um sujeito residente do Estado Contratante e um sujeito não-residente. O tribunal, no caso *ACT*, inspirando-se na lógica que subscreveu em *D.*, comparou a situação dos acionistas residentes em diferentes Estados, que, realmente, não estão em situações idênticas. No entanto, este não é o tipo de comparação que deverá ser feita no âmbito de uma cláusula de limitação de benefícios. O TJUE deveria, perante uma LOB, ter feito uma comparação entre duas empresas igualmente residentes no Estado Contratante que apenas diferiam na residência dos seus acionistas (uma teria acionistas residentes no Estado Contratante enquanto a outra seria composta por acionistas residentes num Estado-membro que não haveria celebrado um tratado que previa o regime ACT). É nessa questão que se afere a existência, ou não, de uma restrição das liberdades fundamentais por uma cláusula de limitação de benefícios, como vimos mostrando ao longo do presente trabalho. É óbvio que se olharmos para os acionistas, por si só, eles estão em situações incomparáveis. Mas o tratamento desigual de duas empresas que são ambas residentes de um Estado Contratante constitui o verdadeiro cerne do problema, logo, seria impossível aferir quanto à compatibilidade da cláusula LOB com o Direito da UE sem a consideração deste confronto. Se o TJUE tivesse considerado tal confronto, como deveria ter feito, imediatamente chegaria à conclusão de que as situações das duas empresas eram, de facto, comparáveis, e que o

---

<sup>109</sup> As diferenças entre as cláusulas MFN e as LOB foram acertadamente apontadas e explanadas, por exemplo, por José Calejo Guerra, Anitza Zester, Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen e Pieter Van Braband. *Vide*: GUERRA, José Calejo, “European Union - Limitation on Benefits Clauses and EU Law”, op. cit., p. 4-8. ZESTER, Anitza, “Can the MFN Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties?”, op. cit., p. 143. DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility A Debate Revived by BEPS?”, op. cit., p. 135-137.

tratamento distinto conferido a uma e a outra consistia numa restrição às liberdades fundamentais por parte da cláusula LOB.

Sendo assim, consideramos que a decisão e a sua fundamentação no caso *ACT* constituem um erro cometido pelo Tribunal, o que parece ser, igualmente, a opinião geral na doutrina<sup>110</sup>. No lado contrário, temos, por exemplo, Tom O’Shea<sup>111</sup>, que elogia o acórdão. Juntamo-nos, ainda, a outros autores que, enquanto criticam a posição propugnada no caso *ACT Group Litigation*, apontam também que a mesma não significa uma tomada de posição em geral, por parte do TJUE, em relação a todas as cláusulas de limitação de benefícios e que, por isso, deverá o Tribunal clarificar o seu entendimento quanto às mesmas<sup>112</sup>.

A surpresa que a decisão do TJUE provocou, não só em nós como na maioria da doutrina, deveu-se, ainda, à jurisprudência anterior desse mesmo Tribunal. Jurisprudência essa que faria todo o sentido ser invocada numa questão acerca de cláusulas LOB. Ora, atentemos no caso *Open Skies*<sup>113</sup>. No ano 2002, estávamos perante um acordo estabelecido entre os EUA e a Bélgica acerca do mercado de transporte aéreo que previa uma cláusula limitadora dos benefícios desse mesmo acordo às companhias aéreas detidas pelos Estados Contratantes ou pelos seus nacionais. O TJUE pronunciou-se no sentido de o acordo provocar uma restrição à liberdade de estabelecimento, precisamente devido ao facto de a Bélgica não garantir aos nacionais dos restantes Estados-Membros o mesmo tratamento de que os seus próprios nacionais beneficiavam<sup>114</sup>. Desta forma, tornar-se-ia obrigação do Estado-Membro contratante eliminar a incompatibilidade subjacente à norma, o que poderia passar por simplesmente erradicar tal norma, ou passando a garantir que os nacionais dos

---

<sup>110</sup> Neste sentido, voltamos a destacar José Calejo Guerra, Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen e Pieter Van Braband, e acrescentamos ainda Pasquale Pistone. *Vide*: GUERRA, José Calejo, “European Union - Limitation on Benefits Clauses and EU Law”, *op. cit.*, p. 4-8. DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?”, *op.cit.*, p. 135-137. PISTONE, Pasquale, “The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation”, *INTERTAX*, Vol. 34, N.º 5, (2006), pp. 234-244.

<sup>111</sup> O’SHEA, Tom, “Limitation on Benefit (LOB) clauses and the EU part II”, *International Tax Report*, November, (2008) pp. 1-8.

<sup>112</sup> Tal opinião está espelhada no trabalho dos autores da Opinion Statement ECJ-TF 1/2018 que constituem a CFE ECJ Task Force: Alfredo Garcia Prats, Werner Haslehner, Volker Heydt, Eric Kemmeren, Georg Kofler (Chair), Michael Lang, Jürgen Lüdicke, João Nogueira, Pasquale Pistone, Albert Rädler†, Stella Raventos-Calvo, Emmanuel Raingard de la Blétière, Isabelle Richelle, Alexander Rust and Rupert Shiers. *Vide*: CFE Tax Advisors Europe, “Opinion Statement ECJ-TF 1/2018 on the Compatibility of Limitation-on-Benefits (LoB) Clauses with the EU Fundamental Freedoms”, *European Taxation*, Vol. 58, N.º 9, Bruxelas (2018) p. 8.

<sup>113</sup> Acórdão do TJUE de 5 de Novembro de 2002, *Open Skies* C-471/98.

<sup>114</sup> ABEYRATNE, Ruwantissa, “The Decision of the European Court of Justice on Open Skies - How Can We Take Liberalization to the Next Level”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 68 (2003).

restantes Estados-Membros beneficiassem do mesmo tratamento que os nacionais da Bélgica. Apesar de não se tratar, aqui, de uma convenção para evitar a dupla tributação, são inegáveis os paralelos entre a cláusula mencionada e as cláusulas de limitação de benefícios que constituem o objeto deste trabalho. Esta não é uma situação isolada, sendo já norma que regras com estas características, tanto normas internas como pertencentes a convenções com outros Estados, sejam consideradas incompatíveis com as liberdades fundamentais<sup>115</sup>.

No mesmo sentido, a 19 de Novembro de 2015, a Comissão da União Europeia solicitou a emenda do artigo 21.º da Convenção sobre Dupla Tributação que o Estado-membro (Países Baixos) celebrou com o Japão em 2010, tendo entrado em vigor a 1 de Janeiro de 2012<sup>116</sup>. O artigo em questão continha uma cláusula de limitação de benefícios incluindo um *Stock Exchange Test*, bem como um *Derivative Benefits Test*<sup>117</sup>. A Comissão, baseando-se nos casos jurisprudenciais *Open Skies* e *Gottardo* (apesar de estes não tratarem especificamente de cláusulas LOB), entendeu que a cláusula seria uma restrição às liberdades fundamentais dos cidadãos da União Europeia.

Tendo tudo isto em conta, a decisão do TJUE no caso *ACT Group Litigation* parece-nos, no mínimo, criticável. Não podemos concordar com a decisão de estabelecer que as LOB são compatíveis com o Tratado e que não constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento. Afinal, passámos uma grande fatia desta reflexão a explicar o nosso entendimento de que as LOB constituem efetivamente uma restrição à liberdade de estabelecimento devido à diferença de tratamento entre empresas detidas por residentes e empresas detidas por não-residentes. Mesmo analisando a grande maioria da jurisprudência do TJUE resta-nos esta mesma ideia. Concluimos facilmente que regras semelhantes às LOB consagradas no direito interno de um Estado-Membro são consideradas incompatíveis com o TFUE, como ficou claro nos casos *Cadbury-Schweppes*<sup>118</sup> e *Marks & Spencer*<sup>119</sup>. Nos casos em que se verifica regras semelhantes às LOB em acordos internacionais entre

---

<sup>115</sup> Outro exemplo a apontar: Acórdão do TJUE de 9 de Março de 1999, *Centros* C-212/97.

<sup>116</sup> Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “November infringements package: key decisions”, Bruxelas (19 Nov. 2015) [consult. 27 Dez. 2021]. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_6006](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6006).

<sup>117</sup> Convention Between Japan and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, de 25 de Agosto de 2010, versão em inglês, artigo 21.º.

<sup>118</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes* C-196/04.

<sup>119</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer* C-446/03.

Estados, vemos exatamente o mesmo padrão de incompatibilidade, como mostrámos no exemplo do acórdão *Open Skies*. Sendo assim, propomos a desconsideração do acórdão *ACT* como regra geral da visão do TJUE em relação às LOB, tendo-se tratado de um mero erro de raciocínio cometido singularmente naquele acórdão. Por outro lado, propomos a consideração das cláusulas de limitação de benefícios sob a lógica que o TJUE utilizou nos outros casos, mais especificamente nos casos *Cadbury-Schweppes* e *Marks & Spencer*: falamos da análise da possibilidade de justificação de uma norma restritiva das liberdades fundamentais da União Europeia, em oposição à simples negação de que existe uma restrição.

## **Capítulo 5 - A Justificação da Restrição**

Tendo reforçado a nossa posição acerca da efetiva existência de uma restrição às liberdades fundamentais inerente às cláusulas LOB, teremos, agora, de encontrar uma resposta para a nova questão que se coloca: Qual a solução adequada para lidar com esta falta de compatibilidade, sem comprometer o combate à elisão fiscal? Neste sentido, passemos à apresentação de uma hipótese de solução que parte do princípio da existência da restrição às liberdades fundamentais. Uma solução já vastamente utilizada na jurisprudência do TJUE em questões semelhantes, que se poderá afigurar eficaz na resolução do problema de compatibilidade das normas LOB.

A solução será a justificação da restrição. Esta passa, em primeiro lugar, por admitir que existe efetivamente uma restrição a uma das liberdades fundamentais do TFUE, conclusão que pensamos ser essencial, por uma questão de coerência da jurisprudência do TJUE. Como já foi exposto, o TJUE já se pronunciou inúmeras vezes anteriormente no sentido de regras semelhantes às LOB constituírem uma restrição à liberdade de estabelecimento, logo, seria coerente que o TJUE se pronunciasse de igual forma em relação às LOB. Depois de admitida a existência de uma restrição, o Tribunal passaria a indagar quanto à possível justificação dessa restrição devido à prossecução de um objetivo legítimo e compatível com o Tratado por razões imperiosas de interesse público.

O nosso objetivo, neste capítulo, será explorar as nuances das decisões do TJUE que propugnam justificações de restrições, de forma a poder mostrar de que forma ou através de quais meios uma cláusula LOB teria maiores hipóteses de ser, igualmente, justificada num acórdão futuro.

### **5.1. As justificações da restrição de liberdades fundamentais**

Apesar de termos apontado que será possível a existência de uma norma tributária incompatível com o TFUE, a verdade é que a restrição que esta comporta a uma liberdade fundamental poderá ser justificada, e dessa forma, poderá continuar a coexistir, sem qualquer problema, com o direito comunitário. Quanto às justificações possíveis, podemos dividi-las,

à partida, entre aquelas que estão “dentro do catálogo” e aquelas que estão “fora do catálogo”.

O primeiro tipo de justificações está explicitado no próprio TFUE e tais justificações são aplicadas automaticamente<sup>120</sup>. Atentemos no artigo 52.º desse mesmo diploma, por exemplo, que dispõe: “*As disposições do presente capítulo e as medidas tomadas em sua execução não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública*”<sup>121</sup>. O artigo referido esclarece as razões dentro do catálogo que poderão ser utilizadas para justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento por uma norma interna de um Estado-membro. No entanto, também é de notar que será difícil configurar situações concretas em que uma norma tributária interna pudesse ser enquadrada nestas razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

Por outro lado, também serão aceites razões “fora do catálogo”, são as chamadas razões imperiosas de interesse geral. Cada razão alegada por um Estado-membro para justificar uma norma inerente da liberdade fundamental terá de ser ponderada e analisada pelo TJUE de forma a aferir se esta constitui uma real razão imperiosa de interesse público. A análise da jurisprudência do TJUE nesta matéria permite-nos traçar duas categorias de razões: aquelas tradicionalmente aceites como razões imperiosas de interesse público, e aquelas que são tradicionalmente recusadas para justificar as restrições de uma norma interna às liberdades fundamentais. Este leque de justificações encontra-se bastante estabilizado, e, assim, conseguimos analisar brevemente cada uma das categorias de razões.

#### **a) Justificações tradicionalmente recusadas**

Concluída a exposição das justificações tradicionalmente aceites, trataremos agora daquelas que são tradicionalmente recusadas, sendo que estas últimas terão com certeza uma maior importância no âmbito deste trabalho, como iremos explorar em capítulos posteriores.

---

<sup>120</sup> FONTANA, Renata, “The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 46, N.º 7, (2006), pp. 323 e 324.

<sup>121</sup> Artigo 52.º, TFUE.

Por enquanto, será importante distinguir e analisar algumas destas justificações que se figuram proeminentes na jurisprudência do TJUE.

A justificação tradicionalmente recusada mais discutida e controversa é a perda ou redução de receitas fiscais dos Estados. Apesar da sua continuada invocação pelos Estados-membros, a jurisprudência recusa reiteradamente e explicitamente tal justificação, sendo este entendimento já considerado estável e consolidado. Um exemplo da jurisprudência em que encontramos a invocação da perda ou redução de receitas fiscais dos Estados é o caso *Verkooijen*<sup>122</sup>, no qual se discutia uma disposição legal holandesa que sujeitava a concessão de isenção do imposto sobre o rendimento a que estão sujeitos os dividendos pagos a pessoas singulares acionistas à condição de serem pagos por sociedades com sede no referido Estado-Membro. O TJUE considerou que havia aqui uma restrição das liberdades fundamentais pois concluiu que tal disposição tinha por efeito dissuadir os nacionais comunitários residentes no Estado-Membro em causa de investirem os respetivos capitais em sociedades com sede noutra Estado-Membro, tendo também efeito restritivo quanto a tais sociedades na medida em que lhes levantava um obstáculo à recolha de capitais no Estado-Membro em causa. Neste sentido, o tribunal afastou a possibilidade de justificação de tal ingerência por motivos de redução das receitas fiscais, afirmando claramente: “*a redução das receitas fiscais não pode ser considerada razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental*”<sup>123</sup>.

Outro argumento recusado é o da “compensação”. Os Estados alegam, muitas vezes, que certa norma restritiva de liberdades fundamentais é justificada por outras normas que proporcionam vantagens ao sujeito afetado, compensando, desta forma, as eventuais desvantagens que sofreu pela norma ingerente. No caso que acabámos de explorar em relação ao argumento da redução das receitas fiscais, também foi invocado o argumento da compensação. Mais uma vez, o tribunal foi claro, explicitando que “*resulta de jurisprudência constante que um tratamento fiscal desfavorável contrário a uma liberdade fundamental não pode justificar-se pela existência de outras vantagens fiscais, supondo*

---

<sup>122</sup> Acórdão do TJUE de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, C-35/98. Outros acórdãos nos quais esta justificação foi invocada são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2002, *De Groot*, C-385/00; Acórdão do TJUE de 11 de Setembro de 2007, *Schwarz*, C-76/05; Acórdão do TJUE de 20 de Maio de 2008, *Orange*, C-194/06; entre outros.

<sup>123</sup> Acórdão do TJUE de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, C-35/98 §59.

*mesmo que tais vantagens existam*”<sup>124</sup>, passando, de seguida, a enumerar múltiplos acórdãos concordantes que partilham deste mesmo entendimento<sup>125</sup>.

Os Estados já alegaram, também de forma reiterada, a argumentação de que a ingerência se deve ao facto de não existirem, ainda, medidas que garantam uma uniformização ou harmonização das disposições em matéria fiscal, não podendo os obstáculos sofridos pelos particulares ser imputados aos Estados, mas sim à ausência de certos atos da parte das instituições da União Europeia. O Tribunal rejeita esta argumentação com base na aplicabilidade direta das liberdades fundamentais, não podendo ser estas dependentes das ações adotadas pelas instituições da União. No acórdão *Avoir Fiscal*<sup>126</sup>, que debatia o facto de a França não conceder o benefício do “avoir fiscal” às sucursais e agências residentes em França das sociedades de seguros sediadas noutro Estado-membro (enquanto estabelecia tal benefício às sociedades de seguros sediadas em França), foi alegada a argumentação da ausência de medidas de harmonização. O TJUE explicita no parágrafo 24 do referido acórdão a recusa desta justificação, apontando que, se é verdade que na falta dessa harmonização, a situação fiscal de uma sociedade depende do direito nacional que lhe é aplicado, também é importante notar que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe aos Estados-membros prever na sua legislação, para as pessoas que usam da liberdade de nele se estabelecerem, condições de exercício das suas atividades que sejam diferentes das que são definidas para os seus próprios nacionais<sup>127</sup>.

Recorrendo ao mesmo fundamento – a aplicabilidade direta das liberdades fundamentais – rejeita-se, igualmente, a arguição de que o respeito das liberdades fundamentais estaria dependente da existência de uma convenção bilateral em matéria de redução ou eliminação da dupla tributação. Esta lógica é afastada, também no acórdão *Avoir Fiscal*, coincidentemente, através da defesa de que o respeito das esferas de proteção proporcionadas pelas liberdades fundamentais deve ser garantido pelo Estado-membro para todos os cidadãos dos diversos Estados-membros, não podendo depender de uma convenção

---

<sup>124</sup> Acórdão do TJUE de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, C-35/98 §61.

<sup>125</sup> Entre eles, o Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83; Acórdão do TJUE de 27 de Junho de 1996, *Asscher*, C-107/94; e o Acórdão do TJUE de 26 de Outubro de 1999, *Eurowings Luftverkehrs*, C-294/97.

<sup>126</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83.

Outros acórdãos nos quais esta justificação foi invocada são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann*, C-204/90; e o Acórdão do TJUE de 9 de Março de 1999, *Centros*, C-212/97.

<sup>127</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83 §24.

celebrada com certo Estado-membro. Para além disso, não se compagina a sujeição destes direitos a uma condição de reciprocidade, com o fim de obter vantagens correspondentes em outros Estados-membros<sup>128</sup>.

Os Estados também recorrem, finalmente, a dificuldades de ordem prática para tentar justificar uma restrição das liberdades fundamentais. Podemos ver esta argumentação no acórdão *Papillon*<sup>129</sup>, no qual estava em causa um regime de tributação pelo lucro consolidado a uma sociedade-mãe residente em França que detenha filiais e subfiliais também residentes nesse Estado, mas excluía a concessão desse regime a essa sociedade-mãe se as suas subfiliais residentes fossem detidas por intermédio de uma filial residente noutro Estado-Membro. O Governo francês alegou que este regime era necessário devido à dificuldade que as autoridades nacionais têm em verificar a existência de dupla compensação das perdas quando uma sociedade não residente se interpõe entre a sociedade-mãe e as suas subfiliais. O TJUE considerou que este regime não poderia ser justificado por este argumento só por si e apontou, como já tinha feito anteriormente, que “*as dificuldades práticas não podem justificar por si só a restrição duma liberdade garantida pelo Tratado*”<sup>130</sup>.

#### **b) Justificações tradicionalmente aceites**

A primeira justificação a ser aceite pelo TJUE com conteúdo especificamente tributário foi a necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal. Apesar da sua insistente invocação por parte dos Estados, o TJUE definiu um conjunto de critérios para aceitar esta justificação que durante algum tempo levou vários autores a considerar tal justificação inaplicável<sup>131</sup>. Para que uma norma tributária pudesse ser considerada necessária a garantir a coerência do sistema fiscal, o Estado-membro teria de demonstrar: primeiro, a existência de uma correlação direta entre um benefício e uma desvantagem fiscal; segundo, que o benefício e a desvantagem eram relativos ao mesmo imposto; terceiro, que se reportavam ao

---

<sup>128</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83 §26.

<sup>129</sup> Acórdão do TJUE de 27 de Novembro de 2008, *Papillon*, C-418/07.

Outros acórdãos nos quais esta justificação foi invocada são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 14 de Setembro de 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04; e o Acórdão de TJUE de 12 de Dezembro de 2006, *Franked Investment Income Group Litigation*, C-446/04.

<sup>130</sup> Acórdão do TJUE de 27 de Novembro de 2008, *Papillon*, C-418/07 §53 – 54.

<sup>131</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 278-281.

mesmo contribuinte; e quarto, que tal correlação direta não era posta em causa por uma convenção em matéria de dupla tributação<sup>132</sup>. No entanto, o acórdão *Krankenheim Ruhesitz*<sup>133</sup> mostra-nos que esta justificação é realmente aplicável e geralmente aceite pelo TJUE. No caso, discutia-se um mecanismo alemão que, por um lado, permitia a um residente deduzir ao imposto sobre o rendimento as perdas isentas provenientes de um estabelecimento estável situado num outro Estado-membro, mas, em simultâneo, previa que essas perdas fossem acrescidas à matéria coletável da sociedade no momento em que o estabelecimento estável produzisse lucros. O TJUE aceitou a justificação deste regime pela necessidade de coerência do sistema fiscal alemão, concluindo estar presente uma lógica simétrica devido à existência de umnexo direto, pessoal e material entre os dois elementos de tal regime: o acréscimo constituía o complemento lógico da dedução anteriormente concedida<sup>134</sup>.

Uma outra justificação aceite pela jurisprudência é o combate à fraude, evasão e elisão fiscais, aliás, esta é uma das justificações mais utilizadas. Defende-se que os Estados poderão estabelecer medidas anti-abuso de forma a evitar a criação de expedientes puramente artificiais com a intenção de defraudar as normas tributárias internas, ainda que tais medidas possam restringir as liberdades fundamentais<sup>135</sup>. A verdade é que se poderá considerar, até, que um sujeito, ao prosseguir práticas fraudulentas, evasivas ou elisivas, estará a cometer um abuso das liberdades que lhe foram concedidas como cidadão da União Europeia. Desta forma, fará sentido que os Estados adotem providências para evitar tal abuso. Um exemplo na jurisprudência da utilização desta justificação é o caso *Cadbury-Schweppes*<sup>136</sup>, referido de forma muito breve no capítulo segundo do presente trabalho. O caso em questão pretendia aferir quanto à compatibilidade de certas normas fiscais do direito interno do Reino Unido com a liberdade de estabelecimento. Tais normas previam que os

---

<sup>132</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 243-244.

<sup>133</sup> Acórdão do TJUE de 23 de Outubro de 2008, *Krankenheim Ruhesitz*, C-157/07. Outros acórdãos nos quais esta justificação foi aceite são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann*, C-204/90; o Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1992, *Comissão vs Bélgica*, C-300/90; Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18; entre outros.

<sup>134</sup> Acórdão do TJUE de 23 de Outubro de 2008, *Krankenheim Ruhesitz*, C-157/07 §41 – 43.

<sup>135</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 272-278.

<sup>136</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04. Outros acórdãos nos quais esta justificação foi aceite são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft*, C-397/98; Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2002, *Lankhorst-Horost*, C-324/00; Acórdão do TJUE de 4 de Março de 2004, *Comissão vs França*, C-334/02; Acórdão do TJUE de 4 de Dezembro de 2008, *Jobra*, C-330/07, Acórdão do TJUE de 30 de Janeiro de 2020, *VOF*, C-725/18; entre outros.

lucros das sociedades não residentes situadas em territórios com um nível de tributação inferior ao previsto no Reino Unido, quando controladas em mais de 50% pela sociedade residente, seriam diretamente imputados à sociedade residente<sup>137</sup>. Assim, pretendia-se impedir práticas onde o objetivo era evitar o imposto que seria, de outra forma, devido relativamente aos lucros auferidos pelas atividades realizadas no território nacional, portanto, evitando o abuso da liberdade de estabelecimento. O TJUE, perante este caso, admitiu a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento presente na norma do Reino Unido, clarificando, também, que o facto de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário, como uma filial, noutro Estado-Membro, não significa, necessariamente, que exista um abuso. No entanto, o TJUE aceitou a justificação desta restrição com base no combate às práticas abusivas, desde que a sociedade residente tenha a oportunidade de demonstrar a ausência de abuso no exercício da sua liberdade de estabelecimento. A norma em questão era acompanhada de uma válvula de segurança que consistia num “teste de intenção” através do qual a sociedade residente poderia demonstrar que, *“por um lado, a diminuição significativa do imposto no Reino Unido, que resulta das transacções efectuadas entre esta sociedade e a SEC, não constituía o principal objectivo ou um dos principais objectivos dessas transacções e, por outro, que a obtenção de uma redução do referido imposto através de um desvio de lucros na acepção da referida legislação não era a razão principal ou uma das razões principais da constituição da SEC”*<sup>138</sup>. Desta forma, a regra deixava de ter uma aplicação completamente automática e “cega”. Ficou, assim, estabelecido na jurisprudência do TJUE que *“uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado Membro em causa”*<sup>139</sup>.

Entre as justificações mais utilizadas, verificamos, também, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais, que advém do facto de *“não existirem ainda medidas suficientes adotadas ao nível da União, que permitam eliminar as dificuldades sentidas pelas administrações fiscais dos distintos Estados-membros resultantes das limitações*

---

<sup>137</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., pp. 282-285.

<sup>138</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes* C-196/04, §62.

<sup>139</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, §1 do sumário.

*territoriais ao seu poder de atuação*”<sup>140</sup>. Verificamos a aceitação desta mesma justificação no caso *Futura Participations*<sup>141</sup>, no qual se questionava se uma norma luxemburguesa seria uma restrição à liberdade de estabelecimento porque fazia depender o transporte de perdas anteriores, solicitado por um contribuinte que tivesse uma sucursal no seu território sem aí ter estabelecido a sua residência, da condição de, durante o exercício em que sofreu essas perdas, ter mantido e conservado nesse Estado-Membro uma contabilidade relativa às atividades que aí exerceu, em conformidade com as regras nacionais na matéria. A medida acabou por ser justificada pela necessidade de garantia da eficácia dos controlos fiscais, justificação esta que muitas vezes se confunde com aquela outra referente ao combate à elisão fiscal<sup>142</sup>.

Outro argumento cuja validade é reconhecida pelo TJUE é a necessidade da repartição equilibrada do poder tributário. Esta justificação pode ser encontrada, entre outras, no acórdão *Deutsche Shell*<sup>143</sup>, no qual se discutia a possibilidade de “*um Estado-membro, na determinação da matéria coletável, excluir as perdas cambiais sofridas por uma sociedade com sede social no território deste Estado, por ocasião do repatriamento da dotação de capital que tinha realizado para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro*”<sup>144</sup>. Apesar de na sua decisão o TJUE acabar por optar pela não aceitação do regime em causa, este clarifica expressamente no acórdão a validade da repartição do poder tributário como justificação de uma restrição das liberdades fundamentais. Diz-nos o acórdão: “*A afirmação de que a repartição das competências de tributação entre a República Federal da Alemanha e a República Italiana, operada pela convenção, é um objetivo legítimo. Com efeito, os Estados-Membros podem fixar os critérios de repartição da soberania fiscal, seja de modo unilateral seja através de convenções bilaterais*”<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., pp. 245-248.

<sup>141</sup> Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations*, C-250/95. Outros acórdãos nos quais esta justificação foi aceite são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, *Baxter*, C-254/97; Acórdão do TJUE de 3 de Outubro de 2002, *Danner*, C-136/00; Acórdão do TJUE de 3 de Outubro de 2006, *Scorpio*, C-290/04; Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18; entre outros.

<sup>142</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., p. 271.

<sup>143</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06. Outros acórdãos nos quais esta justificação foi invocada são, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 7 de Setembro de 2006, *N*, C-470/04; Acórdão do TJUE de 18 de Julho de 2007, *OYAA*, C-231/05; Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06; Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, *X-GmbH*, C-135/17; entre outros.

<sup>144</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06 §54.

<sup>145</sup> Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06 §35.

Poderíamos fazer referência a múltiplas outras justificações, nomeadamente, aquelas que levantam dúvidas quanto à sua geral aceitação ou recusa pelo TJUE devido à sua escassa utilização ou à disparidade nas diferentes decisões do Tribunal. É o caso, por exemplo, da invocação do princípio da territorialidade fiscal e do argumento da neutralização do impacto da norma fiscal ingerente<sup>146</sup>. No entanto, consideramos que o importante a demonstrar no presente trabalho é o quadro geral das justificações mais proeminentemente invocadas perante o TJUE e o padrão de desenlace recorrente de tais argumentos.

## **5.2. A justificação da restrição no caso das LOB**

Tendo explorado as nuances das justificações de restrições às liberdades fundamentais na jurisprudência do TJUE, podemos, agora, analisar a possibilidade de justificação da restrição inerente às cláusulas LOB. Primeiramente, importará aferir quanto às razões imperiosas de interesse público que farão maior sentido invocar para tal justificação.

Discutivelmente, as cláusulas de limitação de benefícios podem prosseguir diversos objetivos como o de evitar a perda/redução de receitas fiscais dos Estados, evitar dificuldades de ordem prática, garantir a coerência do sistema fiscal, garantir a eficácia dos controlos fiscais ou combater a elisão fiscal. Os dois primeiros objetivos, como já vimos, são tradicionalmente recusados pelo TJUE, pelo que, em princípio, a sua alegação não seria útil na justificação das referidas cláusulas. Os restantes três objetivos são tradicionalmente aceites e poderiam ser alegados em conjunto pelos Estados para justificar a restrição às liberdades fundamentais causada por uma cláusula LOB. No entanto, tendo em conta a finalidade inerente a estas cláusulas, não nos restam dúvidas de que a razão imperiosa de interesse geral a focar neste caso seria a prevenção de práticas abusivas dos tratados que constituíssem esquemas de elisão fiscal.

O combate à elisão fiscal não é apenas uma preocupação de cada Estado, é também uma preocupação da União Europeia como comunidade. Prova disto mesmo são as recentes Diretivas Anti-elisão, nomeadamente a Diretiva 2016/1164 do Conselho da União

---

<sup>146</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 250.

Europeia<sup>147</sup>, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Entre estas regras, encontramos uma regra geral anti-abuso<sup>148</sup>, o que vai ao encontro do que viemos a explicar no início do trabalho quanto à maior facilidade em compatibilizar regras gerais anti-abuso com as liberdades fundamentais da União Europeia. No entanto, também encontramos diversas regras específicas direcionadas ao combate à elisão fiscal no campo da dedutibilidade fiscal dos juros, tributação à saída, sociedades estrangeiras controladas e assimetrias híbridas<sup>149</sup>, que nos mostram que as regras específicas também podem ser úteis e aceites pela União Europeia. Ainda assim, a mensagem predominante desta Diretiva é a da importância do combate às práticas abusivas de forma a garantir uma tributação justa e eficaz. Para isso, o Conselho frisa a necessidade da aplicabilidade prática do plano BEPS da OCDE<sup>150</sup>, plano esse que, como vimos, sugere a incorporação de cláusulas LOB pelos Estados. Da mesma forma, a Comissão realça a intenção de execução do OCDE/G20 *Inclusive Framework* através da proposta de diretiva que implementa o segundo pilar<sup>151</sup>. Ora, tudo isto leva-nos a concluir pela pertinência da invocação do combate a práticas de elisão fiscal como razão imperativa de interesse geral relativamente às cláusulas de limitação de benefícios.

Em consequência de tudo o que foi dito, é nossa opinião que a justificação constitui uma solução prendada de sentido, admitindo a existência de uma restrição, mas continuando a permitir que os Estados adotem estas regras dotadas de finalidade anti-elisiva. Porém, não poderemos esquecer-nos que, como vimos nos anteriores capítulos através do exemplo do acórdão *Cadbury-Schweppes*, no caso de uma justificação que remete ao combate à elisão fiscal, será necessário que se verifique que a intenção da norma será apenas restringir os benefícios aos expedientes puramente artificiais, não tendo o propósito de retirar tais benefícios a sujeitos que não participam em esquemas de natureza elisiva<sup>152</sup>. Não basta que a norma tenha uma finalidade anti-elisiva, é necessário que a mesma não propague os seus efeitos restritivos de liberdades fundamentais a sujeitos que não estão envolvidos em práticas

---

<sup>147</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

<sup>148</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, artigo 6.º.

<sup>149</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, artigos 4.º, 5.º, 7.º, 8.º e 9.º.

<sup>150</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, § (2) e (3).

<sup>151</sup> Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “Minimum Corporate Taxation” [consult. 20 Jan. 2022], disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation.pt](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation.pt).

<sup>152</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, §1 do sumário.

abusivas. Tal poderá ser atingido através de uma válvula de segurança incluída na norma (como vimos no acórdão *Cadbury-Schweppes*).

No caso das cláusulas de limitação de benefícios, sabemos que a *Discretionary Relief Clause* funciona exatamente com o intuito de agir como válvula de segurança, garantindo que qualquer entidade injustamente afetada pela restrição de liberdades fundamentais tenha a oportunidade de provar perante as autoridades competentes as suas intenções não-abusivas. Desta forma, uma cláusula de limitação de benefícios que inclua uma *Discretionary Relief Clause* parece ter todas as condições para ver a sua restrição inerente justificada pelo TJUE.

Ainda assim, há vários anos que se tem passado a exigir que a norma se mostre proporcional. Para aferir quanto a essa questão mais complicada, a cláusula LOB terá de ser submetida a um controlo de proporcionalidade, de forma a garantir que a medida restritiva da liberdade é adequada a prosseguir o seu objetivo, que é o menos gravosa possível, e que o sacrifício para os particulares afetados não excede os seus benefícios para o interesse público. Exploraremos, então, a continuação da solução para o problema da incompatibilidade das LOB com o Direito Europeu, que deverá ser considerada em conjunto e em consequência da justificação da restrição das liberdades fundamentais: o controlo de proporcionalidade.

## Capítulo 6 - O Controlo de Proporcionalidade

Apesar de defendermos a possibilidade de uma norma restritiva da liberdade de estabelecimento como as LOB serem justificadas devido à sua finalidade de interesse público, o TJUE terá sempre de aferir quanto à sua proporcionalidade.

### 6.1. O conceito de proporcionalidade

Os dicionários de língua portuguesa definem a palavra “proporcionalidade” como “*a quantidade do que é proporcional*”<sup>153</sup>, o que, na realidade, não é uma definição muito prestável, quando desacompanhada do conceito do adjetivo “proporcional”. Assim sendo, percorremos com os olhos umas linhas acima no dicionário escolhido e ali está:

*“Proporcional*

*adjetivo de 2 géneros*

1. *diz-se de valores equivalentes ou constantes*
2. *que varia na mesma relação que*
3. *proporcionado*
4. *regular; harmónico*

*Sinónimos: adequado, congruente, harmónico, harmonioso, uniforme*”<sup>154</sup>.

Este pequeno recurso aos dicionários serviu-nos apenas para demonstrar que a palavra “proporcionalidade”, utilizada muitas vezes no dia-a-dia, terá várias conceções diferentes (entre elas, filosóficas, matemáticas, éticas, etc) e que, portanto, para efeitos deste trabalho, teremos de tentar estabelecer e mobilizar uma verdadeira conceção jurídica.

Ora, tendo isto em conta, podemos começar já por adiantar que esta conceção de proporcionalidade terá de supor a existência de uma norma pública (“*öffentlich-rechtlichen Normen*”) que introduz limitações aos interesses individuais (“*Individualrechtsgüter*”) <sup>155</sup>. A proporcionalidade irá atuar como um critério-chave de orientação no exercício da autoridade pública, consubstanciando-se na ponderação de interesses conflitivos e na preferência pelo

---

<sup>153</sup> proporcionalidade in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa sem Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. [consult. 2021-02-09 01:43:17].

<sup>154</sup> proporcional in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. [consult. 2021-02-09 01:21:20].

<sup>155</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 63.

instrumento mínimo e ideal para alcançar o resultado exigido pelo ordenamento jurídico<sup>156</sup>. Este critério não poderá ser utilizado de forma matemática ou desprovido de qualquer ponderação na relação entre meios e fins, sendo necessário destacar que as limitações à liberdade individual nunca devem exceder a medida do que parece absolutamente necessário para atingir o objetivo do interesse público perseguido pela autoridade, e que a proporcionalidade terá como fundamento jurídico valores de extrema importância. Quanto a este ponto, encontramos autores que atribuem a fundamentação jurídica ao valor de justiça material<sup>157</sup>, à proibição de arbitrariedade<sup>158</sup>, à dignidade da pessoa humana<sup>159</sup>, aos direitos fundamentais (no sentido em que, se estes direitos são consagrados constitucionalmente, será necessária a sua efetivação, que dependerá de uma metodologia adequada)<sup>160</sup> e ao princípio do Estado de Direito<sup>161</sup>. Por nossa conta, parece-nos que todos os mencionados contributos para a questão da fundamentação têm o seu mérito e que não se configuram mutuamente exclusivos, logo, acreditamos que qualquer uma destas contribuições serviria para fundamentar a proporcionalidade, e ainda mais quando ponderadas em conjunto.

A doutrina e a jurisprudência constitucional alemã destacaram que a proporcionalidade resulta da união de três elementos distintos: a adequação (“*Geeignetheit*”), a necessidade (“*Erforderlichkeit*”) e a proporcionalidade em sentido estrito (“*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*”)<sup>162</sup>. Podemos recorrer a estes três crivos para testar se determinada norma ou decisão é proporcional, ou, melhor ainda, podemos, logo à partida, utilizá-los para metodologicamente chegar a uma norma ou decisão proporcional. De qualquer das formas, o objeto deste teste começará por ser sujeito à avaliação da sua idoneidade ou aptidão para realizar determinado fim prosseguido pela

---

<sup>156</sup> PETRILLO, Giovanna, “Il principio di proporzionalità quale limite alla definizione consensuale del rapporto obbligatorio di imposta”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, Vol. 3, 2012.

<sup>157</sup> CANAS, Vitalino, “Proporcionalidade (Princípio da)”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. 6, Lisboa, 1994, p. 596.

<sup>158</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 240.

<sup>159</sup> BLECKMANN, A., “Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips”, *Juristische Schulung*, Vol. 3, (1994), p. 178.

<sup>160</sup> ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3.º edição, Frankfurt am Main, Surkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1994, pp. 100 e ss.

<sup>161</sup> SERRANO, Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990, pp. 118 e ss. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 259.

<sup>162</sup> LOTHAR, Michael; MORLOK, Martin, *Grundrechte*, 4.ª edição, 2014, pp. 611 e ss; PETRILLO, Giovanna, “Il principio di proporzionalità quale limite alla definizione consensuale del rapporto obbligatorio di imposta” op. cit.

autoridade pública. Esta “adequação”, normalmente, será analisada em abstrato, ou seja, teremos em conta a suscetibilidade do meio alcançar o fim, independentemente de, em concreto, se alcançar efetivamente esse fim<sup>163</sup>. De seguida, o elemento da “necessidade” irá limitar a medida em discussão ao estritamente necessário para atingir o fim prosseguido. Isto significa que, no caso de conseguirmos vislumbrar várias medidas adequadas e idóneas a produzir o efeito pretendido, deveremos optar por aquela que se afigura menos gravosa. Claro está que, para podermos decidir quanto a este ponto, terá de ocorrer uma ponderação baseada nos danos abstratos que cada medida poderia causar na esfera jurídica do particular, e será tida em conta a escala axiológica vigente no ordenamento jurídico<sup>164</sup>. Finalmente, será feito um teste de proporcionalidade em sentido estrito, que consistirá em garantir que a medida não impõe ao particular um sacrifício dos seus interesses muito superior aos benefícios públicos<sup>165</sup>. Imaginemos, mesmo após termos chegado a uma medida adequada que se afigura a menos gravosa dentro das possíveis, ainda pode dar-se que esta medida não poderá ser prosseguida pois se verifica que a gravidade da violação dos direitos do particular é desproporcional em relação ao benefício do objetivo em causa. Mais uma vez, teremos de recorrer ao quadro axiológico considerado de forma a conseguir ponderar e avaliar a dimensão de peso do sacrifício do particular e do benefício público, pois, como é de esperar, não poderemos recorrer a um juízo de feições matemáticas<sup>166</sup>.

## 6.2. Os limites da aplicação do controlo de proporcionalidade

A doutrina tem apontado algumas críticas à utilização da proporcionalidade como método de controlo das medidas dos órgãos de autoridade. Uma das críticas mais divulgadas trata do inerente subjetivismo deste tipo de controlo. Esta crítica defende que a proporcionalidade permitiria uma grande discricionariedade do juiz, que poderia tomar uma decisão baseada unicamente na sua própria perceção valorativa e, depois, utilizar a proporcionalidade como fundamentação de tal decisão. A verdade é que é extremamente complexo mensurar a intensidade e o grau de importância de cada um dos interesses em

---

<sup>163</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 101 e 102.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p.105.

<sup>165</sup> KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, Vol. 3, (2014), pp. 193-199. LOTHAR, Michael; MORLOK, Martin, *Grundrechte*, op. cit., p. 611.

<sup>166</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., pp. 107 e 108.

confronto, o que poderá levar a apreciações individuais<sup>167</sup>. No entanto, defendemos, como dissemos anteriormente quando explicávamos o processo do teste de proporcionalidade, que o juiz teria de recorrer a um determinado quadro axiológico, aquele quadro que estará subjacente ao ordenamento jurídico em questão<sup>168</sup>. Desta forma, consideramos que o juiz terá de ter esse quadro axiológico em conta, em contraposição às suas próprias perceções valorativas.

Outra crítica aponta para a grande nocividade que uma utilização exagerada, desmedida e abusiva da proporcionalidade poderia gerar, devido a uma “hiper-confiança no princípio”. No entanto, esta é uma crítica externa e não interna, ou seja, quando se fala de uma utilização desmedida ou abusiva, não estamos realmente a atacar o controlo de proporcionalidade, mas sim o uso que dele é feito pelos entes encarregados de o aplicar. Ainda assim, admitimos que deve haver uma preocupação intensa sobre o modo como o controlo é aplicado, de forma a garantir que este não é usado de forma abusiva<sup>169</sup>.

Apesar desse cuidado, o teste da proporcionalidade parece-nos, até este momento, um critério dotado de eficácia na prossecução de decisões e medidas fundamentadas ética e juridicamente. Para explorar mais esta questão, começaremos a analisar, daqui para a frente, um campo de utilização da proporcionalidade em específico: o controlo de proporcionalidade como critério, utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

### **6.3. A evolução do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE**

Hoje, a proporcionalidade é reconhecida como um princípio geral de direito comunitário de extrema importância<sup>170</sup>. No entanto, os primeiros tratados comunitários não

---

<sup>167</sup> TSAKYRAKIS, Stravos, “Proportionality: Na Assault on Human Rights”, *JeanMonnet Working Paper Series*, Paper 09/08, (2008), pp. 8 e 9.

<sup>168</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 122.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>170</sup> EMILIOU, Nicolas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, European Monographies, London, Kluwer Law International, 1996, p. 135. A jurisprudência também dá apoio a esta posição, como é o exemplo do § 21 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, *Schröder*, C-265/87: “O princípio da proporcionalidade é reconhecido na jurisprudência constante do Tribunal como fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário.”

faziam qualquer referência explícita à proporcionalidade, fazendo com que a atividade jurisprudencial se figure como a maior impulsionadora do acolhimento de tal princípio, bem como dos seus desenvolvimentos dogmáticos<sup>171</sup>. Os primeiros acórdãos em que podemos encontrar presente a proporcionalidade (ainda que não mencionada de forma explícita) são o acórdão *Fédéchar*<sup>172</sup> de 1956, o acórdão *Compagnie des Hautes Fourneaux de Chasse*<sup>173</sup> de 1958, ou o acórdão *Mannesmann*<sup>174</sup> de 1962. No entanto, apenas em 1970 encontramos um acórdão que utiliza expressamente a proporcionalidade como critério de controlo. Neste caso, nomeado *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>175</sup>, o critério foi utilizado como forma de controlo de atos de Instituições Europeias e tornou-se um marco de referência relativamente à aplicação da proporcionalidade ao nível comunitário. De seguida, em 1979, encontramos o primeiro acórdão que abre a porta à utilização do critério da proporcionalidade no controlo dos atos dos Estados-membros, sendo designado de acórdão *Cassis de Dijon*<sup>176</sup>. No referido acórdão, o Tribunal concluiu que as medidas que produzissem efeito equivalente às restrições quantitativas deveriam ser consideradas incompatíveis com a liberdade de circulação de mercadorias, mas poderiam ser justificadas se “*tais medidas puderem ser consideradas necessárias para a satisfação de exigências imperativas atinentes*”<sup>177</sup>. Desta forma, vemos o recurso aos requisitos da adequação e da necessidade para fundamentar a decisão, requisitos estes que já vimos terem um papel de extrema importância num controlo de proporcionalidade.

No que respeita à jurisprudência do TJUE que lida especificamente com as questões de compatibilidade de normas de tributação direta dos Estados-membros com as liberdades fundamentais da União Europeia, verificamos uma clara evolução na utilização do controlo de proporcionalidade. Para ilustrar esta evolução, procedemos à divisão da mesma em 3

---

<sup>171</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 148.

<sup>172</sup> Acórdão do TJUE de 16 de Julho de 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Fédéchar)*, C-8/55.

<sup>173</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Junho de 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, C-15/57.

<sup>174</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Julho de 1962, *Mannesmann AG v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, C-19/61.

<sup>175</sup> Acórdão do TJUE de 19 de Março de 1964, *Estelle Schmitz, casada com Roland Wollast v. Comunidade Económica Europeia*, C-18/63.

<sup>176</sup> Acórdão do TJUE de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentrale AG vs Bundesmonopolverwaltung für Brantwein* – “*Cassis de Dijon*”, C-120/78.

<sup>177</sup> Acórdão do TJUE de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentrale AG vs Bundesmonopolverwaltung für Brantwein* – “*Cassis de Dijon*”, C-120/78, § 8.

fases distintas<sup>178</sup>. Será sempre difícil marcar o início e o fim de cada fase por datas, pois a verdade é que a evolução nunca será completamente consistente, podendo dar passos à frente e passos atrás a cada nova decisão. Isto é ainda mais notório tendo em conta que cada processo demorará um período de tempo diferente para chegar a uma decisão final, o que significa que podemos ter dois acórdãos no mesmo ano que tiveram o seu início em anos diferentes, podendo influenciar uma diferença na evolução do controlo de proporcionalidade em cada um. Apesar de tudo isto, quando olhamos para a “*big picture*”, conseguimos delimitar e dividir o processo de evolução através das características deste controlo que se tornam cada vez mais proeminentes na jurisprudência ao longo dos anos.

A primeira fase à qual iremos fazer referência terá o nome de “fase de acolhimento”. Esta é a fase na qual começamos a identificar uma alusão a um controlo de proporcionalidade presente nos acórdãos jurisprudenciais, ainda que essa alusão se figure tão prematura que nem se chega a concretizar expressamente que se pretende recorrer a um princípio de proporcionalidade. O que se verifica durante esta fase é apenas o recurso a certos crivos do controlo de proporcionalidade, como a ponderação da adequação e necessidade da norma em questão no caso concreto. A palavra “proporcionalidade” não é referida nestes acórdãos, mas observamos claramente uma tentativa de controlo da norma para além da sua justificação de razão imperativa de interesse público.

O acórdão do TJUE que melhor caracteriza esta “fase do acolhimento” é o acórdão *Futura Participations*<sup>179</sup>, de 1997, já referido no subcapítulo 5.1. do presente trabalho. Como havíamos explicado, a restrição à liberdade de estabelecimento subjacente a esta norma poderia, de acordo com o Tribunal, ser justificada devido à necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais. No entanto, o acórdão não terminou após esta conclusão, tendo o TJUE

---

<sup>178</sup> Este método de divisão por 3 fases é inspirado na divisão já realizada por João Félix Pinto Nogueira, na sua tese de Doutoramento, que constituía 4 fases distintas. No entanto, optámos por criar uma versão própria desta divisão, com reparos de índole simplificativa, que se adequará melhor no âmbito de uma dissertação de Mestrado, na qual o tema da evolução da jurisprudência terá de ser abordado com maior brevidade e poder de síntese ao longo de poucas páginas. Para além disso, procedemos à atualização da divisão da evolução, abrangendo diversos acórdãos mais recentes, visto que, se assim não fosse, tendo a tese de Doutoramento sido publicada em livro a Julho de 2010, haveria um período de pelo menos 12 anos entre o último acórdão estudado e a apresentação do presente trabalho. Para analisar a divisão da evolução do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE em matéria de compatibilidade de normas de tributação direta dos Estados-membros com as liberdades fundamentais da União Europeia, feita por Pinto Nogueira, *Vide*: NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit. p. 263 – 287.

<sup>179</sup> Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations*, C-250/95.

deixado claro que, apesar de tal norma poder ser justificada pela razão apresentada, ainda seria indispensável que a mesma fosse: (1) adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue, e (2) não ultrapassasse o que é necessário para atingir esse objetivo<sup>180</sup>.

Devido a este controlo acrescido, que em tudo se assemelha aos primeiros 2 testes do controlo de proporcionalidade, o TJUE concluiu que a norma luxemburguesa não se mostrava compatível com o direito comunitário pois, apesar de adequada à realização do seu fim, esta excedia o necessário para a prossecução do mesmo. O Tribunal considerou que não seria imprescindível que os meios utilizados pelo contribuinte não residente para demonstrar o montante das perdas sofridas estivessem limitados aos previstos pela legislação luxemburguesa<sup>181</sup>.

A “fase do acolhimento” provocou muitas dúvidas doutrinárias quanto à utilização do controlo de proporcionalidade nas decisões do TJUE na matéria a que nos referimos. Em primeiro lugar, verificava-se divergência na opinião dos autores quanto à existência de um recurso ao princípio da proporcionalidade nestas decisões do tribunal. Alguns autores já consideravam a proporcionalidade como um requisito de admissibilidade de medidas restritivas, baseando-se na teorização utilizada pelo tribunal que invocava os crivos da adequação e da necessidade<sup>182</sup>. Outros autores, porém, negavam a existência de um princípio da proporcionalidade na jurisprudência, atribuindo as exigências do TJUE a um critério de razoabilidade<sup>183</sup>. Em segundo lugar, mesmo que se pudesse assentir na existência

---

<sup>180</sup> Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations*, C-250/95 §26.

<sup>181</sup> Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations*, C-250/95 § 39 e 40.

<sup>182</sup> Um dos autores que podemos destacar neste aspeto é Michael Sedlaczek, que, no seu artigo de 2000 “Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions” referia já o princípio da proporcionalidade em relação ao controlo da compatibilidade das normas tributárias internas com as liberdades fundamentais. O princípio foi referido 9 vezes ao longo do artigo e, na sua 21.º página, o autor demonstra considerar o princípio da proporcionalidade como um verdadeiro requisito de admissão da norma ingerente, para além da necessidade de uma justificação: “(...) a divergência do Artigo 56 do TFUE tem de ser capaz de proteger o interesse nacional invocado pelo Artigo 58.º do TFUE, tem de ser necessária para a sua proteção e tem de obedecer o princípio da proporcionalidade”. Na 28.º página do mesmo artigo, o autor faz ainda referência ao que entende por “teste de proporcionalidade” invocando o crivo da adequação e da necessidade: “Sob o teste de proporcionalidade, o tratamento diferente em situações semelhantes terá de ser baseado em fundamentos objetivos, tem de ser necessário para alcançar tais fundamentos objetivos, tem de ser capaz de atingir esses fundamentos objetivos, e não poderá exceder os limites do necessário para atingir os fundamentos objetivos (...)”. Vide: SEDLACZEK, Michael, “Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions”, *European Taxation*, Vol. 40, N.º 1-2, (2000)., p. 21 – 28.

<sup>183</sup> Tal é o exemplo de Santa-Barbara Ruperez, como podemos verificar num artigo de sua autoria que data 1998. No referido artigo, intitulado “Apuntes sobre la No Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, encontramos a seguinte conclusão: “quando se afirma que a discriminação, para ser compatível com o direito comunitário, deve ser acompanhada de uma razão objetiva,

do princípio da proporcionalidade nas decisões do TJUE quanto à compatibilidade das normas internas tributárias com as liberdades fundamentais, a alusão a este princípio e o seu método de aplicação eram vagos, inconsistentes, incertos, instáveis e, por vezes, esquecidos de todo numa decisão jurisprudencial em relação a tal matéria. O próprio tribunal parecia aplicar o princípio sem perceber completamente o verdadeiro sentido e alcance do mesmo. Esta conjuntura provocou a desconfiança no princípio da proporcionalidade por parte da doutrina, dos Estados-membros e dos próprios cidadãos<sup>184</sup>.

A fase seguinte na evolução do controlo de proporcionalidade é denominada de “fase da implementação”. É neste período que, finalmente, e acabando com as dúvidas da doutrina, o princípio da proporcionalidade é invocado de forma clara e expressa. Não se vê apenas um recurso aos crivos da adequação e necessidade, como passamos também a verificar a consideração do terceiro teste, o crivo da proporcionalidade em sentido estrito, e uma alusão explícita ao princípio. Esta mudança permitiu um maior rigor conceptual e metodológico na aplicação do controlo, aliviando as dúvidas, questões e receios doutrinários. De um modo geral, o controlo da proporcionalidade passa a ser aplicado de modo sistemático e reiterado, tornando-se um requisito neste tipo de questões quanto à compatibilidade das normas tributárias internas com as liberdades fundamentais. O tribunal chega mesmo a reconhecer a aplicabilidade geral da proporcionalidade sem necessidade de recurso a acórdãos-fundamento<sup>185</sup>.

O acórdão escolhido para representar esta “fase da implementação” é o acórdão Comissão contra República Francesa C-334/02<sup>186</sup> de 2004. Em causa estava uma norma que excluía de forma absoluta a aplicação da taxa de retenção na fonte com carácter liberatório a determinados rendimentos mobiliários cujo devedor não tivesse domicílio ou sede em França. Isto significa, como se pode facilmente deduzir, que um devedor com domicílio ou sede em qualquer outro Estado-membro sofreria um tratamento diferenciado e prejudicial comparando com os devedores sediados em França. O tribunal considerou que havia uma

---

*devida e razoavelmente justificada, está a aludir-se a uma manifestação do chamado critério do princípio da razoabilidade”. Vide: SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, Jesús, “Apuntes sobre la No Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Vol. 48, Estudios Financieros, N.º 186, (1998) p. 17.*

<sup>184</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 275.

<sup>185</sup> *Ibid.*, pp. 275-278.

<sup>186</sup> Acórdão do TJUE de 4 de Março de 2004, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa*, C-334/02.

restrição à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, e aceitou, de seguida, a razão imperiosa de necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais como justificação de tal restrição. No entanto, a medida foi ainda submetida ao controlo de proporcionalidade, tendo o TJUE considerado que esta não passava no teste de necessidade. A expressão utilizada pelo tribunal é o elemento que demonstra que este acórdão pertence à “fase da implementação”, fazendo uma referência explícita ao princípio da proporcionalidade: “*para uma medida restritiva poder ser justificada, deve respeitar o princípio da proporcionalidade*”<sup>187</sup>. O TJUE vai mais além e ainda explica que “*o respeito deste princípio é particularmente importante quando uma regulamentação nacional exclui do tratamento nacional, de maneira absoluta, as operações transfronteiriças*”<sup>188</sup>.

Esta fase, ainda que notória, teve uma duração bastante curta, pois apenas 21 meses após o acórdão referido, encontramos o acórdão *Marks & Spencer*<sup>189</sup> e, com ele, uma evolução radical na utilização do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE que deu início a uma nova fase desta análise dinâmica à qual chamaremos de “fase da generalização”. Esta é a fase atual, marcada por um novo tipo de raciocínio que coloca a proporcionalidade como o operador principal, conseqüentemente desvalorizando até certo ponto os restantes momentos da decisão judicial<sup>190</sup>. Desta forma, o tribunal é capaz de fundamentar toda a sua decisão na proporcionalidade. Analisando com maior pormenor os acórdãos deste período, verificamos que a propagação e influência do controlo de proporcionalidade ao longo dos anos foi tal que os próprios Estados-membros começaram a alegar que certa medida ingerente respeitava a proporcionalidade em vez de se limitarem a alegar razões imperiosas de interesse público que poderiam justificar a medida. Concluimos que o princípio da proporcionalidade começou, não só a ter uma importância fulcral para o TJUE, como também os Estados-membros notaram essa relevância do princípio e ajustaram as suas alegações para o integrar. O mesmo aconteceu com as restantes partes dos processos, como as empresas diretamente afetadas pela medida em causa ou a Comissão Europeia, que começaram a alegar que as medidas não respeitam o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>187</sup> Acórdão do TJUE de 4 de Março de 2004, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa*, C-334/02 §28.

<sup>188</sup> Acórdão do TJUE de 4 de Março de 2004, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa*, C-334/02 § 28.

<sup>189</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03.

<sup>190</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., p. 280.

Notamos, também, que o momento da decisão judicial que perdeu relevância em favor do controlo de proporcionalidade foi o momento da justificação da ingerência que a medida causa nas liberdades fundamentais, ainda que este momento continue a ser relevante e importante por si mesmo. O que verificamos é que, ao contrário do que acontecia anteriormente, as justificações alegadas pelos Estados hoje em dia passam a ser consideradas a um nível mais abstrato e menos cuidadoso. O TJUE limita-se a notar se uma tal justificação se subsume a outras justificações já alegadas em acórdãos anteriores, passando, de seguida, a apreciar todas as justificações alegadas pelo Estado no caso em conjunto, ao invés de apreciar criticamente cada justificação tendo em consideração o caso concreto. O resultado desta nova metodologia é que faz recair toda a ênfase analítica sobre o controlo de proporcionalidade<sup>191</sup>.

Passemos à análise do acórdão que despoletou esta mudança e que representa perfeitamente a “fase da generalização”: o acórdão *Marks & Spencer*<sup>192</sup>, de 2005. Neste caso, questionava-se a admissibilidade de um mecanismo britânico que permitia deduzir, pela sociedade-mãe, os prejuízos fiscais registados nas suas filiais, mas apenas se essas filiais fossem, tal como a sociedade-mãe, residentes no Reino Unido. O litígio foi despoletado quando a administração fiscal britânica indeferiu o pedido da *Marks & Spencer* de deduzir os prejuízos fiscais registados nas suas filiais residentes na Alemanha, na Bélgica e em França, portanto, residentes em Estados-Membros. O Reino Unido apresentou, como justificação destas medidas, a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros; o risco de os prejuízos poderem ser deduzidos duas vezes, caso fossem considerados no Estado-Membro da sociedade-mãe e no Estado-Membro da filial simultaneamente; e o risco de evasão fiscal, caso os prejuízos não fossem considerados nos Estados-Membros das filiais<sup>193</sup>. Estas justificações foram, cada uma, brevemente consideradas em abstrato pelo Tribunal, havendo uma pequena análise quanto à possibilidade de as justificações serem aceites tendo em conta casos anteriores e quanto à existência dos riscos referidos no caso, mas não havendo uma análise acerca do seu mérito como razão imperiosa de interesse público aplicando-a ao caso concreto. Esta última análise quanto ao mérito das justificações como razões imperiosas de interesse público só acontece

---

<sup>191</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., pp. 281- 285.

<sup>192</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03.

<sup>193</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, § 43.

mais tarde, sendo consideradas as 3 justificações **em conjunto**. Podemos ler no acórdão: “Tendo em conta estas três justificações, consideradas no seu conjunto, há que observar que uma regulamentação restritiva como a que está em causa no processo principal prossegue objetivos legítimos compatíveis com o Tratado e justifica-se por razões imperiosas de interesse geral”<sup>194</sup>. É, essencialmente, este parágrafo que nos mostra o que vínhamos a explicar acerca da mudança na metodologia utilizada no momento da apreciação das justificações. Após esta conclusão, o TJUE passa ao momento do controlo de proporcionalidade, ao qual atribui uma maior importância e relevância. Neste controlo, o tribunal toma em consideração as alegações por parte da empresa *Marks & Spencer* e da Comissão no sentido de que a medida em causa não respeita o princípio da proporcionalidade pois não se limita ao necessário para atingir o seu objetivo (sendo que estas alegações são mais uma característica da “fase da generalização”, como dissemos anteriormente). Na decisão final, o TJUE declarou que a medida, em geral, é justificada, mas em certos casos específicos falha no teste da necessidade tornando-se desproporcional, por ir além do que seria necessário para evitar os riscos alegados pelo Reino Unido. Assim, a regra poderia ser aplicada, mas não nos “casos em que, por um lado, a filial não residente esgotou as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores e, por outro, não haja possibilidade de dedução desses prejuízos no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro”<sup>195</sup>.

Mais recentemente, verificamos o mesmo padrão no Acórdão *X-GmbH*<sup>196</sup> de 2019. Questionando-se quanto à possibilidade de justificação de certa legislação restritiva da livre circulação de capitais<sup>197</sup>, o TJUE tomou em consideração as razões alegadas pelos Estados: a salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e os países terceiros, a prevenção da fraude e da evasão fiscal, e a

---

<sup>194</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, § 51.

<sup>195</sup> Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, § 61.

<sup>196</sup> Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, *X-GmbH*, C-135/17.

<sup>197</sup> No caso, em causa estaria a legislação de um Estado-membro (Alemanha) nos termos da qual na matéria coletável de um sujeito passivo estabelecido nesse Estado-Membro e que detém uma participação de, pelo menos, 1% numa sociedade estabelecida noutro Estado (Suíça) são imputados, de forma proporcional à participação detida, os rendimentos positivos com carácter de aplicações de capitais obtidos por esta sociedade, no valor da quota de participação correspondente, quando estes rendimentos estejam sujeitos a um nível de tributação mais baixo do que no primeiro Estado.

necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais. No entanto, o Tribunal, neste âmbito, limitou-se a averiguar rapidamente se as alegadas razões faziam parte do catálogo de justificações anteriormente aceites, não as analisando com profundidade no caso concreto<sup>198</sup>. De seguida, o TJUE deu início à verdadeira análise ao explorar ao longo de mais de 20 artigos a questão da eventual proporcionalidade da legislação alemã na persecução dos seus legítimos objetivos (objetivos esses considerados em conjunto)<sup>199</sup>.

No ano de 2020, destacamos mais dois exemplos desta tendência: o acórdão *VOF*<sup>200</sup> e o acórdão *Google Ireland*<sup>201</sup>. No primeiro caso, o TJUE teria de analisar uma medida belga restritiva da liberdade de prestação de serviços e livre circulação de capitais<sup>202</sup>. O Governo belga apresentou, como justificação da medida, as razões imperiosas de garantir a eficácia da cobrança do imposto e dos controlos fiscais, bem como o combate à evasão fiscal, acrescentando com muito relevo que a medida prossegue estes objetivos de forma não desproporcionada<sup>203</sup>. Voltamos a verificar os próprios Estados a utilizar o princípio da proporcionalidade nas suas alegações. Mais uma vez, o Tribunal limitou-se a averiguar se as justificações alegadas eram tradicionalmente aceites na jurisprudência, passando de seguida a fazer a análise detalhada da questão da proporcionalidade da norma em diferentes cenários<sup>204</sup>.

Semelhantemente, no caso *Google Ireland*, a medida em questão restringia a liberdade de prestação de serviços<sup>205</sup>, tendo o Governo húngaro alegado a necessidade de

---

<sup>198</sup> Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, *X-GmbH*, C-135/17, § 70-75.

<sup>199</sup> Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, *X-GmbH*, C-135/17, § 75-96.

<sup>200</sup> Acórdão do TJUE de 30 de Janeiro de 2020, *VOF*, C-725/18.

<sup>201</sup> Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18.

<sup>202</sup> No caso, estávamos perante a legislação de um Estado-Membro que introduz um imposto sobre as operações de bolsa realizadas ou executadas mediante ordem de um residente deste Estado-Membro por um intermediário profissional não residente, que tem como consequência uma restrição à livre prestação de serviços prestados por esses intermediários profissionais.

<sup>203</sup> Acórdão do TJUE de 30 de Janeiro de 2020, *VOF*, C-725/18, § 13, 32 .

<sup>204</sup> Acórdão do TJUE de 30 de Janeiro de 2020, *VOF*, C-725/18, § 31-34, § 34-45.

<sup>205</sup> No caso, estávamos perante uma regulamentação de um Estado-Membro por força da qual são aplicadas aos prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-Membro que não cumpriram uma obrigação de registo para efeitos de sujeição a um imposto sobre a publicidade, em poucos dias, várias multas, cujo montante, a partir da segunda, triplica em relação ao montante da multa anterior aquando de qualquer nova declaração de incumprimento dessa obrigação, e que atinge um montante acumulado de vários milhões de euros, sem que a autoridade competente, antes de adotar a decisão que fixa definitivamente o montante acumulado dessas multas, conceda a esses prestadores de serviços o tempo necessário para cumprir as suas obrigações, lhes dê a possibilidade de apresentarem as suas observações e examine ela própria a gravidade da infração. Ao passo que o montante da multa que seria aplicada a um prestador estabelecido no Estado-Membro de tributação que não tenha cumprido uma obrigação de registo ou de inscrição semelhante em violação das disposições gerais

preservar a coerência do seu sistema fiscal e a garantia da eficácia dos controlos fiscais como justificação. Desta vez, foi o órgão jurisdicional de reenvio e a *Google Ireland* que invocaram o princípio da proporcionalidade, duvidando do seu cumprimento no caso concreto<sup>206</sup>. O TJUE, novamente, aferiu quanto à validade das razões imperiosas apenas no sentido de já terem sido aceites anteriormente, e passou à análise da prossecução desses objetivos pela norma face a um critério de proporcionalidade<sup>207</sup>.

#### **6.4. Análise das Cláusulas LOB à luz do controlo de proporcionalidade**

Tendo percorrido todo o “*background*” necessário para perceber o controlo de proporcionalidade (em que consiste, as suas limitações e a sua evolução na jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE), agora sim, iremos tentar colocar-nos no papel de juízes do TJUE e analisar as cláusulas de limitação de benefícios à luz desse mesmo controlo.

Uma cláusula de limitação de benefícios, constituída por um *Stock Exchange Test*, um *Ownership Test* e um *Base Erosion Test*, restringirá as liberdades fundamentais com o objetivo de evitar práticas abusivas. No entanto, tal cláusula não se limitará apenas a retirar benefícios fiscais a expedientes puramente artificiais, afetando, de igual forma, entidades que simplesmente têm a sua principal classe de ações regulada num mercado de valores de um Estado Não-Contratante, entidades cuja maioria dos seus acionistas não são residentes dos Estados Contratantes, ou cuja maioria do rendimento bruto seja pago a não-residentes dos Estados Contratantes. Relembremos a letra do acórdão *Cadbury-Schweppes* que explicitou que uma medida poderia ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais<sup>208</sup>. No caso, a medida em questão apenas foi justificada devido à inclusão de uma válvula de segurança conferindo à sociedade residente a oportunidade de demonstrar a ausência de abuso no exercício das suas liberdades fundamentais.

---

da legislação fiscal nacional é consideravelmente inferior e não aumenta, em caso de incumprimento continuado de tal obrigação, nem na mesma proporção nem necessariamente em prazos tão curtos.

<sup>206</sup> Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18, § 14, § 16, § 46.

<sup>207</sup> Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18, § 45-47, § 48-54.

<sup>208</sup> Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, §1 do sumário.

Ora, no caso de as cláusulas de limitação de benefícios incluírem testes como os do *Active Conduct of a Business* ou o *Derivative Benefits*, que atenuam a restrição mais evidente do *Ownership Test*, - retirando as restrições a certos sujeitos que exerçam determinadas “atividades empresariais” ou cujos proprietários não-residentes pudessem aceder aos mesmos benefícios se recebessem os rendimentos diretamente, respetivamente - já se verifica uma tentativa de direcionar os efeitos da restrição apenas para os sujeitos que aparentam ter maior probabilidade de praticar esquemas de elisão fiscal. A válvula de segurança que constitui a *Discretionary Relief Clause* é uma tentativa ainda mais óbvia e potencialmente eficaz de fazer com que uma cláusula LOB suceda no confronto com o princípio da proporcionalidade, sendo muito semelhante ao “teste de intenção” presente no caso *Cadbury-Shweppes*.

No entanto, a jurisprudência do TJUE, nomeadamente no acórdão *Lexel AB*, clarifica que a oportunidade de apresentar as suas próprias razões para certa transação, desprovidas de intenções elisivas, deve ser dada ao contribuinte “*sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas*”<sup>209</sup>. Para além disso, na hipótese em que a apreciação de todos os elementos levar à conclusão de que a transação em causa corresponde realmente a um expediente puramente artificial, “*o princípio da proporcionalidade exige que a recusa do direito à dedução se limite à fração dos juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes*”<sup>210</sup>.

Sendo assim, achamos pertinente analisar melhor a proporcionalidade de uma LOB contendo uma *Discretionary Relief Clause*, pois, como vimos no subcapítulo 3.3, esta cláusula comporta certos encargos acrescidos para as entidades detidas por não-residentes, o que contribui para a desigualdade no tratamento entre empresas detidas por não-residentes e empresas detidas por residentes. Estes encargos acrescidos consistem, essencialmente, no facto de ser ónus da própria entidade “não qualificada” a formulação do pedido às autoridades competentes para a análise do caso concreto. Ora, desta forma, percebemos que uma empresa detida por residentes nunca teria de formular tal pedido para poder beneficiar da convenção em questão pois seria, de imediato, considerada “qualificada”. Analisando esta faceta da *Discretionary Relief Clause* à luz do princípio da proporcionalidade, consideramos

---

<sup>209</sup> Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, § 50.

<sup>210</sup> Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, § 51.

que realmente a cláusula passa o teste de adequação para atingir o fim prosseguido, sendo esse fim a prevenção dos abusos em sede fiscal. Quanto ao teste da necessidade, torna-se uma questão mais debatível, mas a verdade é que conseguimos perceber, tendo em conta a administração fiscal de massas e a praticabilidade que deve estar subjacente a uma cláusula LOB, a necessidade de um pedido feito pela entidade que se considera injustamente restringida do acesso a benefícios da convenção. Conseguimos compreender que se poderia tornar um trabalho demasiado oneroso se coubesse às autoridades competentes a análise da situação concreta de cada uma das empresas “não qualificadas”, mesmo que as próprias empresas não o tivessem requerido. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, também nos parece que a formulação de um pedido não será um sacrifício para o particular de tal modo substancial que se sobrepusesse aos benefícios que a cláusula LOB promete ao interesse público. Consideramos, pois, que estas exigências não são “excessivas”, mas sim, compreensíveis. Assim, tudo aponta para que esta medida passe o controlo de proporcionalidade sem levantar grandes problemas.

No entanto, existe mais um aspeto da *Discretionary Relief Clause* que nos torna reticentes quanto à afirmação da sua proporcionalidade. Verifica-se que, no caso de as autoridades competentes decidirem pela aplicação dos benefícios de uma convenção a certa empresa, no seguimento de um pedido no âmbito da *Discretionary Relief Clause*, os efeitos decorrentes de tal decisão poderão produzir-se apenas *ex nunc*, dependendo da vontade das autoridades<sup>211</sup>. Isto significa que, mesmo que a entidade prove que nunca teve intenções abusivas, a decisão das autoridades competentes poderá não ter qualquer efeito retroativo, pelo que os benefícios perdidos devido à LOB não serão reembolsados. O oposto do que acabou de ser dito verifica-se, aliás, quando, em vez das LOBs, se recorre ao Teste do Propósito Principal (ou “PPT”, a cláusula geral anti-abuso à qual aludimos no capítulo 2). No caso do PPT, as entidades beneficiam das convenções em questão até ao momento da decisão das autoridades competentes, o que poderá ser mais um fator explicativo do facto do PPT não ser tão questionado em relação à sua compatibilidade com o direito comunitário. Propugnamos uma ideia que Gustavo Lopes Courinha já havia partilhado no sentido de que será “*perfeitamente distinto evitar a priori situações de injustificada desqualificação dos*

---

<sup>211</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, op. cit., p. 46 §68.

*residentes ou vir apenas, a posteriori, corrigi-las*”<sup>212</sup>. No entanto, ao passo que conseguimos compreender essa situação à luz do princípio da proporcionalidade (como acabámos de ver), o problema agrava-se quando duvidamos que exista uma verdadeira “correção”, atendendo ao facto de esta não operar retroativamente. Poderíamos, então, acrescentar que será perfeitamente distinto corrigir situações de injustificada desqualificação dos residentes, *a posteriori*, desde o primeiro momento em que essa injustificada desqualificação se verificou, ou vir corrigi-la, também *a posteriori*, apenas a partir do momento da decisão favorável das autoridades competentes.

Assim, questionamos se, tendo em conta este aspeto específico da *Discretionary Relief Clause*, a mesma consegue passar o teste da necessidade. Não poderia esta cláusula ser aplicada de forma menos gravosa, simplesmente através da garantia de uma produção de efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativa, em vez de deixar esta questão à discricionariedade das autoridades competentes? Se o objetivo das regras de limitação de benefícios, que incluem uma *Discretionary Relief Clause*, será o de evitar os esquemas de *treaty shopping*, não será exceder o necessário para atingir este fim conceder a possibilidade de os sujeitos que se mostraram injustamente afetados não virem a receber os benefícios a que deviam ter direito anteriormente à decisão?

### **6.5. Uma proposta de alteração da *Discretionary Relief Clause*?**

Tendo em consideração que a *Discretionary Relief Clause* não garante a produção retroativa dos efeitos da decisão das autoridades competentes e essa particularidade não nos parecer a opção menos gravosa possível para atingir os fins da norma, propomos uma mudança no entendimento desta cláusula. A alteração seria no sentido de, claro está, proporcionar, como regra, os benefícios de forma retroativa aos sujeitos injustamente afetados pela LOB, garantindo a proporcionalidade das LOB que preveem uma *Discretionary Relief Clause*. Caso contrário, pensamos que haverá sempre uma certa desconfiança neste tipo de regras e uma grande dúvida quanto à sua compatibilidade com as liberdades fundamentais.

---

<sup>212</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., p. 432.

Contudo, é importante não cair no erro de sugerir uma solução que comportará novos problemas e desafios, contribuindo para a hidra jurídica que apresentámos no início deste trabalho. Desta forma, antevemos, desde já, alguns problemas que poderão advir de tal mudança, para que possamos analisar a bondade de tal proposta.

A primeira questão que se coloca é quanto à própria mudança em si. A mudança de entendimento da cláusula para que se produzam sempre efeitos *ex tunc* será realizada apenas quanto às entidades detidas por residentes de outros Estados-Membros (pois será em relação a essas que se questionará a compatibilidade com as liberdades fundamentais e haverá uma sujeição ao controlo de proporcionalidade), ou também se verificará tal mudança para as entidades detidas por residentes de países terceiros? Aqui o problema será escolher entre ter uma produção de efeitos diferente dependendo do Estado de residência do sujeito detentor da empresa (o que comporta diversas complexidades), ou conceder a produção de efeitos *ex tunc* sempre, portanto, também aos Estados terceiros apesar de não ser necessário oferecer esse benefício. Quanto a esta questão, poderemos argumentar que o facto de se realizar uma mudança com o intuito de uma cláusula se tornar mais compatível com o direito da União Europeia, não significa que não a poderemos também utilizar para os Estados terceiros. Parece-nos que abranger nesta mudança tanto os Estados-membros como os Estados terceiros seria uma opção mais favorável e menos criadora de complexidades desnecessárias do que prever uma produção de efeitos diferente, ou uma maior discricionariiedade das autoridades competentes em relação aos efeitos produzidos, dependendo do Estado em questão.

Outro problema que poderá surgir desta mudança é o sentimento de instabilidade, insegurança e imprevisibilidade que decorrerá de uma produção de efeitos *ex tunc*. Este tipo de produção de efeitos implicará que, através de uma simples decisão das autoridades competentes, meses ou até mesmo anos de impostos recebidos tenham de ser devolvidos às empresas que não praticavam práticas abusivas. Sendo assim, esta mudança coloca em causa princípios de certeza e estabilidade. Um contra-argumento que apresentamos em relação a esta questão é que os princípios de certeza e estabilidade jurídicas tendem recorrentemente a entrar em conflito com outros princípios do ordenamento jurídico, sendo necessária uma ponderação de todos os princípios para chegar a um resultado ideal. Neste caso, poderíamos propor que se fixasse um período de tempo até ao qual os efeitos seriam retroativos. Por

exemplo, se estabelecêssemos que esse período seria um ano, a empresa só teria direito aos benefícios que havia perdido no ano anterior à decisão das autoridades competentes, e não a partir do ano em que a empresa havia sido criada. Desta forma, a norma continuaria a ser menos gravosa do que uma produção de efeitos *ex nunc*, mas teria em conta também os princípios de certeza e estabilidade. Para além do mais, não nos parece que seria muito costumário que as empresas apresentassem o pedido desencadeador deste processo vários anos passados desde o seu estabelecimento. Mas se isso pudesse realmente ser um problema, ou seja, se as empresas, certas de que receberiam de volta os benefícios que não obtiveram, demorassem múltiplos anos a formular o pedido às autoridades competentes de análise da sua situação concreta, então um prazo de caducidade fixado para a produção de efeitos *ex tunc* resolveria esse problema.

Adicionalmente, se o problema da nossa proposta se baseasse essencialmente no risco de incerteza e instabilidade jurídica, não poderíamos, igualmente, dizer que o entendimento da *Discretionary Relief Clause* propugnado até hoje elimina esse risco. Afinal, o facto de, atualmente, ser concedido às autoridades competentes completa discricionariedade para decidir que tipo de efeitos (*ex nunc* ou *ex tunc*) decorrerão da sua decisão positiva em relação ao pedido de avaliação da situação concreta dos sujeitos injustamente afetados pela LOB, não parece beneficiar um clima de certeza e estabilidade jurídica. Aliás, para além de também ser possível que as autoridades competentes se decidam pela produção retroativa de efeitos (causando a tal incerteza e instabilidade inerentes a esta decisão), não se sabe se esta será a decisão das autoridades podendo elas optar igualmente pela solução oposta (gerando uma dupla incerteza). Naturalmente, a certeza de que a produção de efeitos seria sempre retroativa provocará menor sentimento de instabilidade do que a dúvida. Assim, ainda que a mudança que propomos pudesse pôr em causa os princípios de certeza e estabilidade, esta continuaria a ser uma melhoria no âmbito desses mesmos princípios quando comparada com a regra que temos hoje.

Um último problema que podemos imaginar será que esta mudança possa, de certa forma, incentivar as autoridades competentes a decidir negativamente quanto a certos pedidos em que se verificasse alguma dúvida. As autoridades competentes poderão optar por ser mais rígidas na apreciação da situação concreta destes casos, devido à consideração de que, se decidirem positivamente, terá de se proceder ao reembolso dos benefícios que tinham

sido anteriormente negados. Ora, em relação a este eventual problema, será difícil arranjar uma resolução simples pois falamos de casos em que já poderia haver uma dúvida quanto à intenção abusiva da entidade “não qualificada”, por isso será, também, difícil aferir se as autoridades competentes estão a mostrar-se mais rígidas ou não. De qualquer forma, as autoridades competentes têm o dever de averiguar a situação concreta da empresa, considerando todos os factos e circunstâncias relevantes, sem estar, à partida, inclinadas para uma determinada decisão.

Pesando todas as referidas questões, pensamos que a nossa proposta de mudança no entendimento da produção dos efeitos da decisão das autoridades competentes decorrente de uma *Discretionary Relief Clause* deverá ser ponderada e analisada, tendo em conta os seus benefícios para a menor gravidade das cláusulas LOB, bem como as suas eventuais consequências negativas. Pretendemos chegar a soluções praticáveis que não contribuam para a hidra jurídica que parece não ter fim. Sendo assim, esta proposta não passa da nossa contribuição para a reflexão quanto à compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com as liberdades fundamentais da União Europeia, algo que deverá ser considerado para que a comunidade jurídica possa continuar o debate e a discussão em torno deste assunto.

Em jeito de conclusão desta linha de pensamento, continuamos a defender a proposta de mudança da *Discretionary Relief Clause* no sentido de tornar a cláusula LOB mais propícia a ser aceite através de um controlo de proporcionalidade, apesar de tal proposta dever ser considerada nos seus pontos positivos e negativos. Por outro lado, outro tipo de mudanças se avista no futuro da jurisprudência do TJUE, decorrentes da evolução do controlo de proporcionalidade. Mudanças essas que poderão, eventualmente, ajudar numa aceitação das cláusulas LOB apesar da sua restrição às liberdades fundamentais, solucionando o seu problema de compatibilidade.

#### **6.6. As possíveis consequências da evolução do controlo de proporcionalidade para uma eventual decisão sobre as Cláusulas LOB**

A tendência após o acórdão *Marks & Spencer* tem sido no sentido de propagação prolífica do controlo de proporcionalidade na jurisprudência em matéria de fiscalidade direta

de uma forma quase radical. Nos 3 anos seguintes ao acórdão referido, encontramos mais casos de aplicação deste tipo de controlo do que aqueles que se tinham verificado nas quase duas décadas anteriores<sup>213</sup>. Tendo toda esta conjuntura em consideração, poderemos prever uma evolução ainda mais profunda do controlo e do seu método de aplicação, seguindo o sentido que temos visto até hoje e criando, também, novas consequências que poderão influenciar uma eventual decisão quanto à justificação de uma cláusula LOB<sup>214</sup>. Sendo assim, adiantemo-nos em prever que tipo de consequências a evolução do controlo de proporcionalidade poderá ter no futuro na justificação de uma cláusula de limitação de benefícios.

---

<sup>213</sup> NOGUEIRA, João Félix Pinto, op. cit., pp. 285-287.

<sup>214</sup> Para além das possíveis consequências que poderão influenciar uma decisão do TJUE em relação às LOB, também conseguimos compaginar outras consequências mais gerais que, apesar de não se mostrarem tão relevantes para o presente trabalho, pensamos que merecem ser brevemente mencionadas em nota de rodapé. Um exemplo de uma dessas consequências poderá ser, como seria de esperar, a intensificação das limitações do princípio da proporcionalidade (as quais explorámos no subcapítulo 6.2. deste estudo). Um excesso de confiança no princípio da proporcionalidade poderá levar ao risco de uma situação de utilização abusiva ou desmedida. Por outro lado, sabemos que, ainda que os sujeitos encarregues de aplicar tal controlo tenham o bom senso de não o abusar, a inerente subjetividade da proporcionalidade implicará sempre maiores preocupações quanto maior for a importância e utilização do controlo de proporcionalidade. Neste sentido, podemos imaginar que esta mudança se poderá tornar particularmente preocupante para os Estados-membros, cuja soberania fiscal já se encontra limitada pelas liberdades fundamentais da União Europeia, que tentam navegar estas matérias. Tais Estados-membros chegarão à conclusão de que, mesmo apresentando uma razão plausível, imperiosa, de interesse público e geralmente aceite para justificar uma medida interna ingerente, a sua soberania fiscal poderá vir a ser novamente limitada pelo controlo de proporcionalidade (como vimos nos casos *Futura Participations* e *Marks & Spencer*, por exemplo). O que foi dito poderá, ainda, criar um sentimento de insegurança e instabilidade nos Estados-membros, pois, devido à subjetividade que temos vindo a reforçar, uma tal medida que o Estado considere enquadrar-se perfeitamente na conceção de proporcionalidade (pois qualifica, por exemplo, os seus benefícios para o interesse geral superiores aos prejuízos causados ao particular), poderá, em sede de acórdão do TJUE, ser considerada desproporcional (pela razão exatamente oposta). Para além disto, o cenário descrito poderá levar a uma certa desconfiança em relação aos órgãos comunitários. Ora vejamos, a verdade é que estas matérias são julgadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, um órgão comunitário. Sabemos, também, que os interesses da União Europeia, tendo em conta as suas origens e funções, estarão, habitualmente, do lado dos mercados económicos, do potencial crescimento económico da comunidade em geral e, conseqüentemente, do lado da proteção das liberdades fundamentais dos cidadãos europeus no seu máximo potencial. Isto poderá, de alguma forma, ser visto como influenciador das decisões de “proporcionalidade” do TJUE, pois os interesses que considerará mais importantes, à partida, serão os do mercado e das liberdades económicas de toda a União Europeia, em oposição aos interesses específicos do Estado-membro em questão. No subcapítulo 5.2. deste trabalho, argumentámos no sentido de que a inerente subjetividade do controlo de proporcionalidade poderia ser maioritariamente colmatada pelo facto de que os sujeitos encarregues de o aplicar não poderiam fundar-se nas suas próprias conceções valorativas, mas sim no quadro axiológico do ordenamento jurídico em questão. Neste caso específico, os Estados-membros poderão ficar descontentes com o próprio quadro axiológico que estará a ser aplicado, visto alinhar-se com os valores e interesses da União Europeia e não propriamente com os valores do seu ordenamento jurídico específico. Assim, os Estados-membros poderão sentir que o princípio da proporcionalidade, através da sua crescente importância e relevância, será um entrave a que estes vejam os seus interesses legítimos verdadeiramente protegidos, sendo apenas aplicado para reafirmar os interesses económicos da União Europeia e pendendo, logo à partida, para a limitação (ainda mais acentuada) da soberania fiscal dos Estados e para a proteção máxima das liberdades fundamentais dos cidadãos europeus.

Uma das características da evolução do controlo na “fase da generalização” decorre da consideração e submissão das diversas justificações alegadas pelos Estados ao princípio da proporcionalidade em conjunto. Desta forma, conseguimos imaginar a facilitação da justificação de certas medidas através deste novo método de consideração. No caso de ser muito complexo o processo de provar que no caso existiria realmente uma tentativa de elisão fiscal, a acoplação dessa justificação a uma outra ou várias outras razões imperiosas permitirá o reforço do argumento dos Estados-membros em relação à proporcionalidade da medida, não bastando que a norma tenha uma finalidade anti-elisiva para a medida ser justificada pelo combate à elisão fiscal, mas sendo também necessário que a mesma não propague os seus efeitos restritivos de liberdades fundamentais a sujeitos que não estão envolvidos em práticas abusivas, pelo que poderá verificar-se uma certa dificuldade neste âmbito relativamente às cláusulas de limitação de benefícios. A consideração conjunta do objetivo de combate à elisão fiscal com, por exemplo, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais poderia significar uma maior probabilidade de justificação da medida, isto porque, no controlo de proporcionalidade, teríamos o peso de 2 razões imperiosas de interesse geral em conjunto do lado dos benefícios, em oposição aos prejuízos causados aos particulares que pareceriam, comparativamente, mais leves. Vemos algo neste sentido no acórdão *SGI*<sup>215</sup> de 2010, que explicita: “*uma legislação nacional que não tenha como objetivo específico excluir da vantagem fiscal esses expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, criados com o objetivo de iludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por atividades realizadas no território nacional, pode no entanto ser considerada justificada pelo objetivo de prevenção da evasão fiscal conjugado com o da preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros*”<sup>216</sup>. No caso concreto, o Tribunal chegou mesmo a concluir pela justificação da medida quando tendo em conta as duas razões imperiosas em conjunto e submetendo-as aos testes de proporcionalidade. Assim foi apesar de que, se o Tribunal apenas tivesse em consideração o combate a práticas abusivas, a medida não poderia ter sido

---

<sup>215</sup> No caso, em causa estava uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, nos termos da qual uma sociedade residente é tributada por um suprimento a título excecional ou gratuito quando esta o tenha concedido a uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, com a qual aquela primeira sociedade mantém, diretamente ou indiretamente, relações de interdependência, ao passo que uma sociedade residente não é tributada por esse suprimento quando este tenha sido concedido a outra sociedade residente, com a qual aquela primeira sociedade mantém o mesmo tipo de relações. *Vide*: Acórdão do TJUE de 21 de Janeiro de 2010, *SGI*, C-311/08.

<sup>216</sup> Acórdão do TJUE de 21 de Janeiro de 2010, *SGI*, C-311/08, § 66.

justificada, visto não preencher o requisito de excluir vantagens fiscais exclusivamente aos expedientes puramente artificiais.

Mais recentemente, verificamos a mesma lógica no acórdão *Lexel AB*<sup>217</sup>, de 2021, no qual o TJUE concluiu, em relação à medida em questão, que: “*o objetivo específico da exceção não é lutar contra expedientes puramente artificiais e a aplicação desta cláusula não se limita a esses expedientes. (...) Por conseguinte, não pode ser acolhida a justificação baseada no combate à fraude e evasão fiscais.*”<sup>218</sup>. Para além disto, o Tribunal concluiu igualmente que a justificação baseada na preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros não poderia ser acolhida. Ainda assim, o TJUE procedeu à examinação da possibilidade de justificação da medida quando tendo em conta as duas razões imperiosas em conjunto. No caso estudado, o Tribunal acabou por concluir tal não poderia vingar, visto que a segunda razão não teria sido validamente invocada de forma a poder salvar a primeira. Apesar da decisão final, a ponderação de uma eventual justificação da medida baseada em duas razões, que separadamente não colhiam, demonstrou a importância dada, no âmbito da aferição da proporcionalidade, a dois motivos justificativos em oposição a apenas um.

Tudo isto leva-nos a crer que, no eventual caso de o TJUE considerar que uma cláusula de limitação de benefícios não cumpre o requisito necessário para ser justificada pela razão imperiosa do combate à evasão fiscal, a mesma ainda poderia ser justificada recorrendo à consideração dessa razão em conjunto com outra à luz do controlo de proporcionalidade.

Uma outra consequência da evolução do controlo de proporcionalidade que antevemos é a aceitação de justificações até hoje tradicionalmente recusadas. Tal manifestar-se-ia através da conclusão, no caso concreto, pela proporcionalidade da medida a tal ponto (especialmente, em relação à superioridade dos benefícios em oposição aos prejuízos) que a

---

<sup>217</sup> Estávamos perante uma legislação nacional por força da qual uma sociedade estabelecida num Estado-Membro não está autorizada a deduzir os juros pagos a uma sociedade pertencente ao mesmo grupo, estabelecida noutro Estado-Membro, com o fundamento de que a obrigação que as vincula parece ter sido principalmente contraída com o objetivo de obter um benefício fiscal significativo, ao passo que não se teria considerado existir tal benefício fiscal se as duas sociedades estivessem estabelecidas no primeiro Estado-Membro, uma vez que as disposições relativas às transferências financeiras interiores aos grupos lhes seriam aplicáveis nesse caso. *Vide*: Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, *Lexel AB*, C-484/19.

<sup>218</sup> Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, *Lexel AB*, C-484/19 § 53-57.

justificação, anteriormente recusada pelo TJUE, poderá ser aceite na específica situação em concreto. Como temos vindo a explicar, a relevância dada ao controlo de proporcionalidade acabou por implicar uma menor importância dos restantes momentos da decisão judicial, especialmente do momento das justificações. Sendo assim, não será possível que, olhando para as justificações tradicionalmente recusadas, consigamos imaginar uma situação concreta em que essa mesma justificação pudesse ser aceite devido ao enfoque dado à proporcionalidade da medida, em oposição à categorização da justificação em catálogo fechado? Desta forma, as cláusulas LOB teriam uma maior hipótese de justificação, não dependendo apenas da justificação de combate à elisão fiscal, mas também tendo em conta as diferentes justificações que anteriormente haviam sido recusadas. Vejamos como tal poderia acontecer.

A primeira justificação tradicionalmente recusada que explorámos no capítulo 5.1. foi a perda/redução de receitas fiscais dos Estados. O fundamento da recusa desta justificação pelo TJUE advém da consideração de que a mesma não é uma razão imperiosa de interesse público, sendo apenas uma razão económica do Estado que não se poderá sobrepor às liberdades individuais dos cidadãos europeus. Esta visão é-nos explicada, aliás, por Gustavo Lopes Courinha, tendo por base a jurisprudência e conclusões dos Advogados-Gerais nos casos em que a justificação é alegada<sup>219</sup>. No entanto, consideramos que esta visão é um pouco redutora. Ora, a verdade é que, muitas vezes, as receitas fiscais dos Estados são utilizadas de forma a proporcionar serviços essenciais aos seus cidadãos. Assim, a perda/redução de receitas fiscais poderá implicar a falta de financiamento de um determinado serviço que beneficiaria o público, não se tratando de uma questão de “*natureza puramente económica*”<sup>220</sup> como o TJUE tem vindo a propugnar. Através do controlo de proporcionalidade, podemos imaginar uma situação concreta em que, o prejuízo de certa medida para o particular seria mínimo, mas impediria uma grande perda de receitas fiscais, constituindo um enorme benefício público. Nesta hipótese, questionamos se, com a evolução do controlo de proporcionalidade e a conseqüente menor relevância do momento das

---

<sup>219</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, op. cit., pp. 270-271.

<sup>220</sup> Expressão utilizada em: Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischio apresentadas em 13 de Março de 2003, “*Lasteyrie du Saillant*”, Processo C-9/02 §51.

justificações, poderemos ver a medida ingerente a ser aceite pela razão referida, estando completamente de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A segunda justificação tratada foi a da “compensação”, ou seja, a ideia de que certa norma restritiva de liberdades fundamentais poderá ser compensada por outras normas que oferecem vantagens aos sujeitos prejudicados. Aqui podemos fazer o mesmo exercício que há pouco explorámos. Dando uma maior importância à proporcionalidade, e, assim sendo, à relação prejuízos/benefícios, não seria disparatado que uma medida ingerente pudesse ser aceite devido à constatação, no caso concreto, da existência de mecanismos legais neutralizantes dos prejuízos que a medida provocaria aos particulares.

A mesma lógica não faz, porém, tanto sentido em relação à terceira justificação recusada que apresentámos. A justificação alegada pelos Estados era o facto de não existirem, ainda, medidas que garantam uma uniformização ou harmonização das disposições em matéria fiscal, não podendo os obstáculos sofridos pelos particulares ser imputados aos Estados, mas sim à ausência de certos atos da parte das instituições da União Europeia. Ora, parece-nos extremamente difícil, através do princípio da proporcionalidade, contornar a explícita aplicabilidade direta das liberdades fundamentais, o que nos leva a admitir que estas não podem estar dependentes das ações adotadas pelas instituições da União.

Também a quarta justificação alegada pelos Estados, que defende que o respeito das liberdades fundamentais estaria dependente da existência de uma convenção bilateral em matéria de redução ou eliminação da dupla tributação será mais difícil de ser beneficiada por um controlo de proporcionalidade, pois parte de uma ideia incorreta e indefensável pela União Europeia, que ignora completamente a já referida aplicabilidade direta das liberdades fundamentais.

Já a última justificação tradicionalmente recusada que explorámos, baseada nas dificuldades de ordem prática que resultariam da não aplicação de certa medida ingerente, poderá, talvez, ser beneficiada por uma grande relevância do controlo de proporcionalidade. Ainda que não seja uma conclusão tão naturalmente lógica como a das duas primeiras justificações, também poderemos questionar a situação hipotética em que, num caso concreto, as dificuldades de ordem prática decorrentes da não aplicação da medida se

sobrepusessem aos prejuízos mínimos que a sua aplicação provocaria nos particulares. Neste caso, porém, parece ser um pouco mais difícil admitir que esta simples justificação, ainda que em cumprimento dos testes de proporcionalidade, seja suficiente, por si só, para que a medida ingerente seja aceite. A verdade é que esta justificação não permite necessariamente um aumento dos benefícios públicos (como acontece na primeira justificação), nem permite a neutralização dos prejuízos causados (como verificamos na segunda justificação), logo, será mais árduo defender que as dificuldades de ordem prática poderão ser motivo para restringir as liberdades fundamentais dos cidadãos europeus.

Concluindo, algumas razões anteriormente recusadas poderiam vir, no futuro, a ajudar numa decisão de justificação de uma cláusula de limitação de benefícios. Ora, será obviamente mais provável que uma tal medida seja aceite se os Estados alegarem, para a justificar, razões tradicionalmente recusadas em conjunto com razões tradicionalmente aceites. Portanto, conjugaríamos a nova tendência de considerar várias razões em conjunto com a possibilidade de aceitar razões anteriormente rejeitadas, construindo o melhor argumento possível para a justificação de uma norma LOB.

Poderemos imaginar, por exemplo, a justificação de perda/redução de receitas lado a lado com a justificação de combate à elisão fiscal. Ambas razões, sozinhas, poderão mostrar-se insuficientes: a primeira por ser tradicionalmente recusada na jurisprudência do TJUE; a segunda por ordenar o cumprimento de requisitos estritos que a norma em questão poderá não conseguir satisfazer completamente. No entanto, juntas, apresentarão um caso mais forte no âmbito da proporcionalidade, especialmente em relação ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, no qual temos em consideração o balanço do peso dos prejuízos para os particulares e dos benefícios para o interesse público.

Contudo, apesar de tudo o que foi dito, não poderemos contar com estas previsões de forma imediata. Apesar de acreditarmos que estas seriam as consequências lógicas da evolução que o princípio da proporcionalidade tem levado na jurisprudência do TJUE, não saberemos se estas se virão realmente a verificar. A verdade é que o mundo do Direito Fiscal está em constante mudança e é possível que uma outra direção se afirme antes de podermos ver as consequências que referimos. Nomeadamente, a implementação dos dois pilares resultantes do acordo constituído pela OCDE/G20 Inclusive Framework poderá implicar

uma mudança que nos guiará para caminhos ainda não explorados<sup>221</sup>. Resta-nos, assim, indagar quanto a uma outra opção de solução, consistindo na eliminação das cláusulas LOB, suprimindo o problema da compatibilidade pela raiz e quanto aos possíveis efeitos de um novo paradigma no Direito Fiscal (potenciado pela implementação das novas iniciativas de combate à elisão fiscal).

---

<sup>221</sup> SCHÖN, Wolfgang, op. cit. OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, “International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age” [consult. 13 Abr. 2022] disponível em: <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>.

## Capítulo 7 - A Eliminação da Incompatibilidade

### 7.1. Argumentos a favor da eliminação das Cláusulas LOB – O futuro paradigma

Se concluirmos pela incompatibilidade das regras de limitação de benefícios com o direito da União Europeia, e sabendo que este tem primazia no que toca aos seus Estados-Membros, parecer-nos-á que a óbvia solução seria simplesmente eliminar este tipo de regras, podendo os Estados continuar a optar por uma cláusula geral anti-abuso que, devido à sua natureza casuística, comporta um menor risco de incompatibilidade com as liberdades da União Europeia. Vários argumentos se destacam neste sentido. Relembramos que os artigos 21.º a 63.º do TFUE proíbem qualquer restrição às liberdades fundamentais da União Europeia, e apontamos também para a letra do artigo 351.º do mesmo diploma: “*Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas. (...) os Estados-Membros terão em conta o facto de que as vantagens concedidas nos Tratados por cada um dos Estados-Membros fazem parte integrante do estabelecimento da União, estando, por conseguinte, inseparavelmente ligadas à criação de instituições comuns, à atribuição de competências em seu favor e à concessão das mesmas vantagens por todos os outros Estados-Membros*”<sup>222</sup>. No entanto, será de referir que o artigo 351.º aplica-se especificamente às convenções celebradas anteriormente a 1 de janeiro de 2008 ou anteriormente à data de acesso do Estado-membro contratante. Ainda assim, considerarmos que o espírito da norma é relevante para o problema que temos em mãos, demonstrando a atitude geral e lógica adotada pela União Europeia em relação a normas incompatíveis com o Direito da UE.

Em conjunto com o argumento normativo, também temos jurisprudência do TJUE que nos direciona à mesma ideia. O melhor exemplo será o caso já explorado no capítulo 4, o acórdão *Open Skies*<sup>223</sup> que, apesar de não tratar especificamente de uma cláusula de limitação de benefícios, refere-se a uma norma bastante semelhante presente num acordo entre os EUA e a Bélgica que foi considerada incompatível com as liberdades fundamentais da UE. Segundo a decisão do tribunal, tornar-se-ia obrigação do Estado-Membro

---

<sup>222</sup> Artigo 351.º TFUE.

<sup>223</sup> Acórdão do TJUE de 5 de Novembro de 2002, *Open Skies*, C-471/98.

Contratante eliminar a incompatibilidade subjacente à norma, o que poderia passar por simplesmente erradicar tal norma, ou passando a garantir que os nacionais dos restantes Estados-Membros beneficiariam do mesmo tratamento que os nacionais da Estado Contratante.

Temos ainda a própria Comissão da União Europeia, que já se manifestou mostrando partilhar do entendimento de que as cláusulas LOB devem ser eliminadas, através da solicitação de emenda do artigo 21.º da Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre Japão e Países Baixos<sup>224</sup>. Como havíamos referido no capítulo 4, a Comissão entendeu que a cláusula seria uma restrição às liberdades fundamentais dos cidadãos da União Europeia e que um Estado-membro não poderá celebrar um tratado com um Estado terceiro no qual estabelece um tratamento mais favorável para empresas detidas por acionistas residentes no seu território, em detrimento das empresas detidas por residentes noutra Estado-membro<sup>225</sup>.

Para além de todos estes argumentos apontando para a eliminação das regras LOB, será importante atentarmos no novo paradigma do Direito Fiscal Internacional que se pode avistar para o futuro. Como explicámos no 1.º capítulo deste estudo, através do OCDE/G20 *Inclusive Framework*, 137 jurisdições chegaram a um acordo global, em outubro de 2021, constituído por dois pilares essenciais<sup>226</sup>. Recapitulamos que o primeiro pilar consistirá na realocação parcial dos direitos tributários sobre as multinacionais dos seus países de origem para os mercados onde estas exercem atividades comerciais e obtêm lucros, independentemente de tais empresas terem presença física nesses Estados, enquanto o segundo pilar estabelece um nível mínimo de tributação dos lucros das empresas multinacionais, colocando um entrave na competição fiscal entre os Estados<sup>227</sup>. Apesar de a elisão fiscal e o *treaty shopping* continuarem sempre a existir de alguma forma, a implementação destes dois pilares em larga escala pelo mundo significará uma grande atenuação dos comportamentos abusivos visto que estes deixarão de ser tão atrativos e

---

<sup>224</sup> Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “November infringements package: key decisions”, Bruxelas (19 Nov. 2015) [consult. 27 Dez. 2021], disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_6006](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6006).

<sup>225</sup> CFE Tax Advisors Europe, “Opinion Statement ECJ-TF 1/2018 on the Compatibility of Limitation-on-Benefits (LoB) Clauses with the EU Fundamental Freedoms”, *European Taxation*, Vol. 58, N.º 9, Bruxelas (2018). PEDERSEN, Kasper Nørgård, SCHULTZ, Sandra, “European Union - Action 6: Are the Anti-Abuse Rules EU Compatible?” *European Taxation*, Vol. 57, N.º 8 (2017).

<sup>226</sup> Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “Minimum Corporate Taxation” [consult. 20 Jan. 2022], disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation\\_pt](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation_pt).

<sup>227</sup> SCHÖN, Wolfgang, op. cit., p. 364.

lucrativos, especialmente tendo em consideração o risco de arcar com as consequências dos esquemas serem desvendados. Tanto assim é que vale a pena questionar se fará sentido sequer tentar justificar a utilização de mecanismos de combate à elisão fiscal “problemáticos” (como as cláusulas LOB) numa era em que o *treaty shopping* será muito menos aliciante em comparação com os dias de hoje.

## 7.2. A Substituição das LOB pelo PPT?

Tendo em conta todos os problemas apontados às cláusulas LOB, a sua substituição por uma norma menos problemática que, até hoje, havia sido considerada menos ineficaz numa administração de massas, poderá tornar-se a solução ponderada. Referimo-nos, claro está, à regra geral anti-abuso conhecida como teste do propósito principal ou “PPT”, que tivemos a oportunidade de caracterizar no nosso capítulo 2. Na “*Opinion Statement ECJ-TF 1/2018*”, a *CFE ECJ Task Force*, perante a possibilidade de incompatibilidade das LOB com o direito da União Europeia, sugeriu que “*qualquer possível questão de uma reação efetiva ao treaty shopping poderia ser abordada, caso a caso, por meio de uma cláusula PPT*”<sup>228</sup>. Naquele contexto, não se falava especificamente da eliminação de uma cláusula em favor da outra, mas sim de um certo favorecimento ou preferência pelo PPT enquanto ainda se averiguava a compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios. Ainda assim, vemos já a defesa do empreendimento de uma cláusula PPT como substituta da cláusula LOB.

A substituição das cláusulas LOB pelo simples PPT é uma ideia que, no âmbito das nossas reflexões, fará sentido por diversas razões. Primeiramente, o PPT não discrimina explicitamente entre as entidades residentes de um Estado-membro Contratante e as entidades residentes num outro Estado-membro da UE. O fator essencial para determinar se tal entidade beneficiará ou não de uma convenção, ao abrigo de um PPT, será o propósito principal por trás da constituição ou transação da entidade, ao contrário do que acontece nas cláusulas LOB, cujo fator essencial, à primeira vista, pode ser simplesmente a residência dos acionistas de certa entidade. Desta forma, não se colocará a questão da incompatibilidade do

---

<sup>228</sup> CFE Tax Advisors Europe, “Opinion Statement ECJ-TF 1/2018 on the Compatibility of Limitation-on-Benefits (LoB) Clauses with the EU Fundamental Freedoms”, *European Taxation*, Vol. 58, N.º 9, Bruxelas (2018) p. 425.

PPT com o TFUE e as liberdades fundamentais da União Europeia<sup>229</sup>. Em segundo lugar, a exclusão dos benefícios a certa entidade não é feita automaticamente através de testes, como acontece nas cláusulas de limitação de benefícios. No caso do PPT, as circunstâncias do caso específico são tomadas em consideração, logo à partida, pelas autoridades competentes, que chegam a uma conclusão ponderada e justificada pelos factos relevantes<sup>230</sup>. Em terceiro lugar, os problemas colocados pela *Discretionary Relief Clause* presente nas LOB não se verificam no PPT, visto que, ao abrigo deste último, a restrição dos benefícios é feita após a decisão negativa das autoridades competentes. Desta forma, não se corre o risco de uma entidade se ver privada dos benefícios injustamente antes de a sua situação poder ser avaliada pelas autoridades competentes e, mesmo após tais autoridades confirmarem a falta de intenções abusivas, os efeitos dessa decisão não produzir efeitos retroativos (como pode acontecer ao abrigo da *Discretionary Relief Clause* nos moldes que tem hoje)<sup>231</sup>. Em quarto lugar, a fórmula do PPT tem sido utilizada por regras gerais anti-abuso internas nos Estados-membros sem que se tenha levantado problemas em relação ao Direito da União Europeia.

Em relação às questões mais problemáticas que se colocam quanto ao PPT, voltamos a mencionar que tal teste, atuando sem a ajuda de uma regra específica anti-abuso (como as LOB), acaba por poder comprometer a eficácia do combate ao *treaty shopping* numa administração fiscal de massas. No entanto, este poderia ser considerado suficientemente eficaz num novo paradigma resultante da implementação dos recentes acordos a nível global. Outra crítica pertinente é o facto de a regra PPT dever ser interpretada num sentido amplo, fornecendo aos Estados-membros e às autoridades competentes ampla discricionariedade na avaliação da existência de abuso e proporcionando insegurança e incerteza jurídica aos sujeitos passivos. Porém, será de apontar que, como vimos essencialmente no que toca à *Discretionary Relief Clause*, as LOB também não estão livres de promover bastante discricionariedade das autoridades competentes e de causar a sua medida de incerteza jurídica. Por outro lado, a incerteza causada pelo PPT poderá ser atenuada através da implementação de um processo administrativo segundo o qual o uso do PPT exigirá a

---

<sup>229</sup> PEDERSEN, Kasper Nørgård, SCHULTZ, Sandra, “European Union - Action 6: Are the Anti-Abuse Rules EU Compatible?”, op. cit., p. 17-18.

<sup>230</sup> KOLOSOV, Valentyn, “Guidance on the Application of the Principle Purpose Test in Tax Treaties”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, N.º 3/4 (2017).

<sup>231</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, op. cit.

aprovação da gestão da administração envolvida e, possivelmente, o uso de um comité consultivo. Este tipo de processo já é utilizado em diversos países no âmbito de regras nacionais anti-abuso, sendo recomendado para obter uma aplicação mais uniforme de determinada regra<sup>232</sup>.

Quanto a encargos acrescidos para os particulares, salientamos que é o contribuinte que deve provar que os motivos fiscais não foram o objetivo principal da constituição/transação da entidade que, embora possa ter tomado em conta algumas considerações fiscais, ainda está de acordo com as regras anti-abuso e é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida<sup>233</sup>. Ainda assim, este encargo parece diminuto em comparação com os múltiplos encargos acrescidos que explorámos nas cláusulas de limitação de benefícios.

No geral, pensamos que o PPT teria, até, relativa facilidade a passar num controlo de proporcionalidade (pelo menos em comparação com as cláusulas LOB). Vejamos, o teste do propósito principal é adequado ao objetivo de evitar a consumação de esquemas de *treaty shopping*. De igual forma, também se poderá considerar a medida menos gravosa para alcançar esse objetivo (sendo que, como vimos, uma das maiores críticas à medida é que a mesma peca por ser tão pouco gravosa que poderá afetar a sua eficácia numa administração de massas). Em relação ao balanço entre os benefícios da medida para o interesse público e os prejuízos acarretados pelos particulares, facilmente se argumentaria que, tendo em conta todas as características do PPT descritas nos últimos parágrafos, os benefícios ofuscam os prejuízos.

O maior problema que se coloca em relação a esta substituição das LOB pelo PPT seria convencer todos os Estados terceiros a concordarem com tal mudança nos seus respetivos tratados celebrados com Estados-membros da UE. Como refere José Calejo Guerra, seria muito improvável que os países terceiros (nomeadamente, os Estados Unidos da América) concordassem em manter uma convenção de dupla tributação que não contivesse uma cláusula de limitação de benefícios<sup>234</sup>. A verdade é que um Estado

---

<sup>232</sup> PEDERSEN, Kasper Nørgård, SCHULTZ, Sandra, “European Union - Action 6: Are the Anti-Abuse Rules EU Compatible?”, op. cit., p. 17-18.

<sup>233</sup> ELLIFFE, Craig, “The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All?”, *World Tax Journal*, IBFD, Vol. 11, N.º 1, (2019), pp. 70-74.

<sup>234</sup> GUERRA, José Calejo, “European Union - Limitation on Benefits Clauses and EU Law”, op. cit., p. 16-17.

contratante terceiro não é “obrigado” a moldar as suas convenções de forma a conceder os mesmos benefícios a todos os residentes/nacionais dos Estados-Membros, em detrimento da eficácia do combate à evasão fiscal, apenas por estar a celebrar uma convenção para eliminação de dupla tributação com um dos Estados-Membros. Sim, um novo paradigma despoletado pela implementação dos dois pilares constantes do acordo global poderia levar a um menor risco de evasão fiscal e aliviar as preocupações dos Estados terceiros em relação à eliminação das LOB. No entanto, esse “novo paradigma” a que tanto nos referimos só seria possível se os novos esforços fossem adotados pela grande maioria das jurisdições, o que ainda não aconteceu. Nesse sentido, porém, temos boas expectativas, visto que o acordo compreendeu a aprovação de 137 jurisdições, apontando a sua implementação para a partir do ano 2024, apesar de esta data levantar algumas dúvidas.

A 22 de dezembro de 2021, a Comissão Europeia propôs uma diretiva que garante uma taxa mínima efetiva de imposto para as atividades globais de grandes grupos multinacionais, cumprindo a promessa da UE de implementar o recente acordo histórico de reforma tributária global, mais concretamente, a iniciativa referente ao segundo pilar<sup>235</sup>. A proposta segue de perto o acordo internacional e define de que forma os princípios da taxa efetiva de imposto de 15% serão aplicados na prática na UE, incluindo um conjunto comum de regras sobre como calcular esta taxa efetiva de imposto, para que seja aplicada de forma adequada e consistente em toda a UE<sup>236</sup>. O próximo passo a ser tomado para prosseguir com a iniciativa seria a concordância dos Estados-membros, por unanimidade no Conselho, sendo também consultados o Parlamento Europeu e o Comité Económico e Social Europeu para fornecerem os seus pareceres. No entanto, durante a redação desta dissertação, a diretiva proposta pela Comissão Europeia foi bloqueada por falta de unanimidade. Na discussão de 5 de Abril de 2022 do Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros (ECOFIN), a Polónia vetou a proposta defendendo que “ambos os pilares devem ser vistos como um pacote. Devemos manter o nosso objetivo de introduzir totalmente o acordo global para

---

<sup>235</sup> Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “Minimum Corporate Taxation” [consult. 20 Jan. 2022], disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation\\_pt](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation_pt).

<sup>236</sup> As regras propostas aplicam-se a qualquer grande grupo, nacional e internacional, com receitas combinadas superiores a 750 milhões de euros por ano e com uma empresa-mãe ou uma filial situada num Estado-Membro da UE. A alíquota efetiva de imposto é estabelecida por jurisdição. Se a taxa de imposto efetiva para as entidades numa determinada jurisdição estiver abaixo do mínimo de 15%, as regras do Pilar 2 são acionadas e o grupo deve pagar um imposto complementar, elevando a taxa até 15%.

enfrentar os desafios tributários decorrentes da digitalização da economia”<sup>237</sup>. No entanto, os detalhes do primeiro pilar ainda se encontram num processo de elaboração, razão pela qual a Comissão argumentou que uma ligação juridicamente vinculativa entre os dois pilares não poderia ser implementada na diretiva da UE em questão. Isto significa que, por enquanto, o início da implementação do acordo não terá lugar em todos os países membros da União Europeia, como havíamos esperado. Mas como se imagina, isto não será o fim da iniciativa, podendo todos os esforços colocados na diretiva serem aproveitados para um outro momento no futuro próximo com um melhor resultado na votação dos Estados-membros, especialmente visto que a Polónia expressou o seu inequívoco apoio ao acordo, desde que os dois pilares sejam implementados em conjunto. Em último recurso, poderíamos avistar a possível utilização do mecanismo de cooperação reforçada para resolver a situação de ausência de unanimidade<sup>238</sup>.

Finalizando esta linha de pensamento, propomos, como possível solução a ser ponderada a par das outras propostas avançadas ao longo deste trabalho, a eliminação das cláusulas LOB, substituindo-as pelo teste de propósito principal, com especial relevância no caso de caminharmos para um futuro próximo em que o risco de elisão fiscal foi significativamente atenuado.

---

<sup>237</sup> Conselho Europeu, gravação de vídeo da “Economic and Financial Affairs Council – Public Session” de 5 de Abril de 2022, disponível em: <https://video.consilium.europa.eu/event/en/25659>.

<sup>238</sup> A cooperação reforçada é um procedimento através do qual um número mínimo de nove Estados-Membros da União Europeia é autorizado a instituir uma integração ou cooperação avançada num domínio particular na UE, visando ultrapassar bloqueios sempre que uma proposta em particular seja bloqueada por um ou mais Estados-Membros que não pretendam participar. Desta forma, podem avançar a ritmos diferentes e rumo a objetivos distintos dos Estados-Membros que decidam não integrar os domínios de cooperação reforçada. A autorização para avançar com a cooperação reforçada é concedida pelo Conselho como último recurso, mediante proposta da Comissão e após a obtenção da aprovação do Parlamento Europeu. *Vide*: Artigo 20.º TUE.

## Conclusões

Cumprida a tarefa a que nos comprometemos – a de analisar a questão da compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com as liberdades fundamentais da União Europeia, aferindo quanto às possíveis soluções a adotar face à eventual incompatibilidade – resta-nos, finalmente, agrupar e expor as conclusões que o nosso estudo conseguiu revelar ao longo do presente trabalho.

A primeira conclusão que partilhámos foi a de que, historicamente, o Direito Fiscal se apresenta em constante mudança tentando colmatar todas as lacunas e questões problemáticas de que sofre. No entanto, de cada solução encontrada, nascem novos problemas e lacunas a resolver, fenómeno que denominámos de “hidra jurídica”. Ao analisarmos o ramo da hidra jurídica que nos levou à questão de compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios, chegámos a diversas conclusões relevantes. Primeiramente, concluímos que os esquemas de *treaty shopping*, constituindo práticas abusivas de elisão fiscal, devem ser combatidos, sendo as novas cláusulas de limitação de benefícios mecanismos úteis para os evitar. Tais cláusulas, no entanto, devido à sua natureza específica, suscitam dúvidas quanto à sua bondade, ainda que pareçam ser mais eficientes numa administração fiscal de massas, em oposição a cláusulas de natureza geral. Paralelamente, constatámos que, apesar da soberania fiscal concedida aos Estados-membros da União Europeia, estes terão de respeitar os tratados comunitários aquando da constituição das suas leis e acordos em matéria fiscal. Desta forma, logicamente se infere que as LOB terão de ser compatíveis com as liberdades fundamentais da União Europeia.

De seguida, focámos a nossa atenção na caracterização geral e específica de cada teste que compõe as cláusulas de limitação de benefícios, bem como na análise das liberdades fundamentais presentes no TFUE. Deste estudo, concluímos que as cláusulas LOB são regras específicas anti-abuso que se distinguem do teste do propósito principal na medida em que, apesar de partilharem da mesma finalidade anti-elisiva, o PPT é uma regra geral e tem um modo de atuação não automático. As cláusulas LOB são, para além do mais, constituídas, geralmente, pelos seguintes testes: o *Stock Exchange Test*, o *Ownership Test*, o *Base Erosion Test*, o *Active Conduct of a Business*, o *Derivative Benefits Test*, e a

*Discretionary Relief Clause.* Por outro lado, concluímos também que uma norma de um Estado-membro comportará uma restrição às liberdades fundamentais quando existir uma desigualdade de tratamento que, de algum modo, será mais desfavorável para os nacionais ou residentes dos restantes Estados-membros, em comparação com os nacionais ou residentes do Estado que constitui a norma, de tal forma que poderia ter um efeito desincentivador para os nacionais/residentes dos restantes Estados-membros prosseguirem as suas liberdades fundamentais nesse Estado. Para além disto, as liberdades referidas implicam a adoção de medidas, por parte dos Estados-membros, que facilitem o seu exercício, garantindo que sejam efetivamente aproveitadas.

Todos estes elementos permitiram-nos elaborar o confronto entre as cláusulas LOB e as liberdades fundamentais, de forma a determinar a sua (in)compatibilidade. Neste confronto, concluímos que, efetivamente, os testes que compõem as cláusulas LOB resultam na restrição das liberdades fundamentais da União Europeia, discriminando contra as entidades lideradas por sujeitos residentes em Estados Não Contratantes, seja por lhes limitarem os benefícios do Tratado, ou por as onerarem de encargos adicionais para beneficiar do mesmo.

Perante esta premissa, analisámos a resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia no único caso, até hoje, que questionou a compatibilidade de uma cláusula de limitação de benefícios. Ora, neste momento pudemos concluir que a decisão do Tribunal neste acórdão foi profundamente defeituosa, chegando a negar a existência de restrição às liberdades fundamentais. Como tivemos a oportunidade de explanar, a questão da compatibilidade das cláusulas LOB terá sempre de partir de uma comparação entre duas empresas igualmente residentes no Estado Contratante que apenas diferiam na residência dos seus acionistas (uma teria acionistas residentes no Estado Contratante enquanto a outra seria composta por acionistas residentes num Estado-membro que não haveria celebrado um tratado que previa o regime ACT). Em oposição a uma comparação entre uma entidade residente no Estado Contratante e uma entidade não-residente, comparação essa utilizada pelo Tribunal no acórdão ACT, inspirado pela argumentação propugnada no acórdão D. Pudemos concluir que o caso D., lidando com cláusulas MFN, muito diferentes das cláusulas LOB – tanto no seu modo de comparação, como no seu modo de atuação e na sua finalidade

– não é um acórdão que deva servir de inspiração para decidir uma questão que envolve uma cláusula de limitação de benefícios, como fez o TJUE.

Insatisfeitos com tal manifestamente defeituosa resposta da parte do TJUE, propugnámos a noção de que se tratou de um equívoco e que o acórdão *ACT* não deverá ser tomado como regra geral para todas as cláusulas de limitação de benefícios (uma noção partilhada, aliás, pela maioria da doutrina). Sendo assim, partimos à procura e análise de novas propostas de soluções para o problema da compatibilidade das cláusulas LOB que, de preferência, não causassem novas questões problemáticas.

A nossa primeira proposta seria a justificação da restrição provocada pelas cláusulas LOB. Ao admitir que existe efetivamente uma restrição a uma das liberdades fundamentais do TFUE, o Tribunal poderá, de seguida, aferir quanto à possibilidade de justificação dessa restrição para que as cláusulas de limitação de benefícios pudessem prosseguir no seu combate à elisão fiscal sem o problema da incompatibilidade com o Direito da EU na sua sombra. Após analisarmos as justificações tradicionalmente aceites e recusadas na jurisprudência do TJUE, chegámos à conclusão que os Estados têm várias vias possíveis de alegar que a restrição inerente às LOB deverá ser justificada, mas, sem dúvida, a razão imperiosa de interesse público mais relevante nesse âmbito será o combate à elisão fiscal. No entanto, esta justificação só poderá ser aceite se for considerado que a norma, neste caso, a cláusula de limitação de benefícios, não propague os seus efeitos restritivos de liberdades fundamentais a sujeitos que não estão envolvidos em práticas abusivas, o que poderá ser atingido através de uma válvula de segurança como a *Discretionary Relief Clause*.

Apesar disso, há vários anos que o TJUE tem passado a exigir que a norma se mostre proporcional. Para aferir quanto a essa questão, a cláusula LOB terá de ser submetida a um controlo de proporcionalidade. Tendo isso em conta, passámos ao estudo das nuances do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE, concluindo que este controlo é composto por 3 testes: aferir se a medida restritiva da liberdade é adequada a prosseguir o seu objetivo; se ela é o menos gravosa possível; e se o sacrifício para os particulares afetados não excede os seus benefícios para o interesse público. Concluimos, igualmente, que o controlo de proporcionalidade padece de algumas limitações como a sua inerente subjetividade e o risco de grande nocividade no caso de utilização exagerada, desmedida e abusiva da proporcionalidade. Apesar do cuidado acrescido que deve ser tido nesse tipo de

controlo, considerámos que o teste da proporcionalidade um critério dotado de eficácia na prossecução de decisões e medidas fundamentadas moral e eticamente.

Por outro lado, a análise do controlo de proporcionalidade na jurisprudência do TJUE ao longo dos anos, nas questões de compatibilidade entre normas internas dos Estados-membros e as liberdades fundamentais, permitiu-nos identificar e caracterizar 3 fases distintas: a fase do acolhimento, a fase da implementação e a fase da generalização. A evolução demonstrada possibilitou-nos um vislumbre do que poderá se tornar o controlo de proporcionalidade do futuro, caso tal evolução continue a seguir o mesmo sentido. Neste âmbito, concluímos que cada vez mais se propugna a possibilidade de os Estados poderem alegar diversas razões imperiosas de interesse público para justificar determinada norma. A par desse facto, verificamos que, devido ao controlo de proporcionalidade, o momento da justificação através das razões imperiosas em catálogo fechado tem perdido importância, podendo criar, no futuro, a aceitação de justificação tradicionalmente recusadas. No caso das cláusulas de limitação de benefícios, esta evolução é extremamente relevante pois permitiria que os Estados alegassem diversas razões imperiosas de interesse público, eventualmente até razões que anteriormente haviam sido recusadas, em conjunto, fortificando o argumento de que estas cláusulas devem ser justificadas.

De qualquer modo, ainda teríamos de submeter as cláusulas LOB ao controlo de proporcionalidade. Assim que o fizemos, pudemos concluir que, de uma forma geral, as cláusulas de limitação de benefícios que incluíssem uma *Discretionary Relief Clause* terão grandes probabilidades de passar nos três testes do controlo. No entanto, encontramos uma questão algo problemática na própria *Discretionary Relief Clause*: o facto de a produção retroativa dos efeitos da decisão das autoridades competentes não estar garantida. Ou seja, mesmo que as autoridades competentes decidissem que, realmente, a entidade havia sido injustamente restringida dos seus benefícios, esta decisão poderá não produzir efeitos retroativos. Tal particularidade poderá afetar a proporcionalidade da norma em geral, pois parece não estar a ser aplicada de forma menos gravosa para os particulares possível.

Assim, a nossa segunda proposta para promover a resolução do problema de compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios será a ponderação de alteração da cláusula, de forma que esta se torne o mais proporcional possível e, conseqüentemente, mais capaz de sobreviver a um eventual controlo de proporcionalidade e ver a sua restrição

justificada pelo TJUE. Especificamente, propomos a ponderação da alteração da *Discretionary Relief Clause* para proporcionar, como regra, os benefícios de forma retroativa aos sujeitos que as autoridades competentes considerarem injustamente afetados pela LOB, pesando os pontos positivos e negativos desta mudança.

Finalmente, aferimos quanto aos possíveis efeitos das novas iniciativas de combate à elisão fiscal, nomeadamente, da implementação dos dois pilares presentes no acordo global concluído através da OCDE/G20 *Inclusive Framework*. Neste âmbito, concluímos que esta implementação poderá vir a atenuar o risco de elisão fiscal de tal forma que não se justificará continuar a utilização de medidas problemáticas como as cláusulas de limitação de benefícios. Assim, apresentamos a nossa terceira proposta de solução do problema de compatibilidade das cláusulas LOB: a ponderação da sua eliminação e substituição pelo teste do propósito principal.

Concluindo, chegámos ao final deste estudo com 3 propostas de solução do problema de compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios a serem ponderadas no futuro próximo. Apresentamos, desta forma, o nosso contributo para o fecho deste ramo da hidra jurídica com o qual o Direito Fiscal se deparou.

# Bibliografia

## Metodologia das Referências Bibliográficas

O presente capítulo é dedicado às referências bibliográficas utilizadas na elaboração desta dissertação. Estas referências serão apresentadas por ordem alfabética do apelido do autor. Os artigos de revistas, dissertações e outras publicações online disponíveis abertamente na internet terão o seu link aqui referido, e não nas notas de rodapé que lhes fazem referência. No caso de a referência ser o próprio sítio da Internet e não um artigo ou publicação específico, o link estará tanto nas notas de rodapé como na bibliografia. De seguida, são também aqui apresentados outros documentos consultados, incluindo Legislação e Diplomas, nacionais e internacionais, por ordem alfabética.

ABEYRATNE, Ruwantissa, “The Decision of the European Court of Justice on Open Skies - How Can We Take Liberalization to the Next Level”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 68 (2003). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1664&context=jalc> .

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3.º edição, Frankfurt am Main, Surkamp Taschenbuch Wissenschaft, (1994).

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, (1998).

ATALIBA, Geraldo. "Bitributação." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 6 (1966). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66469/69079> .

BERGEDAHL, Christopher, “Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 1”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Janeiro (2018).

BERGEDAHL, Christopher, “Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 2”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Fevereiro (2018).

BLECKMANN, A., “Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips”, *Juristische Schulung*, Vol. 3, (1994).

CANAS, Vitalino, “Proporcionalidade (Princípio da)”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. 6, Lisboa (1994).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina (1999).

CFE Tax Advisors Europe, “Opinion Statement ECJ-TF 1/2018 on the Compatibility of Limitation-on-Benefits (LoB) Clauses with the EU Fundamental Freedoms”, *European Taxation*, Vol. 58, N.º 9, Bruxelas (2018). Disponível em: [https://taxadviserseurope.org/new\\_agency/wp-content/uploads/2018/04/CFE-Opinion-Statement-ECJ-TF\\_1-2018\\_LoB.pdf](https://taxadviserseurope.org/new_agency/wp-content/uploads/2018/04/CFE-Opinion-Statement-ECJ-TF_1-2018_LoB.pdf)

COSTA, Rita João, *Da Compatibilidade das Regras de Limitação de Benefícios com o Direito da União Europeia - Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (2018). Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37370/1/ulfd136472\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37370/1/ulfd136472_tese.pdf)

COURINHA, Gustavo Lopes, *A cláusula Geral Anti Abuso no Direito Tributário*, Coimbra, Almedina (2009).

COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*, Coimbra, Almedina (2020).

DANON, Robert J., “The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR But Just a GAAR”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Abril/Maio (2020).

DEBELVA, Filip, et. al. “LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?”, *EC Tax Review*, Vol. 24, Kluwer Law International BV, The Netherlands (2015).

Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/315380946\\_LOB\\_Clauses\\_and\\_EU-Law\\_Compatibility\\_A\\_Debate\\_Revived\\_by\\_BEPS](https://www.researchgate.net/publication/315380946_LOB_Clauses_and_EU-Law_Compatibility_A_Debate_Revived_by_BEPS)

DOURADO, Ana Paula, “Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit” *Intertax*, Vol. 43, N.º 1 (2015).

DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra (2010).

ELLIFFE, Craig, “The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All?”, *World Tax Journal*, IBFD, Vol. 11, N.º 1, (2019).

EMILIOU, Nicolas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, European Monographies, London, Kluwer Law International, (1996).

FONTANA, Renata, “The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 2”, *European Taxation*, Vol. 46, N.º 7, (2006).

FREUD, Nicholas S., “Treaty Shopping and the 1981 United States: Treasury Draft Model Income Tax Treaty”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 6 (1983).

Disponível em:

[https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1127&context=hastings\\_international\\_comparative\\_law\\_review](https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1127&context=hastings_international_comparative_law_review)

GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal – Vol. I*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais – Direção-Geral das Contribuições e Impostos – Ministério das Finanças, Lisboa (1993).

GONÇALVES, João Luís. *Breve História do Imposto – O imposto não imposto e o não imposto imposto*, Edições Vieira da Silva, Lisboa (2013).

GUERRA, José Calejo, “European Union - Limitation on Benefits Clauses and EU Law”, *European Taxation*, Vol. 51, N.º 2/3 (2011).

ICEP, “Dupla Tributação Internacional – Convenções de Dupla Tributação”, *ICEP Portugal*, Portugal (2003). Disponível em: <https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/350.pdf>

IGLESIAS, Marcelo; OLIVEIRA, Arthur Tadeu, “Paraísos Fiscais: Elisão ou Evasão Fiscal? Uma análise desta Estratégia de Planejamento Tributário nas Negociações Empresariais Internacionais”, *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, Instituto Brasileiro de Direito Tributário (2019). Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2019/06/marcelo-e-arthur.pdf>

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, Vol. 3, (2014). Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/315768414\\_Der\\_Grundsatz\\_der\\_Verhältnismassigkeit\\_Ein\\_Strukturelement\\_des\\_globalen\\_Konstitutionalismus](https://www.researchgate.net/publication/315768414_Der_Grundsatz_der_Verhältnismassigkeit_Ein_Strukturelement_des_globalen_Konstitutionalismus)

KOLOSOV, Valentyn, “Guidance on the Application of the Principle Purpose Test in Tax Treaties”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, N.º 3/4 (2017).

KORNIKOVA, Anna A., “Solving the Problem of Tax-Treaty Shopping through the Use of Limitation on Benefits Provisions”, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 8,

N.º 2 (2008). Disponível em:  
<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=global>

KUZNIACKI, Błażej, “Active Business Test in the MLI’s LOB rule: The First Subtest”, *Kluwer International Tax Blog*, Wolters Kluwer, Polónia (2018). Disponível em:  
[http://kluwertaxblog.com/2018/05/17/active-business-test-mlis-lob-rule-first-subtest/#\\_ftn2](http://kluwertaxblog.com/2018/05/17/active-business-test-mlis-lob-rule-first-subtest/#_ftn2)

KUZNIACKI, Blazej, “The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application”, *World Tax Journal*, Vol. 10, N.º 2 (2018). Disponível em:  
[https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/wtj\\_2018\\_02\\_int\\_2](https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/wtj_2018_02_int_2)

LANG, Michael, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, IBFD, 2.º Ed, Viena (2013).

LOTHAR, Michael; MORLOK, Martin, *Grundrechte*, 4ª edição, (2014).

MARQUES, Ana, *A Soberania Fiscal e a Integração Europeia: Evolução e Desafios*, Dissertação de Mestrado em Direito e Economia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (2017). Disponível em:  
[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37256/1/ulfd136271\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37256/1/ulfd136271_tese.pdf)

NABAIS, José Casalta, “A Soberania Fiscal no quadro da Integração Europeia”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 15, N.º 1 (2006)

NABAIS, José Casalta, “Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal”, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 12, Ano IV, 2.03 (2003). Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/8603/3/2.pdf?ln=pt-pt>

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, 1.º ed. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal (2010).

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing (2013).  
Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

OECD, *Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977*, OECD Publishing, Paris (1977).

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version September 1992*, OECD Publishing, Paris (1992).

OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (2015).

O'SHEA, Tom, "Limitation on Benefit (LOB) clauses and the EU part II", *International Tax Report*, November, (2008). Disponível em: <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=171473>

PANAYI, Christiana, "The Compability of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law", *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Janeiro/Feveiro (2016).

PEDERSEN, Kasper Nørgård, SCHULTZ, Sandra, "European Union - Action 6: Are the Anti-Abuse Rules EU Compatible?" *European Taxation*, Vol. 57, N.º 8 (2017).

PETRILLO, Giovanna, "Il principio di proporzionalità quale limite alla definizione consensuale del rapporto obbligatorio di imposta", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, Vol. 3, (2012).

PIRES, Manuel, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (1984).

PISTONE, Pasquale, et. al. “Can the Derivative Benefits Provision and the Competent Authority Discretionary Relief Provision render the OECD-proposed LoB Clause Compatible with EU Fundamental Freedoms?”, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde Verlag (2016).

PISTONE, Pasquale, “The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation”, *INTERTAX*, Vol. 34, N.º 5, (2006).

SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, Jesús, “Apuntes sobre la No Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Vol. 48, Estudios Financieros, N.º 186, (1998).

SANTOS, Jazam; LEONETTI, Carlos Araújo, *As Causas e Consequências da Dupla Tributação Internacional e as Soluções para Evitá-las como Forma de Respeitar os Direitos Humanos*, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI (2017). Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/c7yrg601/lcnv2140/4P4g9F9jmt668X5m.pdf>

SEDLACZEK, Michael, “Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions”, *European Taxation*, Vol. 40, N.º 1-2, (2000). Disponível em: <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/et/pdf/et010005.pdf>

SERRANO, Nicolás González-Cuéllar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex (1990).

SCHÖN, Wolfgang, “Is There Finally an International Tax System?”, *World Tax Journal*, IBDF, August (2021).

TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 6.º Ed. (2021).

TORRES, Heleno, *Direito Tributário Internacional - Planejamento Tributário e Operações Internacionais*, São Paulo, RT (2001).

TSAKYRAKIS, “Stravos, Proportionality: An Assault on Human Rights”, *JeanMonnet Working Paper Series*, Paper 09/08 (2008).

UNITED NATIONS, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Department of International Economic and Social Affairs, New York (1980). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/13957>

VILELA, Hélder, *A Proposta da Acção 6 do Plano BEPS da OCDE: Problemas de Compatibilidade com o Direito da União*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016).

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2.º Ed. (2020).

ZESTER, Anitza, “Can the MFN Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties?”, *INTERTAX*, Vol. 34, N.º 3 (2006)

## Outros Documentos Consultados

CHARKHA, Rahul, Powerpoint Presentation on the “Concept of Beneficial Ownership”, TAXAND, ELP India (2018). Disponível em: <https://docplayer.net/103646368-Concept-of-beneficial-ownership.html>

Comissão Europeia, “Reduzir o Planeamento Fiscal Agressivo”, Ficha Temática do Semestre Europeu (2017), disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester-thematic-factsheet-curbing-aggressive-tax-planning\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester-thematic-factsheet-curbing-aggressive-tax-planning_pt.pdf)

Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “November infringements package: key decisions”, Bruxelas (19 Nov. 2015) [consult. 27 Dez. 2021]. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_6006](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_6006)

Comissão Europeia, sítio da net da Comissão Europeia, “Minimum Corporate Taxation” [consult. 20 Jan. 2022], Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation\\_pt](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation-1/minimum-corporate-taxation_pt)

Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, de 7 de junho de 2017. (2017) Versão portuguesa, disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>

Convention Between Japan and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, de 25 de Agosto de 2010. (2010) Versão em inglês, disponível em: [https://www.mof.go.jp/tax\\_policy/summary/international/press\\_release/sy220825ne\\_b.pdf](https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/press_release/sy220825ne_b.pdf)

Conselho Europeu, gravação de vídeo da “Economic and Financial Affairs Council – Public Session”, de 5 de Abril de 2022 [consult. 14 Abr. 2022]. Disponível em: <https://video.consilium.europa.eu/event/en/25659>

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>

EUR-Lex, sítio da net da Legislação da União Europeia, Summaries of EU Legislation, “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, última atualização a 15 Dez. 2017 [consult. 9 Nov. 2021], Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301854>

GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP, What Impact Will Brexit Have on Derivative Benefits Test Under U.S. Double Tax Treaties? (2020), Texto partilhado online, disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/01/what-impact-will-brexithave-on-derivative-benefits-test-under-us-double-tax-treaties.pdf>, pp. 1 e 2.

OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, [consult. 4 Abr. 2021], Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/>

OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, “Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation” [consult. 20 Jan. 2022], Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>

OCDE, sítio da net da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, “International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age” [consult. 13 Abr. 2022], Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>

Proporcional in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. [consult. 2021-02-09 01:21:20]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/proporcional>

Proporcionalidade in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa sem Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. [consult. 2021-02-09 01:43:17]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa-ao/proporcionalidade>

RATCLIFF, Christina; MARTINELLO, Barbara, *Liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços*, Fichas temáticas sobre a União Europeia, Website do Parlamento Europeu, (2021) [consult. 29 Nov. 2021]. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/40/direito-de-estabelecimento-e-liberdade-de-prestacao-de-servicos>

Site do Ministério da Economia, Governo do Brasil, *Primórdios do Imposto de Renda no Mundo*, (1 Set. 2015), [consult. 12 Out. 2021]. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acao-a-informacao/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/primordios-do-imposto-de-renda-no-mundo>

Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007. JO C 306 de 17.12.2007

Tratado de Maastricht sobre a União Europeia. JO C 191 de 29.7.1992

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Versão Consolidada. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)

United States Model Income Tax Convention of September 20, 1996 (1996). Disponível em:  
<https://www.irs.gov/pub/irs-trty/usmtech.pdf>

United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006 (2006). Disponível em:  
<https://www.irs.gov/pub/irs-trty/model006.pdf>

United States Model Income Tax Convention (2016). Disponível em:  
<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>

## Jurisprudência

Acórdão do TJUE de 16 de Julho de 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Fédéchar)*, C-8/55.

Acórdão do TJUE de 12 de Junho de 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, C-15/57.

Acórdão do TJUE de 13 de Julho de 1962, *Mannesmann AG v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, C-19/61.

Acórdão do TJUE de 19 de Março de 1964, *Estelle Schmitz, casada com Roland Wollast v. Comunidade Económica Europeia*, C-18/63.

Johansson v. United States, 336 F.2d 809 (5th Cir. 1964).

Acórdão do TJUE de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentrale AG vs Bundesmonopolverwaltung für Brantwein – “Cassis de Dijon”*, C-120/78.

Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, *Avoir Fiscal*, C-270/83.

Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann*, C-204/90.

Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1992, *Comissão vs Bélgica*, C-300/90.

Acórdão do TJUE de 14 de Fevereiro de 1995, *Schumacker*, C-279/93.

Acórdão do TJUE de 27 de Junho de 1996, *Asscher*, C-107/94.

Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations*, C-250/95.

Acórdão do TJUE de 9 de Março de 1999, *Centros*, C-212/97.

Acórdão do TJUE de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97.

Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, *Baxter*, C-254/97.

Acórdão do TJUE de 26 de Outubro de 1999, *Eurowings Luftverkehrs*, C-294/97.

Acórdão do TJUE de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, C-35/98.

Acórdão do TJUE de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft*, C-397/98.

Acórdão do TJUE de 3 de Outubro de 2002, *Danner*, C-136/00.

Acórdão do TJUE de 5 de Novembro de 2002, *Open Skies*, C-471/98.

Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2002, *Lankhorst-Horost*, C-324/00.

Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2002, *De Groot*, C-385/00.

Acórdão do TJUE de 4 de Março de 2004, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa*, C-334/02.

Acórdão do TJUE de 5 Julho de 2005, *D.*, C-376/03.

Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03.

Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04.

Acórdão do TJUE de 3 de Outubro de 2006, *Scorpio*, C-290/04.

Acórdão do TJUE de 7 de Setembro de 2006, *N*, C-470/04.

Acórdão do TJUE de 14 de Setembro de 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04.

Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2006, *ACT Group Litigation*, C-374/04.

Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 2006, *Franked Investment Income Group Litigation*, C-446/04.

Acórdão do TJUE de 18 de Julho de 2007, *OY AA*, C-231/05.

Acórdão do TJUE de 11 de Setembro de 2007, *Schwarz*, C-76/05.

Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06.

Acórdão do TJUE de 15 de Maio de 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06.

Acórdão do TJUE de 20 de Maio de 2008, *Orange*, C-194/06.

Acórdão do TJUE de 23 de Outubro de 2008, *Krankenheim Ruhesitz*, C-157/07.

Acórdão do TJUE de 27 de Novembro de 2008, *Papillon*, C-418/07.

Acórdão do TJUE de 4 de Dezembro de 2008, *Jobra*, C-330/07.

Acórdão do TJUE de 21 de Janeiro de 2010, *SGI*, C-311/08.

Acórdão do Tribunal do EFTA de 9 de Julho de 2014, *Fred Olsen and Others and Petter Olsen and Others*, casos conjuntos E-3/13 e E-20/13.

Acórdão do TJUE de 24 de Novembro de 2016, *SECIL* C-464/14.

Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, *X-GmbH*, C-135/17.

Acórdão do TJUE de 30 de Janeiro de 2020, *VOF*, C-725/18.

Acórdão do TJUE de 3 de Março de 2020, *Google Ireland*, C-482/18.

Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2021, *Lexel AB*, C-484/19.