

REVISTA DEFINANÇAS PÚBLICAS E DIREITO FISCAL

Ano 5 · Número 3 · OUTONO

**ARTIGOS
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA
RECENSÕES
NA WEB
CRÓNICA DA ACTUALIDADE**

ÍNDICE

Editorial – Eduardo Paz Ferreira	9
Convidado de Outono – José Cunha Rodrigues	13

EM ANÁLISE

O ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2013

Emanuel Augusto dos Santos – O Orçamento do Estado e a economia	27
Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins – 2013: O ano do orçamento dos “austerianos”	35
Nuno Cunha Rodrigues – Breves reflexões sobre a dívida pública e a proposta de Orçamento de Estado para 2013.....	45
Clotilde Celorico Palma – Proposta de Lei que aprova o Orçamento do Estado para 2013 – Linhas sumárias das alterações em IVA	49

ARTIGOS

João José Amaral Tomaz – Terá sido Portugal o primeiro país a implementar a remuneração convencional do capital social?	59
Emanuel Vidal Lima – IVA Social ou IVA anti-deslocalização.....	87
Clotilde Celorico Palma – Tributos e Confisco – Algumas reflexões....	111
Cidália Maria da Mota Lopes – Os custos de cumprimento fiscal nas Pequenas e Médias Empresas – a Percepção dos Técnicos Oficiais de Contas (TOCS).....	133

Alexandra Martins – O Livro Verde sobre o Futuro do IVA. Perspectivas e Desenvolvimentos	151
Cláudia Dias Soares – The Portuguese Energy Tax until 2011: The tax design	183
L. Miguel Pestana de Vasconcelos – As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma	203

JURISPRUDÊNCIA

Ana Paula Dourado – Sobre o sigilo bancário. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de julho de 2012 (Processo n.º 286/12), Pleno da Secção do Contencioso Tributário (Relatora Conselheira Isabel Marques da Silva)	231
Nuno Cunha Rodrigues – A afectação de receitas tributárias às Regiões Autónomas. Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 412/2012, de 25 de setembro de 2012 (Processos n.ºs 707, 724 e 910 de 2011, e 21 e 22 de 2012), Plenário, Fiscalização Sucessiva (Relatora: Conselheira Maria João Antunes)	249
Francisco Cabral Matos e Teresa Telxeira Mota – Desenvolvimentos recentes na jurisprudência relativa a OICVM. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de maio de 2012 (Processos apensos C-338/11 a C-347/11), Caso <i>Santander Asset Management SGIIC SA</i>	261
Síntese de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria fiscal do trimestre	271
Síntese de acórdãos do Tribunal Constitucional do trimestre	287
Síntese de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, Secção do Contencioso Tributário, do trimestre	291
Síntese de jurisprudência fiscal arbitral do trimestre	299
Síntese de acórdãos do Tribunal de Contas do trimestre	315

RECENSÕES

Finanças Comportamentais de Júlio Lobão, por Paula Vaz Freire	323
Finanças Públicas da União Europeia de João Ricardo Catarino e José F. F. Tavares (Coord.), por João Miguel Ascenso	329
O Intercâmbio de Informação Tributária de Maria Odete Baptista Oliveira, por Clotilde Celorico Palma	333
Estudos de IVA II de Clotilde Celorico Palma, por Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins.....	337
Publicações Recentes por Marta Caldas	339

NA WEB

Vista ao blog de Pedro Lains <i>Economia e História Económica</i>, por Mónica Velosa Ferreira	343
--	------------

CRÓNICA DE ACTUALIDADE

Ponto de situação dos trabalhos na União Europeia e na OCDE – Principais iniciativas do Trimestre por A. Brigas Afonso, Clotilde Palma e Manuel Faustino.....	347
1. Fiscalidade Direta	347
2. Imposto sobre o Valor Acrescentado	355
3. Impostos especiais de consumo harmonizados, imposto sobre veículos e união aduaneira	356
Professor Doutor António Carlos dos Santos e Professora Doutora Clotilde Celorico Palma nomeados para integrarem o grupo de trabalho sobre o IVA criado pela Comissão Europeia, por Marta Jacques Pena	361
Congressos/Conferências nacionais e internacionais de Direito Tributário e Fiscal, por Marta Jacques Pena	363

DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A OICVM

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA,
DE 10 DE MAIO DE 2012 (PROCESSOS APENSOS C-338/11 A C-347/11), CASO
SANTANDER ASSET MANAGEMENT SGHC SA

*Francisco Cabral Matos**
*Teresa Teixeira Mota***

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO:

“O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 63.º TFUE e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional (...) que sujeita os dividendos de origem nacional distribuídos a OICVM a um tratamento fiscal diferente em função do lugar de residência do organismo beneficiário. Em particular, pretende saber se, tratando-se da tributação dos dividendos distribuídos por sociedades residentes a OICVM não residentes, a comparação (...) deve ser efetuada apenas ao nível do veículo de investimento ou deve igualmente ter em conta a situação dos detentores de participações. (...)”

Os artigos 63.º TFUE e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que prevê a tributação, através de uma retenção na fonte, dos dividendos de origem nacional quando são recebidos por organismos de investimento coletivo em valores mobiliários residentes noutro Estado, ao passo que tais dividendos são isentos do imposto a cargo dos organismos de investimento coletivo em valores mobiliários residentes no primeiro Estado.”

COMENTÁRIO

1. Introdução

Nos termos da sua legislação interna, França sujeita os dividendos distribuídos por uma entidade residente a tributação quando colocados à disposição de Organismos de Investimento Coletivo em Valores Mobiliá-

* Advogado.

** Advogada Estagiária.

rios (“OICVM”) não residentes, aplicando uma retenção na fonte definitiva à taxa de 25%. Diversamente, sempre que estejam em causa dividendos distribuídos a OICVM residentes naquele país, não é aplicável qualquer imposto sobre o rendimento.

Em virtude desta diferença de tratamento entre OICVM residentes e não residentes em França, foi suscitada perante o *tribunal administratif de Montreuil* a eventual desconformidade da legislação francesa com o Direito da União Europeia, mais precisamente a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

Conforme identifica o tribunal *a quo* “a regulamentação nacional em causa nos processos principais introduz uma diferença de tratamento fiscal em detrimento dos OICVM não residentes, (...) [a qual constitui] uma restrição à liberdade de circulação de capitais na aceção do artigo 63.º TFUE, que só pode ser admitida, atendendo ao artigo 65.º TFUE, se a diferença de tratamento disser respeito a situações não objetivamente comparáveis ou se a restrição se justificar por uma razão imperiosa de interesse geral.”

A título preliminar, importa notar que neste caso, como em tantos outros, nem o tribunal *a quo* nem o TJUE respeitam os passos necessários à determinação da existência de uma situação discriminatória ou restritiva contrária ao Direito da União Europeia. Com efeito, ambos os tribunais parecem admitir à partida que existe uma verdadeira discriminação, não obstante a questão central colocada perante o TJUE se refira precisamente aos moldes em que a situação de OICVM residentes e não residentes deve ser comparada. Esse vício de raciocínio é notório tanto na exposição do tribunal *a quo* – sintetizada no considerando 7 do acórdão – quanto no raciocínio do TJUE. Veja-se que a discussão em torno do objeto de comparação surge já depois de considerar que a legislação francesa “constitui uma restrição à livre circulação de capitais, a qual é, em princípio, proibida pelo artigo 63.º TFUE”¹ e de suscitar a necessidade de “examinar se essa restrição pode ser justificada à luz das disposições do Tratado FUE”². Tal forma de exposição prejudica a clareza do raciocínio do TJUE,

¹ Vide Considerando 18.

² Vide Considerando 19.

mas prejudica acima de tudo a necessária distinção entre o conceito de discriminação / restrição e o conceito de disparidade³.

Vejam os então em que termos se suscitou a análise do TJUE, começando por identificar as duas questões prejudiciais submetidas pelo tribunal *a quo*:

1) A situação dos detentores de participações deve ser tida em conta juntamente com a situação dos OICVM?

2) Em tal hipótese, que requisitos devem estar preenchidos para que se possa considerar que a retenção na fonte controvertida está em conformidade com o princípio da livre circulação de capitais?

Como bem refere o tribunal *a quo*, “*para efeitos de apreciar a comparabilidade das situações, a questão de saber se a situação dos detentores de participações deve ser tida em conta, juntamente com a dos OICVM, é essencial.*”

Uma das abordagens possíveis consiste na ponderação da situação jurídico-tributária dos OICVM em si, circunscrevendo-se por esta via a comparabilidade ao nível destes veículos de investimento, desconsiderando-se a posição dos investidores que atuam por intermédio daqueles. Diversamente, caso se atenda ao propósito dos OICVM de “*assegurar, como simples intermediários, não necessariamente dotados de personalidade jurídica, investimentos por conta de investidores*”⁴ e que, nessa medida, qualquer tributação que incida sobre os OICVM tem impacto nos investidores, neste caso a posição de ambos deve ser considerada conjuntamente.

Refira-se que a resposta à primeira questão terá impacto no desenvolvimento da análise do TJUE: enquanto na primeira situação se tenderá a concluir que os OICVM, quer sejam residentes em França ou não, se encontram numa situação objetivamente comparável – podendo discutir-se, com dificuldade, se alguma razão imperiosa de interesse geral poderá justificar a diferença de tratamento – na segunda alternativa é a própria comparabilidade que poderá estar em causa.

Como veremos adiante, é nossa opinião que, de forma implícita, o TJUE veio a optar por uma delimitação do objeto de comparação distinta

³ Veja-se, por todos, Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Student Edition, Fifth Edition (Kluwer Law International, 2008).

⁴ *Vide* Considerando 9 do Acórdão.

das alternativas acima expostas, sem prejuízo de as mesmas estarem marcadamente presentes no raciocínio vertido neste acórdão.

2. Definição do objeto de comparação

A título preliminar, o TJUE começa por salientar na sua análise que a liberdade de circulação de capitais tem aplicação no contexto tanto da importação de capitais quanto da exportação de capitais, pelo que devem ser tomadas como tendencialmente incompatíveis com o Direito da União Europeia não só as medidas “*que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro*”⁵, mas também aquelas que tendem “*a dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados*”⁶.

Nesse pressuposto, o Tribunal salienta que a natureza discriminatória das normas em presença pode decorrer do facto de dissuadir OICVM não residentes de investir em França, bem como de constituir um desincentivo para os investidores franceses adquirirem participações em OICVM não residentes.

O Tribunal começa por considerar a argumentação expendida pelo Governo francês, nos termos da qual a comparação deve fazer-se, não apenas entre OICVM residentes e não residentes, mas antes atendendo à concreta situação dos investidores detentores das participações que os integram, justificando tal posição no facto de os OICVM constituírem veículos de investimento que têm na sua base investidores concretos, e que, por conseguinte, os OICVM agem somente em nome e por conta daqueles.

Por outras palavras, dir-se-á que a posição do governo francês toma por base a razão de ser económica dos OICVM – mais do que a sua personalidade jurídica ou tributária – para concluir que haverá que olhar à posição integrada dos OICVM e respetivos investidores. O TJUE, ao invés, considera que, *in casu*, a comparação imposta pelo Direito da União Europeia deve fazer-se atendendo apenas à posição dos OICVM, i.e., abstraindo-se a concreta situação dos investidores. E fá-lo com base nas seguintes ordens de razão.

⁵ Cfr. Considerando 15.

⁶ *Idem*.

Por uma questão de coerência, salienta o Tribunal de Justiça – e em nosso ver bem – que não pode o Governo francês pretender que os investidores que atuam através de OICVM venham a integrar o objeto de comparação, uma vez que a legislação nacional francesa não assume como critério que a situação dos investidores seja atendida para efeitos da diferença de tratamento fiscal dos dividendos distribuídos, cingindo-se apenas e tão-só ao Estado de residência dos OICVM. Consequentemente, estando na disponibilidade dos Estados Membros a definição dos seus sistemas de tributação, nomeadamente quanto aos lucros distribuídos, o critério de distinção estabelecido na legislação nacional deve ser também o que é tido em conta para a apreciação da comparabilidade das situações.

Rejeitado o argumento do governo francês na sua dimensão teórica, o TJUE dedicou ainda parte da sua atenção à aplicação prática daquele argumento, de molde a evidenciar que o mesmo não tinha qualquer conexão com a realidade.

Por um lado, o Tribunal salienta que para que a posição do governo francês fosse coerente, a relação entre a tributação dos OICVM e dos respetivos investidores deveria decorrer da lei fiscal. Diversamente, decorre das normas fiscais francesas em análise que *“a isenção fiscal de que beneficiam os OICVM residentes não está subordinada à tributação dos rendimentos distribuídos aos seus detentores de participações”*⁷. Dito de outra forma, o argumento do governo francês faria supor, no mínimo, que sempre que os OICVM não residentes em França fossem detidos por investidores residentes, também neste caso deveriam estar isentos de qualquer tributação. Mas tal não sucede.

Do mesmo modo, prossegue o TJUE, não existe nenhum pressuposto na legislação francesa quanto à (re)distribuição pelos OICVM aos seus investidores dos dividendos recebidos. Ora, sempre que os OICVM residentes procedam à capitalização dos rendimentos realizados na sua esfera, a isenção de tributação do OICVM não é compensada por qualquer tributação na esfera dos investidores (assumindo-os residentes em território francês para efeitos fiscais).

Em jeito de conclusão, o TJUE teve o cuidado de assegurar que ao delimitar o objeto da comparação com base exclusivamente na posição dos OICVM não era considerado incompatível com a jurisprudência

⁷ Vide Considerando 30. Ver também Considerando 36.

anterior, nomeadamente no caso *Orange European Smallcap Fund* (processo C-194/06) e o caso *TruckCenter* (processo C-282/07).

Relembre-se que no primeiro caso o TJUE foi chamado a pronunciar-se igualmente sobre regras de tributação de OICVM (no caso, a legislação holandesa), tendo à data considerado relevante analisar a posição dos investidores conjuntamente com a dos OICVM no âmbito da comparação e para efeitos do apuramento da existência de uma discriminação proibida. Não obstante, como salientou o TJUE, no caso *Orange European Smallcap Fund* era o regime holandês em análise que fazia depender a isenção fiscal dos OICVM da condição “*de que a integralidade dos lucros destes organismos seria distribuída*” com o intuito de “*aproximar a carga fiscal sobre o rendimento dos investimentos que transitam por esses organismos da que incide sobre os investimentos realizados diretamente pelos particulares*”⁸, o que não sucede nos termos da legislação francesa em crise. A nosso ver, este é um ponto relevante para a compreensão do acórdão em análise e para a correta delimitação do escopo da comparação, como tentaremos demonstrar adiante.

Por seu turno, o governo francês alegava ainda que a diferença de tratamento dos OICVM residentes e dos OICVM não residentes é apenas uma consequência da distinta posição de cada organismo no que respeita à cobrança do imposto – apelando assim à jurisprudência do caso *TruckCenter* (processo C-282/07). Uma vez mais, considerou o TJUE que tal argumentação não poderia prosseguir, porquanto estão novamente em causa objetos de análise distintos. Ao passo que no caso *Truck Center* tanto a entidade residente quanto a entidade não residente estavam sujeitas a tributação no estado da fonte, centrando-se assim a discussão na admissibilidade de a lei prever “*modalidades de cobrança do imposto diferentes*”. E aqui está a verdadeira pedra de toque da distinção de situações de facto: é que se no caso *TruckCenter* – que, deve dizer-se, não é isento de críticas na doutrina – veio o TJUE admitir que houvesse uma diferenciação quanto ao modo de tributar, não poderia, de modo algum, conceder que a diferença de tratamento prevista na legislação nacional fosse tão grande que levasse a situações em que os (*in casu*, OICVM) residentes não são sujeitos a tributação e os (OICVM) não residentes são tributados.

⁸ Vide Considerando 40.

Do exposto conclui o Tribunal de Justiça que a comparabilidade deve ser estabelecida entre os OICVM residentes e os OICVM não residentes, sem que sejam considerada na equação a concreta situação dos respetivos investidores.

Estabelecida a existência de uma situação discriminatória, prossiga a análise ao nível das justificações. Relembre-se que, segundo havia aventado o tribunal *a quo*, uma vez definido o modelo de comparação estritamente ao nível dos OICVM, não seria de antecipar a existência de uma justificação admissível para permitir que tal diferenciação pudesse ser compatível com o Direito da União Europeia, o que veio a provar-se ser verdade. Vejamos então em que termos.

3. Justificações

A respeito das possíveis justificações atendíveis ao caso, o Governo francês alegou serem aplicável as três justificações tipicamente aceites pelo TJUE a respeito de matérias de índole fiscal, a saber, que (i) a discriminação em presença seria admissível tanto pela necessidade de salvaguardar a “*repartição equilibrada do poder de tributação*” entre os Estados-Membros, que (ii)urgia a necessidade de “*garantir a eficácia dos controlos fiscais*” e, por último, que (iii) estava em causa assegurar a “*coerência do regime fiscal*”.

Relativamente às duas primeiras hipóteses, nota o TJUE que as mesmas nunca poderão servir para “*justificar um imposto que incide única e especificamente sobre os não residentes*”. Ou seja, as situações de tratamento discriminatório passíveis de ser justificadas por via de qualquer uma daquelas alternativas, partem do pressuposto que ambos os residentes e não residentes são tributados.

Por outra banda, no que respeita ainda ao segundo argumento, i.e. de que a discriminação operada pode ser justificada pela *necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais*, importa notar que esta linha de argumentação é comumente chamada à colação para legitimar a aplicação de uma forma de tributação (e.g. a retenção na fonte), por contraposição a outra (e.g. a tributação a final por meio de entrega de declaração anual), o que se afigura diametralmente oposto ao que acontece no caso em apreço, pois que o Governo francês pretende utilizar um tal argumento

para justificar a tributação de *per se* (por contraposição à ausência de tributação), pelo que andou bem o TJUE ao rejeitar por completo a sua aplicação ao caso concreto.

Por fim, o TJUE faz cair por terra o argumento de que na base da discriminação se encontra a *preservação da coerência do regime fiscal* francês ao concluir que para que uma tal justificação fosse atendível para fundamentar uma discriminação como a do caso *sub judice*, teria de verificar-se um nexo direto entre a vantagem fiscal e a compensação da vantagem pela liquidação de imposto, o que manifestamente não acontece no caso da legislação francesa respeitante à tributação dos OICVM. Relembre-se que no caso em análise a legislação francesa não faz depender a ausência de tributação dos OICVM residentes da obrigatoriedade de estes distribuírem a totalidade dos dividendos percebidos, nem da efetiva tributação dos rendimentos na esfera dos investidores por qualquer outra via.

Nestes termos, conclui o Tribunal pela inexistência de justificações que tornem a discriminação em causa admissível.

4. Considerações finais

Perante tudo quanto se referiu acima, parece-nos ser correto afirmar que a particular relevância do acórdão ora em análise decorre do facto de o TJUE reforçar a necessidade de se compreender em primeiro lugar o enquadramento jurídico do Estado Membro em causa, previamente ao apuramento da existência de uma discriminação contrária ao Direito da União Europeia. Note-se que desde acórdão não resulta que qualquer potencial discriminação de OICVM deve ser analisada tomando como comparável apenas a situação dos OICVM e não a dos respetivos investidores. Diversamente, o que o TJUE determina é que se atente, antes de mais, ao tratamento fiscal nacional dos OICVM e se apure, antes de mais, se existe um nexo direto entre a tributação destes e a tributação dos investidores que recorrem a estes veículos de investimento, reiterando a aplicação da designada *single country approach*⁹. Daí a importância da

⁹ Vide Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel, op. cit. e Dennis Weber, 'In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within EC', *Intertax* número 34 volume 12 (2006).