



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

PARTICIPATION EXEMPTION EM PORTUGAL

PROPOSTAS NORMATIVAS PARA A MELHORIA DO REGIME E
EXAME DA SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Rui Miguel Rosa Duarte

Lisboa, 1 de setembro de 2016

Universidade Católica Portuguesa

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Universidade Católica Portuguesa

PARTICIPATION EXEMPTION EM PORTUGAL

PROPOSTAS NORMATIVAS PARA A MELHORIA DO REGIME E EXAME
DA SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

DISSERTAÇÃO

Para obtenção do grau de Mestre em Direito Fiscal pela Universidade Católica Portuguesa-Lisboa, redigida por Rui Miguel Rosa Duarte, sob a orientação do Senhor Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira.

Lisboa, 1 de setembro de 2016

À minha família,

Em especial à Conceição e ao Gabriel, meus queridos pais, pelo seu monumental esforço em garantir a realização dos meus sonhos. Ao meu grande irmão, Diogo, pelo apoio em todas as horas difíceis.

À Cláudia,

Por durante todo este percurso, me ter mantido no caminho.

Ao Senhor Professor Doutor João Nogueira,

Pela excelente orientação e por toda a dedicação e apoio, durante a concretização desta dissertação.

ÍNDICE	
1 Introdução	7
1.1 Objeto e objetivo da Investigação	8
1.1.1 Delimitação positiva.....	9
1.1.2 Delimitação negativa.....	9
1.2 Metodologia e modo de citar.....	9
1.3 Sequência	10
2 Introdução ao regime da <i>Participation Exemption</i>	11
2.1 Introdução	11
2.2 O <i>rationale</i> do regime da Pex	12
2.3 A <i>Participation Exemption</i> enquanto factor de competitividade fiscal.....	13
2.4 A <i>Participation Exemption</i> como instrumento de eliminação ou mitigação da dupla tributação económica internacional.....	15
2.4.1 Em geral: a mitigação ou eliminação convencional e unilateral	15
2.4.2 Eliminação multilateral: a Diretiva mães-afiliadas	17
3 Traços estruturantes da <i>Participation Exemption</i>	19
3.1 Introdução	19
3.2 O âmbito de aplicação objetivo da <i>Participation Exemption</i>	19
3.2.1 Dividendos	19
3.2.2 Mais-Valias	20
3.3 Âmbito de aplicação temporal.....	21
3.4 Âmbito de aplicação geográfico.....	22
3.5 Requisitos relativos à participação social.....	23
3.6 Conclusões preliminares	24
4 Análise crítica do regime português	25
4.1 O regime português	25
4.2 Compatibilidade com o Direito da União Europeia	26
4.3 Propostas normativas para a melhoria do sistema português	30
4.3.1 Mais-valias	30
4.3.2 Âmbito de aplicação temporal.....	31
4.3.3 Âmbito de aplicação geográfico.....	32
4.3.4 Requisitos relativos à participação social.....	33
4.4. Conclusões preliminares	35
5 Conclusões	37
LISTA BIBLIOGRÁFICA E OUTRAS FONTES	41
LISTA JURISPRUDENCIAL	46

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CEN	<i>Capital-export neutrality</i>
Cfr.	Confrontar
CIN	<i>Capital-import neutrality</i>
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
Cp.	Capítulo
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
Cps.	Capítulos
DSMA	Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
Nº	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
P.	Página
Pex	<i>Participation Exemption</i>
Ps.	Páginas
Pt.	Ponto
Pts.	Pontos
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	Vide
Vol.	Volume

1 Introdução

As atividades económicas são cada vez mais globais. O fenómeno da globalização, tem permitido a crescente integração do comércio internacional e a crescente mobilidade dos capitais entre fronteiras.¹ Todos estes acontecimentos tem um forte impacto ao nível da concorrência fiscal entre os países, a política fiscal assumiu comprovadamente uma posição de destaque enquanto instrumento de competitividade.

O crescimento do comércio internacional tem conferido relevância fiscal acrescida à forma como são tributados os lucros distribuídos entre entidades integradas em grupos multinacionais, pelas diversas jurisdições nacionais.²

A dupla tributação económica, apresenta-se como um entrave à boa estruturação comercial destas atividades societárias e aos movimentos de capitais.³ Ao tributar os lucros distribuídos nas mãos de sociedades distintas, o sistema tributário acaba por distorcer as decisões dos operadores económicos, deixando de ser neutral. Isto significa que a mesma realidade é sujeita a uma tributação diferente em condições análogas, dependendo da tributação do local onde se realize o investimento.

Desta forma é de extrema importância mitigar ou mesmo eliminar a dupla tributação económica⁴, isentando os rendimentos obtidos no estrangeiro, por forma a prevenir os “comportamentos de substituição” e “decisão de saída do território nacional” tornando os regimes nacionais mais competitivos. Sem o regime da *Participation Exemption*, as empresas portuguesas seriam tributadas duas vezes quando investissem no exterior, mesmo quando estas estivessem em igualdade de circunstâncias com empresas de outros países.⁵

Existem vários sistemas de mitigação ou eliminação da dupla tributação económica. Um deles é o denominado regime da *Participation Exemption*. Este tem em vista a mitigação ou eliminação da dupla tributação económica nas distribuições de

¹ Vd. FINNERTY C., MERKS P., PETRICCIONE M. & RUSSO R., *Fundamentals of International Tax Planning...*, p. 1.

² Sobre a globalização das atividades económicas, a organização das sociedades em grupos multinacionais e as suas consequências a nível fiscal, Vd. CAMPOS, D. L., CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário*, Almedina 2ª Edição, 2000, p. 338.

³ PEREIRA, M. H. F., *Fiscalidade...*, p. 256.

⁴ Cfr. FERREIRA, T.A., *The new Participation Exemption regime...* p. 106.

⁵ <http://www.occ.pt/fotos/edidor2/relatorioirc.pdf>, p.103.

lucros entre sociedades com alguma associação. O regime apresenta características diferentes nos vários sistemas fiscais em que foi introduzido. No entanto, um exame atento destes sistemas, no espaço da União Europeia, permitiu-nos concluir que existe uma tendência para a harmonização dos mesmos, muito por força da influência determinante que neles exerce a diretiva Mães-Afiliadas⁶ (como desenvolveremos *infra*).

Um exame da atual literatura e jurisprudência acaba por não desvendar imediatamente o *rationale* último do regime. Isto faz com que se mostre mais difícil proceder a um exame crítico das opções que estão à disposição dos legisladores nacionais. Sem esse *rationale*, não é possível responder de forma adequada a questões como as de saber qual deve ser o campo subjetivo e objetivo de aplicação do regime, ou quais os requisitos dos quais deve depender a atribuição das vantagens deste decorrente. Pelo que, na presente dissertação, começamos por uma identificação clara da *raison d'être* do regime para depois, adequadamente, nos lançarmos na análise de cada uma das condições mencionadas. Procuraremos, através desta refundação ontológica do regime, a *naturalia*, *essentialia* e *incidentalialia* do mesmo, bem como identificar as melhores práticas e standards mínimos de um sistema de *Participation Exemption*.

Tivemos ainda em consideração o plano europeu e os condicionalismos de direito primário e secundário. Incorporamos tais factores na nossa investigação e analisamos possíveis questões de compatibilidade do ordenamento

Por último, tivemos em consideração os condicionalismos (nomeadamente macroeconómicos) do ordenamento português. Esperamos, com o presente estudo, dar um contributo válido para uma melhor compreensão deste regime e faremos propostas normativas para a melhoria do regime português.

1.1 Objeto e objetivo da Investigação

A presente tese tem como objeto a análise do regime da *Participation Exemption* português. Para um melhor exame do mesmo, teremos ainda em consideração os regimes de Pex de outros Estados Membros da União Europeia.

⁶ Diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011.

O objetivo desta dissertação é o de contribuir para uma melhor compreensão dos sistemas de Pex (e em especial do português), analisar os possíveis problemas de compatibilidade com o direito da União e de apresentar propostas normativas que permitam uma melhoria do nosso sistema.

1.1.1 Delimitação positiva

Esta dissertação terá o seu principal enfoque no regime da *Participation Exemption* português. Incidiremos essencialmente sobre o artigo 51º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, mais concretamente o número 1 alíneas *d)* e *e)* e os números 13 e 14.

1.1.2 Delimitação negativa

Fora do nosso estudo ficarão as situações “*outbound*” de distribuição de lucros, considerações acerca dos resultados de liquidação, ou sobre outros regimes, que não o português e todos os demais números do artigo 51º do CIRC. Não faremos também qualquer análise sobre tributação indireta, ou a situação de países terceiros. Não procederemos a uma análise da interação deste com outros regimes, tanto ao nível doméstico, como ao nível europeu ou internacional. Excluído está também o exame da constitucionalidade deste regime. Sendo interessante, teria de ser objeto de uma dissertação autónoma.

Ficarão ainda de fora elementos não jurídicos como o económico, o estatístico, o sociológico ou outros enfoques possíveis de exame do sistema.

1.2 Metodologia e modo de citar

A base de análise do presente trabalho é a legislação nacional portuguesa e dos restantes Estados-Membros da União Europeia, no que respeita à *Participation Exemption*. Procederemos a uma revisão bibliográfica, de artigos doutrinários e, maioritariamente, de revisão jurisprudencial.

O teste de compatibilidade com o Direito da União Europeia será realizado com base no raciocínio típico desenvolvido pelo TJUE, no exame de normas tributárias internas dos Estados-Membros.⁷

Para as citações e indicações bibliográficas, seguimos as regras do *House Style* do IBFD⁸.

1.3 Sequência

Começaremos por abordar a temática do *Participation Exemption* enquanto instrumento de eliminação ou mitigação da dupla tributação económica. Desvendamos aquela que na nossa opinião é verdadeiramente a finalidade deste regime, a que é determinante na fixação do seu campo de aplicação e requisitos do qual deve depender.

Após um exame da finalidade última do regime, construiremos uma moldura considerada por nós ideal e que melhor se coaduna com o seu *rationale*. Para nos auxiliar na construção desta moldura e na fixação de standards mínimos e melhores práticas, procedemos a uma análise dos regimes existentes da União Europeia, numa tentativa de extrair elementos sobre as práticas legislativas nesses países.

Fixada a *rationale* última e construída uma moldura compatível, faremos uma análise crítica do regime português. Focar-nos-emos na conformidade da norma com o Direito da União Europeia, aferindo-a através do raciocínio típico utilizado na jurisprudência do TJUE, para o exame da compatibilidade das normas nacionais.

Finalizaremos com a apresentação de propostas normativas, que no nosso entender, conduziriam a uma melhoria do sistema português.

⁷ Vd. NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, p. 205 e ss.

⁸ <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/IBFD%20Author%20Instructors.pdf>.

2 Introdução ao regime da *Participation Exemption*

2.1 Introdução

O fenómeno da dupla tributação económica dos investimentos transfronteiriços, leva a que os Estados adotem, por razões de competitividade e neutralidade fiscal⁹, o regime de Pex.¹⁰ O investidor nacional ou estrangeiro terá em conta na sua decisão de investimento, o regime fiscal aplicável aos seus investimentos¹¹.

O *rationale* da Pex é o da eliminação da dupla tributação económica das distribuições de lucro, isto, dado que tal dupla tributação causa distorções na organização societária. Questão a ser colocada adiante, será saber se a dupla tributação económica deverá ser eliminada em todas estas distribuições, ou será um privilégio a atribuir apenas às verdadeiramente “merecedoras” (distribuições com verdadeira substância económica provenientes de investimentos e estruturas genuínas).

A não existir Pex, as sociedades poderiam ser induzidas a condensar num único Estado, afetando assim gravemente o comércio transfronteiriço, a circulação de capitais e as vantagens económicas daí advenientes. Distribuir dividendos de forma transfronteiriça seria algo muito custoso, pelo que as decisões de financiamento poderiam ficar desequilibradas, favorecendo o endividamento em detrimento do investimento através da injeção de capital (“*debt vs. equity*”).

A ausência de CIN ou de CEN será responsável pela ineficiência económica. Assim sendo, o regime de Pex, terá de se apoiar numa das duas, porque para atingir

⁹ Seguindo a definição de neutralidade fiscal de NABAIS, J. C., em *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas...*, ps. 56 a 66.

¹⁰ Sobre o regime do privilégio de afiliação enquanto instrumento importante na competitividade fiscal portuguesa Vd. SANTOS, A.C. & VENTURA, A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, ps.43 a 45.

¹¹ Com a reforma portuguesa de 2011, eliminou-se do critério de qualificação de uma participação, com um custo de aquisição de 20 milhões que não perfizesse os 10% de detenção. As distribuições qualificadas por este critério deixaram de beneficiar da Pex, algo que veio defraudar as expectativas legítimas dos investidores que escolheram Portugal na sua decisão de investimento. Decisão essa baseada no regime anterior, que agora não terá aplicação, num momento chave do seu investimento (distribuição de dividendos). É de notar assim, que a tributação das distribuições de dividendos causa importantes impactos na rentabilidade do investimento. Vd. FERREIRA, T.A., *The new Participation Exemption regime*, 51 *European Taxation* 2/3, 2011.

ambas as neutralidades, os sistemas tributários nos países europeus teriam de ser idênticos.¹²

A Pex deverá ir de encontro ao conceito de CIN. Com a neutralidade na importação de capitais, “*residentes investing in a source country bear the same tax burden irrespective of their countries of residence.*”¹³ Desta forma, o Estado da residência garante que os seus investidores, ao investirem no estrangeiro, sofrem a mesma carga tributária que os locais. Uma abordagem mais próxima da CIN, visto que as empresas são tributadas na fonte.¹⁴

Desta forma, este regime responde também às exigências do princípio da territorialidade, segundo o qual o rendimento deve ser alvo de tributação onde for gerado¹⁵. É um regime que só fará sentido em países que tribuam pela universalidade dos rendimentos¹⁶, estes devem ignorar o rendimento obtido no estrangeiro, garantindo uma isenção total.

2.2 O *rationale* do regime da Pex

Dadas estas considerações cumpre isolar o *rationale* último deste regime, os seus elementos essenciais e as suas implicações.

Em nossa opinião, a finalidade do regime, é a eliminação ou mitigação da dupla tributação económica, nas distribuições de lucros entre sociedades afiliadas. Agregada a esta estará sempre o controlo da substância das participações abrangidas¹⁷, já que nem

¹² Vd. Corporate Taxation: CEN and CIN, by Nam Tran Thi Nguyen, CC '98, http://archive.helvidius.org/1999/1999_Nguyen.pdf.

¹³ ARNOLD, B.J., *International Tax Primer...*, p. 210. Cfr. BRANDÃO, A.F.R., *A neutralidade Fiscal em sede de Impostos sobre o rendimento na reestruturação de sociedades...*, p. 1, “Uma reestruturação pode surgir como necessidade em qualquer altura (...) É fundamentalmente uma questão de eficiência económica é certo. Sucede, porém, que o factor fiscal está sempre presente a condicionar a decisão final”. Confrontamos a opinião de BRANDÃO, A.F.R., com a ideia de que a *Participation Exemption* não deve ser um factor que condicione esta decisão, tornando-a artificial do ponto de vista da sua realidade económica.

¹⁴ Vd. Corporate Taxation: CEN and CIN, by Nam Tran Thi Nguyen, CC '98, http://archive.helvidius.org/1999/1999_Nguyen.pdf.

¹⁵ Vd. TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal...*, p. 60.

¹⁶ “Este regime, que encontra a sua ratio num aprofundamento do princípio da territorialidade, é acompanhado por um conjunto de requisitos que visam assegurar a substância das operações por ele abrangidas.”Vd. <http://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf>, p. 102. WEISBACH, D.A., *The use of Neutralities in the International Tax Policy*, The University of Chicago. http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2014/weisba-ch-2.pdf.

¹⁷ SANTOS, A.C. & VENTURA, A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do*

todas as participações recebem o benefício da Pex. Ou seja, estamos perante um regime seletivo do privilégio da afiliação.

Apenas beneficiam as participações estáveis, não especulativas, que contém algum grau de transparência e que sejam estruturadas com base em razões comerciais válidas.

Em nossa opinião, filtrando as participações merecedoras através de critérios estabelecidos pelo legislador, os Estados concedem também este privilégio a participações, s que direta e indiretamente, contribuem para o desenvolvimento da economia real da jurisdição¹⁸. Quanto mais participações qualificadas forem detidas pelos operadores económicos de uma jurisdição, fora desta, maior será a visibilidade e a importância da mesma nos mercados exteriores. Ao atribuir esta isenção, a jurisdição, estará (ainda que indiretamente), a fomentar o investimento de maior dimensão no exterior. Investimento que, com maior probabilidade estará ligado a uma atividade económica do que a uma atividade meramente financeira ou seguradora. E tal irá beneficiar indiretamente a economia nacional.

2.3 A *Participation Exemption* enquanto factor de competitividade fiscal

Em nossa opinião, o desenho do sistema de *Participation Exemption*, não deve ser norteadado pelo objetivo de aumentar a competitividade fiscal de um país. Quanto mais laxo for o regime, mais comprometido ficará o *rationale* último, que é o de reservar a isenção às participações capazes de produzir o impacto económico acima mencionado.

O círculo de aplicação da Pex, poderá ser maior ou menor dependendo das opções políticas dos Estados. Poderemos ter um regime mais exigente, que restringe as participações, devido a finalidades protecionistas da economia nacional. Ou por outro lado um regime menos exigente, que alarga o âmbito de qualificação funcionando como

Código..., p. 44 § 1.

¹⁸ Vd. TORMENTA, J. a *pub* SANTOS A.C. & VENTURA, A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, ps. 139 e 141.

um instrumento de atração de investimento, bem como de atração de sedes de empresas e grupos multinacionais.¹⁹

Em nosso entender, e independentemente desta variação de opções políticas, cremos que a finalidade essencial do regime da Pex nunca deveria ser comprometida, restringindo-se em demasia o regime, ou alargando a participações sem a capacidade de produzir o impacto económico mencionado.

Poderemos pensar que este regime é uma boa ferramenta, para potenciar a competitividade dos regimes fiscais dos países. No entanto, a decisão de investimento, não tem apenas em conta o fator fiscal, sendo este, na opinião de SANTOS, A.C.²⁰, um “(...) elemento de desempate quando as condições apresentadas por Estados que sejam potenciais destinatários do investimento projetado sejam idênticas (...)” A estabilidade política, a localização da jurisdição, entre outros fatores, relevam fortemente para esta decisão, constituindo os pontos principais a focar numa tentativa de melhorar a captação de investimento por parte de uma jurisdição.

Um Estado poderá sentir-se tentado a construir um regime menos exigente de Pex, no sentido de facilitar e fomentar o investimento. Um regime menos exigente que os restantes, (e mesmo menos exigente do que referido na diretiva). Assim sendo, a análise recairá sobre a questão de saber até que ponto a menor exigência do regime, não irá comprometer o *rationale* da Pex. Se esta menor exigência não atrairá à qualificação as participações não merecedoras da isenção. Aquelas que não são consideradas as “participações boas”, “meritórias”, “não artificiais”, prejudicando a finalidade essencial do regime de atribuir o privilégio da afiliação, que é a eliminação da dupla tributação económica.

Seguindo TORMENTA, J.²¹, um regime menos exigente ao nível dos requisitos poderá “(...) levar a fenómenos de dupla não tributação, sem que isso traga qualquer efeito competitivo nem melhorias à economia real.”. De acordo com MUSGRAVE, R. A., & MUSGRAVE, P.B.,²² os incentivos fiscais devem ser desenhados de forma a

¹⁹ Vd. TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal...*, p. 297.

²⁰ SANTOS A.C., & VENTURA, A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, p. 49 § 1.

²¹ SANTOS A.C., & VENTURA, A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, ps. 139 e 141.

²² MUSGRAVE, R.A., & MUSGRAVE, P.B., *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill College, 1989.

atrair “(...) *reinvestment and permanent operation while discouraging quick-kill types of investments.*”

Entendemos assim que o factor de competitividade não é a pedra de toque do regime da Pex, nem poderá ser. A construção deste regime não poderá erguer-se apenas em torno da competitividade, arriscando-se dessa forma a comprometer o seu “*rationale*”.

2.4 A *Participation Exemption* como instrumento de eliminação ou mitigação da dupla tributação económica internacional

2.4.1 Em geral: a mitigação ou eliminação convencional e unilateral

A mitigação ou eliminação da dupla tributação económica internacional, poderá atribuir-se unilateralmente, ou com recurso a um tratado.

Aquando da distribuição de dividendos entre empresas afiliadas que residem em Estados diferentes, criam-se frequentemente situações de dupla tributação. Podemos estar perante dupla tributação jurídica internacional e dupla tributação económica internacional. Ambos os conceitos separados pela identidade do sujeito, visto que em ambos, a identidade do objeto é a mesma. Acontece que na dupla tributação jurídica internacional, o mesmo sujeito é tributado mais do que uma vez pelo mesmo rendimento. Já na dupla tributação económica, dois sujeitos distintos são tributados, pelo mesmo rendimento.²³

O artigo 10º da CMOCDÉ segue o *Sistema Clássico*²⁴, no qual se procede à tributação do rendimento duas vezes, uma primeira quando é gerado e uma segunda quando é distribuído. Este sistema continua a ser o sistema padrão no panorama internacional.²⁵

²³ PEREIRA, M.H.F., *Fiscalidade...*, ps. 234 e 235.

²⁴ Sistema Fiscal que tributa os lucros e também a sua distribuição, sem isenção de um em detrimento do outro. TEIXEIRA, G., *Taxing Corporate Profits in the EU - A Comparative Study of the Portuguese, British and Dutch Systems...*, p. 8.

²⁵ TEIXEIRA, G., *Taxing Corporate Profits in the EU - A Comparative Study of the Portuguese, British and Dutch Systems...*, p. 8.

Sabemos que a eliminação da dupla tributação jurídica terá uma solução relativamente simples, caso exista uma CDT entre o país da fonte e o da residência²⁶.

Nos termos do artigo 10º da Convenção Modelo da OCDE (ou das Nações Unidas), os dividendos pagos por uma sociedade residente num dos Estados contratantes a um residente de outro Estado contratante, podem ser tributados em ambos os Estados. O Estado da fonte tem um poder de tributação limitado a uma determinada percentagem. Por seu turno, o Estado de residência pode tributar ilimitadamente, sendo ainda responsável pela aplicação das regras sobre a eliminação da dupla tributação²⁷.

Países que tenham como objetivo a atração do investimento terão a tendência de isentar os rendimentos gerados noutro país e já aí tributados, seguindo uma lógica de neutralidade na importação de capitais e a ideia de que usualmente as taxas de imposto praticadas pelos países da fonte dos rendimentos são frequentemente mais elevadas.

Ao invés, nas jurisdições em que os investidores expandem as suas atividades para o estrangeiro, são tributados pela universalidade dos rendimentos. Sendo que, a dupla tributação internacional é atenuada com recurso ao método do crédito.²⁸ No caso de Portugal a necessidade tem-se invertido, passando de exportador, a importador de capital.²⁹ No entanto persiste o problema da dupla tributação económica.

Convencionalmente, através das CDT's, as jurisdições nacionais poderão acordar entre si, as condições às quais ficará sujeita, a eliminação ou mitigação da dupla tributação. A nível convencional, usualmente as CDT's procedem à eliminação da dupla tributação jurídica internacional. Na Pex, a dupla tributação normalmente mitigada ou eliminada seria a económica.

No entanto, o sistema convencional foi considerado insuficiente. Para que se crie um verdadeiro incentivo ao investimento, a eliminação da dupla tributação económica, deve ser feita por regra doméstica.

²⁶ Ainda que o mecanismo previsto pelas CDT's possa não eliminar completamente a dupla tributação dadas as limitações inerentes a alguns dos métodos como do crédito ordinário de imposto. Sobre a eliminação da dupla tributação internacional jurídica e económica, Vd. PEREIRA, M.H.F., *Fiscalidade...*, ps. 254 e ss. A extensão do regime Sueco da *Participation Exemption* teve como objetivo a eliminação da dupla tributação económica resultante da aplicação do Sistema Clássico. Vd. ARENDONK, H. van., & ENGLER, F., *A tax Globalist: Essays in honour of Maarten J. Ellis*, Online Books IBFD, 2005, WIMAN, B., Part B – *European Tax Law, Extended Swedish participation exemption*, Cps. 2 e 3.

²⁷ Art. 23º das Convenções Modelo, tanto da OCDE como das Nações Unidas.

²⁸ Vd. TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal...*, p. 295.

²⁹ Vd. TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal...*, p. 280.

Cada Estado pode adotar, no seu ordenamento doméstico, as disposições que ache necessárias para fazer face ao problema da dupla tributação jurídica e/ou económica internacional, unilateralmente. Conseguindo este objetivo com a criação, por exemplo, de um regime de *Participation Exemption*, que elimina ou mitiga a dupla tributação económica das distribuições.

2.4.2 Eliminação multilateral: a Diretiva mães-afiliadas

As distribuições entre sociedades afiliadas situadas num Estado-membro da UE, podem estar livres da dupla tributação jurídica e económica por força da *Diretiva Mães-Afiliadas*.³⁰ Isto, obviamente, nos casos em que os requisitos da Diretiva se encontrem verificados

Com a diretiva pretendeu-se eliminar medidas domésticas dos Estados-Membros que pudessem prejudicar o investimento³¹ em sociedades residentes em diferentes Estados da UE, comparativamente ao investimento que pudesse vir a ocorrer com sociedades residentes no mesmo Estado-membro.³²

A dupla tributação jurídica é eliminada quando a sociedade que distribuí os lucros é impedida por força do artigo 5º da diretiva, de reter qualquer montante na fonte. É ao Estado da residência que cabe a eliminação da dupla tributação económica. Este deverá isentar a distribuição (método mais comum)³³, ou eliminar a dupla tributação através do método da imputação, concedendo um crédito (*ordinary foreign tax credit*).³⁴

³⁰ Diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011, ponto 11 do preâmbulo.

³¹ Injeção de capital, atração de investimento, entre outras finalidades.

³² “Antes da entrada em vigor da diretiva 90/435/CEE, as disposições fiscais que regiam as relações entre sociedades-mães e afiliadas de Estados-Membros diferentes variavam sensivelmente de Estado-Membro para Estado-Membro e eram, em geral, menos favoráveis do que as aplicáveis às relações entre sociedades-mães e afiliadas de um mesmo Estado-Membro. Por esse facto, a cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes era penalizada em comparação com a cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro. Tornava-se necessário eliminar essa penalização através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala da União.” Vd. diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011, ponto 6 do preâmbulo; A Liberdade de Circulação de Capitais, poderá implicar que as situações de distribuição de lucros abrangidas pela diretiva se apliquem a sociedades que recebem ou distribuam lucros (incluindo estabelecimentos estáveis), situados em Estados do EEE.

³³ Acerca do mecanismo da isenção Vd. XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional...*, ps. 743 a 747.

³⁴ HELMINEN, M., *EU Tax Law – Direct Taxation...*, Cp. 3, p. 1; A opção pelo crédito não tem aplicação prática por força da jurisprudência do TJUE, C-446/04, C-35/11, C-138/07 e C-439/07. Previasse a possibilidade de aplicação de ambos os métodos, se o efeito dessa aplicação fosse idêntico. No entanto a isenção e o crédito não conduzem a um resultado idêntico.

Caso o Estado opte por conceder o crédito fiscal³⁵, poderá tributar a distribuição. No entanto, deverá conceder a dedução do montante de imposto pago pela subsidiária, em relação aos lucros distribuídos. Se a taxa de imposto no Estado da sociedade mãe for menor do que no Estado da subsidiária, a quantia dedutível irá apenas até ao montante de imposto pago na residência. O crédito não pode levar a um reembolso ao Estado da subsidiária.³⁶

Esta possibilidade deixou de ter aplicação prática com as decisões do TJUE *Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04)*³⁷, *FII GL (C-35/11)*³⁸, *Cobelfret (C-138/07)*³⁹ e *KBC Bank (C-439/07)*⁴⁰. Era conferida a possibilidade aos Estados, de optarem pela isenção para as distribuições domésticas e pelo crédito de imposto para as restantes. Isto desde que o efeito seja idêntico, não desfavoreça as distribuições transnacionais. No entanto, posteriormente o TJUE esclareceu que os métodos da isenção e do crédito não conduzem a resultados idênticos, criando-se a necessidade de aplicar o mesmo método a ambas as distribuições (domésticas e transnacionais).

³⁵ Para considerações acerca do mecanismo do crédito fiscal, Vd. XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional...*, ps. 747 a 755.

³⁶ “Sempre que grupos de empresas estejam organizados em cadeias de empresas e os lucros sejam distribuídos à sociedade-mãe através da cadeia de sociedades afiliadas, deverá eliminar-se a dupla tributação através de uma isenção ou de um crédito de imposto. No caso do crédito de imposto, a sociedade-mãe deverá poder deduzir qualquer imposto pago por qualquer uma das sociedades afiliadas da cadeia desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos na presente diretiva.” Vd. diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011, ponto 11 preâmbulo.

³⁷ TJUE, 12 de dezembro de 2006, *FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04.

³⁸ TJUE, 13 de novembro de 2012, *FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-35/11.

³⁹ TJUE, 12 de fevereiro de 2009, *Belgische Staat v Cobelfret NV*, C-138/07.

⁴⁰ TJUE, 4 de junho de 2009, *Belgische Staat v KBC Bank NV*, C-439/07.

3 Traços estruturantes da *Participation Exemption*

3.1 Introdução

Para aferir dos *standards* utilizados noutras jurisdições europeias e identificar os padrões que aferem a substância das participações, decidimos fazer um breve estudo comparativo, baseado na análise dos regimes dos 28 Estados-Membros. Estes dados permitirão que adiante neste estudo, nos seja possível traçar uma moldura ideal para o regime português da Pex, que se coadune com a finalidade essencial deste.

O regime de *Participation Exemption* enquanto mecanismo de isenção na distribuição de dividendos, determina que os lucros distribuídos, não são considerados para efeitos de determinação do lucro tributável no Estado da Residência. (Método da isenção).

Tal isenção depende de requisitos os quais variam de jurisdição para jurisdição. Existem também diferenças dentro da mesma jurisdição, quanto ao regime aplicável às operações internas, europeias e internacionais. Os requisitos normalmente requeridos referem-se ao âmbito de aplicação, à participação social, ao elemento temporal e ao âmbito de aplicação geográfica.

3.2 O âmbito de aplicação objetivo da *Participation Exemption*

3.2.1 Dividendos

Alguns Estados-Membros definem com precisão na sua legislação doméstica aquilo que consideram ser “dividendos”⁴¹. Em alguns casos, adotam regimes internos diferentes para dividendos com diferentes características⁴². Noutros sistemas, o termo

⁴¹ A Bélgica, define no seu artigo 18º do *Income Tax Code*, aquilo que é considerado como dividendos. Também a Espanha o faz no artigo 25º da Lei do *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. A Estónia, no artigo 18º nº2 da *Tulumaksuseadus*, entre outros países. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁴² Os dividendos podem ser sujeitos a um tratamento diferente de acordo com a sua subqualificação dentro dessa categoria. Sendo por exemplo, apenas sujeitos à *Participation Exemption* determinados tipos de dividendos. Em França a tributação dos dividendos depende da classificação da detenção. Os accionistas minoritários (detenção inferior a 5%) e as sociedades mães (com pelo menos 5% de detenção). Pelo contrário, em Malta, não é feita qualquer distinção entre acionistas de acordo com a detenção de percentagem de participação social. Também em Malta não se distinguem os acionistas que são pessoas singulares, das pessoas coletivas. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

não se encontra definido pela legislação doméstica pelo que é aplicada uma conceção ampla⁴³.

A diretiva, enquanto mecanismo multilateral de eliminação da dupla tributação económica, utiliza o conceito de lucros⁴⁴.

3.2.1.1 Extensão da isenção

À parte da eliminação multilateral, nota-se uma grande disparidade nos regimes de isenção unilateral das restantes distribuições *cross-border*. Estas distribuições podem ser isentas, ou parcialmente isentas.

A isenção é atribuída através da Pex, ou através da extensão das disposições da diretiva a estas situações, que não caem dentro do seu escopo. Existem casos raros em que esta “isenção total” poderá vir a sofrer tributação posterior.⁴⁵

As isenções parciais, na eventualidade de serem cumpridos os requisitos de isenção, seguem um padrão mais uniforme. Alguns países⁴⁶ decidem isentar apenas 95% da distribuição, considerando 5% da mesma, custos não dedutíveis. Existem, exceções como as instituições financeiras e holdings financeiras, que podem apenas beneficiar em certos casos de uma isenção de 25%⁴⁷.

3.2.2 Mais-Valias

O pagamento de mais-valias pode ser isento, ou tributado, no país da Residência⁴⁸. Alguns países concedem uma isenção total ou parcial⁴⁹. A isenção de 95%

⁴³ Por exemplo, na República Checa, em Luxemburgo, ou no Chipre, não existe uma definição exaustiva e exclusiva do conceito. No caso da Dinamarca, o conceito de dividendos também tem um significado amplo para efeitos fiscais. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁴⁴ HELMINEN, M., *EU Tax Law—Direct Taxation...*, Cp. 3, p. 1.

⁴⁵ No Chipre, a contribuição especial de defesa incide sobre os dividendos qualificados para beneficiar da isenção, quando, entre o período em que o lucro foi gerado e a sua respetiva distribuição, tenha passado um período de quatro anos. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁴⁶ Casos da Bélgica, Alemanha e Itália. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁴⁷ Caso da Finlândia, em que nas situações referidas, o dividendo é tributado em 75%. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁴⁸ A Croácia tributa as mais-valias a uma taxa geral de 20%. A Polónia e a Eslováquia tributam também a uma taxa geral de 19%. A Espanha também tributa as mais-valias, excetuando os casos em que se cumprem os requisitos exigidos para a Pex. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

pressupõem que os restantes 5% sejam considerados custos não dedutíveis com as mais-valias.⁵⁰

A isenção dos ganhos provenientes das mais-valias, pode estar sujeita a requisitos de qualificação similares aos da *Participation Exemption*.⁵¹ Posteriormente, discutiremos se faz sentido a aplicação deste regime ao tratamento das mais-valias.

Os requisitos poderão ser, ou não, os mesmos aplicáveis aos dividendos, poderão abranger todas as mais-valias, ou apenas um determinado perfil. Também aqui não existe um padrão definido.

O requisito temporal, por exemplo, terá de ser preenchido na sua totalidade para que se lhes possa aplicar a isenção⁵². Quanto ao critério de participação, este também sofre algumas mutações no âmbito da especificidade das mais-valias. As percentagens de participação, ou direitos de voto, podem descer para os 8%⁵³ ou subir para os 25%⁵⁴.

Em relação aos pagamentos feitos dentro da União Europeia, as regras são uniformes. O termo “distribuição de lucros” não se encontra abrangido pela diretiva e é mais alargado do que “distribuição de dividendos”⁵⁵.

De qualquer forma devemos clarificar que a expressão “distribuição de lucros”, não cobre as mais-valias geradas pela alienação das participações na subsidiária.

3.3 Âmbito de aplicação temporal

⁴⁹ Caso da Alemanha e da Itália, em que 5% são considerados custos não dedutíveis. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵⁰ Alemanha e Itália. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵¹ A República Checa isenta as mais-valias da venda de participações em subsidiárias qualificadas, de acordo com os critérios da Pex. Em Espanha, as mais-valias podem também qualificar-se para a isenção, se cumprirem os requisitos do regime da Pex. Na Holanda as mais-valias podem beneficiar de isenção, se cumprirem os requisitos da Pex. Isto também acontece em Luxemburgo. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵² Na Eslovénia o requisito temporal exigido para a detenção é de apenas 6 meses. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵³ Como acontece na Eslovénia. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵⁴ Caso da Lituânia. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁵⁵ A diretiva incluí as distribuições de lucros, mas excluí a aplicação às Mais-valias. No entanto, no caso da Holanda, de acordo com SHALAV, S., a diretiva foi transposta através do artigo 13º do Vpb. 1969 de uma forma ampla. Deste modo a isenção aplicar-se-á não apenas aos dividendos, mas também a outros tipos de rendimento que derivem de participações qualificadas (Não sendo feita qualquer distinção entre dividendos, mais-valias e resultados da liquidação). Vd. SHALHAV, S., Netherlands Interaction between the Participation Exemption and the principle of compartmentalization: Portfolio investments in the New EU accession Member States, 45 *European Taxation* 2, 2005, ps. 67 a 71.

Os Estados-Membros estabelecem um requisito temporal para a aplicação da *Participation Exemption*, que varia entre 1 e 2 anos. No entanto, a isenção poderá ser reconhecida às distribuições que ocorreram ainda no período de formação do prazo.

Para as distribuições feitas ao abrigo da diretiva, a detenção deverá ser mantida por um período ininterrupto de 2 anos⁵⁶. Os Estados-Membros têm a opção de não aplicar a diretiva, nos casos em que este período não seja mantido ininterruptamente na sua totalidade. O período de detenção mínimo requerido, não deverá exceder os 2 anos, mas poderá ainda ser diferente para a sociedade mãe e para a subsidiária. Este período de detenção poderá ser preenchido após a distribuição dos dividendos. Neste caso, o Estado-membro deverá reembolsar o imposto cobrado na distribuição feita antes do período estar completo.⁵⁷

O Acórdão do TJUE *Denkavit* (C-283/94)⁵⁸, veio esclarecer, que os Estados podem introduzir um período mínimo de detenção das participações sociais. No entanto não podem exigir que esse período tenha sido cumprido na sua totalidade, aquando da distribuição dos lucros, para que esta possa beneficiar da isenção.

3.4 Âmbito de aplicação geográfico

Os Estados-Membros da UE estão vinculados a aplicar o regime da diretiva, às distribuições recebidas por empresas de outros Estados-Membros.

A *Participation Exemption* pode ou não incluir os países terceiros. No entanto, alguns Estados⁵⁹ identificam em listas, países aos quais não aplicam esse regime. São as chamadas “listas negras” que identificam as jurisdições consideradas de baixa tributação ou jurisdições não cooperantes, com as quais não existem mecanismos de troca de informações. Outras vezes, esta exclusão é manifestada por disposições quantitativas que estabelecem um mínimo de tributação societária, a que a sociedade que distribuí os dividendos deve estar sujeita.

⁵⁶ Art. 3º nº1 al.b) da diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011.

⁵⁷ TJUE, 17 de outubro de 1996, *Denkavit International BV*, C-283/94, § 23 a 29.

⁵⁸ TJUE, 17 de outubro de 1996, *Denkavit International BV*, C-283/94.

⁵⁹ Por exemplo, a Letónia, Itália, Portugal, Eslovénia, Bélgica. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

3.5 Requisitos relativos à participação social

Os critérios de participação têm uma dimensão quantitativa, qualitativa ou mista.

Na dimensão quantitativa, as percentagens de detenção estão na maioria dos casos situadas nos 10%. Noutros⁶⁰, abaixo deste valor, sendo comum a exigência de 5% de participação social. Esta detenção tem de ser direta e poderá ter como alternativa a detenção da mesma percentagem, mas de direitos de voto.

A detenção poderá não ser representada apenas por uma percentagem de participação. Em alguns casos poderão ser exigidas detenções de valores específicos em ações, ou do valor do investimento. Estes valores variam aproximadamente entre 2,5⁶¹ e os 20⁶² milhões de euros. Um caso isolado, é também a exigência de um investimento mínimo de aproximadamente 1 milhão de euros por 183 dias⁶³.

Noutros casos para além dos critérios quantitativos, podem ser exigidos em alternativa, certos critérios qualitativos, como a faculdade de fazer parte do conselho de administração, ou ter o poder de nomear membros.⁶⁴

No âmbito das distribuições abrangidas pela diretiva, para que uma sociedade seja considerada sociedade mãe, de acordo com a diretiva, deverá deter uma participação mínima na afiliada de 10%⁶⁵. Apenas são aceites detenções diretas no capital, as detenções indiretas não serão consideradas⁶⁶.

O Acórdão do TJUE, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07), veio esclarecer a questão da detenção direta e indireta da participação social. No sentido atribuído ao artigo 3º da diretiva Mães-Afiliadas, não está abrangido o direito de usufruto de ações. No entanto, em conformidade com as liberdades Fundamentais, quando um Estado-Membro evite a dupla tributação de dividendos provenientes de detenções diretas ou de

⁶⁰ Para além dos 5% de detenção, exigidos em países como a Holanda ou a Irlanda, a Eslovénia fixa a sua percentagem de detenção em 8%. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁶¹ Caso da Bélgica, em que a percentagem de participação social detida terá de ser de 10%, ou um investimento de pelo menos 2,5 milhões de euros no capital da afiliada. No caso de Luxemburgo é exigida uma condição semelhante, mas com um investimento de pelo menos 6 milhões. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁶² Em Espanha é requerida uma detenção de 5% ou de um valor superior a 20 milhões. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁶³ É o caso de Malta. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁶⁴ Caso de Malta. Fonte: *Country Survey*, tax research platform, IBFD.

⁶⁵ Art. 3º nº1 al. a) i) da diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011.

⁶⁶ O usufruto não é considerado detenção. Vd. TJUE, 22 de dezembro de 2008, *État belge – Service public fédéral Finances v Les Vergers du Vieux Tauves SA*, C-48/07, § 50.

um direito de usufruto, em situações puramente domésticas, o mesmo tratamento deverá ser estendido aos dividendos distribuídos por sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros a sociedades residentes.

Os Estados-Membros poderão conceder os benefícios da diretiva a casos em que a detenção seja inferior aos 10%. A participação pode ser detida por um estabelecimento estável⁶⁷ da sociedade mãe, situado noutro Estado-membro. O critério da detenção poderá ser substituído por direitos de voto⁶⁸.

3.6 Conclusões preliminares

Por razões ligadas ao princípio da neutralidade fiscal, os regimes da *Participation Exemption* para as distribuições *cross-border* não devem ser mais exigentes do que para as distribuições internas⁶⁹. Podem mesmo ser menos exigentes, como acontece em alguns casos.

A diretiva Mães-Afiladas veio contribuir para a harmonização da tributação das distribuições de lucros entre sociedades afiliadas. Esta diretiva introduziu requisitos uniformes que os Estados-Membros consagram nos seus regimes de *Participation Exemption*. Mas não apenas requisitos mínimos, pelo que alguns dos regimes são mais alargados do que o estipulado pela diretiva, suscitando também problemas de conformidade com o Direito da UE.

Para além da harmonização existente nas distribuições dentro da União Europeia⁷⁰, as situações domésticas e internacionais variam muito de país para país. Os regimes são diferentes, mais ou menos exigentes, com maior ou menor variação, mas quase sempre dentro dos mesmos parâmetros gerais.

No que diz respeito ao critério geográfico, existem “listas negras” e restrições quanto às jurisdições, com as quais não é possível realizar com eficiência, a troca administrativa de informações no domínio da fiscalidade.

⁶⁷ Art. 3º nº1 al. a) ii) da diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011.

⁶⁸ Art. 3º nº2 al. a) da diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011.

⁶⁹ “(...) encontramos o ordenamento europeu a exigir que estes sistemas acolham as situações transnacionais, e que as mesmas recebam um tratamento tributário idêntico ao concedido às situações internas.” Vd. NOGUEIRA, J. F. P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, p. 203 § 5.

⁷⁰ HELMINEN, M., *EU Tax Law – Direct Taxation...*, Cp. 3 pt. 3.1.2.8. p. 9.

4 Análise crítica do regime português

4.1 O regime português

O Artigo 51º do Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Coletivas, consagra o regime português da *Participation Exemption*⁷¹. Com o objetivo de colocar Portugal entre os países mais competitivos da União Europeia em matéria fiscal⁷², desenharam-se regimes de Pex pouco exigentes, em relação a certos requisitos.

No que toca à participação social, dentro dos projetos que foram discutidos, as percentagens de detenção variavam entre 2% e depois 5%, com o intuito claro de alargar a base de participações elegíveis para este privilégio⁷³. No entanto, foi criada a Pex com esta última percentagem⁷⁴, com uma manutenção ininterrupta de 24 meses.⁷⁵

Em 2011, passámos para um critério de detenção de capital social ou direitos de voto de 10%. No entanto o período de detenção foi reduzido para 12 meses.⁷⁶ Estabeleceu-se que as distribuições que ocorreram ainda no período de formação do prazo de detenção, poderão vir a beneficiar da isenção.

No âmbito do critério de aplicação geográfico, são levantadas algumas restrições⁷⁷ às distribuições relativamente às quais não se aplique o regime da diretiva. A entidade que distribuí os lucros, não deverá ter “(...) residência ou domicílio em país, território, ou região, sujeito a um regime claramente mais favorável⁷⁸ (...)” e deve ser sujeita e não isenta “(...) de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa de IRC (...)”.⁷⁹ Estas restrições demonstram uma especial preocupação do legislador com o risco de fraude e evasão fiscal.

⁷¹ Sobre o regime da Pex português Vd. SARMENTO, J.M. & NUNES, R., *Exercícios e casos práticos...*, ps. 141 a 145.

⁷² Dentro do tema da concorrência fiscal como saída para a crise e estratégias de concorrência fiscal Vd. SANTOS A.C. & VENTURA A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...* ps. 25 a 30, Cp. 2, pts. 2.2 a 2.3.

⁷³ SANTOS A.C. & VENTURA A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, p. 44 § 2.

⁷⁴ Relatório da Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas – 2013 <http://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf>

⁷⁵ Art. 51º, nº1 alíneas a) e b), introduzido pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

⁷⁶ Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

⁷⁷ Alíneas d) e e) do nº1 do artigo 51º do CIRC.

⁷⁸ Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, e alterada de acordo com a Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro. (Lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada).

⁷⁹ Art.51º, nº1 alíneas d) e e), Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

Importância para o nosso estudo terão também os números 13 e 14⁸⁰ do artigo 51º do CIRC, que trazem ao regime português da *Participation Exemption*, disposições anti-abuso que podem apresentar problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia. De acordo com o disposto nestes números, a isenção não se aplicará, a uma construção ou séries de construções, realizadas com a finalidade de obter uma vantagem fiscal, que frustre o objetivo de eliminar a dupla tributação económica e não seja considerada genuína. A genuinidade da construção ou séries de construções, será aferida na medida em que, existam ou não, razões económicas válidas.

A análise das motivações conducentes às operações de reorganização (fusão, cisão, permuta de ações, entre outras) permite determinar a existência, ou não, de razões económicas válidas, que justificam a realização da operação.

O conceito de razões económicas válidas, é explorado sobretudo pelos Acórdãos do TJUE, *Leur-Bloem* (C-28/95)⁸¹ e *Foggia* (C-126/10)⁸².

A existência de razões económicas válidas por detrás de uma operação de reorganização, permite fazer prova de que esta se baseia em objetivos legítimos, afastando-se a presunção de fraude e evasão fiscal. No entanto, as operações realizadas, não no âmbito de transações comerciais normais, mas apenas com o objetivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos pelo Direito comunitário, não se enquadram no conceito.

Numa reorganização, há que considerar em função da globalidade das circunstâncias do caso, se, se deve formar ou não, uma presunção de fraude e de evasão. O TJUE não exclui como motivo, as poupanças de natureza fiscal, desde que estas não sejam preponderantes na decisão de reorganização.

4.2 Compatibilidade com o Direito da União Europeia

De acordo com o TJUE “(...) os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm, respeitando o direito comunitário (...)”⁸³.

⁸⁰ Aditado pela Lei n.º 5/2016, de 29 de fevereiro.

⁸¹ TJUE, 17 de julho de 1996, *A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95.

⁸² TJUE, 10 de novembro de 2011, *Foggia Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, C-126/10.

A jurisprudência do TJUE, tem vindo a desenvolver um raciocínio típico⁸⁴ para aferir da compatibilidade das normas domésticas dos Estados-Membros, com as liberdades Fundamentais da UE. Este raciocínio assenta em quatro momentos fundamentais; *i*) Verificar se a situação se encontra na esfera de proteção de uma liberdade fundamental; *ii*) Determinar se a norma interna constitui um obstáculo ao exercício dessa Liberdade; *iii*) Averiguar se a ingerência é ou não justificável; *iv*) E por fim, caso a justificação seja aceite, recorrer ao teste da proporcionalidade, para aferir da sua adequação/necessidade. Utilizaremos esta linha de pensamento para aferir a compatibilidade das alíneas *d*) e *e*) do n.º 1 do artigo 51º do CIRC⁸⁵, já mencionados.

Cabe em primeiro lugar, verificar se estamos perante uma situação subsumida à esfera de proteção de uma liberdade fundamental.⁸⁶

As distribuições de lucros entre Estados constituem movimentos de capitais na aceção do artigo 63º do TFUE. Nos acórdãos, *Kronos* (C-47/12)⁸⁷, *Emerging Markets* (C-190/12)⁸⁸ e *Itelcar* (C-282/12)⁸⁹, o TJUE estabelece que, “no caso de uma legislação nacional relativa ao tratamento fiscal de dividendos originários de um país terceiro, importa considerar que o exame do objeto dessa legislação é suficiente⁹⁰ para apreciar se o referido tratamento fiscal está abrangido pelas disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de capitais⁹¹.”⁹²

⁸³ TJUE, 14 de fevereiro de 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*, C-279/93, § 21.

⁸⁴ NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps. 205 e ss.; Acórdão do TJUE, 3 de outubro de 2013, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, C-282/12, §14 a 45.

⁸⁵ Os quais dispõem o seguinte: “d) A entidade que distribui os lucros ou reservas esteja sujeita e não isenta (...) de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º;

e) A entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.”

⁸⁶ Relativamente à esfera de proteção consultar, NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps.205 a 206.

⁸⁷ TJUE, 11 de setembro de 2014, *Kronos International Inc. V Finanzamt Leverkusen*, C-47/12.

⁸⁸ TJUE, 10 de abril de 2014, *Emerging Markets series of DFA Investment Trust Company v Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, C-190/12.

⁸⁹ TJUE, 3 de outubro de 2013, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, C-282/12.

⁹⁰ Ver a ainda considerações acerca da “fronteira entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais (...) delimitada pelo critério da «influência decisiva».” em NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, p. 212 § 1.

⁹¹ Sobre a Liberdade de Circulação de Capitais Vd. MACHADO, J. E. M., *Direito da União Europeia...*, ps. 393 a 406 & Vd. GORJÃO-HENRIQUES, M., *Direito Comunitário* p.471 a 473

⁹² Acórdão do TJUE, 3 de outubro de 2013, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, C-282/12.

Esta liberdade fundamental é a única com efeito externo⁹³. Isto quer dizer que, a supressão das restrições à circulação de capitais, deve ocorrer nos movimentos de capitais entre os Estados-Membros da UE e entre estes e países terceiros⁹⁴. (De e para países terceiros).

O segundo momento do exame do tribunal passa por determinar a existência de uma ingerência⁹⁵, ou seja, aferir, se a norma interna constitui um obstáculo ao exercício desta liberdade. No caso concreto, a exclusão das entidades com residência ou domicílio, em território sujeito a um regime claramente mais favorável ou que não cumpram a regra dos 60%⁹⁶, discriminam as distribuições feitas entre um Estado-Membro e um país terceiro, relativamente às distribuições feitas exclusivamente entre Estados-Membros ou internamente

Isto é problemático, visto que a liberdade de circulação de capitais tem efeito externo como assinalámos anteriormente. Estas normas estabelecem um tratamento diferenciado em relação a situações idênticas, exceto na proveniência, desfavorecendo as distribuições provenientes de países terceiros. A norma discrimina territórios sujeitos a tributação mais favorável, utilizando para isso a lista da Portaria 292/2011. No caso da regra dos 60%, há também uma discriminação, entre as distribuições abrangidas pela diretiva e as distribuições entre Estados-Membros e países terceiros, impondo um patamar mínimo de tributação societário como requisito para estes casos exclusivamente. Em suma, a circulação de capitais entre países terceiros e Estados-Membros da UE, está a ser sujeita a um tratamento menos favorável.

Para que possamos aferir da existência de uma violação do Direito da União Europeia necessitamos ainda de considerar as possíveis causas de justificação⁹⁷.

Além das justificações previstas tradicionalmente no Tratado⁹⁸ junto com as liberdades Fundamentais⁹⁹, existem outros motivos aceites pela jurisprudência do TJUE,

⁹³ Sobre a Liberdade de circulação de capitais, o seu efeito externo e restrições, Vd. CAMPOS, J.M., CAMPOS, J.L.M. & PEREIRA, A.P., *Manual de Direito Europeu...*, ps.607 a 614.

⁹⁴ HELMINEN, M., *EU Tax Law – Direct Taxation...*, Cp. 2 pt.2.2.6.1. § 4. p. 32.

⁹⁵ Acerca do segundo momento, Vd. NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, p. 215 a 217 Cp. III pt. 2.1.

⁹⁶ Alíneas d) e e) do artigo 51º nº1 do CIRC.

⁹⁷ Acerca do terceiro momento, Vd. NOGUEIRA, J.F. P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps. 236 a 251.

⁹⁸ Ainda NOGUEIRA, J.F. P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps. 236 a 238. (Ordem, segurança e saúde pública).

as chamadas “razões imperiosas de interesse geral”. A jurisprudência tem aceite como justificação o risco de fraude e evasão fiscal¹⁰⁰. Esta parece-nos a principal justificação invocável nestes casos.

Quer os territórios façam parte da “lista dos paraísos fiscais”, ou tenham uma tributação societária inferior a 60% do IRC português, a finalidade anti-abuso destas alíneas¹⁰¹ é completamente frustrado pelo carácter geral da restrição. Não é feita uma análise caso a caso, da existência de um “arranjo puramente artificial”. Ou seja, não estamos perante uma norma verdadeiramente anti-abusiva, mas sim perante uma cláusula automática, que discrimina sem uma análise casuística. Esta aplicação cega da exclusão, ataca não somente as distribuições abusivas, mas também as não abusivas. Desta forma, concluímos pela inexistência de uma justificação, à compressão que estas alíneas exercem sobre a liberdade de circulação de capitais.

Poderia ainda invocar-se a necessidade de assegurar a efetividade dos controlos fiscais. Esta justificação não se aplicaria nos casos em que existam entre Portugal e a jurisdição em questão, mecanismos suficientes e adequados de assistência mútua entre autoridades tributárias. (ou, de acordo com alguns acórdãos, mecanismos de troca de informações equivalentes aqueles existentes dentro da União Europeia).

Por fim teremos de submeter estas normas ao controlo de proporcionalidade¹⁰², através de uma fórmula¹⁰³ de controlo da adequação e da necessidade, enquanto condições de aceitação das restrições.

Em nossa opinião, ambas as alíneas não são adequadas à finalidade de prevenir o abuso da lei fiscal. Com a introdução dos números 13 e 14 ao artigo 51º do CIRC¹⁰⁴, estas disposições deixam de fazer sentido, visto que estes números introduzem uma

⁹⁹ Sobre as restrições previstas no Tratado Vd. CAMPOS, J. M., CAMPOS, J. L. M. & PEREIRA, A. P., *Manual de Direito Europeu...*, ps. 610 a 612.

¹⁰⁰ TJUE, 13 de dezembro de 2015, *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, C-446/03, §51. No entanto, no acórdão do TJUE, 28 de Janeiro de 1986, *Comissão v França – “Avoir Fiscal”*, C-270/83, § 25, rejeita-se a invocação do risco de fraude e evasão fiscal por este não constar das justificações previstas para a liberdade de estabelecimento. Ainda Vd. NOGUEIRA, J.F. P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps. 245, §3. Também na mesma linha ver Acórdão do TJUE, 11 de março de 2004, *Lasteyrie du Sillant*, C-9/02.

¹⁰¹ Alíneas d) e e) do artigo 51º nº1 do CIRC.

¹⁰² Sobre a proporcionalidade na questão da compatibilidade de normas tributárias internas com as Liberdades Fundamentais, Vd. NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade...*, ps. 256 e ss.

¹⁰³ Vd. sobre o controlo de proporcionalidade, TJUE, 11 de março de 2004, *Lasteyrie du Sillant*, C-9/02, § 49 & TJUE, 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schwppes*, C-196/04, § 47.

¹⁰⁴ Aditado pela Lei n.º 5/2016, de 29 de fevereiro.

nova e melhorada cláusula anti-abuso. A isenção não se aplicará, a uma construção ou séries de construções, realizadas com a finalidade de obter uma vantagem fiscal, que frustrate o objetivo de eliminar a dupla tributação económica e não seja considerada genuína. A genuinidade da construção ou séries de construções, será aferida na medida em que, existam ou não, razões económicas válidas.

As medidas em análise vão além do necessário para prosseguir a sua finalidade, porque nestes casos, desfavorecem as distribuições provenientes de países terceiros, comportando ou não motivos legítimos, estão todas sujeitas à mesma disposição. Estas são regras substantivas que configuram proibições automáticas, não se restringindo aos casos realmente abusivos, que no entender do tribunal são apenas os de “arranjos puramente artificiais”.

Olhamos assim para os números 13 e 14, como uma alternativa mais eficiente e menos restritiva, para o cumprimento da mesma finalidade. Desta forma somos levados a crer que estas alíneas não são medidas proporcionais, dado que excedem o necessário à prossecução do objetivo que visam atingir.

Concluimos por fim, pela possível não conformidade das alíneas *e)* e *d)* do artigo 51º do CIRC, com o Direito da União Europeia.

4.3 Propostas normativas para a melhoria do sistema português

Nesta secção, iremos enumerar possíveis alterações ao regime Português da *Participation Exemption*, com o objetivo de corrigir os possíveis problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia, e de aproximar o nosso regime da moldura ideal por nós proposta. Moldura essa que conseguirá triar com segurança as participações que refletem condições de confiança, reservando a Pex para as situações que são dela merecedoras.

4.3.1 Mais-valias

De acordo com o artigo 13º n.º5 da CMOCDE, as mais-valias (não abrangidas pelos números anteriores) são da competência tributária exclusiva do Estado da

residência do alienante. Assim sendo, na alienação das participações sociais, não se coloca qualquer problema da eliminação da dupla tributação económica.

Sendo o regime da Pex orientado para a eliminação da referida dupla tributação, não fará sentido alargar este regime às mais-valias.

4.3.2 Âmbito de aplicação temporal

Em nossa opinião, o período de detenção mínimo deverá ser de 2 anos. Isto porque esta, para se tornar numa participação qualificada à luz do regime de Pex deve ser detida continuamente, para que seja estável e não especulativa.

Poderá, no entanto, reembolsar-se o contribuinte que tenha sido tributado durante o período mínimo de detenção, após o seu cumprimento ininterrupto e na totalidade¹⁰⁵.

Este também é o critério utilizado pela diretiva Mães-Afiliadas¹⁰⁶. No artigo 3º alínea b), para que uma sociedade se qualifique como sociedade mãe, deverá deter ininterruptamente por um período de 2 anos a sociedade afiliada.

Como este é um critério que dificilmente será mensurável com exatidão, mais uma vez recorreremos a uma presunção. Seguindo VASQUES¹⁰⁷, “entre o direito fiscal e a contabilidade estabelece-se, deste modo, uma relação que se costuma representar como de dependência (...).” e é nesta dependência entre contabilidade e direito fiscal que nos devemos basear para aferir o período de influência de uma sociedade mãe na afiliada. Nomeadamente no exercício contabilístico.

Uma das fases do ciclo da vida de uma empresa é a sua fase de funcionamento, ou de execução. Esta fase divide-se em exercícios económicos e este período coincide com o período civil (janeiro a dezembro).¹⁰⁸ A participação, deverá durar mais do que apenas um exercício económico, daí que seja razoável afirmar que este período deverá ser de 2 anos.

¹⁰⁵ Dentro desta problemática, aconselhamos um olhar atento à jurisprudência do TJUE, nomeadamente do acórdão de 17 de outubro de 1996, *Denkavit International BV*, C-283/94, § 23 a 29.

¹⁰⁶ Diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011.

¹⁰⁷ Vd. VASQUES, S., *Manual de Direito Fiscal...*, op. cit., p.94 §2.

¹⁰⁸ Sobre o ciclo de vida das empresas Vd. MONTEIRO S. M. S., *Manual de Contabilidade Financeira...*, p. 19.

Na sua *ratio*, este critério de detenção não tornará um regime menos atrativo do que outro, que requeira menos tempo. A possibilidade de o sujeito passivo pedir o reembolso do imposto pago durante os 2 anos em que esteve a cumprir este período mínimo¹⁰⁹, afasta de certa forma esta ideia, sendo um período que melhor serve a finalidade primordial da *raison d'être* da Pex

Como referido anteriormente nem todas as participações deveriam beneficiar da isenção, o período de detenção deveria ser alterado para 2 anos. Um período mais baixo não pode ser justificado por motivos de competitividade fiscal, visto tais participações não estarem associadas a investimentos estáveis.

Com um período de detenção de 2 anos, teríamos uma maior certeza de que as participações meramente especulativas seriam excluídas, ao invés do atual período de 1 ano.

4.3.3 Âmbito de aplicação geográfico

O regime da Pex deve aplicar-se a distribuições provenientes de qualquer jurisdição, exceto aquelas em que não seja possível obter cooperação administrativa adequada no domínio da fiscalidade. Ainda assim, e como indicaremos, deverão ficar salvaguardadas as operações legítimas provenientes dessas jurisdições.

Os Estados não devem excluir arbitrariamente, as participações sociais localizadas em jurisdições não cooperantes, do regime da Pex. Por defeito, as sociedades residentes noutras jurisdições, devem poder beneficiar em condições de igualdade deste regime¹¹⁰. Não devem assim, ser excluídas de forma generalizada, nomeadamente através da utilização de listas baseadas na taxa de tributação, ou em outros parâmetros congêneres. A não qualificação de acordo com o critério geográfico, deverá apenas atender a situações concretas, que derivem de uma análise caso a caso.

¹⁰⁹ Acerca do período de detenção e do seu cumprimento Vd. TJUE, 17 de outubro de 1996, *Denkavit International BV*, C-283/94, § 23 a 29.

¹¹⁰ Cfr. CAUMONT CAIMI, C. & FRANZÈ, R., *Participation Exemption for inbound dividends and anti-tax haven rules...*, p. 188, § 4.

Ter uma participação social numa sociedade localizada numa “jurisdição não cooperante”¹¹¹ poderá compreender razões legítimas de simplificação das operações e dos negócios internacionais. Assim sendo, deve abandonar-se a utilização das “listas negras”, ou qualquer outro critério de exclusão cego e automático.

O benefício da isenção deve ser atribuído a distribuições provenientes de todas as jurisdições, exceto às jurisdições com as quais não seja possível obter cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

Ainda assim, as distribuições provenientes destas jurisdições, poderão vir a beneficiar da isenção, desde que a distribuição revista realidade económica.¹¹² Desta forma, para que não se discriminem negativamente essas situações legítimas, deverá fazer-se cair o ónus da prova sobre o sujeito passivo¹¹³, o qual terá de demonstrar a existência de substância económica na distribuição.¹¹⁴

Assim sendo, sugerimos a eliminação das alíneas *d)* e *e)* do número 1 do artigo 51º do código do IRC, dado que também são possivelmente desconformes com o Direito da União Europeia.

4.3.4 Requisitos relativos à participação social

Em nosso entender, a detenção de capital social de uma sociedade mãe na sua afiliada, deverá fixar-se no mínimo dos 10%. A qualificação da sociedade mãe, deverá fazer-se de acordo com a detenção, a qual deverá ser direta e manifesta em percentagem do capital, ou dos direitos de voto. O critério da percentagem de detenção, é variável e difícil de mensurar, devido à sua subjetividade. Percentagens baixas de detenção

¹¹¹ Acerca do problema da falta de cooperação administrativa em matéria de fiscalidade Vd. XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional...*, ps. 763 a 769.

¹¹² Acerca desta temática com considerações acerca da troca de informações Vd. SCHENK-GEERS, T., *International Exchange of Information and the Protection of Taxpayers...*, p. 77; “Além da troca de informações, certos tratados prevêm uma modalidade mais intensa de colaboração: trata-se da assistência na cobrança de tributos, pela qual um Estado (o Estado requerido) procede à execução forçada, no seu território, de um tributo devido ao outro (Estado requerente), mediante os procedimentos previstos na sua própria lei.” XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional...*, p.782 Cp. II.

¹¹³ Estabelecido com base no princípio da colaboração recíproca entre o sujeito passivo e a Administração tributária. Vd. MARTINS E.L., *O Ónus da Prova no Direito Fiscal...*, p. 77 § 1.

¹¹⁴ Seguindo ainda nesta lógica a opinião de CAUMONT CAIMI, C. & FRANZÈ, R., em *Participation Exemption for inbound dividends and anti-tax haven rules...*, p.188, a extensão do regime da Pex a distribuições provenientes de países terceiros é importante para apoiar os grupos multinacionais. Harmonizar o tratamento fiscal entre os grupos nacionais, europeus e internacionais, promove uma estruturação societária neutral.

conduzem muitas vezes a investimentos financeiros e não ao exercício de atividades empresariais em si ¹¹⁵. Daí que tenhamos de recorrer a um critério que garanta que estamos perante participações, que criem uma participação estável na sociedade participada, excluindo participações especulativas.

Este critério poderia ser definido a nível nacional, com lastro nos critérios domésticos de investidor qualificado, com o objetivo de selecionar apenas participações merecedoras. No entanto seria um critério que variaria de jurisdição para jurisdição e frustraria a intenção de adequar a moldura da Pex ao seu racional último.

Acontece que, apesar da multiplicidade de jurisdições do nosso globo, a racionalidade da Pex é só uma. Será, portanto, de todo um interesse criar um *level playing field*, a partir do qual se definam os critérios mínimos, de forma para que essa finalidade não seja prejudicada. Um patamar mínimo, a partir do qual os legisladores possam fixar os seus regimes e do qual não possam descer. Uma percentagem de detenção que seja capaz de incluir no seu espectro, as diferentes condições das participações qualificadas em bolsa.

O critério de detenção deverá fixar-se nos 10% do capital ou dos direitos de voto, critério atualmente seguido pela diretiva Mães-Afiliadas no seu artigo 3º nº1 al. a) e i). Critério este, que como vimos na nossa análise de direito comparado, é o mais utilizado pelas restantes jurisdições do espaço europeu. Em nossa opinião, este é o ponto mínimo a partir do qual poderemos equilibrar a competitividade da jurisdição, com o *rationale* da Pex. Acima desta percentagem, os Estados poderão fixar qualquer outra que melhor cumpra os seus objetivos. Abaixo dela, ficará comprometida a finalidade essencial da *Participation Exemption*.

A fixação deste critério, assentará em larga medida no critério da participação qualificada, apresentado pelas diretivas 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989¹¹⁶, 93/22/CEE, de 10 de maio de 1993¹¹⁷, e 2007/44/CE, de 5 de setembro¹¹⁸.

¹¹⁵ <http://rpc.informador.pt/artigos/E199.0106/Qual-o-desempenho-economico-financeiro-da-minha-empresa>, Cp.1§ 2.

¹¹⁶ Relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à atividade das instituições de crédito. Vd. art. 1º nº 10.

¹¹⁷ Relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários. Vd. art. 1º nº 10.

¹¹⁸ Altera a diretiva 2004/39/CE, que regula a situação em que uma pessoa singular ou coletiva pretende adquirir ou aumentar uma participação qualificada numa instituição de crédito, empresa de seguros ou de investimento. Vd. art. 3º nº 1.

Nestes diplomas a participação qualificada, deriva essencialmente, de uma detenção de 10% do capital ou direitos de voto.¹¹⁹

Desta forma podemos assumir que as participações detidas em 10% ou mais, são participações não especulativas, transparentes e sólidas. Esta assunção deriva, do dever de comunicação às autoridades reguladoras competentes, da aquisição de um investimento nesta proporção. Estas participações estão sujeitas a um maior escrutínio e maior controlo. Este dever de comunicação incorpora informações importantes, em concreto, a identificação dos acionistas ou sócios que detenham a participação.

Na nossa opinião, este critério de detenção fixado em 10%, não retira o mérito às participações com percentagens de detenção mais baixas. Vem sim, assumir com maior força, que se está perante uma atividade empresarial. Isto será importante na medida em que comparativamente aos investimentos financeiros ou seguradores (participações com detenções baixas), estas conduzem a melhorias mais significativas na economia real.¹²⁰

4.4. Conclusões preliminares

Uma moldura que respeite o *rationale* último da Pex, isentará apenas, o retorno dos investimentos que provém de operações permanentes.

Ao atribuir o benefício da isenção a uma determinada distribuição de lucros, a jurisdição em causa está a perder receita fiscal. Esta perda de receita, terá de corresponder a um benefício gerado por esse influxo de capital, caso contrário não faria sentido abdicar dela.¹²¹

Para além de incentivar os investidores residentes, a adquirem investimentos com participações significativas no exterior e aumentar a projecção do mercado nacional, os investimentos que beneficiam da Pex são aqueles que trarão melhorias significativas à economia real da jurisdição¹²². Esta moldura fará com maior fiabilidade, a distinção entre os influxos de capital, que garantirão o “(...) *reinvestment and*

¹¹⁹ Existem regimes similares noutros países. Vd. <https://www.finma.ch/en/authorisation/banks-and-securities-dealers/changes-to-licences/reporting-requirements/qualified-participations/>.

¹²⁰ SANTOS A.C. & VENTURA A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, ps. 139 e 14.

¹²¹ Vd. MUSGRAVE, R.A., & MUSGRAVE, P.B., *Public Finance in Theory and Practice...* p. 604.

¹²² Vd. TORMENTA, J. em SANTOS A.C. & VENTURA A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código...*, ps. 139 e 141.

*permanent operation (...)*¹²³, não perdendo receitas ao isentar os “(...) *quick-kill types of investments.*”¹²⁴, que em muito pouco beneficiam a jurisdição que os isenta.

Concluindo, entendemos que apenas uma moldura que respeite o *rationale* último da Pex, será eficiente a isentar o retorno dos investimentos, que tragam benefícios reais à jurisdição em questão. O regime funciona assim como uma espécie de triagem, entre o retorno do investimento meramente especulativo e o retorno do investimento permanente, isentando apenas o último. A isenção é atribuída, porque a perda da receita fiscal, é colmatada com os potenciais benefícios gerados por esse influxo de capital.

¹²³ Vd. MUSGRAVE, R.A., & MUSGRAVE, P.B., *Public Finance in Theory and Practice...* p. 604.

¹²⁴ Vd. MUSGRAVE, R.A., & MUSGRAVE, P.B., *Public Finance in Theory and Practice...* p. 604.

5 Conclusões

- I. A crescente mobilidade de capitais entre fronteiras e o crescimento do comércio internacional, tem conferido relevância acrescida à distribuição dos lucros. A dupla tributação económica dos lucros surge como um entrave às atividades societárias transfronteiriças.
- II. O regime de *Participation Exemption* tem como objetivo, a eliminação ou mitigação da dupla tributação económica, no pagamento de lucros entre sociedades. A aplicabilidade de tal regime depende de vários requisitos: (i) o da detenção, (ii) o temporal e (iii) o geográfico.
- III. A dupla tributação económica internacional não deverá ser eliminada em todas as distribuições. Deve apenas ser concedida às verdadeiramente merecedoras. Devem selecionar-se as participações estáveis, não especulativas, com algum grau de transparência e estruturadas com base em razões comerciais válidas, que contribuam positivamente para a economia da jurisdição. É este o *rationale* último dos regimes de *Participation Exemption*.
- IV. Ao atribuir o privilégio da afiliação apenas a certas participações, está-se a fomentar o investimento de maiores dimensões no exterior. Aumentando desta forma a competitividade das empresas nacionais, quando operem noutras jurisdições.
- V. O fator competitividade não é nem deverá ser a única pedra de toque dos regimes de Pex. Existem outros factores a ter em conta na decisão de investimento. Por isso, e em nossa opinião, a construção do regime unicamente em torno deste objetivo, levará a uma flexibilização dos requisitos que filtram a substância e pode fazer perigar o *rationale* último da Pex: Conferir um privilégio a participações de um nível tal que aumente a competitividade das sociedades residentes, quando operam noutras jurisdições

- VI. Na União Europeia os requisitos deste regime na sequência da implementação da DSMA, variam de Estado para Estado. No entanto estão construídos dentro dos mesmos parâmetros gerais.
- VII. O regime português da Pex, no seu artigo 51º n.º1 alíneas e) e d), discrimina negativamente as distribuições de lucros que provenham de territórios constantes da “lista dos paraísos fiscais”.
- VIII. As alíneas d) e e) do artigo 51º do CIRC português, podem ser incompatíveis com o Direito da União Europeia, por violação da liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa. Isto porque, onera de forma desproporcionada as distribuições entre Estados-Membros e países terceiros, comparativamente às distribuições entre Estados-Membros. Pelo que, sugerimos, a eliminação das referidas alíneas.
- IX. Em nosso entender, o privilégio da afiliação deve ser atribuído a distribuições, provenientes de todas as jurisdições, inclusive aquelas com as quais não seja possível obter cooperação administrativa no domínio da fiscalidade. Desde que estas distribuições revistam realidade económica.
- X. Assim sendo, propomos aditar à cláusula anti-abuso dos números 13 e 14, um ónus probatório do sujeito passivo Este terá de provar que existem razões económicas válidas, por detrás da distribuição que provenha de uma jurisdição com a qual não seja possível obter cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, a fim de, poder beneficiar do regime da *Participation Exemption*.

- XI. Em nosso entender, a percentagem de detenção deverá fixar-se nos 10%. Trata-se da percentagem utilizada pela maioria das jurisdições do espaço europeu e diretivas, para a qualificação das participações.
- XII. Através da detenção de 10% podemos presumir que existe alguma transparência, solidez e realidade da participação. Presunção que deriva dos deveres de comunicação e do controlo a que estas participações estão sujeitas, para os méritos da boa transparência de mercado.
- XIII. Participações com detenções menores, poderão conduzir apenas a investimentos financeiros ou seguradores. E por isso estas ficam excluídas da aplicação da Pex.
- XIV. Em nossa opinião, o período de detenção deverá ser alterado para os 2 anos. A participação deverá durar mais do que um exercício contabilístico, para poder refletir a estabilidade temporal e não ser meramente especulativa.
- XV. A Pex não deve ser aplicada às mais-valias, visto que, em relação a estas, não se põe o problema da dupla tributação económica.
- XVI. Apenas uma moldura construída em torno do *rationale* último da Pex, poderá ser eficiente a captar o investimento que trará benefícios à economia real de uma jurisdição.

LISTA BIBLIOGRÁFICA E OUTRAS FONTES

Artigos e monografias

ARENDONK, H. van., & ENGLLEN. F., *A tax Globalist: Essays in honour of Maarten J. Ellis*, Online Books IBFD, 2005.

ARNOLD, B., J., *International Tax Primer – Third edition*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2016.

BRANDÃO, A. F. R., *A neutralidade Fiscal em sede de Impostos sobre o rendimento na reestruturação de sociedades*, Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

CAMPOS, D. L., CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário*, Almedina 2º Edição, 2000, p. 338.

CAMPOS, J. M., CAMPOS, J. L. M. & PEREIRA, A. P., *Manual de Direito Europeu – O sistema institucional e o ordenamento económico da União Europeia*, Coimbra Editora, 7ª Edição, 2014.

CATARINO, J.R., GUIMARÃES, V.B., *Lições de Fiscalidade*, Vol. 2 – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional, Almedina, 2015.

CAUMONT CAIMI, C. & FRANZÈ, R., *Participation Exemption for inbound dividends and anti-tax-haven rules*, 41 *European Taxation* 5, 2001.

CHU L., *Taxation of Dividends in Relations with Third Countries*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, Series on International Tax Law, Vol. 66, 2010.

CORDEWENER, A., &KOFILER, G.W., &SCHINDLER, C.P., *Free Movement of Capital and Third Countries*, 47 *European Taxation* 3, 2007.

DAHLBERG, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of capital*, London: Kluwer Law International, 2005.

DOGGART, C., *Paraísos Fiscais – Guia prático*, Vida Económica 2ª Edição, 1998.

DOURADO, A. P., *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016.

DOURADO, A. P., *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora, 2010.

ENGLISCH, J., *Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms*, 38 Intertax 4, 2010.

ESSERS P. H. J., DE BONT G. J. M. E. & KEMMEREN, *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax treaties*, Alphen aan den Rijn: EUCOTAX Series on European Taxation vol. 1, Wolters Kluwer Law & Business, 1998.

FERREIRA, T.A., *The new Participation Exemption regime*, 51 European Taxation, 2/3, 2011.

FINNERTY, C., MERKS, P., PETRICCIONE, M. & RUSSO, R., *Fundamentals of International Tax Planning*, 2007.

FONTANA, R., *Direct investments and third countries: things are finally moving ... in the wrong direction*, 47 European Taxation 10, 2007.

FRAGA, T., *Troca de Informações*, Almedina, 2011.

GORJÃO-HENRIQUES, M., *Direito Comunitário*, Almedina 4ª Edição, 2006.

HARRIS, P.A., *Article 10: Dividends – Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD Online collections, 2015.

HELMINEN, M., *EU Tax Law – Direct Taxation – 2015*, Online Books IBFD.

- LANG M., PISTONNE P., SCHUCH J. & STARINGER C., *Source versus residence – Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, Alphen aan den Rijn: EUCOTAX Series on European Taxation vol. 20, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.
- LANG, M. & PISTONE, P., *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, Linde Kluwer Law International, 2007.
- MACHADO, J. E. M., *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora 2ª Edição, 2014.
- MARTINS, E. L., *O Ónus da Prova no Direito Fiscal*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- MONTEIRO S. M. S., *Manual de Contabilidade Financeira*, Vida Económica, 2013.
- MORAIS, R. D., *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2014.
- MORAIS, R. D., *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, Universidade Católica, 2005.
- MUSGRAVE, R., A., & MUSGRAVE, P., B., *Public Finance in Theory and Practice*, Mcgraw-Hill College, 1989.
- NABAIS J.C., *Direito Fiscal*, 7ª Edição, Almedina, 2014.
- NABAIS, J.C., *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina 2ª Edição, 2015.
- NIJKEUTER, E., *Exchange of information and the free movement of capital between Member States and third countries*, 20 EC Tax Review 5, 2011.
- NOGUEIRA, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- NUNES, G.L.R., *The Concept of Discrimination of Art. 63 TFEU with Respect to Third-country Relationships*, in: M. Lang, S. Heidenbauer, B. Sturzlinger, *The EU's*

External Dimension in Direct Tax Matters, Series on International Tax Law vol. 66, 2010.

PEREIRA, M. H. F., *Fiscalidade*, 5ª Edição Almedina, 2014.

PEREIRA, P.T., AFONSO, A., ARCANJO, M., SANTOS, J. C. G., *Economia e Finanças Públicas*, Escolar Editora, 2005.

PETERS, C., & GOOIJER, J., *The free movement of capital and third countries: some observations*, 45 *European Taxation* 11, 2005.

PIRES M. & PIRES R., *Direito Fiscal*, 5º Edição, Almedina, 2012.

SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2007.

SANTOS A.C. & VENTURA A., *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do código*, Vida Económica, 2014.

SARMENTO, J.M. & NUNES, R., *Exercícios e casos práticos*, Encontro da Escrita, 2015.

SCHENK-GEERS T., *International Exchange of Information and the Protection of Taxpayers*, Alphen aan den Rijn: EUCOTAX Series on European Taxation, Volume 24, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

SHALHAV, S., *Netherlands Interaction between the Participation Exemption and the principle of compartmentalization: Portfolio investments in the New EU accession Member States*, 45 *European Taxation* 2, 2005.

SMIT, D.S. & KIEKBELD, B.J., *EC Free Movement of Capital, Corporate Income Taxation and Third Countries – Four Selected Issues*, Kluwer Law International, 2008.

STÅHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, 13 *EC Tax Review* 2, 2004.

TEIXEIRA G., *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Almedina, 2010.

TEIXEIRA, G., *Taxing Corporate Profits in the EU - A Comparative Study of the Portuguese, British and Dutch Systems*, Kluwer Law International, 1997.

TEIXEIRA. G., *A Tributação do Rendimento – Perspetiva Nacional e Internacional*, Almedina, 2000.

VASQUES, S., *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2015.

VOUNATSOS, F., *Free Movement of Capital and Third Countries*, The EC Tax Journal 9.1.4, 2007.

XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, 2014.

Fontes Digitais

<http://rpc.informador.pt/artigos/E199.0106/Qual-o-desempenho-economico-financeiro-da-minha-empresa> (última consulta em 16 de abril de 2016).

http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.6.html (última consulta em 16 de abril de 2016).

<http://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf> (última consulta em 26 de abril de 2016).

<https://www.finma.ch/en/authorisation/banks-and-securities-dealers/changes-to-licences/reporting-requirements/qualified-participations/> (última consulta em 25 de abril de 2016).

http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2014/weisbach-2.pdf (última consulta em 12 de julho de 2016).

http://archive.helvidius.org/1999/1999_Nguyen.pdf (última consulta em 27 de Julho de 2016).

LISTA JURISPRUDENCIAL

TJUE, 17 de julho de 1996, *A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95.

TJUE, 8 de novembro de 2007, *Amurta SGPS v Inspecteur van Belastingdiens/Amsterdam*, C-379/05.

TJUE, 4 de junho de 2015, *Argenta Spaarbank NV v Belgische Staat*, C-578/14.

TJUE, 3 de abril de 2008, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel v Ministre de l'Économie, des finances et de l'Industrie*, C-27/07.

TJUE, 12 de fevereiro de 2009, *Belgische Staat v Cobelfret NV*, C-138/07.

TJUE, 4 de junho de 2009, *Belgische Staat v KBC Bank NV*, C-439/07.

TJUE, 12 de setembro de 2006, *CadburySchwppes*, C-196/04.

TJUE, 28 de janeiro de 1986, *Comissão v França – “Avoir Fiscal”*, C-270/83.

TJUE, 17 de outubro de 1996, *Denkavit International BV*, C-283/94.

TJUE, 14 de dezembro de 2006, *Denkavit Internationaal BV and Denkavit France SARL v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-170/05.

TJUE, 10 de abril de 2014, *Emerging Markets series of DFA Investment Trust Company v Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, C-190/12.

TJUE, 22 de dezembro de 2008, *État belge – Service public fédéral Finances v Les Verges du Vieux Tauves SA*, C-48/07.

TJUE, 14 de fevereiro de 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*, C-279/93.

TJUE, 23 de fevereiro de 2006, *Finanzamt Offenbach am Main-Land v Keller Holding GmbH*, C-471/04.

TJUE, 12 de dezembro de 2006, *FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04.

TJUE, 13 de novembro de 2012, *FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-35/11.

TJUE, 10 de novembro de 2011, *Foggia Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, C-126/10.

TJUE, 11 de setembro de 2014, *Kronos International Inc. V Finanzamt Leverkusen*, C-47/12.

TJUE, 11 de março de 2004, *Lasteyrie du Sailant*, C-9/02.

TJUE, 5 de julho de 2007, *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*, C-321/05.

TJUE, 10 de fevereiro de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH v Finanzamt Linz*, C-436/08.

TJUE, 12 de junho de 2014, *Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groninngen v SCA Group Holding BV*, C-39/13.

TJUE, 3 de outubro de 2013, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, C-282/12.

TJUE, 13 de dezembro de 2015, *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, C-446/03.

TJUE, 20 de junho de 1991, *Polysar Investments Netherlands BV v Inspecteur der Invoerrechtenen Accijnzen*, C-60/90.

TJUE, 18 de outubro de 2012, *Punch Graphix Prepress Belgium NV*, C-371/11.

TJUE, 12 de julho de 2012, *Tate & Lyle Investments Ltd v Belgische Staat*, C-384/11.

TJUE, 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04.

TJUE, 5 de junho de 2014, *X BV & TBG Limited v Staatssecretaris van Financiën*, C-24/12.