



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

Escola de Direito

A TRIBUTAÇÃO DOS DIVIDENDOS NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA

Marcos Félix de Freitas Carvalho

PORTO

2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

**A TRIBUTAÇÃO DOS DIVIDENDOS NO CONTEXTO
DA UNIÃO EUROPEIA**

Mestrado em Direito Fiscal

Dissertação realizada sob orientação do
Doutor João Félix Pinto Nogueira

PORTO

2012

*“ Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão
uma gota de água no mar.
Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota.”*

Madre Teresa de Calcutá

Ao Doutor João Félix Pinto Nogueira, orientador da dissertação, pelo incansável espírito de entreaajuda, críticas e sugestões em todo este processo, sabendo escutar e comentar sempre de modo paciente.

À minha Família com um abraço de gratidão.

À Francisca que nas horas mais amargas foi companheira inseparável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DISTRIBUIDOS	13
1. EXISTÊNCIA DE UM CONCEITO “PURO” ?	13
2. DIVIDENDO NO PLANO INTERNO.....	14
3. DIVIDENDO NO PLANO INTERNACIONAL	14
4. DIVIDENDO NO PLANO EUROPEU	15
5. SEQUÊNCIA.....	15
II. DIMENSÃO UNILATERAL	16
1. A BASE TRIBUTÁVEL.....	16
1.1. Ao nível do IRS	16
1.1.1. Momento da sujeição.....	17
1.2. Particularidade em IRC	17
2. TAXAS	18
2.1. Em IRS	18
2.1.1. Taxa liberatória.....	18
2.1.2. Taxa especial.....	18
2.1.3. Opção pelo englobamento	19
2.2. Em IRC	20
3. ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO	21
3.1. Económica	21
3.1.1. Em IRS.....	22
3.1.2. Em IRC	22
3.2. Jurídica	24
3.2.1. Mecanismo especial nas situações transfronteiriças – PALOP’s e Timor-Leste.....	24
3.2.2. Em IRC.....	26
3.2.3. Na ausência de CDT	26
III. DIMENSÃO CONVENCIONAL	28
1. INTRODUÇÃO.....	28

2. O REGIME CONCRETAMENTE CONSAGRADO NAS CDT CELEBRADAS COM PORTUGAL	30
IV. DIMENSÃO EUROPEIA	32
1. INTRODUÇÃO.....	32
2. DA APLICAÇÃO DA DIRECTIVA.....	34
2.1. Condições.....	34
2.1.1.Noção de lucro distribuído	34
2.1.2.“Sociedade de um Estado-Membro”	35
2.1.3.“Estabelecimento estável”.....	37
2.1.4.“Sociedade-mãe” e “Sociedade afiliada”	37
3. TRATAMENTO FISCAL.....	39
3.1. No Estado da sociedade-mãe	40
3.1.1.Método da isenção	41
3.1.2.Método do crédito de imposto.....	42
3.1.2.1. Limite	42
3.1.2.2. Reporte	43
3.1.3.Utilização de um estabelecimento estável	44
3.1.4.Tratamento dos custos	45
3.2. No Estado da sociedade que distribui	45
4. O ABUSO.....	47
5. COMENTÁRIO CRÍTICO	47
CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	54

LISTA DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Art. (arts.)	Artigo(s)
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CCiv	Código Civil
Cfr.	Confrontar
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CM OCDE	Convenção Modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Dir.	Dirigido por
DL	Decreto-Lei n.º
DR	Diário da República
<i>E.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais

Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
<i>I.e.</i>	<i>id est</i>
LGT	Lei Geral Tributária
MCCCIS	Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
OCDE	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
OE	Orçamento de Estado
P. (pp.)	Página(s)
PALOP's	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
SA	Sociedade Anónima
SC	Sociedade em Comandita Simples
SCE	Sociedade Cooperativa Europeia
SE	Sociedade Europeia
SQ	Sociedade por Quotas
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	<i>Vide</i>

INTRODUÇÃO

Um dos segmentos mais visíveis da política fiscal é claramente a chamada política fiscal externa. Esta, visa adequar o sistema tributário de um lado, à internacionalização das operações económicas, não discriminando em sede fiscal, os lucros gerados no estrangeiro e repatriados, a atracção do investimento estrangeiro e a exportação dos lucros gerados pelas sociedades nacionais.

Por vezes, ocorrem casos de sucessiva tributação do rendimento. Em certos casos tal ocorre quando se tributa primeiro enquanto lucro distribuído; subsequentemente, enquanto rendimento auferido por uma pessoa singular ou colectiva – dupla tributação económica. Noutros casos, tal deriva da não coincidência dos *elementos de conexão*¹ – dupla tributação jurídica.

Isto leva a que os Estados tenham de adoptar disposições internas, medidas comunitárias ou mesmo convenções internacionais, no sentido de atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional que tais situações por via de regra originam².

A presente dissertação centra-se no estudo dos mecanismos adaptados, conscientes da importância desse estudo num momento em que há um

¹ Tais elementos consistem na relação ou ligações existentes entre pessoas, os objectos e os factos com os ordenamentos tributários, distinguindo-se em subjectivos, se se referem às pessoas (e.g. residência), ou objectivos quando se referem a coisas ou factos (a fonte produtora, o pagamento do rendimento, o local da situação dos bens, do estabelecimento, e assim por diante). Neste sentido *vd.* Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 2009, pp. 223-226.

² No entendimento de Alberto Xavier, a dupla tributação configura uma situação de concurso de normas, ou seja, uma situação em que o mesmo facto tributário se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias diferentes, o que implica, de um lado, a identidade do facto tributário e, de outro, a pluralidade de normas tributárias. Como requisito da identidade do facto tributário, costuma exigir-se a *regra das quatro identidades*, ou seja, a identidade do objecto, a identidade do sujeito, a identidade do período da tributação e a identidade do imposto. Mais desenvolvidamente *vd.* Alberto Xavier, *ob. cit.*, pp. 31-44.

crescendo assinalável de transacções internacionais que aumentam os casos de incerteza quanto à correcta qualificação e tributação dos lucros distribuídos.

A presente dissertação não foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico.

TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS

As nossas leituras prévias sobre o tema revelaram desde logo alguma incoerência nos termos utilizados³. Exemplo disso, é a palavra *dividendo*, que, no caso das sociedades anónimas significa “o vocábulo dividendo que deriva do latim *dividendu* (que vai ser dividido), querendo com ele significar-se a quantia que cada sócio tem direito a receber na divisão dos lucros de uma sociedade”⁴.

Convém advertir que o objecto da presente dissertação, incidirá sobre os rendimentos resultantes do direito ao lucro, inerente às acções representativas do capital de sociedades anónimas, sem prejuízo do facto de algumas questões aqui abordadas e respectivas conclusões assumirem igualmente relevo do ponto de vista de outro tipo de sociedades.

1. Existência de um conceito “puro” ?

O conceito de lucro é um elemento essencial do conceito das sociedades comerciais, constituindo a medida da sua capacidade⁵, visando a criação de uma riqueza que se destina a ser repartida⁶.

O CSC não consagra nem sequer um conceito geral de lucro⁷, mesmo sendo este um elemento essencial das sociedades comerciais. Em termos

³ Veja-se a título de exemplo, *lucro, dividendos, lucros distribuídos*,... conforme evidenciado nos art. 5º n.º 2 al. h) do CIRS, art. 20º n.º 1 al. c) ou o art. 51º n.º 1, ambos do CIRC, isto no direito interno português. No direito tributário internacional, também é bem visível esta polissemia, nas CDT utiliza-se o termo “Dividendos” como se pode ver na epígrafe do art. 10º, e no espaço europeu a Directiva Mães e Afiliadas emprega o termo de “distribuição dos lucros”.

⁴ Vd. Paulo Tarso Domingues, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 262, em nota.

⁵ Art. 6º n.º 1 do CSC.

⁶ Art. 980º do CCiv, que define o contrato de sociedade, e o art. 21º n.º 1 al. a) do CSC, em que o direito ao lucro é o primeiro direito dos inumerados “direitos dos sócios”.

genéricos, trata-se da diferença positiva entre o custo e a receita da actividade comercial. Podemos distinguir duas vertentes no lucro: a objectiva e a subjectiva. Na primeira, este traduz-se num “incremento patrimonial criado directamente na esfera da sociedade”, enquanto que a segunda perspectiva-o no sentido do lucro que se destina a ser subsequentemente repartido entre os sócios⁸. Isto releva para efeitos fiscais porque é a segunda vertente que está em causa no presente estudo.

2. Dividendo no Plano Interno

Muito embora a lei fiscal prescreva expressamente a sujeição de imposto à subsequente repartição do lucro, certo é que não o define.

Como estamos perante um termo próprio de outro ramo de direito, obriga-nos a que o mesmo deva ser interpretado no mesmo sentido daquele que aí tenha⁹.

3. Dividendo no Plano Internacional

O termo “dividendo” é mais compreensivo do que no direito interno português (enquanto neste assume a acepção restrita de rendimento das SA, naquele abrange não só os lucros distribuídos¹⁰ por estas, mas também pelas SC e por SQ). O elemento nuclear em torno do qual se articulou o conceito

⁷ Uma vez que o legislador omitiu tal elemento essencial, foi necessário que a doutrina portuguesa trilhasse um árduo caminho no sentido de encontrar a noção mais específica, surgindo deste modo os conceitos de lucro periódico, lucro de exercício, lucro de exercício distribuível e o de lucro final ou de liquidação. Dado o âmbito restrito da nossa exposição, não trataremos destes conceitos com a profundidade e extensão que o mesmo justificaria. Como exemplos bibliográficos sobre as matérias referidas, *vd.* Pedro Maia, Maria Elisabete Ramos, Alexandre Soveral Martins, Paulo Tarso Domingues, sob a coordenação de J. M. Coutinho de Abreu, *Estudos de Direito das Sociedades*, 8^o ed., Almedina, Coimbra, pp. 213 e ss; Manuel António Pita, *Direito aos Lucros*, Almedina, Coimbra, 1989.

⁸ *Vd.* Paulo Tarso Domingues, *ob. cit.*, pp. 264.

⁹ Art. 11^o n.º 2 da LGT.

¹⁰ *Vd.* Teresa Curvelo, *Comentários ao Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 206, artigo 10^o, § 26-28, 259 e 260.

convencional¹¹ foi pois o de, rendimento de uma participação no capital de uma sociedade¹².

4. Dividendo no Plano Europeu

No espaço europeu, utiliza-se a designação de distribuição de lucros¹³, uma expressão mais ampla do que a de dividendo.

5. Sequência

O objectivo primordial da presente dissertação, é o estudo, no âmbito da UE, da Directiva que impõe aos EM que eliminem a dupla tributação económica e jurídica dos lucros distribuídos entre sociedades residentes em diferentes EM.

Começaremos pela análise do plano interno, ou seja, pelos casos de distribuição de lucros, determinando as várias perspectivas consoante o perceptor do rendimento seja uma pessoa singular ou colectiva. Explicaremos os métodos de atenuação ou eliminação da dupla tributação. Posteriormente, analisaremos as hipóteses de aplicação do regime instituído nas Convenções bilaterais, analisando, para o efeito, o regime contido na CM OCDE.

Por último, analisaremos o regime derivado da Directiva Mães-Afiliadas¹⁴.

Terminaremos com as necessárias conclusões.

¹¹ Art. 10º n.º 2 da CM OCDE.

¹² Sobre o conceito de “dividendo” veja-se Alberto Xavier, *ob. cit.*, pp. 646 e ss.

¹³ Art. 1º da Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011.

¹⁴ *Vd.* Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011.

DIMENSÃO UNILATERAL

No que respeita aos impostos sobre o rendimento, os elementos de conexão tradicionalmente utilizados são a residência¹⁵ do beneficiário do rendimento (critério: residência) e o local de produção do rendimento (critério: fonte). O primeiro conduz por via de regra, à tributação do rendimento global do contribuinte¹⁶. O segundo, por seu turno, leva a uma tributação limitada dos rendimentos produzidos no território¹⁷.

Na presente dissertação não teremos em conta os casos de abuso de conexões.

Feito este enquadramento prévio, a fim de precisar a extensão e os limites de tributação dos impostos sobre o rendimento estabelecidos pelo Estado português, analisaremos agora o enquadramento no direito interno, dos dividendos, quando pagos ou colocados à disposição por uma sociedade interna e recebidos por um residente.

1. A base tributável

1.1. Ao nível do IRS

Como princípio geral, todos os “frutos e demais vantagens económicas” são considerados rendimentos de capitais¹⁸ – rendimentos da categoria E – e,

¹⁵ O seguinte artigo, aborda muito claramente o problema do elemento de conexão residência *vd.* João Félix Pinto Nogueira, *A Dupla Residência Fiscal de Pessoas Singulares – Enquadramento da questão nos planos internos, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano IV, n.º 1, Maio 2011, Almedina, pp. 209-247.

¹⁶ Art. 15º n.º 1 do CIRS e art. 4º n.º 1 do CIRC.

¹⁷ Art. 15º n.º 2 do CIRS e art. 4º n.º 2 do CIRC.

¹⁸ Art. 5º n.º 1 do CIRS.

portanto sujeitos a IRS, com excepção dos ganhos e outros rendimentos tributados noutras categorias. Trata-se de conceito muito amplo, representando deste modo, uma larga margem de incidência para este tipo de rendimentos.

Decorrendo então deste conceito que, quando uma pessoa singular, aplica o seu capital numa sociedade, na expectativa de gerar um rendimento – o dividendo – quando colocado à sua disposição, terá de enquadrá-lo nesta categoria¹⁹.

1.1.1. Momento da sujeição

Os dividendos, ficam sujeitos a tributação a partir do momento da verificação do respectivo facto constitutivo, que no presente caso é o momento do pagamento ou da colocação à disposição do respectivo titular²⁰.

1.2. Particularidade em IRC

A noção de rendimento que subjaz à quantificação do lucro tributável de uma sociedade, é mais ampla que a acolhida em sede de IRS. Para além dos rendimentos que derivam do normal prosseguimento da sua actividade económica, integram também os que derivam da execução de operações de outra natureza. Assim os dividendos²¹, integram o lucro tributável²².

¹⁹ Art. 5º n.º 2 al. h) do CIRS.

²⁰ Art. 7º n.º 1 e n.º 3 al. a) ponto 2 do CIRS.

²¹ Art. 20º n.º 1 al. c) do CIRC.

²² Art. 17º do CIRC.

2. Taxas

2.1. Em IRS

2.1.1. Taxa liberatória²³

Uma distribuição de lucros, de uma sociedade sujeita a IRC para o respectivo titular residente no nosso território ou para um titular não residente, está sujeito a uma taxa liberatória de 25%²⁴.

Este tipo de taxa tem como objectivo determinar o IRS devido a título definitivo, pelo que os titulares de rendimentos a ela sujeita ficam liberados da obrigação acessória de entrega da declaração anual de rendimentos, a menos que exerçam a opção pelo englobamento de rendimentos, nos casos em que a lei o permite e de que adiante referiremos.

A taxa será de 30%, quando o lucro é distribuído²⁵ ou obtido²⁶ por uma sociedade não residente no território português e domiciliada em território sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável²⁷.

2.1.2. Taxa especial²⁸

O legislador português, com o fim de prevenir a evasão e a fraude fiscal, tributa autonomamente à taxa de 25%²⁹, os dividendos que sejam pagos ou

²³ Este tipo de taxa, não atende ao montante dos rendimentos a tributar nem à situação pessoal dos contribuintes mas apenas à natureza do rendimento sujeito a tributação. Mais desenvolvidamente *vd.* Ana Cristina Bicho e Maria Helena Magno, *IRS Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, Direcção-Geral dos Impostos, Centro de Formação, 2007, pp. 249-254.

²⁴ Art. 71º n.º 1 al. c) e d) do CIRS. A aplicação desta taxa, é efectuada pelo mecanismo de retenção na fonte (regulado no CIRS e no DL 42/91, de 22 de Janeiro), que cabe às entidades devedoras (art. 101º n.º 2 al. a) do CIRS), não sendo deste modo tributados na esfera dos seus beneficiários.

²⁵ Art. 71º n.º 13 do CIRS.

²⁶ Art. 71º n.º 14 do CIRS.

²⁷ Nos termos da lista constante na Portaria n.º 292/2011, de 8 de Novembro.

²⁸ Os rendimentos sujeitos a este tipo de taxa, que também são designadas por taxas de tributação autónoma, têm que ser obrigatoriamente inscritos na declaração anual de rendimentos, para que, mediante essa declaração seja aplicada a taxa especial, não sendo tributado pelo mecanismo de retenção na fonte. Assim, esta taxa difere-se da taxa liberatória quanto ao momento da sua tributação e ao modo de conhecimento dos rendimentos por parte da AT.

recebidos por quem actua na qualidade de agente ou mandatário, e que por essa qualidade, os mesmos, não tenham sido sujeitos a retenção na fonte nos termos gerais.

Caso os intermediários estejam domiciliados em território em que o regime fiscal é claramente mais favorável, a taxa é de 30%³⁰.

2.1.3. Opção pelo englobamento³¹

O titular do dividendo, residente em território português, em vez de sujeitar o seu rendimento à taxa especial de 25%, tem a faculdade de optar pelo englobamento³². Porém, a retenção na fonte passa a ser por conta do imposto devido a final e apenas metade do seu valor vai ser considerado pela AT³³.

Consideremos que um sujeito passivo, cujo escalão de rendimento corresponde a uma taxa marginal de IRS de 35,5%, recebeu dividendos de acções portuguesas, os quais foram objecto de retenção na fonte à taxa de 25%. Para este sujeito passivo, será mais vantajoso optar pelo englobamento dos dividendos, uma vez que os mesmos serão tributados à taxa marginal de 35,5% apenas sobre 50% do respectivo montante; assim, na prática, o sujeito passivo poderá “recuperar” 7,25% dos 25% que lhe tenham sido retidos na fonte, pela que a tributação final dos dividendos “descerá” para 17,75%.

No entanto, o problema é que terá de englobar todos os restantes rendimentos de capitais e mais-valias mobiliárias obtidas. O ganho que obteria por englobar os dividendos poderá ser mais do que absorvido pela perda nos restantes rendimentos.

²⁹ Art. 72º n.º 5 do CIRS.

³⁰ Art. 72º n.º 11 do CIRS.

³¹ Quem optar pelo englobamento, fica obrigado a englobar a totalidade dos rendimentos com a mesma natureza (art. 22º n.º 5 do CIRS).

³² Art. 71º n.º 6 e 7 do CIRS.

³³ Art. 40º-A do CIRS.

Por tudo isto, esta opção deve ser ponderada caso a caso.

2.2. Em IRC

Os dividendos que são obtidos por sociedades em território português, estão sujeitos a retenção na fonte³⁴, às taxas previstas pelo CIRS³⁵, revestindo o carácter de imposto por conta devido a final³⁶.

Contudo, quando tenham sido atribuídos a sociedades não residentes em território português (nem aí tenham estabelecimento estável), a taxa será de 25%³⁷. Por outro lado, caso as entidades estejam sujeitas a um regime fiscal mais favorável, ou caso não seja possível identificar o beneficiário efectivo dos dividendos, a taxa será de 30%³⁸. Ambas as taxas, têm carácter definitivo³⁹.

Sucedem porém que, poderá não existir a obrigação de efectuar a retenção na fonte, quando esta tenha a natureza de imposto por conta, numa situação de lucros obtidos por sociedades em que seja aplicável o regime da eliminação da dupla tributação económica⁴⁰. Justificando-se esta dispensa, por se tratar de rendimentos que vão ser excluídos da tributação em IRC, evitando desta forma o acréscimo de reembolso de imposto⁴¹.

Por fim, o legislador “penaliza” com uma taxa de tributação autónoma à taxa de 25%, as situações de não preenchimento dos requisitos do mecanismo de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos. Nomeadamente, a não permanência da participação na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da

³⁴ Art. 94º n.º 1 c) do CIRC.

³⁵ Art. 94º n.º 4 do CIRC.

³⁶ Art. 94º n.º 3 do CIRC.

³⁷ Art. 87º n.º 4 do CIRC.

³⁸ Art. 87º n.º 4 al. h) e i) do CIRC.

³⁹ Art. 94º n.º 3 do CIRC.

⁴⁰ Art. 97º n.º 1 c) do CIRC.

⁴¹ *Vd. Olga Ribeiro Guedes, Manual IRC, Direcção-Geral dos Impostos, Centro de Formação, 2008, pp. 414.*

colocação à disposição dos lucros e não venha a ser mantida durante o tempo necessário para completar esse período⁴².

3. Eliminação da dupla tributação

A preocupação do legislador português em acautelar situações, como é o caso da dupla tributação dos lucros distribuídos, prende-se com a defesa da neutralidade fiscal, isto é, com a posição de princípio segundo a qual a conformação dos impostos deve ter a menor influência possível nas decisões livres (de índole económica e não só) dos sujeitos passivos. De modo que, as soluções tomadas por estes, sejam as menos onerosas sobretudo quanto à organização e financiamento das sociedades.

Esta necessidade de neutralidade fiscal, tem expressão no art. 81º al. f) da CRP.

3.1. Económica

A questão de saber como se pode evitar – e mesmo se deve evitar – que um lucro (o rendimento típico das sociedade comerciais) seja tributado na esfera jurídica da própria sociedade que o gera e, posteriormente, na esfera do sócio (pessoa singular ou colectiva) que o recebe em função das participações que nelas cada um detém, constitui um típico problema fundamental dos impostos sobre os rendimentos.

⁴² Art. 88º n.º 11 do CIRC.

3.1.1. Em IRS

Ao nível unilateral, quando o beneficiário é uma pessoa singular, o legislador apenas optou por mitigar a dupla tributação económica e não a eliminar por completo, propondo que os lucros devidos pelas sociedades sujeitas e não isentas de IRC, no caso de optarem pelo englobamento, sejam considerados em 50% do seu valor, para efeitos da formação do rendimento colectável⁴³.

3.1.2. Em IRC

O mecanismo de mitigação da dupla tributação económica adoptado pelo legislador português, no caso de lucros distribuídos a uma sociedade-mãe portuguesa, é o método da isenção⁴⁴.

Isto implica que, haja uma integral desconsideração dos lucros distribuídos para efeitos do cálculo do lucro tributável da sociedade beneficiária – a sociedade-mãe⁴⁵.

Trata-se de tributar a entidade geradora de rendimentos e isentar as entidades destinatárias dos mesmos (quando sujeitas a IRC), de acordo com as participações sociais detidas.

Mas, necessariamente têm que ser atendidos certos condicionalismos: i) a sociedade beneficiária residente em Portugal detenha pelo menos 10% de participação no capital social da sua subsidiária; ii) a participação tenha sido, ininterruptamente, mantida durante o ano anterior à data da distribuição dos lucros (se a distribuição de lucros ocorrer antes do termo do período de

⁴³ Art. 40º-A n.º 1 do CIRS.

⁴⁴ Art. 51º n.º 1 do CIRC.

⁴⁵ Desde que, não esteja abrangida pelo regime de transparência fiscal.

detenção de um ano, pode beneficiar ainda da isenção fiscal, desde que o período de detenção seja concluído posteriormente)⁴⁶.

Adicionalmente⁴⁷, foi introduzida uma norma antiabuso. A constante no n.º 10 do art. 51º do CIRC. Exige-se que os lucros distribuídos tenham sido objecto de uma “tributação efectiva”.

Ficou, contudo, por esclarecer o conceito de “tributação efectiva”, dúvida esta que vem desde 2005⁴⁸, e cujos problemas certamente o legislador deveria ter antecipado e evitado. Dúvidas estas que, devido à sua complexidade e extensão, não cabe nos limites da presente dissertação⁴⁹.

No entanto, ainda que muito superficialmente, não podemos deixar esta oportunidade para dar o nosso contributo.

Entendemos que, é positivo o entendimento da AT no sentido de que deve considerar-se verificado o requisito da “tributação efectiva” quando os lucros em causa se encontrem sujeitos a IRC, ou a um imposto idêntico ou análogo, não beneficiando de qualquer exclusão ou isenção, bastando que tal ocorra na esfera de uma das entidades que integrem a cadeia de participações, quer seja na esfera da entidade que os distribui, quer seja de uma sua afiliada.

Nota-se, por parte da AT, um reforço de neutralidade fiscal na organização societária, afastando-se, desse modo, através do método de isenção, a tributação sucessiva de um mesmo rendimento na esfera de todas

⁴⁶ Beneficiarão ainda do disposto no n.º 1 do art. 51º do CIRC as sociedades elencadas no n.º 2 do referido artigo, independentemente da percentagem de participação e do prazo em que esta tenha permanecido na sua titularidade.

⁴⁷ Pela Lei do Orçamento do Estado para 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro).

⁴⁸ Primeira inclusão do termo “tributação efectiva” no art. 46º do CIRC, na redacção dada pelo art. 29º n.º 1 da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro (Orçamento de Estado para o ano de 2005).

⁴⁹ Veja-se a Circular 24/2011, de 11 de Novembro de 2011, da Direcção de Serviços do IRC, que prescreve o entendimento da AT relativamente ao conceito de “tributação efectiva”. Mais desenvolvidamente sobre este conceito *vd.* António Lobo Xavier, Isabel Santos Fidalgo, Francisco Mendes da Silva, *O conceito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades*, Revista Fiscalidade, Instituto Superior de Gestão, n.º 42, 2010, pp. 15-52. E ainda *vd.* Conceição Gamito e Frederico Antas, “Relief from Double Taxation of Distributed Profits and the “Effective Taxation” Requirement”, *European Taxation*, Vol. 52, N.º 2/3 (2012), IBFD, pp. 122-126.

as sociedades de um mesmo grupo económico. Assegurando também alguma competitividade do sistema fiscal português.

Creemos no entanto que, o entendimento da AT, demonstrado na Circular 24/2011, de 11 de Novembro de 2011, fica aquém do que seria desejável. Limita-se a esclarecer que não é exigido qualquer limiar mínimo de tributação, deixando em aberto se tal significa, na prática, que a “tributação efectiva” se estende às situações em que o imposto pago foi “zero” (e.g. por existência de prejuízos fiscais), ou mesmo às situações de tributação autónoma.

Na nossa opinião, esta disposição em questão, não parece ter razão de existir, podendo servir apenas para intimidar as sociedades. Uma vez que, estas, têm dificuldade em demonstrar esta tributação efectiva, temendo assim a perda da isenção. Nem com o entendimento da AT é suficiente afastar este risco.

3.2. Jurídica

Um outro problema é o da tributação do lucro na esfera jurídica da sociedade que o gera e, posteriormente, no momento da sua atribuição aos seus titulares residentes noutro Estado. Normalmente tem lugar através do mecanismo de retenção na fonte. Além da dupla tributação económica existirá dupla tributação jurídica se o receptor for novamente tributado.

3.2.1. Mecanismo especial nas situações transfronteiriças – PALOP's e Timor-Leste

Por razões históricas e para promover Portugal como centro relevante de investimento directo estrangeiro nos PALOP's e Timor-Leste, o legislador

português criou um benefício fiscal com o fim de eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos pelas filiais residentes nesses países.

Para tal, os lucros recebidos por uma sociedade-mãe residente em Portugal não estão sujeitos a tributação, se distribuídos por uma subsidiária residente nos PALOP's ou em Timor-Leste.

Contudo, têm que estar verificadas as seguintes condições: i) a sociedade-mãe esteja sujeita e não isenta de IRC; ii) a sociedade-mãe detenha directamente, pelo menos, uma participação de 25%, por um período ininterrupto de dois anos, na sociedade subsidiária residente nos PALOP's ou em Timor-Leste; iii) a sociedade subsidiária residente nos PALOP's ou em Timor-Leste esteja sujeita e não isenta de um imposto semelhante ao do imposto sobre as sociedades; iiiii) os lucros distribuídos pela sociedade subsidiária tenham sido tributados a uma taxa de pelo menos 10%; e, iiiiii) os lucros da subsidiária nos PALOP's ou em Timor-Leste não resultarem de actividades geradoras de rendimentos passivos (royalties, acções, mais-valias,...)⁵⁰.

Na nossa opinião, este é um regime muito positivo, faz com que sociedades portuguesas criem valor em países menos desenvolvidos, favorecendo, desta forma, o seu crescimento.

Contudo, cremos que peca por ser um regime unilateral. O legislador português, além de incentivar ao investimento nos PALOP's e em Timor-Leste, isentando os lucros recebidos de IRC, deveria fazer com que estes não fossem tributados a uma taxa não inferior a 10% no Estado da sociedade subsidiária. Seria positivo subordinar este regime à condição da reciprocidade, não utilizando só o nosso património cultural/económico como plataforma para investimento no mundo lusófono.

⁵⁰ Art. 42º do EBF.

3.2.2. Em IRC

A solução passa por uma dedução à colecta⁵¹. Os sujeitos passivos residentes que auferiram lucros em qualquer país, mesmo provenientes de Estados com os quais Portugal não celebrou uma CDT, têm o direito de deduzir o imposto lá pago, mediante determinadas condições. Essa dedução consiste num crédito de imposto (método do crédito de imposto ou da imputação limitada) que corresponderá à menor das seguintes importâncias: i) imposto sobre o lucro pago no estrangeiro; e, ii) fracção do IRC, calculado antes da dedução, correspondente aos lucros que no país em causa possam ser tributados⁵².

Entendemos que seria benéfico, como forma de incentivar a competitividade fiscal entre as sociedades portuguesas, que os lucros distribuídos por uma subsidiária à sua sociedade-mãe estivessem isentos de retenção na fonte, eliminando a dupla tributação jurídica. Dependendo a isenção das seguintes condições, a sociedade-mãe detenha uma participação no capital da subsidiária (sujeita e não isenta de IRC) de pelo menos 10%, e esta tenha permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante um ano.

3.2.3. Na ausência de CDT

Na ausência de uma convenção sobre dupla tributação (seja porque não foi celebrada entre os Estados de proveniência e de destino do rendimento, seja porque existe qualquer regra convencional que impede a sua aplicação) um mesmo rendimento pode ser objecto de tributação em mais do que um Estado, sem que a dupla tributação seja eliminada ou mitigada.

No entanto, o Estado de residência pode adoptar regras unilaterais para eliminar ou reduzir a dupla tributação.

⁵¹ Art. 90º n.º 2 al. a) do CIRC.

⁵² Art. 91º n.º 1 do CIRC.

No caso português, tanto o CIRS como o CIRC contêm disposições com esta finalidade⁵³. No caso de os sujeitos passivos residentes possuírem dividendos provenientes de países com os quais Portugal não celebrou uma convenção, tais sujeitos têm direito a deduzir o imposto lá pago, se verificadas determinadas condições. Tal dedução consiste num crédito de imposto que corresponderá à menor das seguintes importâncias: i) imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro; e, ii) fracção do IRC, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país em causa possam ser tributados⁵⁴.

De notar que, em caso de insuficiência de colecta no ano em que são englobados, na matéria colectável, os rendimentos provenientes do estrangeiro, o remanescente que não for deduzido (e.g. pela inexistência de matéria colectável), fica perdido para sempre⁵⁵.

Creemos que, a opção do legislador de ter revogado a possibilidade de utilizar o remanescente dos rendimentos obtidos no estrangeiro até ao fim dos 5 anos seguintes, é demasiado onerosa para as sociedades portuguesas. Distorce por completo, o sistema de eliminação de dupla tributação jurídica internacional, para o qual é criado pelos Estados.

Assim, somos da opinião de que, o legislador, para colmatar este “lapso” deveria adoptar outra vez pela norma revogada⁵⁶ da Lei do OE para 2006.

⁵³ Falamos dos arts. 81º do CIRS e do 91º do CIRC.

⁵⁴ Art. 90º n.º 2 al. a) do CIRC.

⁵⁵ Até à redacção dada ao artigo 81º pela Lei do OE para 2006 (Lei 39-A/2005, de 29 de Julho) era possível, em caso de insuficiência de colecta no ano em que fossem englobados os rendimentos provenientes do estrangeiro, que o remanescente fosse deduzido até ao fim dos 5 anos seguintes, à parte da colecta do IRS que proporcionalmente corresponder ao rendimento líquido da respectiva categoria.

⁵⁶ “Sempre que não seja possível efectuar a dedução a que se referem os números anteriores, por insuficiência de colecta no exercício em que os rendimentos obtidos no estrangeiro foram incluídos na base tributável, o remanescente pode ser deduzido até ao fim dos cinco exercícios seguintes.”

DIMENSÃO CONVENCIONAL

1. Introdução

A regulação dos fluxos internacionais de capitais é um dos aspectos mais importantes da política económica de um país.

Neste contexto, a estratégia fiscal pode ser um elemento decisivo. Para evitar os problemas causados pela dupla tributação internacional vários Estados adoptam convenções em matéria de dupla tributação.

As CDT definem o conceito de “dividendos”⁵⁷ como rendimentos provenientes de acções, acções ou bónus de fruição, partes de minas, partes de fundadores ou outros direitos, com excepção dos créditos, que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitas ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de acções pela legislação do Estado de que é residente a sociedade que os distribui.

O elemento essencial em torno do qual se articulou o conceito de dividendo na CM OCDE foi, o de rendimento de uma participação social, no sentido de uma participação numa sociedade de capitais. E isto é assim, porque na legislação da generalidade dos países da OCDE, apenas as sociedades de capitais têm personalidade jurídica, não já as sociedades de pessoas. Neste último caso, os lucros se imputam aos sócios e não à sociedade.

Desde que, face a um dado sistema jurídico, uma sociedade se possa caracterizar como sociedade de capitais, dotada de personalidade jurídica

⁵⁷ Nos termos do Art. 10º da CM OCDE.

distinta da dos seus sócios, os rendimentos a estes distribuídos podem classificar-se como dividendos, seja qual for a forma jurídica que revistam⁵⁸.

Como forma de distribuir o poder de tributar, as CDT atribuem o poder a ambos os Estados, isto é, ao Estado da fonte⁵⁹ e ao Estado de residência⁶⁰.

Contudo, a CM OCDE prevê um limite máximo de tributação no Estado da fonte de 5% do montante bruto dos dividendos, se o seu beneficiário efectivo for uma sociedade que detenha directamente pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos, ou de 15%, nos restantes casos.

Quando se confere ao Estado da fonte o direito de tributar os dividendos, o Estado de residência deverá conceder um desagravamento, de modo a evitar a dupla tributação. Os dois métodos de desagravamento de uso mais comum são o método de isenção⁶¹ e o método da imputação⁶² ou do crédito de imposto.

Embora bastantes CDT incluam já disposições destinadas à eliminação da dupla tributação económica internacional, podendo mesmo vislumbrar-se uma tendência neste sentido, a maioria das CDT continua a actuar apenas ao nível da eliminação da dupla tributação jurídica internacional, e não da eliminação da dupla tributação económica internacional⁶³.

⁵⁸ No mesmo sentido *vd.* Alberto Xavier, *ob. cit.*, pp. 647.

⁵⁹ Em regra, o Estado onde o rendimento é produzido e no qual é pago.

⁶⁰ O Estado beneficiário efectivo do rendimento está sujeito a tributação ilimitada (pelos rendimentos de fonte nacional e estrangeira), de acordo com as regras fiscais domésticas.

⁶¹ Através deste método, o Estado de residência deve isentar de imposto o rendimento que foi tributado no Estado da fonte (art. 23º-A da CM OCDE).

⁶² Pelo método da imputação, o Estado da residência deduz o imposto por ele cobrado sobre o rendimento do seu residente uma importância equivalente ao imposto pago no Estado da fonte (art. 23º-B da CM OCDE).

⁶³ Esta é precisamente a situação dos dividendos obtidos de Macau. Na CDT entre Portugal e Macau, há dupla tributação económica porquanto o mesmo rendimento é objecto de uma tributação sucessiva: Macau aplica aos lucros obtidos pela sociedade residente, o imposto complementar de rendimentos, e Portugal determina o englobamento dos lucros distribuídos à sociedade residente, tributando-os em sede de IRC; Não há dupla tributação jurídica, porquanto o sujeito de imposto não é coincidente. O imposto complementar de rendimento foi suportado pela sociedade sediada em Macau, no âmbito de cuja esfera jurídica foi produzido, ao passo que, por não existir qualquer norma que mande tributar autonomamente o dividendo atribuído (*e.g.* por retenção na fonte) e no momento da sua atribuição, não há uma dupla tributação jurídica, pois que a sociedade a quem os dividendos são pagos –

2. O regime concretamente consagrado nas CDT celebradas com Portugal

A definição de dividendo estabelecida nas CDT celebradas com o Estado português, segue de perto a CM OCDE. No entanto, algumas reservas à definição podem ser encontradas.

A mais significativa é a de incluir certos pagamentos efectuados a título de acordos de participação nos lucros, pretendendo Portugal tratá-los como distribuição de dividendos⁶⁴. A maioria dos Tratados acolhe esta opção, com o fim de alargar a definição de dividendo⁶⁵.

Por outro lado, num reduzido número de tratados, e claramente pela pressão da parte contrária, a noção de dividendo é estendida de modo a cobrir certas parcelas de rendimento⁶⁶.

Quanto ao sistema de taxa de imposto no Estado da fonte, aplicada aos dividendos, após uma reserva ao art. 10⁶⁷, podemos encontrar essencialmente dois padrões de taxas. Primeiro, existe um sistema de taxa dupla, que distingue entre investimento directo (10%) e investimento em carteira (15%)⁶⁸. A maioria dos tratados, no entanto, opta por um sistema de taxa única, ou de 15%⁶⁹ ou

residente em Portugal – não sofre qualquer dupla tributação, na medida em que apenas se vê confrontada com o englobamento de tal dividendo no âmbito do IRC (única tributação sofrida por aquele rendimento no âmbito da sua esfera jurídica). Este aspecto é crucial, pois que, preocupando-se as Convenções em geral apenas com a dupla tributação jurídica dos rendimentos, sempre que esta não ocorra não há lugar à sua eliminação, ainda que possa ocorrer dupla tributação económica. Nos mesmos termos *vd.* João Ricardo Catarino, *O Regime dos Lucros e dos Dividendos na Convenção com Macau*, Revista Fiscalidade, Coimbra Editora, n.º 4, 2000, pp.90.

⁶⁴ *Vd.* Teresa Curvelo, *ob. cit.*, § 81.1, pp. 280.

⁶⁵ Esta opção está presente ou expressamente prevista nos tratados, ou nos protocolos de acompanhamento (*e.g.* protocolo com a Alemanha, que inclui na definição de dividendo, os lucros de um *sleeping partner*, “sócio oculto”).

⁶⁶ *Vd. e.g.* No protocolo (2 a) do tratado com a Espanha, onde abrange também os lucros derivados da liquidação de uma sociedade.

⁶⁷ *Vd.* Teresa Curvelo, *ob. cit.*, § 75, pp. 279.

⁶⁸ Por investimento directo entendemos aqueles que se referem a uma participação superior a 25% num período contínuo de 2 anos. Este padrão é adoptado, por exemplo, nos tratados com o Reino Unido, Espanha e Brasil.

⁶⁹ *Vd. e.g.* os tratados com França, Itália, Alemanha, Irlanda.

de 10%⁷⁰. Contudo, num número reduzido de tratados, outras taxas ou estruturas são adoptadas⁷¹.

O que se encontra previsto no art. 10º n.º 4 e 5 da CM OCDE, está normalmente presente nos Tratados celebrados com Portugal. Embora, na sua maioria, exista também uma referência ao rendimento derivado de uma instalação fixa. O que se compreende que Portugal tenha essa menção, para acautelar as prestações de serviços que normalmente são contratadas pelos Estados. E que, por aqueles terem aí uma instalação fixa e exercerem uma actividade de natureza comercial, os lucros sejam tributados como “lucros das empresas” e não como “dividendos”.

Uma série de convenções incluem ainda algumas disposições específicas, que são difíceis de categorizar. Algumas delas prevêm uma isenção sobre os dividendos pagos ao governo do outro Estado contratante⁷²; outros abrangem uma limitação do imposto que pode incidir sobre os dividendos recebidos pelos beneficiários efectivos com referência ao seu valor bruto, se forem reunidas certas condições⁷³; e determinadas regras específicas sobre os estabelecimentos estáveis⁷⁴.

Uma particularidade curiosa é o facto de, em alguns tratados com EM, estar expressamente vincado a primazia da Directiva Mães e Afiliadas, como é o caso da Convenção entre Portugal e a Holanda⁷⁵.

⁷⁰ *Vd. e.g.* os tratados com Holanda, México,, Venezuela.

⁷¹ *Vd. e.g.* o tratado com Israel, em que, tem um sistema de 3 taxas, de 5%, 10% e de 15%.

⁷² *Vd. e.g.* o tratado com Cuba.

⁷³ *Vd. e.g.* art. 10º da Convenção com os Estados Unidos, onde o imposto não pode exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

⁷⁴ *Vd. e.g.* o tratado com Brasil.

⁷⁵ Art. 10º nº 3.

1. Introdução

A história da Directiva Mães e Filhas remonta a muitos anos atrás, mais concretamente a 1969⁷⁶, época que era notória a necessidade de criar grandes empresas europeias, capazes de competir com as suas congéneres norte americanas. Neste contexto a dupla tributação dos lucros distribuídos era visto como um grande obstáculo.

Além disso, notou-se que os grupos de sociedades criados entre EM diferentes tinham um regime fiscal mais gravoso, quando comparado com o aplicável aos grupos societários residentes no mesmo EM. Tal obstaculizava desse modo o funcionamento análogo a um mercado interno na UE.

Para a concretização deste propósito, surge em 1990, a Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990, a qual estabelece um regime fiscal comum aplicável ao caso de distribuição de lucros obtidos pelas sociedades-afiliadas às sociedades-mães estabelecidas em diferentes EM, com o objectivo de eliminar a dupla tributação económica decorrente dessa distribuição de lucros dentro de um grupo de empresas situadas em mais do que um EM.

Apesar das críticas que têm vindo a ser alvo, é inegável o seu contributo no desenvolvimento de um verdadeiro mercado único.

Com o passar dos anos, sentiu-se a necessidade de uma maior clareza e de uma adaptação aos tempos modernos. Depois de inúmeras alterações substanciais⁷⁷, foi inevitável a reformulação da Directiva, tendo esta sido

⁷⁶ *Vd. Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario – Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, Asociación Espanola de Asesores Fiscales, 2011, pp. 189-193.

⁷⁷ Parte A do anexo II da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

revogada⁷⁸ e substituída pela Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011⁷⁹ (doravante “Directiva”). Portanto, ao longo deste capítulo se fará referência à Directiva 2011/96/UE, ou à Directiva Mães e Filhas, denominação pela qual é conhecida popularmente.

O objectivo do regime fiscal comum sustentado na Directiva, consiste em evitar a existência, a este nível, de restrições e desvantagens de natureza fiscal para os grupos de sociedades de âmbito europeu, em comparação com a situação dos grupos que integrem sociedades de apenas um EM, facilitando portanto, a existência de grupos internacionais de sociedades no âmbito da UE.

Para a concretização deste propósito, a Directiva – sob certas condições – determina uma isenção de retenção na fonte no Estado da sociedade subsidiária, bem como a obrigação por parte do Estado da sociedade mãe de eliminar a dupla tributação económica. Em particular, mitiga as duas camadas de imposto nas mãos da sociedade-mãe por ocasião da distribuição dos lucros, *i.e.* a retenção na fonte no Estado da subsidiária e o imposto sobre as sociedades cobrado nas mãos da sociedade-mãe no Estado da sua residência⁸⁰ sobre os lucros recebidos.

Há que mencionar, por último, que através do art. 15º do Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça, foram previstas medidas equivalentes às previstas na Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 13 de Junho (Directiva da Poupança), se concede à Suíça medidas similares às que estão incluídas na Directiva Mães e Filhas.

⁷⁸ Art. 9º da Directiva reformulada. Este artigo indica-nos ainda que as remissões para a Directiva revogada devem entender-se como sendo feitas para a Directiva reformulada, devendo ler-se nos termos do quadro de concordância constante no anexo III.

⁷⁹ Observamos que as alterações introduzidas pela presente Directiva reformulada não têm impacto relevante sobre esta investigação.

⁸⁰ Daí resulta que, o rendimento só vai ser tributado uma vez nas mãos da subsidiária no Estado da sua residência.

2. Da aplicação da Directiva

A Directiva tem, assim, um impacto no tratamento fiscal nas distribuições de lucros em grupo de sociedades intra-europeu, tanto no Estado de residência da subsidiária que distribui, como no Estado de residência da mãe que recebe. De notar que a Directiva apenas se aplica a distribuições transfronteiriças, estando as distribuições internas (dentro de um EM) e as distribuições transfronteiriças em que uma das sociedades está num Estado terceiro, fora do âmbito de aplicação⁸¹.

2.1. Condições

2.1.1. Noção de lucro distribuído

A Directiva usa os termos de lucros obtidos e de distribuição de lucros, art. 1º n.º 1 e art. 4º n.º 1, respectivamente. Se repararmos, não utiliza o termo dividendo. A explicação prende-se com o facto de, a designação escolhida ter um escopo mais amplo, tendo-se argumentado que o termo inclui qualquer tipo de benefício, produzido no Estado da fonte, e aí qualificado como tal, independentemente que, quando distribuídos, não tenham tal carácter. Surge assim, o conceito de lucros distribuídos, como de uma interpretação extensiva se tratasse, o objectivo principal é que seja eliminada a dupla tributação económica⁸².

⁸¹ Ver os processos apensos C-439/07 e C-499/07 *KBC Bank*, § 57 e 63. Por causa da legislação fiscal interna e a livre circulação de capitais. É uma questão de direito interno os limites que o legislador nacional estabeleceu para as situações meramente internas.

⁸² No mesmo sentido, Mario Tenore, "The Parent-Subsidiary Directive": M. Lang, P. Pistone, J. Shuch, C. Staringer (eds.) *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 2ª ed., Viena, Linde, 2010, pp. 89.

2.1.2. “Sociedade de um Estado-Membro”

Nos termos da Directiva, para que uma sociedade de um EM possa beneficiar do regime aí instituído, tem que cumprir cumulativamente as seguintes condições: i) revista uma das formas enumeradas no anexo da Directiva; ii) resida, de acordo com a legislação fiscal interna, num EM; além disso, nos termos de uma CDT celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo residência fora de um EM; iii) que esteja sujeita a um dos impostos sobre as sociedades enumerados no anexo, sem possibilidade de opção e sem estar isenta, ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um destes impostos.

Todos os critérios mencionados devem ser satisfeitos, no entanto, basta que cada um dos critérios seja cumprido num EM, não sendo necessário que todos os critérios sejam preenchidos num só EM. Poderá dar-se o caso de uma sociedade estar constituída de acordo com um EM e estar sujeita a imposto sobre a sociedade num diferente EM⁸³.

a) Forma jurídica das sociedades

É fundamental que uma entidade revista uma das formas de sociedades listadas no anexo⁸⁴. Trata-se de uma lista fechada, em que todos os EM enumeram os seus tipos de sociedades, a maioria são as constituídas nos termos da lei comercial e as entidades públicas de carácter comercial. A sociedade europeia (SE) e a sociedade cooperativa europeia (SCE) também estão abrangidas.

⁸³ *Vd. Mario Tenore, ob. cit., pp. 86-87.*

⁸⁴ Anexo I Parte A [ex-anexo] da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

No caso de Portugal, o anexo inclui as sociedades comerciais, as sociedades de direito civil sob forma comercial e as cooperativas e empresas públicas constituídas nos termos do direito português⁸⁵.

Contudo, para além das previstas no anexo, alguns EM preveem as que se possam constituir segundo as suas leis, para que no futuro não tenham problemas com sociedades, por não estarem elencadas na lista das sociedades a que se refere o art. 2º al. a), não se encontrarem abrangidas pela Directiva.

Em *Gaz de France*⁸⁶ pôs-se em evidência a importância do anexo e salientou-se o seu carácter restritivo; conseqüentemente, a aplicação da Directiva não pode ser estendida por analogia a outras formas de sociedade, mesmo que tenham sido, posteriormente, incluídas na Directiva 2003/123/CE, de 23 de Dezembro de 2003.

b) Domicílio fiscal e c) Sujeição a imposto sobre as sociedades

É necessário que esteja ainda sujeita a imposto sobre as sociedades, sem possibilidade de isenção, e que tenha o seu domicílio, segundo a legislação fiscal, num EM⁸⁷.

Tal exigência, impede a aplicação da Directiva às sociedades com dupla residência quando sejam residentes para fins de direito interno de um EM, mas consideradas residentes num Estado terceiro devido à aplicação das regras de desempate contidas numa CDT celebrada com esse Estado fora da UE.

⁸⁵ Anexo I Parte A alínea v) [ex-anexo al. I)] da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

⁸⁶ TJUE 1 de Outubro de 2009, C-247/08, *Gaz de France*.

⁸⁷ Este preceito é claramente inspirado no art. 4º n.º 1 da CM OCDE.

2.1.3. “Estabelecimento estável”

Os efeitos da Directiva também são extensíveis a estabelecimentos estáveis situados num EM através do qual uma sociedade de outro EM exerça no todo ou em parte a sua actividade⁸⁸.

Esta definição não se afasta, em substância, da contida no art. 5º da CM OCDE (“instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua actividade”), nem na do art. 5º do CIRC, acrescentando a Directiva uma precisão: o estabelecimento estável tem que estar situado e sujeito a imposto num EM, por força de uma CDT ou da legislação interna desse Estado.

2.1.4. “Sociedade-mãe” e “Sociedade afiliada”

Será necessário agora, auxiliar os Estados para que estes saibam reconhecer a qualidade de uma sociedade-mãe e de uma sociedade afiliada.

Para tal, a Directiva determina que seja reconhecida a qualidade de sociedade-mãe⁸⁹, a uma sociedade de um EM que surja sob o seu âmbito⁹⁰ e que tenha uma participação mínima de 10% no capital de outra sociedade situada num EM diferente, sendo esta, a sociedade-afiliada⁹¹.

Em *Les Vergers du Vieux Tauves SA*⁹², o TJUE delimitou o conceito de “participação”, afirmando que, os dividendos recebidos pela sociedade-mãe foram em virtude de um direito de usufruto que detinha, e dessa forma a nua propriedade continuava a pertencer a outra sociedade. Portanto, a participação tem que ser directa.

⁸⁸ Art. 2º b) [ex-artigo 2º n.º 2] da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

⁸⁹ Também é reconhecida a qualidade de sociedade-mãe, quando a sociedade afiliada esteja no mesmo EM da sociedade-mãe, tendo neste caso que, a participação ser efectuada por intermédio de um estabelecimento estável desta sociedade, situado noutro EM. Veja-se o art. 3º n.º 1 alínea a) subalínea ii) [ex-artigo 3º n.º 1 alínea a), segundo parágrafo] da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

⁹⁰ Tanto a sociedade-mãe como a sociedade afiliada têm que estar abrangidas pelo âmbito da Directiva, ou seja, serem “sociedades de um Estado-Membro” (art. 2º da Directiva).

⁹¹ Art. 3º n.º 1 alínea b) da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011.

⁹² TJUE 22 de Dezembro de 2008, C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA*, § 41.

Entendemos que o critério, para que um Estado reconheça a qualidade de sociedade-mãe, é bastante frágil. Não será certamente difícil criar uma sociedade em que tenha toda a intenção de realizar uma actividade empresarial directamente relacionada com a da sociedade afiliada, ou que tenha por objecto a direcção e gestão desta, mediante uma adequada organização (com meios materiais e pessoas) constituída por motivos económicos válidos, mas verdadeiramente, tudo é uma fachada só para poder beneficiar do regime previsto na Directiva.

Mesmo, com a possibilidade de os EM derogarem esta participação, por via de um acordo bilateral, substituindo-a pela detenção de direitos de voto⁹³ na sociedade afiliada, não nos parece que seja um critério mais firme. Podendo dar-se o caso de, através de um acordo parassocial⁹⁴, a maioria dos direitos de voto de uma sociedade-mãe, estarem na posse, directa ou indirectamente, de pessoas físicas ou jurídicas que não residem na UE, fracassando desta forma, a criação de condições semelhantes à de um mercado interno na UE.

Contudo, a Directiva prevê, por opção dos EM, que os seus benefícios não sejam concedidos às sociedades-mãe que não conservem a participação⁹⁵ durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos. Não se tratando mais do que uma cláusula antiabuso.

Esta obrigação de manutenção da participação, é normalmente adoptada na legislação interna dos EM como um dos requisitos para que se possa beneficiar dos mecanismos de eliminação da dupla tributação económica, não devendo ser a manutenção na participação superior a dois anos. No caso de Portugal, a conservação tem que ter permanecido na

⁹³ Art. 3º n.º 2 al. a) [ex-artigo 3º n.º 2 primeiro travessão] da Directiva.

⁹⁴ Art. 17º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática *vd.* Maria da Graça Trigo, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

⁹⁵ No entendimento de Tenore, a primeira derrogação prende-se com o facto de que muitos EM fazem referência na sua legislação nacional para a exigência dos direitos de voto, como é o caso de Portugal (*cfr.* art. 51º n.º 7 al. b) do CIRC), enquanto que, a segunda derrogação, destina-se a evitar construções abusivas, tais como esquemas de empréstimo de títulos, visando a obtenção de um regime fiscal mais favorável. Ver mais desenvolvidamente, M. Tenore, *ob. cit.*, pp. 87 e 88.

titularidade da sociedade-mãe, de modo ininterrupto, durante um ano⁹⁶, exigência tanto para uma distribuição de lucros interna, como para uma na UE⁹⁷.

Dada a sua importância, a aplicação do período de participação, foi abordada pelo TJUE em *Denkavit*⁹⁸, onde se fixou que, o período de detenção não tem de se verificar no momento da distribuição dos lucros, podendo se verificar em momento posterior. Sendo contudo aceitável que, o Estado no momento da distribuição aplique o correspondente imposto, e que, quando se verificar o período de manutenção da participação, seja possível à entidade pedir a devolução do imposto pago⁹⁹.

3. Tratamento fiscal¹⁰⁰

Como vimos, a tónica da Directiva está na mitigação do impacto negativo da dupla tributação económica aquando de uma distribuição de lucros¹⁰¹. Para isso, obriga a que os EM adoptem qualquer um dos métodos tradicionais da fiscalidade internacional, o método da isenção e o método do crédito de imposto ou da imputação limitada¹⁰², não se manifestando pela

⁹⁶ Art. 51º n.º 1 al. c) do CIRC.

⁹⁷ Art. 51º n.º 5 do CIRC.

⁹⁸ TJUE 17 de Outubro de 1996, C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit Internacional, VITIC Amsterdam and Voormer*, § 32.

⁹⁹ Na legislação fiscal portuguesa, é bem visível o efeito deste acórdão. Veja-se o art. 95º do CIRC, o qual dispõe “Sempre que, (...) tenha sido efectuada retenção na fonte por não se verificar o requisito temporal de detenção mínima (...), pode haver lugar à devolução do imposto que tenha sido retido na fonte (...)”.

¹⁰⁰ Salientamos que, por não caber nos limites da presente investigação, não será efectuada a análise do tratamento fiscal das sociedades subsidiárias consideradas transparentes sob o ponto de vista fiscal pelo Estado da sociedade-mãe (cfr. art. 4º n.º 2 [ex-artigo n.º 1-A] da Directiva) – *hybrid subsidiaries*. Mais desenvolvidamente *vd.* R. Russo, *Partnership and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives*, European Taxation, Outubro 2006, pp. 479-480; *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario – Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, Asociación Espanola de Asesores Fiscales, 2011, pp. 213-215.

¹⁰¹ É importante salientar que está excluída da Directiva, a distribuição de lucros que derivam da liquidação de uma sociedade afiliada, e dessa forma, esses lucros não beneficiam de eliminação da dupla tributação económica (art. 4º da Directiva).

¹⁰² Art. 4º n.º 1 al. a) e b) [ex-artigo 4º n.º 1 primeiro e segundo travessões] da Directiva 2011/96/UE, de 30 de Novembro de 2011, respectivamente. Pode inclusive, um EM adoptar os dois métodos, dependendo das circunstâncias específicas. Mais desenvolvidamente *vd.* M. Tenore, *ob. cit.*, pp.

preferência por um ou por outro. A questão que se coloca imediatamente é a de perceber os seus efeitos.

3.1. No Estado da sociedade-mãe

Como a eliminação da dupla tributação económica é normalmente feita pelo Estado de residência da sociedade-mãe, os EM são livres de escolher entre o método de isenção ou do crédito de imposto até à entrada em vigor de um sistema comum de imposto sobre as sociedades¹⁰³. Contudo, os EM devem exercer a opção de entre os dois métodos de uma forma que esteja em conformidade com o direito interno.

Em *FII Group Litigation*, o TJUE foi confrontado com a questão da compatibilidade com o direito da UE, sobre o método do crédito de imposto, aplicável às situações transfronteiriças, enquanto que, a uma distribuição interna de dividendos era aplicado o método da isenção. Afirmando que o sistema de crédito de imposto do Reino Unido não violou os princípios do TUE e TFUE, na medida em que, as seguintes condições foram atendidas: i) a taxa de imposto aplicável à entrada de dividendos, não tinha que ser maior do que, a aplicável à distribuição nacional, e conseqüentemente ii) o crédito concedido no Estado de residência da mãe tinha que ser limitado à menor, do imposto sobre as sociedades pago pela filial no seu estado de residência e o imposto cobrado no estado da mãe sobre uma subsidiária interna¹⁰⁴.

90 e 91. Não podendo é estar sujeitos a condicionantes *vd.* TJUE 12 de Fevereiro de 2002, C-138/07, *Colbelfret*.

¹⁰³ Art. 4º n.º 4 [ex-artigo 4º n.º 3, primeiro parágrafo] da Directiva. A razão de ser deste número, prende-se com facto de, alcançar um dos maiores desejos da UE, que é, a implementação de um imposto de sociedades harmonizado de âmbito europeu. Os últimos esforços se encaminham, para a implementação da Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma CCCTB (MCCCIS designação utilizada na versão portuguesa), que nas melhores das hipóteses, será efectuada por via de uma cooperação reforçada. Neste sentido *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario ...*, pp. 217.

¹⁰⁴ TJUE 12 de Dezembro de 2006, C-138/07, *FII Group Litigation*, § 173.

Na prática, o método da isenção é o mais comumente entre os EM, podendo acontecer que por causa das CDT, por exemplo, um EM aplique um método em relação a determinados Estados e outro em relação aos restantes.

O que é importante é que tal tratamento não deve estar em conflito com os princípios do TFUE, a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais. O ideal é a aplicação do mesmo método no direito interno e nas CDT com todos os EM da UE¹⁰⁵.

De referir ainda que, o EM onde se encontra a sociedade-mãe, não pode aplicar nenhuma retenção na fonte sobre os lucros que recebe da sua afiliada¹⁰⁶.

3.1.1. Método da isenção

Para vermos como funciona este método, podemos referir o caso de Portugal.

O legislador português, aquando da transposição da Directiva para o seu direito interno¹⁰⁷, optou, para as distribuições internas ou transfronteiriças, pelo método da isenção¹⁰⁸, funcionando este da seguinte maneira: dedução ao resultado líquido do exercício (das sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, cooperativas e empresas públicas, com sede e direcção efectiva em território português) dos rendimentos, incluídos na base tributável, respeitantes a lucros distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva no mesmo território, ou noutra EM da UE, desde que ambas as entidades preencham os requisitos do art. 2º da Directiva.

¹⁰⁵ TJUE 10 de Fevereiro de 2011, C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel*, § 173 (ainda a aguardar publicação), por causa da adopção de diferentes métodos.

¹⁰⁶ Art. 6º da Directiva. E ainda em, TJUE 12 de Dezembro de 2006, C-138/07, *FII Group Litigation*, § 109 e 112.

¹⁰⁷ Através do DL 123/92, de 2 Julho.

¹⁰⁸ Art. 51º do CIRC.

Na nossa opinião, é o método mais eficaz e que não cria muitas dúvidas.

Em *Cobelfret*¹⁰⁹, este método ficou suficientemente claro e incondicional. Nenhum EM, que tenha optado por aplicar o método de isenção à obtenção de lucros distribuídos pode instituir unilateralmente medidas restritivas, como a exigência de que a sociedade-mãe apresente lucros tributáveis.

3.1.2. Método do crédito de imposto

Quando o Estado de residência da sociedade-mãe ou do seu estabelecimento estável optar pelo método do crédito de imposto, este, pode tributar os lucros distribuídos pela sua afiliada. Mas *a posteriori*, deve autorizar a deduzir, do montante de imposto devido pela sociedade-mãe, a fracção do imposto pago no Estado da afiliada correspondente aos lucros que distribuiu. O mesmo acontecendo ao imposto pago por uma sociedade subafiliada¹¹⁰, evitando desse modo a tributação em cadeia dos lucros distribuídos.

3.1.2.1. Limite

Entendemos que, este método não se enquadra no objectivo da Directiva. Pode dar-se o caso de não eliminar mas sim aliviar a dupla tributação económica.

Se não vejamos, o crédito de imposto nunca precisa de exceder o correspondente ao imposto devido no Estado de residência da sociedade-mãe, uma vez que, o total dos impostos pagos no Estado da subsidiária não podem

¹⁰⁹ TJUE 02 de Fevereiro de 2009, C-138/07, *Cobelfret NV*, declaração do tribunal. Em termos idênticos, TJUE 04 de Junho de 2009, C-439/07 e C-499/07, *KBC Bank*.

¹¹⁰ Desde que, sejam consideradas “Sociedade de um Estado Membro” e “Sociedade afiliada”. Veja-se o art. 4º n.º 1 b) segunda parte [ex-artigo 4º n.º 1, segundo travessão], da Directiva. De referir ainda que, a participação indirecta da sociedade-mãe na subafiliada não precisa de ser “pelo menos 10%”, é suficiente que a mãe detenha 10% da participação na subsidiária directa, e esta por sua vez, detenha “pelo menos 10%” de participação na subafiliada.

ser creditados no Estado de residência da sociedade-mãe. O que levaria a um reembolso. Bastando para isso que, a taxa de imposto no Estado da sociedade-mãe seja menor do que a no Estado da subsidiária.

Seria razoável, já que a Directiva não prevê esta situação, que as sociedades pudessem solicitar o reembolso de imposto pago no Estado da subsidiária, quando não houvesse hipótese de deduzir (e.g. por não existir matéria colectável); ou sugeríamos uma alteração à Directiva, no sentido de os EM da sociedade-mãe dar primazia ao método de isenção, como modo de eliminar a dupla tributação económica; ou, no caso dos EM que optaram pelo método do crédito de imposto, terem que prever no seu direito interno um sistema de reporte.

3.1.2.2. Reporte

A solução ao problema identificado no ponto anterior, poderá passar pelo reporte do crédito de imposto para os anos seguintes.

A Directiva não menciona se, o imposto sobre as sociedades cobrado no Estado da afiliada, que não poder ser creditado no Estado da sociedade-mãe, por exemplo por causa de um ano de prejuízo, seria possível creditar nos anos posteriores, baseado num sistema de reporte. Por causa do silêncio da Directiva, os EM são livres de decidir se permitem ou não um reporte de crédito de imposto.

Entendemos que, com base no citado caso *Haribo*, seja possível, o reporte de crédito do imposto sobre as sociedades pago no EM onde se encontra estabelecida a sociedade distribuidora dos dividendos nos exercícios seguintes, se relativamente ao exercício durante o qual a sociedade beneficiária recebeu os dividendos de origem estrangeira, a mesma tiver registado um prejuízo fiscal.

Portanto, com o intuito de harmonização, atendendo que a integração fiscal através de *hard law* é mais difícil, somos da opinião que poderia haver uma actuação através de *soft law*. Apesar de não possuir força vinculativa, é um mecanismo destinado a fornecer orientações de como compatibilizar a lei fiscal nacional com a jurisprudência do TJUE¹¹¹.

3.1.3. Utilização de um estabelecimento estável

Uma distribuição de lucros também pode ser efectuada a um estabelecimento estável¹¹², e deste modo, ter o tratamento idêntico ao de uma sociedade-mãe, quer isto dizer que, o EM onde estiver situado o estabelecimento estável, isenta ou concede um crédito de imposto conforme o disposto no art. 4º da Directiva.

Caso este pertença a uma sociedade-mãe que esteja estabelecida num Estado terceiro, a Directiva já não se aplica.

Situação oposta, é a situação de a sociedade-mãe e a sociedade afiliada serem residentes no mesmo EM, e o estabelecimento estável situado num EM diferente¹¹³; e a de o estabelecimento estável, a sociedade afiliada e a sociedade-mãe, estarem situados, cada um, num EM diferente¹¹⁴. Sendo ambas as situações abrangidas pela Directiva.

Em *Saint-Gobain*¹¹⁵ e *Commission v. France (avoir fiscal)*¹¹⁶, devido ao principio da liberdade de estabelecimento instituído no TFUE decidiu-se que, um estabelecimento estável explorado por uma sociedade-mãe situada num

¹¹¹ Vd. TERRA e WATTEL, *European tax law*, 5ª ed., Kluwer Law Interncaional, 2008, pp. 195 e ss.

¹¹² Art. 1º alínea c) e d) [ex-artigo 1º n.º 1 terceiro e quarto travessões] da Directiva, *triangular e bilateral situations*, respectivamente.

¹¹³ *Bilateral situations*.

¹¹⁴ *Triangular situations*.

¹¹⁵ TJUE 21 de Setembro de 1999, C-307/97, *Compagnie Saint-Gobain*, § 64.

¹¹⁶ TJUE 28 de Janeiro de 1986, C-270/83, *Commission v. France (avoir fiscal)*, § 27 e 28.

EM diferente, deve ser sujeito a um tratamento fiscal tão benéfico quanto, o aplicável ao estabelecimento estável situado no EM da sociedade-mãe.

3.1.4. Tratamento dos custos

A Directiva delimita que, por opção dos EM, possam negar a dedução de qualquer encargo ou perdas relacionadas com uma distribuição de lucros. Contudo, prevê que encargos com despesas de gestão sejam determinados em virtude de uma taxa fixa, o montante assim definido não pode exceder 5% dos lucros distribuídos pela sociedade afiliada^{117 118}.

É de salientar que, para aplicação desta norma, em *Bosal Holding*¹¹⁹ o TJUE pronunciou-se no sentido de que os EM são obrigados a exercer a faculdade¹²⁰ prevista na Directiva, de uma forma que respeite as liberdades fundamentais.

3.2. No Estado da sociedade que distribui

É tarefa do Estado da sociedade afiliada, a que distribui os lucros – o Estado da fonte – eliminar a dupla tributação jurídica internacional¹²¹.

Antes da entrada da Directiva, esta dupla tributação evitava-se na maioria dos EM da UE através da rede de CDT. Rede que, contudo, não cobria a totalidade das relações bilaterais, com a qual podiam-se produzir casos de dupla tributação sobre o dividendo. Por outro lado, parte das CDT que seguem a CM OCDE, a dupla tributação é evitada pelo Estado de residência da

¹¹⁷ TJUE 03 de Abril de 2008, C-27/07, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel*, sobre a interpretação deste requisito.

¹¹⁸ Art. 45º n.º 4 do CIRC, relativo à interpretação desta disposição da Directiva, no direito fiscal português.

¹¹⁹ TJUE 18 de Setembro de 2003, C-168/01, *Bosal Holding*, § 26.

¹²⁰ Art. 4º n.º 3 [ex-artigo 4º n.º 2] da Directiva.

¹²¹ Art. 5º da Directiva.

sociedade-mãe, uma vez que o Estado da subsidiária se puder submeter o dividendo a tributação, se bem que submetida a determinados limites¹²². Na Directiva, a dupla tributação jurídica evita-se desde a raiz, proibindo o EM onde reside a sociedade afiliada a qualquer tipo de imposto¹²³.

Creemos que, o termo de “retenção na fonte” como é usado na Directiva tem um significado muito amplo. O imposto retido na fonte é considerado qualquer imposto cobrado com base numa distribuição de lucros de uma empresa (incluindo, por exemplo, o imposto sobre sucessões e doações¹²⁴) independentemente da natureza ou do nome do imposto.

Ao analisar a ampla jurisprudência do TJUE, sobre o significado do termo “retenção na fonte”, concluímos que este entende, qualquer imposto cobrado no Estado da subsidiária sobre os seus lucros, é um imposto retido na fonte sobre os lucros distribuídos, caso o facto gerador seja o pagamento de dividendos ou de qualquer outro rendimento derivado das participações, se a matéria colectável é o rendimento das referidas participações e, se o sujeito passivo é o titular das acções^{125 126}.

¹²² Art. 10º da CM OCDE.

¹²³ Resultado dos compromissos internacionais e do disposto na Directiva, a norma portuguesa encontra-se vertida no art. 14º n.º 3 do CIRC. De entre várias alterações, a mais significativa foi em 2008, tendo como objectivo estabelecer os mesmos requisitos para aplicação da isenção/dispensa de retenção na fonte sobre os lucros distribuídos por uma sociedade residente a: i) sociedades residentes noutros EM nas condições previstas pela Directiva; ii) sociedades residentes (ao abrigo da al. c) n.º 1 do art. 97º e do n.º 1 do art. 51º, ambos do CIRC). O período mínimo de detenção da participação foi reduzida de 2 para 1 ano, após o qual pode ser solicitado o reembolso do imposto que tenha sido retido na fonte.

Estas alterações põem termo ao tratamento discricionário aplicável à tributação, dos lucros obtidos por entidades residentes noutros EM relativamente aos mesmos lucros obtidos por entidades residentes em Portugal. Dado que existia um tratamento mais favorável relativamente aos rendimentos em território português, estava violado o princípio da liberdade de capitais no TFUE, pelo que foram as isenções igualadas.

¹²⁴ TJUE 08 de Junho de 2000, C-375/98, *Epson*, § 23.

¹²⁵ TJUE 04 de Outubro de 2001, C-294/99, *Athinaiki Zithopiia*, § 28 e 29, TJUE 25 de Setembro de 2003, C-58/01, *Océ van der Grinten*, § 47, TJUE 12 de Dezembro de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, § 108 e 60 e TJUE 26 de Junho de 2008, C-284/06, *Burda*, § 52 e 64.

¹²⁶ Mais desenvolvidamente *vd. M. Tenore, ob. cit.*, pp. 93-94.

4. O abuso

Os benefícios com base na Directiva, podem ser negados quando esteja em causa uma forma de tirar partido do regime aí previsto sem existir uma realidade económica. Os EM têm o direito de aplicar as disposições nacionais ou convencionais necessárias para a prevenção do abuso e da fraude fiscal¹²⁷.

É da nossa convicção que, a aplicação de uma norma antiabuso tem que ser necessária para evitar a fraude e o abuso.

Segundo se deduz pela jurisprudência geral do TJUE em matéria de normas deste tipo, requer-se que exista proporcionalidade entre a norma e o objectivo que com ela se pretende conseguir. Uma norma geral de presunção de abuso deve-se considerar excessiva no âmbito da Directiva.

Entendemos ainda que, o sujeito passivo deve ter sempre a possibilidade de provar que existem outros motivos comerciais do que as razões de evasão fiscal, sendo contrário à UE aplicar uma norma antiabuso sem ouvir o sujeito passivo¹²⁸.

5. Comentário crítico

De assinalar que, as convenções celebradas com países membros da UE tendem a perder bastante da sua importância, à medida que o direito comunitário fiscal progride e a luta contra a dupla tributação passa a constituir uma tarefa comunitária a solucionar, portanto, através de instrumentos de harmonização fiscal supranacional. Pois, não podemos esquecer, o direito comunitário prevalece sobre o direito dos Estados membros, seja este direito interno ou direito internacional.

¹²⁷ Art. 1º n.º 2 da Directiva

¹²⁸ Veja-se mais desenvolvidamente, M. Tenore, *ob. cit.*, pp. 98. E TJUE de 17 de Julho de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 44. A aplicação de medidas antiabuso, devem resultar de uma avaliação caso a caso.

Assim, será aplicável o tratamento fiscal previsto na CDT ou na directiva (respeitando, naturalmente, o âmbito de aplicação de cada uma delas), consoante o que for mais favorável ao sujeito passivo.

Por outro lado, pode ainda suceder que o art. 10º e o art. 23º de uma determinada CDT entre EM estabeleçam regras mais favoráveis do que as da Directiva – designadamente no que respeite a um âmbito de aplicação mais amplo, permitindo que certas situações que se encontram fora do campo de aplicação da Directiva tenham acesso a um tratamento fiscal mais favorável, ao abrigo da CDT. Neste caso, as disposições da Directiva não afectam a aplicação das regras das CDT relativas à tributação de dividendos que sejam mais favoráveis.

Relativamente às CDT com Estados terceiros, estas nunca são afectadas pela Directiva Mães e Filhas, uma vez que, a directiva se aplica apenas relativamente às distribuições de lucros entre sociedades residentes para efeitos fiscais em EM.

CONCLUSÃO

- I. O termo “dividendo” tem diversos sentidos para além do seu sentido original. No essencial, é o rendimento de uma participação no capital de uma sociedade.
- II. O regime de tributação dos dividendos no espaço da UE, rege-se nos seus traços gerais pela Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011.
- III. A Directiva pretende a harmonização das regras aplicáveis às distribuições transfronteiriças de dividendos na UE. O objectivo é o da imparcialidade das regras fiscais nos diferentes EM.
- IV. É reconhecido por todos, o entrave provocado por uma dupla ou sucessiva tributação no lucro distribuído. Assim, a Directiva incorpora dois métodos para que este obstáculo seja ultrapassado pelos EM, isenta de retenção na fonte os dividendos ou outro tipo de distribuição de lucros produzidos no Estado da fonte (da sociedade afiliada), bem como suprime a dupla tributação de tais rendimentos no Estado do beneficiário onde reside a sociedade-mãe.
- V. Este suprimento é efectuado pelo método da isenção ou pelo método do crédito de imposto. É uma escolha livre dos EM. No entanto, devia ser dada primazia ao método da isenção, visto que, não existe nenhum mecanismo de reembolso de imposto nem de reporte, para os casos de não existir matéria colectável no Estado da sociedade-mãe para deduzir o imposto pago no Estado da sociedade afiliada.
- VI. A Directiva tem, assim, um impacto no tratamento fiscal nas distribuições de lucros entre sociedades residentes em EM diferentes, estando as

distribuições dentro de um EM e as efectuadas a um Estado terceiro, fora do seu âmbito.

- VII.** No entanto, o legislador da UE decidiu condicionar a aplicação da Directiva. As sociedades que pretendam beneficiar do seu regime, terão que ser residentes num EM, e estar aí sujeita ao imposto aplicável às sociedades, revestindo uma das formas nela elencadas e residir num EM, e por força de uma CDT não residir noutra.
- VIII.** Por outro lado, prende-se com a sua qualificação, exigindo que detenha uma participação de pelo menos 10%, por um período ininterrupto de pelo menos 2 anos, assumindo a qualidade de sociedade-mãe, na sociedade afiliada.
- IX.** A Directiva dá a hipótese de os EM derogarem esta exigência, e assim, optarem pelo critério de uma detenção de voto na sociedade afiliada. Caso não conservarem o período ininterrupto, a Directiva não se aplica.
- X.** Entendemos que, a percentagem de participação no capital da sociedade afiliada, é um critério muito débil. Não será certamente difícil a criação de uma sociedade que tenha sido criada só para usufruir do regime fiscal da Directiva. Nem mesmo com uma detenção de direitos de voto, que poderá ser ultrapassada por um acordo parassocial.
- XI.** Contudo, o critério de conservação da participação repõe alguma estabilidade contra abusos perpetrados pelas sociedades.
- XII.** De referir que, quem pretenda beneficiar do regime fiscal da Directiva, é que terá de provar que está conforme as condições da mesma, não podendo ainda beneficiar de tal regime as pessoas singulares. Caso contrário, a tributação dos dividendos seguirá os regimes internos dos EM, ou os estabelecidos nas CDT. Pelo que, o tratamento fiscal dos

dividendos será aplicável consoante o que for mais favorável ao sujeito passivo.

- XIII.** O legislador português, decidiu aplicar às situações puramente internas o mesmo tratamento dado às que se regem pela Directiva, isto no que respeita à eliminação da dupla tributação económica, estando deste modo a sociedade-mãe autorizada a deduzir da sua base tributável os lucros que sejam distribuídos pela sua afiliada.
- XIV.** Adicionalmente, exige-se que os lucros distribuídos tenham sido objecto de “tributação efectiva”, mas o legislador não define o conceito. Porém, o entendimento da AT vai no sentido de considerar verificado o requisito da “tributação efectiva” quando os lucros em causa se encontrem sujeitos a IRC ou a um imposto idêntico, bastando que tal ocorra na esfera de uma das entidades que integrem a cadeia de participações.
- XV.** Cremos que, este critério não parece ter razão de existir. Serve apenas para intimidar as sociedades, e fazerem com que estas se estabeleçam noutros países mais estáveis a nível legislativo. Às sociedades, por vezes, é difícil demonstrar se o rendimento distribuído já foi tributado ou não. Não sabendo também se, ao não ser exigido qualquer limiar mínimo de “tributação efectiva”, significa na prática, se se estende às situações em que não existe imposto (e.g. por ter existido um prejuízo fiscal).
- XVI.** Entendemos ainda que, seria benéfico estender a isenção de retenção na fonte, derivada da Directiva, às distribuições de lucros internas entre as sociedades portuguesas. Logo que verificado os condicionalismos do art. 2º da Directiva Mães e Filhas, e ainda a percentagem de 10% de participação e a permanência da titularidade, de modo ininterrupto, durante um ano.

- XVII.** Regimes esses que, a nosso ver, potencia a deslocalização dos grupos económicos para outros Países, ou seja, para Países que, dentro do âmbito da Directiva, têm uma maior e melhor rede de CDT ao nível das suas taxas mais reduzidas, fazendo com que os investidores do capital de fora da Europa, sejam remunerados com o menor nível de tributação possível.
- XVIII.** As CDT também são um instrumento de eliminação da dupla tributação, criado para que os EM possam ser atractivos em termos de investimentos, sendo a CM OCDE o modelo preferido para a elaboração das mesmas.
- XIX.** Incorporando normalmente a atribuição ao Estado da fonte e ao Estado da residência, o direito de tributar as distribuições de lucros, embora estabelecendo limites máximos para tal tributação, e aplicação dos métodos de eliminação da dupla tributação nelas existem.
- XX.** Embora bastantes CDT incluam já disposições destinadas à eliminação da dupla tributação económica internacional, a maioria das CDT continua a actuar apenas ao nível da eliminação da dupla tributação jurídica internacional.
- XXI.** Deste modo, e pelos motivos que tivemos oportunidade de detalhar no presente estudo, cremos que é inegável o contributo do regime da Directiva Mães e Filhas no desenvolvimento de um verdadeiro mercado único.
- XXII.** No entanto, seria benéfico modificar a Directiva existente ou adoptar um novo instrumento mediante o qual se regulassem os aspectos mais relevantes na tributação dos dividendos, introduzindo regras com o fim de permitir que as sociedades europeias se adaptem às exigências de um mercado interno, como é o da UE, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.

XXIII. Esperamos ter contribuído para um melhor entendimento da tributação dos dividendos no contexto da União Europeia, esperando ainda ter cativado o leitor com os nossos argumentos aduzidos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Samuel, “A eliminação da dupla tributação económica dos dividendos e o imposto sucessório por avença no orçamento de estado para 2002: reflexões sobre a sua compatibilidade com o direito comunitário”, *Revista Fiscalidade*, n.º 11, Coimbra Editora, 2002, pp. 55 – 73.

BICHO, Ana Cristina, MAGNO, Maria Helena, *IRS Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, Lisboa: Direcção Geral dos Impostos, 2007, pp. 14 – 254.

CADILHE, Miguel, “Política de dividendos e dupla tributação”, *Opúsculos do IESF*, Porto: Asa, 1991, pp. 3 – 30.

CÂMARA, Francisco de Sousa da, “Parent – Subsidiary Directive: The Epsen case”, *European Taxation*, IBFD, 2001, pp. 307 – 314.

CÂMARA, Francisco de Sousa da, QUINTELA, Maria, “Convenções de dupla tributação”, *Cadernos Regulares*, ICEP Portugal, 2003, pp. 4 – 45.

CÂMARA, Francisco de Sousa da, SANTIAGO Bruno, “O “Novo” regime de eliminação da Dupla Tributação Económica dos Lucros Distribuídos: o artigo 51º, n.º 10, do Código de IRC”, *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, vol. 4, Coimbra Editora, 2011, pp. 756 – 782.

CATARINO, João Ricardo, “O Regime dos Lucros e dos Dividendos na Convenção com Macau”, *Revista Fiscalidade*, n.º 4, Coimbra Editora, 2000, pp. 81 – 97.

CURVELO, Teresa, *Comentários ao Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 206, Centro de Estudos Fiscais, 2008, pp. 259 – 281.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações Sobre o Capital Social*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 262 – 264.

DOURADO, Ana Paula, “Retenções na fonte sobre dividendos e reenvio prejudicial”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano III, n.º 2, Coimbra Editora, 2010, pp. 309 – 312.

ESTEVES, Jaime Carvalho, “As Normas Antiabuso e a Tributação Efectiva dos Dividendos”, in TEIXEIRA, Glória, CUNHA, Ary Ferreira da, / *Congresso de Direito Fiscal*”, Porto: VidaEconómica, 2011, pp. 109 – 137.

FINNERTY, Chris J., MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario, RUSSO, Raffaele, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007, pp. 23 – 25.

GAMITO, Conceição, ANTAS, Frederico, “Relief from Double Taxation of Distributed Profits and the “Effective Taxation” Requirement”, *European Taxation*, vol. 52, n.º 2/3, IBFD, pp. 122 – 126.

GUEDES, Olga Ribeiro, *Manual IRC*, Lisboa: Direcção Geral dos Impostos, 2008, pp. 89 – 414.

HELMINEN, Marjaana, *EU Tax Law Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2011, pp. 137 – 159.

MAIA, Pedro, RAMOS, Elisabete, MARTINS, Alexandre Soveral, DOMINGUES, Paulo Tarso, dir. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Estudo de Direito das Sociedades*, 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

MAISTO, G., “The 2003 Amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: What’s Next?”, *EC Tax Review*, vol. 13, issue 4, Kluwer Law Internacional, 2004, pp. 164 – 181.

MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira, *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Coimbra: Almedina, 2006.

MERKS, Paulus, “Dividend Withholding Tax Planning Techniques – Part 1”, *Intertax*, vol. 39, issue 10, Kluwer Law Internacional, 2011, pp. 460 – 470.

MERKS, Paulus, “Dividend Withholding Tax Planning Techniques – Part 2”, *Intertax*, vol. 39, issue 11, Kluwer Law Internacional, 2011, pp. 526 – 533.

MORAIS, Rui Duarte, “Dupla tributação internacional em IRS”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano I, n.º 1, Almedina, 2008, pp. 109 – 127.

MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Reimpressão de 2007, Coimbra: Almedina, 2009.

MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, Reimpressão da 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2010.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, “A Dupla Residência Fiscal das Pessoas Singulares – Enquadramento da questão nos planos internos, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano IV, n.º 1, Almedina, 2011, pp. 209 – 247.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu: O Paradigma da Proporcionalidade, A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Paula Rosado Pereira, *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 451 – 455.

PINTO, José Alberto Pinheiro Pinto, *Fiscalidade*, 5ª ed., Porto: Areal Editores, 2011, pp. 247 – 251.

PIRES, Rita Calçada, “Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano I, n.º 2, Almedina, 2008, pp. 179 – 195.

ROCHA, Miguel Leónidas, ALMEIDA, Ricardo Jorge “O mecanismos da eliminação da dupla tributação internacional – particularidades”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano II, n.º 3, Almedina, 2009, pp. 261 – 275.

RODRÍGUEZ, Juan López, *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitário, Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 2011, pp.189 – 228.

RUSSO, Rafaele, “Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives”, *European Taxation*, IBFD, 2006, pp. 478 – 486.

SILVA, Fernando Castro, NEVES, Tiago Cassiano, *Planeamento fiscal abusivo: o caso português no contexto internacional*, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano I, n.º 3, Coimbra Editora, 2008, pp. 115 – 150.

TENORE, Mario, “The Parent-Subsidiary Directive”, in LANG, Michael, PISTONE, Pasquale, SHUCH, Josef, STARINGER, Claus, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 2ª ed., Viena: Linde, 2010, pp. 84 – 100.

TERRA, Ben, WATTEL, Peter J., *European Tax Law*, 5ª ed., The Netherlands: Kluwer Law Internacional, 2008, pp. 225 – 247.

TRIGO, Maria da Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1998.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

XAVIER, António Lobo, FIDALGO, Isabel Santos, SILVA, Francisco Mendes da, “O conceito de tributação efectiva na âmbito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades”, *Revista Fiscalidade*, n.º 42, Coimbra Editora, 2010, pp. 15 – 52.