

Católica Lisbon – Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade  
Católica Portuguesa



**O REGIME DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA:  
UM CONTRIBUTO PARA A LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DO REQUISITO  
RELATIVO À TRIBUTAÇÃO EFECTIVA**

Patrícia Alexandra Dos Santos Lourenço

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em  
*Business Administration* da Universidade Católica Portuguesa, Dezembro 2011

Orientador:

Professor Luís Janeiro

Aos meus pais

Aos amigos

E em especial, ao Amor da minha vida

## **Resumo**

Associado à aprovação do Orçamento de Estado para 2011, o regime de eliminação da dupla tributação económica sofreu diversas alterações, tendo a disposição referente à sujeição dos lucros distribuídos a tributação efectiva alcançado uma maior relevância na medida em que passou a ser considerado um critério objectivo de acesso ao referido regime. Todavia, a indeterminação da noção de tributação efectiva no Direito interno e no Direito comunitário, condiciona a sua aplicação prática e gera maior grau de incerteza e insegurança jurídica.

Tendo em conta o contexto actual, a presente tese incide sobre o regime de eliminação da dupla tributação económica com ênfase no requisito de sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos contemplado no n.º 10 do artigo 51.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.

Neste âmbito, analiso cinco temáticas inerentes à aplicação prática do regime de eliminação da dupla tributação que podem ter influência significativa na actual organização estrutural dos grupos de sociedades. As referidas temáticas analisadas são: i) o requisito relativo à tributação efectiva afigura-se numa norma anti-abuso?; ii) a sujeição a tributação efectiva deve ser aplicada numa base objectiva (em função dos lucros) ou numa base subjectiva (em função dos sujeitos passivos)?; iii) em que momento ou patamar da cadeia de participações deve ocorrer a tributação efectiva dos lucros distribuídos?; iv) o requisito implica a existência de um limiar mínimo de tributação?; v) qual o sentido a atribuir à expressão “*lucros distribuídos*” contemplada no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC?

A análise sistematizada da evolução do regime *supra* citado contribui para a compreensão das referidas temáticas e da noção de tributação efectiva, constituindo um contributo no sentido de clarificar o âmbito da aplicação do requisito de sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos.

**Palavras-chave:** tributação efectiva, dupla tributação económica, Directiva 90/435/CEE, método de isenção, método de crédito de imposto, lucro distribuível, patamar da cadeia de participações, cláusula geral anti-abuso.

## **Abstract**

In the sequence of the Portuguese Budget Law 2011, the elimination mechanism of the economic double taxation of distributed profits has suffered several changes, and the requirement for submission of distributed profits to an “effective taxation” has become more relevant because is considered an objective criterion for the mechanism access. However, the indeterminacy of the notion of “effective taxation” in Portuguese and Community Law affects its practical application and causes a higher degree of legal uncertainty and insecurity.

In light with the above, this study focuses elimination mechanism of the economic double taxation with an emphasis on the requirement of submission to “effective taxation” of distributed profits presented in no. 10, article 51 of the Corporate Income Tax Code.

In this context, I discuss five issues inherent with the implementation of the mechanism mentioned above that may have significant influence on the structural organization of groups of companies. These issues are: i) Is the requirement of “effective taxation” considered as an anti-abuse measure? ii) The tax liability must be applied on an objective basis (in terms of profits) or a subjective basis (in terms of the taxpayers). iii) What is the point or level of participation in the chain that must occur for accomplish the requirement of the “effective taxation” of distributed profits? iv) The requirement implies the existence of a minimum level of taxation? v) What is the meaning of the term "distributed profits" considered in no. 10, article 51 of the Corporate Income Tax Code?

The systematic analysis of the mechanism evolution mentioned above contributes to the understanding of these issues and the definition of “effective taxation”. Additionally, this study contributes to clarify the scope of the practical application of the distributed profits’ submission to “effective taxation”.

**Keywords:** effective taxation, economic double taxation, Directive 90/435/CEE, participation exemption, tax credit method, profit distributed, level of participation in the chain, general anti-abuse measure.

## **Agradecimentos**

Agradeço a todas as pessoas com quem tive oportunidade de aprender ao longo do meu percurso académico e profissional e, em particular, aos meus pais, ao amor da minha vida, aos profissionais da Deloitte e ao meu orientador Luís Janeiro.

Aos meus pais quero agradecer por todo o apoio e conhecimento transmitido ao longo deste percurso académico, sem eles não teria alcançado o que “conquistei” até este momento na minha vida.

Ao meu namorado Ricardo Correia, quero agradecer pelo apoio incondicional que demonstrou na elaboração deste projecto. A sua concretização deve-se, em grande parte, a ti. Estiveste sempre ao meu lado, mesmo quando já não tinha forças nem paciência, provaste-me que eu era capaz. Espero conseguir retribuir-te todos os dias por tudo o que fizeste e, fazes, por mim superando-me dia após dia, noite após noite. Quero que saibas que, tu para mim, és especial. És o amor da minha vida.

Adicionalmente gostaria ainda de agradecer aos profissionais da Deloitte que contribuíram para o meu crescimento profissional e, em particular, ao João Borges e João Erse pelo vosso contributo na elaboração deste projecto.

Por fim, agradeço ao meu orientador Luís Janeiro por todas as sugestões e comentários transmitidos para melhoria da presente tese.

## Índice

1	Introdução .....	1
2	Breve comentário à harmonização comunitária.....	3
3	Mecanismo de eliminação de dupla tributação económica .....	6
3.1.	Directiva Mães-Filhas: a origem.....	6
3.2.	Métodos de atenuação ou eliminação de dupla tributação económica .....	9
3.3.	O regime e a sua transposição para o ordenamento jurídico português.....	12
4	Mecanismo de eliminação da dupla tributação económica em Portugal.....	15
4.1.	Breve evolução do regime consagrado no Código do IRC .....	15
4.2.	Conceito de dupla tributação .....	19
4.3.	Regime de eliminação da dupla tributação económica consagrada no Código do IRC .....	20
5	O requisito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação .....	24
6	Temáticas, objecto de estudo, relativas à noção de tributação efectiva .....	28
6.1.	O requisito exigido afigura-se como uma norma anti-abuso?.....	28
6.2.	Aplicação objectiva (em função dos lucros distribuídos) vs subjectiva (em função da entidade que os distribuiu).....	32
6.3.	Momento ou patamar da cadeia de participações em que deve ocorrer a tributação efectiva dos lucros distribuídos.....	34
6.4.	Exigência de um limiar mínimo de tributação (ou não).....	36
6.5.	O sentido da expressão “lucros distribuídos ”consagrado no n.º 10 do artigo 51.º Código do IRC .....	38
7	Conclusão.....	43
	Bibliografia.....	45

## 1 Introdução

O requisito de sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos<sup>1</sup> tem sido discutido ao nível jurídico-fiscal derivado da sua indeterminação, no Direito interno e no Direito comunitário.

Com a aprovação da Lei do Orçamento de Estado para 2011, o regime de eliminação da dupla tributação económica foi alvo de profundas alterações, tendo o requisito *supra* sido amplamente abordado no contexto empresarial e jurídico-fiscal, na medida em que se tornou numa condição *sine qua non* para a aplicação deste regime.

Em virtude da escassez de linhas de orientação para a definição de tributação efectiva, surge uma maior incerteza na interpretação e aplicação prática do referido regime, no momento em que o financiamento por capitais próprios<sup>2</sup> dentro de um grupo económico e a distribuição de lucros deveriam ganhar maior relevância atendendo ao actual clima de recessão económica.

Deste modo, urge uma análise detalhada sobre a noção de tributação efectiva no contexto de acesso ao regime de eliminação da dupla tributação, bem como do esclarecimento de algumas das temáticas inerentes à aplicação prática do mesmo que podem ter influência significativa na actual organização estrutural dos grupos económicos.

As temáticas estudadas no âmbito deste trabalho foram: i) o requisito relativo à tributação efectiva afigura-se numa norma anti-abuso?; ii) a sujeição a tributação efectiva deve ser aplicada numa base objectiva (em função dos lucros) ou numa base subjectiva (em função dos sujeitos passivos)?; iii) em que momento ou patamar da cadeia de participações deve ocorrer a tributação efectiva dos lucros distribuídos?; iv) o requisito implica a existência de um limiar mínimo de tributação?; v) qual o sentido a atribuir à expressão “*lucros distribuídos*” contemplada no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC?

---

<sup>1</sup> Cfr. Artigo 51.º n.º 10 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“IRC”).

<sup>2</sup> Neste contexto, entenda-se capitais próprios como o meio de financiamento sem recorrer a entidades externas ao grupo económico em que a(s) sociedade(s) se insere(m).

Com este estudo pretendo dar o meu contributo para o desenvolvimento da literatura sobre o regime da dupla tributação económica, com especial incidência sobre a noção de tributação efectiva contemplado no actual n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC. Neste contexto, efectuo uma análise sistematizada da evolução do regime de eliminação da dupla tributação económica, quer no plano interno quer no comunitário, abordando, em particular, a abstracção do requisito de tributação efectiva mediante a partilha de linhas orientadoras para a melhor compreensão do conceito em apreço. Com este objectivo estudou-se a legislação fiscal, doutrina emanada pela Administração Fiscal e recorreu-se a artigos de opinião e a livros publicados sobre esta temática.

Neste sentido, o presente estudo tem como ponto de partida o Direito comunitário, com particular incidência na Directiva Mães-Filhas e respectiva transposição para a legislação nacional (secções 2 e 3). Posteriormente, na secção 4 abordo o mecanismo da dupla tributação económica no contexto nacional. Na secção 5 realizo uma análise preliminar do requisito de tributação efectiva na legislação nacional e comunitária. Subsequentemente, na secção 6, abordo potenciais temáticas inerentes à indefinição da noção de tributação efectiva. Finalmente, na secção 7 apresento as conclusões e enuncio potenciais caminhos de investigação futura sobre esta temática.

## 2 Breve comentário à harmonização comunitária

Perante o actual período de crise internacional, torna-se patente o elevado grau de interdependência das economias dos Estados-Membros (“E.M.”) da União Europeia (“U.E.”).

Neste sentido, importa promover uma economia mais competitiva e sustentável, na qual não exista entraves à actividade transfronteiriça, através da eliminação / atenuação dos obstáculos à coexistência dos E.M..

Adicionalmente considero relevante a existência de uma coordenação mais pragmática das políticas fiscais de modo a contribuir positivamente para uma maior convergência da política económica na Zona Euro e, por conseguinte, incentivar a consolidação fiscal, o crescimento económico<sup>3</sup>, bem como o mercado comum.

Com vista à concretização destes objectivos, importa promover a harmonização comunitária, em particular, a harmonização fiscal que se traduz num processo gradual e dinâmico de aproximação dos sistemas tributários dos E.M. mediante a eliminação de distorções de natureza fiscal na livre circulação de capitais e estabelecimento.

Nesta linha de pensamento Paulo Cunha (2001, p.508) refere que “*A harmonização fiscal não tem sido considerada como um fim em si mesmo, mas apenas como um meio para eliminar os obstáculos fiscais ao livre movimento de mercadorias, pessoas, serviços e capital dentro da Comunidade*”.

---

<sup>3</sup> Vide Conclusões do Conselho Europeu de 24 e 25 Março e de 24 de Junho de 2011.

Nesta medida e enquanto meio para fomentar o mercado comum, uma questão importante de partida que emerge é como se procede à harmonização fiscal? Em resposta à questão suscita, José Nabais (2010, p.182), refere que a harmonização fiscal pode ser realizada de duas formas. Por um lado, através de uma “(...) *harmonização jurídica, quando levada a cabo por instrumentos jurídicos (...)*” (e.g., regulamentos, directivas, recomendações, decisões ou convenções, decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias). Por outro lado, através de uma “(...) *harmonização política, quando levada a cabo por instrumentos políticos (...)*”(e.g., códigos de conduta).

De facto, e tendo por base a literatura sobre esta temática, tem-se verificado a promoção da harmonização fiscal mediante a aplicação destes instrumentos. A este propósito, importa ressaltar que ao nível da tributação directa não existem diplomas comunitários que disciplinem de forma exaustiva esta matéria remanescendo, ainda, essa competência na alçada dos Estados.

Ora, um dos instrumentos jurídicos do Direito comunitário derivado<sup>4</sup> a serem aplicados nos E.M. foram as Directivas, que vinculam quanto ao resultado a alcançar, permitindo, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios a utilizar na transposição das respectivas disposições para cada um dos ordenamentos jurídicos.

A análise vertida no presente trabalho debruça-se neste tipo de instrumentos, designadamente na Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho (doravante designada por “Directiva Mães-Filhas”) que estabelece o regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de E.M. pertencentes à U.E.

---

<sup>4</sup> Entende-se por Direito comunitário originário, as normas que criaram a Comunidade e a União Europeia e que regulam o seu funcionamento e organização (e.g. tratados). Por sua vez, o Direito comunitário derivado é constituído por normas emanadas pelos órgãos comunitários que regulamentam uma determinada matéria e são complementares à primeira (e.g. regulamentos, directivas).

Nas secções seguintes a Directiva é abordada enquanto fonte originária do regime de eliminação da dupla tributação económica, presente no actual artigo 51.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“IRC”). Mais tarde, a mesma terá um contributo positivo na interpretação do sentido conferido à disposição estatuída no n.º 10 do mesmo artigo relativa à sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos enquanto requisito do desagravamento fiscal<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Segundo Nuno Gomes (1991), desagravamento fiscal em sentido amplo abrange “(...) as exclusões tributárias, implícitas e expressas e todas as outras formas de desoneração da carga fiscal, de natureza estrutural, inerentes ao sistema, isto é incluídas na própria tributação-regra, ao nível da incidência, da determinação da matéria colectável, da liquidação, da estrutura das taxas aplicadas, etc. (...)”.

### 3 Mecanismo de eliminação de dupla tributação económica

#### 3.1. Directiva Mães-Filhas: a origem

Conforme referido anteriormente, o regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos consagrado no ordenamento tributário português<sup>6</sup> constitui o tema fulcral do estudo.

O regime em causa estabelece o direito à dedução, à base tributável, dos lucros distribuídos por sociedades afiliadas (nacionais ou comunitárias) a sociedades-mães residentes em território português, desde que os requisitos exigidos para a sua aplicação se encontrem preenchidos. Desta forma pretende-se evitar a dupla ou até múltipla tributação (doravante abreviadamente designada por “dupla tributação”) sobre os mesmos rendimentos.

À semelhança do preceito estatuído na legislação interna, a Directiva Mães-Filhas pretende, igualmente, a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre entidades residentes em diferentes E.M. da U.E., sendo as operações transfronteiriças o seu principal enfoque. Aliás, a Directiva Mães-Filhas não só vinculou os E.M. a transpor as suas disposições para o Direito interno de cada Estado como, no caso português, foi fonte inspiradora para a regulamentação das operações nacionais nesta temática.

Em virtude do *supra* exposto, e por forma a entender as motivações e objectivos do referido regime, importa principiar procedendo a uma análise detalhada da Directiva Mães-Filhas.

Enquanto instrumento jurídico de harmonização fiscal, a Directiva Mães-Filhas, pretende contribuir para o crescimento económico, incremento da concorrência e, em última instância para o bom funcionamento do mercado interno comum.

---

<sup>6</sup> Cfr. Artigo 51.º do Código do IRC.

Neste sentido, o legislador comunitário considerou que as operações transfronteiriças de distribuição de lucros entre sociedades afiliadas e sociedades-mãe “(...) *não devem ser dificultadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-membros (...)*” (Conselho da U.E. 1990, p.6), na medida em que os grupos económicos de sociedades sedeadas em diferentes E.M. da U.E. podem contribuir, de forma positiva, para os fins *supra* mencionados.

Adicionalmente, o mesmo defende que a criação de regras fiscais neutras poderá contribuir para que sociedades residentes, para efeitos fiscais, em território da U.E. se adaptem melhor “(...) *às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional (...)*” (Conselho da U.E. 1990, p.6).

Em face do exposto, o legislador comunitário considera relevante estabelecer um regime comum aos Estados da U.E. que permita a eliminação da dupla tributação económica sobre os lucros distribuídos por sociedades afiliadas à sociedade-mãe, estipulando para tal dois métodos de actuação do Estado da sociedade-mãe.

Neste sentido, o Estado da sociedade-mãe tem o direito de escolha na adopção do método de eliminação da dupla tributação a aplicar no âmbito da transposição da referida Directiva, nomeadamente:

1. Método da isenção que consiste num método em que o Estado da entidade beneficiária do rendimento deverá permitir a exclusão a tributação dos lucros distribuídos; e
2. Método do crédito de imposto que se traduz num método em que o Estado da sociedade-mãe concede o direito a dedução do montante de imposto sobre os lucros distribuídos, podendo ser limitado ao valor da fracção de imposto em vigor na sua jurisdição.

Não obstante, a Directiva Mães-Filhas impõe, ainda, o cumprimento de requisitos para a aplicabilidade do regime de eliminação da dupla tributação económica, sendo de destacar:

- A adopção pelas sociedades de uma das formas jurídicas descritas no anexo à Directiva Mães-Filhas que, no caso da legislação portuguesa, inclui as sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, as cooperativas e empresas públicas<sup>7</sup>;
- O domicílio fiscal na União Europeia<sup>8</sup>;
- A sujeição e não isenção de um imposto sobre o rendimento similar entre os E.M da U.E., no caso português, ao IRC<sup>9</sup>.

Ainda a este propósito, é relevante referir que o legislador comunitário veio esclarecer através da Directiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro<sup>10</sup>, que “*sempre que grupos de empresas estiverem organizados em cadeias de empresas e os lucros forem distribuídos à sociedade-mãe através da cadeia de sociedades afiliadas, deverá eliminar-se a dupla tributação, quer através de uma isenção ou de um crédito de imposto.*” (Conselho da U.E. 2004, p.42)

Acresce que, no caso particular do método de crédito de imposto, a entidade beneficiária dos lucros distribuídos deverá proceder à dedução do imposto pago por qualquer das sociedades afiliadas ou sub-afiliadas da cadeia de participações desde que sejam cumpridos os restantes requisitos estabelecidos pela Directiva Mães-Filhas.

Por outras palavras, perante grupos de sociedades, o direito de dedução do montante de imposto pago sobre os lucros distribuídos na esfera da sociedade-mãe, respeita ao imposto suportado por sociedade afiliada ou sub-afiliada situada em qualquer patamar da cadeia de participações.

---

<sup>7</sup> Vide alínea a), do artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE.

<sup>8</sup> Vide alínea b), do artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE.

<sup>9</sup> Vide alínea c), do artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE.

<sup>10</sup> A Directiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro procedeu a alterações nas disposições da Directiva Mães-Filhas.

### 3.2. Métodos de atenuação ou eliminação de dupla tributação económica

Na prática a dupla tributação económica resulta numa tributação sucessiva, em primeiro lugar, ao nível da sociedade que obtém e procede à distribuição de lucros e, em segundo lugar, ao nível da sociedade-mãe (beneficiária dos lucros distribuídos).

Perante tal acontecimento, é possível atenuá-lo ou, até mesmo, eliminá-lo através da aplicação de diversos métodos que operam tanto ao nível da sociedade como ao nível do sócio. No entanto, e para efeitos do presente estudo, só iremos incidir sobre os métodos ao nível do sócio, designadamente o método de isenção e o método de crédito de imposto (comummente designado por método de imputação).

Apesar de ambos os métodos (i.e. isenção e crédito de imposto) visarem o mesmo objectivo (limitação da competência do Estado de residência), a verdade é que os respectivos mecanismos são bastante díspares e, por conseguinte, o alcance dos respectivos efeitos.

O método da isenção, ao excluir da base tributável da sociedade-mãe a totalidade dos rendimentos relativos a lucros distribuídos garante, *a priori*, a ausência de qualquer fenómeno de dupla tributação.

Este método assenta em duas modalidades, nomeadamente a isenção integral ou progressiva. Relativamente à primeira variante, a totalidade dos rendimentos referentes a lucros distribuídos não são tidos em consideração pelo Estado da sociedade-mãe para efeitos de tributação dos rendimentos de fonte interna. Quanto à segunda variante, os rendimentos referentes a lucros distribuídos são tidos em conta juntamente com os rendimentos de fonte interna da sociedade-mãe, para efeitos de determinação da taxa progressiva aplicável aos rendimentos de fonte interna<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> O método da isenção conhece duas modalidades: a isenção integral, se o rendimento de fonte externa não for tido em consideração seja para que efeito for em sede da tributação dos rendimentos de fonte interna; e a isenção com progressividade, se o rendimento de fonte externa for tomado em consideração, juntamente com os de fonte interna, embora apenas para efeitos de determinação da taxa progressiva aplicável ao rendimento de fonte interna (Nabais 2010, p.231).

Todavia, é relevante reconhecer que a simplicidade deste método tem uma desvantagem associada, na medida em que o mesmo não evita situações de “dupla não tributação”, ao ignorar a possibilidade de uma eventual não tributação ao nível da sociedade distribuidora de lucros (sociedade afiliada ou sub-afiliada).

Nestes casos, a Directiva Mães-Filhas não estipula nenhum meio para evitar situações de “dupla não tributação”, no sentido de assegurar que uma determinada realidade foi tributada independentemente da taxa efectiva de imposto (o que conduz a levantar a questão: será que o objectivo da noção de tributação efectiva se traduz na eliminação de situações de “dupla não tributação”?). O único requisito estabelecido pela referida Directiva consiste na exigência da sociedade afiliada se encontre sujeita a um imposto sobre os lucros e sem dele se encontrar isenta.

Saliente-se que, de acordo com o entendimento proferido pela Administração Fiscal<sup>12</sup> a isenção de imposto deverá ser vista na perspectiva de a sociedade se encontrar sujeita mas não isenta de uma forma permanente e total.

Por oposição, o método de imputação (crédito de imposto) inclui na base tributável os lucros distribuídos, operando a eliminação da dupla tributação económica por via da dedução ao imposto a pagar pela sociedade-mãe, de um montante correspondente ao imposto suportado pela sociedade afiliada.

---

<sup>12</sup> Cfr. Parecer do CEF n.º 101/90 e a Circular n.º 4/91, de 30 de Janeiro, da DGCI.

Com efeito, este método poderá ser efectuado de diversas modalidades, sendo de destacar, por um lado, a imputação integral ou ordinária, caso a dedução à colecta seja efectuada pela totalidade do imposto suportado no Estado da sociedade afiliada ou sub-afiliada. E, por outro lado, a dedução parcial que limita a dedução até ao limite da fracção do imposto pago sobre aos lucros distribuídos<sup>13</sup>.

Apesar de se tratar de um método mais complexo, na medida em que exige a verificação e quantificação do imposto pago pela sociedade afiliada, o mesmo assegura igualmente a eliminação da dupla tributação económica dos lucros através da dedução ao imposto a pagar do imposto suportado pela sociedade afiliada na esfera da sociedade-mãe.

Ao contrário do método de isenção, o método de imputação não permite a existência de situações de “dupla não tributação”, uma vez que a dedução é efectuada na exacta medida e até ao limite do imposto suportado pela sociedade afiliada. Desta forma, não se poderá deduzir caso não tenha existido, em substância, tributação sobre os lucros distribuídos. No entanto, este método cria dificuldades ao nível da verificação da tributação por parte dos Estados.

---

<sup>13</sup> Segundo José Nabais, “Também o método da imputação ou do crédito de imposto *tax credit* pode assumir duas modalidades principais: a imputação integral ou crédito de imposto integral, se o estado da residência deduz ao imposto global a totalidade de imposto pago no país da fonte do rendimento; e a imputação ordinária ou crédito de imposto ordinário se o estado da residência limita a dedução do imposto pago no país da fonte à fracção do seu próprio imposto correspondente aos rendimentos estrangeiros, o que conduz a uma dedução parcial do imposto estrangeiro sempre que este seja superior ao imposto do estado da residência” (2010, p.73). Adicionalmente, segundo Alberto Xavier, “ a imputação ordinária, conduzirá apenas a uma dedução parcial do imposto estrangeiro, se este for superior ao que o Estado da residência aplica aos mesmos rendimentos. Quer isto dizer: o desconto só é outorgado até ao limite do mais baixo dos impostos em concurso” (Xavier 2007, p.748).

### 3.3. O regime e a sua transposição para o ordenamento jurídico português

Previamente à transposição das disposições comunitárias consagradas na Directiva Mães-Filhas para o Direito interno, o legislador português antecedeu as suas linhas orientadoras do regime para as situações de dupla tributação económica entre sociedades residentes em território nacional no momento de aprovação do Código do IRC<sup>14</sup>.

Não obstante, o regime interno de eliminação de dupla tributação económica teve claramente influência comunitária, em particular da própria Directiva Mães-Filhas. Esta instituiu as disposições no âmbito desta matéria para as operações transfronteiriças, as quais cingem à distribuição de rendimentos sob a forma de lucros de sociedades sediadas em diferentes Estados.

Tal entendimento depreende-se do Código do IRC, na sua versão original, no qual o legislador português confessa que “(...) *embora a harmonização fiscal comunitária no domínio dos impostos sobre o rendimento se encontre ainda em fase relativamente atrasada, não deixaram de se ter em conta os elementos que a esse propósito foram já objecto de algum consenso*”<sup>15</sup>.

De facto no momento da aprovação do Código do IRC e, por conseguinte, do regime de eliminação da dupla tributação económica aplicável a situações internas consagrado no artigo 45.º (actual artigo 51.º) do preceito em questão, à data dos factos, o legislador português já tinha presente aquando da formulação das regras fiscais as finalidades presentes na Directiva Mães-Filhas<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> A aprovação do Código do IRC ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

<sup>15</sup> Cfr. ponto 2 do preâmbulo do Código do IRC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

<sup>16</sup> Conforme referido na secção referente à Directiva Mães-Filhas, a mesma teve como finalidade a definição de regras fiscais neutras que contribuíssem para o aumento da produtividade e concorrência das sociedades sitas nos E.M. da U.E. e que consequentemente contribuam para uma economia aberta e para um mercado interno comum.

No caso particular do mecanismo de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, o próprio legislador português considera que é “ (...) *insuficiente uma mera atenuação, adoptando-se, na linha de orientação preconizada em algumas legislações e nos estudos em curso no âmbito comunitário, uma solução que elimina nesses casos, a dupla tributação económica*”<sup>17</sup>.

Neste sentido, torna-se claro que o presente regime consagrado no Direito interno para operações entre nacionais é um reflexo nítido da Directiva Mães-Filhas, na medida em que o legislador português tinha conhecimento das suas linhas orientadoras<sup>18</sup>.

No momento da transposição das disposições relativas às operações transfronteiriças estatuídas na Directiva Mães-Filhas para o ordenamento jurídico português<sup>19</sup>, o legislador português optou pelo método de isenção parcial<sup>20</sup>. Ou seja, na exclusão dos rendimentos associados aos lucros distribuídos pela sociedade afiliada à sociedade-mãe mediante a dedução à base tributável de 95% do seu valor. Sendo que apenas, em momento posterior, o método de isenção integral foi adoptado<sup>21</sup>. Neste contexto considero relevante endereçar a questão de qual a motivação subjacente à adopção do método de isenção ao invés do método de imputação pelo legislador português?

De acordo com o Ministério das Finanças e da Administração Pública (2009, p.1) , o legislador português adoptou o método de isenção primordialmente por dois factores: coerência com a legislação fiscal vigente à data dos factos e aplicabilidade prática do método face ao método alternativo (i.e. método do crédito de imposto).

---

<sup>17</sup> Cfr. Preâmbulo do Código do IRC, ponto 13 aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

<sup>18</sup> A proposta referida no preâmbulo refere-se ao diploma publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º C39, de 22 de Março de 1969.

<sup>19</sup> Através do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho.

<sup>20</sup> Trata-se do método utilizado para as operações internas que por remissão foi aplicado igualmente a operações transfronteiriças.

<sup>21</sup> Com a publicação da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

Assim, por um lado o método de isenção representa a manutenção da coerência a nível de legislação fiscal, visto que já se encontrava estatuído no Código do IRC para a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes. E, por outro lado, este método afigura-se como mais vantajoso a nível da sua aplicabilidade visto que o método do crédito de imposto apresentava inúmeras dificuldades de implementação (e.g. a consideração do imposto sobre os lucros cobrado em cada nível da cadeia de participações).

Desta forma, existe evidência que indicia que o factor motivacional para a adopção do método de isenção prende-se, única e exclusivamente, com a complexidade que o outro método implica.

A adopção do método de isenção conduz também a questionar quais as consequências de tal adopção no contexto nacional ao nível dos grupos económicos.

No meu entender, o legislador português ao adoptar o método de isenção não excluiu, *a priori*, a eliminação da “dupla não tributação” que poderá estar na base da discussão associada ao requisito de tributação efectiva dos lucros distribuídos. Caso fosse essa a sua intenção, teria optado pelo método de imputação que eliminava, em absoluto, todas estas situações, ainda que parcialmente<sup>22</sup>.

Neste contexto, a PLMJ, Sociedade de Advogados, RL (adiante, abreviadamente designada por “PLMJ”) refere que “(...) *o sistema português posicionou-se claramente entre os regimes de participation exemption que procuram assegurar a neutralidade da interposição de sociedades em cadeia mediante a eliminação da tributação sucessiva de um mesmo rendimento*” (PLMJ 2011, p.4).

Contudo, à semelhança do *supra* exposto, a PLMJ defende que o mecanismo de isenção poderá originar situações potencialmente abusivas por parte dos sujeitos passivos (PLMJ 2011).

---

<sup>22</sup> Isto porque o mecanismo de crédito de imposto poderia somente permitir a dedução do montante do imposto pago até à concorrência da fracção do IRC (e.g. crédito de imposto por dupla tributação internacional estatuído no artigo 91.º do Código do IRC).

## **4 Mecanismo de eliminação da dupla tributação económica em Portugal**

### *4.1. Breve evolução do regime consagrado no Código do IRC*

A evolução do regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos na legislação portuguesa, nomeadamente no Código do IRC, sofreu diversas alterações desde da sua primeira referência no Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, até à actualidade. O quadro 1 *infra* apresentado, estabelece a evolução das disposições legais que consagram o desagravamento fiscal quer ao nível da distribuição de lucros entre sociedades residentes em território nacional quer entre sociedades sitas em diferentes E.M. da U.E e ainda a evolução do requisito de sujeição dos referidos rendimentos a tributação efectiva.

Quadro 1 - Evolução do regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos no Código do IRC

Legislação	Data (data de entrada em vigor)	Motivação da alteração	Desagravamento fiscal	Requisitos relevantes para o presente estudo e respectivas alterações	Finalidade da alteração ao regime
Decreto-Lei n.º 442-B/88 (Artigo 45.º)	30.11.1988 (1.1.1989)	N.a.	Dedução de 95% dos rendimentos, incluídos na base tributável (lucros distribuídos)	Entidades com sede ou direcção efectiva em território português; Entidades sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas ao imposto do jogo; Detenção de uma participação no capital não inferior a 25% pela sociedade-mãe; Período de permanência na titularidade da sociedade-mãe durante dois anos consecutivos ou desde a constituição da entidade participada (mantendo a participação durante aquele período).	N.a.
Decreto-Lei n.º 377/90 (Artigo 45.º)	30.11.1990 (30.11.1990)	Melhorar a técnica de normativos reguladores do sistema fiscal Criar benefícios de interesse público	Inalterado face ao anterior	Esclarecimento / definição do termo “Entidades” passando a adoptar uma das seguintes formas jurídicas: sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas.	Eliminação de incertezas sobre a aplicabilidade a estabelecimentos estáveis
Decreto-Lei n.º 251-A/91 (Artigo 45.º)	16.7.1991 (16.7.1991)	N.a.	Inalterado face ao anterior	Mantém-se inalterado face ao anterior.	N.a.
Decreto-Lei n.º 123/92 (Artigo 45.º)	2.7.1991 (2.7.1991)	Transposição da directiva 90/434/CEE para a legislação portuguesa	Inalterado face ao anterior	Requisito de detenção de uma participação no capital passou a incidir sobre participações detidas directamente. Alargamento do regime a operações transfronteiriças entre E.M da U.E.	Especificação da incidência apenas sobre participações directas
Decreto-Lei n.º 3/97 (Artigo 45.º)	8.1.1997 (8.1.1997)	N.a.	Inalterado face ao anterior	Mantém-se inalterado face ao anterior.	N.a.

<b>Legislação</b>	<b>Data (data de entrada em vigor)</b>	<b>Motivação da alteração</b>	<b>Desagravamento fiscal</b>	<b>Requisitos relevantes para o presente estudo e respectivas alterações</b>	<b>Finalidade da alteração ao regime</b>
Lei 30-G/2000 (Artigo 45.º)	29.12.2000 (1.1.2001) <sup>(1)</sup>	Reformar a tributação do rendimento Adoptar medidas destinadas ao combate à evasão e fraude fiscais	100% dos rendimentos	Requisito do período de permanência alterado passando a dizer respeito à titularidade de modo ininterrupto durante os dois anos anteriores à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida há menos tempo, que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período.	Clarificação sobre o período de permanência sobre a titularidade da participação
Decreto-Lei n.º 198/2001 (Artigo 46.º)	3.7.2001 (3.7.2001)	N.a.	Inalterado face ao anterior	Mantém-se inalterado face ao anterior.	N.a.
Lei 109-B/2001 (Artigo 46.º)	27.12.2001 (1.1.2002)	Apoio à capitalização das empresas	Inalterado face ao anterior	Alteração do requisito da detenção de participação no capital para um valor não inferior a 10% (anteriormente 25%) e do requisito do Período de permanência para um ano (ao invés dos dois anos postulados na Lei 30-G/2000)	Incremento da abrangência sobre as entidades reduzindo valor da participação e período de titularidade
Lei 32-B/2002 (Artigo 46.º)	30.12.2002 (1.1.2003)	Apoio à capitalização das empresas	Inalterado face ao anterior	Definição de requisitos adicionais de que a entidade beneficiária não pode ser abrangida pelo regime da transparência fiscal e de que passam a ser incluídas participações no capital da sociedade afiliada com um valor de aquisição não inferior a 20.000.000€ (vinte milhões de euros).	Incremento da abrangência sobre as entidades reduzindo valor da participação e período de titularidade
Lei n.º 55-B/2004 (Artigo 46.º)	30.12.2004 (1.1.2005)	Evitar o abuso das formas jurídicas por parte do sujeito passivo com o intuito de redução, eliminação ou diferimento parcial de imposto	Inalterado face ao anterior	Introdução pela primeira vez da exigência de tributação efectiva sobre os lucros distribuídos pela sociedade afiliada à sociedade-mãe.	Incorporação da tributação efectiva
Lei n.º 53-A/2006 (Artigo 46.º)	29.12.2006 (1.1.2007)	Evitar situação de dupla não tributação dos rendimentos Reforço da competitividade em Portugal	Inalterado face ao anterior	Revogação do requisito relativo a tributação efectiva. Eliminação parcial da dupla tributação económica em 50% nas situações em que os lucros não tenham sido sujeitos a tributação efectiva com a excepção das SGPS. Dedução em 50% dos lucros distribuídos nos casos em que um dos requisitos de acesso ao regime não eram cumpridos e quando a sociedade afiliada reside num dos E.M. da U.E. (cumprimento do artigo 2.º da Directiva)	Inserção de uma cláusula anti-abuso por forma a evitar dupla não tributação. Exclusão das SGPS em virtude da existência de um regime fiscal especial para estas entidades

<b>Legislação</b>	<b>Data (data de entrada em vigor)</b>	<b>Motivação da alteração</b>	<b>Desagravamento fiscal</b>	<b>Requisitos relevantes para o presente estudo e respectivas alterações</b>	<b>Finalidade da alteração ao regime</b>
Decreto-Lei 159/2009 (Artigo 51.º)	13.7.2009 (13.7.2009)	N.a.	Inalterado face ao anterior	Mantém-se inalterado face ao anterior.	N.a.
Lei n.º 55-A/2010 (Artigo 51º)	31.12.2010 (1.1.2011)	Aumento da receita fiscal	Inalterado face ao anterior	Alargamento do critério da percentagem de detenção às SGPS Eliminação do requisito do valor de aquisição da participação não inferior a €20.000.000; Alargamento do critério de sujeição prévia dos lucros; distribuídos a tributação efectiva SGPS; Extinção da eliminação parcial da dupla tributação económica em 50%, nos casos em que um dos requisitos de acesso ao regime não era cumprido; e Eliminação da possibilidade de correcção da base tributável dos grupos sujeitos ao RETGS.	Maior restrição de acesso ao regime.

Fonte: Análise da autora. Notas:

(1) Esta lei postula que em situação de conflito entre as normas desta e as normas da Lei do Orçamento do Estado para 2001 prevalecem as normas desta Lei. Esta Lei aplica-se aos períodos de tributação que se iniciem a partir da referida data. N.a. (não aplicável).

#### 4.2. Conceito de dupla tributação

Na literatura jurídica-fiscal, entende-se que a noção de dupla tributação consiste num concurso de normas, isto é, quando normas tributárias divergentes incidem sobre o mesmo facto tributário dando origem a duas ou mais obrigações de imposto<sup>23</sup>.

O conceito de dupla tributação pode ser classificado entre dupla tributação efectiva (*in praxi*) e a dupla tributação virtual (*in thesi*). A primeira variante compreende situações em que sobre o mesmo facto incidem duas normas reais. A segunda variante estabelece que sobre o mesmo facto recaem duas normas, não existindo a aplicação concreta de ambas, porém poderá ocorrer a aplicação prática de apenas uma das normas.

Adicionalmente, e por forma a validar a existência de dupla tributação, deverá atender-se a dois critérios, designadamente a identificação do facto e a pluralidade de normas (Xavier 2007, p.31 e ss.).

Em primeiro lugar, a identificação do facto é determinante para o reconhecimento de uma situação de dupla tributação, na medida em que é necessário que a incidência de diferentes normas ocorra sobre o mesmo facto. A este respeito, importa mencionar que na literatura sobre a dupla tributação é, por vezes, argumentado que se deve aplicar a regra das quatro identidades para a identificação do facto, nomeadamente a identificação do objecto, do sujeito, do período tributário e do imposto.

Todavia, é também argumentado que se pode entender que a identificação do sujeito não é relevante para a identificação da dupla tributação.

Não obstante, é igualmente necessário atender à pluralidade de normas. Tal facto ocorre quando duas ou mais disposições legais, pertencentes a ordenamentos jurídicos diferentes ou a espaços fiscais autónomos, são aplicáveis sobre o mesmo rendimento e/ou sujeito passivo<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Vide (Xavier 2007, p.31).

<sup>24</sup> Vide (Xavier 2007, p.31).

#### 4.3. Regime de eliminação da dupla tributação económica consagrada no Código do IRC

Dispõe o Código do IRC, que “(...) *na determinação do lucro tributável das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas, com sede ou direcção efectiva em território português, são deduzidos os rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos, desde que se encontre verificados (...)*” determinadas condições<sup>25</sup>.

Embora a “regra-base” *supra* não constitua a temática deste trabalho, é relevante tecer alguns comentários por forma a perceber melhor o regime no qual também se encontra vertida a noção de tributação efectiva.

Conforme referido anteriormente, o propósito do regime consagrado na Directiva Mães-Filhas e, por conseguinte, no actual artigo 51.º do Código do IRC, consiste na eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, mediante o cumprimento de determinadas condições.

Por sua vez, o conceito de dupla tributação económica traduz-se na tributação, em duplicado, do mesmo rendimento na esfera de dois sujeitos passivos diferentes o que, claramente, difere do conceito de dupla tributação jurídica que consiste na dupla tributação do mesmo rendimento na esfera do mesmo sujeito passivo<sup>26</sup>.

Neste sentido, entende-se que o propósito da disposição – eliminação da dupla tributação económica – visa que os lucros, anteriormente tributados em sede IRC ou outro imposto análogo, não voltem a ser tributados, independentemente do sujeito passivo (desde que residente nos E.M. da U.E.).

---

<sup>25</sup> Cfr. Artigo 51.º, n.º 1 do Código do IRC.

<sup>26</sup> A dupla tributação económica distingue-se da dupla tributação jurídica: esta verifica-se quando o mesmo rendimento é tributado duas vezes na esfera do mesmo sujeito passivo (normalmente, em dois sistemas jurídico-fiscais diferentes) cfr. (Xavier 1981).

De salientar que para a aplicação do presente regime a operações transfronteiriças<sup>27</sup>, é necessário também dar cumprimento aos requisitos consagrados no artigo 2.º da Directiva Mães-Filhas<sup>28</sup>.

No que concerne aos demais requisitos elegíveis à aplicação do presente regime, é de referir que ao longo de mais de duas décadas, os mesmos têm sofrido diversas alterações, de seguida enumeradas.

Conforme referido em momento prévio, a inserção deste regime ocorreu com a aprovação do Código do IRC<sup>29</sup>, sendo que na sua redacção original, o preceito exigia o cumprimento dos seguintes requisitos: i) sociedades com sede ou direcção efectiva em território português; ii) sociedades sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas ao imposto do jogo; iii) detenção de uma percentagem na participação social não inferior a 25% e iv) o período de permanência da participação na titularidade da sociedade-mãe tinha que ser igual ou superior a dois anos ou, alternativamente, desde o momento da constituição da sociedade afiliada e desde que mantida até perfazer os dois anos.

Posteriormente, mais precisamente em 2000<sup>30</sup>, o requisito do período de permanência e detenção da participação sofreu uma pequena alteração. Neste sentido, a disposição legal passou a exigir que a participação no capital social da sociedade afiliada teria que ser detida, directamente, pela sociedade-mãe desde que representasse no mínimo 25%. Adicionalmente, tal participação teria que permanecer na titularidade da sociedade-mãe, de modo ininterrupto, durante dois anos anteriores à data de colocação à disposição dos lucros pela sociedade afiliada ou, alternativamente, se detida há menos tempo desde que tal participação ficasse na sua posse até perfazer o tempo exigido.

---

<sup>27</sup> Cfr. Artigo 51.º, n.º 5 do Código do IRC.

<sup>28</sup> Cfr. Directiva 90/435/CEE, de 30 de Julho.

<sup>29</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

<sup>30</sup> Cfr. Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

Mais tarde, com a redacção da Lei do Orçamento de Estado (LOE) para 2002<sup>31</sup> foram introduzidos novos critérios, sendo de destacar a exclusão das entidades beneficiárias da distribuição de lucros abrangidas pelo regime da transparência fiscal, a redução da percentagem de detenção da participação na sociedade afiliada para 10%. Posteriormente, com a aprovação da LOE para 2003<sup>32</sup> e a introdução de um requisito alternativo à percentagem de detenção da participação, que se traduz na detenção de uma participação cujo valor de aquisição não seja inferior a €20.000.000 (vinte milhões de Euros).

Por fim, com a entrada em vigor da LOE<sup>33</sup> para 2011, o regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos sofreu significativas alterações ao nível dos requisitos exigidos no artigo 51.º do Código do IRC, permanecendo até a actualidade.

As principais alterações introduzidas, com eficácia a partir de 1 de Janeiro de 2011, foram as seguintes:

- A participação mínima de 10% no capital da sociedade distribuidora de lucros, enquanto requisito de acesso ao regime de eliminação de dupla tributação económica, passou a ser exigida também às Sociedades Gestoras de Participações Sociais;
- O requisito alternativo ao *supra* mencionado que se traduzia num valor de aquisição da participação social não inferior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) foi eliminado;
- Alargamento do critério de sujeição prévia dos lucros distribuídos a tributação efectiva às Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS);
- Extinção da eliminação parcial da dupla tributação económica em 50%, nos casos em que um dos requisitos de acesso ao regime não era cumprido; e

---

<sup>31</sup> Cfr. Lei 109-B/2001, 27 de Dezembro.

<sup>32</sup> Cfr. Lei 32-B/2002, 30 de Dezembro.

<sup>33</sup> Cfr. Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

- Eliminação da possibilidade de correcção da base tributável dos grupos sujeitos ao Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades (RETS), relativamente aos lucros distribuídos entre sociedades do grupo, incluídos nas bases tributáveis individuais das sociedades beneficiárias.

Perante tais alterações, e uma vez que o requisito de sujeição prévia a tributação efectiva dos lucros distribuídos passa a ser condição de aplicação generalizada, o que não acontecia em períodos de tributação anteriores, torna-se necessário aferir a materialização da sua aplicação à realidade.

## 5 O requisito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação

Nesta secção, aborda-se o requisito de tributação efectiva dos lucros distribuídos por sociedades afiliadas (ou sub-afiliadas) à sociedade-mãe como pressuposto de acesso ao método consagrado no actual artigo 51.º do Código do IRC.

A referência à expressão “*lucros (...) sujeitos a tributação efectiva*”<sup>34</sup> surge no ordenamento jurídico português, através da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que aditou o n.º 10 do artigo 46.º do Código do IRC. Nos termos da referida disposição legal, o regime de eliminação da dupla tributação económica não se aplica quando os actos praticados tenham por objectivo conferir uma vantagem fiscal para o sujeito passivo mediante o abuso das formas jurídicas, considerando-se como tal a não sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos.

Todavia, o legislador português rapidamente procedeu à alteração da redacção que aparentava assumir a natureza de uma norma anti-abuso, tendo-se materializado com a aprovação da LOE para 2007, nos termos da qual “*a dedução a que se refere o n.º 1 é reduzida para 50% quando os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais*” (Assembleia da República 2006, p.16).

Actualmente, e desde a entrada em vigor da LOE para 2011, a redacção do n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC estabelece que “*a dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva*”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Artigo 51.º, n.º 10 do Código do IRC.

<sup>35</sup> Cfr. Artigo 51.º, n.º 10 do Código do IRC.

Perante o exposto, assistimos a uma evolução não uniforme do artigo que consagra o requisito de tributação efectiva na medida em que começa por ser introduzido no ordenamento jurídico português enquanto norma anti-abuso. A este respeito, importa ressaltar, que era a única forma prevista pela Directiva Mães-Filhas para a exigência de disposições nacionais mais restritas às disposições internacionais<sup>36</sup>. Todavia, a norma com carácter anti-abuso foi revogada o que demonstra não ser essa a intenção do legislador português.

Como é reconhecido nesta área de estudos, a noção de tributação efectiva não é objecto de uma definição na legislação interna portuguesa nem, tão pouco, se encontra estatuído na Directiva Mães-Filhas.

Neste sentido, a ausência de definição expressa da noção de tributação efectiva, conduz a questionar: qual o sentido a conferir a tal disposição legal consagrada no Código do IRC?

De acordo com a análise efectuada por António Xavier no seu estudo<sup>37</sup>, os regimes estatuídos no artigo 66.º do Código do IRC, bem como no artigo 42.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”), comportam noções aparentemente aproximadas do conceito de tributação efectiva quer no Direito tributário português, quer no Direito comunitário derivado, no entanto, não podem ser utilizados na interpretação do conceito estatuído no artigo 51.º do Código do IRC.

Tal facto advém de, por um lado, não ser “(...) sequer seu propósito defini-lo (...)” (Xavier et al. 2010, p.32). E, por outro lado, porque tais normas não asseguram o mesmo fim consagrado na Directiva Mães-Filhas<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Dispõe o n.º 2 do artigo 1.º da Directiva que “a presente Directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos”.

<sup>37</sup> Cfr. (Xavier et al. 2010).

<sup>38</sup> Tal como referido anteriormente, o fim assegurado pela Directiva Mães-Filhas traduz-se na definição de mecanismo que permitem a eliminação da carga fiscal em situações de dupla tributação económica.

Com a aprovação da LOE para 2011<sup>39</sup> o preceito em causa sofreu significativas alterações tendo dado origem a diversas questões relativamente ao sentido e alcance a aferir à noção de tributação efectiva, sendo que algumas destas são objecto do presente estudo na secção 6.

Assim, não existe nenhuma referência no Direito interno nem no Direito comunitário que permita interpretar, para efeitos fiscais, a noção em apreço e a respectiva aplicação prática. Neste sentido, tal facto pode potencializar a incerteza jurídica e insegurança nos grupos portugueses.

Mais recentemente tais comportamentos foram minimizados com a publicação pela Administração Fiscal da Circular n.º 24/2011, de 11 de Novembro de 2011, que veio esclarecer algumas das dúvidas que surgem no âmbito da recente alteração ao artigo em crise.

A este propósito, é relevante ressaltar que o entendimento da Administração Fiscal não assume carácter vinculativo uma vez que nos termos do n.º 4 do artigo 11.º da Lei Geral Tributária (“LGT”), as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República, neste caso a ausência da definição da noção de tributação efectiva, não são susceptíveis de interpretação analógica.

De acordo com José Nabais (2006, p.220) o preceito acima evidenciado “ (...) *deve ser interpretado no sentido de afastar a colmatação de lacunas no domínio coberto pela reserva da lei fiscal, independentemente portanto do meio através do qual a mesma se faça*”, pelo que “ (...) *os aplicadores de tais normas, a administração tributária e o juiz, estão em absoluto proibidos (...) de integrar tais lacunas*”. Por outras palavras, a orientação administrativa emitida pela Administração Fiscal, perante a inexistência da definição de tributação efectiva em qualquer ramo de Direito, não tem natureza vinculativa (nem “força jurídica”) para colmatar tal lacuna na lei pelo que a sua menção no presente estudo é meramente informativa da posição dessa entidade.

---

<sup>39</sup> A LOE 2011 veio alterar significativamente o regime estatuído no artigo 51.º do Código do IRC, em particular para efeitos do presente estudo, o seu n.º 10.

Contudo, irei ter em consideração a opinião da Administração Fiscal no presente estudo. Desde logo, considera a referida entidade que o requisito da tributação efectiva previsto no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC “ (...) deve ser interpretado no sentido de exigir que os rendimentos provenham de lucros que tenham suportado IRC, ou outro imposto sobre os lucros idêntico ou análogo, e que dele não se encontrem excluídos nem isentos”.

No meu entender, e tendo em conta a análise efectuada até ao presente momento do estudo, o requisito de sujeição a tributação efectiva pretende evitar situações de “dupla não tributação” visto não ser este o fim preconizado na Directiva Mães-Filhas nem no Direito interno.

Em face do exposto, e perante o requisito de tributação efectiva dos lucros distribuídos enquanto condição de acesso *tout court* ao regime em apreço<sup>40</sup>, surge um conjunto de questões associadas à sua aplicação prática, principalmente a partir do exercício de 2011.

Desta forma, na secção seguinte do presente estudo, iremos abordar, em maior detalhe, algumas das questões suscitadas no âmbito do conceito de tributação efectiva, nomeadamente: o requisito exigido afigura-se como uma norma anti-abuso? Se sim, qual o seu sentido de existência à luz da Directiva Mães-Filhas? A sua aplicação deverá ser objectiva (em função dos lucros distribuídos) ou subjectiva (em função da entidade que os distribuiu)? Qual o momento ou patamar da cadeia de participações em que deve ocorrer a tributação efectiva dos lucros distribuídos? Exige a fixação de um limiar mínimo de tributação? Qual o sentido da expressão “lucros distribuídos” consagrado no n.º 10 do artigo 51.º Código do IRC?

---

<sup>40</sup> Vide (Xavier et al. 2010, p.29).

## 6 Temáticas, objecto de estudo, relativas à noção de tributação efectiva

### 6.1. O requisito exigido afigura-se como uma norma anti-abuso?

Conforme referido anteriormente, o requisito de tributação efectiva não encontra qualquer suporte na Directiva Mães-Filhas, pelo que cumpre aferir o sentido e o alcance do mesmo, uma vez que os Estados-membros encontram-se, à luz do Direito comunitário, proibidos de criar obstáculos à prossecução plena dos objectivos subjacentes aos princípios comunitários.

Com excepção dos casos em que a aplicação das disposições nacionais ou convencionais é necessária no combate à fraude e abusos de natureza fiscal, por parte dos sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento<sup>41</sup>.

Neste sentido, e por forma a dar continuidade ao estudo, importa analisar se, de facto, é possível enquadrar a referida disposição enquanto cláusula anti-abuso. Note-se que, não é objecto do presente trabalho aferir se a norma jurídica em apreço respeita, legalmente (ou até mesmo constitucionalmente), o direito interno e internacional.

Ora, a cláusula geral anti-abuso (“CGAA”) visa combater a elisão fiscal que consiste no “ (...) *planeamento fiscal abusivo, ou seja, a actuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário*” (Courinha 2004, p.15).

Por outras palavras, trata-se de um acto praticado pelo sujeito passivo em concordância com as normas jurídicas estatuídas no ordenamento tributário mas cuja finalidade se centra, única e exclusivamente, na diminuição da sua carga fiscal.

---

<sup>41</sup> Cfr. Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho artigo 1.º, n.º 2.

Nesta medida, as normas anti-abuso assentam no combate de comportamentos evasivos e fraudulentos em matéria fiscal mediante o estabelecimento de meios de reacção adequados de forma a garantir o cumprimento do princípio de igualdade<sup>42</sup> na repartição da carga tributária.

Desde logo surge a seguinte questão: o que se entende por comportamento evasivo e fraudulento em matéria fiscal?

De acordo com Saldanha Sanches, *“a natureza artificiosa de um negócio jurídico revela-se no abuso das formas jurídicas (escolhidas com base numa intenção fiscal) e demonstra a sua intenção fraudulenta pelo recurso às formas abusivas que lhe dão natureza artificiosa. Um negócio jurídico será artificioso (...) e por isso, e num certo sentido, fraudulento quando a sua utilização só puder ser explicado por razões de natureza fiscal”*(Sanches 2006, pp.170–171).

Com efeito, o comportamento evasivo e fraudulento em matéria fiscal consiste num acto motivado primordialmente por razões de índole fiscal.

No entanto, no Direito interno já se encontra estatuído nas suas disposições normas anti-abuso com o intuito de penalizar tais comportamentos, destacando a CGAA consagrada no artigo 38.º, nº 2 da LGT que dispõe *“são ineficazes, no âmbito tributário, os actos ou negócios jurídicos com vista à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização de meios artificiosos ou fraudulentos de violação das normas jurídicas”*.

---

<sup>42</sup> Trata-se de um princípio jurídico-constitucional, transversal a todo o ordenamento jurídico, que no caso específico do Direito fiscal se traduz na obrigação de todos os cidadãos estarem obrigados ao pagamento de impostos atendendo à capacidade contributiva dos mesmos, sendo necessário o estabelecimento de normas / medidas que permitam a vigência de tal igualdade. Tal princípio encontra-se consagrado no n.º 3 do artigo 6 da Lei Geral Tributária, o qual dispõe que *“A tributação respeita a família e reconhece a solidariedade e os encargos familiares, devendo orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem”*. Adicionalmente, tal princípio também se encontra expresso na Constituição da República Portuguesa no artigo 104.º que estabelece que *“O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”*.

Dado que se insere no quadro jurídico interno, a CCGA só deverá ser aplicada a situações internacionais por remissão, tal como ocorre no n.º 2 do artigo 1.º da Directiva Mães-Filhas a qual dispõe que “*a presente directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos*”.

Desta forma, e caso o legislador pretendesse evitar comportamentos evasivos e fraudulentos mediante a aplicação de uma norma anti-abuso, não teria necessidade de criar uma disposição anti-abusiva específica para a matéria consagrada no artigo 51.º do Código do IRC uma vez que a aplicação da CGAA<sup>43</sup> é possível quer às operações entre nacionais, quer transfronteiriças por remissão do *supra* citado artigo da Directiva Mães-Filhas.

Todavia, e ignorando, por agora, o argumento anteriormente mencionado, para que o normativo estatuído no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC fosse considerado uma norma anti-abuso seria necessário dar cumprimento aos elementos constitutivos de uma CGAA.

Segundo Gustavo Courinha<sup>44</sup>, a CGAA é composta por diversos elementos necessários à sua aplicação e estatuição da norma, designadamente:

- Elemento meio, ou seja, o modo de actuação escolhido pelo sujeito passivo por forma a obter uma vantagem fiscal;
- Elemento resultado que consiste na comprovação da existência de uma vantagem fiscal;
- Elemento intelectual que se traduz na motivação do sujeito passivo para agir em conformidade com determinados meios por forma a atingir uma vantagem fiscal;
- Elemento normativo que corresponde à interpretação da lei atendendo não só à letra mas também à intenção do legislador por forma a averiguar se o sujeito passivo agiu com o intuito de obter, única e exclusivamente, uma vantagem fiscal;
- Elemento sancionatório que permite anular os efeitos fiscais obtidos com determinado acto evasivo e fraudulento.

---

<sup>43</sup> Cfr. Artigo 38.º n.º2 da LGT.

<sup>44</sup> Cfr. (Courinha 2004, p.165).

Neste âmbito, caso se conclua que a finalidade do requisito de tributação efectiva seja o combate de situações de “dupla não tributação”, a mesma não deve ser considerada uma norma anti-abuso.

Ora, perante a não sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos num grupo económico obsta, desde logo, a dedução à base tributável da sociedade-mãe destes rendimentos, independentemente se existe ou não abuso nas formas jurídicas com o intuito de se obter uma vantagem fiscal.

Assim, considero que a disposição vertida no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC não pretende evitar situações de abuso, mas impedir o acto jurídico que não preencha automaticamente esta condição objectiva de acesso ao regime.

A título exemplificativo, caso a sociedade distribuidora dos lucros seja uma SGPS e, conseqüentemente, esteja isenta de tributação sobre mais-valias, o rendimento a distribuir à sociedade-mãe pode não ter sofrido tributação por estar isenta à luz da legislação interna. Neste contexto, a SGPS não agiu por forma a obter uma vantagem fiscal mas simplesmente dar cumprimento à lei. Assim, tal situação não pode ser interpretada como um abuso das formas jurídicas visto que se trata da aplicação objectiva de um benefício fiscal estatuído no Direito interno.

Para o reforço da opinião acima referida, contribui o próprio elemento teológico da norma em que o requisito em crise foi introduzido na legislação interna com a LOE para 2005 com carácter anti-abuso e, posteriormente, revogada pelo legislador português, o que claramente demonstra não ser esta a intenção do legislador português.

Assim, entendo que a condição objectiva de acesso ao regime estatuída no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC não se configura numa norma anti-abuso na medida em que a mesma não visa impedir determinados comportamentos evasivos e fraudulentos com vista à obtenção de uma vantagem fiscal, mas simplesmente trata-se de um requisito limitativo de acesso ao próprio regime de eliminação de dupla tributação económica.

Tal afirmação encontra sustento na doutrina existente designadamente na linha de argumentação de Rui Camacho Palma e Alberto Xavier.

No entendimento do primeiro autor “(...) a exigência objectiva de uma tributação efectiva, sem qualquer consideração pelos propósitos e circunstâncias que enquadram determinada estrutura societária, não se pode confundir com qualquer medida anti-abuso” (Palma 2010, p.61).

O mesmo autor defende que a disposição legal em apreço visa excluir do regime de eliminação da dupla tributação económica as situações em que não existe tributação efectiva pelo que “pode, por conseguinte, não existir abuso algum, mantendo-se intacta e inalterada a aplicação da norma, na medida em que esta decorre automaticamente do preenchimento de uma condição objectiva.” (Palma 2010, p.61).

Por sua vez, Alberto Xavier refere que “(...) mesmo que se entendesse que o n.º 10 do artigo 51.º, na sua versão posterior a 2006, corresponde a uma cláusula anti-abusiva, ainda assim ele seria inconstitucional por violação dos princípios de igualdade, proporcionalidade, e tributação pelo rendimento real” (Xavier et al. 2010, p.61).

Contudo, e atento o *supra* exposto, considero defensável que o n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC não configura, *per si*, numa norma anti-abuso.

## 6.2. Aplicação objectiva (em função dos lucros distribuídos) vs subjectiva (em função da entidade que os distribuiu)

Nesta subsecção, importa indagar qual a intenção do legislador português relativamente à concepção da aplicação da norma consagrado no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, designadamente se a mesma reveste um carácter objectivo (em função dos lucros distribuídos) ou subjectivo (em função da entidade que os distribuiu).

Primeiramente, e atendendo ao elemento literal<sup>45</sup> da norma<sup>46</sup>, o requisito da tributação efectiva deve ser observado através de uma concepção objectiva de tributação, ou seja, tendo em consideração os rendimentos em apreço ao invés da entidade que os distribuiu.

Na mesma linha de argumentação, encontra-se a interpretação da norma mediante o seu elemento histórico, uma vez que nas redacções antecedentes a sujeição a tributação efectiva reportava-se aos lucros ao invés das sociedades que os distribuem<sup>47</sup> e bem como o elemento sistemático do próprio artigo 51.º do Código do IRC visto que nos requisitos<sup>48</sup> necessários ao benefício da eliminação da dupla tributação económica se encontra consagrada a sujeição a imposto sobre o rendimento (lucros) e dele não isento.

Por sua vez, ao nível do Direito comunitário, em particular da Directiva Mães-Filhas, considero que se deve aplicar o requisito de uma forma objectiva na medida em que a exclusão /dedução de imposto se deve verificar ao nível do rendimento independentemente da sociedade em que tal operação ocorra<sup>49</sup>.

Em concordância com o *supra* exposto, Alberto Xavier refere que, “(...) nenhuma razão existe susceptível de justificar que, caso o legislador tivesse pretendido uma construção subjectiva da norma, (...) não pudesse ter facilmente optado por uma formulação do tipo «quando os lucros provenham de sociedades que tenham sido sujeitas a tributação efectiva», ou ainda «quando os rendimentos provenham de lucros distribuídos por sociedades que tenham sido sujeitas a tributação efectiva» ” (Xavier et al. 2010, p.35).

---

<sup>45</sup> No sentido do argumento do significado literal em que o intérprete confere preferência por evidenciar palavras ou termos nos enunciados. Cfr. (Tóres 2010, p.60).

<sup>46</sup> A este respeito, o próprio n.º 10 do artigo 51.º do código do IRC refere expressamente que “os lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva (...)” e não a entidade.

<sup>47</sup> Vide Quadro I da secção 5.

<sup>48</sup> Vide artigo 51.º, n.º 1 alínea a) do Código do IRC.

<sup>49</sup> A este respeito, estabelece a Directiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro, (instrumento que alterou a redacção da Directiva Mães-Filhas) que “ o objectivo da Directiva 90/435/CEE é (...) suprimir a dupla tributação destes rendimentos ao nível da sociedade-mãe”.

A este propósito refere a Administração Fiscal na Circular n.º 24/2011 que o conceito em questão “(...) *deve ser interpretado no sentido de exigir que os rendimentos provenham de lucros que tenham suportado IRC (...)*”, pelo que se conclui que a exigência de tributação efectiva deve ser aplicada atendendo aos rendimentos.

Pelo exposto, e tendo por base o elemento literal/histórico da norma, considero que a incidência de imposto sob a forma de tributação efectiva se deve cingir aos rendimentos distribuídos (lucros) e não à(s) sociedade(s) distribuidora(s) dos mesmos.

### *6.3. Momento ou patamar da cadeia de participações em que deve ocorrer a tributação efectiva dos lucros distribuídos*

A questão vertente prende-se com a identificação do nível societário em que se deverá verificar o cumprimento do requisito de exigência de tributação efectiva, ou seja, se o mesmo se afere por referência apenas à sociedade afiliada (devedora dos lucros) ou, por oposição, devem ser considerados em todos os níveis da respectiva cadeia de participações de um grupo económico.

A este propósito estabelece a Directiva 2003/123/CE (alterou a Directiva Mães-Filhas) que caso os Estados-membros optem pelo mecanismo de imputação (e ainda que não tenha sido essa a opção do legislador português), deverá ser considerado não apenas o imposto suportado pela afiliada que distribui os lucros, mas também pelas suas sub-afiliadas.

Na literatura sobre a dupla tributação económica, é referido que o requisito de tributação efectiva apenas deve ser observado na esfera da entidade que distribui os lucros, ou seja, limitando o acesso ao mecanismo de eliminação de dupla tributação económica de lucros distribuídos aos casos em que estes tenham sido sujeitos a tributação na esfera de quem os distribui, ou seja, no nível imediatamente inferior ao da entidade beneficiária.

Esta posição parece estar vertida no relatório anexo à Proposta de LOE para 2011 (pp.69-70), o qual dispõe que “ *elimina-se (...) a regra, de extrema generosidade, que permite a dedução em 50%, ou mesmo em 100% no caso de SGPS, nos casos em que não tenha havido sequer tributação efectiva na esfera da sociedade que distribui lucros*”.

Neste sentido, tal afirmação pode ser interpretada no sentido em que o legislador pretendeu, desta forma, limitar o acesso ao mecanismo da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos aos casos em que estes tenham sido sujeitos a tributação efectiva na esfera apenas da sociedade que os distribui.

Segundo os advogados da PLMJ (2011, p.3), “ *tal interpretação afigura-se contrária aos princípios enformadores do direito fiscal interno e, bem assim, das normas do direito fiscal comunitário que estão na origem do artigo 51.º do Código do IRC. Com efeito, constitui pressuposto do mecanismo da dupla tributação económica que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a uma tributação prévia independentemente do seu montante e do nível da cadeia de distribuição em que a mesma ocorra*”.

Por sua vez, Alberto Xavier (Xavier et al. 2010) entende que a verdadeira intenção do legislador aquando das alterações legislativas para 2011 foi limitar o acesso ao regime para as situações em que não houve nenhuma tributação dos rendimentos distribuídos em nenhum momento da cadeia de participações de grupos de sociedades. Neste sentido, o autor considera que o requisito de sujeição a tributação efectiva se deve verificar em qualquer patamar da cadeia de participações ao invés na esfera da sociedade que procede à distribuição.

A este respeito, importa ainda referir que Rui Camacho Palma considera que a posição vertida no relatório da proposta do OE para 2001 é “(...) *incongruente (...)*” *na medida em que o propósito do regime em apreço seria inviabilizado nas estruturas societárias com mais de 2 níveis, “(...) ilógica porque condicionaria as políticas de gestão e organização corporativa que os grupos económicos reputassem mais adequadas no âmbito do desenho das respectivas estruturas societárias (...)*” e, por fim “(...) *paradoxal (...)*, porque se o propósito da norma consistisse em exigir uma tributação efectiva em cada passo da estrutura, no fundo exigir-se-ia uma condição em troca do respectivo contrário” (Palma 2010).

Por fim, cumpre referir que a Administração Fiscal entende que os lucros distribuídos podem incluir rendimentos distribuídos pelas sub-afiliadas e tributados na esfera das mesmas, pelo que considera que a verificação da condição deve ocorrer em qualquer momento da cadeia de participações.

Atento a doutrina, entende-se que para o cumprimento do requisito em apreço deverá ser aferido se os lucros, objectos de distribuição, foram sujeitos a imposto em algum ponto da cadeia de participações. Caso contrário, teria que haver grupos de sociedades, com dois níveis hierárquicos, o que provocaria uma alteração substancial na estrutura dos grupos de sociedades em Portugal, passariam de sociedades verticais para horizontais.

No entanto, importa aferir se é necessário a existência de um limiar mínimo de tributação dos lucros distribuídos para se verificar o cumprimento do requisito estatuído no n.º 10 do artigo 51.º do código do IRC.

#### *6.4. Exigência de um limiar mínimo de tributação (ou não)*

Ora, o regime de eliminação da dupla tributação pressupõe que tenha ocorrida uma tributação dos lucros distribuídos em momento anterior à sua detenção pela sociedade-mãe, por forma a eliminar a tributação por via do método de isenção (caso português) na esfera desta última.

Desta forma, é óbvio que o regime estatuído na Directiva Mães-Filhas e, por conseguinte, no artigo 51.º do Código do IRC exige que tenha ocorrido uma prévia tributação a imposto sobre os lucros distribuídos com vista à sua dedução na esfera da entidade beneficiária.

Contudo, nem no Direito interno nem no Direito comunitário se encontra consagrado um limite mínimo de tributação pelo que se torna importante aferir se a expressão “tributação efectiva” poderá significar tributação dos lucros distribuídos tendo por base um limite mínimo ou, simplesmente vincula a sujeição a imposto mediante a aplicação de uma taxa diferente de zero.

A este propósito, e tendo por base a pesquisa efectuada por Alberto Xavier (Xavier 2007), pode-se afirmar que, quer ao nível interno quer ao nível comunitário, sempre que o legislador quis estabelecer um limite de tributação fê-lo, conforme se pode verificar seguidamente.

Ao nível interno, importa destacar dois regimes: o regime de imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitos a um regime fiscal privilegiado<sup>50</sup> e o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes nos países africanos de língua oficial portuguesa e na República Democrática de Timor-Leste<sup>51</sup>. Relativamente ao primeiro, o Código do IRC dispõe que “(...) *considera-se que uma sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável (...) quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português*”.

Seguindo a mesma linha de orientação, estabelece o segundo regime que “(...) *os lucros distribuídos provenham de lucros da sociedade afiliada que tenham sido tributados a uma taxa não inferior a 10% (...)*”.

---

<sup>50</sup> Cfr. Artigo 66.º, n.º 3 do Código do IRC.

<sup>51</sup> Cfr. Artigo 42.º do EBF.

Com efeito, e tendo por base as disposições *supra*, o legislador português determinou expressamente o valor mínimo da taxa de imposto a que os rendimentos que originaram os lucros distribuídos devem ter sido sujeitos a imposto na esfera da sociedade afiliada, ou seja, 10%. Assim, para estes casos, o legislador estabeleceu que seria compatível com os regimes vertidos *supra*, o facto de os rendimentos que lhes deram origem terem sido sujeitos a uma taxa de tributação significativamente inferior à taxa nominal de IRC.

Por sua vez, no plano comunitário o critério do limite mínimo de tributação também se encontra presente, designadamente na Directiva 2003/48/CE e nas Convenções para evitar a Dupla Tributação, quer através da sujeição a imposto que resulte das regras dos E.M. quer através de uma taxa ou intervalo de taxa.

De acordo com Rui Camacho Palma (Palma 2010), *“uma tributação efectiva não é sinónimo de uma tributação substancial e sobretudo não é sinónimo de tributação superior (...) utilizada em diversos artigos do Código do IRC (...), formulação essa que o legislador poderia ter adoptado caso o propósito da norma fosse precisamente o de estabelecer um “limiar” mínimo de tributação para que a mesma se reputasse efectiva”*.

Assim sendo, caso esta fosse a intenção do legislador (português e comunitário), certamente o texto da respectiva norma teria previsto essa mesma condição de forma expressa, tal como fez nos casos acima identificados, definindo uma taxa mínima de tributação, em sede de IRC.

#### *6.5. O sentido da expressão “lucros distribuídos” consagrado no n.º 10 do artigo 51.º Código do IRC*

Finalmente, é relevante compreender o significado atribuído aos “lucros distribuídos” directamente relacionado com o conceito de tributação efectiva na visão do legislador português. Ou seja, até que ponto a sociedade-mãe pode usufruir do regime em questão tendo em conta que o rendimento distribuído (lucro) pode conter parcelas que efectivamente não foram sujeitas a imposto (e.g. por beneficiarem de isenção fiscal).

Cumpre referir, desde logo, que o conceito de distribuição de lucros não se encontra explanado no direito tributário pelo que, nos termos do artigo 11.º da LGT, o referido termo deve ser interpretado no mesmo sentido em que se encontra consagrado nos outros ramos do direito (neste caso, direito civil e direito das sociedades comerciais). Adicionalmente, e para efeitos do presente estudo, é relevante considerar-se a substância económica dos factos pelo que se deve igualmente recorrer às regras contabilísticas.

Nos termos do artigo 980.º do Código Civil (“CC”), o *“Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”*.

Por outras palavras, a disposição acima referida menciona que o fim estabelecido para a celebração do contrato de sociedade é a distribuição de lucros resultantes da actividade da mesma, o que coincide com a teoria da empresa, a qual consagra que a maximização do lucro é o objectivo primordial das empresas.

Para que a sociedade atinja o fim de repartição do lucro é necessário desenvolver uma actividade económica que permita obter rendimentos superiores aos gastos por forma a obter uma actividade lucrativa.

Segundo Manuel Pita (1989, p.19) o lucro exigido na definição de contrato de sociedade deve ser realizado, *“ (...)através desses dois momentos: a actividade lucrativa (o lucro objectivo) e a repartição do lucro entre os sócios (o lucro subjectivo) ”*.

O conceito que importa para a presente secção é do lucro subjectivo, ou seja, a distribuição do lucro entre os sócios da sociedade. A este propósito, consagra o Código das Sociedades Comerciais (“CSC”) o direito aos lucros<sup>52</sup> como um dos primeiros direitos dos sócios das sociedades.

---

<sup>52</sup> Cfr. Artigo 21.º, n.º 1, alínea a) do CSC.

Atendendo à literatura jurídica-fiscal sobre esta matéria, é considerado que o direito aos lucros consagrado no CSC se trata de um “(...) *direito abstracto: traduz uma expectativa, que se concretizará: (a) com a apresentação de contas, das quais resulte um lucro distribuível; (b) com a aprovação dessas contas; (c) com a aprovação de uma proposta de distribuição de resultados*” (Cordeiro 2009, p.136).

Todavia, a lei societária não define o que se entende, expressamente, por direito aos lucros, estabelecendo-o, única e exclusivamente, como um direito dos sócios da sociedade, o que conduz a questionar: no que se traduz o lucro distribuível?

Segundo (Maia et al. 2003, p.159 e ss.) “*o lucro é um incremento patrimonial, um enriquecimento, in casu, por parte da sociedade (i.e., o lucro forma-se no património da sociedade) que depois será ou poderá ser distribuído pelos sócios*”.

No entendimento de Evaristo Mendes, o lucro do exercício distribuível corresponde a um valor apurado de acordo com os princípios contabilísticos que, conseqüentemente, e para efeitos jurídicos, podem ser colocados à disposição dos sócios (Mendes 2002).

Por sua vez, Manuel Pita (1989, p.43) “(...) *aponta para a conclusão que são lucros de exercício apenas os incrementos do património, decorrentes do desenvolvimento do objecto social (...)*”, sendo que “*apenas podem ser distribuídos aos sócios os rendimentos do capital próprio inicial, o lucro do exercício, acrescido eventualmente, mas mediante deliberação expressa, de reservas livres e de resultados positivos transitados*”, pelo que “(...) *o lucro distribuível é a parte do rendimento da sociedade que os sócios podem dispor, mantidos o capital social e as reservas indisponíveis*” (Pita 1989, p.58).

O lucro distribuível corresponde à distribuição aos sócios dos componentes do capital próprio das sociedades, designadamente de incrementos patrimoniais resultantes do apuramento do lucro do exercício, tendo em conta os critérios contabilísticos e as normas jurídicas de limitação à distribuição consagradas no CSC.

Por sua vez, o lucro do exercício<sup>53</sup>, para efeitos contabilísticos, consiste na diferença aritmética entre os rendimentos e os gastos reconhecidos na contabilidade da sociedade em determinado período, ou por outras palavras, na concentração dos rendimentos e gastos apurados pela sociedade.

Neste âmbito, não faz sentido que o mesmo possa ser dividido em várias parcelas em função de uma específica imputação dos rendimentos e gastos até porque tal facto seria contrário à própria definição de lucro, a qual corresponde a uma concentração ao invés de uma desagregação.

Ora, tal entendimento pode ser transposto para as normas jurídico-fiscais uma vez que o lucro tributável tem como ponto de partida o lucro apurado segundo os critérios contabilísticos, no entanto, difere deste dado que a este último é acrescido ou deduzido de correcções à luz do Código do IRC.

A este propósito, José Nabais (2010, p.592) refere que o lucro tributável exprime uma noção extensiva de rendimento baseando-se na teoria do incremento patrimonial. Neste sentido, o lucro tributável é apurado segundo a teoria do balanço, reportando-se à diferença entre o activo líquido no fim do período e o activo líquido no início do respectivo período da tributação.

Assim sendo, o lucro tributável deverá ser considerado como uma realidade una e indivisível, razão pela qual não será possível proceder à sua desagregação ou divisão em múltiplas realidades.

Deste modo, numa situação em que exista rendimentos que tenham sido sujeitos e não isentos a tributação, ocorrerá uma contaminação positiva das restantes realidades (mesmo que não tributadas) que compõem o lucro tributável.

---

<sup>53</sup> Nos termos da NCRF 25, lucro contabilístico consiste no resultado de um período antes da dedução do gasto dos impostos. Na nota introdutória da rubrica 811 – Resultado antes de imposto, onde se encontra estimado o resultado do período refere que tal rubrica se destina a concentrar, no fim do período, os gastos e rendimentos registados, respectivamente, nas contas das classes 6 e 7. (Cfr. Portaria n.º 1011/2009, de 9 de Setembro).

Em concordância, Rui Palma (2010, p.58) refere que *“se uma sociedade aufera rendimentos isentos e não isentos, o seu lucro, quando globalmente considerado, não se encontra a isento de tributação”*.

Cumprindo ainda referir a este propósito que a própria Administração Fiscal defende que os lucros apurados nos termos da lei societária e critérios contabilísticos devem ser considerados na sua totalidade e de forma agregada.

Assim sendo a expressão “lucros distribuídos sujeitos a tributação efectiva” deve compreender todos os rendimentos tributados e não tributados visto que ocorre uma contaminação positiva dos componentes que perfazem o lucro tributável, não sendo possível proceder a uma desagregação.

## 7 Conclusão

Este trabalho pretendeu ser um contributo para a literatura referente a dupla tributação económica, com incidência na tributação efectiva. A abstracção de tributação efectiva tem sido alvo de discussão devido ao facto de não se encontrar claramente definido no Direito interno e Direito comunitário. Desta forma, existe um hiato neste requisito enunciado no Direito interno, dado que a sua aplicação está dependente, única e exclusivamente, das interpretações da Administração Fiscal e das posições adoptadas relativamente a esta matéria de académicos e profissionais.

Com o Orçamento de Estado de 2011, a sujeição dos lucros distribuídos a tributação efectiva passou a ser um critério de acesso ao regime de eliminação de dupla tributação económica para todas as sociedades, incluindo SGPS. Consequentemente surgiram questões quanto à sua aplicabilidade prática no contexto empresarial. Como tal considero relevante enunciar os argumentos que, no meu entender, fundamentam as respostas às temáticas abordadas por forma a dar o meu contributo na interpretação do requisito de tributação efectiva dos lucros distribuídos.

Relativamente ao requisito da tributação efectiva se afigurar enquanto norma anti-abuso entendo que o mesmo não reveste a forma de uma norma anti-abuso uma vez que não pretende impedir comportamentos evasivos e fraudulentos mas limitar apenas o acesso ao regime.

No que diz respeito à segunda temática analisada, e tendo por base o elemento literal da norma, concluo que a sujeição a tributação efectiva deve ser aplicada de uma forma objectiva, ou seja, em detrimento dos rendimentos.

Por sua vez, e em relação à terceira temática, entendo que para o cumprimento do requisito em apreço deverá aferir-se se os lucros, objectos de distribuição, foram sujeitos a imposto em algum ponto da cadeia de participações, ou seja, a tributação dos lucros pode ocorrer em qualquer patamar da cadeia de participações.

Outra temática analisada refere-se ao facto de o requisito implicar a existência de um limiar mínimo de tributação. Da análise efectuada, concluo que caso fosse a intenção do legislador português limitar a tributação a uma taxa pré-definida de imposto teria o feito de forma expressa à semelhança de outros regimes consagrados no Direito tributário.

Finalmente, e no que respeita à ultima temática, entendo que a expressão “*lucros distribuídos*” inclui todos os rendimentos sujeitos e/ ou isentos de tributação na medida em que o lucro, *per si*, trata-se de uma realidade una e indivisível não sendo possível a sua desagregação.

Em face do exposto, proponho como tema de investigação jurídica futura nesta área uma proposta para a definição do conceito, bem como dos respectivos critérios de elegibilidade por forma a repor ou até incrementar a certeza e segurança jurídica nas situações de tributação dos lucros distribuídos entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo económico.

Adicionalmente, e apesar de não ser objecto de análise considero também relevante como temática jurídica para estudos futuros se o requisito de tributação efectiva se afigura constitucional à luz do Direito interno.

Considero ainda de relevo estudar se o acesso ao regime de eliminação da dupla tributação económica explanado na legislação interna é mais restritivo para operações nacionais do que para as operações transfronteiriças, visto que a disposição legal sobre a sujeição dos lucros distribuídos a tributação efectiva só remete para o n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC (operações nacionais) e não para o n.º 5 do mesmo preceito legal (operações transfronteiriças). Desta forma, poderá argumentar-se que existe discriminação dos sujeitos passivos residentes no território português face aos não residentes, usualmente designada por discriminação inversa.

## **Bibliografia**

Assembleia da República, 2006. *Lei do Orçamento de Estado para 2007*,

Conselho da U.E., 2004. *Directiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro, que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes.*

Conselho da U.E., 1990. *Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes.*

Cordeiro, A.M., 2009. *Código das sociedades comerciais anotado e Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, Almedina.

Courinha, G.L., 2004. *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua compreensão*, Almedina.

E Cunha, P. de P., 2001. *Harmonização Fiscal in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa., Coimbra Editora.

Gomes, N.S., 1991. *Teoria geral dos benefícios fiscais in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais [da] Dir. Geral das Contribuições e Impostos.

Maia, P. et al., 2003. *Estudos de Direito das Sociedades* 6th ed., Almedina.

Mendes, E., 2002. *Direito ao lucro do exercício no CSC (arts. 217/294) in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa* 1st ed., Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

Ministério das Finanças e da Administração Pública ed., 2009. *Esclarecimento sobre a tributação das filias internacionais dos Bancos.* [Acedido Dezembro 6, 2011].

Nabais, J.C., 2010. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. *Direito Público*, 1(6).

Nabais, J.C., 2006. *Direito Fiscal* 4th ed., Coimbra: Almedina.

Palma, R.C., 2010. Tributação defectiva. *Fiscalidade*, (42), pp.53-66.

Pita, M.A., 1989. *Direito aos lucros*, Coimbra: Almedina.

PLMJ, 2011. Novo regime de tributação dos lucros distribuídos.

Sanches, J.L., 2006. *Os limites do Planeamento Fiscal - substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora.

Tôrres, H., 2010. Interpretação das normas tributárias. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, (3), pp.47-95.

Xavier, A., 2007. *Direito Tributário Internacional* 2nd ed., Almedina.

Xavier, A., 1981. *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, págs. 220 e ss.

Xavier, A., Fidalgo, I.S. & Da Silva, F.M., 2010. O conceito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades. *Fiscalidade*, (42), pp.15-52.