



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**O regime de *Participation Exemption* – Análise dos n.ºs 13  
e 14 do art. 51º do Código do IRC**

Carla Filipa Ferreira da Silva Pinto Guedes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**O regime da *Participation Exemption* – Análise dos n.ºs 13  
e 14 do art. 51º do Código do IRC**

Carla Filipa Ferreira da Silva Pinto Guedes

Orientadora: Mestre Inês Pinto Leite  
Faculdade de Direito | Escola do Porto  
Maio de 2017

## **Agradecimentos**

Ao concluir a elaboração desta dissertação não poderia deixar de expressar o meu profundo agradecimento a todos quanto me ajudaram ao longo deste trabalho.

Aos meus Pais, que são e serão a trave-mestra do meu empenho, da minha ambição e sobretudo da minha felicidade. A quem devo tudo o que sou e o que tenho.

Ao meu Irmão, pelo apoio em todas as horas difíceis, pela confiança em mim depositada.

À minha orientadora, Mestre Inês Pinto Leite, pela paciência, disponibilidade, sentido crítico e incentivo na análise dos vários temas, indispensáveis na elaboração desta dissertação.

À Ana Rita Chacim, pelo carinho, pela paciência, pela disponibilidade e por me demonstrar que com boa vontade tudo se faz.

Ao Miguel Puim, pela transmissão de conhecimentos, pelas oportunas sugestões, por estar sempre disponível. Um obrigada não chega.

Aos familiares, amigos e colegas, agradeço as mensagens de apoio e estímulo.

A todos vós, o meu mais sincero obrigada.

## **Resumo**

O presente trabalho centra-se na análise crítica da cláusula específica anti-abuso transposta da Diretiva Sociedades Mães Afiliadas, plasmada no artigo 51º do Código do IRC, nomeadamente nas alíneas nº 13 e 14.

A análise abordará também as alterações introduzidas pela Reforma do IRC em 2014 em Portugal no âmbito do regime de *participation exemption*. Neste sentido, desenvolveu-se um estudo comparativo do regime fiscal aplicável em Portugal, em Espanha, na Holanda, no Luxemburgo e em Malta, nomeadamente o regime de *participation exemption*, com o intuito de estabelecer uma análise crítica, dando ênfase às semelhanças e diferenças entre os cinco sistemas fiscais, de forma a posicionar Portugal na Europa.

Podemos verificar que, apesar dos esforços para aproximar o regime português dos outros regimes, permanecem ainda, consideráveis diferenças, as quais contribuem para a falta de atratividade e competitividade do regime fiscal português.

### **Palavras chave:**

*Participation exemption*, reforma do IRC, dividendos, dupla tributação, CEEA – Cláusula Específica Anti-Abuso, Portugal, Espanha, Holanda, Malta, Luxemburgo.

## **Abstract**

The present work focuses on the critical analysis of the specific anti-abuse rule transposed by the Parent Subsidiary Directive, as set out in Article 51 of the Corporate Income Tax (CIT), including numbers 13 and 14.

At the beginning of 2014, our tax system underwent a major renovation in relation to the taxation of businesses. Thus, this paper focuses on analyzing the changes introduced by the CIT reform in Portugal under the participation exemption regime. In order to better understand where Portugal stands in the European context, a comparative study based on legal frameworks were conducted in Portugal, Spain, Dutch, Luxembourg and Malta, aiming to highlight the regimes' similarities and disparities.

Despite all the efforts, the remaining differences between the aforementioned regimes still lead to a low attractiveness and competitiveness in the Portuguese regime.

### **Keywords:**

*Participation exemption*, CIT reform, dividends, double taxation, SAAR's – Special Anti-Abuse Rule, Portugal, Spain, Netherlands, Malta, Luxembourg.

## Índice

Introdução .....	9
<b>CAPÍTULO 1 – REGIME DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO – PARTICIPATION EXEMPTION .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. O atual enquadramento em matéria de Eliminação da Dupla Tributação. Considerações Iniciais .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1.1. Métodos de Atenuação ou Eliminação da Dupla Tributação Económica .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.2. O anterior regime de Eliminação da Dupla Tributação Económica consagrado no CIRC .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DE PARTICIPATION EXEMPTION .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2.2. CARÁTER UNIVERSAL .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2.3. CARIZ HORIZONTAL .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2.4. REQUISITO TEMPORAL .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2.5. REQUISITO DA DETENÇÃO MÍNIMA .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3. ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DE PARTICIPATION EXEMPTION .....</b>	<b>16</b>
<b>1.4. BREVE EVOLUÇÃO DA DIRETIVA SOCIEDADES MÃES AFILIADAS .....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO 2 – DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1. O ATUAL ENQUADRAMENTO EUROPEU. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.1. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION NO LUXEMBURGO .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.2. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION EM ESPANHA .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.3. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION NA HOLANDA .....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.4. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION EM MALTA .....</b>	<b>28</b>
<b>3.1. AS CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTI-ABUSO .....</b>	<b>31</b>
<b>3.2. A TRANSPOSIÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA CLÁUSULA ESPECÍFICA ANTI-ABUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS .....</b>	<b>31</b>
<b>3.3. AS CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ESPECÍFICA ANTI-ABUSO .....</b>	<b>32</b>
<b>3.3.1. EXISTÊNCIA DE CONSTRUÇÕES OU SÉRIE DE CONSTRUÇÕES .....</b>	<b>33</b>
<b>3.3.2. ELEMENTO SUBJETIVO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.3.3. ELEMENTO OBJETIVO .....</b>	<b>35</b>
<b>3.3.4. A NÃO GENUINIDADE DAS MONTAGENS .....</b>	<b>35</b>
<b>3.4. ANÁLISE CRÍTICA DOS n.ºs 13 e 14 do art. 51º do CIRC .....</b>	<b>36</b>
<b>Conclusão .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>45</b>

## Lista de Siglas e Abreviaturas

Al. - Alínea

Art. - Artigo

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CDT - Convenção de Dupla Tributação

CEAA Cláusula Específica Anti-Abuso

CEE - Comissão Económica Europeia

Cfr. - Confrontar

CGAA – Cláusula geral Anti-Abuso

CIRC - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Cl. – Cláusula

Comissão – Comissão para a Reforma de IRC 2014

DSMA - Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas

Ed. - Edição

EE – Estabelecimento Estável

EEE – Espaço Económico Europeu

EM – Estados-Membros

IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Nº - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico  
(ou OECD – *Organisation for Economic Co-operation and Development*)

Pág. Página

PE - *Participation Exemption*

SS – Seguintes

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

Vol. - Volume

PME – Pequenas e Médias Empresas

## Introdução

A presente dissertação centra-se no estudo da recente cláusula anti-abuso da DSMA, transposta para o ordenamento jurídico português pelo artigo 51º, nos nºs 13 e 14 do Código do IRC.

Deste modo, no primeiro capítulo, iremos analisar do regime de *participation exemption* introduzido na legislação portuguesa em 2014, em resultado da Reforma do IRC. Iremos também analisar a origem e a evolução da Diretiva 90/435/CEE, assim como a transposição da recente cláusula específica anti-abuso para o nosso ordenamento jurídico. Abordaremos a conveniência da sua utilização no nosso país, e teremos em consideração as suas vantagens e desvantagens. Esta visou tornar o sistema fiscal português mais atrativo levando a uma maior captação de investimento internacional e a construção de um verdadeiro regime de *participation exemption*.

Já no segundo capítulo, e de modo a obtermos um estudo mais consistente, recorreremos à análise comparativa do regime em vários países da UE, nomeadamente: Luxemburgo, Espanha, Malta e Holanda. Assim, analisaremos tanto a sua redação como a sua forma de interpretação do regime de *participation exemption*.

Por fim no terceiro capítulo, teremos em consideração as condições e consequências de aplicação da DSMA no ordenamento jurídico português, assim como o seu impacto, o eventual e futuro grau de litigiosidade da sua aplicação e compreensão. Como núcleo central neste capítulo procederemos à análise dos elementos da cláusula específica anti-abuso, bem como a sua utilidade e necessidade, no sistema fiscal português.

A metodologia do presente trabalho consistiu essencialmente numa revisão legislativa e bibliográfica sobre os temas abordados.

A matéria alvo de estudo na presente tese tem sido objeto de práticas abusivas e deste modo, e julgamos necessário colmatar estas lacunas através de uma cláusula específica anti-abuso. Até porque, em muitas das

vezes, o próprio sistema fiscal apresenta espaços em branco, falhas no sistema jurídico, através dos quais, os contribuintes encontram formas de atenuar a sua carga fiscal.

Consideramos que Portugal necessita de se tornar um país mais atrativo, de modo a captar investimento estrangeiro, influenciando diretamente a estabilidade económica e consequentemente a empregabilidade. O sistema fiscal tem de ter soluções de harmonização com os restantes países, com vista a uma eliminação eficiente do problema da dupla tributação económica dos lucros e mais-valias, pretendendo-se dar um contributo para o desenvolvimento do mesmo.

Explanadas todas as matérias que serão analisadas no presente trabalho, pretende-se elaborar uma reflexão crítica sobre a importância e necessidade tanto das alterações introduzidas no regime da *participation exemption*, como da transposição da CEAA, presente na DSMA.

## CAPÍTULO 1 – REGIME DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO – PARTICIPATION EXEMPTION

### 1.1. O atual enquadramento em matéria de Eliminação da Dupla Tributação. Considerações Iniciais

Cumprir notar que verificamos com alguma frequência a colisão entre os diferentes sistemas fiscais, tanto na incidência pessoal como na incidência real, podendo ocorrer tributação de um mesmo rendimento no país de origem e no país da residência – dupla tributação – ou então a não tributação em nenhum dos países em causa – dupla não tributação.<sup>1</sup>

A dupla tributação é uma ameaça à fuga de capitais, bem como à eficiente afetação internacional de recursos e ao crescimento económico internacional; representando uma das maiores barreiras às relações comerciais transfronteiriças e, bem assim, à liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, bens, serviços e capitais à escala global<sup>2</sup>. De modo a fortalecer os laços económicos, os Estados recorrem tanto a mecanismos unilaterais como a mecanismos multilaterais, pelos quais se pretende eliminar ou atenuar a dupla tributação, ao mesmo tempo que se tenta combater a fraude e a evasão fiscal.<sup>3</sup>

Recorde-se que, as mais das vezes, quando há uma forte carga fiscal sobre os capitais, o objetivo será arrecadar receita, mas por vezes, o resultado é precisamente o inverso, em que se verificará uma fuga do capital, em busca de menores taxas de imposto e maiores taxas de rendibilidade e, conseqüentemente, na diminuição do investimento direto estrangeiro. Em pleno contexto de dificuldades orçamentais, a fraca confiança no sistema fiscal e a reduzida disponibilidade de instrumentos de política económica que a competitividade fiscal, há a necessidade de enveredar na promoção do crescimento económico. Desta forma, a necessidade de eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional, tem-se tornado cada vez mais decisiva no atual contexto económico e internacional.

---

<sup>1</sup> Jónatas Machado, 2016.

<sup>2</sup> *Idem*; Newsletter RFF, 2011.

<sup>3</sup> *Idem*.

### **1.1.1. Métodos de Atenuação ou Eliminação da Dupla Tributação Económica**

Entre nós, apresentam-se dois métodos para reduzir ou eliminar a dupla tributação internacional dos rendimentos – o método da tributação pelo lucro de base mundial (*worldwide income principle*) e o método territorial.

Segundo o método da tributação pelo lucro apurado numa base mundial, os rendimentos auferidos no exterior por uma participada estão sujeitos a imposto no país da residência com um crédito de imposto quanto ao imposto pago no estrangeiro.<sup>4 5</sup>

Acresce que,

*“Geralmente, o lucro repatriado está sujeito a imposto adicional se a taxa do imposto estrangeiro for inferior à taxa do país de origem. Porque os ganhos da participada estrangeira estão sujeitos ao imposto adicional no país da residência, quando repatriados para países com sistemas fiscais que utilizam o worldwide income principle, as entidades têm um incentivo para reinvestir os lucros no exterior. A este fenómeno, denomina-se como o efeito de "bloqueio".”<sup>6</sup>*

Segundo o método territorial, também conhecido como método da isenção ou como o regime de *participation exemption*, os rendimentos obtidos por uma sociedade participada, são total ou parcialmente isentos de imposto no país da residência da sociedade mãe, sem crédito de imposto e, ainda, os lucros podem ser repatriados com reduzido ou nenhum imposto. Este método é bastante utilizado de modo a impedir que o mesmo rendimento seja tributado várias vezes.

### **1.1.2. O anterior regime de Eliminação da Dupla Tributação Económica consagrado no CIRC**

O anterior regime português de eliminação da dupla tributação não apresentava características competitivas, quando comparado com outros

---

<sup>4</sup> No contexto de um sistema de tributação do rendimento apurado numa base mundial, os ganhos da empresa participada estrangeira estão sujeitos a um imposto adicional no país da residência, quando repatriados para países com sistemas fiscais que utilizam o *Worldwide income principle*, as entidades têm um incentivo para reinvestir os lucros no exterior.

<sup>5</sup> Tese de Mestrado de Ana Margarida Pinto Valente Gomes de Madureira, 2015.

<sup>6</sup> *Idem*.

regimes europeus.<sup>7</sup> O regime de eliminação da dupla tributação apenas se aplicava a situações puramente internas de distribuição de lucros, com uma característica que reside no facto de que ambas as entidades deveriam ter sede ou direção efetiva em território português. Além de que, Portugal não apresentava um ordenamento jurídico estável, o que preocupa, desde logo, potenciais interessados em investir no nosso país e apresentava níveis de competitividade limitados quando comparado a outras jurisdições, porque aquando da tributação de rendimentos externos, os mecanismos de dupla tributação, muitas das vezes, não se aplicavam. Assim, era um sistema fiscal oneroso e pouco atrativo, sendo pouco eficiente.<sup>8</sup>

A Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas<sup>9</sup> teve como objetivo promover a simplificação do imposto, a internacionalização e a competitividade das empresas portuguesas. Neste sentido, Portugal adotou como foco principal a ambição de entrar numa economia aberta e o desejo na promoção da atratividade, competitividade e investimento do sistema fiscal português, e assim perfilhou um mecanismo de eliminação de dupla tributação económica de acordo com o princípio da territorialidade - o regime de *participation exemption*.<sup>10</sup>

A opção da tributação de acordo com o princípio da territorialidade aborda diretamente

*“A eliminação da dupla tributação económica, nacional e internacional<sup>11</sup>, na medida em que promovendo o método da isenção, corolário do princípio da territorialidade, é um dos mecanismos conhecidos para impedir que o mesmo resultado económico seja tributado mais do que uma vez”<sup>12 13</sup>.*

---

<sup>7</sup> Relatório da Comissão para a Reforma do IRC, 2013.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> “Normalmente, a dupla tributação divide-se em dois tipos: a económica e a jurídica. A dupla tributação económica ocorre quando diferentes contribuintes são tributados pelo mesmo rendimento ou capital, podendo a mesma ocorrer dentro de uma jurisdição ou entre jurisdições diferentes – (dupla tributação internacional). A dupla tributação jurídica ocorre quando dois impostos comparáveis são aplicados ao mesmo contribuinte relativamente ao mesmo rendimento ou capital, cfr. Referência 10 da COM (2011) 712 final – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu.” – A reforma do IRC – do processo de decisão política à revisão do Código, 2014.

<sup>12</sup> Relatório da Comissão, 2013.

<sup>13</sup> “(...) no que se refere à redução de custos de contexto, custos de transação e prevenção de comportamentos de substituição, constituindo, simultaneamente um importante motor de atração de investimento em economia real e de localização de sedes de empresas e grupos multinacionais”, Relatório da Comissão, 2013.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DE PARTICIPATION EXEMPTION**

O regime da *participation exemption* surge como vetor fundamental para a competitividade fiscal da economia portuguesa. De forma simplista, este mecanismo resume-se na isenção de tributação, em sede de IRC, dos lucros e reservas recebidos e das mais-valias realizadas com a transmissão de partes sociais, uma vez preenchidos os requisitos exigidos para a sua aplicação.<sup>14 15</sup>

### **1.2.2. CARÁTER UNIVERSAL**

Este regime assume um carácter universal, isto é, aplicável ao investimento independentemente do país, região ou território em causa, salvo as indispensáveis normas anti-abuso<sup>16</sup>, e não só a nível interno, da UE ou da EEE ou da confederação da Suíça<sup>17</sup>, como se verificava no anterior regime. Com a alteração de âmbito geográfico, o atual regime torna-se num dos mais atrativos da UE, sendo de salientar que abrange os sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português.

É também agora possível a opção pela aplicação do regime em referência aos lucros e reservas colocados à disposição dos estabelecimentos estáveis situados em Estados-Membros da UE ou do EEE.

### **1.2.3. CARIZ HORIZONTAL**

Apresenta um cariz horizontal, aplicável, atualmente, tanto à distribuição de lucros e de reservas, como às mais-valias que possam substituir estas operações, decorrentes da detenção ou da transmissão onerosa de participações.

### **1.2.4. REQUISITO TEMPORAL**

Relativamente ao requisito temporal (art. 51 n.º 1, al. a)), há a necessidade de as participações sociais permanecerem na titularidade da sociedade-mãe por um período mínimo de 12 meses. A Comissão propôs o mesmo período temporal, no entanto, este requisito temporal tem sido sujeito a frequentes alterações. Apresenta como razão de ser, garantir que o

---

<sup>14</sup> Relatório da Comissão, 2013.

<sup>15</sup> Daniel Taborda, 2014.

<sup>16</sup> Como por exemplo: países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis.

<sup>17</sup> Artigo 2.º DSMA.

investimento externo seja efetuado numa perspetiva de médio ou longo prazo. Mas, aquando da distribuição de lucros e reservas, se este período mínimo de detenção ainda não se encontrar verificado à data da distribuição, o regime de isenção poder-se-á igualmente aplicar, bastando para isso, que a participação se mantenha na sua titularidade pelo período indicado de 12 meses.<sup>18</sup>

Contudo, temos dúvidas quanto a esta detenção de apenas 12 meses, julgamos ser mais adequado uma detenção de 24 meses, para ser uma participação qualificável, quer de um ponto de vista de estabilidade quer do afastamento de eventuais participações especulativas.

#### **1.2.5. REQUISITO DA DETENÇÃO MÍNIMA**

Temos também o requisito de detenção mínima e este traduz-se na obrigatoriedade de o sujeito passivo deter, direta ou indiretamente, uma participação no capital ou nos direitos de voto da sociedade que distribui os lucros ou reservas, não inferior a 10% (art. 51 nº 1, al. a)). Tal como o requisito anterior, esta percentagem tem sido sujeita a frequentes alterações.

Recorde-se que a Comissão sugeriu uma percentagem de 2%. Questiona-se se esta tão baixa percentagem de participação permitiria uma verdadeira intervenção na atividade empresarial da sociedade afiliada. Pode dizer-se que o novo regime fica aquém do inicialmente proposto pela Comissão.<sup>19</sup> No entanto, estamos de acordo que, com os 10% em vigor, é assegurada de uma melhor forma a estabilidade da carteira das participações, podendo falar-se numa verdadeira atividade económica e empresarial e não apenas um mero investimento financeiro.

#### **1.2.6. Outros Requisitos**

---

<sup>18</sup> No entanto, caso o período de 12 meses não seja atingido, a dedução que se verificou de modo indevido é emendada nos termos do artigo 51º - A, alínea 2. Caso o presente regime de isenção não se verificar, por impossibilidade na demonstração de alguns requisitos obrigatórios, pode aplicar-se um mecanismo de eliminação da dupla tributação económica internacional.

<sup>19</sup> Daniel Taborda, 2014.

Além dos requisitos anteriormente elencados, que são comuns aos países europeus que iremos analisar, em capítulo posterior, temos ainda três outros requisitos que Portugal adotou.

Um primeiro requisito a que respeita o regime reside na impossibilidade de a sociedade-filha residir num território ou região com regimes de tributação privilegiada (art. 51 n.º 1, al. e)); um segundo requisito é a necessidade de a filial se encontrar sujeita e não isenta de imposto sobre os lucros e que a taxa nominal aplicável não seja inferior a 60% da taxa nominal geral de IRC (art. 51 n.º 1, al. d)); e como terceiro requisito teremos o impedimento do duplo benefício que é a obrigação da sociedade-filha não estar abrangida pelo regime da transparência fiscal (art. 51 n.º 1, al. c)).

### **1.3. ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DE PARTICIPATION EXEMPTION**

Na impossibilidade de verificação dos requisitos elencados anteriormente, recorde-se que que pode ser utilizado um crédito de imposto para eliminar a dupla tributação económica internacional, de aplicação subsidiária. Esta alteração vem beneficiar o sistema fiscal português em questões de competitividade. Segundo a recomendação da Comissão, a criação deste crédito asseguraria que

*“Portugal, no que se refere às participações que se integrem no universo acolhido pelo legislador disponha de um regime completo e eficiente de eliminação da dupla tributação económica, na generalidade das situações”.<sup>20</sup>*

Este regime de crédito, é de aplicação opcional por parte do sujeito passivo, quando este não consiga assegurar a verificação dos requisitos plasmados no artigo 51.º CIRC.

Assim, proceder-se-á à eliminação da dupla tributação económica sujeitando a tributação os dividendos ou mais-valias gerados e deduzindo o imposto pago no estrangeiro. Este regime de crédito não aproveita às distribuições e às distribuições respeitantes a participações sociais oriundas dos designados paraísos fiscais.

---

<sup>20</sup> Relatório da Comissão, 2013.

Os requisitos da *participation exemption* tendem a sofrer alterações, com alguma regularidade, de acordo com o contexto político, cultural e social. Contudo, estas alterações fragilizam a jurisdição portuguesa e por forma a alcançar os objetivos propostos pela Comissão, é necessário aportar ao nosso ordenamento, estabilidade fiscal.

Tomemos como exemplo, desde a Reforma do IRC em 2014, o regime de *participation exemption* que já foi alvo de alterações, nomeadamente nos seus requisitos de qualificação. Em consequência, é crucial que o legislador português mantenha o regime estável e inalterado por um período alargado de tempo, caso contrário não atrairemos a tão necessitada estabilidade fiscal e consequentemente perderemos investimento e confiança de investidores e consumidores.

Entendemos que consistem em vantagens deste regime o fato dos dividendos que são repatriados não serem tributados, devido ao princípio da territorialidade. Inerente a este princípio, poderemos considerar que acabe por haver uma maior justeza na divisão da tributação, pois verificar-se-á uma tributação de rendimentos de acordo com o território da sua origem e com a utilização das respetivas estruturas económicas. E por fim, os países que adotam o princípio da territorialidade, revestem o seu sistema fiscal de uma importante arma competitiva e de atração para o investimento internacional.<sup>21</sup> Assim, Portugal salienta-se ao adotar um regime de isenção mais competitivo, promovendo a atração de investimento. O objetivo da reforma do IRC em Portugal era a de uma simplificação do regime bem como captar investimento estrangeiro e incentivar o investimento nacional no estrangeiro e ainda a competitividade e atratividade do sistema fiscal.

O regime de isenção tem como objetivo evitar a dupla tributação e não a isenção de rendimentos logrados por outras entidades que não tenham sido alvo de qualquer imposto. Com efeito, se o regime em causa não for coordenado com regras anti-abuso, poder-se-á, verificar um incentivo a uma transferência de lucros para jurisdições fiscalmente mais favorável, as

---

<sup>21</sup> Tese de mestrado de Ana Margarida Pinto Valente Gomes de Madureira, 2015.

conhecidas *offshore*, visto que com o princípio da territorialidade, não há tributação no repatriamento dos dividendos.

Contudo, poderá ser alvo de crítica a facilidade que há no fato dos dividendos poderem entrar e sair do nosso território sem qualquer tributação.

Ao consentir uma excessiva permissividade no regime da *participation exemption*, poderá desembocar em manifestos abusos no domínio da gestão de participações sociais das empresas. Neste âmbito, Portugal poderá, eventualmente, tornar-se numa estrutura de triangulação de rendimentos de capitais, facilitando a existência e manutenção de sociedades interpostas que não contribuem para a economia real, para o esperado crescimento e conseqüentemente para o emprego.<sup>22 23</sup>

Consideramos como benéfico o alargamento do seu âmbito de aplicação, considerando-se agora de cariz universal. Assim como, a verificação de uma não discriminação às situações a que se aplica, há um tratamento semelhante para as mais-valias, lucros e dividendos.

Recorde-se que quanto ao requisito temporal, somos da opinião de que deveria ser de 24 meses de modo a garantir uma maior estabilidade da carteira de participações. O mesmo se aplica quanto ao requisito mínimo de detenção, tendo ido, Portugal, mais além da própria Diretiva.

Dos restantes países em análise, Portugal é o país que apresenta requisitos mais exigentes, além disto, não apresenta qualquer requisito alternativo, como se verifica em outros países (exemplo Espanha), como a aquisição de participações com um custo mínimo legalmente definido.

Posto isto, a verdadeira bandeira da Comissão de Reforma foi a criação de um verdadeiro regime de *participation exemption* por todos os motivos até agora elencados. Apesar os benefícios pretendidos com esta Reforma, só poderem ser logrados a médio e longo prazo, até agora, parece-nos que a

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> A Reforma do IRC, 2013.

competitividade portuguesa não logrou os mesmos benefícios que dos seus congéneres europeus, aqui analisados.

#### 1.4. BREVE EVOLUÇÃO DA DIRETIVA SOCIEDADES MÃES AFILIADAS

Na década de 60 surgem os primeiros regimes de eliminação da dupla tributação, chegados aos anos 70 é a vez de a Europa enveredar também pela sua adoção.

Em 1975, o regime da *participation exemption* começa a ser estudado na União Europeia, no entanto, só em 1990 é que terá sido implementado, com a Diretiva Sociedades Mães Afiliadas.<sup>24</sup>

Assim, a diretiva em causa, tem vindo a sofrer, desde então, várias alterações<sup>25</sup>, com o objetivo de introduzir requisitos de conteúdo anti-abuso, desta forma, a evolução registada.

A Diretiva em causa influenciou de forma clara o regime interno de eliminação da dupla tributação, definindo o campo sobre as operações transfronteiriças.

Os Estados-Membros teriam até dia 31 de dezembro de 2015 para transpor para o seu ordenamento jurídico, a recente alteração à diretiva e introduzir a respetiva cláusula anti-abuso nos respetivos regimes jurídicos internos. Em Portugal, entrou em vigor no dia 1 de março de 2016.

A nível de conteúdo de transposição, comparando o conteúdo da DSMA:

*“Artigo 1º*

*Na Diretiva 2011/96/UE, o artigo 1.o, nº 2, é substituído pelos seguintes números:  
2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.*

---

<sup>24</sup> Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados- membros diferentes.

<sup>25</sup> A diretiva sofreu várias alterações, desde a sua adoção, nomeadamente: a diretiva nº 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei nº 123/92, de 2 de Julho, alterada pela Diretiva nº 2003/123/CE, de 22 de dezembro de 2003, transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro, alterada pela Diretiva 2011/96/EU de 30 de novembro e transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei nº 2/2014 - 16/01, alterada pela Diretiva 2015/121/UE, de 27 de janeiro de 2015 e transposta para a ordem jurídica pela – Lei nº 5/2016, de 29 de fevereiro.

3. *Para efeitos do nº 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.*

4. *A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.”*

com o transposto para o ordenamento interno:

*“Artigo 51º CIRC*

*13 - O disposto no nº 1 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.*

*14 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”*

Verificou-se uma transposição para o ordenamento interno muito próxima do texto plasmado na Diretiva, apresentando algumas diferenças, que serão analisados em capítulo posterior.

A implementação das diretivas nos respetivos ordenamentos jurídicos não é obrigatória nem automática, no entanto vinculam os Estados a uma obrigação quanto ao resultado a alcançar dando a cada estado uma margem de atuação quanto à forma e aos meios<sup>26</sup>. A Diretiva Mães-Filhas além de ter vinculado os Estados-Membros a transpor a prescrição regulamentar para os respetivos ordenamentos jurídicos de cada Estado, inspirou em particular o caso português na regulamentação das operações nacionais na mencionada questão.<sup>27</sup>

Como finalidade principal, a diretiva sustenta, isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação económica e jurídica na distribuição dos lucros ao nível da sociedade-mãe, verificado o cumprimento de determinados requisitos. Pretendendo contribuir para o crescimento económico, incremento da

---

<sup>26</sup> Artigo 288º TFUE - (2008/C 115/01).

<sup>27</sup> Tese de mestrado de Patrícia Alexandra Dos Santos Lourenço, 2011.

concorrência, um bom funcionamento do mercado interno comum, a definição de regras fiscais neutras que contribuam para o aumento da produtividade e concorrência das sociedades e, por conseguinte, contribuam para uma economia aberta.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Tese de mestrado de Patrícia Alexandra Dos Santos Lourenço, 2011.

## **CAPÍTULO 2 – DIREITO COMPARADO**

### **2.1. O ATUAL ENQUADRAMENTO EUROPEU. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Cumpra agora realizar uma análise comparativa de alguns regimes de *participation exemption* em vigor noutros Estados-Membros da UE. Estudar-se-ão os regimes luxemburguês, sendo este um ordenamento fiscal de excelência e com grande capacidade de atração e investimento de capitais; o espanhol, devido à proximidade geográfica a Portugal; o holandês, devido ao fato de ser um relevante centro de comércio e indústria em todo o espaço europeu e um espaço de excelência para o investimento, e ainda o maltês, que apesar da sua ainda recente adesão à UE, já tem particularidades e características que colocam Malta em posição bastante competitiva na atração de capitais.

Todos os países sentiram a necessidade de se adaptar a um novo ambiente fiscal, no entanto, todos eles em momentos e com substâncias económicas diferentes.

As recentes reformas legislativas operadas pelos diversos EM da UE em que se verifica uma maior e praticamente global<sup>29</sup> adesão aos regimes da PE para eliminar a dupla tributação, por parte dos EM, leva a que os seus regimes fiscais se tornem mais atrativos e conseqüentemente a disseminação do fenómeno de deslocalização societária para determinados países.

#### **2.1.1. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION NO LUXEMBURGO**

O direito luxemburguês estabelece as condições gerais em que as receitas decorrentes da participação qualificada da UE estão isentas de imposto ao nível do beneficiário do Luxemburgo.

O regime fiscal luxemburguês há largos anos que se destaca por ser um dos ordenamentos mais atrativos, constituindo-se como um sistema bastante favorável, devido ao tratamento que é dado tanto às mais-valias realizadas, como aos dividendos e reservas distribuídos. O maior benefício que reconhecemos neste sistema é o fato de não existir retenção na fonte

---

<sup>29</sup> Relatório da Comissão.

para a maioria dos rendimentos das sociedades residentes assim como EE de sociedades não residentes.

Assim, poderão beneficiar do regime de PE: as entidades que sejam, em termos gerais, sociedades de responsabilidade limitada, residentes e sujeitas a tributação<sup>30</sup>; EE com sede no Luxemburgo de uma sociedade residente na UE e que cumpra os requisitos do art. 2 da Diretiva; EE de sociedades de responsabilidade limitada quer de residentes em Estado com a qual o Luxemburgo tenha celebrado uma CDT, quer de residentes num Estado do EEE.

Assim, os dividendos recebidos não são considerados para a determinação da base tributária da entidade em causa, quando verificados os seguintes requisitos:

- (a) A sociedade-mãe detenha uma participação mínima de 10% no capital social da subsidiária ou, em alternativa, a participação tenha sido adquirida por um montante igual ou superior a 1,2 milhões de euros (6 milhões de euros para mais-valias);
- (b) As participações sejam mantidas durante um período ininterrupto de pelo menos 12 meses (mesmo que este requisito não se verifique no momento da distribuição de dividendos, poder-se-á verificar posteriormente);
- (c) Caso seja uma sociedade residente, a sociedade subsidiária esteja sujeita a tributação no Luxemburgo, ou em caso de subsidiária não residente, que esta esteja sujeita a uma taxa semelhante à existente no país em causa de 10,5%.

Ainda assim, caso os requisitos anteriormente referidos não se encontrem verificados, há a possibilidade de a sociedade-mãe beneficiar de uma isenção correspondente ao valor de 50% dos dividendos recebidos, após a verificação de determinados requisitos impostos por lei.

Os benefícios do regime de PE não se aplicarão quando a transação se qualificar como um abuso de direito ao abrigo da regra geral anti-abuso.

---

<sup>30</sup> As *Société Anonyme* e as *Société à Responsabilité Limitée*.

No entanto, de acordo com o princípio geral da lei luxemburguesa do imposto sobre o rendimento, que nega a dedutibilidade das despesas relacionadas com os rendimentos isentos, as despesas incorridas durante o ano em que os dividendos são recebidos e que têm ligação económica direta com a participação isenta, só podem ser deduzidas na medida em que excedam o dividendo isento do exercício em causa.

De igual modo, as participações detidas pela sociedade-mãe nas sociedades afiliadas não serão contabilizadas no cálculo dos ativos fixos da sociedade, para efeitos de aplicação do imposto anual.

Estas provisões entraram em vigor a 31 de Dezembro de 2015.

### **2.1.2. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION EM ESPANHA**

Cumprir informar que Espanha teve uma lenta evolução do regime de eliminação da dupla tributação dos dividendos distribuídos, tal como Portugal. Assim, a Diretiva 90/535/CEE foi transposta para o ordenamento jurídico espanhol em 1991 pela Lei 18/1991 de 6 de junho. Também em Espanha o regime tem sofrido frequentes alterações, nomeadamente em 2014, o sistema tributário foi alvo de uma reforma. Verificou-se a aprovação da Lei 27/2014, de 27 de novembro, entrando em vigor no dia 1 de janeiro de 2015, tendo como alvo as matérias relativas à eliminação da dupla tributação, adaptando, desta forma, a legislação espanhola às normas europeias.

O regime anterior tinha como característica um tratamento fiscal diferenciado caso se tratassem de dividendos distribuídos a nível interno ou de dividendos provenientes do estrangeiro. Este regime foi sancionado pela Comissão Europeia, questionando a compatibilidade do Direito Espanhol com o Direito da EU, junto do TJUE, que decidiu o assunto através do acórdão Comissão contra Espanha<sup>31</sup>. De modo resumido, o regime de eliminação da dupla tributação tratava de forma desigual, situações idênticas, apresentando uma incompatibilidade do regime com os princípios plasmados no TFUE.

---

<sup>31</sup> Acórdão C-487/08.

Com a reforma de 2014, o regime de PE passou a aplica-se de forma semelhante tanto aos dividendos provenientes de subsidiária residente como de subsidiária não residente, vindo favorecer a competitividade e a internacionalização das empresas espanholas.

Os dividendos e mais-valias e menos-valias realizadas através da transmissão onerosa provenientes de participações sociais em filiais espanholas e estrangeiras podem estar isentos de tributação, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- (a) Detenção de uma participação, direta ou indireta, de pelo menos, 5% no capital social da subsidiária, ou em alternativa, cujo o valor da aquisição da participação seja superior a 20 milhões de euros;
- (b) A participação seja mantida por um período de um ano (para dividendos, o período de um ano poderá ser concluído após o pagamento do dividendo);
- (c) Para as participações em subsidiárias não residentes em Espanha, há uma exigência adicional de que a filial estrangeira esteja sujeita a um imposto de natureza idêntica ou similar ao imposto sobre sociedades de direito espanhol, durante todos os anos de detenção da participação, a uma taxa nominal de, pelo menos, 10%;
- (d) Este requisito será considerado cumprido se a subsidiária estrangeira for residente num país que tenha celebrado uma CDT com Espanha;
- (e) A sociedade subsidiária não seja uma entidade abrangida pelo regime da transparência fiscal internacional, ou, caso contrário, ter-se-á que verificar que pelo menos de 15% dos seus rendimentos estejam sujeitos ao regime em causa;
- (f) Por fim, a subsidiária não poderá ser residente em paraíso fiscal.

Há uma série de circunstâncias em que o regime de PE não se aplica ou se aplica com restrições, como quando o pagamento de dividendos gera uma despesa dedutível fiscal ao nível da entidade que paga o dividendo; sejam eles:

- (a) Relativamente à alínea (a) supra, sempre que a participação indireta se materialize através de uma *holding*, e para uma igual aplicação do regime PE, é necessária uma detenção indireta, por parte do sujeito passivo, sobre

a entidade subsidiária de, pelo menos, 5% e por um período ininterrupto de 1 ano.

- (b) Sobre a alínea (c) supra, a lei permite que o regime se aplique quando verificadas as seguintes situações: quando a mais-valia obtida corresponde a um aumento líquido dos lucros não distribuídos, aplicar-se-á o regime quanto à parte relativa ao período em que se tenha cumprido o requisito em causa; e ainda nos casos, em que a mais-valia obtida não corresponda a um aumento líquido dos lucros não distribuídos, gerados durante o tempo de detenção da participação, será entendido, salvo prova em contrário, que a mesma foi produzida durante todo o tempo de detenção da participação, sendo deste modo considerada isenta a parte proporcionalmente correspondente ao ou aos exercícios em que se tenha cumprido o requisito <sup>32</sup>.

E ainda,

*“às mais-valias obtidas pela transmissão onerosa de participações sociais em entidades patrimoniais ou em agrupamentos de interesse económico, espanhóis ou europeus, não será aplicado o regime de participation exemption na parte que não corresponda a um aumento líquido dos lucros não distribuídos, gerados durante o tempo de detenção da participação”.*<sup>33</sup>

Por fim, há que lembrar que o regime da PE nunca poderá ser aplicado quando a entidade subsidiária seja residente num país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável.

### **2.1.3. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION NA HOLANDA**

O ordenamento jurídico holandês conta com o regime de PE relativo aos dividendos desde 1893, sendo um dos regimes mais antigos e é um dos fatores de atratividade da economia holandesa, apresentando como principais características a captação de investimento, uma política de incentivos e conseqüentemente uma jurisdição estável e competitiva.<sup>34</sup>

Este regime encontra-se plasmado na lei de imposto sobre as sociedades.<sup>35</sup> No ano de 2010, o regime sofreu algumas alterações

---

<sup>32</sup> Carla Cristina Pires Alves Amaro, 2016.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> A lei de imposto sobre as sociedades holandesas denomina-se *Wet op de vennootschapsbelasting*.

decorrentes da alteração da Diretiva comunitária Mães e Filhas que se traduziu na transposição para o ordenamento jurídico holandês da cláusula específica para evitar a dupla tributação.

Atualmente, o regime de isenção de imposto sobre o rendimento aplica-se, quando verificados os requisitos, a lucros distribuídos, assim como às mais-valias e menos-valias de capital, realizados por uma sociedade holandesa e ainda por uma sociedade com EE na Holanda. Encontram-se fora da aplicação do regime as sociedades de investimento.

Assim e de modo a usufruírem, as sociedades holandesas e as sucursais de empresas estrangeiras situadas na Holanda, do benefício de isenção anteriormente mencionado, terão que estar verificados dois testes, nomeadamente:

- (a) *Ownership Test*, que exige a detenção de uma participação de, no mínimo, 5% no capital social da sociedade participada;
- (b) *Purpose Test* ou *Motive Test*, que por sua vez, diz-nos que a participação não pode ser mantida apenas com o propósito de carteira de investimentos.

No entanto, e a par da obrigatoriedade de verificação do *Ownership Test*, para os casos em que não se veja cumprido o *Motive Test*, a jurisdição holandesa dá ainda a possibilidade à sociedade em causa de beneficiar do regime de *participation exemption*, mas para isso terá que se ver cumprido um dos seguintes testes:

- (a) *Subject to Tax Test*, que alude para a necessidade da subsidiária estar sujeita a uma taxa, de pelo menos, de 10% de imposto efetivo;
- (b) *Asset Test*, diz-nos que menos de 50% do ativo da subsidiária não se pode qualificar como investimento financeiro passivo.

Se a isenção de participação não for aplicável, poderá ser obtido um crédito pelo imposto subjacente. Em geral, as atividades de financiamento do grupo são consideradas atividades de investimento de carteira, ou seja, as participações predominantemente envolvidas nessas atividades devem

satisfazer um dos testes referidos anteriormente para a isenção de tributação a ser aplicada.

A partir de 1 de janeiro de 2016, mesmo que se aplique a isenção de participação, os dividendos e os pagamentos de juros recebidos são tributáveis se o pagamento for dedutível no país da sociedade participada.

#### **2.1.4. O REGIME DA PARTICIPATION EXEMPTION EM MALTA**

Malta apresenta um regime fiscal bastante vantajoso para as empresas e um regime de PE, introduzido em 2007, dos mais abrangentes da União Europeia, isentando de tributação rendimentos e/ou ganhos de capital, obtidos por uma sociedade registada em Malta de uma *participating holding* ou da alienação dessa participação, fazendo com que as suas empresas *holding* sejam excelentes portais de investimento a nível global.<sup>36</sup>

Importa aqui esclarecer que uma sociedade tem uma *participating holding* quando detém uma participação no capital de uma sociedade cujo capital é representado por ações ou quotas e em que os principais ativos não sejam imóveis situados em Malta, tendo que preencher pelo menos um dos seguintes requisitos:

- (a) A empresa detém uma participação direta de pelo menos 10% e dá direito a pelo menos 10% de dois dos seguintes três direitos: (1) Direito a voto; (2) Direito aos lucros disponíveis para distribuição; (3) Direito a um excedente de ativos em caso de liquidação da sociedade residente e não residente;

Ou, pelo menos, um dos seis critérios de qualificação adicionais:

- (b) Uma sociedade é uma acionista detentora de um investimento representativo de um valor total, na data em que foi adquirido, de um mínimo de € 1.164.000 numa sociedade e que a empresa é mantida por um período ininterrupto não inferior a 183 dias; ou
- (c) A sociedade acionista tem direito, por opção sua, de comprar a totalidade do saldo das ações não detidas por ela; ou

---

<sup>36</sup> O Imposto sobre o Rendimento (*Income Tax*) é regulado pelo *Income Tax Act* (ITA) e pelo *Income Tax Management Act* e por legislação subsidiária.

- (d) Uma sociedade acionista tem o direito de participar no Conselho de Administração ou de nomear uma pessoa para ocupar o Conselho de Administração dessa sociedade como administrador; ou
- (e) A sociedade acionista tem direito à preferência em caso de alienação, resgate ou amortização de todas as ações daquela sociedade não detidas por essa sociedade acionista; ou
- (f) Uma sociedade é acionista de outra sociedade e a detenção de tais ações destina-se a desenvolver a sua própria atividade e a exploração não é detida apenas como *stock* para efeitos de revenda.

Os dividendos e ganhos obtidos, por uma sociedade residente em Malta ou por uma sucursal registada de uma sociedade não residente, a partir de uma participação ou da alienação dessa participação estão isentos do imposto em Malta ao abrigo do regime da *participation exemption*. Consequentemente, a taxa de imposto efetiva total de Malta, aplicável a esses rendimentos e ganhos é nula.

Apenas para o caso de dividendos, a participada tem também de cumprir pelo menos uma das seguintes condições anti-abuso:

- (a) For residente ou constituído num país ou território que não faça parte da União Europeia; ou
- (b) Estar sujeita a um qualquer imposto, não inferior a, 15% de imposto no seu país; ou
- (c) Mais de 50% do seu rendimento não deriva de juros passivos ou royalties.

Se nenhuma das anteriores condições estiver satisfeita, as seguintes condições devem ser preenchidas cumulativamente:

- (a) A participação não tem um carácter de investimento de carteira e a participada não tem mais de 50% do seu rendimento proveniente de investimentos de carteira; e

(b) A participada ou os seus respetivos rendimentos juros passivos e royalties foram sujeitos a qualquer imposto estrangeiro a uma taxa que não seja inferior a 5%.

## **CAPÍTULO 3 – A TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS DA CLÁUSULA ESPECÍFICA ANTI-ABUSO**

### **3.1. AS CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTI-ABUSO**

As cláusulas específicas anti-abuso não se confundem com as CGAA uma vez que só se aplicam a situações em concreto ou a comportamentos taxativamente previstos, funcionando de forma rígida, isto é, regras que visam combater a evitação fiscal em zonas e através de comportamentos específicos, prognosticados como de risco ou potencialmente suspeitos, através da criação de presunções ilidíveis ou inilidíveis, inversões do ónus da prova ou, de forma mais radical, desconsideração de certos custos.<sup>37 38</sup>

39

As normas encontram-se difundidas na nossa legislação onde o legislador se preocupou em descrever detalhadamente cada regime, de modo a combater o planeamento fiscal abusivo. Além de que só se aplicam posteriormente à elisão fiscal identificada.

Sendo verdade que as normas especiais anti-abuso permitem fazer face a um conjunto específico de comportamentos abusivos, não é menos verdade que por serem de aplicação a situações muito minuciosas, apresentam um âmbito de aplicação bastante mais reduzido do que a CGAA, que contrariamente às primeiras, é de aplicação abstrata. Assim, apresentadas estas razões, podemos dizer que as CEEA não esgotam a relevância da CGAA, permitindo esta última, devido ao escopo limitado das primeiras, um combate eficaz às situações artificiosas e abusivas.

### **3.2. A TRANSPOSIÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA CLÁUSULA ESPECÍFICA ANTI-ABUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

De acordo com as recomendações da Comissão Europeia, Portugal procedeu à transposição da alteração da DSMA, a respetiva cláusula especial anti-abuso, com o objetivo de alinhar os ordenamentos jurídicos

---

<sup>37</sup> José Luís Saldanha Sanches, 2006.

<sup>38</sup> Tese de mestrado de Sérgio Fernandes Pereira, 2015.

<sup>39</sup> Tese de mestrado de Iara Rodrigues Costa Marques Freitas, 2012.

dos vários EM no âmbito das disposições anti-abuso e do planeamento fiscal agressivo.

Assim e de acordo com uma proposta da Comissão Europeia<sup>40</sup> são apresentados um conjunto de vantagens adjacentes a esta alteração legislativa: uma disposição anti-abuso comum a todos os EM garante clareza e segurança jurídica aos contribuintes e às AT; melhora a eficácia das disposições anti-abuso domésticas dirigidas à evasão fiscal internacional; assegura a conformidade das medidas anti-abuso adotadas e aplicadas pelos EM tal como a dupla não tributação; evita que as empresas recorram a intermediários, localizados em EM onde as regras anti-abuso são pouco rigorosas ou inexistentes; construção de um mercado único mais justo e competitivo.<sup>41 42</sup>

### **3.3. AS CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ESPECÍFICA ANTI-ABUSO**

Após a transposição da alteração de 2015 à DSMA, passamos a encontrar, no artigo 51º CIRC o seguinte: o disposto no nº 1 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os fatos e circunstâncias relevantes.

Apesar de, na Diretiva<sup>43</sup>, se referir “uma montagem ou uma série de montagens”, a transposição para o ordenamento jurídico não foi literal, utilizando, assim, os termos “uma construção ou série de construções”<sup>44</sup>. No 1º âmbito – “uma montagem ou uma série de montagens” - a correção poderá ser parcial, podendo “haver casos em que diferentes etapas ou partes de uma montagem sejam, isoladamente, não genuínas”<sup>45</sup>,

---

<sup>40</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States; EUROPEAN COMMISSION, Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States.

<sup>41</sup> Tese de mestrado de Vítor Manuel Loureiro e Silva, 2014.

<sup>42</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

<sup>43</sup> Diretiva nº 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011, artigo 2º nº 2, 2.º parágrafo

<sup>44</sup> Código do Rendimento sobre as Pessoas Coletivas, Lei nº 5/2016, de 29 de fevereiro, artigo 51º al.) 13.

<sup>45</sup> Diretiva nº 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011.

significando isto que poder-se-á aplicar a cláusula anti-abuso apenas a determinadas partes específicas da operação que demonstrem abuso, aproveitando-se as restantes etapas da mesma.

Mas em Portugal, em face da transposição feita, o mesmo já não se aplicará. Não se poderá considerar partes da construção genuínas, isto é, ou a construção é toda ela genuína ou então não se aproveitará nada, considerando-se não genuína.

- Uma construção ou série de construções: *elemento meio*
- Tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais: *elemento intelectual (subjetivo)*
- Finalidade de eliminar a dupla tributação: *elemento resultado (objetivo)*
- Não seja considerada genuína: *elemento normativo*

### **3.3.1. EXISTÊNCIA DE CONSTRUÇÕES OU SÉRIE DE CONSTRUÇÕES**

Relativamente à expressão “Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte”, esta encontra-se presente na diretiva europeia, no entanto, não foi transposta para o ordenamento jurídico português. Assim, entre nós, a cláusula anti-abuso aplicar-se-á à totalidade da construção e não apenas à parte ou etapa que constitui abuso, isto é, não é possível desconsiderar apenas uma parte da construção. Todavia, coloca-se em causa o princípio da proporcionalidade, na medida em que, perante uma construção que constitua uma parte abusiva, o legislador português desconsideraria toda a construção, ao contrário do legislador europeu que desconsideraria apenas a parte abusiva.<sup>46</sup>

Apresenta-se como exemplo aquele que está traçado no preâmbulo da Diretiva em estudo: “ as entidades assim visadas sejam genuínas mas em que, por exemplo, as participações que dão lugar a distribuição de lucros não sejam genuinamente atribuídas a um sujeito passivo que esteja estabelecido num EM, ou seja, se a montagem baseada na sua forma jurídica transferir a titularidade das participações mas as suas características

---

<sup>46</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

não refletirem a realidade económica”.<sup>47</sup> Assim, teremos que ter em consideração a parte da construção considerada ilegítima e averiguar da suficiência da parte não abusiva, que possa assegurar os benefícios e os objetivos da diretiva. E no caso concreto, a parte não genuína corresponde à distribuição de lucros atribuída ao sujeito passivo, ficando a construção totalmente invalidada pelo fato da realidade económica não estar presente.<sup>48</sup>

O elemento em causa refere-se à forma utilizada e escolhida pelo sujeito passivo de modo a poder alcançar-se uma determinada vantagem fiscal, ou seja, um proveito ou vantagem fiscal. Tal opção vem ainda revestida de uma forma artificiosa, complexa ou anormal, de modo a levar a cabo o ganho fiscal pretendido.<sup>49 50</sup>

Quando nos referimos ao conceito construção/montagem poderemos considera-lo como transação, esquema, ação, operação, acordo, estrutura, entendimento ou compromisso, desta forma, entendemos que se trata de um conceito muito amplo.

### **3.3.2. ELEMENTO SUBJETIVO**

O elemento subjetivo cifra-se na intenção do sujeito passivo em obter vantagens fiscais como o motivo ou um dos motivos principais da construção ou série de construções, vantagens estas resultantes da Diretiva comunitária em causa; criando artificialmente os requisitos necessários para o seu alcance. Para que o negócio jurídico seja artificioso exige-se que a forma e sentido do negócio pretendidos pelo sujeito passivo tenha como objetivo essencial uma vantagem fiscal, prevalecendo esta sobre qualquer outra. Falamos assim de motivação contrapondo os meios e o resultado, relevando apenas os atos ou comportamentos que culminam numa efetiva vantagem fiscal, independentemente do carácter reprovável.

No entanto, o sujeito passivo não tem obrigação de maximizar a receita fiscal do Estado. O sujeito passivo, cumprindo com as suas obrigações

---

<sup>47</sup> Preâmbulo da Diretiva 2014/86/EU.

<sup>48</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> Tese de mestrado de Sérgio Fernandes Pereira, 2015.

fiscais, pode enveredar pelo caminho que lhe proporcionar uma menor tributação, com o objetivo de reduzir custos.<sup>51</sup>

Deste modo, entendemos que a existência de razões fiscais não pode, por si só, levar à artificialidade de uma operação, mas, para que não haja o preenchimento do elemento subjetivo para aplicar a cláusula anti-abuso, além das razões fiscais, terá que haver também razões não fiscais preponderantes na operação. De outra forma, mesmo existindo razões não fiscais, a razão fiscal não poderá sobrepor-se a estas, isto é, não poderão ser insignificantes e a razão fiscal não pode ser a principal do conjunto.<sup>52</sup>

### **3.3.3. ELEMENTO OBJETIVO**

O presente elemento diz-nos que mesmo que as condições formais estabelecidas na lei europeia, no caso concreto na diretiva, se o objetivo desta não for atingido, consideramos que há abuso. Isto é, terá que haver conformidade entre a vantagem fiscal e o objeto e fim da diretiva.

O elemento objetivo é condição necessária do elemento subjetivo, quer isto dizer que “só se a condição objetiva estiver preenchida é que a condição subjetiva se torna relevante: os motivos são irrelevantes quando são exercidas em pleno as liberdades fundamentais” (...).<sup>53</sup>

Este elemento merece um comentário, no sentido de expressar as nossas dúvidas quanto à interpretação do conceito em causa, pois demonstra muita ambiguidade no seu alcance e conseqüentemente, poderemos ter problemas de interpretação.

### **3.3.4. A NÃO GENUINIDADE DAS MONTAGENS**

Este elemento é de difícil apreciação pois censura o comportamento do sujeito passivo, comparando-o com a intenção do legislador.<sup>54</sup>

A cláusula anti-abuso apresenta-nos o conceito de genuinidade definido no nº 14: “considera-se que uma construção ou série de construções não é

---

<sup>51</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

<sup>54</sup> Tese de mestrado de Sérgio Fernandes Pereira, 2015.

genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas<sup>55</sup> e não reflita substância económica”<sup>56,57</sup>.

Para que seja considerada como genuína, uma operação terá assim que apresentar atividade económica, ou seja, os benefícios resultantes da atividade realizada não podem provir apenas da sua mera detenção, terá que existir conteúdo nessa mesma atividade. Assim, atividade económica relevante para a genuinidade das operações relacionar-se-á com a gestão da sociedade, com a intervenção direta na vida e nas decisões da sociedade, atividades operacionais.

### **3.4. ANÁLISE CRÍTICA DOS n.ºs 13 e 14 do art. 51º do CIRC**

Em jeito de síntese, entendemos que serão essencialmente três as consequências da aplicação da CEAA, presente nos n.ºs 13 e 14, nomeadamente: a possibilidade de verificação de dupla tributação, assim como, a restrição de liberdades fundamentais, e ainda, aquando da transposição da diretiva para o ordenamento interno, a matéria alvo tem uma maior proteção pelas disposições internas, do que a exigida pela cláusula anti-abuso.

A eventual dupla tributação resulta da impossibilidade de aplicação da diretiva e conseqüentemente do seu conteúdo, dada a tentativa fraudulenta de beneficiar de um regime, para o qual o sujeito passivo não se encontra habilitado. Esta ideia de artificialidade e a falta de substancia económica são sancionadas pelo TJUE. Desta forma, encaramos esta possível mas incerta situação, como punição pelo eventual comportamento abusivo, de

---

<sup>55</sup> O conceito em causa é bastante vago e indeterminado e não há nem no ordenamento jurídico português nem no europeu, uma definição da expressão. Este critério deve referir-se à existência de critérios de natureza económica ou comercial suscetíveis de apoiar a decisão empresarial.

O Acórdão do Tribunal de Justiça, no processo *Foggia*, C-126/10 tenta esclarecer o conceito em causa, podendo entender que seja a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que participam na operação (ponto 5). Ou quando se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva, devendo ser fornecidos, para esse efeito, todos os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto dos seus aspetos jurídicos como económicos (ponto 7).

<sup>56</sup> Este teste deve ser cumprido se a empresa estrangeira mantiver uma empresa no seu país de residência adequadamente equipada para os fins comerciais da empresa - pessoal qualificado, instalações, desempenho de atividades gerenciais, por exemplo. Os seguintes elementos poderiam ser usados como orientação: (1) o emprego local do pessoal de gestão e outro para executar as tarefas atribuídas à empresa de forma responsável e sem supervisão; (3) reuniões de gestão são realizadas localmente e uma maioria dos residentes locais são nomeados como administradores; (4) facilidades de comunicação, tais como computadores, *fax* e telefone estão disponíveis, placas de nome, cartões-de-visita, papel timbrado, conta bancária e caixa de correio.

<sup>57</sup> Código do Rendimento sobre as Pessoas Coletivas, Lei nº 5/2016, de 29 de fevereiro, artigo 51º al.) 14.

elisão, de fuga às obrigações tributárias que compete aos sujeitos passivos dentro da EU.

Como já foi referido anteriormente, uma das vantagens aportadas pela DSMA é a eliminação da dupla tributação. De forma simplista, esta tem adjacente o princípio da não discriminação entre sociedades que se relacionem entre si e que se encontrem quer no mesmo ou em diferentes EM, no exercício das liberdades fundamentais, sejam ela de circulação, mercadorias, serviços, pessoas ou capitais.

Na presente Diretiva temos em causa distribuição de dividendos e de lucros, detenção de participações sociais, assim sendo a liberdade aqui em causa, aparentemente, é a liberdade de capitais.<sup>58</sup>

No entanto, como estão em causa pagamentos coloca-se a questão, se não estará também em causa, a liberdade de estabelecimento.<sup>59</sup>

Perante isto e de modo a simplificar, o TJUE<sup>60</sup> lançou uma orientação no sentido de diferenciar as situações em que estejam em causa a liberdade de capitais ou a liberdade de estabelecimento.

Assim, quando estamos perante uma “disposição nacional aplicável a participações efetuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem a finalidade de influenciar a gestão e o controlo da empresa”, estaremos de acordo que a liberdade aqui em causa é a liberdade de capitais.<sup>61 62</sup>

Mas, se em causa estiver uma sociedade que juntamente com a detenção de participações sociais faça também uma gestão das mesmas, estaremos de acordo que a liberdade aqui em causa é a liberdade de estabelecimento.<sup>63 64</sup>

---

<sup>58</sup> Mera atividade de detenção de participações sociais, ato meramente instrumental.

<sup>59</sup> Resulta do segundo parágrafo do artigo 49.º do TFUE, que a liberdade de estabelecimento compreende a constituição e a gestão de empresas designadamente de sociedades num Estado-Membro, por um nacional de outro Estado-Membro.

<sup>60</sup> TJUE, 3.Out.2013, processo C-282/12, *Intelcar – Automóveis de Aluguer Lda contra Fazenda Pública*, colet. Geral; C-47/12, *Kronos International Inc. contra Finanzamt Leverkusen*, colet. geral.

<sup>61</sup> *Kronos* (C-47/12), §32.

<sup>62</sup> Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

<sup>63</sup> Recorde-se do conceito de substância económica, mencionada anteriormente a propósito da “A NÃO GENUINIDADE DAS MONTAGENS”.

<sup>64</sup> Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

Mas, caso estejamos perante uma mera detenção de participações sociais ou mesmo que haja uma qualquer atividade mas de modo a não influenciar a gestão e controlo, estaremos de acordo que a liberdade aqui posta em causa seja a liberdade de circulação de capitais.

Recorde-se que como se mencionou anteriormente, a mera detenção de participações não terá conteúdo económico e assim considerar-se-á não genuína.

No entanto, este problema de artificialidade pode ser colmatado e para tal teremos que ter uma sociedade que para além da detenção de participações sociais realize também funções de gestão.

Os Estados foram obrigados a transpor e a implementar esta alteração da DSMA para os seus ordenamentos jurídicos. Com a existência da nova cláusula anti-abuso, as disposições internas, caso as haja, relativas à mesma matéria da nova cláusula perdem eficácia. No entanto, não retira eficácia às disposições que vão além do âmbito de aplicação da DSMA. Sendo dada a liberdade aos Estados, de criarem novas disposições anti abuso, que lhes pareçam necessárias ou adequadas, desde que não atinjam o escopo da DSMA.

Recorde-se que, em muitas matérias, ainda não há uma harmonização entre os vários EM, e aí, cabe a cada EM, regular as situações elisivas.

A alteração a que se procedeu na Diretiva, com a introdução de uma cláusula especial anti-abuso, nomeadamente com os n.ºs 13 e 14, teve como objetivo garantir que o regime de isenção não é aplicado a situações abusivas por parte dos sujeitos passivos. O cerne da questão baseia-se essencialmente no combate à evasão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo por grupos de sociedades.

Segundo Rui Duarte Morais, não deve ser considerado um interesse legítimo “a opção por formas jurídicas anormais em que apenas se visa, por meios artificiosos ou fraudulentos, a redução de imposto ou mesmo a não tributação”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Tese de mestrado de Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida, 2016.

De um modo geral, defendemos que a existência de uma cláusula específica anti-abuso, não afasta a cláusula geral anti-abuso, quando verificados os requisitos da sua aplicação.

No entanto, quando o legislador prevê taxativamente uma situação concreta, e a “norma especial anti-abuso afasta, implícita ou expressamente, tal situação”<sup>66</sup> e para ela cria uma determinada cláusula anti-abuso, entendemos, que a CGAA não poderá ser reconduzida a este campo.

Situação diferente será aquela em que a cláusula especial anti-abuso não tiver previsto determinada disposição, caso em que a CGAA se encontra apta a ser aplicada.<sup>67</sup>

Parece-nos que seja esta última situação a aplicável aos n.ºs 13 e 14 aqui em análise.

Embora também reconheçamos que deva haver uma proteção da segurança jurídica e das garantias dos contribuintes. Pois a AT não se pode fazer socorrer de todas as figuras presentes na legislação tributária para penalizar um sujeito passivo.

Como regra fundamental, uma vez aplicável uma norma especial, esta prevalece em detrimento da cláusula geral anti-abuso, no entanto, de modo a travar mecanismos abusivos, sempre que haja um contorno da previsão legal da cláusula especial anti-abuso, aplicar-se-á a cláusula geral anti-abuso.<sup>68</sup> Em abono da nossa posição, diz-nos Gustavo Courinha que

*“a norma especial anti-abuso não previu, de todo, (...), aquela situação particular, pelo que o contribuinte se continua a socorrer de tais situações para elaborar os seus esquemas de elisão fiscal, iludindo e contornando o mesmo, no limite, a própria norma especial anti-abuso, utilizando meios que impeçam a verificação da sua factispécie”.*<sup>69</sup>

Recorde-se que o propósito fundamental da DSMA é a criação de igualdade nas transações domésticas ou transfronteiriças, sendo os

---

<sup>66</sup> Gustavo Lopes Courinha, 2010.

<sup>67</sup> *Idem*.

<sup>68</sup> João Nuno Calvão da Silva, 2006.

<sup>69</sup> Gustavo Lopes Courinha, 2004.

objetivos da diretiva a eliminação do planeamento fiscal abusivo e a eliminação da dupla tributação jurídica e económica internacional, tendo esta subjacente o princípio da não discriminação.

Há que lembrar que o surgimento de problemas evasivos aumenta significativamente nas situações transfronteiriças, isto porque, primeiramente entramos em territórios distintos entre si e nas suas obrigações fiscais, razão pela qual as empresas têm interesse em transferir os seus proveitos para uma jurisdição com uma carga fiscal o mais vantajosa possível. Em segundo lugar, surgem problemas a nível das AT dos vários países e do seu respetivo campo de atuação.<sup>70</sup>

Estas alíneas 13 e 14 do artigo 51º CIRC, que temos vindo a apreciar, são relativamente recentes no nosso ordenamento jurídico e conseqüentemente ainda não foram alvo de avaliação nem pelos tribunais portugueses, nem pelos tribunais internacionais. Apesar disto, temos assistido tanto à proliferação, como ao aumento da complexidade das CEAA. Assim, os vários tribunais têm sofrido uma grande procura por parte dos sujeitos passivos para verem esclarecidas as suas dúvidas quanto ao conteúdo e quanto à admissibilidade de outras CEAA.<sup>71</sup>

Os tribunais não têm sido alheios à complexidade destas normas e às conseqüências e riscos que delas podem advir para a construção de um verdadeiro mercado comum, objetivo primordial da DSMA.<sup>72</sup>

Embora os n.ºs 13 e 14 suscitem dúvidas, a sua aplicação não será, com alguma probabilidade, pacífica. Apesar dos esforços na harmonização das normas em causa, verificamos nos textos em causa que a norma não é clara quanto aos seus elementos, o que conseqüentemente levará a Autoridade Tributária a ter uma margem para a livre apreciação do caso concreto, suscetível de vir a conceber no futuro preocupantes focos de contencioso tributário.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> João Félix Pinto Nogueira, 2010.

<sup>71</sup> João Félix Pinto Nogueira, 2010.

<sup>72</sup> João Félix Pinto Nogueira, 2010.

<sup>73</sup> *Newsletter* PLMJ, 2011.

Cumpra agora dar algumas notas sobre a conveniência e utilidade dos n.ºs 13 e 14, quando anteriormente já existia o n.º 10 do mesmo artigo.

No n.º 10 do artigo 51.º, encontramos também uma cláusula específica anti-abuso e esta encontra-se em consonância com os n.ºs 13 e 14 do mesmo artigo. Pois o n.º 10 vem assegurar o cumprimento dos requisitos do regime e evita que o regime redunde numa situação abusiva de dupla não tributação do regime, “razão pela qual não pode ser de aplicação cega e automática sem admitir contraditório”<sup>74</sup>; quando, por exemplo, a sociedade que distribui os dividendos não é, em qualquer momento, sujeita a imposto, mesmo quando cumpra os pressupostos do artigo 66º do CIRC.<sup>75</sup>

Estas duas cláusulas anti abuso complementam-se, as duas preveem situações taxativas, no entanto com âmbitos diferentes. Por outras palavras, o n.º 10 aplica-se a situações de clara dupla não tributação, ao rejeitar a aplicação do regime aos lucros e reservas que correspondam a um gasto fiscal da sociedade que os distribui ou quando a sociedade distribuidora não se encontre sujeita a imposto ou quando seja sujeita mas esteja abrangida por uma isenção subjetiva, salvo quando seja residente num EM da UE ou EEE e portanto vinculado a cooperação administrativa ou ainda, que os dividendos provenham de rendimentos sujeitos e não isentos a imposto sobre o rendimento nas entidades sub-afiliadas.<sup>76</sup>

Ao passo que os n.ºs 13 e 14 reportam-se às situações em que o sujeito passivo cria artificialmente determinadas condições, consideradas não genuínas e sem substância económica, para beneficiar de um regime, quando em circunstâncias ditas normas, não estaria em condições de usufruir do mesmo.

A nosso ver, foi uma mais-valia a instituição de mais uma cláusula anti-abuso para combater os problemas de elisão e fraudes fiscais.

Por estas razões, torna-se compreensível, a incapacidade do legislador de prever todas as eventuais situações e vias de elisão fiscal. Que aliado, ao

---

<sup>74</sup> Câmara, Francisco de Sousa da, & Bruno SANTIAGO, 2011.

<sup>75</sup> Desafios Tributários, 2015.

<sup>76</sup> Desafios Tributários, 2015.

fato de os sujeitos passivos estarem em constante procura de diferentes formas que permitam a fuga à norma ou fazerem com que os seus atos ou negócios jurídicos não caibam na previsão das normas específicas, leva a que haja a necessidade de se criar normas especiais anti-abuso. Por um lado, o legislador tem a preocupação de especificar tanto quanto possível a norma anti-abuso, por outro, esta atitude poderá reconduzir à prática de determinadas condutas com o objetivo de contornar a norma especificada.<sup>77 78</sup>

Deste modo, tornar-se-á muito difícil, se não impossível, ao legislador fazer uma previsão de todos os fenómenos de elisão e de fraude fiscal, assim como tipificar todas as situações de abuso.<sup>79 80</sup> Aponta-se como característica das cláusulas específicas anti-abuso o fato de serem normas antissistemáticas, isto porque pretendem acautelar qualquer falha que o sistema jurídico tributário possa apresentar, “embora sem capacidade de o regenerar”<sup>81</sup>, através da criação de normas isoladas.

Segundo Gustavo Courinha,

“se o legislador tem a faculdade de se socorrer destas normas e delimitar com segurança o(s) acto(s) ou negócio(s) objecto da mesma, (...), ele contribuirá simultaneamente para uma menor compreensão do normativo fiscal pelo contribuinte comum”.<sup>82</sup>

Contudo, as CEEA também apresentam algumas desvantagens, por se dirigirem essencialmente a situações específicas, meticulosamente previstas; ao falhar algum dos elementos presentes na sua previsão, invalida-se a sua aplicação ao caso concreto.<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup> João Nuno Calvão da Silva, 2006.

<sup>78</sup> Gustavo Lopes Courinha, 2004.

<sup>79</sup> Tese de mestrado de Iara Rodrigues Costa Marques Freitas, 2012.

<sup>80</sup> Tese de mestrado de Sérgio Fernandes Pereira, 2015.

<sup>81</sup> Gustavo Lopes Courinha, 2004.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> Tese de mestrado de Iara Rodrigues Costa Marques Freitas, 2012.

## Conclusão

Chegado o final do presente trabalho cumpre agora fazer um breve registo e reflexão das conclusões fundamentais retiradas do estudo elaborado.

As sociedades têm sido alvo de uma forte carga fiscal, já que estas são uma das principais fontes de receita no nosso país.

O ordenamento jurídico português já previa um regime de eliminação da dupla tributação económica anteriormente à Reforma de 2014.

No entanto, esse regime colocava as nossas empresas em desvantagem quando imiscuídas em mercados internacionais, contribuindo para o baixo nível de atratividade do nosso país.

Desta forma, com a Reforma do IRC de 2014, apostou-se na introdução de um verdadeiro regime de *participation exemption* tendo em conta a necessidade iminente de reestruturação da política fiscal internacional, promovendo o investimento (tanto nacional, como estrangeiro) e o aumento do emprego, tendo sempre como foco a ideia de um mercado comum.

A nova redação do art. 51.º, aplicando-se a todas as distribuições de lucros e reservas, independentemente da residência da sociedade distribuidora dos dividendos, constitui, a nosso ver, uma evolução legislativa.

Comparativamente ao regime anterior, conclui-se que foram introduzidos requisitos mais ligeiros de maneira a simplificar o sistema e a torná-lo mais estável, previsível e atrativo, granjeando da confiança de investidores.

Poder-se-ão levantar algumas questões acerca dos requisitos do regime, nomeadamente a percentagem de participação assim como o período de detenção, não podendo o regime apresentar critérios demasiadamente laxos, sob pena de desvirtuar a finalidade e objetivo da PE. Convém também relembrar a ausência de um critério alternativo para concessão dos benefícios decorrentes da DSMA, semelhante ao existente noutros sistemas legais, como seja o critério do valor da aquisição da participação, este critério já esteve consagrado no nosso ordenamento.

Do ponto de vista do direito comparado, o art. 51.º parece encontrar-se em consonância com os ordenamentos jurídicos europeus aqui em análise, nomeadamente o holandês, o luxemburguês o espanhol e o maltês, exceto

no que se refere à percentagem mínima de participação, em que Portugal impõe percentagens superiores.

No respeitante à CEAA, esta implica a obtenção de uma vantagem fiscal através de atos ou negócios jurídicos que se revelem como meios artificiosos ou anormais, e que se traduzem no abuso intencional de formas jurídicas.

Não obstante o âmbito limitado de aplicação da CEAA, esta não esgota a relevância da CGAA. As duas complementam-se no combate a atos e negócios jurídicos artificiais e abusivos.

Com a introdução de uma cláusula especial anti-abuso, nomeadamente com os n.ºs 13 e 14, o objetivo foi o de garantir que o regime de isenção não é aplicado a situações abusivas por parte dos sujeitos passivos.

Embora, ainda não haja em muitas matérias, uma harmonização entre os vários EM, uma cláusula anti-abuso desta natureza uniformiza as legislações nacionais dos EM em questões relacionadas com a DSMA.

Há várias incógnitas no âmbito de aplicação da cláusula anti-abuso plasmada nos n.ºs 13 e 14, nomeadamente no conteúdo dos seus elementos e consequentemente o sentido de uma possível decisão tanto do TJUE, como dos tribunais nacionais. A inexistência de jurisprudência no âmbito do tema em análise apresenta-se como a principal limitação desta dissertação. O tema está em constante atualização e deverá ganhar contornos mais nítidos num horizonte temporal não muito distante.

Julga-se que estas mudanças terão um efeito positivo na economia nacional, ainda que a medio ou longo prazo, pois é ainda cedo para apreciar as vantagens trazidas a este nível pela Reforma.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros, artigos e teses de mestrado

AA. VV. Comissão para a reforma do IRC. (2013). *Anteprojeto de reforma do IRC*.

Almeida, Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de (2016) - *A Nova Cláusula Antiabuso das Diretivas Sociedades Mães-Afiladas e Juros e Royalties*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

Almeida, Samuel (2014) – “Breves Notas Introdutórias sobre a Reforma do IRC”, *in A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Amorim, Pedro Patrício (2014). “A Reforma do IRC e a Litigação” *in A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Amaro, Carla Cristina Pires Alves (2016) - *O Regime de Tributação das Mais-Valias e das Menos-Valias das Empresas em Portugal: Estudo Comparativo do Regime de Participation Exemption Portugal-Espanha-Holanda*, Tese de mestrado em Contabilidade e Fiscalidade Empresarial. Coimbra, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra (ISCAC).

Andrade, Iolanda (2014) - *Razões Económicas Válidas – Neutralidade Fiscal*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

Araújo, João Manuel Ferreira de (2013) - *Tributação dos dividendos entregue pela sociedade afiliada à sociedade mãe com sede em outro*

*Estado*. Tese de mestrado em Direito Tributário e Fiscal. Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho.

Câmara, Francisco de Sousa da, & Bruno SANTIAGO (2011) - “O “novo” regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos: o artigo 51, nº 10, do Código do IRC”, *in Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol.4*. Lisboa: Coimbra Editora.

Carvalho, J. F. P. de – “O procedimento de aplicação das normas anti-abuso”, *Fiscalidade* nº 23, *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Julho-Setembro de 2005, pág. 66-111.

Catarino, João Ricardo & Vasco BRANCO GUIMARÃES, (coord.), (2015) - *Lições de Fiscalidade*, Vol. 1, 4ª ed. – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna, Edições Almedina.

Courinha, Gustavo Lopes (2004) - *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributo para a sua Compreensão*, Edições Almedina.

\_\_\_. (2015) - *Estudos de direito internacional fiscal*, Lisboa: Edição AAFDL.

\_\_\_. (2015) - *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjectivo de Convenções*, Edições Almedina.

Dourado, Ana Paula (2016) - *Direito Fiscal – Lições*, Almedina.

\_\_\_. (2010) - *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora.

Faustino, Manuel (2014) – “A Reforma do IRC e o IRS: Neutralidade ou Distorção” *in A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Freitas, Iara Rodrigues Costa Marques (2012) - *A Cláusula Geral Anti-Abuso como meio de combate ao planeamento fiscal ilegítimo*:

*pressupostos e condições de aplicação da CGAA no Direito Fiscal Português*. Tese de mestrado em Forense – Vertente Civil/Empresarial. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

Henriques, João Filipe Amaral Soares (2013) – *A Conformidade Constitucional da Cláusula Geral Anti-Abuso e o Planeamento Fiscal*, Tese de mestrado em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Lourenço, Patrícia Alexandra Dos Santos (2011) - *O Regime de Eliminação da Dupla Tributação Económica: Um Contributo para a Limitação da Aplicação do Requisito Relativo à Tributação Efectiva*, Tese de mestrado em Business Administration. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

Machado, Jónatas E. M. & Paulo NOGUEIRA DA COSTA (2016) - *Manual de Direito Fiscal – Perspectiva Multinível*, Edições Almedina.

Madureira, Ana Margarida Pinto Valente Gomes de (2015) - *O regime nacional de Participation Exemption: análise crítica*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

Mendonça, Ana Raquel Vieira (2015) - *Reflexões sobre a importância do artigo 51.º CIRC para a eliminação da dupla tributação económica dos dividendos distribuídos*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

Morais, Rui Duarte (2009) - *Apontamentos ao IRC*, Coimbra, Edições Almedina.

\_\_\_\_\_. (2006) – “Sobre a Noção de “Cláusulas Antiabuso” em Direito Fiscal”, *in* Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor

António de Sousa Franco - Volume III, Coimbra: Edições Coimbra Editora, pág. 879-894.

Nabais, Casalta (2016) - *Direito Fiscal*, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Edições Almedina.

Nogueira, João Félix Pinto (2010) - *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Nunes, G. N. C. A. A. – “A cláusula geral anti-abuso de Direito em sede Fiscal – Art. 38º/2, da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal”, *in* *Fiscalidade nº 3: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, (2009), pág. 39-62.

Pereira, Paula Rosado (2010) - *Princípios Do Direito Fiscal Internacional - Do paradigma clássico ao Direito Fiscal Europeu*. Coimbra: Edições Almedina.

Pereira, Sérgio Fernandes (2015) – *A Cláusula Geral Anti-Abuso no âmbito dos Impostos sobre o Rendimento – Uma análise de jurisprudência relativa à sua aplicação*, Tese de mestrado em Contabilidade e Finanças. Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Pires, Manuel & Rita CALÇADA PIRES (2010) - *Direito Fiscal*, 4.<sup>a</sup> ed., Edições Almedina.

Rodrigues, Ana Maria (2014) - “Aspetos jurídico-contabilísticos na recente reforma do IRC”, *in* *A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Saldanha Sanches, J.L. (2007) - *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_. (2006) - *Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora.

Sá, Nuno Filipe Rodrigues de (2014) - *A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

Santos, António Carlos dos (2014) - “A reforma do IRC, uma estratégia de concorrência fiscal ativa em ambiente internacional adverso”, *in A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Silva, J. N. C. (2006), “Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso”, *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 66, 2, pág. 791-832.

Silva, Vítor Manuel Loureiro e (2014) – *Assimetrias e Disparidades - A Utilização de Entidades Híbridas e Instrumentos Financeiros Híbridos no Planeamento Fiscal Internacional*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

Taborda, Daniel (2014) – “Notas sobre o regime da *participation exemption* previsto no CIRC” *in Boletim de Ciências Económicas*, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, volume LVII, Tomo III.

Teixeira, Glória (2015) - *Manual de direito fiscal*, 3. ed., Coimbra: Edições Almedina.

Tormenta, Júlio (2014) – “O regime do privilégio de afiliação” *in A reforma do IRC – Do processo de decisão política à revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.

Xavier, Alberto (2014) - *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Edições Almedina.

Xavier, António Lobo (2015) – “Notas breves sobre a al. b) do nº 10 do art. 51º do CIRC: a “distância entre a intenção e o gesto””, *in Desafios Tributários*, Grupo Editorial Vida Económica.

## Fontes Digitais

AA. VV., E-book - Direito Fiscal Internacional e Europeu (2016), Coleção de Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários. Consultado a 20 de setembro de 2016 em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Direito\\_Fiscal\\_Internacional\\_Europeu.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Direito_Fiscal_Internacional_Europeu.pdf)

Amorim, C. F., “Cláusula geral anti-abuso - Reflexões e aplicação à realidade empresarial” (2014), PwC. Consultado a 13 de setembro de 2016 em: <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/64/Fiscalidade.pdf~>

Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – 2013. Relatório Final. Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais, Lisboa. Consultado a 7 de janeiro de 2017 em: <http://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf>.

Comissão para a Reforma do Imposto sobre as Pessoas Colectivas, Anteprojeto de Reforma, 30 de Junho de 2013. Consultado a 7 de janeiro de 2017 em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/documentos-oficiais/20130730-seAT-reforma-irc.aspx>

European Commission, Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States. Consultado a 10 de março de 2017 em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=SWD:2013:0473:FIN>  
e em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/ALL/?uri=CELEX:52013SC0474>

RFF, “Dupla Tributação Internacional em Portugal (2016)”, Newsletter RFF, nº 34/16. Consultado a 30 de outubro de 2016 em: [http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW\\_HOW/Newsletters/2016/10 - Outubro/Dupla Tributacao o Internacional em Portugal -2016-.pdf](http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Newsletters/2016/10_-_Outubro/Dupla_Tributacao_Internacional_em_Portugal_-2016-.pdf)

PLMJ, “Novo Regime de Tributação dos Lucros Distribuídos”, Nota Informativa, PLMJ (2011). Consultado a 25 de setembro de 2016 em: [http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2011/Marco/Novo Regime da Tributacao dos Lucros Distribuidos .pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2011/Marco/Novo_Regime_da_Tributacao_dos_Lucros_Distribuidos_.pdf)

Portal das Finanças. Consultado a 5 de abril de 2017 em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios /CIRC\\_2R/](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/)

Regime de *participation exemption* em Espanha (2017). Consultado a 5 de março de 2017 em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-spainhighlights-2017.pdf>

Regime de *participation exemption* na Holanda (2016). Consultado a 5 de março de 2017 em: <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/01/mergers-and-acquisitions-country-report-netherlands.pdf>

Regime de *participation exemption* no Luxemburgo (2017). Consultado a 3 de março de 2017 em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-luxembourghighlights-2017.pdf>

Regime de *participation exemption* no Luxemburgo (2016). Consultado a 3 de março de 2017 em: <http://taxsummaries.pwc.com/ID/Luxembourg-Corporate-Income-determination>

Regime de *participation exemption* no Luxemburgo (2016). Consultado a 3 de março de 2017 em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-ice-country-highlights-luxembourg.pdf>

Regime de *participation exemption* em Malta (2014). Consultado a 4 de março de 2017 em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-malta-guide-2014.pdf>

Regime de *participation exemption* em Malta (2014). Consultado a 4 de março de 2017 em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-malta-highlights-2017.pdf>

Regime de *participation exemption* em Malta (2016). Consultado a 4 de março de 2017 em: <https://www.ccmalta.com/publications/malta-participation-exemption>

Regime de *participation exemption* em Malta (2016). Consultado a 4 de março de 2017 em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/mt-malta-participation-exemption.pdf>

Transposição das alterações da DSMA nos 27 EM-UE (2009), “Implementation of the amended Parent-Subsidiary Directive - A study covering the 27 European Union Member States”. Consultado a 5 de outubro de 2016 em: [http://www.ey.com/publication/vwluassets/ey\\_study\\_on\\_the\\_psd\\_implementation\\_in\\_the\\_eu/\\$file/ey-psd-implementation.pdf](http://www.ey.com/publication/vwluassets/ey_study_on_the_psd_implementation_in_the_eu/$file/ey-psd-implementation.pdf)

Vitorino, M., “Norma específica anti-abuso no regime de “participation exemption”” (2016) Macedo Vitorino e Associados. Consultado a 5 de

outubro de 2016 em:

<http://www.macedovitorino.com/conhecimento/noticias/Norma-especifica-anti-abuso-no-regime-de-participation-exemption/4548/>

World Economic Forum (2016). *The Global Competitiveness Report 2016-2017*. Consultado a 24 de abril de 2017 em: [http://www3.weforum.org/docs/GCR20162017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017\\_FINAL.pdf](http://www3.weforum.org/docs/GCR20162017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf).

### **Fontes Jurisprudenciais:**

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

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

TJUE, 3 de junho de 2010, Processo C-487/08, Comissão Europeia contra Reino de Espanha, C-487/08.

TJUE, 3.Out.2013, processo C-282/12, Intelcar – Automóveis de Aluguer Lda contra Fazenda Pública, colet. Geral.

TJUE, 11.Set.2014, processo, C-47/12, Kronos International Inc. contra Finanzamt Leverkusen, colet. geral.

### **Fontes Legislativas:**

Código do Imposto sobre as pessoas Coletivas – CIRC – Decreto-Lei nº 22/2017, de 22 de fevereiro.

Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados membros diferentes.

Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas (2011): Diretiva nº 2011/96/EU do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades-afiliadas de Estados-Membros diferentes;

Diretiva 2014/86/UE: Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de Julho de 2014, que altera a Diretiva 2011/96/EU, relativa ao regime fiscal comum aplicável às Sociedades Mães e às Sociedades Afiliadas de Estados-Membros diferentes;

Diretiva (UE) 2015/121: Diretiva (UE) 2015/121 de 27 de Janeiro de 2015 que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM diferentes.