



Da Subcapitalização à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento:

De um Passado Atribulado para um Futuro Incerto



CATÓLICA PORTO
DIREITO

Diogo Saavedra Marinho | N° 340107034

Tese de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a Orientação da Prof. Doutora Cláudia Soares

Junho de 2013

Aos meus pais, ao Rui e à Joana, que são e serão sempre a trave-mestra do meu empenho, ambição e, sobretudo, a fonte da minha felicidade.

Agradeço à Professora Doutora Cláudia Soares pelo apoio, dedicação e disponibilidade incondicional e a todas as outras pessoas que também contribuíram para a elaboração do presente trabalho. A todos eles, um sincero obrigado.

In dubio contra fiscum,

in dúbio pro misero.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
al.	alínea
Art.	Artigo
art.	artigo
<i>BIFD</i>	Bulletin for International Fiscal Documentation
<i>BMJ</i>	Boletim do Ministério da Justiça
CDT	Convenção sobre Dupla Tributação
CDT's	Convenções sobre Dupla Tributação
CEE	Comunidade Económica Europeia
Cfr.	Conferir
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CMOCDE	Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Consult.	Consultado em
<i>CTF</i>	Revista de Ciência e Técnica Fiscal
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization (Resultados Antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortizações)
EM	Estado membro
EM's	Estados membros
EUA	Estados Unidos da América
EstG	Einkommensteuergesetz (Lei do Imposto sobre os Rendimentos)
GFL	Gastos de Financiamento Líquido

<i>IBFD</i>	International Bureau of Fiscal Documentation
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
KStG	Körperschaftsteuergesetz (Lei do Imposto sobre Sociedades)
L	Lei
MCCCIS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
n.º	número
n.ºs	números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OE	Orçamento de Estado
p.	página
para.	parágrafo
PME's	Pequenas e Médias Empresas
pp.	páginas
<i>RFPDF</i>	Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal
ss.	seguintes
TCE	Tratado das Comunidades Europeias
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TRILS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Texto Consolidado da Lei do Imposto de Renda Pessoa Jurídica)
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vs.	Versus
Vol.	Volume
€	Euros
%	Por cento
§	Parágrafo

ÍNDICE

1. NOTA INTRODUTÓRIA	3
2. A SUBCAPITALIZAÇÃO	4
2.1 Numa perspetiva societária.....	4
2.2 Numa perspetiva fiscal.....	5
3. OS PRIMÓRDIOS DA SUBCAPITALIZAÇÃO NO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS	8
3.1 Os seus antecedentes.....	8
3.2 O art. 57.º-C do CIRC.....	10
3.3 O art. 61.º do CIRC.....	11
4. A INCOMPATIBILIDADE DOS REGIMES INTERNOS À LUZ DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA	12
4.1 O papel interventivo do TJCE.....	12
4.2 Respetivas consequências nos ordenamentos jurídicos internos.....	17
5. A SUBCAPITALIZAÇÃO NAS CONVENÇÕES SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO	20
6. A SUBCAPITALIZAÇÃO NO ART. 67.º CIRC: A ANTECÂMERA DO ATUAL REGIME	23
6.1 Requisitos de aplicação.....	23
6.1.1 Endividamento excessivo.....	23
6.1.2 Entidade Não Residente.....	26
6.1.3 Relações Especiais.....	26
6.2 Consequências da Subcapitalização.....	27
7. LIMITAÇÃO À DEDUTIBILIDADE DOS GASTOS DE FINANCIAMENTO: UM NOVO RUMO	30
7.1 O transplante jurídico das <i>earnings-stripping-rules</i>	30
7.2 A reestruturação do art. 67.º do CIRC.....	31
7.2.1 Gastos de financiamento.....	31
7.2.2 Âmbito subjetivo.....	32
7.2.3 Os limites à dedutibilidade de gastos de financiamento.....	33
7.2.4 Aspectos temporais da dedutibilidade.....	35
7.2.4.1 Diferimento dos gastos excessivos.....	35
7.2.4.2 Possibilidade de reporte de quantias não utilizadas.....	36
7.2.5 Regime especial de tributação de grupos de sociedades.....	37
7.3 Crítica à remoção da cláusula de salvaguarda.....	38
7.4 Disposição transitória.....	38
8. IMPACTO E PERSPETIVAS FUTURAS NO PANORAMA COMUNITÁRIO	40

9. CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	44
ANEXOS	50

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Enquanto as economias permaneceram essencialmente fechadas, os efeitos da evasão fiscal eram limitados. Todavia, a globalização alterou esta tendência. O impacto deste fenómeno teve como principais agentes as empresas multinacionais que, constituídas por uma sociedade-mãe e diversas filiais distribuídas por diferentes Estados, abriram perspectivas de planeamento, explorando as debilidades legais pela interação de dois ou mais sistemas tributários. Com estas práticas, as estruturas empresariais tinham como objetivo a dedução dos encargos.

No seio de toda esta factualidade, os Estados, não permanecendo indiferentes, tentaram contrariar este processo de efeitos fiscais nocivos, adotando normas que visavam combater comportamentos específicos, situações que, pelo risco que envolvem, merecem especial atenção. Para contrariar esta tendência, que representava uma forte redução da receita estadual, uma das medidas específicas adotadas viria a ser o regime da subcapitalização, o qual tenta prevenir, por um lado, o endividamento excessivo e, por outro, a deslocação de rendimentos para Estados fiscalmente mais atrativos. Adotado primeiramente pelos países fortemente industrializados, rapidamente se implementou em Portugal.

Cabe assim à presente dissertação incidir na análise de todo o processo evolutivo-normativo do regime fiscal da subcapitalização português, até aos dias de hoje.

Para o efeito, iniciaremos a nossa abordagem com uma breve conceptualização, encarando a sua vertente societária e fiscal. Posteriormente, trilharemos o caminho percorrido por esta norma específica anti abuso, tendo em conta o ambiente no qual surgiu e dando especial ênfase às incompatibilidades supervenientes que surdiram no direito comunitário e no panorama internacional. Num terceiro momento, abordaremos o regime anterior até que, finalmente, desembarcaremos na norma atual, analisando todas as suas vertentes e estabelecendo o devido confronto com as soluções previstas nos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão. Analisaremos também o impacto da reestruturação deste dispositivo numa perspetiva europeia e equacionaremos uma abordagem alternativa a todos eles.

Na nota conclusiva faremos o mesmo, contudo circunscritos à realidade portuguesa.

2. A SUBCAPITALIZAÇÃO

O conceito de subcapitalização, conquanto possa ser determinado com mais ou menos exatidão, “encerra uma multiplicidade de modalidades e de espécies, o que o torna um conceito fluido”¹. Não obstante, Maria dos Prazeres Lousa avança com uma definição que, apesar de generalista, espelha os traços característicos da figura em questão, quando a define como “um fenómeno que se evidencia pela existência de uma acentuada desproporção entre o capital próprio de uma sociedade e o seu nível de endividamento para com os titulares do capital ou com outras [sociedades] com quem existam relações especiais”². Em termos semelhantes, Raúl Ventura caracteriza a subcapitalização pela “existência de um capital social inferior aos meios próprios de financiamento, segundo uma proporção óptima entre estes e os meios externos”³. Por agora, basta-nos⁴.

Quanto às várias modalidades da subcapitalização, estas serão objeto de estudo no próximo subponto, pelo que ganham toda a relevância quando inseridas na lógica da estrutura societária.

2.1 Numa perspetiva societária

No âmbito do direito societário, a doutrina tem avançado com definições de subcapitalização em função do tipo e do momento em que estas se dão: a subcapitalização material versus subcapitalização nominal, e a subcapitalização inicial versus a subcapitalização superveniente, sendo umas cumuláveis com outras.

De acordo com as primeiras, a subcapitalização material traduz-se “na falta de meios financeiros para a satisfação do objeto social”⁵ ou a “não afetação dos meios necessários à empresa”⁶. Aqui, sendo numa situação inicial, dificilmente se configura uma lesão dos interesses dos credores sociais pois estes, cientes da falta de solidez da sociedade, não aceitarão estabelecer relações com aquela. O mesmo não se poderá afirmar nas

¹RODRIGUES, Pedro Neto – O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance, *Fiscalidade*, 2005, n.º 21, p. 45.

²LOUSA, Maria dos Prazeres – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, *CTF*, n.º 383, Ministério das Finanças, 1996, Lisboa, p.14.

³VENTURA, Raúl – Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, *BMJ*, n.º 182, 1969, p.14.

⁴Comparando com a doutrina portuguesa, a doutrina transalpina realça a vertente fictícia que o financiamento a título de empréstimo pode acarretar. Ver PISTONE, Palumbo – *Considerazioni in Margine alla “Convenzione-tipo”*, OSCE del 1992, *Rivista di Diritto Tributario*, 1993, I., p. 294.

⁵RODRIGUES, Pedro Neto – *Op. cit.*, p. 46.

⁶DUARTE, Rui Pinto – Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial, *Fisco*, n.º 76/77, 1996, p. 57.

situações de subcapitalização material superveniente, onde os riscos de lesão dos interesses dos credores sociais são palpáveis.

Por seu turno, a subcapitalização nominal significará a decisão tomada pelos respetivos sócios em “financiar a sua sociedade através do recurso a capitais alheios, provocando nesse sentido, uma desproporção entre os capitais próprios e os capitais alheios à disposição da sociedade comercial”⁷. Acrescente-se ainda que a subcapitalização nominal não comporta, necessariamente, situações fiscalmente elisivas. Os sócios poderão acolher capital alheio sem pretender afetar os interesses do credor da relação jurídico tributária.

Comparando as modalidades supra referidas, rapidamente se afere o traço distintivo entre elas: a vontade em recorrer a verbas externas, no caso da vertente nominal, e a ausência da mesma no sentido material do conceito pois, nesta última situação, a subcapitalização verifica-se independentemente da vontade dos sócios.

Quanto à segunda classificação, estaremos na presença de uma subcapitalização inicial quando a insuficiência se tenha verificado aquando da constituição da sociedade. Já no que toca à subcapitalização superveniente, e como a própria expressão indica, esta dar-se-á num momento posterior ao início da atividade social⁸.

Na análise das consequências fiscais, apenas a subcapitalização nominal nos importará⁹.

2.2 Numa perspetiva fiscal

A opção por um ou outro modo de financiamento acarretará, necessariamente, consequências fiscais diferentes, pois a injeção de capital próprio não é fiscalmente neutra¹⁰, porquanto a lei concede tratamento diferenciado a dividendos e a juros. Ora, no momento de capitalizar a sociedade, a tributação das operações suscetíveis de serem

⁷RODRIGUES, Pedro Neto – *Op. cit.*, p. 46.

⁸Cabe-nos afirmar que, por natureza, a subcapitalização nominal será superveniente. Não obstante, esta poderá consubstanciar-se como material ou nominal. Noutra sentido conclui CUNHA, Patrícia S. da – *A Subcapitalização no Direito Português – Apreciação face ao Direito Comunitário. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Volume II, 2000, Coimbra, p. 502.*

⁹No seio da nossa doutrina, o conceito de subcapitalização nominal é utilizado para definir subcapitalização por PEREIRA, João Aveiro – *O Contrato de Suprimento. 2.ª ed., 2001, Coimbra, p. 19, citando VENTURA, Raúl – Op. cit., p. 119.*

¹⁰Quanto às vantagens fiscais que poderão ser obtidas consoante o tipo de financiamento adotado pela sociedade ver RODRIGUES, Pedro Neto – *Op. cit.*, p. 47 e ss.; FERREIRA, Leonor Fernandes – *A Influência da Fiscalidade na Formação e na Aplicação da Poupança das Empresas, 1996, CTF, n.º 382, Lisboa, p. 15 e ss.; LOUSA, Maria dos Prazeres – Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas, XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Livro 3, 1998, Lisboa, p. 129 e CUNHA, Patrícia S. da – *Op. cit.*, pp. 501 e 503.*

utilizadas são factor primordial na tomada de decisão de gestão. À luz da alínea c) do n.º 1 do art. 23.º CIRC, os juros de capitais alheios aplicados na exploração serão considerados como gastos e, como tal, serão dedutíveis ao lucro tributável, reduzindo-o. Nesta perspetiva, o art. 23.º/n.º 1 CIRC comporta a noção de custos e, consequentemente, traça uma linha divisória entre o financiamento feito no interesse próprio da empresa e aquele feito no interesse do sócio, tendo por base o critério distintivo da indispensabilidade comprovada¹¹ para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora. A razão que suporta a aceitação da dedutibilidade destes custos reside no facto dos mesmos corresponderem a encargos afetos ao interesse exclusivo da empresa. Isso não significa, porém, que essa despesa gere lucro instantâneo, apenas importa que a mesma seja suportada no interesse da sociedade. Nas palavras de Saldanha Sanches, “o requisito da indispensabilidade dos custos para a formação de proveitos deve ser aferido por critérios de racionalidade económica face aos objectivos estatutários e atendendo, por isso, à razoabilidade e à fundamentação das decisões de gestão no momento e nas circunstâncias em que são tomadas”¹².

No que toca ao desaparecimento do requisito da razoabilidade do custo, Rui Morais considera que “se o custo deve ser havido como indispensável é, também, razoável o respectivo montante”¹³ e igualmente necessário, o que nos leva a concluir que, apesar deste requisito já não se encontrar expressamente previsto na letra da lei, o mesmo reside intrinsecamente no espírito da norma, nomeadamente no requisito da indispensabilidade, ganhando assim uma reforçada intensidade, na medida em que razoável é menos rigoroso do que indispensável (tal como necessário também o é).

Já os dividendos, decorrentes da remuneração do capital próprio, não são considerados como custos, logo, não podem ser deduzidos à matéria coletável. Assim, tanto a empresa como os próprios sócios terão de suportar a tributação que incidirá sobre aqueles montantes. O que nos leva a considerar que a lei fiscal, com o regime do art. 67.º CIRC, aliado ao art. 23.º do mesmo diploma, incentiva fortemente a contração de empréstimos e, consequentemente, o fenómeno da subcapitalização. Concretizando o exposto numa situação prática, a sociedade A, em vez de transferir dividendos para a

¹¹A este requisito, e à luz do princípio da especialização dos exercícios constante no art. 18º/n.º 1 e 3 do CIRC, acresce a exigência da sua contabilização com referência ao período a que respeitem. Quanto às matérias expostas, ver MORAIS, Rui Duarte – Apontamentos ao IRC. Reimpressão da edição de Novembro/2007, 2009, pp. 64 e ss. e 79 e ss..

¹²SANCHES, J. Saldanha – Manual de Direito Fiscal. 3.ª ed., 2007, Coimbra, p. 384.

¹³MORAIS, Rui Duarte – *Op. cit.*, pp. 84 e 85.

sociedade B, que não constituem valores dedutíveis, poderá transferir os seus lucros para a sociedade B sob a veste de juros, os quais no momento do cálculo do lucro tributável da sociedade A poderão ser dedutíveis, produzindo simultaneamente dois efeitos: primeiro, se a sociedade A e a sociedade B residirem em diferentes países, os rendimentos serão transferidos para um outro Estado e, segundo, a sociedade A verá a sua matéria coletável diminuída. Além destes efeitos, produz-se um terceiro: a distribuição oculta de dividendos, pois os juros constituem, em termos substanciais, uma distribuição de lucros.

Para uma melhor perceção dos efeitos fiscais que advêm do financiamento por capital alheio ou de capital próprio, veja-se o caso prático presente no Anexo I.

Agora, centraremos a atenção no regime fiscal da subcapitalização propriamente dito, iniciando tal abordagem com a exposição dos primeiros passos que o mesmo deu no ordenamento jurídico português.

3. OS PRIMÓRDIOS DA SUBCAPITALIZAÇÃO NO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS

3.1 Os seus antecedentes

É no âmbito do planeamento fiscal que surgem duas forças antagónicas: de um lado, posicionam-se os contribuintes que, com o objetivo de evitar uma maior tributação ou até a tributação na sua totalidade, recorrem cada vez mais a esquemas de elisão fiscal que impliquem a manipulação das normas tributárias, no outro polo, encontram-se os Estados que, com o intuito de defender e preservar o seu direito à tributação, espelho da sua soberania fiscal, tentam munir os seus ordenamentos jurídicos com medidas específicas anti abuso para preservar a coerência do mesmo e evitar a erosão da receita que, grande parte das vezes, segue rumo a outros destinos fiscalmente mais favoráveis.

Com o intuito de acompanhar a tendência que se vinha a verificar em grande parte dos países membros da OCDE, também Portugal foi beber à fonte dos ordenamentos jurídicos fiscalmente mais desenvolvidos, reconhecendo a necessidade de capacitar a sua lei tributária com meios dirigidos ao combate à evasão fiscal internacional. A adoção de tais instrumentos apresentara como principal objetivo o desmantelamento de mecanismos que provocavam a erosão da base tributável, preservando as receitas fiscais e a justiça na tributação.

Com este intuito, e por força do DL n.º 37/95 de 14 de fevereiro, ao CIRC foram aditadas duas medidas anti abuso: a primeira relativa aos pagamentos efetuados a entidades residentes em países com o regime fiscal privilegiado, constante, à data, no art. 57.º-A e, a segunda, respeitante à imputação de lucros de sociedades também nos locais referidos, prevista no art. 57.º-B¹⁴.

Analisando o primeiro regime dos supra referidos, prevê o n.º 1 do art. 65.º CIRC que as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável não são dedutíveis para efeitos da determinação da matéria coletável. Encontra-se, assim, consubstanciada uma presunção¹⁵ e a respetiva inversão do ónus da prova que passa a recair sobre o sujeito passivo. Deste modo, compete ao contribuinte ilidir aquela, através da demonstração de que tais encargos correspondem a operações verdadeiras e sem carácter anormal ou montante exagerado.

¹⁴Atualmente estes regimes encontram-se previstos nos arts. 65.º e 66.º CIRC, respetivamente.

¹⁵Ver 2.ª parte do n.º 1 do art. 65.º CIRC.

Ainda no que diz respeito à produção da prova, cabe-nos salientar que a simples apresentação do contrato celebrado entre residente e não residente é insuficiente para demonstrar a veracidade das operações realizadas. O exposto vai de encontro à lógica do instituto, pois se o art. 65.º CIRC inverte o ónus da prova em razão de práticas evasivas é porque o legislador decidiu considerar que, *a priori*, tais operações são simuladas e, sendo o contrato o meio pelo qual se opera tal simulação, este também deverá ser abrangido pelos efeitos da presunção. Logo, para ilidir tal suposição, é necessário que o sujeito passivo ateste “a efetiva prestação de serviços, o recebimento de empréstimos, a utilização de direitos de propriedade intelectual”¹⁶.

A mesma problemática renova-se quanto à demonstração da inexistência de um montante desproporcional ou carácter anómalo da transação. Neste caso, o critério a adotar para avaliar a regularidade da mesma será o princípio da concorrência, segundo o qual compete aferir se as mesmas entidades, em condições análogas e na qualidade de independentes, celebrariam tais operações nos trâmites similares aos acordados.

Quanto ao regime da imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado, prevê o art. 66.º/n.º 1 CIRC que os rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados ao sujeito passivo residente em território português, desde que detenha, direta ou indiretamente, “pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais dessas entidades”.

Assim, esta norma tem como principal objetivo, tal como consta do texto preambular do referido diploma, “contrariar a acumulação, por residentes, de resultados em sociedades por eles controladas, situadas em território fiscalmente privilegiado, e decorre directamente do princípio da tributação numa base ilimitada dos rendimentos obtidos por residentes”.

Em bom rigor, a consagração legal desta norma anti abuso comporta uma atitude reativa por parte dos Estados pois, independentemente da distribuição dos lucros e verificadas as referidas condições, estes serão sempre imputáveis aos sócios e, como tal, tributados. *Grosso modo*, estamos na presença de uma ficção da distribuição dos dividendos.

¹⁶LEITÃO, Luís M. – A Introdução na Legislação Portuguesa de Medidas Destinadas a Reprimir a Evasão Fiscal Internacional: o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, 1995, CTF, n.º 377, Lisboa, p. 99.

A *ratio* desta norma é, pois, bem clara: visa combater aqueles comportamentos puramente artificiais, desprovidos de substância económica e que apenas tendem à aquisição de vantagens fiscais através da utilização de sociedades-base de acumulação de rendimentos, de forma a evitar a tributação dos sócios no seu Estado de residência.

Em suma, podemos considerar que na adoção destes dois regimes foi determinante o juízo de desconfiança e suspeição da prática de evasão fiscal. O cerne destes regimes resume-se, fundamentalmente, com o impedimento da deslocação de rendimentos para os comumente designados paraísos fiscais, exclusivamente com fins de redução da carga tributária. A consagração de tais disposições veio, assim, colmatar um vazio na legislação.

3.2 O art. 57.º-C do CIRC

Prosseguindo a mesma linha orientadora, e com o mesmo espírito preventivo, o Governo introduziu, através do artigo único do DL n.º 5/96, de 29 de janeiro¹⁷ (ver Anexo II), o primeiro regime referente à subcapitalização, contemplado no então art. 57.º-C CIRC. Deste modo, procurou-se dar resposta aos efeitos crescentes do fenómeno da subcapitalização, matéria que, até à data, não tinha sido tratada pela legislação portuguesa¹⁸. Nestes termos, iniciaram-se os primeiros passos referentes à problemática em questão.

Posteriormente, e à luz da Lei n.º 10-B/96, de 23 de março (Anexo III), o legislador considerou necessário acrescentar ao preceito os n.ºs 7 e 8, os quais estabelecem, respetivamente, que ao sujeito poderia não ser aplicável o disposto no n.º 1 mesmo que aquele tivesse ultrapassado o coeficiente de endividamento, desde que demonstrasse que o mesmo coeficiente seria obtido com entidades independentes e em condições análogas. No que toca à produção da prova, o sujeito passivo teria de efetuá-la “dentro de 30 dias após o termo do período de tributação em causa.”

Por fim, a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro procedeu a novas alterações no art.57.º-C (Anexo IV), eliminando as definições autónomas de relações especiais

¹⁷Foi o art. 28º/n.º 1 da Lei nº 39-B/94, de 27 de dezembro (Lei do OE para 1995) que autorizou o Governo a legislar sobre a matéria da subcapitalização.

¹⁸A este respeito, Maria dos Prazeres Lousa afirma que *[a]s razões que conduziram à previsão legal de medidas contra a subcapitalização prendem-se com a prossecução do objectivo de travar a evasão e a erosão das receitas fiscais internas provocadas por esquemas de financiamento qualificados como abusivos, porque conduzem a insuficiências de capital próprio das sociedades, em resultado do elevado endividamento contraído junto dos seus sócios e /ou de entidades associadas não residentes,* Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas – *Op. cit.*, p.132.

constantes no n.º 2, que apresentavam a característica de se aplicarem sucessivamente, optando-se por recorrer, através remissão expressa, ao conceito de relações especiais previsto no art. 57.º/n.º 4 CIRC, para os preços de transferência¹⁹.

3.3 O art. 61.º do CIRC

Finalmente, o DL n.º198/2001, de 3 de julho (Anexo V) veio rever aspetos de carácter formal, renumerando o regime da subcapitalização, que passou a constar do art. 61.º, sem alterar a essência do instituto.

A única alteração a ter em conta foi o suprimento do antigo n.º 2, art.57.º-C, mencionada no subponto anterior.

Em suma, poder-se-á concluir no mesmo sentido que Paulo de Pitta e Cunha e Luís Máximo dos Santos, quando afirmam “que nem as alterações de 1996 nem as de 2000 modificaram os aspectos essenciais da caracterização do regime português da subcapitalização”²⁰.

Porém, se na perspetiva interna nada de relevante houve a assinalar, já o mesmo não poderá ser dito no plano comunitário.

¹⁹Esta técnica legislativa salvaguardava as “devidas adaptações” ao regime da subcapitalização, expressão que foi mantida até ao fim de 2012.

²⁰CUNHA, Paulo de P. e SANTOS, Luís M. dos – Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização, *Fisco*, n.º 119/ 121, 2005, p.7.

4. A INCOMPATIBILIDADE DOS REGIMES INTERNOS À LUZ DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA

4.1 O papel interventivo do TJCE

Se no âmbito da fiscalidade direta quem assume total competência são os EM's, como contrapartida caberá aos mesmos fazê-lo em respeito das liberdades fundamentais consagradas no direito comunitário. Não obstante, o TJCE²¹ mostrou-se interventivo e preponderante na configuração de vários regimes nacionais. Exemplo do exposto será o caso *Lanckhorst-Hohorst*²².

Com efeito, no *Ac. Lankhorst*, a questão prejudicial enviada ao Tribunal centrava-se na discussão da compatibilidade do § 8a (1) KStG, norma referente ao regime da subcapitalização alemã e que se propunha pôr cobro aos mecanismos puramente fiscais, com o art. 43.º do TCE²³, respeitante à liberdade de estabelecimento. A norma germânica estabelecia que *[a] remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos*²⁴. Acrescente-se que à luz do direito alemão os sócios não residentes, como as pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas que assumissem objetivos de interesse geral, não gozavam deste crédito de imposto.

Assim, e tendo como objeto de análise apenas a matéria de direito²⁵ do referido Acórdão, ao contrário do que se encontrava disposto no art. 61.º/n.º 1 CIRC, que fazia menção expressa aos não residentes e o regime só àqueles era aplicável, o § 8a KStG não contemplava tal distinção. Ao invés, a questão era contornada de um outro modo, ou seja, através da aplicação de duas imposições: a primeira seria a não atribuição do crédito de imposto a não residentes e às referidas pessoas coletivas; a segunda manifestava-se por força da aplicação do regime da subcapitalização apenas aos que não usufruíssem do referido crédito. Ora, a cumulação de tais ordens levaria a que só aos

²¹Atual TJUE.

²²Processo C-324/00, 12 de dezembro de 2002.

²³Art. 49.º TFUE. Ver ainda art. 59.º TFUE, antigo art. 48.º do TCE.

²⁴Tradução obtida em CUNHA, Paulo de P. e, e SANTOS, Luís M. dos – *Op. cit.*, p.14.

²⁵Por uma questão prática, consideramos a matéria de facto vertida no *Ac.* do conhecimento geral, analisando apenas os pontos que consideramos fundamentais. Descartaremos a questão relativa à aplicabilidade da Diretiva 90/435/CEE (relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e às filiais de EM's diferentes) suscitada pelas partes como forma de resolução do litígio, por entendermos não ter influência no processo evolutivo do tema da presente dissertação.

não residentes, como às outras pessoas coletivas, fosse aplicável o regime da subcapitalização.

Desta forma conclui-se, tal como concluiu o órgão jurisdicional de reenvio e o TJCE, que o preceito em questão comportava uma discriminação entre filiais, consoante o sócio fosse ou não residente. Na perspetiva do sócio mutuante, a norma distinguia entre o financiamento concedido por sócios residentes ou não residentes.

Ora, a consequência legal de tal discriminação impunha que os juros pagos por uma filial residente como remuneração de capitais externos provenientes de uma sociedade-mãe não residente fossem tributados como dividendos ocultos a uma taxa de 30%²⁶. Pelo contrário, se a sociedade-mãe fosse residente, teria direito a um crédito de imposto e os juros seriam tratados como gastos fiscais.

Dado o exposto, encontrava-se consubstanciada uma discriminação que operava por via indireta, pois o critério distintivo não seria a residência²⁷, como no caso português, mas sim a impossibilidade do sócio gozar do crédito de imposto, sendo que esta imposição englobava não residentes, outras pessoas coletivas de direito público e ainda aquelas que prosseguiam interesse gerais.

A este respeito, a *Finanzgericht Münster* argumentou que a norma em causa não contemplava qualquer discriminação, na medida em que não só englobava as entidades não residentes como também aquelas mesmas pessoas coletivas, ou seja, residentes. No entanto, o TJCE decidiu liminarmente pela improcedência de tal dedução, na medida em que a situação de uma e outras pessoas não eram de todo comparáveis pois, ao contrário das pessoas coletivas de direito público e as outras que visavam a prossecução do interesse geral, a empresa *Lankhorst-Hohorst* tinha um escopo lucrativo, além de que aquelas se encontravam isentas de IRC.

Deste modo, a norma alemã mostrava-se manifestamente discriminatória, violando o direito de estabelecimento. Ora, tal violação acarretava consequências a nível do mercado pois, a requalificação dos juros como uma distribuição oculta de dividendos colocava um entrave a transações e empréstimos celebrados com sócios não residentes, o que poderia pôr em causa a criação ou até mesmo a manutenção de filiais em território alemão.

²⁶Cfr. para. 6, 7, 9, 10, 11 e 12 do C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

²⁷Note-se que a partir dos casos *Biehl* (Processo C-175/88) e *Commerzbank* (Processo C-330/91) assistiu-se a uma assimilação generalizada do critério da residência ao critério da nacionalidade.

Na perspetiva da Administração Tributária alemã, também consideramos que esta norma apresentava desvantagens pois, se por um lado a máquina fiscal pretendia garantir o direito à tributação através da adoção de tal medida anti abusiva, por outro a vedação criada em torno do financiamento externo poderia levar a que as filiais verdadeiramente subcapitalizadas não tivessem capital suficientemente para prosseguir a atividade social, levando-as à insolvência e, por fim, não mais produziriam, o que poderia significar, mesmo que em pequena escala, uma descida na receita estadual.

Em suma, delimitada a esfera de proteção e respetiva ingerência do art. 43.º TCE, o § 8a KStG, além de discriminatório, tornava o exercício do direito à liberdade de estabelecimento menos atrativo²⁸ em relação às sociedades estabelecidas em outros EM's, esvaziando a disposição comunitária do seu propósito.

Contudo, “as liberdades não definem espaços de protecção absoluta, pelo que uma norma interna que comprima ou limite esses espaços de protecção pode, ainda assim, ser considerada admissível”²⁹, desde que verificadas as seguintes condições: *i*) seja necessária e que prossiga um objetivo legítimo e compatível com o TCE, *ii*) que se justifique por razões imperiosas de interesse público, *iii*) adequada para garantir a realização do objetivo em causa *iv*) e obedecendo a uma ideia de proporcionalidade. Por conseguinte, caberia ao TJCE verificar a observância destes requisitos e se as razões enunciadas justificariam a compressão da norma comunitária.

No âmbito das razões imperativas de interesse geral, um dos argumentos utilizados pela Alemanha, Dinamarca, Reino Unido e até pela própria Comissão seria que a norma se destinava a lutar contra a evasão fiscal e que a mesma se mostrava adequada a travar mecanismos de capitalização dissimulada³⁰. A este respeito, e após o Tribunal ter iniciado a sua intervenção afirmando que a redução de receitas fiscais não constituía uma razão imperiosa de interesse geral capaz de justificar uma medida contrária a qualquer liberdade consagrada no direito comunitário, o TJCE constatou que o § 8a KStG não tinha como intuito atacar os instrumentos de engenharia fiscal dirigidos à transferência de rendimentos para Estados fiscalmente mais favoráveis. Pelo contrário, como notou o Tribunal, e à semelhança das conclusões do Advogado-Geral, a lei fazia-

²⁸Ver Ac. *Gebhard* (C-55/94), para. 27.

²⁹NOGUEIRA, João Félix Pinto – Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais. Coimbra Editora, p. 236.

³⁰Ac. *Lankhorst-Hohorst*, para. 34.

se aplicar indiscriminadamente, tendo como alvo todas as sociedades estrangeiras que financiassem a residente.

Dada a falta de critério, o preceito revelava-se incapaz de aferir da motivação fiscal das operações de financiamento estrangeiro. A norma alemã não poderia pressupor a existência de um mecanismo dissimulado e destinado à evasão fiscal, capaz de subtrair uma sociedade ao ordenamento interno³¹. De qualquer modo, refira-se que a tributação de tais rendimentos, mesmo que fossem qualificados como juros, seriam sempre tributados no Estado de residência da sociedade-mãe. Para uma restrição justificada do direito comunitário seria necessário que as medidas internas visassem, unicamente, o combate aos esquemas de engenharia financeira, pelo que se censura a falta de adequação da lei ao seu suposto propósito e a consequente aplicação desregrada a uma universalidade de casos que o § 8a KStG não deveria, à partida, abranger. Por conseguinte, o escopo da disposição mostrava-se demasiado amplo para legitimar restrições à liberdade de estabelecimento³². Assim, o argumento utilizado pelos vários Estados não era procedente. Pelo modo de formulação e conteúdo da norma em apreço, este dispositivo não se mostrava adequado a fazer face a mecanismos de capitalização dissimulada.

Em segundo lugar, o Governo alemão e britânico sustentavam a admissibilidade da medida nacional com base na necessidade de garantir a coerência dos regimes fiscais aplicáveis³³. No entanto, para que tal disposição se revelasse essencial para garantir a coerência do sistema tributário, seria necessário a verificação de determinados critérios que foram sendo estabelecidos pelo Tribunal ao longo da sua prática jurisprudencial: *i*) uma ligação direta entre o benefício concedido ao sujeito passivo e a respetiva desvantagem fiscal, *ii*) que aqueles se reportassem ao mesmo imposto, *iii*) ao mesmo contribuinte e *iv*) que a referida relação não fosse comprometida por uma CDT³⁴.

³¹No mesmo sentido cfr. GUTMANN, Daniel e HINNNEKENS, Luc – *The Lankhorst-Hohorst Case. The ECJ Finds German Thin Capitalization Rules Incompatible with Freedom of Establishment*, 2003, *EC Tax Review*, Vol. 12, Issue 3, p. 95; VINTHER, Nikolaj e WERLAUFF, Eric – *The Need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the Consequences of the Judgement of the ECJ in Lankhorst-Hohorst*, 2003, *EC Tax Review*, Vol. 12, Issue 2, pp. 101 e 102.

³²KÖRNER, Andreas – *The ECJ Lankhorst-Hohorst Judgment – Incompatibility of Thin Capitalization Rules with the European Law and Further Consequences*, *Intertax*, Vol. 31, abril 2003, *Kluwer Law International*, p. 164.

³³Ac. *Lankhorst-Hohorst*, para. 34.

³⁴Cfr. METLZER, Vanessa – *The relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation*, in: LANG, Michael, PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef e STARINGER, Claus (Coord.) – *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Wien, Linde Verlag, 2008, p. 55 e NOGUEIRA, João F. – *Op. cit.*, p. 244.

Com efeito, e ao contrário do sucedido nos Acs. *Bachmann* (C-204/90) e Comissão/Bélgica (C-300/90), em que onexo direto efetivamente se verificava, no caso em apreço tal conexão era inexistente. Facilmente se comprova o exposto se evidenciarmos, por um lado, a desvantagem fiscal imposta às filiais das sociedades não residentes, consubstanciada na impossibilidade das mesmas deduzirem os juros fruto do financiamento, e por outro, a incapacidade do Estado alemão em referir uma contrapartida que lhe correspondesse. Entendemos que esta justificação também não convence³⁵.

Por fim, foi ainda alegado por parte do Reino Unido que o preceito em causa se justificava como meio apropriado para garantir a eficácia dos controlos fiscais. A este respeito, apenas nos cabe referir que o argumento foi evocado perante o TJCE, contudo não foi apresentada qualquer fundamentação, pelo que se considera tão ou mais improcedente que os restantes.

Tendo em conta o até agora exposto, conclui-se que a questão prejudicial deve ser respondida no sentido em que o § 8a (1) KStG se mostrava incompatível com o art. 43.º TCE. Com esta decisão, e apesar do tema já ter sido alvo de estudo em momentos anteriores, o TJCE trilhou novos caminhos na jurisprudência comunitária e, pela denúncia da clara violação da liberdade de estabelecimento, provocou uma reforma transversal a grande parte dos regimes internos que à data vigoravam nos EM's.

Esta problemática teria, ainda, uma sequela: o Caso *Thin Cap Group Litigation*³⁶. Quanto a este Acórdão, por o Tribunal ter desenrolado um raciocínio semelhante ao vertido no Ac. *Lankhorst-Hohorst*, e ter chegado às mesmas conclusões, apenas realçaremos um ponto digno de referência: o Tribunal concluiu que a medida interna teria de visar aqueles mecanismos cuja finalidade seria esquivar as empresas à alçada do poder tributário³⁷, sem no entanto deixar de estabelecer duas imposições ao Governo britânico. A primeira seria, em cada caso, conceder a possibilidade aos sujeitos passivos de exporem, sem grandes esforços administrativos, as razões que levaram à contração de tal empréstimo. A segunda impunha uma limitação à requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos, ou seja, fazê-lo tomando por referência a proporção de juros

³⁵Como veio a acontecer no caso *Maninmen* (C-319/02), *Hollmann* (C-443/06) e, entre outros, *Deutsche Shell* (C-293/06). Apenas com *Krankenheim Ruhesitz* (C- 157/07) esta justificação foi novamente aceite.

³⁶Ver Ac. C-524/04.

³⁷Ver para. 79.

que teria sido acordada caso o empréstimo tivesse sido celebrado entre a entidade residente e um terceiro, concretizando-se o princípio de livre concorrência³⁸.

Num passado ainda mais recente, e em decisões atinentes a outras matérias, o TJCE veio, e bem, a sedimentar a necessidade de salvaguardar esta liberdade fundamental, em detrimento dos regimes vigentes nos EM's³⁹.

4.2 Respetivas consequências nos ordenamentos jurídicos internos

No âmbito do ordenamento jurídico tributário português, a jurisprudência fixada pelo TJCE no *Ac. Lankhorst-Hohorst* apenas veio evidenciar a incompatibilidade entre a norma interna (art. 61.º CIRC) e o direito à liberdade de estabelecimento pois, se já da norma germânica era possível extrair o seu carácter discriminatório, mesmo que indiretamente, o n.º 1 daquele preceito comportava explicitamente a diferenciação das sociedades mutantes, consoante estas se situassem dentro ou fora de fronteiras portuguesas. Ora tal distinção, ainda mais gritante na lei portuguesa, resultava em claro desfavor para as sociedades-mães sediadas noutros EM's.

Além do exposto, refira-se que ambos os regimes se distinguiam pelo tratamento concedido aos juros excessivos, pois se a norma alemã os tributava como sendo uma distribuição oculta de dividendos, o art. 61.º CIRC apenas previa a indedutibilidade dos mesmos, o que pressupunha a tributação de tais rendimentos, mesmo que a uma taxa inferior.

Será de acrescentar que o regime previsto nesta norma anti abuso não se justificava por razões imperativas de interesse geral. Assim, e por maioria de razão, a violação do art. 43.º TCE por parte da norma nacional era inaceitável. Pelo seu carácter discriminatório, a mesma colocava sérias restrições a uma liberdade que, para a sua plena efetivação, não poderia ser de algum modo constrangida. Nesta medida, a lei nacional padecia da mesma anomalia da lei alemã: o tipo de critério na aplicabilidade do regime da subcapitalização, fazendo com que a previsão do preceito fosse extensível mesmo àquelas sociedades não residentes que financiavam a sua filial sem qualquer intuito de elisão fiscal.

³⁸*Idem*, para. 82, 83e 92.

³⁹Em casos como *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. SapA/ Administration des contributions en matière d'impôts* (C-380/11) e *Philips Electronics UK Ltd* (C-18/11). No que toca ao último caso, e para um maior desenvolvimento, ver ENGLISH, Joaquim – *HMRC Vs. Philips Electronics UK Ltd: another contribution to EU Law jurisprudence on loss relief*, *British Tax Review*, n.º 5, 2012, pp.586-595.

Com mais ou menos contornos, o cenário repetia-se na maioria dos EM's com normas semelhantes, pelo que se mostrava crucial compatibilizar o panorama comunitário com o Tratado, sob pena dos países serem confrontados com uma ação por incumprimento, nos termos do art. 226.º TCE⁴⁰. Para tal, e não descurando da necessidade do combate à evasão fiscal, os EM's teriam de proceder a uma revisão às normas de subcapitalização, pelo que a solução passaria por uma das seguintes medidas: i) o simples abandono do referido regime, o que poderia exponenciar problemas relativos à erosão da base tributável; ii) a manutenção da norma nos mesmos termos mas adaptando-a a casos de celebração de acordos com as entidades credoras residentes em outros EM's; iii) a extensão do regime não só a países terceiros como às situações domésticas, o que a nosso ver abriria um precedente à subcapitalização interna e levantaria problemas de dupla tributação económica (como se verá posteriormente); iv) por fim, reelaborar a letra da lei para que a mesma se mostrasse em concordância com as exigências comunitárias⁴¹.

Ora, no seio desta panóplia de opções, e à semelhança de Espanha, Portugal decidiu adaptar o seu regime em conformidade com o direito comunitário. Já outros países, como a Alemanha⁴² e o Reino Unido, optaram por estender os respetivos regimes quer a operações domésticas quer transfronteiriças⁴³.

Assim, e por força da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro (Lei do OE para 2006, ver Anexo VI), procedeu-se a alterações no n.º 1, 2 e 6 do art. 61.º CIRC, de forma a excluir do âmbito de aplicação do regime da subcapitalização as entidades residentes noutros EM'S, compatibilizando-a com o direito comunitário. Não só com o atual TFUE, mas também com o art. 1.º da Diretiva 2003/49/CE de 3 de junho⁴⁴. No que toca à Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM's diferentes, a atual Diretiva 2011/96/UE do Conselho da UE, só seria

⁴⁰Previsto no atual art. 258.º e ss. TFUE.

⁴¹GUTMANN, Daniel e HINNEKENS, Luc – *Op. cit.*, p. 96.

⁴²Na prática, a adoção de tal solução fazia recair sobre a Administração Tributária alemã um peso imenso, tendo de proceder ao exame exaustivo de todos os financiamentos, mesmo os internos.

⁴³Cfr THOEMMES, Dr. Otmár, STRICOF, Robert e NAKHAI, Katja – *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles – An analysis of thin capitalization rules in the light of the non-discrimination principle in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax*, Vol. 32, Issue 3, *Kluwer Law International*, 2004, pp. 127 e 128.

⁴⁴Relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de EM's diferentes.

aplicável àquelas normas de subcapitalização que procediam à reclassificação do juro⁴⁵, o que não era o caso português.

É do nosso entendimento que esta reforma legislativa, fruto de imposição comunitária, apesar de ter desobstruído o livre financiamento intracomunitário, gerou inúmeras oportunidades de planeamento fiscal alicerçado na maximização da potencialidade dos juros. Por outras palavras, as sociedades começaram a retirar dos juros várias vantagens. Para o efeito, basta equacionarmos que os juros não só passaram a ser totalmente dedutíveis no EM da fonte, como também foram tributados no EM de residência em que a sociedade mãe estrategicamente se posicionou, aliciada por uma tributação comparativamente mais baixa. Como consequência, tal fenómeno poderá ter provocado uma maior concorrência entre Estados que se diferenciavam pelo tratamento variado e concedido àqueles rendimentos contribuindo, também, para a erosão da base tributável daqueles EM's que à data estipularam taxas de tributação superiores.

Em suma, por força do Ac. *Lankhorst-Hohorst* assistiu-se a uma forçada e generalizada reestruturação do regime da subcapitalização e a norma portuguesa não foi exceção.

Para uma melhor compreensão do cenário comunitário pós *Lankhorst*, veja-se o Anexo VII.

⁴⁵VAN DONGEN, T. J. C. – *Thin Capitalization Legislation and the EU Corporate Tax Directives*, IBFD, vol. 52, n.º 1, 2012, pp. 27 e ss..

5. A SUBCAPITALIZAÇÃO NAS CONVENÇÕES SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO

A redação original do art. 61.º CIRC suscitava ainda uma outra questão: o seu eventual conflito com algumas normas constantes na CMOCDE, como os arts. 9.º, 11.º e 24.º deste diploma, relativos, respetivamente, à tributação e à relação entre empresas associadas, à tributação dos juros e ao princípio da não discriminação.

Confrontando o vertido no art. 9.º/n.º 1 com as normas internas da subcapitalização que à data vigoravam, e apesar de algumas daquelas estabelecerem um rácio fixo de endividamento, conclui-se pela ausência de colisão entre estas e o preceito da convenção, desde que as mesmas concedessem ao sujeito passivo a possibilidade de ilidir a presunção que sobre ele recaía, ou seja, através de meios de prova adequados, o mesmo pudesse provar que se financiou com entidade relacionada em condições similares àquelas que obteria com um terceiro independente, conforme a taxa normal de mercado⁴⁶, o que acontecia no caso português.

Sem prejuízo do disposto, a questão ganharia novos contornos se equacionarmos o previsto no n.º 2 da referida norma convencional, o qual estabelece um ajustamento em casos de dupla tributação. Deste modo, pressupondo a existência de uma CDT celebrada entre dois Estados na qual estivesse prevista aquela cláusula, se os juros fossem tributados no Estado da fonte, o Estado de residência do beneficiário dos mesmos teria de aceitar o ajustamento efetuado pelo primeiro Estado. No entanto, a tal reconhecimento colocavam-se entraves: a disparidade no tratamento tributário concedido a este fluxo de rendimentos, dada a variação da taxa aplicável aos juros de Estado para Estado, e a vontade daqueles garantirem a sua parcela de receita. Não será por acaso que Portugal, ainda quando se encontrava em vigor o art. 57.º-C CIRC, estabeleceu esta reserva nas convenções que celebrou⁴⁷.

Porém, não estando esta norma prevista numa CDT celebrada entre os Estados contratantes, os mesmos poderiam recorrer a outros mecanismos como meios de resolução da dupla tributação. Referimo-nos ao procedimento amigável presente no art. 25.º da CMOCDE ou ainda o procedimento amigável e o procedimento arbitral que constam nos arts. 6.º e ss. da Convenção 90/436/CEE, relativa à eliminação da dupla

⁴⁶Neste sentido, LOUSA, Maria dos Prazeres – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, *Op. cit.*, p. 25 e RODRIGUES, Pedro Neto – *Op. cit.*, p. 63

⁴⁷Será o caso das convenções celebradas com a Áustria, Brasil, Itália e Suíça. Posteriormente, o art. 9/n.º2 foi incluído apenas nas convenções celebradas com a Alemanha, EUA e Moçambique. Para mais exemplos ver TEIXEIRA, Glória – *Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System*, *Intertax*, Vol. 24, dezembro, 1996, p. 475.

tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas. Cabe-nos salientar que o traço distintivo entre o procedimento amigável constante na CMOCDE e o procedimento arbitral da referida convenção será a obrigatoriedade deste último em obter uma solução para a eliminação da dupla tributação. Contudo o seu âmbito de aplicação é mais restrito, sendo apenas aplicável a empresas associadas e residentes na UE⁴⁸.

Outra questão que se levantava seria a incompatibilidade do art. 61.º CIRC, que estabelecia uma clara distinção entre residentes e não residentes, com o art. 24.º CMOCDE, relativo ao princípio da não discriminação. Ora, muito à semelhança do previsto no art. 49.º TFUE, o n.ºs 1 e 4 desta norma convencional exigem um tratamento igualitário da entidade mutuária, independentemente de esta se financiar através de residentes ou não residentes. O mesmo será dizer que às sociedades que se financiam através de não residentes teria de ser concedida a possibilidade de deduzir os juros na matéria coletável tal como se o empréstimo fosse contraído para com um residente, algo que a norma portuguesa não permitia. A sua restrição, que recaía apenas sobre os não residentes, consubstanciava uma violação do princípio da não discriminação presente no art. 24.º/n.º4. Assim, como forma de contornar esta violação, o Estado português não incluiu esta norma em grande parte das suas CDT's celebradas com países terceiros ou, pelo menos, introduziu uma ressalva através de uma cláusula de salvaguarda, assegurando a aplicação do art. 61.º CIRC⁴⁹.

No entanto, o art. 24.º reconhece exceções ao princípio da não discriminação. É o caso do já referido art. 9.º/n.º 1 e do art. 11.º/n.º 6 do mesmo diploma⁵⁰, respeitante a juros que foram acordados entre as partes relacionadas que não satisfaçam o princípio da plena concorrência. De acordo com este preceito, a parcela de juros excessivos, por ultrapassar o estabelecido pelo princípio da livre concorrência, não é abrangida pelo art.11.º, pelo que será tributada de acordo com a legislação de cada Estado contraente. Tenha-se em conta, contudo, que não é pelo facto de se aplicar a casos em que o juro

⁴⁸Cfr. LOUSA, Maria dos Prazeres – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, *op. cit.*, p. 27 e THOEMMES, Dr. Otmar, STRICOF, Robert e NAKHAI, Katja – *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁹Será o caso das CDT's celebradas à data com a Áustria e, entre outros países, Brasil. Naquelas CDT's em que o art. 24.º/n.º4 foi incluído a situação torna-se menos clara. Nestes casos, entendemos que o regime da subcapitalização só se mostrava compatível com a norma convencional se pudesse ser enquadrada no art. 9.º/n.º1, sendo uma exceção. Ver TEIXEIRA Glória, – *Op. cit.*, p. 476.

⁵⁰Ver CÂMARA, Francisco de S, e FERNANDES José A. – *Thin Capitalization Rules*, IBFD, 2007, p. 121. Disponível em <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/412.pdf>.

ultrapassa o princípio da livre concorrência que se aplica aos casos de subcapitalização⁵¹, pois uma e outra questão não estão necessariamente relacionadas.

⁵¹THOEMMES, Dr. Otmar, STRICOF, Robert and NAKHAI, Katja – *Op. cit.*, p. 132.

6. A SUBCAPITALIZAÇÃO DO 67.º CIRC: A ANTECÂMARA DO ATUAL REGIME

Foi com o n.º 1 do artigo 7.º e respetivo Anexo I do DL n.º 159/2009, de 13 de julho (Anexo VIII) que o regime da subcapitalização passou a constar do art. 67.º CIRC.

Conhecido todo o processo evolutivo desta cláusula específica anti abuso, analisaremos agora o regime previsto no art. 67.º CIRC que vigorou até ao fim de 2012 e as consequências que o mesmo acarretava no plano internacional, pois a crescente internacionalização da economia impossibilita-nos o estudo da subcapitalização circunscrito à realidade portuguesa.

6.1 Requisitos de aplicação

Para que se desencadeassem os efeitos fiscais da subcapitalização era necessário que se verificassem, cumulativamente, três requisitos, a saber: *i*) a existência de um endividamento excessivo *ii*) para com entidade que não fosse residente em território português ou em outro EM da UE *iii*) e com a qual existissem, tendo em conta apenas o período de tributação a que se referia a dívida de imposto, relações especiais.

6.1.1 Endividamento excessivo

Nos termos do n.º 3, do art. 67.º CIRC, existia excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma⁵² das entidades com quem a sociedade mantinha relações especiais fosse superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio. Assim, como forma de apurar o excesso em dívida, o legislador adotou um coeficiente de endividamento no qual estabeleceu um rácio rígido (2:1), sendo que o mesmo era aplicável independentemente das circunstâncias que pautavam a situação em questão⁵³. Além do exposto, o coeficiente de endividamento revestia “uma natureza de um limite de isenção, ou seja, de uma regra do tipo «*safe haven*»”⁵⁴, pois as consequências fiscais inerentes à subcapitalização só se faziam sentir na medida em que o endividamento ultrapassasse o limite legalmente estabelecido, ou seja, o já mencionado coeficiente de endividamento. O mesmo será dizer que, até ao

⁵²Apesar da norma visar combater o endividamento total da sociedade para com entidades com as quais existam relações especiais, o cálculo do endividamento deveria ser efetuado individualmente para cada uma dessas entidades.

⁵³Por exemplo, a dimensão da sociedade, o seu volume de negócios ou o tipo de objeto social prosseguido.

⁵⁴LOUSA, Maria dos Prazeres – Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas, *Op. cit.*, p. 135.

limite legal supra referido, os juros devidos pela entidade mutuária poderiam ser dedutíveis ao lucro tributável sendo que, caso aquele limite fosse ultrapassado, o montante excedentário seria tributável. Ainda a respeito do n.º 3, o excesso de endividamento poderia ser apurado a qualquer data do período de tributação, critério que exigia do sujeito passivo um acompanhamento diário da evolução dos créditos.

Quanto ao cálculo do endividamento eram consideradas todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie, qualquer que fosse o tipo de remuneração acordada, incluindo os créditos resultantes de operações comerciais quando decorridos mais de seis meses após a data do respetivo vencimento (art. 67.º/ n.º 4 CIRC).

Já no que toca ao cálculo do capital próprio, e por força do disposto o art. 67.º/ n.º 5 CIRC, não deveriam ser contabilizadas aquelas rubricas que traduziam mais-valias ou menos-valias potenciais ou latentes.

Assim, cabe-nos concluir que o legislador português estabeleceu um coeficiente objetivo para, através do mesmo, apurar a existência de uma situação de subcapitalização, averiguando a relação entre a participação da sociedade mutuante no capital próprio da sociedade mutuária e o montante de endividamento desta face ao sócio. Porém, não se abdicou da intenção de adotar um coeficiente direcionado para a proteção do contribuinte, segundo o qual a dedutibilidade dos juros não deveria ser colocada em causa uma vez respeitado o preceituado nos arts. 23.º e 67.º CIRC.

Contudo, a opção por um coeficiente fixo de subcapitalização acarretava algumas desvantagens pois, apesar de introduzir maior simplicidade e facilidade na aplicação do regime, o que também trazia uma maior segurança ao ordenamento jurídico, tornava o sistema rígido e pouco flexível, incapaz de considerar devidamente as circunstâncias do caso concreto. Além do exposto, era inegável que a adoção de tal critério era suscetível de não traduzir adequadamente a conjuntura económica e financeira da generalidade das empresas e, sobretudo, não refletir as especificidades de certo ramo de atividade ou de não atender à dimensão e à idade das empresas⁵⁵. Facilmente se comprova o exposto se

⁵⁵Pelas razões enunciadas, o Comité dos Assuntos Fiscais recomendou no seu relatório sobre Preços de transferência e Empresas Multinacionais, à data, a adoção de critérios flexíveis. Foi neste sentido que o Reino Unido adotou um critério maleável e sensível às condições de mercado, capaz de determinar se o empréstimo contraído com entidade com a qual existiam relações especiais também se daria com uma entidade independente, com o mesmo nível de endividamento e em condições análogas. Para o efeito, a Administração Fiscal britânica utilizava indicadores de natureza económica para analisar casuisticamente, como o objetivo do empréstimo, os rácios de endividamento antes e após financiamento e, entre outros, saber se o empréstimo contraído melhorou a situação financeira da sociedade. Para aferir a existência de uma situação de subcapitalização, era exigível à máquina tributária um maior esforço, tendo de analisar caso a caso, e uma maior qualificação para aplicação daqueles critérios. Com tal sistema, a apreciação caracteriza-se por uma maior subjetividade que, conseqüentemente, proporciona um maior número de

considerarmos uma sociedade cuja necessidade de endividamento se mostra inferior ao rácio de endividamento. Neste caso, a pessoa coletiva em questão encontrava-se nas condições ideais para, caso pretendesse, criar artificialmente distribuições ocultas de capital à sua relacionada, fruto da injeção de capitais alheios providos desta, desde que não ultrapassasse o dito coeficiente. Já quanto àquelas sociedades que necessitavam de endividamentos superiores ao limite legal, encontravam-se numa posição desfavorável, pois iriam cair inevitavelmente nas malhas do regime da subcapitalização. Em suma, evidenciava-se uma falta de aderência à realidade do mundo empresarial português.

Como forma de contrabalançar a rigidez de tal regime e seguindo também as recomendações da OCDE⁵⁶, foi introduzida no n.º 6, do art. 67.º CIRC⁵⁷ uma cláusula de salvaguarda, a qual estabelecia que, mesmo que ultrapassado o coeficiente legal previsto no n.º 3, o sujeito passivo poderia demonstrar que, *tendo em conta o tipo de atividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes, e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas*⁵⁸ de uma entidade independente. Por força desta cláusula, encontrava-se consubstanciada não só a faculdade de afastar a presunção contida no n.º 2, que recaía automaticamente sobre os contribuintes, como também a possibilidade do sujeito passivo poder demonstrar que o endividamento excessivo não era motivado única e exclusivamente por motivos fiscais. No que toca à prova, esta seria feita nos termos do n.º 7, o qual nos remetia para o art. 130.º CIRC, referente ao processo de documentação fiscal. Este preceito obrigava o sujeito passivo a manter,

litígios entre a Administração Fiscal e particulares, que seriam remetidos constantemente para a alçada do poder judicial.

Além destas soluções, outras de grau intermédio foram tomadas. Será o caso alemão, que acolheu vários ratios fixos mas diferenciados entre si, aplicáveis em função do motivo do financiamento. A este respeito ver TORRES, Manuel Anselmo – Alcance do Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de empresas, *Fisco*, n.º 76/77, 1996, p. 79 e LOUSA, Maria dos Prazeres – A tributação das filiais de empresas transnacionais e a subcapitalização. In: A internacionalização da economia e a fiscalidade: [colóquio organizado no 30.º aniversário 1963-1993 do Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos], Lisboa: Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1993, p. 455 e 456.

⁵⁶“*La sous-capitalisation – L'imposition des artistes du spectacle e des sportifs*”, *Questions de fiscalité internationale*, n.º2, Paris, OCDE, 1987.

⁵⁷O constante neste número não era aplicável aos endividamentos contraídos perante entidades residentes em país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável, comumente designados por paraísos fiscais (n.º 6 *ab initio*). Estes encontram-se abrangidos pelo regime contido no art. 65.º CIRC.

⁵⁸Quanto às condições do financiamento, Pedro Neto Rodrigues entende que a formulação desta cláusula não era bem conseguida, pois a mesma comportava uma “confusão conceptual entre a problemática dos preços de transferência e a matéria relativa à subcapitalização”. Para um maior desenvolvimento ver RODRIGUES, Pedro Neto – *Op. cit.*, pp. 59 e 60.

durante o prazo de 10 anos, a boa ordem da documentação relativa a cada período de tributação.

6.1.2 Entidade Não Residente

Além da existência de um endividamento excessivo, a lei exigia que a sociedade devedora se relacionasse com uma entidade não residente em território português ou em outro EM da UE. Esta norma tinha como principal objetivo “assegurar uma repartição das receitas fiscais que [favorecia] o Estado da fonte dos rendimentos, procurando travar a erosão da base tributável interna”⁵⁹. Assim, além desta sociedade ser não residente, englobava em si a qualidade de credora e sócia da sociedade subcapitalizada.

Inicialmente, o DL n.º 5/96, de 29 de janeiro, que aditou o art.57.º-C ao CIRC, apenas estipulava o endividamento excessivo da sociedade para com entidade não residente em território português. Posteriormente, e pelas razões já anteriormente referidas, o art. 61.º CIRC⁶⁰ alargou o seu leque de não aplicação aos residentes noutra EM’s da UE. Com o art. 67.º, tal disposição manteve-se.

6.1.3 Relações Especiais

Finalmente, o terceiro requisito exigido pelo art. 67.º CIRC referia-se à existência de relações especiais. A determinação deste conceito era feita por remissão para o n.º 4 do art. 63.º CIRC que considerava existirem relações especiais entre duas entidades quando uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, sendo que nas alíneas do referido número encontram-se enumeradas situações exemplificativas.

Como forma de colmatar a lacuna deixada por esta definição, a lei decidiu acautelar-se e, através da equiparação constante do art.67.º/n.º 2, estendeu esta definição a terceiras entidades não residentes. Tratava-se, assim, de mais uma medida contra o combate à evasão fiscal pois, se tal situação não se encontrasse tipificada, a definição de relações especiais poderia, de *per si*, ser facilmente contornada através da interposição de uma terceira entidade não residente que funcionaria como intermediário do

⁵⁹LOUSA, Maria dos Prazeres – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, *Op cit.*, p. 21.

⁶⁰Ver XAVIER, Alberto, PALMA, Clotilde Celorico, XAVIER, Leonor, co-aut – Direito tributário internacional. 2.ª ed. Coimbra : Almedina, 2011, p.472.

Quanto aos fundamentos desta incompatibilidade ver CUNHA, Patrícia N. S. da – *Op. cit.*, p. 537 e ss., TORRES, Manuel Anselmo – As Normas contra a Subcapitalização e o Caso *Lankhorst*, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003, p. 141 e ss., CUNHA, Paulo de P. E e SANTOS, Luís M. dos – *Op. cit.*, pp. 12 e ss. e 17 e ss.

financiamento, grande parte das vezes instituições de crédito. Desta forma, o mútuo seria formalmente celebrado entre a instituição de crédito e a sociedade mutuária. A sociedade mutuante, por sua vez, prestaria um aval ou uma garantia que assegurasse o risco do financiamento à sociedade mutuária. Para todos os efeitos, o mútuo era celebrado entre a instituição de crédito e a sociedade mutuária, escapando a operação de financiamento ao âmbito de aplicação do art. 67.º CIRC. Materialmente, porém, o risco da operação era transferido para entidade relacionada ao garantir a responsabilidade pelo mútuo e não pela sociedade mutuária. Em suma, o mútuo não era diretamente concedido pela entidade relacionada, mas sim indiretamente. Isto posto, na operação em questão não se poderia considerar a existência de uma influência direta ou indireta nas decisões de gestão, mas apenas no financiamento⁶¹ por parte do intermediário relativamente ao mutuário.

Assim, para as operações de injeção de capital de forma indireta, levadas a cabo por um terceiro intermediário, por se encontrarem abrangidas pelo regime da subcapitalização, era necessário tomar em atenção o art. 67.º/n.º 2, isto é, para o cálculo do coeficiente de endividamento atender-se-ia “à proporção do capital próprio correspondente à percentagem de participação detida pela entidade que surge na posição de garante ou avalista na operação de financiamento, entidade à qual é, igualmente, imputada a concessão do empréstimo”⁶².

6.2 Consequências da Subcapitalização

Verificados os requisitos enunciados, a lei apenas previa como consequência fiscal a não aceitação dos juros na determinação da matéria coletável levando a que, à luz do exposto no art.67.º/n.º 1 *in fine* CIRC, o princípio da dedutibilidade dos custos sofresse uma limitação.

Dado o exposto, ou seja, ao considerar a não dedução dos juros excessivos como único efeito fiscal decorrente da subcapitalização, a norma em questão ficou aquém do pretendido, na medida em que o teor da autorização legislativa⁶³ e do próprio preâmbulo do DL que aditou o art. 57.º-C ao CIRC⁶⁴ tinham a intenção de requalificar o pagamento excessivo de juros como distribuição de lucros. Assim, entende-se que esta

⁶¹Trata-se de um mecanismo de engenharia fiscal designado por «*back-to-back loans*».

⁶²LOUSA, Maria dos Prazeres – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, *Op. cit.*, p. 21.

⁶³Art.28.º da L. n.º39-B/94, de 27 de dezembro.

⁶⁴DL n.º 5/96, de 29 de janeiro.

consequência natural foi excluída da letra da lei e assim se manteve, fazendo com que os efeitos da subcapitalização só se fizessem sentir na esfera do devedor⁶⁵. A norma recusou pois a dedutibilidade de uma despesa, mas não mudou a natureza do rendimento.

No entanto, no plano internacional, a solução legal adotada era suscetível de desencadear situações de dupla tributação económica dos juros não dedutíveis. Seria o caso do Estado de residência do mutuante integrar o montante dos juros recebidos na base tributável daquele, sendo que em momento prévio já o tinham sido no Estado português, ou seja, o da fonte, aonde residia a sociedade mutuária. Esta dupla tributação poderia repetir-se, ainda, na situação do Estado de residência ter celebrado uma CDT com Portugal e, ao abrigo da mesma, não reconhecer o ajustamento efetuado pela Administração Tributária portuguesa. Assim, haverá dupla tributação económica dos juros quando a sociedade pagadora não os possa deduzir como custos fiscais e caso o país de residência do investidor não reconheça o direito de tributação do país da fonte.

Quanto a este aspeto, é nosso entendimento que esta dupla tributação económica dos rendimentos seria sempre suscetível de acontecer pois, mesmo que o art.67.º do CIRC previsse a requalificação de juros para dividendos, estes seriam tributados no Estado da fonte e posteriormente no Estado de residência do beneficiário. Assim, entendemos que no caso português a determinação da natureza do rendimento seria importante, não tanto para aferir da existência de uma dupla tributação, mas para aplicar a devida taxa de imposto.

⁶⁵À semelhança de Portugal, e num primeiro momento, outros ordenamentos jurídicos adotaram esta solução, como Japão, Canadá, Austrália e EUA. Já a Espanha e a Alemanha decidiram maximizar as potencialidades do regime da subcapitalização, prevendo a requalificação de juros para dividendos, com o fundamento de que, ao tributar os juros excessivos, estariam a repor a situação tal como seria se de entradas de capital se tratasse. A este respeito ver EDGAR, Tim – *The thin capitalization rules: role and reform*, *Canadian tax Journal*, vol. 40, n.º 1, 1992, pp. 1-52; LAWRENCE, Brian – *Australia: Government restrictions on international corporate finance (thin capitalization)*, *BIFD*, vol. 44, n.º 3, 1990, pp.118-130; LAWRENCE, Brian e WILSON, Nel – *Government restrictions on debt funding – debt creation in only non-residents*, *BIFD*, vol. 44, n.º 3, 1990, pp.130-132; BURGE, Marianne – *United States interest deduction limited under earnings stripping regulation*, *British Tax Review*, n.º 8, 1991, pp. 278-283; VELDT, Alex – *New Spanish legislation against thin capitalization for spanish companies with non-residents shareholders only*, *Intertax*, may, 1992, pp. 293-298; KNOBBE-KENT, Brigitte – *Development in thin capitalization and some legal obstacles to legislation*, *European Taxation*, dezembro 1992, pp. 405 e ss.; DEHNEM, Peter H. e RHINES, Rosemarie A. – *Thin capitalization in German Tax Law*, *BIFD*, vol.46, n.º 8, agosto, 1992, pp. 393-397.

Por fim, e na perspectiva da Administração Tributária, será necessário referir que o regime da subcapitalização não se afigurava problemático por não representar uma parcela significativa na receita estadual⁶⁶.

⁶⁶Cfr. MARTINS, António e AUGUSTO, Mário – *Is Thin Capitalization a Fiscal Problem? An Empirical Analysis that shows it may be overstated*, 2009, *RFPDF*, Ano 2, n.º 1, p. 177.

7. LIMITAÇÃO À DEDUTIBILIDADE DE GASTOS DE FINANCIAMENTO: UM NOVO RUMO

Como consta do Relatório do OE para 2013, o regime de subcapitalização foi substituído pelo novo regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, tendo este como principal objetivo “promover a redução do endividamento excessivo da economia e a mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através de dívida”⁶⁷. Com a aplicação do novo dispositivo específico anti abusivo o Governo pretende limitar, a partir deste ano, a possibilidade de deduzir gastos relacionados com o financiamento das empresas.

7.1 O transplante jurídico das *earnings-stripping-rules*

Além das razões anteriormente enunciadas, com a adoção da presente norma, através da Lei do OE para 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro de 2012) Portugal introduziu um regime semelhante àquele que vigora em outros EM’s, designadamente na Alemanha⁶⁸, Itália e Espanha⁶⁹. Estes países foram influenciados pela regra já vigente no ordenamento jurídico tributário americano, o qual implementou as *earnings-stripping rules* com o *Revenue Reconciliation Act* de 1989 e que, ao longo dos tempos, veio a sofrer várias alterações com o intuito de acompanhar as estratégias de planeamento fiscal consubstanciadas na manipulação do tratamento tributário concedido aos juros, levadas a cabo pelas sociedades-mães não residentes e pelas respetivas filiais sediadas nos EUA⁷⁰.

⁶⁷Ver Relatório do OE para 2013. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013_rel.pdf.

⁶⁸Fruto da reforma fiscal alemã de 2008, a regra da subcapitalização alemã foi substituída pela nova *earnings-stripping rule*, cfr. RUF, Martin e SCHINDLER, Dirk – *Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches*, 2012, pp. 12 e ss. Disponível em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=9&ved=0CCHQFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.nhh.no%2FAdmin%2FPublic%2FDWSDownload.aspx%3FFile%3D%252FFiles%252FFiler%252Finstututter%252Frrr%252FPapers%252Fworking%2Bpapers%252FMappe%2B2013%252FRuf-Schindler-Thin-cap%2BRules%2B-%2BWP-version.pdf&ei=sbPYUZbxJKOL7Ab13YDwBA&usg=AFQjCNGImItJ0uc1-BhwCoAe7Ag20UY2mA&sig2=DtsYa1mTovjWGWWXd9M_ow&bvm=bv.48705608,d.ZWU.

⁶⁹Em Espanha, o novo regime foi implementado pelo Real Decreto-Ley 12/2012, de 31 de março de 2012, ver CREO, Jorge David Rodríguez – *La nueva regulación de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. El Real Decreto-Ley 12/2012*, Zona Deloitte, Actualidad Jurídica, p. 57. Disponível em http://www.revistadeloitteneews.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1205/2012_64_a_057.pdf.

⁷⁰Para mais desenvolvimentos ver KNIPE, Patrick J., STRYKER, Judson P. e THORNE, Betty – *Earnings stripping under section 163(j): status quo vadis?*, *International Business, The Journal of the AIB-SE*, 2009, p. 9 e ss. Disponível em <http://www.aibse.org/www.aibse.org/wp-content/uploads/2012/02/KnipeStrkerThorne2009.pdf>.

Com o mesmo intuito, estes países transplantaram esta figura jurídica para os respetivos sistemas fiscais, capacitando-os com um novo instrumento de combate ao planeamento fiscal abusivo e que se reporta a uma maior limitação de gastos e consequente impedimento da erosão do lucro tributável. Contudo, Portugal fá-lo assumindo uma outra abordagem.

Analisaremos agora o novo regime português e, dadas as semelhanças, traçaremos o devido paralelismo com o regime alemão e espanhol, também ele recente.

7.2 A reestruturação do art. 67.º do CIRC

7.2.1 Gastos de financiamento

À luz da nova lei, o n.º 8 do art. 67.º CIRC apresenta uma noção de gastos de financiamento que rompe com o conceito de cálculo de endividamento concedido pelo n.º 4 do regime anterior. Deste modo, *consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, designadamente juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazo, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, bem como as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos de moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.*

Analisando a noção adotada, cabe-nos referir que a intenção do legislador foi a de, deliberadamente, definir gastos de financiamento, em vez de remeter tal definição para as normas contabilísticas, como acontece na norma alemã e espanhola⁷¹. Ora, através da noção adotada evita-se, de certo modo, atribuir ao sujeito passivo a possibilidade de moldar tal definição e, afastada esta faculdade, os mesmos já não poderão manipular este conceito conforme lhes convém. Por esta via, a letra da lei restringe, e bem, o espaço de manobra aos contribuintes, impossibilitando que estes reconduzam determinados gastos que, não fosse a definição estabelecida neste molde, se incluíam no cômputo dos gastos.

⁷¹Note-se que, além das normas contabilísticas, o regime espanhol recorre a regras constantes no respetivo Código Comercial e exclui da sua noção de gastos de financiamento, ainda, todos aqueles gastos referidos na al. h) do art. 14.º TRLIS. Ver CREO, Jorge David Rodríguez – *Op. cit.*, pp. 58 a 60.

No entanto, levanta-se a seguinte questão: esta noção de gastos de financiamento, tal como define o referido n.º 8, apresenta uma lista exaustiva dos tipos de gastos ou não? A nossa resposta é tendencialmente afirmativa pois, caso fosse apenas exemplificativa, abriria portas à dedutibilidade de tantas outras importâncias fruto de operações financeiras não previstas levando, conseqüentemente, ao aumento exponencial do volume de gastos dedutíveis. Ora, tal possibilidade, além de não obedecer ao princípio da legalidade fiscal, iria extravasar o espírito da lei, na medida em que esta apenas visa permitir aqueles gastos que se mostrem essenciais.

7.2.2 Âmbito subjetivo

Ao contrário do que sucedia na norma da subcapitalização, que apenas era aplicável àquelas filiais cujos sócios eram residentes em países terceiros (não residentes em Portugal ou na UE), o regime da limitação à dedutibilidade de financiamento estende-se a todo o tecido empresarial, ou seja, abrange todos os financiamentos internos e externos. Em bom rigor, à luz do novo preceito e para efeitos da sua aplicabilidade, será irrelevante determinar a residência do mutuante. Adicionalmente, a existência de uma relação especial entre este e o mutuário também foi outro requisito descartado.

Além do exposto, estabelece o n.º 5 do art.67.º CIRC que a presente norma é aplicável aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as devidas adaptações⁷².

Contudo, e por força do estabelecido no n.º 7 do mesmo preceito, convém referir que este regime não se aplica às entidades que se encontram supervisionadas pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal, nem às instituições de crédito, instituições financeiras ou empresas de seguros sediadas na UE⁷³. Quanto a esta exclusão, a doutrina portuguesa⁷⁴ já se tinha pronunciado no sentido em que, à semelhança do que estabelecia e ainda estabelece o art. 20.º TRLIS, era incoerente e desnecessário que as entidades referidas se encontrassem abrangidas pelo regime da

⁷²Consideramos a expressão “com as necessárias adaptações” vaga, carecendo de uma maior explanação quanto ao seu alcance para atribuir ao texto uma maior clareza e segurança jurídica. Isto posto, é nosso entendimento que a Administração Tributária deveria ter um papel interventivo e, através do meio adequado, dissipar quaisquer dúvidas. Não obstante, avançaremos com a seguinte suposição: as adaptações a que se refere o n.º5 terão a haver com os rendimentos obtidos pelo estabelecimento estável em território português, sendo que os gastos de financiamento daquela sociedade serão dedutíveis apenas em relação àqueles.

⁷³Quanto a este aspeto ver art. 20(5) TRLIS e LUCHENA MOZO, Gracia María – *Thin capitalization an unanswered question following recent spanish amendments*. IBFD, European taxation, 2012, Vol. 52, n.º 8, 2012, p. 421.

⁷⁴Cfr. CUNHA, Paulo de P. E e SANTOS, Luís M. dos – *Op. cit* p.21 e, no contexto espanhol, ver GUERRERO, Juan J. R. – *Manual del Impuesto sobre Sociedades, Instituto de Estudios Fiscales, Manuales de la Escuela Pública de la Hacienda Pública*, 2003, p. 405.

subcapitalização, na medida em que as instituições de crédito e as sociedades financeiras encontram-se sujeitas à supervisão prudencial do Banco de Portugal, nos termos do art. 99.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁷⁵.

Por conseguinte, e à semelhança do que acontece no regime alemão⁷⁶ e espanhol⁷⁷, este preceito consagra, agora, um alargamento do âmbito subjetivo, abarcando, também, aquelas situações de endividamento puramente domésticas. Ora, tal solução significará, necessariamente, um maior impacto fiscal no seio empresarial.

7.2.3 Os limites à dedutibilidade de gastos de financiamento

Com a nova disposição abandona-se o rácio de endividamento, que era calculado em função da participação social que o mutuante detinha no capital próprio, e passam a vigorar dois limites de matriz distinta, sendo aplicável aquele que representar, no caso concreto, um limite superior. Por outras palavras, conforme o disposto no art. 67.º/n.º 1 CIRC, os gastos de financiamento líquidos são dedutíveis até à concorrência do maior dos seguintes limites: 3.000.000 € (al. a))⁷⁸ ou 30 % do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos (al. b)), doravante designado por EBITDA.

Analisando o limite estabelecido pela al. a), é perceptível a existência de um limite fixo, pelo que os gastos de financiamento iguais ou inferiores a este valor serão integralmente dedutíveis. No entanto, determina o n.º 6 do mesmo preceito que sempre que o período de tributação tenha duração inferior a um ano, este limite será proporcionalmente determinado em função do número de meses que durou o período de tributação. Isto posto, consideramos que a referida fórmula propõe, como meio de calcular os gastos suscetíveis de serem deduzidos, um raciocínio aritmético: se a lei permite a dedução de 3.000.000 € num período de tributação com a duração de um ano logo, por cada mês, poder-se-á deduzir 250.000 € ($=3.000.000 \div 12$). A título de exemplo, se determinada empresa tiver um período de tributação de 8 meses, esta poderá deduzir, proporcionalmente, 2.000.000 € ($=250.000 \times 8$).

⁷⁵ Aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de dezembro e ultimamente alterado pelo DL n.º 63-A/2013, de 10 de maio.

⁷⁶ Ver RUF, Martin e SCHINDLER, Dirk – *Op. cit.*, p.13.

⁷⁷ LUCHENA MOZO, Gracia María – *Op. cit.*, pp. 419 e 420.

⁷⁸ Atualmente, a Comissão de Reforma do IRC apresentou no seu relatório, entre outras medidas, a alteração deste limite, reduzindo-o para 1.000.000 €. Ver em http://www.pwc.pt/pt_PT/pt/pwcinfisco/imagens/comunicado_290713.pdf.

Ainda a respeito desta alínea, poder-se-á questionar as razões que levaram a balizar os gastos de financiamento até aos três milhões de euros, pois este limite, quando comparado com aqueles que se encontram estabelecidos em Espanha (1.000.000 €)⁷⁹ e na Alemanha (3.000.000 €)⁸⁰, países nos quais a realidade empresarial é mais densa e competitiva, é benévolo. Deste modo, consideramos que tal limite pode não se coadunar com a realidade nacional, pelo que talvez devesse ser inferior.

Já o limite previsto na al. b) contrasta com o anteriormente exposto, caracterizando-se por ser um limite que varia em função do EBITDA. Desta forma, a grande vantagem na adoção deste limite surgirá naquelas situações em que a sociedade tenha registado um volume de resultados significativo, do qual se possa retirar que, comparando com o limite estipulado pela al. a), este limite apresenta, na perspetiva do sujeito passivo, uma possibilidade de deduzir mais gastos relativos a financiamentos líquidos. Assim, consideramos que este limite da al. b) resulta da variação do EBTIDA e da aplicação da taxa de 30%, que será aplicável ao mesmo.

Em jeito de conclusão, quanto maior for o volume de resultados, maior será, também, a quantidade de gastos suscetíveis de serem deduzidos.

Quanto aos regimes germânico e espanhol refira-se que, apesar de adotarem uma taxa semelhante, a aplicação dos respetivos limites obedece a uma ordem de preferência diferente: em Espanha dá-se prioridade ao limite variável, sendo “em todo o caso” salvaguardada possibilidade de deduzir até ao limite de 1.000.000 €⁸¹; na Alemanha, por sua vez, este limite percentual apenas não se aplica caso se verifique alguma das exceções previstas no no § 4.ºh (2) EStG, sendo que uma delas refere-se aos gastos de financiamento inferiores a 3.000.000 € (al. a) do referido preceito).

Em suma, e tendo em conta o panorama nacional, entendemos que os limites impostos pelo art. 67.º/n.º 1 CIRC não terão como destinatário a grande fatia do tecido empresarial português que é composto pelas PME's, pois os gastos fruto dos financiamentos líquidos não ultrapassarão, *a priori*, tais limites. Ao invés, aqueles visam limitar a dedução de gastos das grandes empresas nacionais e filiais com as sociedades-mães sediadas noutros Estados. Porém, estes limites de indedutibilidade, quando comparados com os impostos pelo regime da subcapitalização, são mais rígidos. Consequentemente, estes vêm restringir, ainda mais, o princípio da indispensabilidade

⁷⁹Ver art. 20.º (1)TRLIS.

⁸⁰Cfr. § 4.ºh (2 al. a)) EStG.

⁸¹ Cfr. o art. 20.º(1)TRLIS.

dos gastos de natureza financeira relacionados com os juros de capitais alheios, tal como se encontra consagrado no art. 23.º/n.º 1 al. c) CIRC.

Sem prejuízo do até agora exposto, o financiamento e a respetiva dedutibilidade dos gastos poderão ser pautados por outros circunstancialismos que deverão ser tomados em conta.

7.2.4 Aspetos temporais da dedutibilidade

7.2.4.1 Diferimento dos gastos excessivos

Ao abrigo do art. 67.º/n.º 2 CIRC, a lei concede ao sujeito passivo a possibilidade de deduzir gastos de financiamento em períodos posteriores que não puderam ser considerados no período em que se verificaram, por excederem os limites referidos. Por conseguinte, encontra-se consubstanciado um regime de diferimento dos gastos que, no entanto, terá de obedecer a determinados requisitos: primeiro, as quantias que não foram deduzidas terão de o ser, obrigatoriamente, dentro de um ou mais dos cinco períodos de tributação subsequentes; segundo, tais verbas terão de ser conjuntamente deduzidas com os gastos desse mesmo período ou períodos (caso a dedução dos gastos excedentes se estenda por mais de um período); por fim, a operação de dedução, a qual engloba quer os gastos anteriores quer aqueles referentes ao período em questão, terá de respeitar os limites impostos pelo n.º 1.

Relativamente a este último ponto, levanta-se a seguinte problemática: este regime de diferimento também é aplicável àquelas situações em que vários períodos de tributação sejam inferiores a um ano? E se sim, qual o limite a respeitar nos períodos posteriores? Aplica-se o limite estabelecido no n.º 6, que será um limite proporcional em função da duração do período de tributação, ou aquele para o qual o n.º 2 remete, ou seja, os limites impostos pelo art. 61.º/ n.º1 al.a) ? O n.º2 *in fine* encaminha-nos para a segunda solução. Contudo, tal levará a que o limite do regime de diferimento seja superior àquele que seria aplicável pelo n.º 6, encontrando-se, assim, subvertida a lógica da dedução faseada e quantitativamente decrescente incorporada no regime de diferimento (n.º 2). Deste modo, defendemos que a primeira opção seria a mais correta, pois espelha a essência do que consideramos ser este regime.

No caso alemão e espanhol também se encontram estabelecidos processos de diferimento semelhantes, no entanto, o legislador espanhol decidiu atribuir um prazo

mais alargado (18 anos)⁸². Com este prolongamento comparativamente maior, a norma espanhola concede às empresas a possibilidade de deduzirem gastos de financiamento avultados pois, mesmo que tais verbas ultrapassem os limites estabelecidos, os sujeitos passivos gozarão sempre de um largo período de diferimento, no qual os gastos excessivos acabarão por desvanecer.

Ainda quanto ao n.º 2 do art.67.º CIRC, outra questão se levanta: caso os gastos de financiamento não tenham sido deduzidos na íntegra e no hiato temporal mencionado, os mesmos não poderão ser deduzidos na sua totalidade ou apenas não serão dedutíveis na medida do seu excesso? À semelhança do anterior regime, a lei prevê expressamente a não dedução apenas dos juros excedentários (n.º 1 *in fine*)⁸³.

7.2.4.2 Possibilidade de reporte de quantias não utilizadas

Situação diferente será a prevista no art. 67.º/n.º 3 CIRC, o qual permite, sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30% do EBITDA, acrescer a parte não utilizada deste limite ao montante máximo dedutível em cada um dos cinco períodos de tributação ulteriores⁸⁴, até à sua integral utilização. Ao contrário do que se averiguou no regime de diferimento, no qual se verifica uma dedução de gastos excessivos de financiamento, no n.º 3 o legislador permite que o contribuinte reporte o saldo daqueles períodos em que se verificaram “folgas” (por não terem sido deduzidos gastos até ao limite permitido) para aqueles em que o limite pode já se encontrar ultrapassado. Tal faculdade, na perspetiva das sociedades que contraíam empréstimos com terceiros, representa a oportunidade ideal para normalizarem as respetivas contas que, de outro modo, não o poderiam fazer. Será aquela situação em que o sujeito passivo, por exemplo, apenas utilizou 20% do EBITDA dos 30% possíveis.

Quanto à possibilidade de reporte naquelas situações em que vários períodos de tributação sejam inferior a um ano (art. 67.º/n.º 6), consideramos não surgir qualquer incompatibilidade, na medida em que o limite imposto pela possibilidade de reporte (n.º

⁸²Cfr. art. 20.º (1) TRLIS. Para maior desenvolvimento ver MARTINEZ, Luis S. De Centi, e BARRAL, Víctor V. – *La Limitación en la Deducibilidad de Gastos Financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis Normativo y Comentario Crítico*, Actualidad Jurídica Uria Menendez, 33-2012, p. 29. Disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386>.

⁸³Quanto ao regime alemão ver KNÖLLER, Claus-Peter – *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*, *Intertax*, vol. 39, Issue 6/7, 2011, p. 325.

⁸⁴Refira-se que o art. 20.º (2) TRLIS prevê esta possibilidade de reporte de gastos, atribuindo o mesmo intervalo temporal. Ver, respetivamente, LUCHENA MOZO, Gracia María – *Op. cit.*, pp. 420 e 421.

3) será sempre proporcional ao EBITDA, independentemente do período de tributação. Neste caso, e ao contrário do que se verifica no regime de diferimento, é respeitada uma dedução gradual dos gastos de financiamento.

Por fim, será necessário salvaguardar que esta possibilidade de reporte de gastos que se verifica na Península Ibérica não é permitida no modelo alemão⁸⁵.

7.2.5 Regime especial de tributação de grupos de sociedades

À semelhança de outros países que introduziram esta norma nos seus ordenamentos jurídicos, o legislador português também considerou necessário prever a limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento no âmbito do regime especial de tributação dos grupos de sociedades, previsto nos arts. 69.º e seguintes do CIRC.

Por conseguinte, caso as entidades se encontrem abrangidas pelo referido regime (69.º/n.º 1), estabelece o art. 67.º/n.º 4 CIRC que a limitação da dedutibilidade de gastos será aplicável a cada uma das sociedades pertencentes ao grupo societário.

A este respeito, e estabelecendo a devida comparação com o regime espanhol, convém mencionar que a norma portuguesa se mostra, na perspetiva do sujeito passivo, mais benéfica, na medida em que o art. 20.º (4) TRLIS se aplica a todo o grupo⁸⁶. No caso espanhol, verificam-se duas consequências: por um lado, um aumento exponencial dos gastos, por serem apresentados de forma consolidada e, por outro, a aplicação de um dos limites de dedutibilidade ao volume total dos gastos que, à partida, seriam aplicáveis apenas a uma sociedade. Ora, dado o exposto, e na perspetiva dos grupos, consideramos a regra espanhola altamente penalizadora, pois desincentiva várias sociedades dominadas pertencentes ao mesmo grupo societário a contraírem qualquer financiamento externo.

Por fim, tenha-se em conta que no modelo alemão os grupos de sociedades encontram-se excetuados do seu âmbito de aplicação, desde de que se verifiquem as condições previstas no § 4h (2) (c) EStG⁸⁷.

⁸⁵KNÖLLER, Claus-Peter – *Op. cit.*, p. 324.

⁸⁶Este artigo regula, ainda, o processo de dedução dos gastos em caso de entradas e saídas do grupo societário. Ver LUCHENA MOZO, Gracia María – *Op. cit.*, pp. 420 e 421.

⁸⁷Cfr. RUF, Martin e SCHINDLER, Dirk – *Op. cit.*, p. 13.

7.3 Crítica à remoção da cláusula de salvaguarda

Em bom rigor, a grande crítica a apontar à limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento será a remoção da cláusula de salvaguarda que se encontrava prevista no antigo art. 67.º/n.º 6 CIRC, a qual concedia ao sujeito passivo a possibilidade de afastar a sua aplicação caso demonstrasse, mesmo excedendo o coeficiente de endividamento, que poderia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

Numa perspetiva de política fiscal, consideramos que a manutenção desta cláusula seria a via mais apropriada unindo, numa só norma, os limites fixos (caraterísticos do nosso modelo) com um limite de aplicação residual, baseado no princípio da plena concorrência (método utilizado pelo Reino Unido)⁸⁸. Com esta junção obter-se-ia um preceito eficaz, o qual, temperado pelas vias referidas, mantinha a segurança do ordenamento jurídico-tributário e atribuía-lhe a dose ideal de flexibilidade.

No entanto, para se harmonizar com a norma atual, esta cláusula teria de sofrer uma adaptação. Para o efeito, o contribuinte teria somente de provar impossibilidade de se financiar a uma taxa de juro mais baixa dada a oferta de mercado. Nestes termos, a sua remodelação excluiria o requisito das relações especiais e acompanharia o alargamento subjetivo referido anteriormente. Além do exposto, através desta presunção ilidível o contribuinte teria a possibilidade de provar a adequação do financiamento, restabelecendo o equilíbrio de forças na relação jurídico tributária e salvaguardando a autonomia das empresas. Por outro lado, e dada a conjuntura económica atual, a remoção desta cláusula evidencia a necessidade de regulação de economia dirigida ao estaque do endividamento excessivo, mesmo que justificado por razões de mercado.

7.4 Disposição transitória

A Lei do OE para 2013 prevê, no seu art. 192.º/n.º 2, nos períodos de tributação iniciados entre 2013 e 2017, limites de dedutibilidade superiores àquele que se encontra estabelecido na al. b) do n.º 1 do art. 67.º CIRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo. Deste modo, em 2013 o limite do referido preceito será de 70 %, em 2014 60 %, em 2015 50%, 40 % em 2016 e 30 % em 2017. Analisando esta disposição transitória, foi clara a intenção do legislador em conceder ao mercado empresarial um período de adaptação até à definitiva e completa

⁸⁸Neste sentido KNÖLLER, Claus-Peter – *Op. cit.*, pp. 317 e 324.

implementação do art. 67.º/n.º 1 CIRC. Neste hiato temporal, as sociedades gozarão da possibilidade de se financiarem em condições quantitativamente mais favoráveis. Dada a aplicação de taxas progressivamente descendentes, este incentivo para capitalizar as sociedades irá diminuir. Para uma melhor absorção do quadro geral de tudo que foi exposto no ponto 7, vejam-se os exemplos presentes nos Anexos IX e X.

8. IMPACTO E PERSPETIVAS FUTURAS NO PANORAMA COMUNITÁRIO

No plano externo a questão ganha novas dimensões. Na regulação desta problemática, os legisladores nacionais projetaram uma limitação na dedução de gastos e na deslocação de rendimentos para jurisdições estrangeiras. No entanto, a incongruência surge quando os mesmos atribuem aos juros um tratamento que permite a redução da dívida fiscal. Adicionalmente, razões de concorrência fiscal internacional leva a grandes diferenciações na tributação destes rendimentos. Ora os grupos empresariais, cientes desta factualidade, já não operam somente dentro de uma jurisdição.

Partindo desta premissa, e embora possa haver razões válidas para as empresas-mãe capitalizarem as suas subsidiárias no exterior, nesse momento, estas estruturas têm em conta o tratamento diferenciável aplicável aos juros. Nesta perspetiva, não só para potenciar os seus lucros mas também reduzir a sua carga tributária, os grupos societários manipulam as regras de subcapitalização e o planeamento tributário internacional ganha, assim, maior expressão.

Simultaneamente, estas práticas também poderão ser encaradas como o meio idóneo à mudança de rendimentos para jurisdições de baixa tributação. A fácil subversão destes dispositivos anti abusivos tornou-se, assim, a manobra de excelência no mercado transfronteiriço.

A este respeito, e assumindo que a salvaguarda da liberdade de circulação de capitais – em detrimento das regras de subcapitalização que se encontravam presentes nos vários ordenamentos jurídicos – possa ter retirado alguma da eficácia àquelas normas⁸⁹, será necessário aferir da eficiência das novas abordagens e, caso os efeitos não sejam os pretendidos, repensar outros mecanismos. Para o efeito, é fundamental considerar os sistemas fiscais na sua globalidade e o ambiente de negócios no espaço comunitário, sem no entanto desrespeitar aquela liberdade imposta pelo TFUE.

Como primeiro passo na harmonização deste regime, e assumindo que os juros continuarão a ser alvo de um tratamento distinto, consideramos a harmonização das

⁸⁹ Quanto a este aspeto ver MAHALINGHAM, Shiv – *UK thin capitalisation: is it time to eradicate domestic (UK-UK) legislation?*, *British Tax Review*, n.º 2, 2012, p. 142.

regras de subcapitalização uma solução válida, exequível através de uma norma comum introduzida na MCCCIS⁹⁰.

Sucintamente, e de um ponto de vista exclusivamente legal, consideramos que a inserção desta regra teria de obedecer aos seguintes parâmetros: a escolha entre uma cláusula geral anti abuso ou uma norma específica da mesma natureza, devidamente fundamentada; determinação do objeto e âmbito de aplicação do dispositivo; optar pela fixação de um ratio fixo de endividamento ou pelo princípio da livre concorrência; e por fim, ser compatível com as liberdades fundamentais consagradas no TFUE e com as exigências da OCDE⁹¹.

⁹⁰A MCCCIS é uma Proposta de Diretiva apresentada em 16 de março de 2011 e desenvolvida pela Comissão Europeia para um novo código fiscal opcional, a ser adotado em toda a UE. As taxas de imposto não foram abordadas por esta proposta, pelo que continuam a ser uma competência nacional.

⁹¹Cfr. DE LA FERIA, Rita e DOURADO, Ana Paula – *Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB*, No. 0804, *Working Papers*, Oxford University Centre for Business Taxation, 2008. Disponível em: http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/Documents/working_papers/WP0804.pdf.

9. CONCLUSÃO

Portugal, com uma longa tradição nas regras de subcapitalização, caminho pautado por uma turbulência comunitária, optou no presente ano por uma nova via, adotando a norma da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento.

Deste modo, e dada a conjuntura económica atual, este novo mecanismo mostra-se como parte integrante de um conjunto de medidas tomadas no âmbito do OE para 2013 que, apesar das suas debilidades, mostra-se viável para contribuir, na sua proporção, para as metas orçamentais. Assim, o art. 67.º CIRC prevê um regime comparativamente mais rígido relativamente ao anterior comando da subcapitalização, tendo como principal objetivo combater o endividamento excessivo. Na perspetiva da Administração Tributária, esta limitação poderá significar um enriquecimento dos cofres do Estado.

Por sua vez, a própria lógica deste dispositivo normativo e os limites por ele implementado exigem um esforço na contenção de gastos de financiamento daquela parcela do tecido empresarial composta pelas grandes sociedades, pelo que as PME's encontram-se, *a priori*, salvaguardadas da sua aplicação.

Não obstante o sacrifício imposto, notou-se alguma sensibilidade do legislador ao implementar este regime através de um reajustamento gradual na recapitalização das pessoas coletivas. Cabe-nos referir que a estes intervenientes caberá, também, suavizar o impacto negativo que o dispositivo da limitação à dedutibilidade de gastos poderá ter no seio da empresa, perspetivando os eventuais financiamentos de forma cautelosa e aproveitando quer as taxas de limitação concedidas pela norma transitória quer as possibilidades de diferimento e reporte de gastos.

No entanto, a reestruturação desta norma não se esgota nesta finalidade. Simultaneamente, este novo preceito anti abusivo reforça o seu caráter preventivo, redirecionando forças ao combate a todos aqueles instrumentos de engenharia fiscal relacionados com o financiamento externo e respetiva obtenção de juros das sociedades não residentes.

Com a nova abordagem, os sujeitos passivos verão a tarefa de poupança fiscal dificultada e, na perspetiva quer das multinacionais quer das respetivas filiais sediadas em território português, o financiamento não será tão atrativo. A este respeito, diga-se que esta nova abordagem terá outras repercussões: a possível redução no investimento, o aumento do custo dos financiamentos (devido à maior limitação fiscal na dedução dos

mesmos) e, por fim, uma maior concorrência entre Estados na obtenção de capitais móveis externos.

Se tal medida poderá ter um efeito positivo sobre as receitas fiscais, os efeitos negativos notar-se-ão na redução de investimento. Tratam-se de consequências indissociáveis do novo regime, pelo que só os seus limites de dedutibilidade, mais atrativos quando comparados àqueles impostos em países como Alemanha e Espanha, poderão funcionar como incentivo ao investimento estrangeiro ou ao estabelecimento ou permanência em território nacional das filiais pertencentes a multinacionais.

Em suma, o efeito global desta medida é teoricamente ambíguo. Apenas com a devida longevidade se poderá apurar o impacto e respetivas consequências desta nova disposição que, por definição, é uma obra eternamente inacabada.

BIBLIOGRAFIA

BURGE, Marianne – *United States interest deduction limited under earnings stripping regulation*, *British Tax Review*, n.º 8, 1991, pp. 278-283.

CÂMARA, Francisco de S. e FERNANDES José A. – *Thin Capitalization Rules*, *IBFD*, 2007. Disponível em <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/412.pdf>.

CREO, Jorge David Rodríguez – *La nueva regulación de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. El Real Decreto-Ley 12/2012*, Zona Deloitte, Actualidad Jurídica. Disponível em http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=1205/2012_64_a_057.pdf. Consult. [10.04.2013].

CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da – A subcapitalização no direito português: apreciação face ao direito comunitário. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Lisboa, vol. II, 2000, Coimbra Editora, pp. 499-546.

CUNHA, Paulo de Pitta e SANTOS, Luís Máximo dos – Sobre a incompatibilidade com o direito comunitário do regime fiscal da subcapitalização. In: *Fisco*, Lisboa, 2005, n.º 119/121, (março/ abril), pp. 3-24. ISSN 0872-9506.

DE LA FERIA, Rita e Dourado, Ana Paula – *Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB*, No. 0804, *Working Papers*, Oxford University Centre for Business Taxation, 2008. Disponível em: http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/Documents/working_papers/WP0804.pdf. Consult. [05.05.2013].

DEHNEM, Peter H. e RHINES, Rosemarie A. – *Thin capitalization in German Tax Law*, *BIFD*, vol.46, n.º 8, agosto, 1992, pp. 393-397.

DUARTE, Rui Pinto – A subcapitalização das sociedades no direito comercial. In: *Fisco*, Lisboa, 1996, n.º 76/77, (março/ abril), pp. 55-64. ISSN 0872-9506.

EDGAR, Tim – *The thin capitalization rules: role and reform*, *Canadian Tax Journal*, vol. 40, n.º 1, 1992, pp. 1-52.

ENGLISCH, Joaquim – *HMRC Vs. Philips Electronics UK Ltd: another contribution to EU Law jurisprudence on loss relief*, *British Tax Review*, n.º 5, 2012, pp.586-595.

FERREIRA, Leonor Fernandes – *A Influência da Fiscalidade na Formação e na Aplicação da poupança das Empresas*. In: *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1996 (abril – junho 1995), n.º 382, pp. 7-31.

GUERRERO, Juan J. R. – *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, *Manuales de la Escuela Pública de la Hacienda Pública*, 2003.

GUTMANN, Daniel e HINNEKENS, Luc – *The Lankhorst – Hohorst Case. The ECJ Finds German Thin Capitalization Rules Incompatible with Freedom of Establishment*, 2003, *EC Tax Review*, Vol. 12, Issue 2, *Kluwer Law International*, pp. 90-96.

KNIPE, Patrick, SRYKER, Judson P. e THOME, Betty – *Earnings stripping under section 163 (j): status quo vadis*. Disponível em: <http://www.aibse.org/www.aibse.org/wp-content/uploads/2012/02/KnipeStrkerThorne2009.pdf>. Consult. [13.04.2013].

KNÖLLER, Claus-Peter – *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*. In : *Intertax* , 2011, vol. 39, n.º 6/7, Issue 6/7, junho, 2011, pp. 317–336.

KNOBBE-KENT, Brigitte – *Development in thin capitalization and some legal obstacles to legislation*, *European Taxation*, dezembro 1992.

KÖRNER, Andreas – *The ECJ's Lankhorst -Hohorst Judgement–Incompability of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*, 2003, *EC Tax Review*, Vol. 31, Issue 4, *Kluwer Law International*, pp. 16 –167.

La sous-capitalisation – L'imposition des artistes du spectacle e des sportifs", Questions de fiscalité internationale, n.º2, Paris, OCDE, 1987.

LAWRENCE, Brian – Australia: *Government restrictions on international corporate finance (thin capitalization)*, *BIFD*, vol. 44,n.º 3, 1990, pp.118-130.

LAWRENCE, Brian e WILSON, Nel – *Government restrictions on debt funding – debt creation in only non-residents*, *BIFD*, vol. 44, n.º 3, 1990, pp.130-132.

LEITÃO, Luís M. – A Introdução na Legislação Portuguesa de Medidas Destinadas a Reprimir a Evasão Fiscal Internacional : o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, 1995. In: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 377, Lisboa, pp. 91-104.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito – A tributação das filiais de empresas transnacionais e a subcapitalização. In: *A internacionalização da economia e a fiscalidade: [colóquio organizado no 30.º aniversário 1963-1993 do Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos]*, Lisboa: Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1993, pp. 443-482.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito – Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, Livro 3, 1998, Lisboa, pp. 129-139.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito – As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização. In: *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1996 (jul.– set. 1996), n.º 383, pp. 8–33. ISSN 0870-340.

LUCHENA MOZO, Gracia María – *Thin capitalization an unanswered question following recent spanish amendments*. *IBFD, European taxation*, 2012, Vol. 52, n.º 8, 2012 , pp. 409–422. ISSN 0014-3138.

MAHALINGHAM, Shiv – *UK thin capitalisation: is it time to eradicate domestic (UK-UK) legislation?*, *British Tax Review*, n.º 2, 2012.

MARTINEZ, Luis S. De Centi e BARRAL, Víctor V. – *La Limitación en la Deducibilidad de Gastos Financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis Normativo y Comentario Crítico*, Actualidad Jurídica Uria Menendez, 33-2012. Disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386>. Consult. [13.05.2013].

MARTINS, António e AUGUSTO, Mário – *Is Thin Capitalization a Fiscal Problem? Na Empirical Analysis that shows it may be overstated?*, 2009. In: *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, Número 1, pp. 161-179.

METLZER, Vanessa, *The relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation*, in: LANG, Michael, PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef e STARINGER, Claus (Coord.); *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Wien, Linde Verlag, 2008; pp. 35-64.

MORAIS, Rui Duarte – *Apontamentos ao IRC. Reimpressão da edição de novembro/2007*, 2009.

NOGUEIRA, João Félix Pinto – *Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1831-2.

PEREIRA, João Aveiro – *O Contrato de Suprimento*, 2.^a ed., 2001, Coimbra Editora.

PISTONE, Palumbo – *Considerazioni in Margine alla “Convenzione-tipo”*, OSCE del 1992. In: *Rivista di Diritto Tributario*, 1993, vol. I., pp. 247 e ss.

RODRIGUES, Pedro Neto – O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance. In: *Fiscalidade*, Lisboa, n.º 21 (jan.–mar.2005), pp.43-72.

RUFF, Martin e SCHINDLER, Dirk – *Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches*. Disponível em: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.nhh.no%2FAdmin%2FPublic%2FDWSDownload.aspx%3FFile%3D%252FFiles%252FFiler%252FInstitutter%252Frrr%252FPapers%252Fworking%2Bpapers%252FMappe%2B2013%252FRuf-Schindler-Thin-cap%2BRules%2B-%2BWP-version.pdf&ei=Xa3-UdKZDIbW7Qb704CgDQ&usg=AFQjCNGImItJ0uc1-BhwCoAe7Ag20UY2mA&sig2=5oCWX2rQxFGCr758o9-9OQ>. Consult. [07.02.2013].

SANCHES, J. Saldanha – *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., 2007, Coimbra Editora.

TEIXEIRA, Glória – *Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System, Intertax, Kluwer Law*, Vol. 24, Dezembro 1996. ISSN: 0165-2826.

THOEMMES, Dr. Otmar, STRICOF, Robert e NAKHAI, Katja – *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles – An analysis of thin capitalization rules in the light of the non-discrimination principle in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax*, Vol.32, Issue 3, Kluwer Law International, 2004.

TORRES, Manuel Anselmo – Alcance do novo regime fiscal de subcapitalização de empresas. In: *Fisco*, Lisboa, 1996, n.º 76/77, (março/ abril), pp. 75-85. ISSN 0872-9506.

TORRES, Manuel Anselmo – As normas contra a subcapitalização e o caso *Lankhorst*. In: *Fiscalidade: revista de direito e gestão fiscal*, Lisboa, n.º 13/14 (jan.-mar. 2003), pp. 126 -144.

VAN DOGEN, T.J.C. – *Thin capitalization legislation and the EU corporate tax directives. IBFD, European Taxation (Netherlands)*, 52.1 2012-01-01. 20(9).

VELDT, Alex – *New Spanish legislation against thin capitalization for spanish companies with non-residents shareholders only*, *Intertax*, may, 1992, pp. 293-298.

VENTURA, Raúl – Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, *BMJ*, n.º 182, janeiro de 1969.

VINTHER, Nikolaj e WERLAUFF, Eric – *The Need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the Consequences of the Judgement of the ECJ in Lankhorst-Hohorst*, 2003, *EC Tax Review*, Vol. 12, Issue 2, *Kluwer Law International*, pp. 97-106.

XAVIER, Alberto, PALMA, Clotilde Celorico, XAVIER, Leonor, co-aut – *Direito tributário internacional*. 2.^a ed. Coimbra : Almedina, 2011.

ANEXOS

Anexo I

(Tabela relativa aos modos de financiamento de sociedades e respetivos efeitos fiscais no panorama da subcapitalização)

	Sociedade A (financiamento por capital próprio)	Sociedade B (financiamento por capital alheio)
Lucro tributável	10.000,00€	10.000,00€
Empréstimo contraído	(nenhum)	2.000,00€
Encargo com juros	0€	200,00€ (quando aplicável uma taxa de juro de 10%)
Matéria coletável (após dedução dos gastos)	10.000,00€	9.800,00€
Taxa de imposto	25% (art.87.º/nº1 CIRC)	25% (art.87.º/nº1 CIRC)
Montante de imposto a pagar	(10.000 x 0,25) =2.500,00€	(9.800 x 0,25) =2.450,00€
Lucro após imposto	(10.000 - 2.500) =7.500,00€	(10.000 - 2.450) =7.550,00€

Anexo II

(Aditamento do art. 57.º-C ao CIRC através do DL n.º5/96, de 29 de janeiro)

Artigo 57.º-C

Subcapitalização

«1 - Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais, nos termos definidos neste artigo, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

2 - Considera-se que existem relações especiais entre o sujeito passivo e uma entidade não residente quando:

- a) A entidade não residente detenha uma participação directa ou indirecta no capital do sujeito passivo de, pelo menos, 25%;
- b) A entidade não residente, sem atingir esse nível de participação, exerça, de facto, uma influência significativa na gestão;
- c) A entidade não residente e o sujeito passivo estejam sob o controlo da mesma entidade, nomeadamente em virtude de por esta serem participados directa ou indirectamente.

3 - É equiparada à existência de relações especiais para efeitos da aplicação do n.º 1 a situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro não residente em território português, em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte de uma das entidades referidas no entidades referidas no n.º 2, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo.

5 - Para o cálculo do endividamento são consideradas todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie, qualquer que seja o tipo de remuneração acordada, concedido pelas entidades mencionadas no n.º 2, incluindo os créditos resultantes de operações comerciais, quando decorridos mais de seis meses após a data do respectivo vencimento.

6 - Para o cálculo do capital próprio adiciona-se o capital social subscrito e realizado com as demais rubricas como tal qualificadas pela regulamentação contabilística em vigor, excepto as que traduzem mais-valias ou menos-valias potenciais ou latentes, designadamente as resultantes de reavaliações não autorizadas por diploma fiscal ou da aplicação do método da equivalência patrimonial.»

Anexo III

(Aditamento dos n.ºs 7 e 8 ao art. 57.º-C CIRC pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de março)

Artigo 57.º-C

Subcapitalização

- «1 -
- 2 -
- a)
- b)
- c)
- 3 -
- 4 -
- 5 -
- 6 -
- 7 - Não será aplicável o disposto no n.º1 se, encontrando-se excedido o coeficiente estabelecido no n.º4, o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão das empresas e outros critérios pertinentes, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.
- 8 – A prova a que se refere o número anterior deverá ser apresentada dentro de 30 dias após o termo do período de tributação em causa.»

Anexo IV

(Alteração do art. 57.º-C pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro)

Artigo 57.º

Subcapitalização

«1 - Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º4 do artigo 57.º, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

2 - É equiparada à existência de relações especiais a situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro não residente em território português, em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte de uma das entidades referidas no n.º4 do artigo 57.º.

3 - Existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas nos números anteriores, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo

4 - Para o cálculo do endividamento são consideradas todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie, qualquer que seja o tipo de remuneração acordada, concedido pela entidade com a qual existem relações especiais, incluindo os créditos resultantes de operações comerciais quando decorridos mais de seis meses após a data do respectivo vencimento.

5 - (Anterior n.º6).

6 - Não é aplicável o disposto no n.º1 se, encontrando-se excedido o coeficiente estabelecido no n.º3, o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes, e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

7 - (Anterior n.º8.)»

Anexo V

(Reestruturação e renumeração do regime da subcapitalização através do DL
n.º198/2001, de 3 de julho)

Artigo 61.º

Subcapitalização

«1 - Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 58.º, com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

2 - É equiparada à existência de relações especiais a situação de endividamento do sujeito

passivo para com um terceiro não residente em território português, em que tenha havido

prestação de aval ou garantia por parte de uma das entidades referidas no n.º 4 do artigo 58.º.

3 - Existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas nos números anteriores, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo.

4 - Para o cálculo do endividamento são consideradas todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie, qualquer que seja o tipo de remuneração acordada, concedido pela entidade com a qual existem relações especiais, incluindo os créditos resultantes de operações comerciais quando decorridos mais de seis meses após a data do respectivo vencimento.

5 - Para o cálculo do capital próprio adiciona-se o capital social subscrito e realizado com as demais rubricas como tal qualificadas pela regulamentação contabilística em vigor, excepto as que traduzem mais-valias ou menos-valias potenciais ou latentes, designadamente as resultantes de reavaliações não autorizadas por diploma fiscal ou da aplicação do método da equivalência patrimonial.

6 - Não é aplicável o disposto no n.º 1 se, encontrando-se excedido o coeficiente estabelecido no n.º 3, o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes, e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

7 - A prova a que se refere o número anterior deve ser apresentada dentro de 30 dias após o termo do período de tributação em causa.»

Anexo VI

(Alterações nos n.ºs 1, 2 e 6 do art. 61.º CIRC - Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro)

Artigo 61.º

Subcapitalização

1- Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado membro da União Europeia com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 58.º, com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

2 - É equiparada à existência de relações especiais a situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro que não seja residente em território português ou em outro Estado membro da União Europeia em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte de uma das entidades referidas no n.º 4 do artigo 58.º

3 -

.....

4 -

.....

5 -

.....

6 - Com excepção dos casos de endividamento perante entidade residente em país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável que conste de lista aprovada por portaria do Ministro de Estado e das Finanças, não é aplicável o disposto no n.º 1 se, encontrando--se excedido o coeficiente estabelecido no n.º 3, o sujeito passivo demonstrar, tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

7 -

.....

Anexo VII

(Situação comunitária pós Acordo *Lankhorst- Hohorst*: uma amostra dos EM's⁹²)

Regime da subcapitalização	Aplicável	Não aplicável
Áustria		Ausência de um regime específico, pelo que o combate à subcapitalização seria feito na ótica da fixação de jurisprudência.
Alemanha*	Rácio de endividamento de 1.5:1 (numa relação entre capital alheio e capital próprio, respetivamente).	
Bélgica	- Coeficiente de 1:1 nos casos de financiamento pelos diretores individuais, acionistas e diretores das empresas não residentes; - 7:1 se o credor fosse tributado a uma taxa baixa sobre os juros recebidos.	
Dinamarca*	Rácio de 4:1.	
Espanha*	Rácio de 3:1.	
Finlândia		Inexistência de regras relativas à subcapitalização.
França	Rácio de 1.5:1.	
Grécia		Falta de regras relativas à subcapitalização.
Holanda**⁹³		- Rácio de 3:1 Ou - A sociedade podia, anualmente, estabelecer o rácio da dívida em capital do grupo internacional de que faz parte, como derivado de contas comerciais consolidadas do grupo.
Irlanda		Carência de regras referentes à subcapitalização.
Itália**		Rácio de 5:1 (para 2004); Posteriormente foi adotado um coeficiente de 4:1.
Luxemburgo		Ausência de regras específicas, contudo a Administração Tributária aplicava um rácio de 85:15.
Portugal	Coeficiente de 2:1.	
Suécia		Carência de regras relativas à subcapitalização.
Reino Unido*	Adoção de um rácio não fixo. No entanto, por via de regra seria de 1:1.	

* Países que reestruturaram ou introduziram regras de subcapitalização pela primeira vez;

** Países que introduziram as normas referentes à subcapitalização pela primeira vez, em 2004.

⁹²Cfr THOEMMES, Dr. Otmar, STRICOF, Robert e NAKHAI, Katja – *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles – An analysis of thin capitalization rules in the light of the non-discrimination principle in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax*, Vol. 32, Issue 3, *Kluwer Law International*, 2004, pp. 127 e 128.

⁹³Introduzida no ordenamento jurídico holandês em 2004, por força do Ac. Bosal Holdings BV (C-168/01).

Anexo VIII

Tabela de correspondência a que se refere o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º159/2009, de 13/07

Anexo I Tabela de correspondência

Artigo antigo	Epígrafe antiga	Artigo novo
59.º	Pagamentos a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado	65.º
60.º	Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado	66.º
61.º	Subcapitalização	67.º

Nota: Esta tabela poderá ser consultada na íntegra em <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/825BB67C-406C-432A-84DF-D94960EF8FF0/0/TabelacorrespondenciaCIRCRepDL1592009..pdf>

Anexo IX

(Exemplo de um caso relativo a gastos de financiamento aceites na totalidade nos períodos de 2013-2017⁹⁴)

	2013		2014		2015		2016		2017	
	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)
EBTIDA	-	10.000.000	-	12.000.000	-	10.000.000	-	8.500.000	-	8.000.000
Art.67.º/n.º1 al. a)	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000
Regime transitório/ Art.67.º/n.º1 al. b)	70%	7.000.000	60%	7.200.000	50%	5.000.000	40%	3.400.000	30%	2.400.000
Limite do período	-	7.000.000	-	7.200.000	-	5.000.000	-	3.400.000	-	3.000.000
Limite do art. 67.º/n.º3 (30%)	30%	3.000.000	30%	3.600.000	30%	3.000.000	30%	2.550.000	30%	2.400.000
GFL	-	3.200.000	-	3.400.000	-	5.200.000	-	3.200.000	-	2.900.000
Diferimento de GFL não deduzido (art. 67.º/n.º2)	-	0	-	0	0	0	-	0	-	0
Reporte da quantia não deduzida (art. 67.º/n.º3)	-	0	-	200.000	-	0	0	0	-	0

Nota: Nesta simulação de caso prático poder-se-á constatar que, apesar dos GFL terem sido deduzidos na sua totalidade em todos os períodos de tributação, no período relativo a 2014 observa-se uma cifra de 200.000€ que não foi deduzida. No entanto, esta quantia, por força do estipulado no art. 67.º/n.º3 CIRC, poderá ser reportada e deduzida no período seguinte, ou seja, em 2015 justificando-se, assim, a ultrapassagem do limite da dedutibilidade dos gastos de financiamento em exatamente 200.000 €.

⁹⁴Baseado em DOMINGUES, Rodrigo R. – Limitação à Dedução Fiscal de Gastos de Financiamento, Revisores e Auditores, p. 48. Consultar em <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/60/Fiscalidade.pdf>.

Anexo X

(Exemplo de um caso relativo a gastos de financiamento não deduzidos na totalidade nos períodos de 2013-2017⁹⁵)

	2013		2014		2015		2016		2017		2018	
	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)	Limite (%)	Montante (€)
EBTIDA	-	10.000.000	-	12.000.000	-	13.000.000	-	8.500.000	-	9.500.000	-	9.000.000
Art.67.º/n.º1 al. a)	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000	-	3.000.000
Regime transitório/Art.67.º/n.º1 al. b)	70%	7.000.000	60%	7.200.000	50%	6.500.000	40%	3.400.000	30%	2.850.000	30%	2.700.000
Limite do ano	-	7.000.000	-	7.200.000	-	6.500.000	-	3.400.000	-	3.000.000	-	3.000.000
Limite do art. 67.º/n.º3 (30%)	30%	3.000.000	30%	3.600.000	30%	3.000.000	30%	2.550.000	30%	2.850.000	30%	2.700.000
GFL	-	8.200.000	-	7.100.000	-	6.300.000	-	3.300.000	-	2.800.000	-	2.900.000
Diferimento de GFL não deduzido (art. 67.º/n.º2)	-	1.200.000	-	1.100.000 (-100.000)	-	900.000 (-200.000)	-	800.000 (-100.000)	-	600.000 (-200.000)	-	500.000 (-100.000)
Reporte da quantia não deduzida (art. 67.º/n.º3)	-	0	-	0	-	0	-	0	-	0	-	0

Nota: Neste cenário existe, desde do primeiro período de tributação (2013), um exceder do limite dos gastos de financiamento em 1.200.000 €. Contudo, ao abrigo do disposto no art. 67.º/n.º2 CIRC, esta quantia poderá ser deduzida nos cinco períodos seguintes, ou seja, no hiato temporal entre 2014-2018. No entanto, tenha-se em conta que, no caso em concreto, não foi possível deduzir os gastos de financiamento líquido na totalidade existindo, no final do período de tributação referente a 2018, uma verba de 500.000 € que não foi deduzida decorrido os cinco períodos de tributação posteriores. Logo, em conformidade com o exposto no ponto **7.2.4.1**, os gastos de financiamento líquidos excedentes (500.000 €) não poderão ser deduzidos.

⁹⁵Baseado em DOMINGUES, Rodrigo R. – *Op. cit.*, p. 48.