



**Universidade Católica Portuguesa**

**A Dedutibilidade de Gastos de  
Financiamento na Diretiva Antielisão  
Enquadramento, Limitações e Reflexão Crítica**

**José Miguel Azevedo Anjos**

Faculdade de Direito | Escola do Porto

fevereiro de 2018



Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto

Faculdade de Direito

**A Dedutibilidade de Gastos de  
Financiamento na Diretiva Antielisão  
Enquadramento, Limitações e Reflexão Crítica**

José Miguel Azevedo Anjos | 345016035

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal,  
sob orientação do Prof. Doutor João Félix Pinto Nogueira

Porto

fevereiro de 2018



*Aos meus Pais*

*As long as we remember our first principles and believe in ourselves,*

*the future will always be ours*

Ronald Reagan,

*Farewell Adress to the Nation, 1989*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, meus melhores amigos e companheiros de toda a hora, pelo modelo que são, pela motivação que sempre me deram, pela confiança que depositam em mim e pela fonte inesgotável de amor que são, em todos os momentos.

À Sara Luís, à Isabel e ao Luís, pela amizade, alegria e momentos de felicidade.

À Ana Paula, por ter sido a primeira pessoa a inculcar-me o gosto pelo estudo.

Ao Professor José Lima, por me despertar para a importância de ir mais além.

À Escola de Direito da Universidade do Minho, minha primeira instituição universitária, por tudo aquilo que me ofereceu.

À Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pela excelência curricular e pela disponibilidade que sempre demonstrou.

Ao Professor João Félix Nogueira, pela presença constante e, sobretudo, por mostrar que a excelência deverá ser sempre o objetivo.

A todos os que me acompanharam ao longo destes anos, pois também sem vós nada disto seria possível.

A todos, um profundo agradecimento.

## RESUMO

A globalização da economia e a mundialização da atividade das sociedades trouxeram profundas alterações ao mundo económico. Como consequência, os sistemas tributários da generalidade dos países tiveram de se adaptar.

Uma das modificações mais relevantes refere-se ao financiamento internacional de sociedades, nos casos em que credor e devedor residem em países diferentes. Por regra, o financiamento societário pode ser feito de duas formas: por recurso a empréstimos ou capitais próprios. Do ponto de vista económico, estes são semelhantes. Mas, do ponto de vista jurídico (incluindo o jurídico-fiscal), existem diferenças assinaláveis.

Em geral, e de um ponto de vista meramente tributário, o financiamento através de empréstimos pode trazer maiores vantagens. Os juros pagos são deduzidos à matéria coletável, ao passo que os dividendos pagos, associados a capitais próprios, não são dedutíveis. Existe assim um tratamento fiscal preferencial do financiamento por empréstimos face ao financiamento por capital. Por consequência, as sociedades construíram avançados esquemas de planeamento fiscal que visam aproveitar ao máximo o financiamento através de empréstimos, reduzindo a sua matéria coletável e, por consequência, a base tributável dos seus países.

Fruto destes expedientes, vários países começaram a introduzir normas antiabuso. A OCDE, na Ação 4 do projeto BEPS, propõe regras específicas nesta matéria, as quais são retomadas pela União Europeia no quadro da Diretiva Antielisão (DAE). A nossa dissertação centrar-se-á precisamente nas regras da DAE sobre este tema.

A DAE caracteriza-se pela introdução de um *standard* mínimo de proteção das bases tributáveis nacionais, daí que permite que os países adotem regras ainda mais exigentes das que são nela contempladas. Sendo de transposição obrigatória, a DAE obrigará a alterações do regime português e assume-se como uma oportunidade única para a melhoria do nosso sistema de dedutibilidade de gastos. No presente texto, além de um exame crítico da DAE, iremos fazer algumas propostas de melhoria do regime português.

Palavras Chave: OCDE, BEPS, DAE, subcapitalização, gastos de financiamento, limitação à dedutibilidade.

## ABSTRACT

Economic globalization and mundialization of enterprises' activity lead to meaningful changes in our economy landscape. Therefore, domestic tax systems had to undergo several adjustments to catch up with this new reality.

One of the most important ones relates with the funding of enterprises, specially in cases where the debtor and creditor reside in different countries. Generally, enterprises' funding can be done through two different ways: loans or capital contributions. From an economic perspective, both are similar. However, from a legal perspective (including from a tax perspective), there are significant differences.

Generally, and just from a tax perspective, funding by loans may be more advantageous. Interest paid can be deducted to the taxpayer's tax base while the dividends paid are not deductible. Consequently, there is a preferential tax treatment of the debt over capital. Based on this, enterprises built advanced tax planning schemes to exploit debt funding, reducing their tax base and, consequently, their countries' tax bases.

Because of these schemes, several countries started to introduce antiabuse rules. OECD, in its BEPS Action 4, propose specific rules in this matter, which are considered by the European Union in its Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Our text will focus precisely in the ATAD's rule about this theme.

ATAD has the main characteristic of introduce a minimum *standard* of protection of national tax bases, allowing Member-States to adopt rules with a higher protective scope than the ATAD rule. Being of mandatory transposition, ATAD will require changes to the Portuguese law and will be a unique opportunity to the improvement of our interest limitation system. In this text, alongside with a critical perspective from ATAD, we will present some proposes to improve the Portuguese system.

Keywords: OECD, BEPS, ATAD, thin capitalization, interest, limitation to deductibility.

## ÍNDICE

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS .....</b>	<b>13</b>
<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>15</b>
<b>Capítulo Introdutório.....</b>	<b>16</b>
I. Lançamento do tema .....	16
II. Objetivo do texto.....	16
III. Objeto.....	17
IV. Metodologia .....	17
V. Sequência .....	17
<b>Capítulo I.....</b>	<b>18</b>
<b>A Dedutibilidade de Gastos de Financiamento e o Direito Fiscal .....</b>	<b>18</b>
1.1. Introdução .....	18
1.2. Rationale da intervenção através do sistema tributário.....	20
1.3. Sistemas de limitação de dedutibilidade de gastos de financiamento.....	22
1.3.1. Introdução .....	22
1.3.2. Normas de subcapitalização (thin-capitalization).....	22
1.3.3. Normas earnings stripping.....	22
1.3.4. Normas de rácio de grupo.....	23
1.3.5. Soluções at arm's length.....	24
1.3.6. Cláusulas antiabuso .....	24
1.3.7. Sistemas de retenção na fonte.....	24
<b>Capítulo II.....</b>	<b>26</b>
<b>Limitações Internacionais à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento .....</b>	<b>26</b>
2.1. A Ação 4 BEPS.....	26
2.2. Limitações de Direito primário da União: as liberdades fundamentais .....	28
2.3. Limitações de Direito secundário da União: a diretiva Antielisão .....	30
2.3.1. Introdução .....	30
2.3.2. Âmbito subjetivo .....	31
2.3.3. Âmbito objetivo.....	32
2.3.4. O conceito de EBITDA e figuras próximas.....	32
2.3.5. A regra de rácio fixo como regra geral.....	33
2.3.5.1. Enquadramento .....	33
2.3.5.2. Funcionamento.....	33
2.3.6. Exceções à regra de rácio fixo .....	34

2.3.6.1.	A regra de rácio de grupo como “cláusula de escape” .....	34
2.3.6.1.1.	Breve introdução .....	34
2.3.6.1.2.	A regra de plena dedução (equity-escape clause) .....	35
2.3.6.1.3.	A regra baseada na dívida de grupo (earnings-based test).....	35
2.3.6.2.	A regra “de minimis” .....	36
2.3.6.3.	O regime das entidades autónomas.....	37
2.3.6.4.	A cláusula de anterioridade.....	37
2.3.6.5.	O financiamento de infraestruturas públicas.....	37
2.3.7.	Sistema de reporte de gastos não dedutíveis .....	38
2.3.8.	Compatibilidade da DAE com o Direito primário da União .....	38
<b>Capítulo III.....</b>	<b>40</b>	
<b>O Regime Português de Dedutibilidade de Gastos de Financiamento .....</b>	<b>40</b>	
3.1.	Introdução .....	40
3.2.	O regime atualmente vigente .....	42
3.2.1.	Limite nominal e regra de rácio fixo .....	42
3.2.2.	EBITDA fiscal.....	42
3.2.3.	Sistema de reporte de gastos não dedutíveis .....	42
3.2.4.	Sistema de reporte do “crédito” .....	43
3.2.5.	Regime especial de limitação para os grupos de sociedades.....	43
<b>Capítulo IV .....</b>	<b>45</b>	
<b>Proposta de Regime para Portugal .....</b>	<b>45</b>	
4.1.	Introdução .....	45
4.2.	Transposição da DAE para a ordem jurídica portuguesa: repercussões obrigatórias no regime atual.....	45
4.2.1.	Âmbito objetivo: a adoção do conceito de “gastos excessivos com empréstimos obtidos” .....	45
4.2.2.	Composição do EBITDA fiscal.....	46
4.2.3.	No caso de opção pela exceção das entidades autónomas.....	46
4.2.4.	No caso de opção pela regra de rácio de grupo .....	46
4.3.	A nossa proposta para o futuro do sistema tributário .....	47
4.3.1.	Valorização do princípio da plena concorrência .....	47
4.3.2.	Progressividade da regra “de minimis” .....	48
4.3.3.	Volatilidade de ganhos e perdas .....	48
4.3.4.	Alargamento dos prazos de reporte .....	49
4.3.4.1.	Dupla tributação económica .....	49
4.3.4.2.	Princípio da tributação do rendimento líquido .....	49

4.3.4.3. A nossa proposta.....	50
4.3.5. Operatividade da regra de rácio de grupo.....	50
4.3.6. Síntese conclusiva .....	51
<b>Capítulo V .....</b>	<b>53</b>
<b>Conclusões .....</b>	<b>53</b>
<b>LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CITADA .....</b>	<b>56</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>59</b>
<b>OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS CONSULTADOS .....</b>	<b>67</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>69</b>
I. Decreto – Lei n.º 5/96, que adita o artigo 57.º – C ao CIRC .....	69
II. Lei n.º 10 – B/96 (LOE 1996), que adita a cláusula de salvaguarda ao artigo 57.º – C do CIRC.....	70
III. Redação do artigo 57.º – C do CIRC, conferida pela Lei n.º 30 – G /2000.....	71
IV. Alteração de redação do artigo 61.º pela Lei n.º 60 – A / 2005 (LOE 2006).....	72
V. Artigo 192.º, n.º 2 da Lei n.º 66 – B / 2012 (LOE 2013), que introduz o regime transitório do artigo 67.º do CIRC .....	73
<b>FIGURAS .....</b>	<b>74</b>
Figura 1. Demonstração do debt bias .....	74
Figura 2. Erosão da base de tributação com pagamento de juros.....	75
Figura 3. Benefício prático das normas de subcapitalização.....	76
Figura 4. Cálculo da equity-escape clause .....	77
Figura 5. Cálculo da earnings-based test.....	77

*A presente dissertação tem em conta factos ocorridos até 1 de dezembro de 2017*

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>AEEE</b>	Acordo do Espaço Económico Europeu
<b>Al.</b>	Alínea
<b>Art.</b>	Artigo
<b>Arts.</b>	Artigos
<b>AT</b>	Autoridade Tributária e Aduaneira
<b>DAE</b>	Diretiva Antielisão
<b>BEPS</b>	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (“Erosão das Bases e Transferência de Lucros”)
<b>CAAD</b>	Centro de Arbitragem Administrativa
<b>CDT</b>	Convenção sobre a Dupla Tributação
<b>CE</b>	Comissão Europeia
<b>Cir.</b>	Circular
<b>CIRC</b>	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
<b>CM OCDE</b>	Convenção-Modelo da OCDE sobre a Dupla Tributação
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>CSC</b>	Código das Sociedades Comerciais
<b>Dir.</b>	Diretiva
<b>DJR</b>	Diretiva Juros e Royalties
<b>DL</b>	Decreto-Lei
<b>DMA</b>	Diretiva Mães-Afiliadas
<b>EBF</b>	Estatuto dos Benefícios Fiscais

<b>EBIT</b>	<i>Earnings Before Interest and Taxes</i> (“Ganhos antes de Juros e Impostos”)
<b>EBITDA</b>	<i>Earnings Before Interest, Taxes, Depreciations and Amortizations</i> (“Ganhos antes de Juros, Impostos, Depreciações e Amortizações”)
<b>EE</b>	Estabelecimento Estável
<b>EM</b>	Estado-Membro
<b>EMN</b>	Empresa multinacional
<b>Fig.</b>	Figura
<b>IRC</b>	Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas
<b>LGT</b>	Lei Geral Tributária
<b>LOE</b>	Lei do Orçamento de Estado
<b>N.º</b>	Número
<b>OCDE</b>	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
<b>P.</b>	Página
<b>P.e.</b>	Por exemplo
<b>Preamb.</b>	Preâmbulo
<b>RETGS</b>	Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedade
<b>Segs.</b>	Seguintes
<b>SNC</b>	Sistema de Normalização Contabilística
<b>SP</b>	Sujeito Passivo
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamento da União Europeia
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justiça da União Europeia
<b>TRLIS</b>	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
<b>UE</b>	União Europeia
<b>V.</b>	Versão

## PREFÁCIO

A decisão mais difícil de tomar, no que concerne a uma dissertação de Mestrado, é a da escolha do tema. Com esta dissertação queremos dar um forte contributo à ciência tributária. Pretendemos ainda focar-nos nos desafios do presente que condicionam o futuro do sistema jurídico-tributário. Assim, decidimos selecionar um tema que permitisse uma reflexão profunda sobre o atual regime português.

Dada a influência negativa dos esquemas de planeamento fiscal agressivo nos orçamentos nacionais e dadas as iniciativas da OCDE no combate a esses esquemas, decidimos que a nossa tese deveria abordar uma das ações do BEPS. Dentro destes temas, consideramos que um dos mais relevantes é o da dedutibilidade de gastos de financiamento, algo que também é abordado pela recente Diretiva Antielisão (“DAE”) e que, por conseguinte, forçará o legislador português a introduzir modificações nas regras atualmente em vigor. Cremos que esse momento deve ser aproveitado não apenas para fazer as alterações necessárias a assegurar a compatibilidade do sistema português com a DAE, mas ainda para robustecer o sistema tributário português, ao mesmo tempo que se eliminam certos problemas pendentes, melhorando-se a relação entre a Administração Tributária e o SP.

## Capítulo Introdutório

---

### I. Lançamento do tema

O planeamento fiscal agressivo é um dos maiores desafios que os países enfrentam, dada a globalização da economia e mundialização da atividade empresarial.

De entre os esquemas de planeamento agressivo, a utilização de gastos de financiamento como forma de reduzir abusivamente a matéria coletável das sociedades e de erodir a base tributável dos países assume uma relevância cada vez mais significativa, dada a facilidade de implementação e o seu difícil controlo. A falta de ações coordenadas a nível internacional e europeu e os problemas práticos na troca de informação tributária dificultam o combate a este mecanismo específico de erosão da base tributável e exigem uma atenção urgente por parte das Autoridades Tributárias.

### II. Objetivo do texto

O objetivo deste texto é o de propor a modificação ao atual sistema de dedutibilidade de gastos de financiamento em Portugal, na sequência da aprovação da DAE. Com este estudo identificaremos o risco associado à exploração da dedutibilidade de gastos de financiamento como forma de redução da base de incidência de imposto em Portugal e, simultaneamente, analisaremos as possíveis respostas que o sistema tributário pode dar tendo em conta as limitações, quer de ordem internacional (nomeadamente BEPS e DAE), quer internas.

Embora as normas sobre a subcapitalização já tenham sido alvo de vários estudos na doutrina portuguesa, o tema que nos propomos indagar é novo tendo em conta: I) a mudança da conjuntura internacional; II) as discussões tidas em torno do BEPS (e as propostas feitas na sua Ação 4)<sup>1</sup> e III) as limitações impostas pelo Direito primário e secundário da UE.

---

<sup>1</sup> OECD, 2013, p. 17.

### **III. Objeto**

O presente trabalho tem por objeto a regulamentação do tratamento tributário dos gastos de financiamento. Não teremos em conta qualquer outra regra tributária, ainda que conexa com esta. Ainda, não teremos em conta qualquer orientação para além das providenciadas pela OCDE e pela UE. Esta tese apenas se centrará no âmbito da fiscalidade direta, ignorando o impacto que a medida possa ter para outros setores da fiscalidade, ou não tributários. Trata-se ainda de uma análise jurídica, pelo que não terá em consideração elementos do domínio da economia, finanças, sociologia ou outras.

### **IV. Metodologia**

Para a elaboração da presente tese tivemos primariamente em conta os textos legislativos e as propostas de modificação feitas por organizações internacionais. Em segundo lugar, procedemos a uma revisão crítica tanto da doutrina portuguesa como da doutrina estrangeira, sempre que relevante para o tema estudado.

A nossa investigação teve ainda em conta a jurisprudência, tanto a nacional (muito escassa) como a do TJUE, órgão que desempenha um papel da maior importância ao traçar os limites da compatibilidade de normas internas nesta matéria com as liberdades fundamentais<sup>2</sup>.

### **V. Sequência**

A dissertação começa por examinar o impacto da dedutibilidade de gastos de financiamento em direito fiscal, refletindo sobre o problema e as várias hipóteses normativas de o mitigar.

Seguimos com os limites internacionais da dedutibilidade de gastos de financiamento, nomeadamente os resultantes da Ação 4 BEPS, das liberdades fundamentais previstas no TFUE e os resultantes da DAE.

Por último, e dado sermos da opinião de que uma dissertação deverá ter uma vertente inovadora, procederemos a um exame crítico do regime português e proporemos modificações ao regime atual.

---

<sup>2</sup> O TJUE tem um papel fundamental na garantia das liberdades essenciais para o mercado único – SANCHES, 2010, p. 57.

## Capítulo I

### A Dedutibilidade de Gastos de Financiamento e o Direito Fiscal

---

#### 1.1. Introdução

A tributação das sociedades tem por base o seu rendimento real, sendo tal uma exigência de justiça<sup>3</sup>. O princípio da tributação do rendimento real assume-se como princípio norteador do sistema tributário<sup>4</sup>, sendo que o rendimento das sociedades é materializado na figura do lucro tributável<sup>5</sup>. Um elemento determinante do seu cômputo são, precisamente, os gastos de financiamento<sup>6</sup>.

O financiamento das sociedades é um dos aspetos mais importantes do seu funcionamento. Por regra, este pode ter lugar através de capital alheio (empréstimos) ou capital próprio. Cada uma das opções vai despoletar diferentes consequências a nível fiscal. O financiamento societário através de empréstimos<sup>7</sup> dá lugar ao pagamento de juros, os quais são dedutíveis à matéria coletável da sociedade devedora. Este tipo de financiamento permite à sociedade credora financiar-se e, à sociedade devedora, reduzir, por dedução, a base de incidência do imposto<sup>8</sup>. Em contraposição, o financiamento da sociedade através de capital próprio é remunerado através da eventual distribuição de dividendos, os quais não são dedutíveis à base tributável do SP que os distribui, e poderão ser tributados na esfera jurídica da sociedade beneficiária, caso não se aplique um regime como o de *participation exemption*. Tendo em conta esta diferença, é normal que as sociedades optem, em cada momento, pela alternativa que lhes for mais favorável. Optar entre as formas de financiamento é perfeitamente legítimo, pois “ (...) o aproveitamento de benefícios fiscais pouco ponderados pode conduzir ao planeamento fiscal agressivo e não abusivo”.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 104.º, n.º 2 CRP e MORAIS, 2009, p. 59.

<sup>4</sup> A tributação das sociedades “ (...) incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real” – art. 104.º, n.º 2 CRP.

<sup>5</sup> Art. 17.º, n.º 1 CIRC – constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas desse período e não refletidas no lucro contabilístico.

<sup>6</sup> O regime geral da dedução dos gastos encontra-se no art. 23.º CIRC, sem prejuízo de regimes especiais, como o dos gastos de financiamento – art. 67.º CIRC.

<sup>7</sup> Constitui-se uma dívida de quem recebe os fundos a favor de quem os disponibiliza – BENTO, 2011, p. 74.

<sup>8</sup> SARDÃO, 2014, p. 17.

<sup>9</sup> (SANCHES, 2009, pp. 43 – 44). Os conceitos de elisão fiscal, abuso fiscal e planeamento fiscal variam entre autores – BIZIOLI, 2017, pp. 170 – 171.

Este tratamento fiscal preferencial do financiamento através de empréstimos, ou *debt bias*<sup>10</sup>, tem na sua base um incentivo implícito ao reinvestimento dos lucros ao invés da sua distribuição aos acionistas<sup>11</sup>. Na escolha da estrutura de financiamento, a sociedade terá de ter em conta razões fiscais e não fiscais<sup>12</sup>.

A nível das transações internacionais, as consequências do financiamento através de empréstimos ou capital dependem do tratamento fiscal conferido pelas jurisdições<sup>13</sup>. Têm vindo a ser postos em prática elaborados esquemas de planeamento fiscal, os quais visam a redução da base tributável. Tais esquemas dependem de duas condições: que numa das jurisdições, os juros sejam dedutíveis; e exista diferença de taxas de tributação efetivas<sup>14</sup>. E isto, pois “ (...) a posição de um grupo de sociedades transfronteiriço não ser comparável à de um grupo em que todas as sociedades residem no mesmo EM”.<sup>15</sup> Assim, muitos dos esquemas atuais envolvem mais do que uma jurisdição e partem do exame das consequências fiscais das distribuições de lucros *vs.* pagamentos de juros entre os Estados da fonte e residência<sup>16</sup>.

Tradicionalmente, os sistemas fiscais modernos permitem a dedutibilidade de gastos de financiamento. Mas desde há vários anos que essa dedutibilidade tem sido sujeita a certos requisitos. Na próxima secção discutiremos as razões de tal limitação.

---

<sup>10</sup> *Vide infra* fig.1.

<sup>11</sup> O financiamento por empréstimos permite disciplinar os gestores, assegurando a posição de acionistas e investidores – KNÖLLER, 2011, p. 319.

<sup>12</sup> HUIZINGA, LAEVEN e NICODÈME, 2006, p. 2. *E.g.*, o débito da sociedade não deve ser elevado, prevenindo riscos de insolvência (justificando a reserva legal do art. 295.º CSC). Para alguns, as razões fiscais tomam precedência – LOUSA, 1996, p. 12. Os legisladores podem introduzir normas que orientem o comportamento das sociedades (“instrumentos de controlo de comportamento”, na aceção de CORREIA, 2010, pp. 42 – 46). O IRC assume-se como a única forma de promover o “dirigismo económico”, tendo em conta que outros mecanismos estão limitados pelo regime dos auxílios de Estado – MORAIS, 2009, p. 49; como benefícios e/ou incentivos fiscais, sujeitos à disciplina comunitária da concorrência – SANTOS, 2003, pp. 147 – 152. Mas medidas gerais, como redução da taxa de imposto, isenção de retenção na fonte, etc, não estão sujeitas à disciplina dos auxílios de Estado – SCHÖN, 2012b, p. 6.

<sup>13</sup> HUIZINGA, LAEVEN e NICODÈME, 2006, p. 3.

<sup>14</sup> HEY, 2014, p. 333. As disparidades de taxas de tributação encorajam as EMN a escolher a localização dos investimentos e as transferências de lucros e deduções associadas – GRAETZ, 2008, pp. 487 – 489.

<sup>15</sup> *Thin Cap*, § 59.

<sup>16</sup> LOUSA, 1996, pp. 12 – 13. A atribuição da qualidade de residente faz-se pelos elementos de conexão “sede estatutária” e “direção efetiva”. A subsunção do segundo no caso concreto depende da presença de um escritório, local de direção, etc. – COURINHA, 2015, pp. 115 – 118.

## 1.2. *Rationale da intervenção através do sistema tributário*

Os sistemas fiscais procuram reagir contra a utilização de gastos como forma de erosão das bases tributáveis nacionais. O tratamento tributário das diferentes formas de financiamento vai ter um impacto direto na repartição internacional da imputação dos gastos com empréstimos.

Tradicionalmente, uma sociedade é financiada por empréstimos, capital próprio ou ambos. “Empréstimos” são todos os instrumentos que deem origem a juros pagos e dedutíveis à matéria coletável do devedor<sup>17</sup>.

Para efeitos de legislação fiscal, a subcapitalização<sup>18</sup> é a “ (...) existência de uma acentuada desproporção entre o capital próprio de uma sociedade e o seu nível de endividamento (...) ”.<sup>19</sup> Uma forma de subcapitalizar as sociedades de um grupo passa pelo recurso ao *cash pooling* ou operações de centralização da gestão de tesouraria<sup>20</sup>, em que uma sociedade do grupo gere a tesouraria, promovendo empréstimos intragrupo<sup>21</sup> e, influenciando as taxas de juros praticadas, obtém uma poupança fiscal, pois que não existe aqui uma relação comum de credor-devedor<sup>22</sup>. Caso o centro de gestão de tesouraria resida num país de baixa tributação, e a sociedade que recebe o financiamento resida num país de tributação elevada, o pagamento dos juros consegue globalmente um ganho fiscal: os juros serão gastos dedutíveis no país com tributação mais elevada e rendimento tributável no país com tributação mais reduzida. A EMN irá reduzir a matéria coletável consolidada<sup>23</sup>, transferindo os lucros da mutuária, como pagamento de juros, para a mutuante, como rendimento proveniente desses juros<sup>24</sup>. Os países recetores da receita são normalmente países de baixa tributação<sup>25</sup>, em regra países em desenvolvimento<sup>26</sup>

---

<sup>17</sup> A definição é importante para impedir o *bed and breakfast*, operação em que a dívida de grupo é reduzida antes do termo do período de tributação, impedindo a aplicação das normas de subcapitalização, e aumentada imediatamente no início do período seguinte – OECD, 2012, p. 14.

<sup>18</sup> “Capitalização dissimulada” – *Lankhorst-Hohorst*, § 34.

<sup>19</sup> LOUSA, 1996, p. 14.

<sup>20</sup> A operação é virtual ou real – REBOUTA, 2005, pp. 4 – 7.

<sup>21</sup> GERALDES, 2014, p. 9; CHAND, 2016, p. 38.

<sup>22</sup> Se o credor for a sociedade-Mãe, e o devedor a subsidiária, a primeira controla as decisões económicas da segunda, e recebe desta última dividendos – KNÖLLER, 2011, p. 319.

<sup>23</sup> FROSS, 2013, p. 507 – *infra* fig. 2.

<sup>24</sup> Pela subcapitalização transferem-se rendimentos tributáveis no país da fonte (a título de dedução) para país terceiro – *Itelcar*, §33.

<sup>25</sup> MASUI, 2014, pp. 103 – 104.

<sup>26</sup> Pela falta de recursos para aplicar políticas antiabuso (*e.g.* normas de subcapitalização) e incapacidade de auditoria das autoridades fiscais – FUEST, HEBOUS e RIEDEL, 2011, p. 5.

ou países com menor dependência das receitas tributárias, que assumem uma postura mais competitiva em termos de política tributária internacional. Significa isto que, no contexto atual, a maioria da dívida provém de participadas, sediadas em países de alta tributação, e não das participantes/sociedades mãe, em regra localizadas em países de baixa tributação<sup>27</sup>.

Como norma antiabuso, certas jurisdições caracterizam como empréstimos intragrupo os empréstimos *back-to-back*<sup>28</sup> e os empréstimos perante terceiros garantidos ou avalizados por uma sociedade do grupo<sup>29</sup>.

A verdade é que a subcapitalização existe para além das situações de *cash pooling*. Bastará para tal que haja um sobreendividamento da sociedade, independentemente das razões que motivem tal subcapitalização. Parece-nos que a desconformidade dos gastos associados aos empréstimos com o *arm's length* é aqui o ponto essencial do problema.

Perceber as causas do tratamento preferencial do financiamento com dívida é essencial para desenhar normas de limitação adequadas a combater o risco inerente à subcapitalização. Estas devem ser avaliadas do ponto de vista macroeconómico, nomeadamente ao nível do impacto que terão na atração de investimento e na concorrência económica de longo prazo<sup>30</sup>. Isto porque a aplicação das normas de subcapitalização, apesar de importante, acaba por prejudicar as sociedades, condicionando a sua estrutura de financiamento<sup>31</sup>.

Após vários anos de utilização de instrumentos de planeamento fiscal agressivo pelas EMN<sup>32</sup>, é possível caracterizar claramente tais instrumentos, os quais prejudicam a justiça entre SP<sup>33</sup> e criam distorções de concorrência entre

---

<sup>27</sup> DESAI, FOLEY e HINES, 2003, p. 4.

<sup>28</sup> Os sócios aportam dinheiro à sociedade, intermediados por um banco. São os sócios que assumem os riscos da operação, devendo prestar garantia, daí que o risco do crédito se imputa aos acionistas – LOUSA, 1998, p. 126.

<sup>29</sup> O crédito da mutuária é garantido por sócio ou sociedade do grupo.

<sup>30</sup> Normas rígidas e inflexíveis influenciam a capacidade dos Estados para atrair EMN – KNÖLLER, 2011, p. 321.

<sup>31</sup> BLOUIN *et al.*, 2014, p. 18.

<sup>32</sup> As EMN são o foco da iniciativa, estando abrangidas por diferentes taxas de tributação, determinadas autonomamente pelos Países – MASUI, 2014, p. 107.

<sup>33</sup> A erosão das bases tributáveis das EMN reduz o montante de imposto devido por estas, transferindo-o para SP singulares.

sociedades a operar apenas no mercado nacional e as sociedades a operar num contexto transnacional ou global<sup>34</sup>.

### 1.3. Sistemas de limitação de dedutibilidade de gastos de financiamento

#### 1.3.1. Introdução

As classificações dos sistemas de limitação variam de acordo com os autores e com os países. Na presente seção procuraremos proceder a uma estruturação simples e perceptível.

#### 1.3.2. Normas de subcapitalização (*thin-capitalization*)

A limitação é feita por referência a um rácio pré-determinado entre certos indicadores económicos, como, p.e., dívida para capital.

Este foi o regime do CIRC até 2013, caracterizando-se por aplicar a limitação com base no rácio de dados das demonstrações financeiras (p.e., dívida/capital; dívida/ativos, etc.)<sup>35</sup>. O facto de, em regra, os regimes de subcapitalização distinguirem entre SP residentes e não residentes fez com que o TJUE se pronunciasse pela sua desconformidade face às liberdades fundamentais<sup>36</sup>.

#### 1.3.3. Normas *earnings stripping*

A limitação é fixada em função do lucro da sociedade<sup>37</sup>, negando-se a dedutibilidade dos gastos na parte em que estes ultrapassem uma proporção dos rendimentos do SP<sup>38</sup>. No contexto da UE, a evolução das *thin cap rules* para as *earnings stripping rules* deve-se essencialmente à jurisprudência do TJUE<sup>39</sup>. As

---

<sup>34</sup> Nas EMN as entidades – mãe podem deduzir os gastos com juros, quando se assumem devedoras; e quando recebem dividendos das filiadas beneficiam de isenção de participação, taxa de imposto preferencial ou tributação dos dividendos apenas na distribuição ao acionista – OECD, 2015a, p. 6. A EMN financia com dívida investimentos e aloca o débito a uma filiada num País de alta tributação, deduzindo aí os juros; e distribui os dividendos gerados pelo investimento à sociedade-mãe, sediada num país de baixa tributação. Assim, utiliza dívida para reduzir a base de incidência do imposto, deduzindo juros em excesso e/ou financiando com dívida rendimento sujeito a tributação residual (e.g., dividendos associados a entradas de capital).

<sup>35</sup> P.e., quando a dívida do SP face a terceiros seja superior ao dobro da participação social destes no capital próprio do SP [art. 57.º – C, n.º 4 CIRC (v. anterior à lei n.º 30 – G/2000)].

<sup>36</sup> Em especial, *Lankhorst-Hohorst, Thin Cap e Itelcar*.

<sup>37</sup> FROSS, 2013, p. 509. Art. 4.º, n.º 1 DAE e 67º, n.º 1, al. b) CIRC.

<sup>38</sup> KNÖLLER, 2011, p. 324.

<sup>39</sup> *Infra* p. 28 e segs.

*earnings stripping* são mais vantajosas para os SP no caso de os lucros das subsidiárias aumentarem, dado que assim haverá maior capacidade de dedução<sup>40</sup>.

O mecanismo mais comum de *earning stripping rule* na UE é o do rácio fixo. Neste modelo, associa-se o nível de despesa dedutível com gastos de financiamento a um indicador relevante da atividade económica do SP<sup>41</sup>.

A principal crítica apontada ao modelo é que a definição de um rácio elevado face ao *EBITDA* é ineficaz dado que, em certos casos, os SP poderão deduzir a totalidade de gastos com empréstimos, o que frustra o objetivo da medida; ou, pelo contrário, limitará em muito a atividade daqueles<sup>42</sup>. Para ultrapassar as debilidades do modelo, vários países consagram exceções à aplicação desta regra geral<sup>43</sup>.

#### 1.3.4. Normas de rácio de grupo

Neste modelo, a limitação assenta numa comparação entre o nível de dívida da sociedade por referência à dívida global do grupo<sup>44</sup>. Permite-se a dedução total ou parcial de gastos de financiamento por referência a um rácio legalmente pré-determinado, referente a dados contabilísticos do grupo em que a entidade se insere.

Este modelo poderá ser aplicado como uma provisão adicional separada da regra de rácio fixo, ou inserido num modelo mais vasto que, globalmente, integre a regra de rácio fixo<sup>45</sup>.

O modelo não é isento de críticas, nomeadamente quanto à sua aplicação no caso de entidades com *EBITDA* negativo num grupo com *EBITDA* consolidado positivo<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Quanto maior o rendimento, maior a dedução – GÖRITZER, 2012, pp. 21 – 22.

<sup>41</sup> O rácio pode incidir sobre rendimentos, ativos ou capital – OECD, 2015a, p. 12.

<sup>42</sup> Indústrias de capital intensivo. Entre outras críticas, a comparabilidade entre um indicador volátil (o *EBITDA*) e outro relativamente estável (os gastos de financiamento) e a incompatibilidade face ao *arm's length* – FROSS, 2013, p. 509.

<sup>43</sup> Ou *escape clauses*, como a regra “*de minimis*”, a das entidades autónomas e o rácio de grupo – KNÖLLER, 2011, p. 325.

<sup>44</sup> Art. 4.º, n.º 5 DAE.

<sup>45</sup> Assim, modelo alternativo ou subsidiário face à regra de rácio fixo. A al. a) do n.º 5 do art. 4.º DAE integra uma *asset-equity escape clause*. Em nosso entender, sendo o rácio ativos - capital, distinto da regra de rácio fixo e da al. b) do n.º 5 (dívida para *EBITDA*), este é um modelo alternativo à regra de rácio fixo. A al. b) é um modelo subsidiário, pois o rácio é de dívida para *EBITDA*, sendo cláusula de salvaguarda da regra de rácio fixo, permitindo uma dedução superior à que seria possível por aplicação desta última.

<sup>46</sup> *Infra* p. 50 e 51.

### 1.3.5. Soluções *at arm's length*

A adoção do rácio fixo e/ou de grupo pode ser integrado por uma regra *arm's length*, permitindo que mesmo excedido o limite se deduzam gastos que sejam comparáveis a SP com similares condições económicas<sup>47</sup>.

Neste modelo, a limitação é fixada comparando-se o nível de gastos de financiamento de uma entidade com a situação (hipotética) se essa entidade contratasse o endividamento com uma parte não relacionada.

As vantagens são inegáveis: permite a cada sociedade adaptar o seu nível de endividamento aos operadores com funções e mercado similar<sup>48</sup>. No entanto, a complexidade ao nível do controlo pelas autoridades fiscais revela-se como essencial<sup>49</sup>, tão ou mais que a regulamentação dos preços de transferência é um dos temas mais exigentes da jurisprudência atual<sup>50</sup>.

### 1.3.6. Cláusulas antiabuso

Certos regimes impedem a dedução de gastos de financiamento apenas em operações que revelam o risco de terem como único ou principal intuito a redução da base de incidência do imposto<sup>51</sup>. O modo de definir “abuso” varia substancialmente.

### 1.3.7. Sistemas de retenção na fonte

Nestes, os pagamentos de quantias associadas a financiamentos por empréstimos são sujeitos a imposto por retenção na fonte no país de residência do devedor<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> BLOUIN *et al.*, 2014, p. 8. P.e., o regime introduzido em Portugal pela LOE 1996 – *infra* p. 40.

<sup>48</sup> LOUSA, 1996, pp. 24 – 25.

<sup>49</sup> OECD, 2012, pp. 9 – 10.

<sup>50</sup> *Vide* ac. do CAAD, de 07/09/2015, proc. 844/2014-T. Destacamos a dificuldade da regulamentação dos preços de transferência.

<sup>51</sup> Operações de suprimento, pagamentos a não residentes e relacionadas com regimes fiscais mais favoráveis (e.g. art. 23.º – A, n.º 1, al. r) CIRC).

<sup>52</sup> A poupança que as EMN conseguem com os pagamentos a SP em jurisdições mais favoráveis é mitigada pelo imposto na fonte de pagamento. Se a taxa de retenção na fonte for distinta da taxa de imposto, o risco de erosão das bases tributáveis mantém-se. No caso de EMN, as subsidiárias credoras poderão requerer o crédito de imposto pago na fonte de pagamento, o que permite aos SP adotarem estruturas de financiamento que explorem esse mecanismo. Pelo contrário, no caso de retenção e taxa de imposto serem iguais, é possível obter uma neutralidade entre financiamento por empréstimos ou capital – SCHÖN *et al.*, 2014, pp. 203 – 206.

Esta tem sido a opção de economias emergentes<sup>53</sup> que promovem retenções na fonte aos pagamentos de juros a investidores não residentes<sup>54</sup>. Apesar de simples, este mecanismo é o mais frágil de todos, fruto da tendência global de não tributação de juros ao nível da fonte de pagamento, quer na UE<sup>55</sup>, quer nas CDT<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Mecanismo prático de aplicar.

<sup>54</sup> HEY, 2014, p. 333.

<sup>55</sup> A DJR consagra uma isenção de retenção na fonte de juros pagos, quando o beneficiário seja uma entidade residente num EM da UE ou um EE num EM detido por uma sociedade de outro EM.

<sup>56</sup> A CM OCDE consagra um direito de o Estado da fonte reter a título de imposto uma percentagem dos juros pagos, não superior a 10%. O efeito útil é duvidoso, pois à retenção na fonte associa-se uma isenção ou crédito de imposto na residência do beneficiário. A maioria dos países não aplica retenções ou são reduzidas ou eliminadas por tratados bilaterais – GRAETZ, 2008, p. 487. Outro obstáculo é a diferença de critérios para operar a retenção na fonte – AULT e ARNOLD, 2010, pp. 333–339. No caso de investidor não residente, para efeitos de CDT, é mais vantajoso financiar a subsidiária por empréstimos do que com capital próprio, pois que a retenção na fonte de pagamento de juros será de 10%, comparando com a aplicável aos dividendos distribuídos, em regra de 15% – ac. STA, Proc. 0770/14.

## Capítulo II

# Limitações Internacionais à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento

---

### 2.1. A Ação 4 BEPS

Ciente dos problemas criados por esquemas de erosão das bases tributáveis nacionais, a OCDE lançou a iniciativa BEPS<sup>57</sup>. Este projeto visa evitar o aparecimento de esquemas de planeamento fiscal agressivo, que conduzam à perda de receitas fiscais essenciais para financiar os Estados fiscais<sup>58</sup> como os da OCDE e da UE, colocando em perigo o seu modelo de sociedade<sup>59</sup>.

A Ação 4, que agora examinamos, visa impedir que os SP coloquem a maior parte dos gastos com empréstimos em países de elevada tributação, a que correspondam pagamentos a SP residentes em países de baixa tributação<sup>60</sup>. Esta ação do BEPS propõe a criação e reforço de normas que limitem a dedutibilidade de gastos de financiamento<sup>61</sup>, introduzindo limitações à forma como os legisladores podem desenhar tais regimes e substituindo o modelo *thin cap* pelas normas *earnings stripping*<sup>62</sup>.

Um dos problemas que se coloca nestas regras é a decisão sobre a medida da atividade económica que servirá de referência à limitação. Pelo facto de os sistemas

---

<sup>57</sup> Contra as práticas que provocam a erosão das bases tributáveis e transferência de lucros para países de baixa tributação. O plano tem 15 ações, entre elas a limitação à dedutibilidade de gastos (Ação 4), que visa garantir que a dívida da sociedade tem uma conexão efetiva com a obtenção do seu rendimento – DELOITTE, 2015, p. 1.

<sup>58</sup> Os que dependem essencialmente das receitas tributárias para o financiamento dos gastos públicos.

<sup>59</sup> Modelo que obriga o SP a contribuir para as “necessidades de satisfação passiva”, como a saúde, educação, etc – RIBEIRO, 2010, pp. 19 – 24. E isto ainda no Estado pós-social de Direito – FONSECA, 2012, pp. 42 – 43, que mantém uma componente garantística e reguladora – ANDRADE, 2013, pp. 25 – 26.

<sup>60</sup> Ainda se tem por objetivo impedir a utilização de dívida para gerar rendimentos não tributados, como dividendos – OECD, 2015b, § 9. Para aumentar a transparência, os EM da OCDE introduziram trocas espontâneas de informação tributária relacionada com os *tax rulings* – BARANGER, 2017, p. 135. A troca de informação tributária na UE é disciplinada pela Dir. 2014/107/UE.

<sup>61</sup> *Infra* fig. 3.

<sup>62</sup> A OCDE opta pelo rácio fixo como regra geral, rácio que deve fixar-se entre 10% e 30% do *EBITDA*. A regra de rácio fixo poderá ser integrada por uma regra de rácio de grupo, como cláusula de salvaguarda. Ainda assim, outras limitações se afiguram: quanto à incidência pessoal da medida, aplica-se às EMN, o que não significa que cada EM não as aplique a todos os operadores; e apenas aos empréstimos líquidos, descontando os recebimentos, como forma de atingir o rendimento líquido do SP – OECD, 2017a, pp. 37 – 41; 49 – 51.

fiscais já aceitarem o lucro contabilístico, a Ação 4 entende que a atividade económica deve ser medida a partir de dados contabilísticos<sup>63</sup>. Apesar de os ativos serem tidos como idóneos à mensuração da atividade económica de uma entidade<sup>64</sup>, a ação recomenda que o rendimento é o melhor indicador da capacidade do SP para gerar valor e cumprir as suas obrigações como mutuário<sup>65</sup>.

Como medida do rendimento, a Ação 4 propõe o *EBITDA*. Ao excluir as despesas com juros, impostos, depreciações e amortizações<sup>66</sup>, o referente permite averiguar a real capacidade de uma sociedade para cumprir as suas obrigações como mutuária. A ação permite que os EM apliquem correções fiscais ao *EBITDA* ou adotem outra figura que não o *EBITDA*, desde que o efeito útil seja similar<sup>67</sup>. Independentemente da medida de rendimento adotada, devem-se excluir os rendimentos isentos de tributação, de forma a não beneficiar os SP que utilizam gastos de financiamento para financiar rendimentos não tributados ou tributados a taxas preferenciais<sup>68</sup>.

Por último, a Ação avança também uma proposta de interpretação extensiva de “pagamentos economicamente equivalentes a juros”<sup>69</sup>, solução que nos parece da maior importância para garantir a harmonização dos modelos de limitação.

---

<sup>63</sup> OECD, 2015a, § 45. No caso de grupos de sociedades, exige-se a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas, introduzida pela Dir. 2013/34/UE e transposta pelo DL n.º 98/2015.

<sup>64</sup> Pela sua estabilidade e previsibilidade – OECD, 2015b, § 79.

<sup>65</sup> A dívida salda-se com *cash*, apesar de o rendimento ser volátil e dos problemas de correlação temporal entre proveitos e gastos em projetos de repercussão plurianual.

<sup>66</sup> Situação que nas indústrias de capital intensivo, com significativos ativos fixos tangíveis, poderá ser uma vantagem, porquanto as amortizações e depreciações são um gasto fiscal.

<sup>67</sup> É o caso do *EBIT*, similar ao *EBITDA*, mas que não inclui os gastos com depreciações e amortizações; ou ainda o lucro bruto.

<sup>68</sup> E.g. dividendos – OECD, 2015a, § 111.

<sup>69</sup> Juros de empréstimos participativos, rendas de contratos de *leasing*, etc – OECD, 2017a, § 36.

## 2.2. Limitações de Direito primário da União: as liberdades fundamentais

O TFUE consagra várias liberdades fundamentais<sup>70</sup>. As normas de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento poderão constituir restrições a essas mesmas liberdades, sendo que o TJUE já apreciou essa questão anteriormente<sup>71</sup>.

Tal não significa que todas as normas de limitação de gastos de financiamento sejam incompatíveis com o TFUE. A eventual restrição introduzida por essas normas poderá ser justificada se prosseguir “ (...) um objetivo compatível com o Tratado e se se justifica[r] por razões imperativas de interesse geral”.<sup>72</sup> Em matéria

---

<sup>70</sup> As liberdades fundamentais surgem em torno de dois grandes direitos: direito de circulação transfronteiriça e proibição de discriminação com base na residência ou critério semelhante – TERRA e WATTEL, 2012, p. 36. Com relevância para o texto, a liberdade de estabelecimento (art. 49.º TFUE) envolve o acesso a atividades não assalariadas e a constituição e gestão de sociedades em condições iguais às aplicáveis aos nacionais de cada EM (*Cadbury Schweppes*, §41); a liberdade de prestação de serviços (art. 56.º TFUE) envolve a liberdade de prestar serviços num outro EM ou a nacionais de outro EM, e a regulamentação dessas prestações num EM não a pode tornar mais difícil do que a prestação de serviços puramente interna (*SIAT*, §18); por último, a liberdade de circulação de capitais (art. 63.º TFUE) abrange tanto os movimentos de capitais entre EM, como entre estes e países terceiros – GORJÃO – HENRIQUES, 2010, p. 586; e *Santander Asset Management SGIIC*, § 15; pois terá o mesmo significado em contexto intra-UE ou entre países terceiros – TERRA e WATTEL, 2012, p. 52. Pode não ser fácil distinguir entre liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de capitais. Se a legislação nacional controvertida for apenas aplicável às participações sociais que conferem efetiva influência sobre SP residente em país terceiro, estas liberdades não podem ser invocadas – *Itelcar*, §17. Pelo contrário, no caso de a legislação se aplicar aos dividendos que provêm de país terceiro, quando a legislação não se aplique exclusivamente às participações com as características anteriores, então aí aplicar-se-á a liberdade de circulação de capitais – *Itelcar*, §18. No caso de as participações conferirem efetiva influência sobre SP residente num EM, aplica-se a liberdade de estabelecimento – *Baars*, § 22.

<sup>71</sup> Em específico, *Lankhorst – Hohorst e Thin – Cap*. Numa primeira fase, liberdade de estabelecimento – *Lankhorst-Hohorst*, § 32, *Thin Cap*, § 33 e *Cadbury Schweppes*, § 33; posteriormente, liberdade de circulação de capitais – *Itelcar*, § 25. O TJUE pronunciou-se pela desconformidade das normas de limitação quando seguem o modelo de subcapitalização. Basta que o regime de subcapitalização seja “ (...) suscetível de restringir (...)” o exercício de uma liberdade fundamental para que haja uma restrição – *Thin Cap*, § 62. As normas de subcapitalização constituem, em regra, uma diferença no tratamento entre sociedades mutuárias residentes num dado EM, consoante a residência fiscal do credor. Isso torna menos atraente o exercício das liberdades fundamentais por sociedades estabelecidas noutra EM quanto à aquisição, criação ou manutenção de uma filial no EM que contém o regime – *Lankhorst-Hohorst*, § 32 e *Thin Cap*, § 61. É esta diferença de tratamento que existe no regime de subcapitalização em Portugal até 2006, sendo suscetível de prejudicar sociedade mutuária residente em Portugal que contraia empréstimos perante sociedade residente em País terceiro com a qual mantenha relações especiais – *Itelcar*, § 31.

<sup>72</sup> As justificações têm origem legal (art. 36.º TFUE) e jurisprudencial/extra-catálogo, como a *rule of reason* / “requisitos obrigatórios de interesse público”. Esta surge no âmbito da liberdade de circulação de mercadorias, mas o TJUE aplica-a às restantes liberdades fundamentais. É na liberdade de circulação de capitais que se aplica a cláusula *standstill* ou *grandfather* que permite que se mantenham restrições com países terceiros, já em vigor desde 1993 (art. 64.º TFUE) – TERRA e WATTEL, 2012, pp. 41 – 45; 52.

de justificações<sup>73</sup>, o TJUE tem normalmente em conta o combate à evasão fiscal<sup>74</sup>, a salvaguarda da coerência dos sistemas fiscais nacionais<sup>75</sup> e a eficácia dos controlos fiscais<sup>76</sup>. Além disso, é necessário que a norma nacional seja adequada à prossecução dessas justificações<sup>77</sup>.

O teste de proporcionalidade<sup>7879</sup> deve ser realizado com base em elementos comprováveis por terceiros<sup>80</sup>, definidos previamente de forma a salvaguardar as

---

<sup>73</sup> Dentro das justificações do TFUE (de catálogo) estão as razões I) de ordem pública, II) de segurança pública e III) de saúde pública. Como justificações fora do catálogo, estão as razões imperativas de interesse geral.

<sup>74</sup> O risco de redução de receitas fiscais não é, por si, uma causa de justificação de obstáculos às liberdades fundamentais – *Bosal*, § 42 e *Cadbury Schweppes*, § 49; pois objetivos de política económica não são objetivos essenciais de interesse público. O mesmo raciocínio aplica-se a justificações como a prevenção do vício do jogo, divórcios, suicídios, etc – *TERRA e WATTEL*, 2012, p. 40. O facto de um SP, dentro da UE, se aproveitar de um sistema fiscal mais vantajoso não pode originar uma presunção de comportamento abusivo – *Cadbury Schweppes*, § 36 e 50 e *SIAT*, § 38. Mas o combate à fraude fiscal é tido como causa de justificação – *Elisa*, § 81. Isto porque nenhum SP pode utilizar normas do TFUE para impedir abusiva e fraudulentamente a aplicação de legislação nacional – *Cadbury Schweppes*, § 35. Para estarmos perante o combate à evasão fiscal, a norma controvertida deve visar apenas os expedientes puramente artificiais e não se aplicar globalmente a todas as operações (no caso, de financiamento) – *Cadbury Schweppes*, § 51 e 55; *Lankhorst-Hohorst*, § 37 e *Itelcar*, § 34. Resulta assim que o argumento do combate à evasão fiscal não é válido quando o regime em causa se aplica também a situações de prossecução efetiva de atividades económicas, através de implantação real e estável num determinado EM – *Cadbury Schweppes*, § 53 e 54.

<sup>75</sup> Este argumento surge como causa de justificação em *Bachmann*, § 21 e *H. A. Passenheim-van Schoot*, § 45. A coerência traduz-se na dedução de gastos numa jurisdição quando os rendimentos associados serão tributados nessa ou noutra jurisdição – *DOURADO*, 2017, pp. 114 – 116; justificando que se impeça a dedução de gastos utilizados para financiar rendimento isento – *OS*, 2016, p. 187. No caso de financiamento de sociedades, deve existir um nexo direto entre o benefício fiscal que corresponde à dedução do gasto e a compensação de tal dedução com a tributação dos pagamentos respetivos no beneficiário – *Thin Cap*, § 67. Para a existência deste nexo direto, devemos estar perante o mesmo contribuinte e imposto – *Bosal*, § 29. Em alguns países, as normas de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento são mais restritivas, exigindo a substância económica das operações (e.g., *business purpose test*) – *THURONYI, BROOKS e KOLOZS*, 2016, p. 140.

<sup>76</sup> Um EM está autorizado a levar a cabo medidas que garantam o conhecimento de todo o rendimento tributável de determinado SP – *Futura Participations and Singer*, § 31 e *Baxter*, § 18, prevenindo infrações às suas leis e regulamentos em matérias fiscais – *A*, § 55.

<sup>77</sup> A adequação é um dos elementos do teste de proporcionalidade, exigindo que a medida seja adequada ao fim que visa. O TJUE pode pronunciar-se com um juízo simples de inadequação (total desadequação) ou um juízo de dupla-adequação (neste, o TJUE não permite a justificação de medidas que prossigam fins gerais, mas que não sejam prosseguidos também nas relações internas) – *NOGUEIRA*, 2010, p. 305.

<sup>78</sup> Contempla três dimensões, a saber: I) adequação, II) necessidade e III) proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>79</sup> A proporcionalidade está presente em *Cadbury Schweppes*, §60; *Lankhorst-Hohorst*, § 33 e *Thin Cap*, § 77 e 78. O teste da proporcionalidade depende do crivo prévio de “necessidade”, ou seja, entre todas as medidas adequadas ao fim visado, foi escolhida a que menos perturba as liberdades fundamentais. Há aqui um teste de “alternatividade” entre medidas reais ou hipotéticas, desde que todas possam ser adotadas e sejam uma alternativa efetiva à norma sob análise – *NOGUEIRA*, 2010, pp. 311 – 314.

<sup>80</sup> Estes elementos devem permitir I) averiguar a existência física do expediente (uma sociedade ou EE), quanto às suas instalações, pessoal e equipamentos – *Cadbury Schweppes*, §67, e II) concluir se existe ou não um expediente artificial que permite ao SP impedir a aplicação de legislação nacional – *Thin Cap*, § 81. A norma nacional deve permitir ao contribuinte apresentar prova das

necessidades de segurança jurídica próprias do sistema fiscal, com base nas quais as normas devem ser claras, precisas e previsíveis<sup>81</sup>. Será assim desproporcional uma legislação interna que afete todos os setores globalmente considerados ou todas as operações independentemente das razões subjacentes<sup>82</sup>. Neste contexto, serão desproporcionais e incompatíveis com o direito da UE as regras de limitação à dedutibilidade de gastos que, introduzindo uma restrição, não restrinjam o seu campo de atuação aos expedientes puramente artificiais, desprovidos de genuinidade<sup>83</sup>.

## 2.3. Limitações de Direito secundário da União: a diretiva Antielisão

### 2.3.1. Introdução

Embora existam regras nacionais para combater a dedução excessiva de gastos de financiamento, na UE ainda não existia nenhuma regra supranacional que, com imperatividade, introduzisse um *standard* mínimo de proteção das bases tributáveis nacionais. Este paradigma altera-se com a DAE<sup>84</sup>, a qual visa impedir a obtenção de vantagens fiscais ilegítimas pelas EMN<sup>85</sup>, garantindo que “ (...) o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados”.<sup>86</sup>

A Diretiva introduz um *standard* mínimo de proteção das bases tributáveis nacionais que os países devem implementar de forma a erradicar situações que afetam o mercado interno e a livre concorrência que ele exige<sup>87</sup>. Sendo de transposição imperativa, a DAE procura neutralizar a concorrência fiscal prejudicial entre os EM, materializada em práticas como a tributação nula ou quase

---

razões que motivaram a operação – *SIAT*, §50 e *Itelcar*, § 37, pois é ele o melhor colocado para justificar a sua atividade económica – *Cadbury Schwepes* § 70. No caso de se concluir pelo expediente artificial, a limitação é proporcional se impedir a dedutibilidade somente na parte dos gastos fixados acima do *arm's length* – *Thin Cap*, §83 e *SIAT*, § 52.

<sup>81</sup> *Itelcar*, § 44.

<sup>82</sup> A legislação que limite a dedutibilidade onde realidade económica é clara, presumindo *prima facie* um abuso, será desproporcional – *Itelcar*, § 42 e *Cadbury Schwepes*, § 65.

<sup>83</sup> *Cadbury Schwepes*, § 75.

<sup>84</sup> Dir. 2016/1164/UE do Conselho, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>85</sup> NAVARRO, PARADA e SCHWARZ, 2016, p. 117.

<sup>86</sup> DAE preamb. 1.

<sup>87</sup> GUTMANN *et al.*, 2017, p. 1.

nula, a aplicação de regimes preferenciais de tributação para não residentes e a concessão de vantagens fiscais desligadas da economia interna<sup>88</sup>.

A DAE, por apresentar apenas um *standard* mínimo de proteção, não irá pôr termo à concorrência fiscal entre os EM. Isto porque os específicos graus de proteção das bases tributáveis poderão ser distintos no seio da UE, pelo que as EMN poderão optar por alocar os seus rendimentos, as suas estruturas ou as suas transações nos países em que essa proteção é menor.

### 2.3.2. Âmbito subjetivo

A DAE aplica-se a “ (...) contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais EM, incluindo EE situados num ou mais EM de entidades residentes em países terceiros (...)”, sendo que EMN é aquela que opera em mais de uma jurisdição<sup>89</sup>.

Apesar de a incidência subjetiva proposta no BEPS ter por base o risco existente nas sociedades entre si dependentes<sup>90</sup>, apenas a DAE concretiza esta dependência, na figura da “sociedade associada”, com referência à percentagem exigida nos direitos de voto, capital social e no montante de lucros a receber<sup>91</sup>.

Exemplo de sintonia entre plano BEPS, DAE e CIRC é o regime aplicável às sociedades do setor financeiro<sup>92</sup>, excluídas fruto das suas características únicas. As entidades bancárias e seguradoras têm maioritariamente rendimentos positivos de juros líquidos, pelo que em regra não apresentam o risco de erosão da base tributável inerente à subcapitalização<sup>93</sup> e necessitam de se financiar para desenvolver os seus negócios, daí que nestas os gastos de financiamento apresentam

---

<sup>88</sup> P.e., o recurso ao *tax ruling* ou contrato fiscal, contrato celebrado entre a autoridade fiscal de um país e o SP, onde se define a fórmula de cálculo da matéria coletável, a taxa de imposto aplicável, etc. – MORAIS, 2016, p. 119. Este é utilizado como fator de atração de investimento externo e que frequentemente prejudica a concorrência saudável entre os operadores. Existem vários casos em que os EM beneficiaram EMN estrangeiras sem ligação física e/ou económica ao seu território (o apoio do Luxemburgo à Amazon e à FIAT; da Irlanda à Apple e da Holanda à Starbucks).

<sup>89</sup> Art. 1.º DAE e OECD, 2015b, § 45 . Existem dúvidas quanto à incidência subjetiva do normativo, visto que os critérios de incidência subjetiva a imposto sobre rendimento de sociedades variam entre jurisdições – RIGAUT, 2016, p. 500.

<sup>90</sup> Grupos de sociedades, partes em conexão e partes relacionadas. A diferença entre partes em conexão e relacionadas é que as primeiras estão sob o mesmo controlo, mas não são parte de um grupo; as segundas têm uma carga acentuada de participações sociais comuns, mas sem controlo comum – OECD, 2015a, § 38.

<sup>91</sup> Art. 2.º, § 4 DAE.

<sup>92</sup> O n.º 11 do art. 67.º CIRC exclui as sociedades sob supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal (bancos, seguradoras, empresas de gestão de ativo e de crédito, etc.).

<sup>93</sup> OECD, 2016b, § 14.

acrescida relação com a sua capacidade de aumentar os rendimentos<sup>94</sup>. Por último, estão sujeitas a restritos controlos de entidades governamentais<sup>95</sup>, p.e, ao nível da estrutura de capital, o que reduz o seu campo de manobra em termos de expedientes agressivos.

### 2.3.3. Âmbito objetivo

A DAE aplica-se aos gastos excessivos com empréstimos obtidos<sup>96</sup>. Esta opção parece-nos a mais acertada, associando juros recebidos a juros pagos, expressão da tributação societária com base no rendimento real.

A DAE alarga o âmbito de aplicação a outros gastos economicamente equivalentes a juros<sup>97</sup>, como pagamentos no âmbito empréstimos participativos<sup>98</sup> e os elementos de custo nos contratos de locação financeira<sup>99</sup>.

### 2.3.4. O conceito de *EBITDA* e figuras próximas

Como regra geral, a limitação à dedutibilidade de gastos com empréstimos é feita por referência ao *EBITDA* (i.e. por aplicação do rácio pré-determinado ao *EBITDA* do SP). Para obter o *EBITDA*, é necessário corrigir o lucro bruto da sociedade de juros, impostos, depreciações e amortizações.

Como figura próxima do *EBITDA*, e defendida pela DAE, temos o *EBIT*, que não inclui depreciações e amortizações.

---

<sup>94</sup> Os juros e prémios de seguros são essenciais para bancos e seguradoras, respetivamente.

<sup>95</sup> Limitam o montante e natureza de capital que as entidades por si auditadas devem apresentar – OECD, 2016b, § 13.

<sup>96</sup> Os que ultrapassam os limites de dedução previstos na DAE.

<sup>97</sup> Art. 2.º, § 1 DAE. No mesmo sentido, também o CIRC alarga o conceito de juros, ou gastos de financiamento – art. 67.º, n.º 12. Gastos economicamente equivalentes são todos os que relacionados com qualquer tipo de financiamento – OECD, 2015b, § 35 – 36.

<sup>98</sup> A remuneração é fixada com referência ao lucro da entidade emitente das participações. O credor, embora com direito a participar nos lucros, não participa nas perdas, não é acionista nem tem controlo sobre a entidade – SILVA, 2014, p. 50.

<sup>99</sup> O locador cede ao locatário o gozo de um bem adquirido a terceiro. A retribuição por esse gozo é o elemento de custo para efeitos desta norma – VASCONCELOS, 2016, p. 450.

## 2.3.5. A regra de rácio fixo como regra geral

### 2.3.5.1. Enquadramento

Nos termos desta regra<sup>100</sup>, a entidade pode deduzir despesas de financiamento com referência a uma percentagem do seu *EBITDA*, garantindo que parte dos seus lucros será sempre tributada. Trata-se de uma regra de fácil aplicação por parte dos SP e de fácil controlo pelas autoridades fiscais<sup>101</sup>.

Embora os rácios de gastos dedutíveis face ao *EBITDA* possam ser definidos pelos países<sup>102</sup>, no exercício da sua soberania fiscal<sup>103</sup>, a maioria opta pelos 30%<sup>104</sup>. Na definição deste rácio, os países devem ter em conta várias circunstâncias, pois estamos perante decisões que têm impacto direto na atração de investimento, essencial para a sua receita pública<sup>105</sup>.

Neste caso, os gastos abaixo do limite são totalmente dedutíveis e acima do limite são automaticamente limitados<sup>106</sup>.

### 2.3.5.2. Funcionamento

O primeiro passo consiste na determinação do *EBITDA* da sociedade. Seguidamente, o SP deve aplicar o rácio definido pelo legislador da jurisdição onde opera ao valor do *EBITDA* (contabilístico ou fiscal, dependendo da opção de cada

---

<sup>100</sup> Referimo-nos aqui à regra geral de rácio fixo com referência ao *EBITDA*, o que não significa que cada EM não preveja outras modalidades de limitação como exceções a essa regra. É o caso do rácio ativos-capital do art. 4.º, n.º 5, al. a) DAE.

<sup>101</sup> Pelo facto de a aplicação depender da posição autónoma do SP, sem necessidade de apelar a demonstrações financeiras consolidadas.

<sup>102</sup> Podem ser definidos pelos EM mas não livremente, uma vez que o rácio deverá ser de, no máximo, 30% face ao *EBITDA*.

<sup>103</sup> Entendemos que o TFUE dará menor relevo à harmonização da tributação direta do que da indireta, esta última prevista especificamente no art. 113.º TFUE – TERRA e WATTEL, 2012, pp. 9 – 10; 109 – 110; 124 – 129.

<sup>104</sup> Portugal, Alemanha, Grécia, Itália, Espanha, etc. Os EM podem determinar rácios entre 0% e 30%. Apesar do esforço harmonizador, a regra de rácio fixo pode ser ultrapassada com recurso a instrumentos de financiamento híbridos, entidades híbridas, etc – BURNETT, 2015a, p. 19. Um rácio máximo (de 30% ou próximo) pode ser aplicado I) em países com níveis mais elevados de gastos de financiamento líquidos que não tenham motivação fiscal e II) para encorajar o investimento em infraestruturas – OECD, 2015b, § 99. O rácio definido nunca será o ideal, pois não tem em atenção as características concretas de cada SP – BURNETT, 2015b, pp. 9 – 10.

<sup>105</sup> As sociedades reagem a estímulos fiscais – MORAIS, 2009, p. 10.

<sup>106</sup> É uma regra *safe harbour*, que apenas limita a dedutibilidade nos casos em que os gastos de financiamento estão acima do limite legal.

legislador nacional). O resultado desta operação traduz-se no montante máximo de gastos dedutível nesse período<sup>107</sup>.

Por último, verificar se o montante total de gastos<sup>108</sup> excede o montante dedutível. O excesso não dedutível poderá ser eventualmente reportado aos lucros dos períodos anteriores ou seguintes<sup>109</sup>, podendo cada legislador definir, além dessa possibilidade de reporte e respetivas modalidades, o reporte da “folga”<sup>110</sup>. Caso não exista a possibilidade de reporte, a dedução será simplesmente negada.

### **2.3.6. Exceções à regra de rácio fixo**

#### **2.3.6.1. A regra de rácio de grupo como “cláusula de escape”**

##### **2.3.6.1.1. Breve introdução<sup>111</sup>**

O principal enfoque da DAE são as EMN. Deste modo, a limitação à dedutibilidade de gastos passa pelos grupos consolidados<sup>112</sup> para efeitos contabilísticos. A DAE introduz a regra de rácio de grupo como uma cláusula de escape<sup>113</sup>. Aqui, permite-se aos grupos deduzir certos gastos que ultrapassem o limite geral<sup>114</sup>, até a um outro patamar, definido como o “limite do rácio de grupo”<sup>115</sup>.

Em regra, a aplicação do rácio de grupo depende da comparação entre dados contabilísticos da entidade face ao grupo<sup>116</sup>. Se o rácio de grupo for superior ao

---

<sup>107</sup> OECD, 2015b, § 90.

<sup>108</sup> Será dedutível o montante menor entre os gastos de financiamento líquidos e o valor dado pela aplicação do rácio ao *EBITDA* – EY, 2015, p. 3.

<sup>109</sup> *Carryback* ou *carryforward*, respetivamente.

<sup>110</sup> *Infra* p. 43.

<sup>111</sup> Na DAE, temos o rácio capital/ativos (*equity/asset*) e o rácio de empréstimos do grupo perante terceiros/*EBITDA* (*third party interest / EBITDA*).

<sup>112</sup> *Group-wide tests*.

<sup>113</sup> A regra de rácio fixo não leva em conta que entidades em diferentes setores possam ter diferentes níveis de endividamento, algo que é colmatado com a regra de rácio de grupo. Exemplo de que a regra de rácio de grupo é uma cláusula de salvaguarda é que esta nunca poderá conduzir a uma maior limitação do que a da regra de rácio fixo – OECD, 2017a, § 115 – 117.

<sup>114</sup> Rácio fixo do n.º 1.

<sup>115</sup> EY, 2016, p. 2.

<sup>116</sup> P.e., gastos de financiamento para *EBITDA* ou para ativos. Na DAE, compara-se a posição da entidade face ao grupo quanto ao rácio entre capital próprio e ativos (art. 4.º, n.º 5, al. a); e, na al. b), quanto ao endividamento perante terceiros.

rácio fixo, será aquele o aplicável, permitindo uma dedução superior à que seria possível por aplicação da regra geral<sup>117</sup>.

Embora nos pareça que o sistema da DAE é bastante abrangente, tal não significa que está isento de críticas. Em específico, quando existem entidades com rendimento positivo num grupo com prejuízo, bem como a situação inversa<sup>118</sup>.

Por último, a regra de rácio de grupo pode assumir várias configurações distintas, o que será discutido nas seguintes subsecções.

#### **2.3.6.1.2. A regra de plena dedução (*equity-escape clause*)**

Permite-se plena dedução dos gastos se a proporção de capital próprio para ativos da entidade for igual a, pelo menos, 98% do rácio equivalente ao nível do grupo consolidado<sup>119</sup>.

A regra da plena dedução, prevista na DAE e inspirada no regime alemão<sup>120</sup>, parte do rácio entre capital próprio e ativos<sup>121</sup>. Esta é configurada como uma *worldwide equity-assets escape clause*, porquanto se refere aos ativos e capital da EMN numa base mundial<sup>122</sup>.

#### **2.3.6.1.3. A regra baseada na dívida de grupo (*earnings-based test*)**

Os gastos de financiamento do grupo perante terceiros são calculados, seguindo-se o cálculo do *EBITDA* consolidado<sup>123</sup>. Depois, para atingir o rácio

---

<sup>117</sup> A dedução é total no caso da *equity-escape clause* e parcial no caso da *earnings based test*.

<sup>118</sup> Dois problemas se colocam. Um *EBITDA* consolidado negativo impede a aplicação do rácio de grupo, uma vez que esse será também negativo. Por outro lado, a inclusão de prejuízos de entidades no cálculo do rácio de grupo vai aumentar o rácio, pois a diferença entre *EBITDA* e empréstimos perante terceiros aumenta. Neste caso, produz-se um resultado não desejado pela DAE: a inclusão destes prejuízos aumenta o rácio e, conseqüentemente, a capacidade de dedução – *infra* p. 50 e 51.

<sup>119</sup> Art. 4.º, n.º 5, al. a) DAE. Se o rácio da entidade não for superior ao rácio equivalente do grupo, a entidade irá deduzir a totalidade dos seus gastos de financiamento. O cálculo de rácio de grupo e da entidade deve obedecer aos mesmos critérios contabilísticos – HERZIG, LOCHMANN e LIEKENBROCK, 2008, p. 580.

<sup>120</sup> Em vigor desde 2008.

<sup>121</sup> *Infra* fig. 4.

<sup>122</sup> BURNETT, 2015a, pp. 13 – 14.

<sup>123</sup> O *EBITDA* de cada entidade não contempla rendimentos isentos de tributação (dividendos), para que não se aumente o *EBITDA* à custa de rendimentos isentos de tributação. Porém, o *EBITDA* do grupo contempla todas as formas de rendimentos, isentos ou não de tributação, mas a parte dos gastos de financiamento utilizados para financiar rendimento não tributado deve ser desconsiderada para efeitos de dedutibilidade. O *EBITDA* consolidado não deve contemplar os gastos e rendimentos de financiamento da sociedade, salvaguardando a indiferença da norma face à estratégia de financiamento da sociedade; deve excluir os gastos de financiamento de ativos tangíveis e intangíveis, compreendidos já na depreciação/amortização como componente do custo inicial, operações essas excluídas do cálculo do *EBITDA*; tal como as imparidades – OECD, 2017a, § 89.

gastos/*EBITDA*, dividem-se os gastos de financiamento do grupo perante terceiros pelo seu *EBITDA*. Por último, multiplica-se o *EBITDA* da entidade pelo rácio de grupo<sup>124</sup>.

Tendo em conta de que esta é também uma cláusula de escape, a entidade calcula o montante dedutível com base na regra de rácio fixo. Se a diferença entre a aplicação da regra de rácio fixo e desta cláusula de escape for negativa, então será esta última a aplicável. O SP deduzirá um montante superior ao que deduziria com base na regra geral de rácio fixo.

### 2.3.6.2. A regra “*de minimis*”

A aplicação do rácio fixo e/ou de grupo envolve custos de cumprimento para os SP. Frequentemente, tais custos serão desproporcionais à sua dimensão e atividade económica, pelo que se justifica uma isenção da limitação a entidades que mostrem insuficiente risco de erosão de base tributável<sup>125</sup>. Tal exceção pode referir-se à dimensão do SP ou ao montante de gastos de financiamento líquidos.

A primeira hipótese é baseada em fatores como volume de negócios, número de trabalhadores, entre outros<sup>126</sup>. Mas a DAE seguiu a segunda opção<sup>127</sup>. Uma sociedade que tenha um reduzido nível de gastos de financiamento líquidos, apresentando baixo risco de erosão de base tributável, poderá deduzir a totalidade de gastos de financiamento. Porém, no caso de o SP exceder, mesmo que por pouco, esse limite quantitativo, a cláusula “*de minimis*” já não será aplicável, aplicando-se automaticamente a limitação nos termos gerais<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> *Infra* fig. 5.

<sup>125</sup> Exceção apelidada de *minimum threshold* – HERZIG, LOCHMANN e LIEKENBROCK, 2008, p. 579.

<sup>126</sup> A tributação do rendimento real obsta à aplicação do volume de negócios para aferir da realidade económica da sociedade. Caso o legislador português introduza esta isenção, deverá desconsiderar o volume de negócios como critério para a operar (e.g., a adoção do volume de negócios para o cálculo do pagamento especial por conta levanta dúvidas de constitucionalidade, possibilitando uma coleta acima do rendimento real) – Morais, 2009, pp. 227 – 230.

<sup>127</sup> Esta é a solução adotada pela maioria dos países, como a Austrália, Dinamarca, Finlândia, Portugal, entre outros. No caso Português, a regra “*de minimis*” é de 1.000.000 €.

<sup>128</sup> É, assim, uma exceção *tudo ou nada* – GÖRITZER, 2012, p. 2. Parece-nos problemático que o SP que exceda, ainda que da forma mais ligeira possível (p.e.,  $n+0,1$ , sendo  $n$  o limiar “*de minimis*”) o montante de gastos dedutíveis, seja imediatamente sujeito à limitação nos termos gerais – *infra* p. 48.

### **2.3.6.3. O regime das entidades autónomas**

O perfil de risco nas entidades autónomas<sup>129</sup> é substancialmente inferior ao que existe nas entidades parte de uma EMN<sup>130</sup>. Daí que a DAE possibilite o afastamento da limitação no caso de entidades autónomas<sup>131</sup>.

De todo o modo, frequentemente as entidades autónomas são parte de uma vasta rede de sociedades inter-relacionadas, estando sujeitas a uma comum direção económica (ainda que fora do conceito legal de entidades relacionadas), daí que o risco nestes casos será superior. Por consequência, a OCDE entende que possam existir diferentes normas consoante sejam entidades efetivamente autónomas ou não<sup>132</sup>.

### **2.3.6.4. A cláusula de anterioridade**

A DAE salvaguarda as situações constituídas em data anterior à entrada em vigor<sup>133</sup>, isentando da limitação empréstimos concluídos anteriormente, desde que os termos de tais mútuos não sejam posteriormente alterados<sup>134</sup>. Ficam assim plenamente satisfeitas as exigências inerentes ao princípio da proteção da confiança legítima.

### **2.3.6.5. O financiamento de infraestruturas públicas**

Pelo seu reduzido risco de erosão de base tributável, a DAE permite também isentar da limitação os empréstimos contraídos para financiamento de infraestruturas públicas que sejam qualificadas como de interesse público geral num determinado EM<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> Entidade autónoma é a que não faz parte de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, sem qualquer sociedade associada ou EE – art. 4.º, n.º 3 DAE.

<sup>130</sup> Pois são entidades de pequena dimensão, frequentemente tituladas apenas por um indivíduo – OECD, 2015b, § 54.

<sup>131</sup> *Stand-alone clause*.

<sup>132</sup> Figuras como o *trust* e sociedades sobre controlo indireto de um mesmo investidor – LOBITA, 2017, p. 15.

<sup>133</sup> 1/ago/2016 – art. 12.º DAE. O que não se deve confundir com a data da transposição (31/dez/2018) ou de aplicação (01/jan/2019) – arts. 11.º e 12.º DAE.

<sup>134</sup> Assim, uma norma transitória – DELOITTE, 2015, p. 5.

<sup>135</sup> Caraterizam-se por valores de dívida muito significativos. Entendemos que o regime se aplica a financiamentos de ativos detidos na totalidade pelo Estado, e a outros relacionados com serviços essenciais e concessionados a privados (*e.g.*, parcerias público-privadas).

Desta forma, sobre determinados condicionalismos<sup>136</sup>, a DAE isenta da limitação projetos levados a cabo, total ou parcialmente, por entidades públicas.

### 2.3.7. Sistema de reporte de gastos não dedutíveis

O sistema de reporte de gastos de financiamento enquadra-se numa realidade mais abrangente, que são os sistemas de reporte de prejuízos fiscais<sup>137</sup>. A DAE introduz um *standard* mínimo de proteção, permitindo aos EM escolher qual a modalidade de reporte aplicável<sup>138</sup> e o seu limite temporal. Tal reporte (ainda que com contornos diversos) é já permitido pelo nosso CIRC<sup>139</sup>.

### 2.3.8. Compatibilidade da DAE com o Direito primário da União

Como a DAE deve ser transposta para as ordens jurídicas nacionais, importa aqui também averiguar da sua compatibilidade com o Direito primário da União e, em particular, com as liberdades fundamentais.

A DAE, aplicando-se a todos os operadores económicos e a todos os financiamentos, independentemente da sua origem, não se revela como discriminatória ou restritiva das liberdades fundamentais<sup>140</sup>. Assim, torna-se

---

<sup>136</sup> Devem estar situados em território da UE I) o operador do projeto; II) os gastos com empréstimos obtidos; III) os ativos e IV) os rendimentos – art. 4.º, n.º 4, al. b).

<sup>137</sup> Art. 52.º CIRC. Pelo facto de a atividade da sociedade ser continuada, frequentemente o lucro de um ano é consequência normal dos prejuízos de períodos anteriores – MORAIS, 2009, p. 165. Pelo princípio da capacidade contributiva, o reporte de prejuízos é condição estrutural da tributação do rendimento líquido das sociedades e essencial para prevenir a dupla tributação económica – *infra* pp. 49 – 50.

<sup>138</sup> Reporte para a frente e/ou para trás. O reporte para trás terá sempre o limite de 3 anos – art. 4.º, n.º 6, al. b) DAE.

<sup>139</sup> Art. 67.º, n.º 2 CIRC.

<sup>140</sup> Seguimos assim GINEVRA, 2017, pp. 123 – 124, pois a DAE aplica-se a financiamentos internos, intra-UE e internacionais – BIZIOLI, 2017, p. 173. Medida discriminatória é a que distingue entre SP residentes e não residentes. Pelo contrário, uma medida restritiva é a que, embora não discriminatória, restringe de forma direta ou indireta o exercício das liberdades fundamentais – TERRA e WATTEL, 2012, pp. 58 – 63. O art. 18.º do TFUE proíbe qualquer discriminação baseada na nacionalidade ou com base num outro critério relacionado com a nacionalidade, como a residência – BIZIOLI, 2017, p. 168. Questão diferente quanto às CDT, onde se impede, como regra geral, a discriminação com base na nacionalidade – art. 24.º, n.º 1 CM OCDE. Contudo, entende-se que o modelo de subcapitalização do CIRC até 2006, distinguindo entre residentes e não residentes, violava o princípio da não discriminação da CM OCDE, pois que no pagamento de juros o critério de discriminação é a residência (art. 24.º, n.º 4 CM OCDE e XAVIER, 2014, pp. 269 – 271). O princípio da não discriminação é mais estrutural no Direito da UE do que nas CDT – PEREIRA, 2010, p. 234. A discriminação surge como um conceito restrito, associado à proibição do tratamento menos favorável; posteriormente, como resposta aos artifícios dos EM que introduziam discriminações baseadas em critérios distintos da nacionalidade, mas que redundavam nos mesmos efeitos, a fórmula da discriminação é amplificada – TERRA e WATTEL, 2012, pp. 37 – 38. A proibição das medidas restritivas surge na liberdade de circulação de mercadorias (tal como a *rule of reason*), mas acaba por se expandir às restantes liberdades fundamentais – NOGUEIRA, 2010, p. 224. Isto não

irrelevante a discussão sobre a existência de justificações ou a proporcionalidade da regra<sup>141</sup>.

Somos da opinião que as questões de proporcionalidade da medida face ao Direito primário devem ser reconduzidos não à DAE propriamente dita<sup>142</sup>, mas sim às normas nacionais que irão surgir após a sua transposição<sup>143</sup>.

---

impede distinções na tributação do rendimento de SP residentes e não residentes relacionadas com os princípios do Direito Fiscal Internacional: tributam-se os residentes com base no seu rendimento mundial e os não residentes apenas pelos rendimentos obtidos no território em causa (princípio da fonte) – NABAIS, 2010, pp. 499 – 501.

<sup>141</sup> Questão diferente é a relevância da discussão sobre o juízo de proporcionalidade para efeitos de averiguar do papel antiabuso da DAE. Mesmo que as normas da DAE sejam inconstitucionais à luz da CRP, haverá uma obrigatoriedade de transposição das mesmas, garantindo a aplicação do Direito da UE, com base no Princípio do Primado – DOURADO, 2017, pp. 120 – 121. A não transposição da DAE constitui violação do TFUE, pois certos EM teriam normas de limitação, e outros não. Presume-se que a UE, com base no princípio da atribuição, só pratica atos necessários à prossecução dos seus objetivos – GUERRA MARTINS, 2014, pp. 279 – 280.

<sup>142</sup> Presume-se que a DAE é válida à luz do Direito da União – GINEVRA, 2017, p. 123; pois os atos da União gozam de presunção de legalidade até serem revogados ou anulados – *Chemie Linz v Comissão*, § 93.

<sup>143</sup> As normas de limitação poderão chocar com o princípio da tributação do rendimento líquido – NAVARRO, PARADA E SCHWARZ, 2016, pp. 119 – 120. Por se aplicar a todas as situações, a norma poderá ser desproporcional face ao objetivo prosseguido que é precisamente o combate à evasão fiscal – CFE, 2016, pp. 5 – 6. Apesar de a DAE não ser discriminatória nem restritiva, aplicando-se tanto a entidades e financiamentos residentes e não residentes, a sua adequação como medida antiabuso é questionada, pela generalização da aplicação da limitação – DOURADO, 2017, pp. 118 – 119. Permitindo a adoção de diferentes opções pelos EM, a DAE permite que os EM dificultem a sua aplicação como mecanismo antiabuso, o que nos parece desadequado ao combate à concorrência fiscal no seio da UE – BIZIOLI, 2017, p. 171. A intensidade de análise da proporcionalidade depende da intensidade de harmonização das normas da DAE. Relativamente às partes harmonizadas, os EM não podem, por si, criar obstáculos às liberdades fundamentais – GINEVRA, 2017, p. 123; mantendo disposições nacionais que restrinjam os movimentos de capitais – GORJÃO – HENRIQUES, 2010, pp. 588 – 589.

## Capítulo III

# O Regime Português de Dedutibilidade de Gastos de Financiamento

---

### 3.1. Introdução

O regime de limitação de gastos de financiamento <sup>144</sup> foi introduzido entre nós em 1996<sup>145</sup>. A disposição legal revelar-se-ia excessiva, aplicando-se independentemente da realidade económica concreta dos SP, daí que ainda em 1996 foi introduzida uma “cláusula de salvaguarda”<sup>146</sup> que transforma a regra numa regra *thin cap* com uma proteção das operações *at arm’s length*.

Em 2000, elimina-se a noção autónoma de “relações especiais”, passando a norma a remeter para o regime de preços de transferência<sup>147</sup>.

Todo este regime vai ser colocado em causa pela jurisprudência do TJUE, dado que a regra nacional apenas se aplicava aos casos de endividamento perante entidades não residentes em Portugal, discriminando os SP em razão da residência dos credores<sup>148</sup>. Problemática que aliás já havia sido invocada pela doutrina e jurisprudência<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> Art. 67.º CIRC.

<sup>145</sup> Com o DL n.º 5/96, que adita o art. 57.º – C ao CIRC – *infra* anexo I. Conjugando os n.ºs 1 e 4 da norma, existe a limitação à dedutibilidade quando o endividamento de um SP face a entidade não residente e que com esta mantém relação especial é superior ao dobro do valor da participação social da entidade não residente no capital próprio do SP. O preamb. do DL n.º 5/96 previa a requalificação, como dividendo, dos gastos não dedutíveis, proposta que não foi adotada pelo legislador; tal agrava a carga fiscal incidente sobre o SP, fazendo-o pagar imposto acima seu rendimento real – *Thin cap*, § 39.

<sup>146</sup> Lei n.º 10 – B / 1996 (LOE 1996). Esta permite ao SP demonstrar, quando ultrapassado o coeficiente legal de endividamento, que o seu nível de endividamento seria obtido com entidades independentes e em condições análogas – MARINHO, 2013, p. 25. A cláusula de salvaguarda mantém-se em vigor até dezembro de 2012 – *infra* anexo II.

<sup>147</sup> Lei n.º 30 – G/2000, que reforma a tributação do rendimento e adota medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais, alterando o CIRC, CIRS, etc. A única alteração significativa foi a remissão para o conceito de “relações especiais” do regime de “Preços de Transferência” – *infra* anexo III.

<sup>148</sup> SARDÃO, 2014, pp. 20 – 21.

<sup>149</sup> O regime da subcapitalização, aplicável a todos os financiamentos oriundos de fora de Portugal, violava a liberdade de estabelecimento – ac. STA, Proc. 0275/08. O STA afirma que a norma deveria ter sido aplicada com uma interpretação conforme ao Direito da UE, porquanto o princípio do primado do Direito Comunitário e a inclusão de Portugal no mercado único obrigam à interpretação das normas internas relevantes para efeitos de mercado interno à luz do Direito da UE – ac. STA, Proc. 0281/08.

A regra de subcapitalização foi renumerada em 2001<sup>150</sup> e em 2009<sup>151</sup>.

Em 2006, na sequência de *Lankhorst-Hohorst*, o regime é alterado, restringindo-se a sua aplicação aos casos em que o SP tenha relações especiais com uma entidade residente fora de Portugal ou outro EM da UE<sup>152</sup>. Após esta alteração, os critérios da regulamentação fiscal da subcapitalização variaram.

Na versão do regime em vigor até dezembro de 2012, o critério era o do endividamento excessivo, consagrando a disposição legal de então:

*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*<sup>153</sup>.

Em 2013<sup>154</sup>, para resolver o problema do *debt bias*, o governo Português optou<sup>155</sup> pela limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento<sup>156</sup>, abandonando o modelo tradicional de subcapitalização, concretizado em normas *thin cap*. A limitação aqui em causa aplica-se independentemente da residência fiscal de credor e devedor, e assim a todos os sujeitos passivos de IRC tributados com base no lucro<sup>157</sup>.

A LOE 2013 introduziu uma limitação nominal de dedutibilidade de 3.000.000€ e um rácio fixo de 30% face ao *EBITDA*, sendo aplicável *in casu* o maior dos limites<sup>158</sup>. O rácio de 30% aplica-se por pleno apenas em 2017, sendo que entre 2013 e 2017 é aplicado um regime transitório<sup>159</sup>, permitindo a adaptação das sociedades às novas regras. Por outro lado, de forma a agilizar o regime, introduz-se um sistema de reporte de gastos não dedutíveis até aos cinco períodos

---

<sup>150</sup> DL n.º 198/2001, passando a art. 61.º.

<sup>151</sup> DL n.º 159/2009, passando a art. 67.º. Daí que passaremos a referi-lo com a numeração vigente em cada facto que se invoque.

<sup>152</sup> Alteração pela Lei n.º 60 – A/2005 (LOE 2006) – *infra* anexo IV.

<sup>153</sup> Assim, rácio de dívida para capital – *debt to equity*.

<sup>154</sup> Lei n.º 66 – B/2012 (LOE 2013).

<sup>155</sup> Seguindo Espanha (art. 20.º do TRLIS), Itália, Alemanha, etc – BACHMANN, LAHMANN e SCHULER, *s.d.*, p. 16.

<sup>156</sup> *Earning stripping*.

<sup>157</sup> Art. 2.º CIRC. O regime aplica-se também a não residentes que disponham em Portugal de EE – cir. 7/2013 AT. Porém, não se aplica a entidades de cariz financeiro e seguradoras – 67º, n.º 11 CIRC.

<sup>158</sup> Os limites têm a natureza de *safe haven*, pois que a consequência da limitação (a não dedutibilidade dos gastos) apenas se aplica no caso de os limites serem ultrapassados – LOUSA, 1998, pp. 125 – 126.

<sup>159</sup> A limitação é introduzida de forma escalonada: 70 % em 2013, 60 % em 2014, 50 % em 2015, 40 % em 2016 e 30 % em 2017 – LOE 2013, art. 192.º, n.º 2, *in fine* – anexo V.

posteriores<sup>160</sup>, que permite também o reporte do crédito ou “folga”. O regime atual não difere significativamente do de 2013.

## **3.2. O regime atualmente vigente**

### **3.2.1. Limite nominal e regra de rácio fixo<sup>161</sup>**

O limite nominal previsto na versão da disposição de 2013 era de 3.000.000€. Na versão atualmente em vigor, o limite é de 1.000.000€, em consequência do descrito no regime transitório. O limite do rácio é determinado por referência a 30% do *EBITDA*. Consequentemente, o montante de gastos que ultrapasse o maior destes limites não será dedutível, sem prejuízo do seu reporte para períodos de tributação posteriores.

### **3.2.2. *EBITDA* fiscal**

O regime atual caracteriza-se pela introdução de um *EBITDA* fiscal, corrigindo o *EBITDA* contabilístico de determinadas realidades associadas a justo valor, imparidades e reversões de investimentos não depreciables ou amortizáveis, entre outros<sup>162</sup>.

### **3.2.3. Sistema de reporte de gastos não dedutíveis**

O regime previsto no CIRC consagra um mecanismo de reporte dos gastos não dedutíveis, ou seja, gastos que ultrapassam o (maior) dos limites do n.º 1, até ao quinto período de tributação posterior<sup>163</sup>.

Assim, e exemplificando, se os gastos de financiamento da entidade ultrapassarem o limite legal de dedutibilidade, o excedente poderá ser reportado aos cinco períodos de tributação posteriores. No entanto, a possibilidade de reporte está limitada a que, no período de tributação para o qual o excedente é reportado, os gastos autónomos desse período e os reportados, ambos somados, não ultrapassem

---

<sup>160</sup> Art. 67.º, n.º 2 CIRC.

<sup>161</sup> Art. 67.º, n.º 1 CIRC.

<sup>162</sup> N.º 13 do art. 67.º CIRC. O *EBITDA* contabilístico é calculado com base no SNC, e é de máxima importância para o CIRC, uma vez que o lucro tributável tem por base o lucro contabilístico, corrigindo este último de certas realidades fiscais, de forma a alcançar os interesses da tributação.

<sup>163</sup> O sistema de reporte foi introduzido pela LOE 2013.

o maior dos limites entre o limite nominal de 1.000.000€ e o rácio fixo de 30% face ao *EBITDA*<sup>164</sup>.

#### 3.2.4. Sistema de reporte do “crédito”

Sempre que, num determinado período de tributação, o SP não deduza a totalidade de gastos de financiamento com referência a 30% do *EBITDA*, e assim, que seriam dedutíveis nos termos da lei, esse crédito ou “folga”<sup>165</sup> acresce ao montante máximo legalmente dedutível até ao quinto período de tributação seguinte<sup>166</sup>.

O valor referência para efeitos de cálculo desta folga é sempre o rácio fixo de 30% do *EBITDA*<sup>167</sup>.

#### 3.2.5. Regime especial de limitação para os grupos de sociedades

Até 2014, o regime de limitação previsto aplicava-se numa base singular, de entidade a entidade. A partir de 2014 o paradigma inverte-se, com a crescente importância que o legislador passou a conferir à tributação das sociedades como fator de atração de investimento estrangeiro, na sequência da legislação europeia<sup>168</sup>.

Deste modo, o CIRC permite que a sociedade dominante num grupo de sociedades sujeitas ao RETGS<sup>169</sup> calcule o lucro tributável consolidado com base nos gastos de financiamento líquidos de todo o grupo<sup>170</sup>. E é neste capítulo que se explica também que, embora o n.º 8 do art. 67.º não permita, *prima facie*, a transmissibilidade dos gastos para reporte e da “folga”, permite-a existindo

---

<sup>164</sup> Cir. 7/2013 AT.

<sup>165</sup> A parte não utilizada do limite de 30% do n.º 1.

<sup>166</sup> Art. 67.º, n.º 3 CIRC. A parcela de gastos dedutíveis, mas não deduzidos num determinado período (folga) é adicionada ao limite máximo do n.º 1 (rácio fixo de 30% do *EBITDA* ou limite nominal de 1.000.000€), em cada um dos cinco períodos seguintes, até à sua integral utilização. Esta folga será deduzida num só período “ (...) desde que os gastos de financiamento líquidos desse período sejam iguais ou superiores ao valor da soma do limite máximo dedutível com a folga reportada” – Cir. 7/2013 AT.

<sup>167</sup> Conjugando a Cir. 7/2013 AT e art. 67.º, n.º 3 CIRC.

<sup>168</sup> Em concreto, Dir. n.º 2011/96/UE (DMA) e 2003/49/CE (DJR).

<sup>169</sup> Arts. 69.º e segs. CIRC. No RETGS, o cálculo do lucro tributável do grupo faz-se pela soma algébrica dos lucros e prejuízos de cada sociedade individualmente considerada, não se permitindo a imputação dos prejuízos de uma sociedade aos lucros de sociedade distinta; há assim uma consolidação parcial e não uma consolidação pura – entre outros, SA, 2014, pp. 8 – 10.

<sup>170</sup> O n.º 5 do art. 67.º CIRC não se confunde com a regra de rácio de grupo prevista na DAE, pois no CIRC existe apenas o agrupamento dos gastos de financiamento, não sendo a norma desenhada como exceção à regra geral do n.º 1.

autorização do membro do Governo ou preenchendo-se situações legalmente tipificadas, nomeadamente o regime de neutralidade fiscal<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> Conforme arts. 52.º, n.º 9 e 73.º e segs. CIRC.

## Capítulo IV

### Proposta de Regime para Portugal

---

#### 4.1. Introdução

De tudo o que se referiu, fica claro que a norma nacional não é perfeita. O mesmo se pode dizer da regra da DAE, que apenas estabelece um grau mínimo de proteção.

A característica fundamental da DAE é a pluralidade de configurações que a limitação pode assumir após a transposição da diretiva<sup>172</sup>. Assim sendo, é importante traçar as alterações a levar a cabo no CIRC.

Neste capítulo, é nossa intenção apresentar uma proposta de regime para o sistema tributário português<sup>173</sup>.

#### 4.2. Transposição da DAE para a ordem jurídica portuguesa: repercussões obrigatórias no regime atual

##### 4.2.1. Âmbito objetivo: a adoção do conceito de “gastos excessivos com empréstimos obtidos”

O regime do CIRC aplica-se aos gastos de financiamento<sup>174</sup>, enquanto que a DAE se aplica a gastos excessivos com empréstimos obtidos.

Embora o elenco de situações que constituem “gastos de financiamento”, para efeitos de CIRC<sup>175</sup>, seja meramente exemplificativo, tal como na DAE, apenas a diretiva segue a interpretação conferida pela ação 4 do BEPS, sendo esta última mais abrangente do que o CIRC<sup>176</sup>. Neste sentido, o conceito “gastos de financiamento” do CIRC é mais restrito do que o de “gastos com empréstimos

---

<sup>172</sup> O *standard* mínimo de proteção introduz uma *multiple solution approach*. A aplicação da DAE em cada EM depende da orgânica destes – ENES, 2017, pp. 800 – 801.

<sup>173</sup> Partes harmonizadas da DAE (*i.e.*, que não admitem outra opção pelos EM) são: I) o rácio fixo entre 0 e 30% do *EBITDA*; II) a regra *de minimis* com limite entre 0 e 3.000.000€ e III) a regra de rácio de grupo. Partes não harmonizadas são as opções legais que promovam um *standard* de proteção acima do previsto na DAE – OS, 2016, p. 197. O limiar *de minimis* será sempre entre 0 e 3.000.000€; no que toca ao rácio de grupo, o seu desenho deve ser um dos dois previstos na DAE.

<sup>174</sup> Epígrafe do art. 67.º.

<sup>175</sup> Art. 67.º, n.º 12.

<sup>176</sup> Pagamentos de empréstimos participativos, pagamentos de contratos *leasing*, etc. – OECD, 2017a, § 36. No CIRC não se encontram expressos, por exemplo, os pagamentos de empréstimos participativos.

obtidos” presente na DAE. Assim, o legislador português deve adotar o conceito da DAE, prosseguindo o grau mínimo de proteção e salvaguardando a harmonização na aplicação e interpretação da norma no espaço da UE.

#### **4.2.2. Composição do *EBITDA* fiscal**

O *EBITDA* fiscal deve excluir rendimentos isentos de tributação, como é o caso dos dividendos<sup>177</sup>.

O *EBITDA* fiscal do CIRC<sup>178</sup> prevê a relevância de determinadas realidades não previstas na DAE<sup>179</sup>. Tal pode levar a que o *EBITDA*, calculado com base no CIRC, seja distinto do calculado com base na DAE. Neste sentido, cremos que deve o legislador português adotar o conceito de *EBITDA* fiscal da DAE<sup>180</sup>, garantindo a harmonização deste referencial.

#### **4.2.3. No caso de opção pela exceção das entidades autónomas**

Caso o legislador português adote a exclusão para as entidades autónomas<sup>181</sup>, terá obrigatoriamente de definir legalmente o que são, para estes efeitos, entidades autónomas<sup>182</sup>.

#### **4.2.4. No caso de opção pela regra de rácio de grupo**

No caso de aplicar a regra de rácio de grupo, que não se confunde com o RETGS, o legislador deve clarificar que a consolidação só se aplica a grupos consolidados para efeitos de contabilidade financeira<sup>183</sup>. Assim, o desenho do atual regime deve evoluir de uma consolidação legal (e parcial), para uma consolidação financeira<sup>184</sup>.

---

<sup>177</sup> DAE preamb, § 6. De forma a evitar um aumento da capacidade de dedução à custa de rendimento isento, a exclusão deverá ser o mais abrangente possível.

<sup>178</sup> Art. 67.º, n.º 13.

<sup>179</sup> *E.g.*, a contribuição extraordinária sobre o setor energético.

<sup>180</sup> N.º 2 do art. 4.º da DAE, alterando o n.º 13 do art. 67.º CIRC e adotando a posição do BEPS.

<sup>181</sup> *Stand – alone clause*.

<sup>182</sup> Art. 4.º, n.º 3 DAE – as que não têm EE, associadas e que não pertencem a um grupo para efeitos de contabilidade financeira.

<sup>183</sup> Art. 67.º, n.º 5 CIRC, conforme dispõe o n.º 8 do art. 4.º da DAE. Não se exige aqui uma consolidação legal (arts. 69.º e segs. do CIRC), mas sim uma consolidação financeira. Grupo consolidado é para estes efeitos aquele cujas empresas estão integradas em demonstrações financeiras elaboradas com base no SNC, IFRS ou outros.

<sup>184</sup> Art. 4.º, n.º s 5 e 8 DAE.

### 4.3. A nossa proposta para o futuro do sistema tributário

#### 4.3.1. Valorização do princípio da plena concorrência

Somos da opinião que a DAE deveria introduzir uma norma *safe harbour*<sup>185</sup>, permitindo ao SP demonstrar que o seu nível de endividamento é comparável aos operadores económicos do seu setor<sup>186</sup>.

Apesar das dificuldades práticas na aplicação<sup>187</sup>, em casos concretos poderão existir razões comerciais que ditem financiamentos acima dos limites legais<sup>188</sup>, sendo que tais razões poderão ser exploradas apenas com uma abordagem baseada no princípio da plena concorrência<sup>189</sup>.

Ainda, uma abordagem assim permite mitigar os efeitos da aplicação arbitrária do normativo a todos os setores. Os SP não são iguais: uns requerem mais financiamento do que outros, e recorrem mais a financiamento por capitais próprios e / ou a financiamento por capitais alheios<sup>190</sup>.

Neste ponto, propomos a introdução de diferentes limites de dedução (de rácio fixo e *de minimis*) a diferentes ramos de atividade. Entendemos que a solução

---

<sup>185</sup> Conferindo ao SP o ónus da prova de que os gastos são fixados *at arm's length* – FROSS, 2013, p. 508. Uma norma semelhante já existia no regime de 1996 – MARINHO, 2013, pp. 10 – 11. Esta solução permitiria I) atenuar os efeitos da previsão de um único rácio aplicável a todos os operadores do mercado, o que não reflete as particularidades de cada ramo de atividade e a dimensão dos operadores e II) ao SP provar que o seu nível de endividamento é comparável ao seu ramo de atividade – NAVARRO, PARADA e SCHWARZ, 2016, p. 119. A CM OCDE apenas se aplica ao montante de juros fixado *at arm's length* (art. 11.º, n.º 6); sendo que ao excesso aplicam-se as normas gerais do país da fonte, nomeadamente as de subcapitalização. A CM OCDE não permite a reclassificação do montante dos gastos em excesso como entrada de capital – OECD, 2017b, p. 268. Por regra, a CM OCDE permite desconsiderar a dedutibilidade de gastos com juros excessivos face ao *arm's length*, mas não todos os gastos que excedam um determinado limite legal, como acontece na DAE – ac. STA, Proc. 0770/14. Ainda assim, a CM OCDE permite a aplicação de normas de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, desde que não discriminatórias – OECD, 2017b, p. 425.

<sup>186</sup> Esta possibilidade garante uma abordagem caso – a – caso. O SP deve comparar a sua situação com outras situações – tipo, entre sociedades independentes que operam em condições normais de mercado – LOUSA, 1996, p. 24. Seguimos os que defendem que os gastos de financiamento que ultrapassem os limites legais, mas fixados *at arm's length*, nunca poderão ser classificados como esquemas abusivos – Os, 2016, pp. 184 – 185.

<sup>187</sup> A complexidade e os custos de implementação serão evidentemente superiores aos da aplicação de um critério fixo. Salientamos a dificuldade, por parte das autoridades fiscais, da fixação da taxa de juro e a mensuração de ativos – Os, 2016, pp. 188 – 189. Estas desvantagens justificam que a OCDE não recomende o princípio na sua Ação 4 – HOOR e O'DONNELL, 2015, p. 646.

<sup>188</sup> De rácio fixo e quantitativo – art. 67.º, n.º 1 CIRC.

<sup>189</sup> Permite avaliar se as condições de financiamento intragrupo são mais favoráveis do que as de mercado – ac. STA, Proc. 0770/14.

<sup>190</sup> A aplicação de uma medida arbitrária de limitação da dedutibilidade afeta as indústrias de capital intensivo e pequenas empresas (nestas últimas, por regra, o *EBITDA* é baixo e o endividamento elevado) – SARDÃO, 2014, p. 30.

se poderá exprimir por diferentes limites de dedutibilidade para diferentes setores de atividade, definidos por recurso a técnicas de *benchmarking* de preços de transferência<sup>191</sup>.

#### 4.3.2. Progressividade da regra “*de minimis*”

A regra *de minimis* traçada na DAE como “cláusula “de escape”<sup>192</sup> é uma cláusula tudo ou nada, porquanto se o montante de juros da entidade for igual ou inferior ao limite *de minimis* será totalmente dedutível; na hipótese de ultrapassar, mesmo que minimamente, esse montante, a dedutibilidade ficará automaticamente limitada.

Para prevenir a situação acima descrita, cremos que a introdução de uma progressividade na regra *de minimis*, com referência ao *EBITDA* do contribuinte, será uma opção simples e eficaz<sup>193</sup>.

#### 4.3.3. Volatilidade de ganhos e perdas

A aplicação do *EBITDA* como critério da limitação levanta o problema da volatilidade dos rendimentos da entidade<sup>194</sup>.

A nossa proposta vai no sentido de introduzir uma continuidade na apreciação dos rendimentos e perdas da entidade, operando-se a limitação por referência ao *EBITDA* médio<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> Outra solução é a introdução de um sistema ACE (*Allowance for Corporate Equity*), permitindo às entidades deduzir os dividendos distribuídos com referência a uma taxa de juros convencional, ou *notional interest rate*. O resultado é a redução do custo fiscal do financiamento por capital face ao financiamento por empréstimos, e uma eventual neutralidade, do ponto de vista fiscal, entre as duas formas de financiamento – KLEMM, 2006, pp. 4 – 5.

<sup>192</sup> Art. 4.º, n.º 3, al. a) DAE.

<sup>193</sup> O limiar *de minimis* variaria na exata proporção do *EBITDA* e no mesmo sentido. Partindo de um limite máximo, no caso 1.000.000€, a um *EBITDA* inferior corresponderia um limite quantitativo inferior, até alcançar um mínimo de dedução compatível com um *EBITDA* também mínimo. A definição desta progressividade levaria em conta o tecido económico português com apelo aos seus operadores económicos (setor de atividade, número de funcionários, etc).

<sup>194</sup> A volatilidade dos rendimentos provém das condições da economia, do mercado, da mão-de-obra, que são indicadores imprevisíveis. Os ativos são um indicador mais estável pois o seu valor depende da aquisição e/ou alienação e, quando muito, de circunstâncias extraordinárias que motivem perdas por imparidade.

<sup>195</sup> Pelo facto de o limite para o reporte de gastos não dedutíveis ser, no CIRC, de 5 períodos (art. 67.º, n.º 2), será este o lapso temporal a adotar para apreciar a média dos ganhos e perdas. Isto para prevenir uma desintegração entre o tempo que a lei prevê para o reporte e o tempo que a lei deverá prever para apurar o rendimento real da entidade. Frequentemente estamos perante meras disparidades temporais entre investimento e rendimento associado, que se corrigem no futuro. A questão é saber se o prazo para reporte é suficiente para resolver essas mesmas disparidades – DELOITTE, 2015, p. 4 e SARDÃO, 2014, p. 31. Às sociedades em início de atividade deve ser aplicado

#### 4.3.4. Alargamento dos prazos de reporte

##### 4.3.4.1. Dupla tributação económica

A solução apontada na DAE conduz à dupla tributação económica dos gastos cuja dedutibilidade não seja permitida<sup>196</sup>.

O esforço do legislador para prever normas para combater a dupla tributação económica é fundamental, pois na falta de harmonização europeia nesse contexto tal competência permanece na esfera de soberania de cada Estado<sup>197</sup>.

##### 4.3.4.2. Princípio da tributação do rendimento líquido

O princípio da tributação com base no rendimento líquido<sup>198</sup> é a manifestação da capacidade contributiva do SP. O princípio da capacidade contributiva visa também alcançar a simetria dos sistemas fiscais: a dedutibilidade de gastos e perdas tem como pressuposto que estes são incorridos para alcançar um rendimento futuro, que será sujeito a tributação<sup>199</sup>.

Pelo facto de a norma limitar a dedutibilidade de gastos, tal pode violar o princípio da tributação do rendimento líquido<sup>200</sup>.

---

um *EBITDA* baseado em indicadores objetivos de atividade. Em todo o caso, o SP deverá ter o direito de provar que o seu *EBITDA* é inferior ao *EBITDA* médio a aplicar, fixado administrativamente.

<sup>196</sup> No caso de não dedução na fonte de pagamento e respetiva inclusão na matéria tributável do devedor dos montantes não deduzidos; e tributação no beneficiário da remuneração associada ao mútuo, do qual é credor. Se, na esfera do devedor, a dedutibilidade não for possível por este não ter, dentro do prazo de reporte, suficiente rendimento para absorver os gastos, e serem tais rendimentos incluídos na matéria coletável do credor, sobre essa parcela de rendimento incidirá uma dupla tributação: a do Estado da fonte de pagamento, e do Estado de residência do beneficiário.

<sup>197</sup> *Thin Cap*, § 47.

<sup>198</sup> Este é um dos corolários do princípio da capacidade contributiva, que pressupõe que o SP contribua com base no seu rendimento global e força económica – VASQUES, 2011, p. 252. Outro corolário é o princípio da realização, segundo o qual nenhum SP deve ser forçado a pagar imposto por lucros ou rendimentos não realizados – SCHÖN, 2012a, p. 492.

<sup>199</sup> DOURADO, 2017, pp. 114 – 115. Daí que gastos de financiamento não devem ser dedutíveis no caso em que financiam rendimento isento de tributação – OS, 2016, p. 187.

<sup>200</sup> A capacidade contributiva é apurada numa base anual, fruto do princípio da periodização do apuramento do lucro, daí que a existência de um sistema de reporte de gastos não pareça ser relevante para excluir a violação do princípio da tributação do rendimento líquido. Parte da doutrina entende que existe uma desconformidade entre a limitação à dedutibilidade de gastos e o princípio da capacidade contributiva, independentemente da existência de um mecanismo de reporte – NAVARRO, PARADA e SCHWARZ, 2016, p. 119.

#### 4.3.4.3. A nossa proposta

Para ultrapassar os problemas da dupla tributação económica e do princípio da capacidade contributiva que se manifesta, no contexto das sociedades, pelo princípio da tributação do rendimento líquido, entendemos fulcral a previsão de períodos de reporte para a frente mais alargados<sup>201</sup>, que garantam a efetiva dedução dos gastos de financiamento, permitindo uma tributação com base no rendimento líquido. Este período de reporte deve ser o necessário para deduzir a totalidade dos gastos de empréstimos, como condição essencial da tributação do rendimento líquido.

#### 4.3.5. Operatividade da regra de rácio de grupo

A regra de rácio de grupo levanta o problema da dedutibilidade de gastos das entidades com *EBITDA* negativo dentro de um grupo com *EBITDA* positivo ou, na situação contrária, de entidades com rendimento positivo num grupo que, globalmente, tem um *EBITDA* negativo.

Quanto às entidades com prejuízo num grupo com *EBITDA* positivo<sup>202</sup>, a questão é fundamentalmente a seguinte: a relevância desse prejuízo para efeitos de cálculo do *EBITDA* consolidado, na aplicação da regra de rácio de grupo, leva a um aumento do rácio de empréstimos perante terceiros face ao *EBITDA*<sup>203</sup>, aumentando assim a capacidade de dedução<sup>204</sup>.

Questão diferente será a das entidades com *EBITDA* positivo num grupo com *EBITDA* consolidado negativo. Neste caso, é evidente que o rácio de grupo não poderá ser utilizado, pois será negativo. Contudo, continua a colocar-se o problema da tributação do rendimento líquido das entidades que têm *EBITDA* individual positivo. Para garantir uma tributação pela sua real capacidade contributiva e respeitar o previsto na DAE, a entidade deve poder utilizar a regra geral do rácio fixo, prescindindo do regime de consolidação.

---

<sup>201</sup> Dizemos aqui reporte para a frente uma vez que o reporte de prejuízos para períodos anteriores está limitado na DAE a 3 anos – art. 4.º, n.º 6, al. b).

<sup>202</sup> *Loss making entities*.

<sup>203</sup> *Earnings-based test* – art. 4.º, n.º 5, al. b) DAE.

<sup>204</sup> Produz-se um resultado artificial, que é o do aumento da capacidade da dedução por aumento do rácio de dedutibilidade, pois aumenta a diferença dos indicadores do rácio (a dívida do grupo pode manter-se, mas há uma diminuição do *EBITDA* de grupo, por integração no seu cálculo dos resultados das entidades com rendimentos negativos) – OECD, 2016a, p. 18.

Essencialmente, o rácio de grupo poderá produzir um resultado não desejado<sup>205</sup>. No caso de *EBITDA* consolidado positivo, mas, num determinado período, uma das entidades ter prejuízo que torna o *EBITDA* consolidado negativo, as entidades com *EBITDA* positivo deixarão de poder aplicar a regra de rácio de grupo<sup>206</sup>.

Para solucionar estes problemas, seguimos inteiramente o pensamento da OCDE<sup>207</sup> e propomos a exclusão das entidades com prejuízo do cálculo do *EBITDA* consolidado<sup>208</sup>.

O CIRC deverá adotar uma regra de rácio de grupo, uma vez que o regime atual prevê apenas o cálculo agrupado do limite de dedução, o que não se encontra em linha com a regra de rácio de grupo prevista na DAE<sup>209</sup>. Em nosso entender, a regra do rácio de grupo deve ser facultativa para o SP, seguindo o modelo da DAE. Tal não acontece atualmente entre nós, dado que é obrigatória a aplicação do regime de limitação aplicável ao RETGS por um período mínimo de 3 anos, automaticamente prorrogável<sup>210</sup>.

#### 4.3.6. Síntese conclusiva

A limitação de gastos de financiamento assume-se como a forma mais eficiente de combater o tratamento fiscal preferencial de gastos com dívida.

Embora salientando os méritos da proposta da DAE, nomeadamente quanto à facilidade de implementação, deixámos claro também os seus problemas mais evidentes e, em consequência, apresentámos propostas para os ultrapassar.

Creemos que a aplicação, no sistema tributário português, de algumas das ideias por nós agora defendidas, trará maior segurança e certeza no sistema fiscal, condição essencial para a convivência entre administração e SP.

---

<sup>205</sup> *Cliff-edge effect*.

<sup>206</sup> Esta situação de “limbo” poderá levar a litigância entre o fisco e os SP, bem como operações por parte destes últimos para evitar ao máximo a obtenção de um *EBITDA* consolidado negativo.

<sup>207</sup> OECD, 2016a, p. 18.

<sup>208</sup> Assim, no cálculo do rácio de dedutibilidade a aplicar a cada entidade, o denominador só vai incluir os resultados das entidades com *EBITDA* positivo.

<sup>209</sup> Para harmonizar o CIRC com os restantes EM, defendemos a adoção de um dos modelos de rácio de grupo previstos na DAE, suprimindo assim o normativo aplicável ao RETGS (que concordamos ser mais, restritivo do que o modelo de rácio de grupo, uma vez que obriga a uma participação de 75 %, ao invés do último, que obriga apenas a 50% – LOBITA, 2017, p. 42.

<sup>210</sup> Art. 67.º, n.º s 5 e 6 CIRC. Poderá haver renúncia do regime apenas depois de ultrapassados os 3 anos (*i.e.*, no decorrer do período de prorrogação automática).

De facto, melhor teriam agido as instituições europeias caso reforçassem a harmonização da fiscalidade direta e, após essa harmonização, criassem as normas antiabuso para proteger tal harmonização, ao invés do que sucede na DAE, que antecede a harmonização<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> A harmonização da fiscalidade direta é condição essencial para o aprofundamento da União Económica – QUADROS, 2013, pp. 568 – 569; mas a coordenação fiscal entre jurisdições soberanas deve evitar distorções no comércio – MUSGRAVE, 1983, p. 6.

## Capítulo V

### Conclusões

---

- I. A dedutibilidade de gastos de financiamento é um elemento central dos sistemas tributários modernos e assume-se como uma condição estruturante da determinação do rendimento líquido que será objeto de tributação;
- II. Por regra, o tratamento fiscal do financiamento através de empréstimos é distinto do aplicado ao financiamento por capital próprio: apenas o primeiro permite a dedutibilidade da remuneração na esfera do devedor;
- III. Tal diferença de tratamento, também apelidada de *debt bias*, levou à criação de vários esquemas de planeamento fiscal (por vezes abusivos ou agressivos) que visam erodir as bases tributáveis nacionais;
- IV. Existem vários mecanismos de neutralização desta erosão de bases de tributação, nomeadamente as regras de limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento;
- V. Na sequência da Ação 4 do BEPS, a UE decidiu incluir uma norma sobre limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento na recente DAE;
- VI. Esta Diretiva tem em vista introduzir um *standard* mínimo de proteção das bases tributáveis nacionais dos EM da UE; consequentemente, a norma sobre a limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento deve ser entendida como um mero *standard* mínimo, permitindo aos EM optar por regras que conduzam a uma maior proteção das suas bases tributáveis;
- VII. Além disso, a regra da DAE permite a introdução de várias “cláusulas de escape”; isto leva a que, a final, as regras sobre dedutibilidade de gastos de financiamento dos vários países, ainda que aprovadas com base na mesma Diretiva, possam ter *standards* de proteção bastante distintos;
- VIII. O regime português de limitação à dedutibilidade de gastos foi introduzido em 1996: o modelo vigente entre 1996 e 2013 era o do combate à subcapitalização e, desde 2013, passamos a ter um sistema de *earnings stripping*;
- IX. Entre 1996 e 2006, esse regime aplicava-se apenas a financiamentos externos, operando uma discriminação entre SP residentes e não

residentes. Na sequência de *Lankhorst–Hohorst* (e a partir de 2006) a regra passa a aplicar-se exclusivamente às relações entre SP residentes e SP residentes fora da UE;

- X. Os problemas que a DAE apresenta são também problemas da ordem jurídica Portuguesa, sendo o regime desta muito semelhante ao modelo acolhido na DAE;
- XI. Apesar de se tratar de um *standard* mínimo, a implementação da DAE em Portugal constitui uma oportunidade única para uma remodelação profunda do regime português;
- XII. O legislador terá que clarificar que o normativo se aplica aos gastos excessivos com empréstimos obtidos, e deverá – se ajustar o *EBITDA* constante do CIRC ao previsto na DAE. Ainda, a adoção da exclusão das entidades autónomas carece de definição legal do seu conceito para efeitos do regime e, caso pretenda promover uma consolidação, afastando o regime atual aplicado ao RETGS, o legislador deverá clarificar que tal consolidação se aplica apenas a grupos para efeitos contabilísticos;
- XIII. Cremos que a valorização do princípio da plena concorrência permitiria ao SP demonstrar que o seu nível de endividamento face ao *EBITDA* é normal para o mercado em que se insere;
- XIV. A adoção de regimes de limitação específicos consoante os setores de atividade parece-nos uma medida adequada a combater a rigidez da limitação;
- XV. Para ultrapassar a “violência” da regra “*de minimis*” como cláusula *all or nothing*, propomos a introdução de uma progressividade interna ao próprio limiar “*de minimis*”;
- XVI. A nossa proposta para colmatar a volatilidade de indicadores como o *EBITDA* e as perdas materializa-se numa análise continuada desses indicadores, operando-se a limitação por referência a valores médios;
- XVII. A adoção de prazos de reporte mais longos é, em nosso entender, uma medida simples e eficiente que obsta à dupla tributação económica dos gastos não dedutíveis, garantindo assim a tributação com base no efetivo rendimento líquido do SP;

- XVIII.** De forma a garantir a plena aplicação da regra de rácio de grupo, propomos a não inclusão, no cálculo do *EBITDA* consolidado, dos prejuízos das entidades em situação negativa;
- XIX.** Cremos que a aplicação de algumas das ideias agora por nós defendidas no futuro sistema de dedutibilidade de gastos de financiamento permitirá introduzir maior segurança e certeza no sistema fiscal, condição essencial para um melhor relacionamento entre a Administração Tributária e o SP.

## LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CITADA

---

### 1992

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 28 de janeiro de 1992, *Bachmann*, C – 204/90.

### 1997

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de maio de 1997, *Futura Participations e Singer*, C – 250/95.

### 1998

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de julho de 1998, *Chemie Linz v. Comissão*, C – 245/93.

### 1999

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de julho de 1999, *Baxter*, C – 254/97.

### 2000

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de abril de 2000, *Baars*, C – 251/98.

### 2002

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de dezembro de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, C – 324/00.

### 2003

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de setembro de 2003, *Bosal*, C – 168/01.

## **2006**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, C – 196/04.

## **2007**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (Thin Cap)*, C – 524/04.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11 de outubro de 2007, *Elisa*, C – 451/05.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de dezembro de 2007, *A*, C – 101/05.

## **2008**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04 de junho de 2008, 0275/08.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de novembro de 2008, 0281/08.

## **2009**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11 de junho de 2009, *E. H. A. Passenheim-van Schoot*, C – 157/08.

## **2012**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIC SA*, C – 338/11.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de julho de 2012, *SIAT*, C – 138/10.

## **2013**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de outubro de 2013, *Itelcar*, C – 282/12.

**2015**

Acórdão do CAAD de 07 de setembro de 2015, 844/2014 – T.

**2017**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 08 de novembro de 2017, 0770/14.

## BIBLIOGRAFIA

---

### A

ANDRADE, JOSÉ Carlos Vieira (2013) – *Lições de Direito Administrativo*. 3ª ed.,  
Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

AULT, Hugh J. e Brian J. ARNOLD (2010) – *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*. The Netherlands: Kluwer Law International.

### B

BACHMANN, C., A. LAHMANN e C. SCHULER, “The Impact of Thin-Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU – 15 on the Tax Shield”, *s.d.*  
[http://www.efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2015-Amsterdam/papers/EFMA2015\\_0089\\_fullpaper.pdf](http://www.efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2015-Amsterdam/papers/EFMA2015_0089_fullpaper.pdf),  
consult. em 18/abr/2017.

BARANGER, Séverine (2017) – “Progress Towards Tax Transparency”, in  
*International Taxation: New Challenges*. Braga: University of Minho School  
of Law.

BENTO, Vítor (2011) – *Economia, Moral e Política*. Col. “Ensaios da Fundação”,  
Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

BIZIOLI, G. – “Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?”, *EC Tax Review*, 3 (2017), 167–175.

BLOUIN, J. *et al.*, “Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure”,  
jan/2014.  
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp1412.pdf>, consult. em  
18/abr/2017.

BURNETT, C., “Intra-Group Debt at the Crossroads: Stand-Alone Versus Worldwide Approach”,  
Jun/2015a.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2612702](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612702), consult. em  
06/abr/2017.

- . “Interest Deductions and Multinational Enterprises: Goldilocks and the Brave New World”, jun/2015b. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2627521](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2627521), consult. em 06/abr/2017.

## C

- CHAND, V. – “Transfer Pricing Aspects of Cash Pooling Arrangements in Light of the BEPS Action Plan”, *International Transfer Pricing Journal*, 6 (2014), 38–47.

CORREIA, Miguel (2010) – *The Taxation of Corporate Groups Under a Corporation Income Tax: An Interdisciplinary and Comparative Tax Law Analysis*. London: The London School of Economics and Political Science.

COURINHA, Gustavo Lopes (2015) – *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo de Convenções*. Coimbra: Almedina.

## D

- DELOITTE, “OECD Tax Alert - BEPS action 4: Interest deductions and other financial payments”, 6/out/2015. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-alert-oecd-6-october-2015.pdf>, consult. em 12/fev/2017.

DESAI, M., C. F. FOLEY e J. R. HINES, “A Multinational Perspective on Capital Structure Choice and Internal Capital Markets”, out/2003 <http://www.people.hbs.edu/ffoley/capstructure.pdf>, consult. em 27/abr/2017.

DOMINGUES, R. – “Limitação à Dedução de Gastos de Financiamento”, *Revisores e Auditores*, 60 (2013), 143–150.

DOURADO, A. – “The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (DAE) and the Net Taxation Principle”, *EC Tax Review*, 3 (2017), 112–121.

## E

ENES, Graça (2017) – *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia: A Diferenciação como um Princípio Estruturante do Sistema Jurídico da União*. Coimbra: Almedina.

EY, “*Global Tax Alert – OECD releases final report on limitations on interest deductions under Action 4*”, 14/out/2015.  
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD\\_releases\\_final\\_report\\_on\\_limitations\\_on\\_interest\\_deductions\\_under\\_Action\\_4/\\$FILE/2015G\\_CM5822\\_OECD%20releases%20final%20report%20on%20Action%204.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD_releases_final_report_on_limitations_on_interest_deductions_under_Action_4/$FILE/2015G_CM5822_OECD%20releases%20final%20report%20on%20Action%204.pdf), consult. em 12/fev/2017.

–. “*Global Tax Alert – ECOFIN reaches political agreement on Anti-Tax Avoidance Directive*”, 21/jun/2016.  
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ECOFIN\\_reaches\\_political\\_agreement\\_on\\_Anti-Tax\\_Avoidance\\_Directive/\\$FILE/2016G\\_01692-161Gbl\\_ECOFIN%20reaches%20political%20agreement%20on%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ECOFIN_reaches_political_agreement_on_Anti-Tax_Avoidance_Directive/$FILE/2016G_01692-161Gbl_ECOFIN%20reaches%20political%20agreement%20on%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf), consult. em 12/fev/2017.

## F

FONSECA, Isabel Celeste (2012) – *Direito da Organização Administrativa – Roteiro Prático*. Coimbra: Almedina.

FROSS, A. – “Earnings Stripping and Thin Cap Rules: Maintaining an Arm’s Length Distance”, *European Taxation*, 53 (2013), 507–516.

FUEST, Clemens, S. HEBOUS e N. RIEDEL, “International Profit Shifting and Multinational Firms in Developing Countries”, jan/2011.  
<http://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/10/Fuest-Et-Al-2011-Working-Paper.pdf>, consult. em 07/abr/2017.

## G

GERALDES, Daniela (2014) – *Cash Pooling em Portugal: Desafios Jurídico-Fiscais*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

GINEVRA, G. – “The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level”, *Intertax*, 45 (2017), 120–137.

GÖRITZER, A., “Thin Capitalization Rule vs Interest Barrier”, 2012.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2174905](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174905), consult. em 25/abr/2017.

GORJÃO – HENRIQUES, Miguel (2010) – *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 6ª ed., Coimbra: Almedina.

GRAETZ, M. – “A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses”, *Bulletin for International Taxation*, 62 (2008), 486–493.

GUERRA MARTINS, Ana Maria (2014) – *Manuel de Direito da União Europeia*. Reimp., Coimbra: Almedina.

GUTMANN, D. *et al.* – “The impact of the DAE on Domestic Systems: A comparative Survey”, *European Taxation*, 57 (2017), 2–20.

## H

HEY, J. – “Base Erosion and Profit Shifting and Interest Expenditure”, *Bulletin for International Taxation*, 6/7 (2014), 332–345.

HERZIG, N., U. LOCHMANN e B. LIEKENBROCK – “Impact Study of the New German Interest Capping Rule”, *Intertax*, 36 (2008), 577–584.

HOOR, O. e K. O’DONNELL – “BEPS Action 4: When Theory Meets Practice”, *Tax Notes International*, 78 (2015), 643–650.

HUIZINGA, H., L. LAEVEN e G. NICODÈME, “Capital structure and international debt shifting”, dez/2006.  
[http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication542\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication542_en.pdf), consult. em 23/abr/2017.

## K

KLEMM, A., “Allowances for Corporate Equity in Practice”, 01/nov/2006.  
<http://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Allowances-for-Corporate-Equity-in-Practice-19935>, consult. em 28/abr/2017.

KNÖLLER, C.P. – “The Efficacy of Thin Capitalisation Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective”, *Intertax*, 36 (2011), 317–336.

## L

LOBITA, João Diogo Dias Carmona – *A Implementação da Regra sobre a Limitação de Gastos de Financiamento da Diretiva Anti-Elisão*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

LOUSA, M. – “As Regras Fiscais Sobre a Subcapitalização”, *CTF*, 383, (1996).

–. “Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Sociedades”, *CTF*, 392 (1998).

## M

MARINHO, Diogo Saavedra (2013) – *Da Subcapitalização à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento: de um passo atribulado para um futuro incerto*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

MASUI, Y. – “Interest Deduction, Corporate Groups and Tax Jurisdictions – A Hitchhiker’ s Guide to an Aspect of the BEPS Project”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 20 (2014), 103–107.

MORAIS, Rui (2009) – *Apontamentos ao IRC*. Coimbra: Almedina.

–. (2016) – *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Coimbra: Almedina.

MUSGRAVE, R.A. – “Who Sould Tax, Where and What?”, *Tax Assignment in Federal Countries, Chapter 1* (1983), Canberra: Centre for Research on Federal Financial Relations, Australian National University, 2–19.

## N

NABAIS, José Casalta (2010) – *Direito Fiscal*. 6ª ed., Coimbra: Almedina.

NAVARRO, A.; L. PARADA; P. SCHWARZ – “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, 3 (2016), 117–131.

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

## O

OLIVEIRA, Maria Odete (2012) – *O Intercâmbio de Informação Tributária*.  
Coimbra: Almedina.

OS, P. – “Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality”, *EC Tax Review*, 4 (2016), 184–198.

## P

PEREIRA, Paula Rosado (2010) – *Princípios do Direito Fiscal Internacional*.  
Coimbra: Almedina.

PWC, “Tax Policy Bulletin: ECOFIN agrees EU-wide rules in Anti-Tax Avoidance Directive”, 20/jun/2016. <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-ecofin-agrees-eu-wide-rules-in-anti-tax-avoidance-directive.pdf>, consult. em 12/fev/2017.

## Q

QUADROS, Fausto de (2013) – *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3ª ed., Coimbra: Almedina.

## R

REBOUTA, José (2005) – *Contextualização Fiscal da Gestão Centralizada de Tesouraria (cash pooling) em Ambiente Internacional*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira (2010) – *Lições de Finanças Públicas*. 5ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

RIGAUT, Aloys – “Anti - Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU policy horizons”, *European Taxation*, 56 (2016).

## S

SÁ, Nuno Filipe Rodrigues (2014) – *A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

- SALDANHA SANCHES, J.L (org.) (2009) – “As duas Constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso”, in *Reestruturação de Sociedades e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra, Coimbra Editora.
- . (2010) – *Justiça Fiscal*. Col. “Ensaio da Fundação”, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- SANTOS, António Carlos dos (2003) – *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina.
- SARDÃO, Adriana (2014) – *Dedutibilidade de Juros em Sede de IRC: Algumas Questões*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- SILVA, Vítor (2014) – *Assimetrias Híbridas: A Utilização das Entidades Híbridas e Instrumentos Financeiros Híbridos no Planeamento Fiscal Internacional*, Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- SCHÖN, W. – “The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction”, *Bulletin for International Taxation*, 9 (2012a), 490–502.
- . “Taxing Multinationals in Europe”, dez/2012b. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2185282](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185282), consult. em 26/abr/2017.
- SCHÖN, W. *et al.*, – “Debt and Equity in Domestic and International Tax Law: A Comparative Policy Analysis”, *British Tax Review*, 2 (2014), 146–217.
- SHAVIRO, Daniel N. (2014) – *Fixing U.S. International Taxation*. New York: Oxford University Press.

## T

- TERRA, Ben J.M. e Peter J. WATTEL (2012) – *European Tax Law*. 6ª ed., The Netherlands: Kluwer Law International.
- THURONYI, Victor, Kim BROOKS e Borbala KOLOZS (2016) – *Comparative Tax Law*. 2ª ed., The Netherlands: Kluwer Law International.

## V

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana (2016) – *Direito das Garantias*. 2ª ed.,  
Coimbra: Almedina.

VASQUES, Sérgio (2011) – *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.

## X

XAVIER, Alberto (2014) – *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed. (reimpressão).  
Coimbra: Almedina.

## OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS CONSULTADOS

---

### A

AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA. *Circular n.º 7/2013*. Disponível em [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/75B85C1D-7FDC-406C-A460-303B3D8CA467/0/7\\_2013.pdf](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/75B85C1D-7FDC-406C-A460-303B3D8CA467/0/7_2013.pdf).

### C

CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE (CFE) FISCAL COMMITTEE (2016) – *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*. Disponível em <http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/CFE%20Opinion%20Statement%20FC%203-2016%20on%20the%20Anti%20Tax%20Avoidance%20Directive.pdf>.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2003) – *Diretiva 2003/49/CE*, de 3/jun/2003. (Diretiva Juros e Royalties). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0049&from=PT>.

–. (2011) – *Diretiva 2011/96/UE*, de 30/nov/2011. (Diretiva Mães-Afiladas). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:345:0008:0016:PT:PDF>.

–. (2014) – *Diretiva 2014/107/UE*, de 9/dez/2014. (Diretiva da Troca Automática de Informação Tributária). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0107&from=PT>.

–. (2016) - *Diretiva 2016/1164/UE*, de 12/jul/2016. (Diretiva Antielisão). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=ES>.

## O

OECD (2012), *Thin Capitalisation Legislation: A background paper for country tax administrations*. OECD Publishing.

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing.

OECD (2015a), *Public Discussion Draft – Beps Action 4: Interest Deduction and other Financial Payments*. OECD Publishing.

OECD (2015b), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4: 2015 Final Report*. OECD Publishing.

OECD (2016a), *Beps Action 4 Elements of the Design and Operation of the Group Ratio Rule*. OECD Publishing.

OECD (2016b), *Beps Action 4 Approaches to Address Beps Involving Interest in the Banking and Insurance Sectors*. OECD Publishing.

OECD (2017a), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4: 2016 Update*. OECD Publishing.

OECD (2017b), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. OECD Publishing.

## ANEXO

---

### I. Decreto – Lei n.º 5/96, que adita o artigo 57.º – C ao CIRC

Artigo único

É aditado ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, o artigo 57º-C, com a seguinte redacção:

#### **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 número anterior.

4 - Existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das 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.

**II. Lei n.º 10 – B/96 (LOE 1996), que adita a cláusula de salvaguarda ao artigo 57.º – C do CIRC.**

**Artigo 57.º – C**

[...]

1 - ...

2 - ...

3 - ...

4 - ...

5 - ...

6 - ...

7 - Não será aplicável o disposto no n.º 1 se, encontrando-se excedido o coeficiente estabelecido no n.º 4, 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 do 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.»

### **III. Redação do artigo 57.º – C do CIRC, conferida pela Lei n.º 30 – G /2000**

#### **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 no n.º 4 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.º 4 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.º 6.)

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 - (Anterior n.º 8.)

#### **IV. Alteração de redação do artigo 61.º pela Lei n.º 60 – A / 2005 (LOE 2006)**

##### **Artigo 61.º**

[...]

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 - ...

**V. Artigo 192.º, n.º 2 da Lei n.º 66 – B / 2012 (LOE 2013), que introduz o regime transitório do artigo 67.º do CIRC**

**Artigo 192.º**

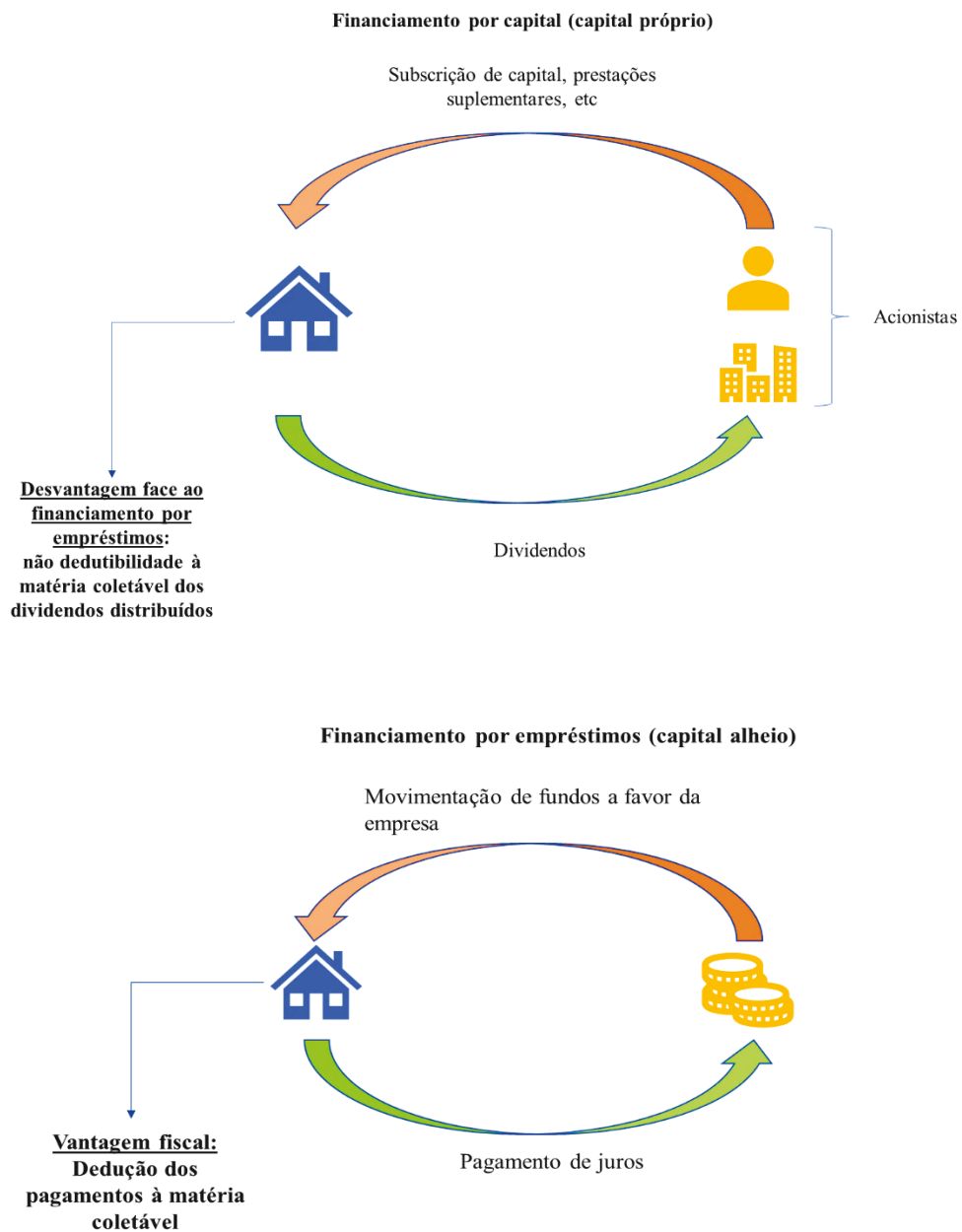
**Disposição transitória no âmbito do Código do IRC**

2 - Nos períodos de tributação iniciados entre 2013 e 2017, o limite referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo, é de 70 % em 2013, 60 % em 2014, 50 % em 2015, 40 % em 2016 e 30 % em 2017.

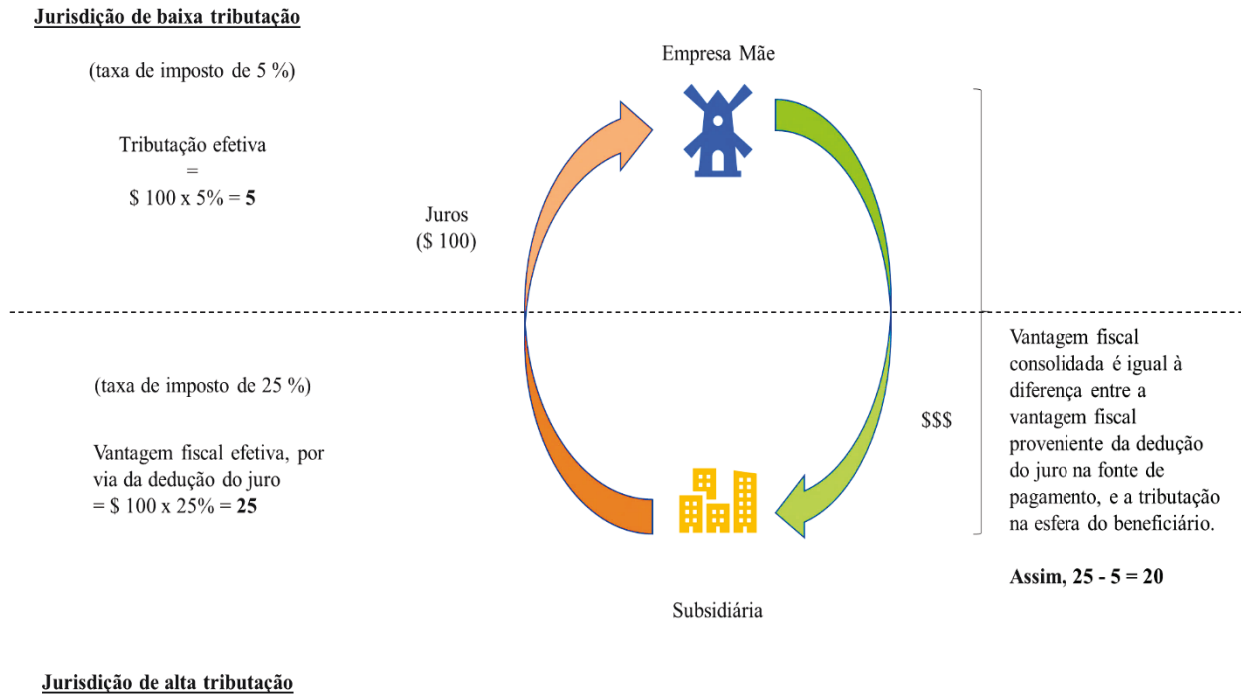
## FIGURAS

---

Figura 1. Demonstração do *debt bias*

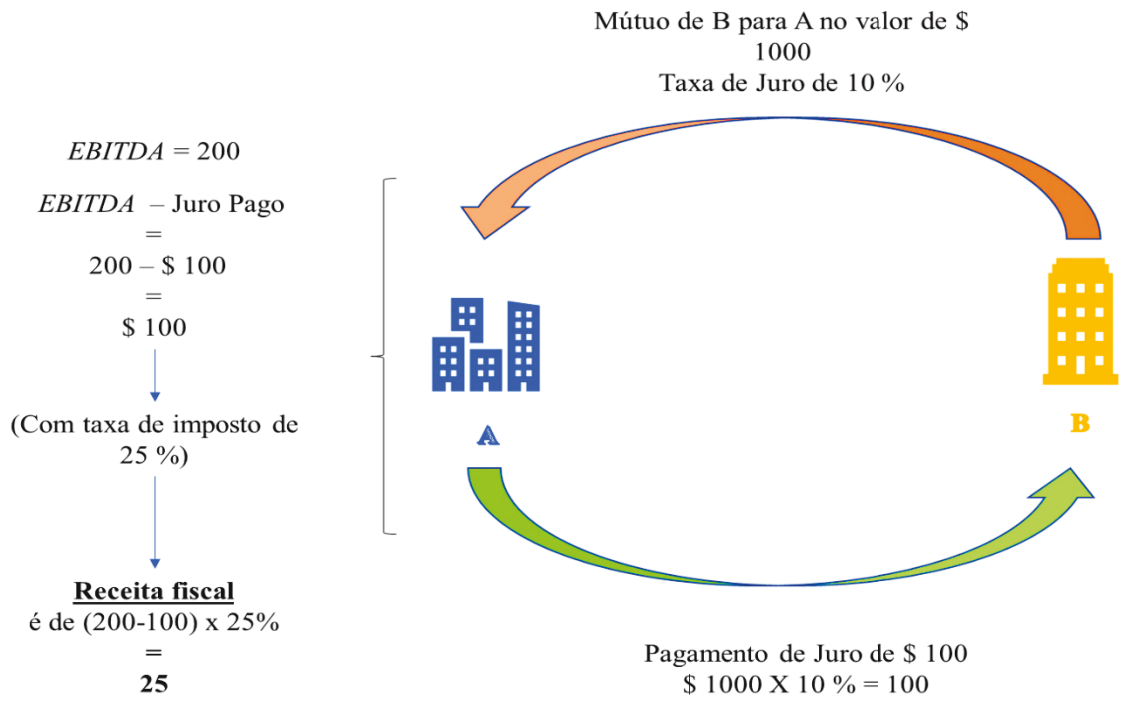


**Figura 2. Erosão da base de tributação com pagamento de juros**



**Figura 3. Benefício prático das normas de subcapitalização**

**Situação sem norma de subcapitalização**



**Situação com norma de subcapitalização**

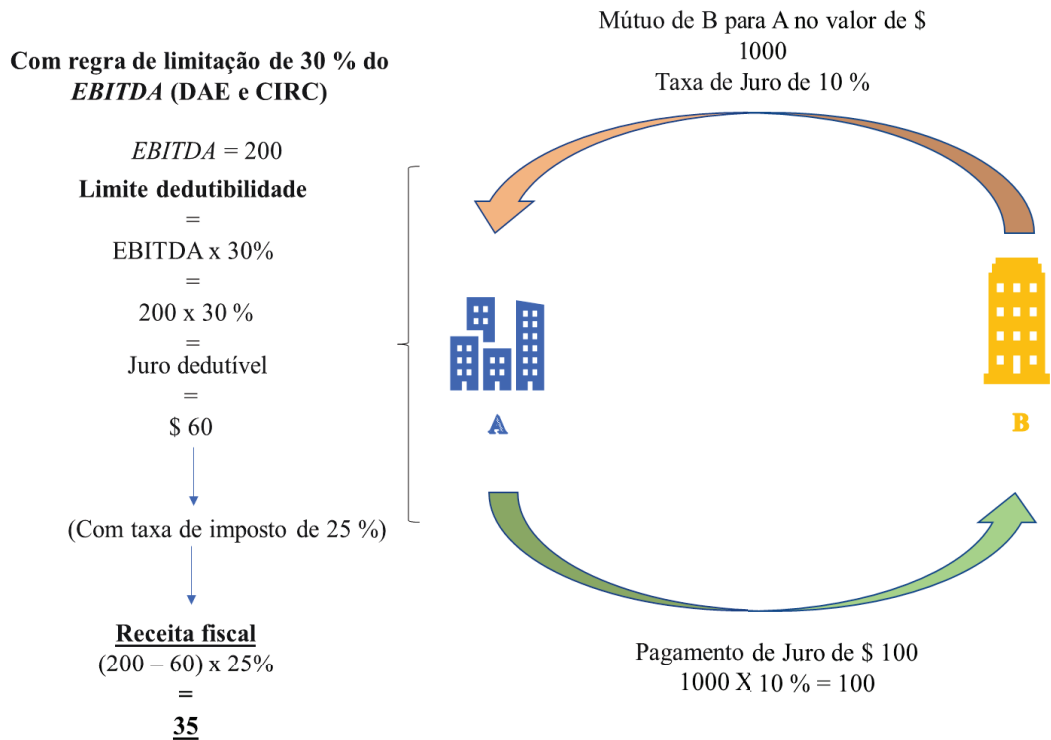


Figura 4. Cálculo da *equity-escape clause*

$$\frac{\text{Capital próprio do SP}}{\text{Ativos do SP}} = / > \frac{\text{Capital próprio do grupo}}{\text{Ativos do grupo}}$$

Figura 5. Cálculo da *earnings-based test*

$$\frac{\text{Gastos excessivos do grupo}}{\text{EBITDA do grupo}} \times \text{EBITDA do SP}$$