

ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS

COMENTÁRIOS À ALTERAÇÃO PROPOSTA



FISCAL

A Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011 altera o artigo 51º do Código do IRC relativo à eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, passando a exigir como requisito de acesso de todas as sociedades – também das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS) – à dedução integral deste tipo de rendimentos, a detenção de uma participação mínima de 10% no capital da sociedade que os distribui, independentemente do valor de aquisição da participação¹.

Além disso, a Proposta de Lei elimina a regra do mesmo artigo que permite a dedução parcial (na proporção de 50%) dos lucros recebidos – ou a dedução integral sempre que a sociedade beneficiária dos lucros seja uma SGPS – nos casos em que os rendimentos em causa provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a *tributação efectiva*, passando a ser esta, em qualquer caso, uma condição de acesso ao mecanismo de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos².

Ao fazer depender a eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos da circunstância de os rendimentos em causa terem sido sujeitos a *tributação efectiva*, a Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011 relança a discussão, iniciada com a introdução no corpo da referida disposição legal do seu então nº 10³, do que deve entender-se por *tributação efectiva* para efeitos da mesma. Exige-se que a sociedade participada tenha pago imposto sobre os lucros distribuídos ou é apenas necessário que a mesma esteja subjectivamente sujeita a imposto e dele não isenta? Exige-se que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a tributação efectiva na esfera da sociedade que os distribui ou em anterior estágio económico? Sob que forma e em que medida se exige a tributação efectiva desses lucros?

Em relação à primeira questão, a de saber se o conceito de *tributação efectiva* é utilizado por referência ao objecto (lucros) ou ao sujeito que os distribui, parece-nos que a resposta não pode deixar de ser dada à luz de uma concepção objectiva – direccionada para o tipo de rendimentos em causa – de tributação: não só é para esta interpretação que aponta o sentido literal da norma do proposto nº 10 do artigo 51º do Código do IRC (*‘A dedução a*

¹ É eliminado o requisito relacionado com o valor de aquisição da participação de vinte milhões de euros, mantendo-se apenas o da participação mínima de 10% no capital social da sociedade distribuidora, a par da exigência de detenção pelo período de um ano. A redacção da norma do nº 1 do artigo 51º passa a ser a seguinte: “Na determinação do lucro tributável das sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, cooperativas e empresas públicas, com sede ou direcção efectiva em território português, são deduzidos os rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos, desde que sejam verificados os seguintes requisitos: a) a sociedade que distribui os lucros tenha sede ou direcção efectiva no mesmo território e esteja sujeita e não isenta de IRC ou esteja sujeita ao imposto referido no artigo 7º; b) a entidade beneficiária não seja abrangida pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6º; c) a entidade beneficiária detenha directamente uma participação no capital da sociedade que distribui os lucros não inferior a 10% e esta tenha permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida há menos tempo, desde que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período”.

² O nº 10 do artigo 51º do Código do IRC, cuja redacção actual prevê que “A dedução a que se refere o nº 1 é reduzida a 50% quando os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais”, é alterado no sentido de passar a prever que “A dedução a que se refere o nº 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva”.

³ De acordo com o nº 10 do artigo 46º do Código do IRC, com a redacção que lhe foi dada pelo nº 1 do artigo 29º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro, “quando se conclua existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução, à eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não seja aplicável”.

Ao fazer depender a eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos da circunstância de os rendimentos em causa terem sido sujeitos a tributação efectiva, a Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011 relança a discussão, iniciada com a introdução no corpo da referida disposição legal do seu então nº 10, do que deve entender-se por tributação efectiva para efeitos da mesma

que se refere o nº 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva”), como, a não ser assim, não teria sido necessário estabelecer esta condição, dado que, aqui chegados, é já certo que a dedução em causa não pode senão ocorrer relativamente a rendimentos distribuídos por sociedades que sejam sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas e não isentas de imposto especial de jogo (vide alínea a) do nº 1 do artigo 51º do Código do IRC).

Em relação à segunda questão, a de saber se o cumprimento da nova exigência da *tributação efectiva* se afere por referência apenas à entidade que os distribui ou a esta e a quaisquer outros (anteriores) estádios do circuito económico dos lucros, parece-nos indubitável que o que o legislador pretendeu foi limitar o acesso ao mecanismo da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos aos casos em que estes tenham sido sujeitos a *tributação efectiva* na esfera de quem os distribui: é este o sentido que se retira do texto do relatório anexo à Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011, o qual, ao comentar as alterações propostas ao artigo em referência e, designadamente, a matéria que se propõe eliminar da regra da referida disposição, prevê: “*elimina-se (...) a regra, de extrema generosidade, que permite a dedução em 50%, ou mesmo em 100% no caso de SGPS, em que não tenha havido sequer tributação efectiva na esfera da sociedade que distribui lucros*”.

Outra questão, a que apenas fazemos aqui uma breve referência, é a de saber se a interpretação pretendida pelo nosso legislador é aquela que melhor convive com os princípios enformadores do direito fiscal interno e, bem assim, com as normas do direito fiscal comunitário. Não nos parece que assim seja. Com efeito, constitui um pressuposto do mecanismo da dupla tributação económica que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a uma *tributação prévia* independente do seu montante e do estádio do circuito económico em que a mesma ocorra. Ao instituí-lo, o direito comunitário reconheceu a necessidade de dotar os Estados de um mecanismo que lhes permitisse assegurar, com simplicidade burocrática, a não submissão de um mesmo objecto (lucros) a múltiplas tributações – uma por cada nível da sua cadeia de distribuição –; ao transpô-lo para o seu direito interno, os Estados-Membros admitiram que as múltiplas tributações constituem não só um grave obstáculo à liberdade de estabelecimento, como uma séria obstrução à neutralidade na interposição de sociedades em cadeia. Ora, adoptar a tese propugnada pelo relatório anexo à Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011, equivale a aceitar que os objectivos perseguidos pelo direito comunitário, na estrita aplicação dos seus princípios básicos, não são cumpridos na transposição do referido regime para o direito interno nacional e a aceitar uma intolerável violação do direito de estabelecimento e da liberdade de circulação dos capitais no espaço europeu.

Finalmente, a questão de saber sob que forma e em que medida se exige a *tributação efectiva* desses lucros, não se encontrando minimamente esclarecida nem no texto da Proposta de Lei nem no relatório que a acompanha, não pode uma vez mais deixar de ser interpretada à luz do direito comunitário originário (em particular, neste domínio, o direito de estabelecimento e a livre circulação de capitais) e derivado e à luz da racionalidade que lhe é subjacente. Nesse sentido, parece-nos que está absolutamente afastada do espírito da Directiva por referência à qual veio a ser estabelecida a disposição do Código do IRC em análise (Directiva nº 90/435/CEE, alterada pela Directiva nº 123/2003/CE) a imposição de um limiar de *tributação efectiva* ou de uma específica forma para a sua concretização: o Estado Português adoptou o regime da dedução integral dos lucros distribuídos em detrimento do sistema do crédito de imposto, o que significa que aceitou não agravar a tributação de rendimentos sujeitos a formas e medidas de tributação menos ofensivas.

Independentemente da discussão que venha a realizar-se em torno dos critérios interpretativos convocados para a conformação da alteração legislativa em causa, a verdade é que a mesma terá sempre um efeito perturbador na organização dos grupos de sociedades portuguesas que utilizem uma SGPS como sociedade de cúpula e várias outras, da mesma natureza, residentes ou não em território nacional, que, em vários níveis, encabeçam sociedades operativas, organizadas por actividades económicas, geradoras de lucros distribuíveis

A análise efectuada conduz-nos a uma conclusão incontornável: a de que, se dúvidas existem em torno do que deve entender-se por *tributação efectiva* para efeitos do direito interno português, no domínio do direito comunitário e internacional este conceito encontra-se perfeitamente definido. E, neste sentido, sendo o conceito em referência derivado de uma solução criada no plano do direito comunitário, por opção do legislador nacional – a fim, nomeadamente de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou de eventuais distorções de concorrência –, existe um interesse manifesto em que o mesmo seja interpretado de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se deve aplicar, de acordo com as suas disposições e princípios. Assim o fará, caso a questão lhe venha a ser suscitada – como aconteceu no caso Andersen og Jensen ApS contra Skatteministeriet⁴ –, o Tribunal de Justiça.

Em qualquer caso, independentemente da discussão que venha a realizar-se em torno dos critérios interpretativos convocados para a conformação da alteração legislativa em causa, a verdade é que a mesma terá sempre um efeito perturbador na organização dos grupos de sociedades portuguesas que utilizem uma SGPS como sociedade de cúpula e várias outras, da mesma natureza, residentes ou não em território nacional, que, em vários níveis, encabeçam sociedades operativas, organizadas por actividades económicas, geradoras de lucros distribuíveis. Sendo esta uma forma de organização típica dos grupos económicos nacionais, outra solução não lhes restará que não a de se reestruturarem, utilizando como instrumentos preferenciais de intervenção as operações de compra e venda de partes de capital em condições que permitam a não tributação das mais-valias fiscais por seu efeito realizadas, de acordo com o disposto no artigo 32º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, e, bem assim, as operações de fusão, cisão, entradas de activos e permutas de partes sociais susceptíveis de beneficiar do regime de neutralidade fiscal previsto nos artigos 73º e seguintes do Código do IRC.

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 15 de Janeiro de 2002.

Contactos
António Lobo Xavier | alx@mlgts.pt
Isabel Santos Fidalgo | ifidalgo@mlgts.pt

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA


 ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

www.mlgts.pt

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Tel.: (+351) 226 166 950
Fax: (+351) 226 163 810
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º
Sala 212 – 9000-060 Funchal
Tel.: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

MEMBER
LEX MUNDI
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

São Paulo, Brasil (em parceria)
Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr.
& Quiroga Advogados

Luanda, Angola (em parceria)
Filipe Duarte, Helena Prata & Associados

Maputo, Moçambique (em parceria)
SCAN – Advogados e Consultores

Macau, Macau (em parceria)
MdME | Lawyers | Private Notaries