

O “NOVO” REGIME DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS: O ARTIGO 51.º, N.º 10, DO CÓDIGO DO IRC

FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA (*)

BRUNO SANTIAGO (**)

SUMÁRIO: 1. Introdução. Alterações introduzidas pelo OE para 2011. 2. Condições iniciais para beneficiar do regime (método da isenção). Sociedade distribuidora «subject to tax». 3. O artigo 51.º, n.º 10, nas suas várias redacções. Alguns reparos prévios: mudança de paradigma?; Da consagração de um regime de e.d.t.e potencial para um regime de e.d.t.e efectiva; Perspectiva objectiva (rendimentos) deve prevalecer sobre perspectiva subjectiva (entidade que distribui); Norma especial antiabuso; Efeito prático de facilitar o ónus da prova da Administração; Necessidade de cumprir com o disposto no artigo 63.º do CPPT; Conformidade constitucional duvidosa. 4. As dúvidas escondidas por detrás da singeleza da redacção da norma. Situações domésticas apenas ou também situações transfronteiriças. Lucros da sociedade distribuidora ou lucros de estádios anteriores. Tributação efectiva. 5. Limites impostos pelo Direito Comunitário. 5.1. Direito Comunitário Primário. Risco da norma poder ser considerada uma restrição não justificada à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais. 5.2. Direito Comunitário Secundário. Possível violação do artigo 4.º da Directiva 90/435. 6. Compatibilização com o Direito Fiscal Internacional. Regime de e.d.t.e. unilateral e convencional. Aplicabilidade do artigo 51.º, n.º 10. 7. Conclusões.

(*) Professor convidado da UNL e da UCP, Advogado Especialista em Direito Fiscal e sócio da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados RL. O autor pode ser contactado através do endereço de email fscamara@mlgts.pt.

(**) Advogado associado da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados RL. O autor pode ser contactado através do endereço de email brunosantiago@mlgts.pt.

1. Introdução

Este estudo em homenagem ao Senhor Professor Saldanha Sanches tem por base um estudo anteriormente publicado por um dos co-autores ⁽¹⁾. A revisitação deste tema justifica-se pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (OE para 2011), que veio alterar o regime de IRC da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos em termos que têm causado alguma perplexidade e insegurança jurídica ⁽²⁾.

Sucintamente, o regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos previsto actualmente no artigo 51.º do CIRC permite que os dividendos postos à disposição por uma sociedade à sua sócia não sejam tributados em IRC na esfera desta última, posto que se encontrem reunidos certos requisitos ⁽³⁾.

O artigo 51.º do CIRC apresenta-se também como a transposição para direito doméstico, nomeadamente, do artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho, relativa à consagração de um regime fiscal comum para as distribuições de lucros entre sociedades-mães e afiliadas em diferentes Estados-membros, entretanto alterada pela Directiva n.º 2003/123/CE, do Conselho, de 22 de Dezembro.

A necessidade de atenuar a dupla tributação económica na distribuição de lucros inter-societária foi sentida ainda antes da publicação do CIRC ⁽⁴⁾

⁽¹⁾ FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, "Limitações à aplicação do método da isenção por virtude de abusos: o n.º 10 do artigo 46.º do Código do IRC", *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 33 e ss.

⁽²⁾ Exemplos disso são as notícias publicadas na imprensa escrita aquando do conhecimento público da Proposta de Lei e a adesão invulgar que teve a mesa redonda organizada pela pós-graduação em Fiscalidade da UCP no dia 13 de Janeiro de 2011.

⁽³⁾ Para mais desenvolvimentos sobre a tributação de dividendos num cenário internacional cfr. MARJAANA HELMINEN, *The Dividend Concept in International Tax Law. Dividend Payments Between Corporate Entities*, Series on International Taxation n.º 25, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

⁽⁴⁾ Parecer do CEF n.º 101/90, da autoria de H. FREITAS PEREIRA, «Sentido e alcance da expressão "entidades [...] sujeitas e não isentas de IRC" constante do n.º 1 do artigo 45.º do Código do IRC», publicado na *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 361, pp. 353-54.

e ficou consagrada, desde logo, no artigo 45.º, n.º 1, do CIRC, na sua versão e numeração originárias, na linha daquilo que já então era frequente encontrar no direito comparado e nos estudos em curso no âmbito comunitário ⁽⁵⁾.

Também no direito comparado encontramos regimes que eliminam ou atenuam significativamente a dupla tributação no plano inter-societário [e.g., regimes que privilegiam a mera afiliação, os grupos de empresas ou mesmo certo tipo específico de empresas (*holdings*)], reconhecendo a necessidade de não submeter o factor capital a múltiplas tributações com carácter penalizador. Compreende-se que a tributação sucessiva dos mesmos lucros, à medida que correm entre uma cascata de sociedades até chegar às pessoas singulares, últimas beneficiárias desses investimentos, oneraria excessivamente o factor capital. No fundo estes regimes representam o reconhecimento de que não só as múltiplas tributações constituem um grave obstáculo à livre circulação de capitais, mas também de que as pessoas singulares acabam por suportar o imposto sobre os dividendos (mesmo “inter-societários”), que a final se repercutem sobre os sócios da sociedade dominante, evitando-se com esta eliminação ou atenuação sobrecarregar a sua capacidade de pagar, tornando simultaneamente o regime fiscal mais neutro face à decisão de interpor ou não sociedades em cadeia.

As alterações introduzidas a este regime com o OE para 2011 alteram substancialmente a situação existente até 31 de Dezembro de 2010, em termos que se pode justificar falar parcialmente de um novo regime. São três as alterações relevantes trazidas com o OE para 2011:

- i) Desaparecimento do requisito que vinha previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 51.º do CIRC ⁽⁶⁾ da detenção de uma participação no capital de outra sociedade que tenha custado no mínimo € 20 milhões de euros que estava previsto em alternativa ao requisito da participa-

⁽⁵⁾ Nos termos de autorização legislativa outorgada pela Lei n.º 106/88, o Governo ficou com a possibilidade de «... incluir no código do IRC desagregamentos fiscais de carácter estrutural», tendo, nesse quadro, criado o citado artigo 45.º, n.º 1, do CIRC. Veja-se também o ponto 13 do relatório preambular do CIRC e NUNO SA GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 165, CEF, Lisboa 1991, pp. 44 e 74.

⁽⁶⁾ Antes da renumeração efectuada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, era o artigo 46.º do CIRC.

- ção directa não inferior a 10% no capital da sociedade que distribui os dividendos;
- ii) Revogação do n.º 8 do artigo 51.º que previa uma eliminação parcial da dupla tributação económica (em 50%) quando não estivessem reunidos todos os requisitos exigidos para beneficiar da isenção ⁽⁷⁾;
 - iii) Alteração da norma antiabuso específica que vinha prevista no n.º 10.

Em consequência destas alterações o legislador reduziu significativamente o campo de aplicação subjectivo e objectivo da isenção pois diminuíram não só as sociedades abrangidas, como também os termos em que a isenção opera. Por detrás destas alterações parece residir, desde logo, uma inegável necessidade de aumento das receitas fiscais para combater a crise orçamental que se faz sentir.

É sabido que o capital dos grandes grupos empresariais encontra-se disperso em termos tais que uma participação inferior a 10% num desses grupos pode representar uma participação substancial. Daí que a lei previsse para beneficiar deste regime, em alternativa a uma participação no capital da sociedade que distribui os dividendos mínima de 10%, uma participação com um custo de aquisição igual ou superior a € 20 milhões de euros. Com o desaparecimento desta última alternativa, pretende-se atingir precisamente as participações qualificadas inferiores a 10% nas grandes sociedades cotadas que regularmente distribuem dividendos aos seus accionistas.

Por sua vez, a segunda alteração acima referida revela-se mais profunda. Enquanto que no regime anterior assegurava-se, em todos os casos de distribuição de lucros entre sociedades ⁽⁸⁾, pelo menos uma eliminação parcial da dupla tributação pela consideração, para efeitos fiscais, de apenas metade do

⁽⁷⁾ Não sendo exactamente o método de isenção é equiparado. Cfr. MARIA DE LURDES CORREIA E VALE, "A tributação dos fluxos internacionais de dividendos, juros e royalties", *XXX Aniversário do CEF*, 1963-1993, pp. 161-205 (assim, p. 191, rodapé n.º 37 e autores aí citados).

⁽⁸⁾ Excepto nos casos em que a sociedade que distribuía os dividendos fosse subjectivamente isenta de IRC ou não fosse residente noutro Estado membro da UE ou do espaço económico europeu, neste último caso, desde que vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de entidades sujeitas e não isentas de IRC, cfr. o Parecer do CEF n.º 101/90, da autoria de H. FREITAS PEREIRA, «Sentido e alcance da expressão "entidades [...] sujeitas e não isentas de IRC" constante do n.º 1 do artigo 45.º do Código do IRC», publicado na *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 361, pp. 347 e ss.

dividendo recebido, agora, nos caso de dividendos respeitantes a participações não qualificadas, deixou de haver qualquer atenuação da dupla tributação económica, seja sob a forma de uma isenção (ainda que parcial) seja sob a forma de um crédito de imposto (como previsto até 2001).

Finalmente, com a terceira alteração estabeleceu-se expressamente que a isenção apenas se aplica aos casos em que os lucros distribuídos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva. É sobre esta última alteração que nos iremos concentrar neste estudo ⁽⁹⁾.

2. Condições iniciais para beneficiar do regime (método da isenção)

Para garantir a aplicação do método da isenção ⁽¹⁰⁾, o legislador exigiu, a par de outros requisitos tais como a residência fiscal, que a sociedade participada que distribui os dividendos esteja sujeita e não isenta de IRC, exigência esta que decorre da preocupação do legislador em evitar a aplicação do regime a situações que o não justificavam.

Como é sabido a Administração fiscal veio, logo no dealbar de 1989, esclarecer o sentido desta regra, reconhecendo que, estando a entidade em causa sujeita a imposto, a sociedade-mãe só não beneficiaria do desagravamento caso a isenção de que gozasse a subsidiária fosse uma isenção total, subjectiva e permanente ⁽¹¹⁾.

Será, então, que o n.º 10 do artigo 51.º do CIRC, ao exigir que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a tributação efectiva, vem preconizar o

⁽⁹⁾ Para uma análise e crítica às restantes alterações cfr., por último, ANTÓNIO ROCHA MENDES e JOANA RIBEIRO FRAGATA, “Draft Budget Proposes New Rules for Taxation of Dividends”, *Tax Notes International*, 6 de Dezembro de 2010, p. 743 e ss.; TÁLIA DE ALMEIDA FERREIRA, “Portugal — The New Participation Exemption Regime”, *European Taxation*, Fev/Mar 2011, IBFD.

⁽¹⁰⁾ Apesar de inicialmente a dedução se limitar a 95% dos lucros recebidos, acreditava-se que, em geral, os restantes 5% se destinavam a cobrir os encargos relacionados com a detenção das participações, evitando “a solução administrativamente muito onerosa, de os expungar, caso por caso, dos custos dedutíveis para efeitos fiscais” — cit. MARIA DE LURDES CORREIA E VALLE e H. FREITAS PEREIRA, “Não aplicação do regime de transparência fiscal às sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)”, *Fisco* n.º 17, pp. 39-43 (assim, p. 43, nota 5). Porventura os inconvenientes gerados com a “procura de custos” levou à alteração da regra que, actualmente, permite uma dedução integral dos lucros à matéria colectável.

⁽¹¹⁾ Cfr. Circulares n.ºs 22/90 e 4/91.

entendimento de que se a participada — apesar de sujeita e não isenta de imposto — não pagou IRC não se aplica o método de isenção ou, ao invés, vem reforçar a tese de que, independentemente de uma qualquer isenção objectiva, parcial ou periódica, ao nível da participada, o que se exige é que corresponda — em qualquer momento e nível — a uma realidade que suportou imposto?

Parece-nos indubitavelmente que a resposta está na segunda alternativa enunciada, como demonstraremos ao longo deste estudo.

3. O artigo 51.º, n.º 10, do CIRC, nas suas várias redacções

O n.º 10 da norma em apreço foi introduzido pela primeira vez através da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro. Na sua primeira redacção dispunha que «[o] regime estabelecido neste artigo não se aplica, procedendo-se, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto quando se conclua existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução, à eliminação ou diferimento temporal dos 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».

Nesta primeira redacção a norma apresentava-se claramente com uma estrutura de norma específica antiabuso dirigida a combater as maquilhagens ou configurações jurídicas abusivas através da interposição de sociedades ou mediante a requalificação de rendimentos com o propósito de eliminar, reduzir ou diferir a tributação ⁽¹²⁾.

A norma consagrava uma presunção legal, posto que retirava uma ilação do facto conhecido (e.g., não tributação efectiva dos lucros ou obtenção originária de outros rendimentos que não beneficiaram do método da isenção) para apresentar o facto-presumido, o qual consistia na mera interposição da sociedade que distribuíra os lucros (mediante abuso de formas jurídicas), com o simples objectivo de receber rendimentos isentos de imposto.

Aliás, é precisamente por causa de existir esta ligação entre o facto conhecido e o não conhecido — ainda que, em concreto, se possa não verificar

⁽¹²⁾ Para uma crítica à redacção legal cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 390-93.

(o que permitirá ilidir essa presunção) — que nos encontramos perante uma presunção e não face a uma ficção legal, em que esse nexo de causalidade não se verifica ⁽¹³⁾.

A redacção deste preceito foi alterada pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (OE para 2007), passando então a constar que «[a] dedução a que se refere o n.º 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.»

Esta redacção — que esteve em vigor durante três anos e que representa uma grande mudança na estrutura da norma visto que passou a ser de aplicação automática — está na origem da redacção introduzida pelo OE para 2011, pelo que poder-se-á perguntar porque é que a estranheza face à actual redacção da norma não se fez sentir logo em 2007 ⁽¹⁴⁾. Em nosso entender esse facto deveu-se a uma pluralidade de factores que, de uma forma ou de outra, permitiam mitigar as consequências da aplicação da redacção de 2007. Referimo-nos à não aplicação às SGPS, ao facto de em princípio pelo menos 50% dos lucros distribuídos continuarem a ser dedutíveis ao lucro tributável da sociedade investidora e ao facto de, mesmo nesses casos, em algumas situações, esta limitação poder ser contornada pela aplicação do RETGS (artigo 70.º, n.º 2, do CIRC entretanto revogado pelo OE para 2011), conseguindo-se na prática uma isenção total.

Sobre esta redacção da norma pronunciou-se a Administração fiscal em termos não totalmente esclarecedores numa informação vinculativa ao referir que “quando os lucros de uma SGPS não foram sujeitos a tributação efectiva e esta os distribui a uma entidade residente, que não seja uma SGPS, que preenche os requisitos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 46.º do CIRC, esta última só pode deduzir 50% desses lucros, para efeitos de determinação do seu

⁽¹³⁾ Cfr. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 502 e 503, e JOÃO LOPES ALVES, “Algumas notas de crítica à validade teórica do conceito de ficções no direito fiscal”, *CTF* 119, pp. 7-41 e VIRGÍLIO MARTINS PIRES, “As presunções no Direito Fiscal”, *CTF* 223/225, pp. 55-109.

⁽¹⁴⁾ Cfr. todavia, FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, pp. 45 a 47, e as críticas aí feitas à redacção da norma e à política legislativa que parece ter estado subjacente.

lucro tributável⁽¹⁵⁾. Dizemos em termos não esclarecedores pois não fica claro se basta que os lucros distribuídos pela SGPS não tenham sido sujeitos a tributação na esfera desta última para que a sociedade beneficiária veja a sua dedução logo limitada em 50% ou se, mesmo que os lucros não tenham sido tributados na esfera da SGPS, poderá haver lugar à isenção caso esses lucros tenham sido tributados num estágio anterior da cadeia de participações.

Finalmente, com a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, o dispositivo em análise passou a comandar apenas que «[a] dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva».

Como resulta da página 69 do Relatório sobre a Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011 “*elimina-se a regra do artigo 51.º do Código do IRC que permite, hoje em dia, a eliminação da dupla tributação económica em 50%, mesmo quando os critérios relativos à participação se mostrem por cumprir, bem como a regra, de extrema generosidade, que permite a dedução em 50%, ou mesmo em 100% no caso de SGPS, nos casos em que não tenha havido sequer tributação efectiva na esfera da sociedade que distribui lucros*».

A pobre redacção do artigo 51.º, n.º 10, do CIRC, introduzida no OE para 2011, suscita-nos as maiores reservas sobre a sua validade jurídica como daremos conta adiante.

Por agora — e em jeito de prolegómeno das críticas que a norma nos merece e que serão abordados adiante — avançamos, desde já, com três reparos.

O primeiro prende-se com o estilo usado. Com efeito, com a presente redacção, voluntária ou involuntariamente, operou-se uma verdadeira mudança de cento e oitenta graus na política legislativa do tratamento dos dividendos. Se antes o racional subjacente ao artigo 51.º do CIRC era o da eliminação da dupla tributação entre sociedades do mesmo grupo⁽¹⁶⁾, ainda que esta fosse

(15) Processo n.º 1239/2007, com despacho de 18 de Julho de 2008 do Subdirector-Geral.

(16) Ou, pelo menos, em situação de relações especiais tal como este conceito é definido no artigo 63.º, n.º 4, do CIRC. Sobre o conceito de relações especiais cfr. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA / BRUNO SANTIAGO, “Preços de transferência e princípio da legalidade fiscal (Anotação ao Acórdão TC n.º 252/03)”, *Jurisprudência Constitucional* n.º 11, Jul-Set 2006, republicado com ligeiras alterações em “Análise de Alguns Aspectos do Regime Doméstico

meramente potencial ou virtual o que, na prática, poderia consubstanciar uma real e autêntica não tributação dos dividendos intersocietários, mitigada com uma não tributação apenas parcial (em 50%) quando esses rendimentos não tivessem sido tributados em estádios anteriores da cadeia de participações; agora o racional parece ter deixado de ser o da não tributação dos dividendos intersocietários para passar a ser um mero regime de eliminação da dupla tributação económica real ou efectiva. Ou seja, não havendo tributação a montante não há razão para não tributar a jusante pois não existe dupla tributação para eliminar. A dúvida que permanece neste particular é se — como parece indicar a letra da lei do n.º 10 do artigo 51.º — se consagra um verdadeiro regime de eliminação da dupla tributação económica ainda que meramente real ou efectiva ou se — como parece resultar do citado Relatório sobre a Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011 — basta que os lucros da sociedade que distribui os dividendos não tenham sido tributados na sociedade distribuidora (por exemplo porque beneficiaram do artigo 51.º) para que a sociedade beneficiária da distribuição desses dividendos já não se possa valer do mesmo regime.

O segundo reparo prende-se com o facto de não obstante o disposto no Relatório do OE parecer ir no sentido de uma concepção subjectivista do regime da eliminação dupla tributação económica dos dividendos — i.e., o que releva não é os dividendos serem provenientes de lucros já tributados em estádios anteriores, mas sim se a sociedade que distribui os dividendos foi tributada pelos lucros que estão na origem desses dividendos, independentemente desses lucros terem sido (ou não) tributados em estádios anteriores da cadeia — a verdade é que da lei parece resultar o contrário, i.e., uma concepção objectivista da qual resulta que o artigo 51.º, n.º 10, apenas se aplica no caso de o rendimento na origem dos lucros distribuídos não ter sido sujeito a nenhuma tributação desde a sua origem mais remota. É esta última a interpretação que no entender dos Autores deve ser sufragada face à letra da lei, ao seu espírito e à própria natureza conceptual do regime. Por outro lado, o referido Relatório sobre a Proposta da LOE não nos parece decisivo contra a tese aqui defendida pois é sabido que a suposta vontade do legislador — se é

dos Preços de Transferência e a sua Relação com o Direito Fiscal Internacional e o Direito Comunitário”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 169 e ss.

que o referido Relatório pode ser considerado como tal... — tem uma importância manifestamente secundária na interpretação jurídica face ao conteúdo material da norma ⁽¹⁷⁾.

Finalmente, admitimos que face à actual redacção do n.º 10 do artigo 51.º do CIRC possa ser controverso se a norma em questão deva continuar a ser considerada uma norma específica antiabuso com as inerentes consequências em sede de regime aplicável, constitucionais e de direito europeu ⁽¹⁸⁾, nomeadamente se sufragar o entendimento de que esta norma visa apenas mudar o paradigma existente. Ou seja, onde antes se consagrava um regime que, no limite, permitia que os dividendos fossem tributados apenas em 50% mesmo que não tivessem sido tributados a montante desde que a subsidiária estivesse sujeita e não isenta a IRC ou a imposto especial de jogo (e não isenta) ou a um dos impostos previstos no artigo 2.º da Directiva, agora assiste-se a um alargamento da base tributária de IRC ao passar a vigorar um mero regime de eliminação da dupla tributação económica real ou efectiva. Não havendo dupla tributação o dividendo passa a ser tributado na totalidade.

Para nós esta norma continua a dever ser considerada uma norma antiabuso específica pois, na sua essência e através da técnica legislativa mais radical de pura e simplesmente negar a aplicação do regime, o que está em causa continua a ser evitar que os sujeitos passivos se aproveitem abusivamente do regime da eliminação da dupla tributação económica reduzindo a factura de imposto a pagar quando não se verifica o fim que presidiu a consagração do regime ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Nas palavras eloquentes de KARL ENGISCH “com o acto legislativo (...) a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a «vontade da lei tornada palavra», o «positivo e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei». Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum.”, cfr. *Introdução ao Pensamento Jurídico* (tradução e prefácio de BAPTISTA MACHADO), 5.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 142.

⁽¹⁸⁾ Para uma discussão sobre os limites das normas antiabuso específicas cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *ob. cit.*, pp. 226-231. Cfr. também, por exemplo, ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 184 e ss.

⁽¹⁹⁾ Para mais desenvolvimentos sobre as normas antiabuso específicas, cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *ob. cit.*, pp. 199 e ss.

Acresce que, como defendemos anteriormente e continuamos a entender, pese embora a técnica legislativa utilizada nesta norma antiabuso, seria contrário à própria regra geral que visa erradicar situações de dupla tributação económica, combater os abusos através de uma negação da aplicação do regime em determinadas circunstâncias (quando os dividendos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva), sem admissão de prova do contrário.

Com efeito, importa reconhecer que um dos grandes efeitos práticos desta norma acaba por ser facilitar o ónus da prova para a Administração. Ou seja, se a Administração vier questionar a aplicação deste regime por um determinado sujeito passivo e esse contribuinte não conseguir provar que os dividendos foram sujeitos a tributação efectiva a montante, a Administração fiscal parece ficar dispensada de provar essa inexistência de tributação para negar a aplicação do regime do artigo 51.º uma vez que, por efeito do n.º 10, se não tiver havido tributação efectiva a montante, a isenção da tributação dos dividendos é excluída *ope legis*. Todavia, em nosso entender, a Administração fiscal não fica exonerada de invocar factos e indícios que legitimem a dúvida sobre a aplicação ao não do regime de eliminação da dupla tributação económica e cumprir com o regime legal do artigo 63.º do CPPT. Aliás, contra o possível entendimento administrativo de que o regime do artigo 63.º do CPPT não se aplica no caso ao artigo 51.º, n.º 10, do CIRC, contrapomos que pode ser precisamente pela aplicação deste regime que se pode salvar a validade constitucional da norma em apreço pois permite assegurar de forma efectiva o exercício do contraditório e, conseqüentemente, demonstrar a inexistência de qualquer intuito abusivo ou fraudulento. Entendemos que a possibilidade de exercício do contraditório e da prova de inexistência de abuso em fase contenciosa não é suficiente neste domínio pois o julgador pode sentir-se constrangido em aquilatar do abuso em virtude da redacção da norma parecer conter apenas uma estatuição legal simples (não tributação efectiva) e uma consequência jurídica clara (não aplicação da isenção). De outra forma temos as maiores dúvidas que esta norma, sendo uma norma restritiva de direitos — no limite dos direitos à propriedade privada e à iniciativa económica privada⁽²⁰⁾, passe o teste de proporcionalidade. A começar, trata-se de uma norma que, em bom

(20) Neste sentido *vide* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Cláusula Geral Anti-abuso e a Constituição*, no prelo.

rigor, não seria sequer necessária, em virtude da existência no ordenamento da CGAA. Depois, mesmo considerando que seria necessária, não nos parece que se revele adequada ao fim que a norteia uma vez que sacrifica, desmesuradamente a justiça individual — i.e., aqueles casos em que o contribuinte não sabe nem tem possibilidade de saber se foi pago imposto a montante, bem como os casos em que não se descortina nenhum intuito abusivo ⁽²¹⁾ — face ao fim visado. Finalmente, mesmo que se entendesse que a medida era adequada a prevenir o abuso importaria ainda averiguar sobre a proporcionalidade em sentido estrito e, em particular, se a norma, na sua cegueira, apanha muitos casos em que não há qualquer escopo abusivo como parece ser manifestamente o caso ⁽²²⁾.

Por estes motivos entendemos que para salvaguardar a validade constitucional desta norma é necessário analisá-la sempre em conjunto com o regime procedimental de aplicação das normas antiabuso, de outro modo, só por si, esta norma revela-se passível de um juízo de inconstitucionalidade por violar o princípio da proporcionalidade ⁽²³⁾.

Ainda a este propósito importa observar que o recurso a conceitos indeterminados (e.g. “lucro” e “tributação efectiva”) acaba por transformar o n.º 10 do artigo 51.º numa norma aberta cujo conteúdo normativo irá depender em grande medida da interpretação que vier a ser feita. Seja como for, parece-nos que em virtude das especiais exigências constitucionais e legais do princípio

⁽²⁰⁾ Veja-se o caso de uma participação numa sociedade operativa ser detida, concentrada, numa *holding* intermédia. Esta participação poderia ser detida também directamente pela sociedade-mãe. Ou seja, a colocação da *holding* intermédia não revela, ou pode não revelar, nenhum escopo abusivo, mas apenas uma forma de arrumação interna do grupo. Ora, na medida em que esta norma venha a influenciar a forma como os grupos económicos se organizam, apresenta-se em violação de um dos princípios mais importantes em sede fiscal: o princípio da neutralidade dos impostos.

⁽²¹⁾ Note-se que desde os primórdios este regime visou mitigar a dupla tributação meramente virtual ou potencial e não a dupla tributação real ou efectiva. E é assim também na generalidade dos outros sistemas fiscais. Se a norma visasse apenas eliminar a dupla tributação efectiva então seria necessário que fosse explícita nesse sentido e consagrasse outras regras mais detalhadas que explicitassem os termos da sua aplicação.

⁽²²⁾ Para mais desenvolvimentos *vide* FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, “As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso prevista no artigo 67.º/10 do CIRC”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, J. L. Saldanha Sanches, Francisco de Sousa da Câmara, João Taborda da Gama (ogs.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

da legalidade em sede fiscal, esta redacção corre o risco de afrontar o princípio da determinabilidade do tipo para além do constitucionalmente admitido. Como é sabido o princípio da legalidade dos impostos impõe exigências mínimas de determinabilidade da norma que, como resulta das dúvidas expressas adiante, é muito duvidoso que estejam satisfeitas com o uso do conceito de tributação efectiva sem qualquer outra explicitação ou concretização legal. Por outro lado, consoante a forma como esta norma venha a ser aplicada pelo Fisco, o próprio princípio da igualdade na tributação (nomeadamente a igualdade horizontal) pode vir a ser pôsto em causa, nomeadamente se a norma se aplicar apenas a situações domésticas pois contribuintes com o mesmo rendimento poderão ser objecto de um nível de tributação diferente consoante recebam dividendos de fonte portuguesa ou de outro Estado-membro.

Vejam os de seguida algumas dificuldades derivadas da redacção da norma.

4. As dúvidas escondidas por detrás da singeleza da redacção da norma

Ao prescrever no n.º 10 do artigo 51.º do CIRC que a dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva o legislador revelou-se extremamente parcimonioso em palavras. Sem querer entrar em considerações relacionadas com o princípio da legalidade dos impostos, sempre diremos que muito embora a economia seja sempre desejável, muitas vezes ela não é simplesmente possível sem sacrifício (desproporcionado?) da determinabilidade e da própria segurança jurídica.

Analisando a parte inicial do comando normativo a primeira dúvida que se levanta é se esta norma se aplica apenas a situações puramente domésticas ou também a situações transfronteiriças. Com efeito, poder-se-á entender que em virtude do n.º 10 do artigo 51.º apenas limitar "a dedução a que se refere o n.º 1..." aos casos em que tenha havido tributação efectiva está *a contrario* a excluir a aplicação dos n.ºs 5 e 6 desta norma que estendem o regime da eliminação da dupla tributação económica a algumas situações internacionais. Ou seja, por outras palavras, nesta linha de argumentação, a norma antiabuso em análise que limita o regime da eliminação da dupla tributação económica aos casos em que tenha havido tributação efectiva apenas se aplicaria aos casos puramente domésticos e não aos casos em que a sociedade distribuidora é

residente noutro Estado-membro da UE ou do espaço económico europeu ⁽²⁴⁾. Ainda que esta interpretação pudesse, porventura, obstar a alguns reparos que a norma merece face ao Direito Comunitário e que trataremos adiante ⁽²⁵⁾, não é claro se a norma seria de aplicar a uma situação em que a sociedade que distribui os dividendos estivesse localizada em território português mas os dividendos que essa sociedade distribui fossem provenientes de uma outra *holding* intermédia europeia na medida em que nesta situação os dividendos seriam provenientes, ainda que indirectamente, de outro Estado-membro.

Em apoio deste entendimento refira-se ainda que a redacção originária do n.º 10 do (então) artigo 46.º dispunha que “[o] regime estabelecido neste artigo não se aplica...” ao contrário da actual que refere “[a] dedução a que se refere o n.º 1...”. A isto acresce que a restante redacção da norma inicial parecia ser no sentido de compatibilizar a norma antiabuso com o Direito Comunitário e, em especial, com a interpretação que o TJ tem vindo a fazer sobre a compatibilidade deste tipo de normas com os tratados que regem a UE. Ora, o facto de também ter sido alterada a restante redacção da norma é mais um elemento no sentido de que o legislador não sentiu a necessidade de cumprir com os requisitos do Direito Comunitário pois entendeu que a norma não se aplicava a estas últimas situações.

Muito embora reconheçamos a razoabilidade desta posição e dos argumentos que convoca em seu apoio, não podemos, contudo, excluir que a

⁽²³⁾ Neste sentido MANUELA DURO TEIXEIRA na referida mesa redonda na UCP.

⁽²⁴⁾ Com efeito, na sequência da jurisprudência *Leur-Bloem* (Caso C-28/95) e *Ander sen og Jensen* (Caso C-43/00), o TJ tem entendido ser competente para se pronunciar sobre reenvios prejudiciais que se referem a uma disposição comunitária no caso em que o direito nacional de um Estado-membro remete para o conteúdo de uma disposição para determinar as regras aplicáveis a uma situação puramente interna desse Estado. Na medida em que no caso concreto do regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos o regime doméstico é muito semelhante ao consagrado na Directiva é provável que o TJ possa vir a ser chamado a pronunciar-se sobre a questão da compatibilidade do artigo 51.º, n.º 10, do Código, com a Directiva. Parece-nos que a argumentação deve ir no sentido de que a Directiva visa assegurar a eliminação da dupla tributação económica dos lucros independentemente do nível em que ocorre a tributação, o que é reforçado pela existência de um conceito comunitário de abuso. Nesses termos seria também necessário testar a compatibilidade da norma interna com o conceito de abuso plasmado no artigo 1.º, n.º 2, da Directiva, pois a mera interpretação do conceito de tributação efectiva numa situação doméstica poderá não ser suficiente para legitimar o chamamento do TJ.

Administração fiscal possa ter uma posição diferente com apoio também na letra do n.º 10 do artigo 51.º Com efeito, na medida em que a norma do n.º 1 é a que enuncia o modo de funcionamento — a técnica fiscal utilizada — do regime de eliminação da dupla tributação, faz sentido que o n.º 10 que visa impedir o funcionamento do regime remeta apenas para o n.º 1 e não para outros números da norma (ou para a norma como um todo). Por outro lado, mais decisivo no sentido da norma antiabuso se aplicar apenas a situações domésticas seria se, à semelhança do que sucede noutros números, ao invés de se referir à “dedução a que se refere o n.º 1”, se referisse ao “disposto no n.º 1”. Nessa hipótese não restariam dúvidas que a norma antiabuso se aplicava apenas ao regime da eliminação da dupla tributação nas situações domésticas.

Avançando na exegese da norma importa agora perceber se o segmento “os rendimentos provenham de lucros” se refere apenas aos lucros da sociedade distribuidora ou, também, a lucros registados em estádios anteriores ⁽²⁶⁾. Veja-se o caso de uma sociedade-neta operativa que obteve lucro tributável e pagou IRC tendo distribuído dividendos à sociedade-filha que beneficiou do regime do artigo 51.º do CIRC e que não pagou IRC e que por sua vez distribuiu dividendos à sociedade-mãe. Será que esta última pode também beneficiar do regime do artigo 51.º relativamente aos dividendos recebidos da sociedade-filha? Agora, imaginemos o mesmo exemplo mas com a diferença que a sociedade-filha pagou IRC porque, para além de ter recebido dividendos da sociedade-neta que beneficiaram do regime do artigo 51.º, obteve outros proveitos sujeitos a imposto. Nesta variante e pressuposto que a sociedade-filha distribuiu dividendos à sociedade-mãe, será que esta última pode beneficiar do regime do artigo 51.º do CIRC?

Depois a outra dúvida que de imediato se lança no espírito do intérprete é o que se deve entender por tributação efectiva ⁽²⁷⁾. Continuando num

⁽²⁶⁾ De acordo com TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, a Administração fiscal já se pronunciou no passado no sentido do requisito da tributação efectiva abranger não apenas a sociedade que distribuiu os dividendos mas também os anteriores na cadeia de participações.

⁽²⁷⁾ No âmbito da Directiva 2003/48/CE (directiva da poupança), em Dezembro de 2009 a presidência sueca do Conselho da UE propôs algumas alterações a esta directiva, uma das quais passa pela introdução de uma definição de sujeição a tributação efectiva. De acordo com a definição proposta “*‘subject to effective taxation’ shall mean that an entity or a legal arrangement is liable to tax on all its income, or on the part of its income attributable to its*

cenário puramente doméstico se a sociedade-filha foi sujeita a uma taxa de tributação efectiva de IRC de 1% é suficiente para considerar que houve tributação efectiva ⁽²⁸⁾? E se, por exemplo, a sociedade-filha não tendo registado qualquer lucro tributável, foi sujeita a tributações autónomas de IRC. Considera-se que houve tributação efectiva? E se a sociedade-filha apenas não pagou IRC porque tinha prejuízos fiscais? Considera-se ter havido tributação efectiva para estes efeitos? O requisito da tributação efectiva deve ser aferido face à taxa nominal de imposto ou *a posteriori* por comparação com o lucro tributável e o IRC efectivamente pago ⁽²⁹⁾?

Como resulta desta amostra são muitas as dúvidas geradas pela redacção da norma em consideração que em nada contribuem para a certeza e estabilidade necessárias do factor fiscal para que os grupos empresariais se possam concentrar na optimização dos seus resultados e, por essa via, contribuir de forma efectiva para o aumento da receita fiscal.

5. Limites impostos pelo Direito Comunitário

5.1. Direito Comunitário Primário

A análise neste plano irá ser efectuada, primeiro, atendendo ao Direito Comunitário Primário e, depois, face ao Direito Comunitário Secundário ou Derivado.

non-resident participants, including on any interest payment. For the purposes of this definition, and by way of example, an entity or a legal arrangement which may be subject to a general scheme of taxation but at a zero rate, shall in any case be considered to be not subject to effective taxation". É interessante registar que esta Proposta traz um anexo no qual consta uma lista indicativa de entidades não sujeitas a tributação efectiva em cada um dos Estados membros. Relativamente a Portugal esta lista indicativa inclui apenas as entidades sujeitas ao regime de transparência fiscal, as sociedades licenciadas para operar no âmbito da zona franca da Madeira susceptíveis de beneficiar de isenção total de IRC, *trusts* e figuras similares sujeitos a lei estrangeira.

⁽²⁸⁾ Para mais desenvolvimentos sobre a forma de determinar as taxas de tributação efectiva em IRC, cfr. ANTÓNIO MARTINS, JOÃO SANTOS, JORGE OLIVEIRA, "As taxas efectivas de tributação dos lucros das sociedades em Portugal", *Novas Tendências de Tributação de Sociedades*, II Conferência Anual CTOC/IDEFF, 2008, pp. 55 e ss.

⁽²⁹⁾ Ao contrário do que sucedeu noutros lugares do mesmo diploma legal — *vide* artigos 65.º e 66.º — a lei não fez depender o regime de um certo nível de tributação efectiva.

Relativamente ao primeiro a questão que se coloca é se o n.º 10 do artigo 51.º é ou não compatível com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, em especial, com as liberdades fundamentais aí previstas.

Todo o extenso labor de integração negativa que tem vindo a ser desenvolvido pelo TJ neste domínio centra-se na remoção sucessiva dos obstáculos criados pelas leis domésticas dos Estados-membros à realização das liberdades fundamentais consagradas no Tratado, pela averiguação sobre se um determinado regime jurídico-fiscal de um Estado-membro constitui uma restrição à realização de uma das liberdades previstas no Tratado. No caso de dividendos, em princípio, as liberdades que poderão estar em causa são a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais, consoante a percentagem de participação no capital da subsidiária seja suficiente para exercer uma influência dominante ⁽³⁰⁾. De notar que a dupla tributação não é *de per se* proibida ⁽³¹⁾. A questão que importa resolver é saber em que medida é que os dividendos de origem noutro Estado-membro têm um tratamento menos favorável do que os dividendos de origem doméstica ⁽³²⁾ ou em que medida é que um determinado regime fiscal de tributação dos dividendos pode constituir um obstáculo de acesso ao mercado ⁽³³⁾ na medida em que dificulta a angariação de capital no Estado-membro onde o potencial investidor é residente ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Cfr. Caso C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

⁽³¹⁾ JAAP BELLINGWOUT, “Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed”, *European Taxation*, IBFD, Março de 2008, pp. 124 e ss. a defender que a dupla tributação económica é o resultado da existência de diferentes sistemas fiscais.

⁽³²⁾ Conforme decorre do parágrafo 46 da decisão do TJ no Caso C-446/04 “as liberdades de circulação garantidas pelo Tratado opõem-se a que um Estado-Membro trate de modo menos favorável os dividendos de origem estrangeira que os dividendos de origem nacional, salvo se essa diferença de tratamento respeitar a situações que não são objectivamente comparáveis ou se justificar por razões imperiosas de interesse geral (v., neste sentido, acórdãos de 15 de Julho de 2004, Lenz, C-315/02, Colect., p. I-7063, n.ºs 20 a 49, e de 7 de Setembro de 2004, Manninen, C-319/02, Colect., p. I-7477, n.ºs 20 a 55)”.

⁽³³⁾ Cfr., por exemplo, § 64 da decisão no Caso C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*): “na medida em que os rendimentos de capitais de origem estrangeira são fiscalmente tratados de modo menos favorável do que os dividendos distribuídos por sociedades estabelecidas no Reino Unido, as acções das sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros são menos atractivas para os investidores residentes no Reino Unido do que as de sociedades que tenham sede nesse Estado-Membro”.

⁽³⁴⁾ JOACHIM ENGLISCH, “Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms” *Intertax*, Vol. 38, Issue 4, 2010, pp. 197 e ss. Para uma análise doutrinal das

Assumindo que o n.º 10 do artigo 51.º do CIRC se aplica tanto a situações domésticas como a situações transfronteiriças ⁽³⁵⁾, i.e., tanto a participações detidas em sociedades residentes como em sociedades não-residentes, resulta que a norma não tem um carácter discriminatório pois não consagra um tratamento diferente para participações detidas em sociedades residentes noutros Estados-membros relativamente a participações detidas em sociedades residentes ⁽³⁶⁾.

Não obstante, ainda que se reconheça que a norma em questão não é discriminatória, i.e, não trata dividendos provenientes de outro Estado-membro de forma menos favorável que os dividendos provenientes de fontes nacionais, importa ainda determinar se a norma em questão não torna mais difícil ou menos atractivo a contribuintes residentes em território nacional investirem capital em sociedades residentes noutros Estados-membros. Neste âmbito já

recentes decisões do TJ em matéria de dividendos *vide*, por exemplo, LIEVEN A. DENIS, “The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited”, *European Taxation*, IBFD, Maio de 2007, pp. 221 e ss.; MICHAEL LANG, “ECJ case law on cross-border dividend taxation — recent developments”, *EC Tax Review* 2008/2, pp. 67 e ss., e MARC DASSESSE, “Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium”, *EC Tax Review* 2010/3, pp. 117 e ss.

⁽³⁵⁾ No caso de a interpretação que vier a ser sufragada, nomeadamente pela Administração fiscal, for a de que o n.º 10 do artigo 51.º apenas se aplica a situações domésticas como forma de, ainda que porventura sem sucesso, evitar ver a compatibilidade desta medida com o Direito Comunitário questionada nos tribunais, em princípio o tratamento menos favorável das situações domésticas em detrimento das situações que envolvam outros Estados membros — a chamada discriminação invertida ou às avessas — não é proibido pelo Direito Comunitário, segundo o entendimento do TJ, cfr. BRUNO SANTIAGO, *O princípio da não-discriminação no cruzamento do Direito Fiscal Internacional com o Direito Fiscal Comunitário*, CCTF n.º 207, CEF, Lisboa, 2009, pp. 117 e ss.

Todavia, em nosso entender, a sufragar-se o entendimento de que a discriminação invertida não viola as liberdades consagradas no Tratado, isso não quer dizer que essa interpretação não possa ser validamente questionada nos tribunais portugueses por violação das normas domésticas sobre igualdade e mesmo no TJ no seguimento da jurisprudência *Leur-Bloem*.

⁽³⁶⁾ § 56 da decisão no Caso C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*): “situação dos accionistas residentes num Estado-Membro que recebem dividendos de uma sociedade com sede nesse mesmo Estado é comparável às dos accionistas residentes no referido Estado que recebem dividendos de uma sociedade com sede noutra Estado-Membro, na medida em que tanto os dividendos de origem nacional como os de origem estrangeira podem ser objecto, por um lado, no caso das sociedades accionistas, de uma tributação em cadeia e, por outro, no caso de accionistas finais, de uma dupla tributação económica”.

temos as maiores dúvidas que este regime não possa ser considerado um entrave, um obstáculo, ao acesso a outros mercados. Isto porque, como é medianamente claro, pode, designadamente, não ser possível — ou sê-lo com uma dificuldade desproporcionada — ao sócio investidor saber se a sociedade participada foi sujeita a tributação efectiva e, mais difícil ainda, saber se as sub-subsidiárias foram sujeitas a tributação (no caso de se entender, como parece ser indubitavelmente a melhor interpretação, que o requisito da tributação efectiva abrange não só a sociedade distribuidora como também elos anteriores na cadeia).

Por outro lado, também do ponto de vista da subsidiária localizada noutro Estado-membro, esta norma constitui uma restrição à angariação de capitais em Portugal pois é natural que os investidores portugueses percam apêndice por investir em sociedades de outros Estados-membros uma vez que para estes será mais difícil determinar se os dividendos foram sujeitos a tributação efectiva ⁽³⁷⁾.

Tendo em conta o exposto não se pode excluir à partida a possibilidade da norma em análise poder vir a ser considerada contrária ao Direito Comunitário por um tribunal. Se assim for, importa, porém, ainda verificar se este regime se pode considerar justificado por alguma das razões imperiosas de interesse geral que têm vindo a ser admitidas pelo TJ.

Não nos iremos alongar na análise de cada uma das justificações uma vez que intuitivamente se alcança que a razão que aqui poderia ser invocada para justificar a restrição é a necessidade de prevenir a evasão fiscal ⁽³⁸⁾. Em todo o caso ainda que esta possa ser uma justificação válida no caso concreto, importa, em primeiro lugar, averiguar se a medida é proporcional ⁽³⁹⁾. Temos

⁽³⁷⁾ Não curaremos nesta sede os problemas relacionados com o facto de uma mesma situação poder ser julgada de forma diferente consoante a jurisdição de que é perspectivada.

⁽³⁸⁾ A necessidade de prevenir a evasão fiscal é em abstracto considerada uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar uma restrição ao exercício das liberdades.

⁽³⁹⁾ Sobre o requisito da proporcionalidade das medidas fiscais restritivas, veja-se, por exemplo, o § 58 do Caso C-281/06 (*Jundt*): "para que uma medida restritiva seja justificada, a mesma deve respeitar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que deve ser adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para atingir esse objectivo".

No sentido deste princípio actuar como uma autêntica cláusula de salvaguarda perante normas antiabuso, *vide* DENNIS WEBER, "A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive", *EC Tax Review*, 1996/2, pp. 67-68.

as maiores dúvidas que esta medida legislativa alguma vez venha a ser julgada compatível com o Direito Comunitário pois o TJ tem vindo a manifestar-se contra normas fiscais que consagram presunções *iuris et de iure* ⁽⁴⁰⁾ ou que presumam que em determinadas situações exista sempre abuso ⁽⁴¹⁾.

Importa ter presente que a própria Directiva mães-filhas prevê a possibilidade de os Estados-membros consagrarem normas destinadas à prevenção de fraudes e abusos. Todavia, como não poderia deixar de ser, o facto da própria Directiva prever a possibilidade dos Estados-membros consagrarem disposições antiabuso, estas normas terão, em todo o caso, de ser compatíveis com o Tratado.

De facto, a liberdade de estabelecimento consagrada no espaço europeu não só não impede como estimula a liberdade de circulação das pessoas e dos capitais e não pode ser limitada por regras que impeçam (ou introduzam novos obstáculos) os grupos económicos de localizarem as suas *holdings* em qualquer dos Estados-membros da UE ⁽⁴²⁾, salvo quando as mesmas — aplicadas ao caso concreto — evidenciam ser absolutamente necessárias para prevenirem situações de fraude ou evasão.

5.2. Direito Comunitário secundário

A consagração do método da isenção começou por se inspirar nas propostas que vieram originar a Directiva 90/435/CEE, acabando por ser estendido às distribuições de “lucros inter-societários” de origem comunitária aquando da transposição da citada Directiva, ao que certamente não foram alheios argumentos ligados à sua fácil aplicação e aceitação administrativa, por contraposição ao regime do crédito de imposto.

Note-se que a Directiva visa a eliminação da dupla tributação jurídica internacional e a eliminação da dupla tributação económica, neste último caso

⁽⁴⁰⁾ § 42-43 do Caso C-435/00 (*X and Y*).

⁽⁴¹⁾ § 58 do Caso C-150/04 (*Comissão v. Denmark*).

⁽⁴²⁾ Imagine-se o caso de uma sociedade-mãe portuguesa que recebe dividendos de uma sociedade holandesa (B.V.) que, por seu turno, havia auferido mais-valias não tributadas na sequência da alienação de uma participação social. A tributação de tais lucros de forma automática violaria, a nosso ver, as regras comunitárias (direito de estabelecimento e as regras da Directiva), neutralizando também os desagravamentos holandeses de forma ilegal.

consagrando a possibilidade dos Estados-membros optarem por qualquer um dos métodos — isenção ou crédito de imposto. Caso um Estado-membro opte por este último método para eliminar a dupla tributação económica a Directiva permite que a sociedade-mãe deduza do imposto a pagar a fracção do imposto societário pago pela subsidiária relacionado com os lucros distribuídos (*indirect foreign tax credit* ou *international imputation credit*) e a retenção na fonte imposta pelo Estado-membro onde a subsidiária é residente até ao limite do montante do imposto doméstico correspondente (*ordinary foreign tax credit*)⁽⁴³⁾.

Como o próprio TJ vem sucessivamente referindo o escopo da Directiva é, pela introdução de um regime comum de tributação, eliminar qualquer desvantagem de cooperação entre sociedades de diferentes Estados-membros quando comparado com a cooperação entre sociedades do mesmo Estado-membro e, por essa via, facilitar o agrupamento de sociedades à escala comunitária⁽⁴⁴⁾.

Na linha da citada Directiva, o legislador nacional veio exigir que as sociedades — subsidiárias e mães — sejam residentes na UE e estejam sujeitas, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isentas, ao imposto das sociedades (i.e. a cada um dos impostos enumerados nos vários hífenes da al. c) do artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE). Isenção esta que também tem sido interpretada como uma isenção subjectiva, posto que há uma miríade de sociedades europeias que beneficiam das isenções e desagravamentos de variadíssimas ordens e que gozam do regime da Directiva (e.g., SGPS, Soparfis, ETVE, etc.). Parece, pois, que a Directiva assume que a subsidiária paga imposto no Estado da sua residência desinteressando-se se na prática pagou ou não imposto nesse Estado. Ou seja, por outras palavras, o regime da Directiva abarca também as situações de dupla tributação virtual ou hipotética e não apenas a dupla tributação real ou efectiva⁽⁴⁵⁾. Consequentemente somos levados a concluir que, por efeito do artigo 51.º, n.º 10, do CIRC, a lei portuguesa encontra-se a violar directa-

(43) MARIE LAMENSCH e SERVAAS VAN THIEL, “The Elimination of Double Taxation of Dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium’s Final Taxation”, *Intertax*, Vol. 37, Issue 8/9, 2009, pp. 473 e ss.

(44) Caso C-379/05 (*Amurta*), § 18, Caso C-294/99 (*Athinaiki Zythopoiia*), § 25 e Caso C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), § 18.

(45) Para mais desenvolvimentos sobre o regime da Directiva *vide*, por último, MARJAANA HELMINEN, *EU Tax Law — Direct Taxation*, IBFD, 2009.

mente o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva, seja porque em algumas situações — quando os lucros não tenham sido sujeitos a tributação efectiva — tributa esses dividendos em violação do disposto no primeiro travessão do referido artigo da Directiva que não exige ter havido tributação efectiva a montante ⁽⁴⁶⁾, seja porque, tributando esses dividendos, devia cumprir com o disposto no segundo travessão do n.º 1 do artigo 4.º da Directiva que consagra um crédito de imposto indirecto não previsto na lei portuguesa ⁽⁴⁷⁾.

Como já acima deixámos explicitado relativamente ao Direito Comunitário Primário, também nesta sede importa deixar claro que o combate ao abuso das regras que transpuseram a Directiva (*e.g.*, método da isenção) não deve ser desencadeado através de uma cláusula geral de aplicação automática. Neste caso, como sublinha OTMAR THÖMMES, uma exclusão geral das sociedades *holdings* dos benefícios da Directiva não seria tolerável ⁽⁴⁸⁾. Thömmes vai mesmo mais longe ao afirmar que as disposições antiabuso «*may not provide protection in excess of that required for the prevention of fraud or abuse. Measures are not required in the sense intended by Art. 1 Para. 2 if they arbitrarily restrict the Directive's application without significant evidence of an actual risk of fraud or abuse. The term "required" also implies that there must be a reasonable relationship between the intended result and the means used to achieve it. A restriction that is excessive, because a less severe restriction being equally suitable to prevent the case of fraud or abuse in question is available, will not be permitted under Art. 1, Para. 2*» ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ A este propósito refere-se nos parágrafos 33 e 34 do Caso C-138/07 (*Cobelfret*) que “[h]á que realçar que a obrigação do Estado-Membro que optou pelo sistema previsto no artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da Directiva 90/435 de se abster de tributar os lucros que a sociedade-mãe recebe, a título de associada, da sua filial não está sujeita a nenhum requisito e é expressa com a única ressalva dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo e com a ressalva prevista no artigo 1.º, n.º 2, desta directiva. Não está previsto, designadamente, nenhum requisito no artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da dita directiva no que se refere à existência de outros lucros tributáveis para que os dividendos recebidos pela sociedade-mãe não estejam sujeitos a imposto”.

⁽⁴⁷⁾ Não obstante, em nosso entender, tratar-se de uma norma com efeito directo e, por isso, directamente invocável pelos contribuintes sem necessidade de ser transposta para o direito doméstico. Neste sentido também MARIE LAMENSCH e SERVAAS VAN THIEL, *ob. cit.*, p. 475.

⁽⁴⁸⁾ *EC Corporate Tax Law*, Comentários ao Artigo 1.º, para. 48, IBFD, 2007.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, § 46.

Seria assim manifestamente contrário ao Direito Comunitário impedir automaticamente uma sociedade-mãe de aplicar o método da isenção (procedendo a uma liquidação adicional de IRC, no caso daquela ter excluído da base tributável os lucros europeus recebidos de uma subsidiária) invocando que os mesmos lucros provinham, em parte ou no todo, de uma sociedade não residente na comunidade europeia (i.e. de uma “sociedade-neta”) ou de rendimentos (e.g., juros, royalties, ou mais-valias) que, se tivessem sido pagos directamente pela subsidiária de segundo nível (i.e. a “sociedade-neta”) à sociedade-mãe, tinham sido sujeitas a tributação.

Aliás, as situações acima referidas não preenchem o tipo “evasão” *tout court*, ainda que possam representar uma situação de vantagem fiscal. E, tanto é assim que a Directiva 90/435/CEE não impôs que os sócios das sociedades-mães fossem também eles residentes na UE, não introduziu limites ao tipo de participações e outros activos detidas pelas subsidiárias (e.g., não exigiu que tais participações só pudessem abranger sociedades da UE) ou rendimentos por si obtidos, nem exigiu tributação mínima de certos rendimentos pelas subsidiárias, apesar de ter assegurado que entidades isentas não podem gozar da Directiva.

Assim, independentemente da redacção do n.º 10 do artigo 51.º do CIRC, em situações comunitárias, o Fisco não só terá de provar que a não tributação é abusiva, como deve demonstrar que a medida adoptada (negação da atribuição do método da isenção) é a forma necessária e adequada para combater a situação de evasão.

6. Compatibilização com o Direito Fiscal Internacional

Por regra Portugal não elimina a dupla tributação económica dos dividendos inter-societários provenientes de subsidiárias no estrangeiro (fora do espaço económico europeu), com algumas excepções⁽⁵⁰⁾. Na verdade Portugal limita-se a atenuar a dupla tributação jurídica internacional derivada do rendimento ter sido sujeito a imposto no estado da entidade pagadora, i.e., o beneficiário dos dividendos é tributado no estado da subsidiária, normalmente pela técnica de

⁽⁵⁰⁾ Para outros desenvolvimentos *vide* H. FREITAS PEREIRA e MARIA DOS PRAZERES LOUSA, “Portugal”, *Trends in company/shareholder taxation: single or double taxation*, cahiers de droit fiscal international vol. LXXXVIIIa, IFA, Kluwer, 2003, pp. 754 e ss.

retenção na fonte a taxas reduzidas e, depois, no seu estado de residência. Na generalidade dos casos (com excepção da Áustria) Portugal elimina ou, pelo menos atenua a dupla tributação pelo método do crédito de imposto ordinário, ou seja, em linhas gerais, permite que o imposto pago na fonte seja deduzido ao imposto pago em Portugal, sendo o crédito limitado ao imposto pagável em Portugal sobre os mesmos rendimentos ⁽⁵¹⁾.

A eliminação da dupla tributação jurídica internacional é, em tese, assegurada em todos os casos pois, mesmo nos casos de Estados com os quais Portugal não tenha celebrado nenhum ADT, o Código do IRC prevê também esse regime.

Mas, como referimos, existem alguns casos em que Portugal consagra unilateral ou convencionalmente regimes de eliminação da dupla tributação económica internacional. Os primeiros confluem na regra do artigo 42.º do EBF que consagra a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes nos PALOP e Timor-leste ⁽⁵²⁾. De acordo com este regime não só a sociedade afiliada com uma participação mínima de 25% tem de estar sujeita e não isenta de imposto sobre o rendimento análogo ao IRC ⁽⁵³⁾, como também “os lucros distribuídos provenham de lucros da sociedade afiliada que tenham sido tributados a uma taxa não inferior a 10% e não resultem de actividades geradoras de rendimentos passivos, designadamente *royalties*, mais-valias e outros rendimentos relativos a valores mobiliários, rendimentos de imóveis situados fora do país de residência da sociedade, rendimentos da actividade seguradora oriundos predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da sociedade ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território e rendimentos de operações próprias da actividade bancária não dirigidas principalmente ao mercado desse território”. Acresce ainda que a sociedade portuguesa deverá ainda “dispor de prova das condições de que

⁽⁵¹⁾ Para mais desenvolvimentos *vide* ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 663 e ss.

⁽⁵²⁾ De notar que muito embora Macau não conste da lista dos países com regime de tributação privilegiada — ao contrário do que sucede relativamente às *black lists* de muitos outros Estados — não pode beneficiar deste regime. Todavia, o artigo 23.º, n.º 1, al. *b*), do ADT acaba por consagrar um regime quase semelhante em algumas situações.

⁽⁵³⁾ Ou seja uma isenção subjectiva, permanente e total na linha do Parecer do CEF acima citado.

depende a dedução". A exigência destes requisitos leva-nos a concluir que no caso da norma excepcional que consagra um regime de eliminação da dupla tributação económica internacional relativamente a dividendos provenientes de subsidiárias localizadas em algumas das antigas colónias portuguesas, o objectivo foi claramente o de apenas eliminar a dupla tributação real ou efectiva, não sendo aplicável o n.º 10 do artigo 51.º pois o artigo 42.º do EBF estabelece os requisitos para a sua aplicação que excluem a aplicabilidade da primeira norma.

Os segundos, por sua vez, respeitam a um conjunto de ADTs em que vem expressamente consagrado um regime de eliminação da dupla tributação económica ⁽⁵⁴⁾ dos dividendos. Muito embora a redacção destas várias cláusulas sofra pequenas variações, no essencial consagra-se uma isenção de 95% desses dividendos ⁽⁵⁵⁾. É curioso verificar que a generalidade dos referidos ADTs foram assinados numa altura em que a lei doméstica também consagrava uma isenção de 95% dos dividendos ⁽⁵⁶⁾. Precisamente por isso é questionável se por efeito da mudança da lei doméstica que passou a consagrar uma isenção total (dedução de 100% à base tributável do beneficiário) não se deve entender que a dedução prevista no regime convencional passa a ser também total ⁽⁵⁷⁾, ainda para mais quando algumas destas cláusulas remetem para os termos em que a isenção é consagrada na lei doméstica, como é o caso dos ADTs com Espanha e a Tunísia ⁽⁵⁸⁾. Admitimos, desde logo, que essa possibilidade deverá ser analisada caso a caso, consoante a concreta redacção da norma do ADT e, nos casos em que remete para a lei doméstica, se se deve privilegiar uma interpretação ambulatoria, i.e., uma interpretação que leve à conclusão de que a remissão para a lei doméstica é uma remissão que acompanha as evoluções da

⁽⁵⁴⁾ Como é o caso das normas das convenções consagradas à eliminação da dupla tributação nas convenções celebradas nomeadamente com a Bélgica, Brasil, Chile, Espanha, EUA, Grécia, Israel, Luxemburgo, Macau, México, Tunísia e Turquia.

⁽⁵⁵⁾ Com excepção do ADT com o Chile em que a isenção é total.

⁽⁵⁶⁾ Com excepção dos ADTs com Israel e a Turquia que consagram uma dedução de 95%, mas foram assinados numa altura em que a lei doméstica já consagrava uma dedução de 100%.

⁽⁵⁷⁾ Neste sentido ALBERTO XAVIER, *ob. cit.*, p. 665.

⁽⁵⁸⁾ Os ADTs com o Brasil e o México referem que a isenção de 95% se aplica até que Portugal mude o método de eliminação da dupla tributação económica na sua lei doméstica.

redacção da lei nomeadamente na medida em que seja favorável ao contribuinte ou, ao invés, uma interpretação que privilegie a redacção da cláusula do ADT.

Esta controvérsia acaba também por levar à questão de saber se o n.º 10 do artigo 51.º do CIRC é aplicável nos casos em que os dividendos ao qual seja aplicável um destes regimes convencionais não tenham sido sujeitos a tributação efectiva. Algumas das normas convencionais referidas contêm uma cláusula *subject to tax* de natureza genérica o que, em nosso entender, não é suficiente para afastar os casos em que a sociedade distribuidora muito embora esteja sujeita a imposto, por algum motivo não pagou imposto sobre os rendimentos distribuídos. Admitimos a existência de argumentos válidos em ambos os sentidos. No limite, porém, parece-nos que em tese a aplicação do n.º 10 do artigo 51.º, sendo uma regra de natureza excepcional e nos moldes em que está redigida, não deve ser aplicável às situações cobertas por estes ADTs⁽⁵⁹⁾. De outra forma Portugal estaria a defraudar o que acordou com o outro Estado Contratante. Todavia, nos casos em que a própria norma do ADT expressamente remete para os termos e condições em que a dupla tributação económica é eliminada na lei interna⁽⁶⁰⁾ já nos parece sustentável a aplicação do referido dispositivo antiabuso pois nesses casos está expressamente a salvaguardar no texto da convenção as condições em que a isenção é consagrada pela lei interna.

Uma coisa resulta clara: os regimes de *participation exemption* ou *affiliation privilege* não são os mais indicados para combater situações de não tributação a montante. Estes regimes foram concebidos e conceptualmente pensados para evitar ou mitigar fenómenos de dupla tributação de dividendos que do ponto de vista da racionalidade económica são indesejados pois oneram excessivamente o capital sem uma justificação válida para tal, sobretudo nas economias modernas em que os fenómenos dos grupos de empresas são uma realidade involvidável e que não deve ser penalizada pelo sistema fiscal. O que não quer dizer

⁽⁵⁹⁾ Note-se que Portugal não consagrou uma norma semelhante à norma alemã prevista no artigo 50d, § 9, da Einkommensteuergesetz, que prevê — num fenómeno de *treaty override* — que o método da isenção usado nos ADTs celebrados pela Alemanha seja transformado num crédito de imposto no caso do rendimento proveniente do outro Estado Contratante for isento de imposto nesse Estado ou tributado a uma taxa reduzida.

⁽⁶⁰⁾ Como é o caso dos ADT com Espanha e a Tunísia.

que não existam normas específicas antiabuso com o escopo de evitar que situações em que o regime está a ser utilizado de forma enviesada procurando recorrer a formas jurídicas que formalmente caibam no âmbito de aplicação da norma mas claramente defraudam o seu espírito.

E aqui, em termos de política legislativa, importa ter presente e perfeitamente definido se o regime para eliminar a dupla tributação económica querido visa eliminar a dupla tributação económica meramente potencial ou apenas a dupla tributação efectiva. Sendo que, se for esta última a opção escolhida, a lei deve ser desenhada de forma a alcançar eficazmente esse desiderato para que se consiga a necessária segurança jurídica, o que pode ser feito consagrando — dentro dos quadros dogmático-conceptuais existentes — o sistema do crédito de imposto ou, então, através de uma correcta ponderação dos interesses em jogo, através de um sistema de isenção cujo recorte apareça claramente definido nomeadamente através da introdução de cláusulas *subject to tax* de recortes precisos.

Outra coisa completamente diferente é pretender exclusivamente combater situações em que o lucro realizado a montante por subsidiárias não foi tributado. Esse objectivo alcança-se pela consagração de regimes *CFC*, regimes estes construídos e especialmente vocacionados para combater essas situações ⁽⁶¹⁾.

7. Conclusões

Da análise efectuada extraímos que não obstante as dúvidas que surgem em torno do artigo 51.º, n.º 10, do CIRC, a única interpretação susceptível de salvaguardar a sua validade é a de que, por um lado, o requisito da tributação efectiva se refere à incidência de tributação em qualquer estágio anterior da cadeia de participações desde a sua origem mais remota. Por outro lado, a sua aplicabilidade tem de ser rodeada de especiais garantias, nomeadamente o regime do artigo 63.º do CPPT, do qual decorre a necessidade de demonstrar uma situação de abuso e a possibilidade de contraditório.

(61) Para outros desenvolvimentos em torno deste tema em sede de Direito Comparado *vide* THOR LEEGARD, “Taxation of Corporate Shareholders in the Nordic Countries — Part 1”, *European Taxation*, IBFD, Março de 2007 e “Taxation of Corporate Shareholders in the Nordic Countries — Part 2”, *European Taxation*, IBFD, Abril de 2007.

Num cenário simples mas paradigmático o principal objectivo do n.º 10 do artigo 51.º do CIRC só pode ser impedir uma situação abusiva de não-tributação, razão pela qual não pode ser de aplicação cega e automática sem admitir contraditório.

Lisboa, Janeiro de 2011.