

LIMITAÇÕES À APLICAÇÃO DO MÉTODO DA ISENÇÃO POR VIRTUDE DE ABUSOS: O N.º 10 DO ARTIGO 46.º DO CÓDIGO DO IRC

FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA (*)

1. INTRODUÇÃO

Recentemente foi introduzida uma nova disposição no Código de IRC (CIRC) que vem impedir a aplicação do método da isenção, consagrado para eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos ⁽¹⁾, em várias situações, *i. é*, «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.» ⁽²⁾

Volvidos vários meses sobre a publicação desta nova regra ainda pairam muitas dúvidas no ar sobre a sua finalidade específica e respectivo alcance. As perplexidades nascem logo com a previsão da norma, ao pretender combater o “abuso de formas jurídicas”, fazendo, supostamente, alusão à doutrina alemã e à regra já prevista no artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária (LGT), mas reportando-se a duas situações que, em abstracto, podem também ocorrer em situações em que a configuração jurídica dada pelo sujeito passivo foi exercida legitimamente respeitando os objectivos da “regra-quadro” (artigo 46.º, n.º 1, do CIRC) e não de forma abusiva.

De qualquer forma, com base nos dois casos taxativamente identificados no

(*) Professor convidado de Direito Fiscal Internacional da Universidade Nova de Lisboa e sócio da sociedade de advogados *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados*.

⁽¹⁾ 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, págs. 161-205 (assim, pág. 191, rodapé n.º 37 e autores aí citados).

⁽²⁾ *Cfr.* artigo 46.º, n.º 10, do CIRC, com a redacção dada pelo artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro.

n.º 10 do artigo 46.º do CIRC, *in fine*, parece-nos claramente que o legislador quis combater as maquilhagens ou configurações jurídicas abusivas através da interposição de sociedades ou mediante a re-qualificação de rendimentos com o propósito de eliminar, reduzir ou diferir a tributação.

Mas, atenta a formulação adoptada e descendo à realidade dos factos, somos necessariamente confrontados com questões elementares:

- Buscou-se aqui impedir que uma sociedade ficasse automaticamente impedida de beneficiar do método de isenção quando recebesse dividendos de uma sociedade (*e.g.*, SGPS) ou de qualquer subsidiária europeia que, em virtude do “regime-regra” que lhes é aplicável, beneficiam de um regime que visa eliminar a dupla tributação económica (tenham os rendimentos fonte doméstica, europeia ou não europeia)? Por outras palavras, os lucros distribuídos por uma *holding* intermediária são automaticamente sujeitos a imposto sem beneficiarem do desagravamento previsto no artigo 46.º do CIRC, independentemente de se verificar se foram gerados por outras sociedades que pagaram imposto sobre os mesmos?
- Procurou-se forçar a tributação — também automática — dos dividendos sempre que se reconhecesse, indo à origem última dos rendimentos, que caso os mesmos tivessem sido distribuídos directamente não teriam beneficiado da aplicação do método da isenção? Ou, por outras palavras, lucros distribuídos com origem em dividendos provenientes de sociedades não europeias ou com origem em juros, royalties ou mais-valias são automaticamente tributados sem poderem gozar do método da isenção?

Afinal, qual o objectivo primordial desta disposição? Evitar situações abusivas? Situações de não tributação? Ou, quaisquer casos de transmissão ou obtenção de desagravamentos fiscais pelos sócios, pessoas colectivas (neste último caso, por comparação com a situação que ocorreria caso não tivesse interposto a sociedade que distribuiu os lucros)?

Como compreenderá alguém familiarizado com o *mundo dos negócios*, a equação destas e doutras questões similares tem provocado inibições e paralisias no mercado, com evidentes reflexos na própria economia nacional... ⁽³⁾

⁽³⁾ Cfr. ADELAIDE PASSOS e RUI CAMACHO PALMA, *The Portuguese Budget Law for 2005* — Focus on Tax Avoidance, *European Taxation*, págs. 124-124, May 2005.

2. A JUSTIFICAÇÃO DO REGIME DA ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS

Antes de prosseguirmos esta indagação é conveniente começar por sublinhar os principais motivos que justificaram a consagração do regime previsto no artigo 46.º, n.º 1, do CIRC (4).

A necessidade de eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades a entidades colectivas que nelas detivessem uma participação importante (5), foi sentida ainda antes da publicação do CIRC e ficou consagrada, desde logo, no artigo 45.º, n.º 1, do CIRC, na linha daquilo que já então era frequente encontrar no direito comparado e nos estudos em curso no âmbito comunitário (6).

Mais, independentemente dos sistemas nacionais aderirem ou não a sistemas clássicos puros, que não admitem qualquer integração entre o imposto sobre o rendimento das sociedades e o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, em todos eles 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, há um reconhecimento implícito, mas manifesto, por parte de todas as legislações, de que não só as múltiplas tributações constituem um grave obstáculo à livre circulação de capitais, mas 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 sobre-

(4) De acordo com o n.º 5 do mesmo artigo, tal regime é ainda aplicável quando uma sociedade residente em território português detenha uma participação nos mesmos termos numa entidade residente noutro Estado membro da União Europeia, desde que ambas as entidades preencham os requisitos do artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE.

(5) Essa “participação importante” tem-se defendido geralmente em função de três factores: (i) percentagem de capital detido ou de direitos de voto detidos na empresa participada; (ii) valor dessa participação; e (iii) exigência de que essa participação tenha carácter duradouro ou, pelo menos, não possa representar uma mera participação especulativa.

(6) Nos termos de autorização legislativa outorgada pela Lei n.º 106/88, o Governo ficou com a possibilidade de «... incluir no código do IRC desagrvamentos 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 SÁ GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, págs. 44 e 74, CFF (1-5), Lisboa, 1991.

carregar a sua capacidade de pagar, e tornando simultaneamente o regime fiscal mais neutro face à forma de interpor ou não sociedades em cadeia.

Por outro lado, no plano internacional e comunitário em particular, criaram-se regras para acabar com tais entraves com o propósito de permitir que as empresas se adaptassem às exigências do mercado, aumentando a sua produtividade e reforçando a sua posição concorrencial (e.g., Directiva n.º 90/435/CEE, alterada pela Directiva n.º 123/2003/CE).

3. CONDIÇÕES INICIAIS PARA BENEFICIAR DO REGIME (MÉTODO DA ISENÇÃO)

Para garantir a aplicação do método da isenção, o legislador exigiu, desde logo, ao lado de outros requisitos tais como a residência fiscal, que a sociedade participada que distribui os dividendos «... *esteja sujeita e não isenta de IRC ou esteja sujeita ao imposto referido no artigo 7.º*» ⁽⁷⁾.

Exigências essas que decorriam 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. Por outras palavras, a Administração admitiu a atribuição do benefício de exclusão ou dedução de 95% dos dividendos recebidos da subsidiária nos casos em que estas últimas não suportaram efectivamente o IRC (ou imposto das sociedades) sobre os lucros correspondentes ⁽⁸⁾.

Será, então, que a recente regra aditada ao artigo 46.º do CIRC, ao exigir que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a tributação efectiva, vem afastar definitivamente o entendimento que subjaz à Circular n.º 4/91, no sentido de

⁽⁷⁾ Cfr. artigo 45.º, n.º 1, al. a), do CIRC. 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 HENRIQUE FREITAS PEREIRA, *Não aplicação do regime de transparência fiscal às sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)*, in “Fisco”, n.º 17, págs. 39-43 (assim, pág. 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.

⁽⁸⁾ Cfr. Circulares n.ºs 22/90 e 4/91, *vide*, ainda, Parecer do CEF n.º 101/90 por 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 de IRC* — CTF, n.º 361, págs. 347-357.

que se a participada 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 efectivamente (e não nominalmente) imposto?

4. NOVA EXIGÊNCIA: O N.º 10 DO ARTIGO 46.º DO CIRC — PRESUNÇÃO LEGAL ILIDÍVEL

É tempo para reflectirmos novamente sobre a formulação do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC e, em particular, sobre a relação ounexo entre as duas situações referidas *in fine* e a existência de abuso.

Os “factos-base” de que o legislador parte pretendem subentender, como regra de experiência, que a interposição da sociedade foi abusiva com o propósito de minimizar a tributação. No fundo, estamos perante uma presunção legal, posto que a lei retira 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 desconhecido ou “facto-presumido”, o qual consiste na mera interposição da sociedade que distribui os lucros (mediante abuso de formas jurídicas), com o simples objectivo de receber rendimentos isentos de imposto.

Aliás, é precisamente porque existe esta ligação entre o facto conhecido e o não conhecido — ainda que, em concreto, se possa não verificar (o que permitirá ilidir essa presunção) — que nos encontramos perante uma presunção e não face a uma ficção legal, em que esse nexode causalidade não se verifica⁽⁹⁾.

In casu, seria contrário à própria regra geral consagrada no n.º 1 do artigo 46.º do CIRC, que visa erradicar situações de dupla tributação económica, combater os abusos através de uma ficção legal, o que não admitiria prova do contrário.

A inexistência de um nexoeffectivo entre os pressupostos de facto e os efeitos que se visariam atingir (privar o sujeito passivo do gozo do método da isenção) conduziria de forma cega e arbitraria a situações de dupla tributação, as quais se pretenderam precisamente evitar.

Os elementos lógicos e sistemáticos de interpretação da regra que permite e eliminação da dupla tributação não podem admitir que a mesma encerre uma

(9) Cfr. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, págs. 502 e 503, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1985, JOÃO LOPES ALVES, *Algumas notas de crítica à validade teórica do conceito de ficções no direito fiscal*, CTF 119/7-41, e VIRGÍLIO MARTINS PIRES, *As presunções no Direito Fiscal*, CTF 223/225, Julho-Setembro 1977, págs. 55-109.

cláusula que conduz a tais situações sem mecanismos de salvaguarda. O combate do abuso numa situação como esta não pode, portanto, ser feito através de uma cláusula de aplicação automática que viola a própria “regra-base”.

Nestes casos, esta presunção que se estabelece a favor do Fisco é, portanto, não só ilidível por prova em contrário, como não dispensa a prova sobre o “facto-base” da presunção e, em concreto, que os lucros não foram efectivamente tributados ou que, caso os “rendimentos-base” tivessem sido distribuídos, não poderiam gozar de tratamento semelhante aos dividendos. De facto, *“a presunção não elimina o ónus da prova, nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes. Apenas altera o facto que ao onerado incumbe provar: em lugar de provar o facto presumido (in casu, o abuso de formas jurídicas), a parte onerada (in casu, o Fisco) terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à presunção”* (10).

Prova esta que admite contraprova e, por maioria de razão, prova do contrário, as quais se dirigem contra o facto presumido.

Além disso, poderá também a sociedade-mãe demonstrar que não obstante ter ocorrido qualquer das situações descritas no n.º 10, *in fine*, não houve abuso de formas jurídicas, designadamente porque a interposição da sociedade foi justificada por motivos de ordem empresarial e económica e não de uma forma insólita (como escreve Leite de Campos), ou atípica, por meros motivos de evasão fiscal (11). Claramente, através desta regra apenas se poderão afastar os efeitos (*i. é*, as vantagens obtidas) decorrentes de práticas abusivas e não as situações de não tributação ou as transmissões de desagravamentos cuja justificação seja distinta.

5. LIMITES IMPOSTOS PELO DIREITO COMUNITÁRIO

5.1. Introdução

A consagração do método da isenção começou por se inspirar nas propostas que vieram originar a Directiva n.º 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 de crédito de imposto).

(10) ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, págs. 503-504. Notas entre parêntesis curvos, nossas.

(11) *Cfr.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A cláusula geral anti-abuso: artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral (e artigo 46.º, n.º 10, do CIRC)*, Rev. Emp., n.º 29, págs. 46-54, Abril/Junho 2005.

Por outro lado, também na linha da citada Directiva, o legislador nacional veio exigir que as sociedades — subsidiárias e mães — sejam residentes na comunidade europeia e estejam sujeitas, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isentos, ao imposto das sociedades [i. é, a cada um dos impostos enumerados nos vários hífens da al. c) do artigo 2.º da Directiva n.º 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.) (12).

5.2. O artigo 1.º, n.º 2, da Directiva n.º 90/435/CEE

É certo que os interesses dos Estados foram acautelados com a introdução de uma cláusula (cfr. artigo 1.º, n.º 2, da Directiva n.º 90/435/CEE) que permite a aplicação de «*disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos*», mas é bom recordar que tais medidas não devem colidir com os princípios e regras comunitárias, decorram os mesmos do Tratado da Comunidade Europeia ou do direito derivado e, desde logo, da própria directiva.

Apesar dos Estados Membros terem conseguido impor esta cláusula — que alterou a versão originária da Directiva — com o objectivo de poderem controlar se se justifica o sacrifício da sua soberania (ao abdicar da tributação), viram esta última ser limitada pelos compromissos comunitários. Ou seja, qualquer regra nacional que pretenda salvaguardar os interesses financeiros específicos do Estado Membro será apreciada à luz do direito comunitário originário (e.g., em particular neste domínio, o direito de estabelecimento e a livre circulação de capitais) ou derivado (e.g., Directiva), e não poderá eximir-se ao controlo e à sindicância jurisdicional exercida pelos tribunais nacionais e pelo TJCE, como se sublinhou no processo Denkavit (13).

Não tendo estabelecido quaisquer medidas deste tipo *ab initio*, Portugal viria mais tarde a introduzir, primeiro, uma regra geral anti-abuso (artigo 38.º, n.º 2, da LGT) e, depois, uma norma específica para combater abusos neste domínio (artigo 46.º, n.º 10).

5.3. As regras nacionais (e.g., artigo 46.º, n.º 10, do CIRC) *vis-a-vis* o direito comunitário

Uma interpretação absolutamente literal do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC, díríamos nós, também absolutamente ilegal, reservaria o efeito útil do n.º 1 da

(12) Cfr. Rodapé n.º 8 e MARIA DE LURDES CORREIA E VALE, *ob. cit.* (assim, pág. 188).

(13) Cfr. Processo: C-283/94, C-291/94 e C-292/94, considerandos 30 e 31.

mesma disposição apenas às situações em que os lucros distribuídos pela subsidiária tinham origem em lucros de subsidiárias de segundo nível (“sociedades-netas”) detidas a menos de 10%, pois, caso contrário, verificar-se-ia uma das situações previstas no n.º 10, *in fine*; ou tais lucros já haviam gozado do benefício da isenção (caso a sociedade-mãe detivesse mais de 10% durante, pelo menos, 1 ano na subsidiária), ou provinham de rendimentos comerciais e operacionais gerados pela participada, doméstica ou internacionalmente, independentemente da actividade económica que desenvolvesse (*e.g.*, bancos / juros e outros rendimentos de capitais; sociedade que explora direitos de propriedade industrial e intelectual / rendimentos de capitais/*royalties*; imobiliárias / rendimentos comerciais/rendimentos prediais e mais-valias, etc.), que não gozaram do método da isenção caso tivessem sido pagos directamente à sociedade-mãe. Como interpretar e aplicar, então, esta regra de forma a que se conforme com o direito comunitário?

Os Estados Membros poderão continuar a aplicar as regras gerais ou específicas (tanto de origem doméstica como internacional) que se mostrem necessárias para evitar fraudes e abusos; não estão até impedidos de formular novas regras com este propósito (*e.g.*, artigo 46.º, n.º 10, do CIRC), mas tais regras só serão admitidas na medida em que sejam necessárias e respeitadoras do princípio da proporcionalidade [neste sentido, e no que respeita ao TJCE, vejam-se os casos *Svensson and Gustavson* (1995), *ICI* (1999) ou *Compagnie de Saint Gobain* (1999)] (14).

Aliás, perante a necessidade em apurar se determinada medida podia ser considerada indispensável para impedir a evasão fiscal e garantir a eficácia dos controlos fiscais, o TJCE não hesitou em confirmar que: «*Uma medida, para poder ser abrangida pelo artigo 73.º-D do Tratado, deve respeitar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que deve ser adequada a garantir a consecução do objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para o atingir. (...) Cabe pois declarar que a medida controvertida não respeita o princípio da proporcionalidade, não podendo em consequência ser abrangida pela alínea b) do n.º 1 do artigo 73.º-D do Tratado*» — *cit. caso Comissão vs. Bélgica* [2000].

Neste contexto, o artigo 46.º, n.º 10, do CIRC não poderá deixar de suscitar várias questões que merecem resposta, seja em situações puramente domésticas ou internacionais, para as quais já deixámos antever possíveis soluções. Vejamos algumas questões:

É relevante que a sociedade participada tenha pago imposto sobre os lucros distribuídos ou é apenas necessário que a mesma seja sujeita a imposto sem

(14) No sentido deste princípio actuar como uma autêntica cláusula de salvaguarda perante normas anti-abuso, *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, págs. 67-68.

dele se encontrar isenta? *i)* Será legítimo impedir a aplicação do método da isenção a lucros que tenham sofrido efectiva tributação, ainda que em anterior estágio económico? E sob que forma, medida ou momento devem tais lucros ter sido submetidos à tributação? *ii)* Será que a aplicação desta cláusula se fará da mesma forma quando as distribuições de lucros provenham de sociedades não residentes (europeias ou não europeias) ou decorram de outros rendimentos (*e.g.*, juros, royalties, mais-valias) obtidos pela *holding* intermediária? *iii)* Como se processa a aplicação do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC em concreto? Sobre quem incide o ónus da prova, e em que momento deve o mesmo ser cumprido, evidenciando que estão (ou não) preenchidos os requisitos para beneficiar do método da isenção?

Considerando os objectivos presentes no n.º 1 do artigo 46.º do CIRC e na Directiva n.º 90/435/CEE, bem como a sua relação com as normas anti-abuso e os princípios e regras comunitárias, parece-nos possível avançar com uma proposta de resolução das questões colocadas e de metodologia para aplicar o n.º 10 do artigo 46.º do CIRC.

Primeiro, na falta de uma alteração legislativa da “regra-base” (n.º 1 do artigo 46.º do CIRC), deve-se entender que para aplicar o método da isenção é suficiente preencher os requisitos aí previstos, impondo-se desde logo que a sociedade participada não esteja subjectivamente isenta de imposto das sociedades.

Aliás, se pretendesse exigir-se que a participada tivesse pago IRC ou imposto das sociedades ter-se-ia dito isso expressamente, fosse no n.º 1 ou no n.º 10 do artigo 46.º do CIRC, ao invés de aludir à tributação efectiva dos rendimentos.

Segundo, afigura-se-nos que o principal objectivo do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC só pode ser impedir — num cenário simples, mas paradigmático — uma situação abusiva de não-tributação, e não impôr uma tributação caso a participada não tivesse pago imposto sobre os lucros; é que os mesmos lucros já podem ter sido sujeitos a imposto e, como indica a própria epígrafe do artigo, visa-se assegurar que um mesmo lucro (“objecto”) não seja tributado duplamente ainda que ao nível de diferentes sujeitos passivos.

Situação esta justificada quer com base na conjugação dos n.ºs 1 e 10, do artigo 46.º, do CIRC, quer nas próprias regras comunitárias (*e.g.*, direito de estabelecimento e disposições da Directiva) que se bastarão (mas não exigirão — como veremos) com uma prévia tributação independentemente do seu montante, em qualquer anterior estágio económico e sob qualquer forma (*i. é.*, como rendimentos operacionais, como lucros, juros, *royalties*, rendimentos prediais, mais-valias).

Terceiro, já quanto à forma da aplicação das regras do n.º 10, convém recordar que compete ao Fisco provar o “facto-base” (*i. é.*, de que os lucros não foram sujeitos a tributação efectiva ou de que tiveram origem em rendimentos

que não poderiam beneficiar do método da isenção), posto que nos encontramos perante uma presunção legal. No caso concreto, tal prova será sempre mais fácil realizar caso a participada se encontre em território português, pois, caso contrário, é muito provável que a Administração fiscal tenha de recorrer às regras da assistência mútua no plano comunitário ou de troca de informações previstas nas Convenções para verificar se ocorreu tributação a montante ⁽¹⁵⁾.

É certo que o Fisco poderá ser tentado em lançar mão das suas prerrogativas para impedir a aplicação do regime da isenção e liquidar imposto. Mas, neste caso, poderá o sujeito passivo (a sociedade-mãe) não só provar o contrário, como apresentar mera contraprova (*i. é*, criando a dúvida ou incerteza acerca da verdade dos factos invocados pelo Fisco), uma vez que também ela poderá não ter acesso às contas das sociedades participadas onde, supostamente, poderá deter apenas uma participação de 10%.

Finalmente, não conseguindo obter sucesso através desses mecanismos, a sociedade deverá então demonstrar que não houve abuso como sublinhámos oportunamente (*supra* secção 4, *in fine*).

5.4. Modos de reacção à presunção legal

No caso concreto a sociedade-mãe poderá ainda ilidir a presunção não só tentando demonstrar que não houve abuso, tendo utilizado a sociedade participada por motivos empresariais justificáveis e que o resultado obtido não é contrário à disposição da norma (no caso concreto, isto pode tornar-se difícil posto que, em princípio, já ficou provada a obtenção de uma qualquer vantagem fiscal), mas sobretudo que não realizou actos ou montou operações com o objectivo primordial de atingir a citada vantagem fiscal ⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, poder-se-ia entender que o combate ao abuso das regras que transpuseram a Directiva (*e.g.*, método da isenção) não deveria 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 ⁽¹⁷⁾. Thömmes vai mesmo mais longe ao afirmar que: «*Any simplifying formula leading to a presumption of fraud or*

⁽¹⁵⁾ No caso dos dividendos provirem dos EUA não se afigura sequer possível pretender limitar a aplicação do disposto no artigo 25.º *b)* da Convenção, que permite a exclusão de tributação de 95% dos dividendos recebidos pela sociedade-mãe portuguesa, uma vez que não há exigências que impunham a tributação efectiva de tais lucros.

⁽¹⁶⁾ Nesta linha, e para apreciar situação inversa em sede de IVA, vejam-se as conclusões do Advogado-Geral, Miguel Poiares Maduro, no Caso *Halifax plc* (C-255/02), no sentido de provar a existência de uma prática abusiva contrária ao direito comunitário.

⁽¹⁷⁾ *EC Corporate Tax Law, loose-leaf*, Comentários ao artigo 1.º, para. 25, Ed. IBFD (1992).

abuse, even if refutable, would not be in accordance with the meaning of the terms “required” under paragraph 2» (18).

Ademais, o TJCE já deixou muito claro, por diversas vezes, e em particular nos casos *Leur-Bloem* [1997], *ICI* (1999), *Compagnie de Saint Gobain* (1999) e outros, que tais regras terão de ser aplicadas de forma razoável e proporcional aos fins visados; no caso em apreço, atentaria contra o direito de estabelecimento e contra as regras da Directiva que visam eliminar a dupla tributação económica, a aplicação da cláusula do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC numa situação em que o Fisco não demonstrasse — em concreto — no âmbito desse procedimento, que a forma necessária e adequada para combater a situação abusiva consistiria precisamente em impedir que a sociedade-mãe gozasse do regime previsto no artigo 46.º, n.º 1, do CIRC (19).

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. é*, 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. é*, a “sociedade-neta”) à sociedade-mãe, tinham sido sujeitas a tributação.

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 (20) salvo quando as mesmas — aplicadas ao caso concreto — evidenciam ser absolutamente necessárias para prevenir situações de fraude ou evasão.

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 n.º 90/435/CEE não impôs que os sócios das socieda-

(18) *ibidem*, pág. 16, para. 25.

(19) No mesmo sentido, FRANCISCO ALMADA, *A nova norma anti-abuso do artigo 46 do Código do IRC e a violação da legislação comunitária por parte da lei fiscal portuguesa*, Semanário Económico, Abril 2005.

(20) 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.

des-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 tributações mínimas de certos rendimentos pelas subsidiárias, apesar de ter assegurado que entidades isentas não podem gozar da Directiva. Pode por isso sustentar-se que a regra da Directiva, como *lex specialis*, impediria a aplicação do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC às situações comunitárias.

Assim, independentemente da redacção do n.º 10 do artigo 46.º do CIRC, pelo menos em situações comunitárias, o Fisco não só terá de provar o “facto-base” (as duas situações previstas no n.º 10, *in fine*) 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.

Ou seja, se é certo que as duas situações previstas no n.º 10 do artigo 46.º do CIRC devem merecer especiais atenções por parte do legislador e da própria Administração Fiscal, os meios utilizados para combater abusos não se devem acolher à sombra do tipo de presunções aí anunciadas, não só em virtude do direito e da jurisprudência comunitária virem restringir a aplicação dessa regra no contexto da Directiva, como porque, bem vistas as coisas, pouco ou nada mais alcançam que a regra geral já consagrada no artigo 38.º, n.º 2, da LGT, a qual obviamente, neste aspecto, também deve observar o direito comunitário.

Afinal, é curioso que o legislador nacional tenha procurado combater eventuais abusos praticados por empresas portuguesas com a introdução de um novo n.º 10 no artigo 46.º do CIRC, mas que se tenha desinteressado de fazê-lo em relação às sociedades-mães estrangeiras, quando é certo que Portugal ainda é um importador líquido de capital que mantém taxas de retenção elevadas. Neste contexto, custa perceber a razão pela qual o legislador nacional entendeu sacrificar receitas caso investidores não europeus interponham abusivamente uma *holding* intermediária em qualquer Estado-Membro da CE (dado que, neste caso, os lucros serão distribuídos sem qualquer retenção), mas tenha sido tão cioso e zeloso para levantar obstáculos e maior tributação para os investidores nacionais que investem no estrangeiro, através de estruturas similares ⁽²¹⁾.

(21) É evidente que quaisquer dessas regras deveriam consagrar cláusulas de salvaguarda, de modo a só ser aplicada quando fossem interpostas sociedades-base ou *écrans* (*i. e.* caixas postais) ou outras sem um mínimo de substância económica. Veja-se que em Espanha procuraram combater-se precisamente as situações inversas, apesar da forma como têm sido executadas também terem suscitado grande controvérsia doutrinal — *cfr.* Decisão do Tribunal Económico Administrativo Central, Resolución n.º 00/5275/2002, 15/X/2004, e JOSÉ M. CALDÉRON, “Spain’s Antiabuse approach and ECJ Jurisprudence”, *Tax Notes International*, Setembro 12, 2005. Para além

Convém, pois, repensar e rever a problemática das regras anti-abuso e, em particular, a sua articulação com o direito comunitário e com os efeitos práticos — efectivos — provocados no mundo empresarial.

Lisboa, 22 de Fevereiro de 2006

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As primeiras provas de revisão deste artigo chegaram-me precisamente quando foi conhecida a proposta de O.E. para 2007. De acordo com a proposta apresentada na Assembleia da República o n.º 10 do artigo 46.º será revogado e substituído por um n.º 11 cuja redacção é a seguinte: «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 ⁽²²⁾».

A proposta é obviamente de aplaudir atenta a infelicíssima redacção do n.º 10 e uma vez que as situações abusivas podem ser combatidas pela cláusula geral anti-abuso (artigo 38.º, n.º 2, da LGT). Razão pela qual o legislador deveria ter evitado cair na tentação de remendar a situação com uma solução aparentemente mais simples, mas que não é isenta de críticas, como veremos já de seguida de forma tópica.

Formalmente, a técnica legislativa de revogar o n.º 10 criando, em sua substituição, uma nova disposição anti-abuso (aditando um n.º 11 ao artigo 46.º), parece-nos incorrecta, uma vez que a alteração legislativa consistiu numa revogação substitutiva ou numa modificação do objecto do n.º 10 anterior.

Substancialmente, esta nova disposição continua a padecer dos males da generalidade das regras específicas anti-abuso que admitem a sua aplicação automática sem exigirem um exercício prévio de verificação dos pressupostos que consubstanciam o abuso. Não obstante esta técnica parecer ser mais eficiente por permitir uma aplicação imediata por parte da Administração Fiscal, esse resultado é meramente aparente porque cria insegurança e dá azo a maior contencioso uma vez que visa impedir os sujeitos passivos de beneficiar da aplicação do regime-regra (e.g. o método de isenção consagrado no artigo 46.º, n.º 1, do CIRC). Dir-se-á que o legislador apenas quer combater a evasão fiscal, no seu conteúdo mais simples, o não pagamento de impostos. No caso em apreciação

da Espanha, também se previu na legislação francesa a possibilidade de excluir certas sociedades da aplicação da Directiva, quando as mesmas fossem detidas numa parte significativa do capital ou direitos de voto por pessoas residentes em Estados não comunitários.

⁽²²⁾ Cfr. Artigo 48.º da proposta de Lei n.º 478/2006, de 13.10.2006.

apenas se visa assegurar a não atribuição da isenção de IRC para lucros que não tenham sido tributados anteriormente, de modo a impedir a evasão (i.e. a não tributação de rendimentos). O problema é que esse objectivo não é conseguido através de uma fórmula feliz. Mais, a leitura atenta da disposição merece reparos ao nível da política legislativa e no quadro das SGPS suscita novos problemas de interpretação, e admite novas colisões com o direito comunitário. Vejamos:

A regra consagrada no n.º 11 pretende impedir que a sociedade que detenha 10% no capital de outra possa beneficiar do método da isenção «... quando os rendimentos (dividendos) provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva...». A primeira questão consiste em saber se esta análise é feita exclusivamente ao nível da sociedade directamente participada. De facto, não se explicita se essa referência aos “lucros” se reporta, numa concepção subjectiva, aos lucros da sociedade participada, ou se deve ser apreciada à luz de uma concepção objectiva por referência ao próprio objecto “lucros/rendimentos”. É certo que, numa perspectiva imediata, tais lucros provieram da sociedade participada e uma leitura literal e restrita pode limitar a sua aplicação a essa situação; mas, realmente, esses mesmos lucros podem ter sido gerados por outras sociedades abaixo da cadeia de um grupo de empresas (e.g. “sociedades operativas”), admitindo-se, por exemplo, que a sociedade participada é uma sub-holding seja ela nacional ou estrangeira. Não obstante a letra da lei poder gerar algum equívoco, o espírito da norma é — sem dúvida — o de assegurar a eliminação de uma dupla tributação económica dos lucros (i.e. o de impedir a dupla tributação de um mesmo rendimento, em distintos sujeitos, independentemente da análise se fazer a um nível imediato: sociedade/sócio (ainda que este seja o caso típico) — relação de parentesco em linha directa de primeiro grau), mas da sociedade/sócio — sociedade/sócio (i.e. relação de parentesco em linha directa de segundo grau) (23).

Uma segunda questão respeita à análise do tratamento das SGPS e seus sócios. Dificilmente se compreende a mera atribuição do benefício às SGPS, dado que é evidente pela sua própria natureza e pelo regime aqui consagrado que, caso os respectivos sócios, sejam pessoas colectivas (e.g. outras sociedades com mais de 10% de capital das SGPS) se não podiam também tolerar situações de dupla

(23) Os lucros que provêm de uma sociedade operativa que exerce uma actividade económica directa (e.g. produz e comercializa certos bens) e que foram efectivamente sujeitos a imposto (e.g. IRC), antes de serem distribuídos a uma subholding (que não é uma SGPS) que detém mais de 10% de capital daquela e que, por sua vez, são distribuídos por aquela a uma outra sociedade (e.g. sociedade-mãe) não devem suportar novamente imposto ao nível das participantes. Ao nível do topo poder-se-á colocar um problema adicional de prova sobre a proveniência do lucro, mas tal facto não deve impedir automaticamente a sociedade-mãe de beneficiar do método da isenção.

tributação. Não faz qualquer sentido reservar o método da isenção para as SGPS de topo; situação que ficará salvaguardada (ainda que com dificuldades acrescidas em matéria de prova), caso venha a prevalecer a interpretação que nos parece mais adequada, nas presentes circunstâncias, de aceitar a aplicação do método de isenção sempre que o “lucro” na sua origem tenha suportado imposto sobre as sociedades ⁽²⁴⁾.

Finalmente, o regime instituído colide com o regime comunitário, não só porque não satisfaz os critérios que o direito derivado (e.g. Directiva 90/435/CEE) impõe, como as próprias exigências que o direito originário interpretado e aplicado pelo TJCE tem vindo a requerer assegurando que estas medidas sejam justificadas por razões imperiosas de interesse geral, e que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objectivo assim prosseguido (princípio da proporcionalidade), e que não ultrapasse o necessário para atingir esse objectivo (princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou de proibição do excesso ⁽²⁵⁾).

Lisboa, 24 de Outubro de 2006

⁽²⁴⁾ Esta solução é mais redutora do que aquela que admitisse a mera sujeição a imposto, como decorre do n.º 1 do artigo 46.º Em qualquer caso, convém também sublinhar que neste domínio, ao contrário de outros (e.g. artigo 59.º/2, e 60.º/3, do CIRC), o legislador não fez depender a aplicação do regime de um certo nível de tributação efectiva.

⁽²⁵⁾ Cfr., a título exemplificativo, o parágrafo 47 do Acórdão do TJCE de 12 de Setembro de 2006, no processo C — 196/04 (Cadbury Schweppes) e a jurisprudência aí referida.