

LEGAL ALERT

FISCALIDADE DAS EMPRESAS

ALTERAÇÕES À CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO E AO CÓDIGO DO IRC NA SEQUÊNCIA DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ANTIELISÃO

Introdução

A [Lei n.º 32/2019](#), de 3 de maio, que entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, vem transpor para a lei interna a [Diretiva \(UE\) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016](#) (comumente conhecida como *Anti Tax Avoidance Directive*), fazendo-o mediante a introdução de alterações à [Lei Geral Tributária](#) (LGT), ao [Código do Procedimento e Processo Tributário](#) (CPPT) e ao [Código do IRC](#) (CIRC).

Iremos, de seguida, efetuar uma descrição sumária das alterações que consideramos mais relevantes.

Cláusula geral antiabuso

É introduzida uma alteração significativa no regime da cláusula geral antiabuso (CGAA), consagrado no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, alterando igualmente o seu procedimento de aplicação, estabelecido no artigo 63.º do CPPT.

A *ratio* subjacente a esta alteração é a de facilitar a aplicação da CGAA, de modo a que fique assegurado um nível de proteção mais elevado contra esquemas abusivos de planeamento e elisão fiscal.

No que respeita ao regime legal da CGAA, as alterações consubstanciam-se não só numa nova redação da norma que a prevê (o n.º 2 do artigo 38.º da LGT¹), mas também no aditamento de quatro números novos.

Em virtude da alteração ao n.º 2 do artigo 38.º da LGT deixa de ser necessário identificar como finalidade principal a obtenção de uma vantagem fiscal, bastando, em conformidade com o disposto na Diretiva, identificar a finalidade de obtenção de vantagens fiscais entre as diversas finalidades principais que existam em torno da construção ou série de construções.

Por sua vez, o n.º 3 agora aditado, procura dirigir-se, de maneira mais ampla, a quaisquer construções ou séries de construções que sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, abrangendo esquemas ou operações que não sejam realizados por razões económicas válidas que reflitam a sua substância.

Procede-se desta forma à introdução no âmbito da CGAA do conceito indeterminado de “razões económicas válidas”, o qual tem génese no direito europeu e tem vindo a ser densificado ao longo dos anos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Os novos n.ºs 4 e 5 vêm consagrar que nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica, sem prejuízo da aplicação das regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária, nos casos em que o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções.

¹ O qual passa a determinar que «As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas».

Nesta sede, refira-se que a ausência de concretização das situações em que, eventualmente, se deve considerar que o substituto tributário deveria ter conhecimento da construção ou série de construções abusivas levanta diversas questões e não parece uma opção particularmente feliz, podendo vir a contribuir para um acréscimo do grau de insegurança jurídica em torno de uma matéria já de si, naturalmente, complexa e envolta em incerteza.

Quanto ao n.º 6, vem determinar que, em caso de aplicação da CGAA, os juros compensatórios que sejam devidos são majorados em 15 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, parecendo, desta forma, potenciar situações de dupla sanção, algo que legitima a existência de dúvidas em torno da constitucionalidade da norma.

Por fim, refira-se que as alterações ao procedimento de aplicação da CGAA visam essencialmente acomodar as alterações registadas no regime material da cláusula, não se registando uma alteração de paradigma quanto à sua mecânica de funcionamento e tramitação, exceto no que respeita à exigência de reclamação graciosa necessária para os contribuintes que pretendam contestar a liquidação de imposto.

Alterações à regra CFC

De acordo com as alterações introduzidas no artigo 66.º do CIRC pela Lei em apreço efetua-se uma alteração profunda na regra de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (Regra de *Controlled Foreign Corporations* ou “CFC”). Destacamos as alterações indicadas de seguida.

Em primeiro lugar, é consideravelmente alargado o escopo do artigo 66.º, por via de uma redefinição do conceito de CFC. Com o novo regime, deixa de se definir CFC com base num referencial percentual sobre a taxa nominal de IRC (60% de 21% o que perfaz 12,6%), para se adotar uma nova fórmula, nos termos da qual se considera sujeita a um regime fiscal claramente privilegiado a entidade cujo imposto sobre os lucros pago no Estado de residência seja inferior a 50% do que seria devido se calculado nos termos do CIRC. Mantém-se o recurso à lista de países, territórios ou regiões constantes da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças (*blacklist*) como critério alternativo que atrai a qualificação como CFC às entidades que aí sejam residentes para efeitos fiscais.

Em segundo lugar, com o novo regime a imputação deixa de se fazer pelo lucro contabilístico da entidade, tal como determinado à luz das normas de contabilidade em vigor no Estado de residência da CFC, para passar a operar por referência ao lucro fiscal desta, calculado à luz do CIRC. Simultaneamente, ganham relevância os prejuízos fiscais da CFC, que reduzem o resultado a imputar de um ou mais dos cinco períodos de tributação subsequentes ao seu apuramento.

Em terceiro lugar, mantém-se o espírito das duas principais regras que permitiam excluir a aplicação da regra CFC. Assim, no que diz respeito a sociedades controladas residentes na União Europeia e no Espaço Económico Europeu, a exclusão mantém a exigência de que a constituição e o funcionamento da entidade obedeçam a razões económicas válidas, esclarecendo-se, no entanto, que é necessário que à mesma sejam atribuídos pessoal, equipamento, ativos e instalações.

Por outro lado, passa a estruturar-se a exclusão geral em torno de um critério mais objetivo: os rendimentos da CFC não deverão ultrapassar, em mais de 25%, certos rendimentos, incluindo juros, dividendos, royalties, rendimentos da atividade bancária e seguradora, e de um pouco claro critério, oriundo da ATAD, e que se refere «a empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a entidades com as quais existam relações especiais e que acrescentem pouco ou nenhum valor económico».

O novo figurino conferido ao artigo 66.º procura ainda esclarecer o impacto decorrente da venda de entidades CFC, matéria que até hoje não conhecia tratamento legal expresso e que gerava inúmeras questões técnicas. A opção do legislador, i.e. autorizar uma dedução ao valor de realização, poderá, na ausência de posterior regulamentação, continuar a suscitar dúvidas, designadamente quanto ao montante máximo que poderá ser deduzido, bem como à relação entre esta norma e a norma de desimputação via distribuição, entre outros temas.

Por outro lado, também ao contrário do que se encontra prescrito na ATAD, a proposta de lei não transpõe para a legislação nacional a atribuição de um crédito pelo imposto sobre o rendimento subjacente ao resultado imputado. Este crédito, tal como previsto na ATAD, parece estar configurado como um verdadeiro direito do sujeito passivo, não integrando o âmbito do artigo 3.º da ATAD que determina que as disposições da Diretiva configuram apenas um nível mínimo de tributação. Acresce que, com a transposição da Diretiva, quebra-se a lógica de simetria tendencial entre a regra CFC e as condições de aplicação do regime de *participation exemption*, circunstância que poderá suscitar

complexidade técnica acrescida, nomeadamente se se considerar que a atribuição do crédito ao sujeito passivo, nos termos da ATAD, é uma imposição do direito europeu.

Finalmente, a Lei veio revogar o n.º 10 do artigo 66.º que, no caso de sujeitos passivos sujeitos a um regime especial de tributação, determinava que a imputação fosse efetuada às primeiras entidades sujeitas ao regime geral de tributação. Tratava-se de uma originalidade portuguesa, com impacto, designadamente, em estruturas de detenção que envolvessem entidades licenciadas para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira.

As alterações propostas deverão representar um acréscimo significativo de custos de cumprimento para os sujeitos passivos, na medida em que, na prática, se exija a manutenção de contabilidade separada para efeito do cálculo do lucro corrigido das CFCs. Nestes termos admite-se que o novo figurino conferido ao artigo 66.º venha a requerer, da parte da AT, a emissão de regulamentação precisa, assim como uma reformulação do sistema de obrigações declarativas e de reporte necessárias para a boa aplicação e controlo do novo artigo 66.º do CIRC.

Limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento

Do confronto entre o texto da Lei n.º 32/2019 e o artigo 67.º do CIRC anteriormente vigente resulta que o regime previsto pelo legislador português relativamente à limitação fiscal dos gastos de financiamento preenche desde 2013 o *standard* europeu e já está em linha com a *Action 4* da OCDE no âmbito do BEPS. Não se previam, neste capítulo, mudanças significativas, o que veio a confirmar-se.

Aspirando a desencorajar o recurso a capitais alheios e a aumentar a base tributável do IRC dos sujeitos passivos deste imposto, a regra da limitação dos gastos de financiamento aplicável em Portugal, apenas permitia a aceitação fiscal dos gastos líquidos associados ao financiamento até um milhão de euros ou, se mais elevado, a 30% do EBITDA (ajustado para efeitos da aplicação desta regra fiscal).

Em matéria de dedutibilidade de gastos de financiamento, a Lei n.º 32/2019 apenas introduz alterações ao regime em vigor no que respeita à definição do conceito de “gastos de financiamento” e de EBITDA para efeitos de aplicação deste regime.

O conceito de “gastos de financiamento” adotado segue de perto a enumeração prevista na Diretiva, tendo sido alargado para passar a incluir, designadamente, os montantes pagos resultantes da subscrição de obrigações cupão-zero, convertíveis ou subordinadas, os custos com financiamentos incorridos capitalizados no valor de aquisição de ativos, assim como quaisquer pagamentos decorrentes de instrumentos financeiros híbridos, como seja a remuneração de um empréstimo participativo ou de instrumentos financeiros islâmicos.

Pretende-se, por um lado, equiparar a gasto de financiamento para este efeito os encargos decorrentes da remuneração de determinados instrumentos financeiros não convencionais, que não se reconduzam à noção mais corrente/estritamente legal de “juro” por resultarem de instrumentos financeiros atípicos, mas que, em substância, consubstanciam gastos decorrentes da concessão de um financiamento.

Por outro lado, ao contrário do que sucedia até agora e do que se encontrava especificamente previsto na Circular n.º 7/2013, passam a ser relevantes para o cômputo da limitação dos encargos financeiros, os juros relativos ao financiamento contraído para a aquisição, produção ou construção de um ativo, sempre que tais encargos não sejam reconhecidos como custo do período de tributação. É o que sucede quando os encargos financeiros são incorporados no custo de aquisição do ativo e deduzidos fiscalmente com a depreciação desse ativo ou, não havendo lugar a depreciação fiscal relevante, quando concorrem para o custo de aquisição do ativo numa transmissão do mesmo. Estes gastos com empréstimos passam assim, a partir da entrada em vigor deste diploma, a concorrer para o cálculo dos encargos financeiros.

Também o conceito de EBITDA relevante para efeitos da aplicação desta regra vem agora decalcar a noção enunciada na Diretiva, de acordo com a qual este parte do lucro tributável e deve ser adicionado dos gastos com empréstimos obtidos, bem como dos montantes relativos a depreciações e amortizações fiscalmente dedutíveis. Em contrapartida, os rendimentos isentos de imposto são subtraídos para efeito de determinação deste EBITDA.

Apesar de parecer uma mera adaptação normativa, sublinhamos que o legislador nacional não aproveita esta transposição para alinhar algumas das mais importantes restrições à dedutibilidade dos gastos de financiamento já estabelecidas no regime interno com as da Diretiva, mantendo aquele mais exigente do que esta. Exemplos disso são o limite absoluto dos gastos de financiamento fiscalmente aceites que a Diretiva estabelece em três milhões de euros e que o legislador interno conservou em

um milhão de euros, ou a possibilidade de reporte de gastos excessivos de financiamento não dedutíveis no período de tributação em causa, que a Diretiva permite reportar ilimitadamente para períodos seguintes (prevendo-se, até, a dedução em exercícios anteriores, aqui restrita aos três últimos exercícios), e que a lei interna apenas possibilita nos cinco períodos posteriores.

Regime de tributação à saída

O regime português de tributação à saída (*exit tax*), previsto nos artigos 83.º e 84.º do CIRC, também já se encontrava alinhado com as grandes linhas gerais estabelecidas pela Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

Para isso, muito contribuiu o acolhimento pelo regime nacional de tributação à saída da jurisprudência emanada do TJUE, em particular, naturalmente, no processo n.º C-38/10, no qual foi parte o Estado Português.

Assim, não se previa que da transposição da aludida Diretiva viessem a resultar alterações significativas. A Lei n.º 32/2019 vem ao encontro do que era esperado, apenas introduzindo algumas alterações pontuais em relação a determinados aspetos específicos do regime, sem preconizar, no entanto, qualquer modificação de fundo.

Os temas em que se registaram alterações foram, essencialmente, os seguintes: (i) regime de diferimento e de modalidades de pagamento do imposto apurado em resultado da transferência da residência de entidade com sede e direção efetiva em território português para fora deste território; (ii) estabelecimento de regras de valorização dos ativos quando a transferência seja efetuada para território nacional a partir de outro Estado da União Europeia ou de países terceiros e, ainda, quando se verifique a desafetação de elementos patrimoniais de um estabelecimento estável situado fora do território português.

No que respeita às alterações relacionadas com o diferimento da tributação à saída e com as modalidades de pagamento do imposto devido, a Lei n.º 32/2019 aqui em foco vem revogar a alínea b) do n.º 2 do artigo 83.º do CIRC. Extingue-se assim a possibilidade de proceder ao pagamento do imposto devido pela saída no ano seguinte àquele em que se verifique, em relação a cada um dos elementos patrimoniais considerados para efeitos do apuramento do imposto, a sua extinção, transmissão, desafetação da atividade da entidade ou transferência para um território ou país que não seja um Estado membro da União Europeia (ou do Espaço Económico Europeu, neste último caso,

desde que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio do intercâmbio de informações e da assistência à cobrança equivalente à estabelecida na União Europeia), pela parte do imposto que corresponda ao resultado fiscal relativo a cada elemento individualmente identificado.

Através desta revogação passam assim a estar disponíveis apenas duas modalidades de pagamento, a saber: (i) o pagamento imediato; ou (ii) o pagamento em prestações ao longo de cinco anos.

São ainda introduzidas novas regras em conformidade com as quais a aplicação do regime de diferimento da tributação cessa quando:

- i) Os elementos patrimoniais sejam extintos, transmitidos ou deixem de estar afetos à atividade da entidade, na parte do imposto que corresponder a esses elementos nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças;
- ii) Os elementos patrimoniais sejam subsequentemente transferidos para um território ou país que não seja nem um Estado-Membro da União Europeia, nem um país terceiro que seja parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu com o qual esteja em vigor um acordo sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, na parte do imposto que corresponder a esses elementos nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças;
- iii) A residência fiscal da entidade seja transferida para um país terceiro que não seja parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou com o qual não esteja em vigor um acordo sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais; ou
- iv) A entidade entre em processo de insolvência ou liquidação.

Verificando-se os factos identificados em i) e ii) *supra*, deve o sujeito passivo proceder, até ao último dia do mês de maio do ano seguinte, ao pagamento do imposto remanescente, na parte que corresponder aos elementos patrimoniais que tenham sido extintos, transmitidos, deixado de estar afetos à atividade da entidade ou sido transferidos para um território ou país que não seja nem um Estado-Membro da União Europeia nem um país terceiro que seja parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

Verificando-se o facto identificado em iii) *supra*, deve o sujeito passivo proceder ao pagamento do imposto remanescente, acrescido de juros à mesma taxa prevista para os juros de mora, até à data da transferência da residência fiscal.

A falta de pagamento implica o imediato vencimento de todas as prestações, instaurando-se processo de execução fiscal pela totalidade do montante em dívida.

Também a entrada da entidade em processo de insolvência ou liquidação implica o vencimento de todas as prestações, bem como a instauração de processo de execução fiscal, na falta do respetivo pagamento, destinado a cobrar a totalidade do montante em dívida, incluindo juros à mesma taxa prevista para os juros de mora.

No que respeita às regras de valorização de ativos objeto de transferência, o regime português passa a prever, como regra geral, que, no caso de entidades que transfiram a respetiva sede ou direção efetiva para território português se considere que o custo de aquisição para efeitos fiscais dos elementos do ativo detidos pela entidade à data dessa transferência, e que não se encontrassem nessa data afetos a estabelecimento estável situado em território português, corresponde ao respetivo valor líquido contabilístico, desde que, no caso de elementos do ativo, este não exceda o valor de mercado à data da transferência².

Esta regra geral será igualmente aplicável à desafetação de elementos do ativo de um estabelecimento estável situado fora do território português.

As aludidas regras são aplicáveis aos ativos correntes e não correntes, bem como aos passivos correntes e não correntes: *(i)* que sejam afetos a um estabelecimento estável situado fora do território português; *(ii)* de entidades que transfiram a respetiva sede ou direção efetiva para território português a que não fossem anteriormente imputáveis um estabelecimento estável situado em território português.

Caso os elementos patrimoniais ou as entidades provenham de outro Estado da União Europeia, o sujeito passivo pode optar por considerar, para efeitos fiscais, o valor considerado nesse outro Estado-

² Esta regra geral não será aplicável às entidades que: *(i)* anteriormente à transferência da sede ou direção efetiva já tinham sede ou direção efetiva em território português e não fossem consideradas como residentes noutra Estado, nos termos de convenção para evitar a dupla tributação; ou *(ii)* nos termos de convenção para evitar a dupla tributação sejam consideradas como: a) residentes em território português anteriormente à transferência da sua sede ou direção efetiva; ou b) residentes noutra Estado após a transferência da sede ou direção efetiva.

Membro para efeitos da determinação do lucro aí sujeito ao imposto sobre as sociedades, desde que esse valor reflita o valor de mercado à data da transferência.

Conclusão

As alterações introduzidas contribuem para uma maior harmonização fiscal entre os Estados-Membros da UE em matérias importantes para a tributação das empresas.

Sobretudo as médias e as grandes empresas devem avaliar cuidadosamente os potenciais impactos fiscais negativos que possam advir das alterações introduzidas na regra CFC e na regra de limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento.

[Bruno Santiago \[+info\]](#)
[Miguel Cortez Pimentel \[+info\]](#)
[Maria Gouveia \[+info\]](#)
[João Miguel Fernandes \[+info\]](#)