



Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-
Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Análise da Limitação à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento

Uma perspectiva sobre o passado, presente e futuro

César Manuel de Oliveira Marques

Janeiro de 2016



Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-
Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Análise da Limitação à Dedutibilidade de Gastos de Financiamento

Uma perspectiva sobre o passado, presente e futuro

Orientação

Professor Doutor Carlos Manuel Baptista Lobo

César Manuel de Oliveira Marques

Janeiro de 2016

*Agradeço aos meus pais, aos meus irmãos e à minha namorada,
pela força, amor e carinho,
aos meus sogros pelo apoio incondicional.*

*Agradeço ao Professor Doutor Carlos Lobo,
pelo apoio e ensinamentos transmitidos que em muito contribuíram
para a realização desta dissertação.*

*Um sincero agradecimento para todos aqueles que me acompanharam
e que tornaram possível esta dissertação, em especial para o Dr. Filipe Fernandes.*

*"O êxito é fácil de se obter,
o difícil é merecê-lo."*

Albert Camus

RESUMO

A presente dissertação tem por objecto a análise do regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, nos termos do art. 67.º do CIRC. Suscita-se a questão de perceber se este é o regime mais correcto do ponto de vista fiscal para as sociedades no geral, assim como do ponto de vista do Estado numa óptica de arrecadar receitas fiscais.

O nosso trabalho inicia-se pela introdução de alguns conceitos basilares para a análise do regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, analisando de seguida a génese do regime em análise desde a subcapitalização até ao regime actual em vigor, presente nos termos do art. 67.º do CIRC. Procedemos a uma análise, tendo em conta as actuais recomendações da OCDE, pretendendo apresentar a melhor solução para o regime em vigor.

Palavras-chave: subcapitalização; endividamento excessivo; dedutibilidade dos juros; gastos de financiamento líquidos; OCDE;

ABSTRACT

The present dissertation as the main goal of analyzing the tax regime for the interest deduction restriction, under the terms of article 67 of the Portuguese CIT Code. It raises the question of understanding if this is the correct tax regime in terms of the companies perspective, in general, as well as the State's perspective in order to raise tax revenues.

This project starts with the introduction of a few basic concepts that are necessary for the analysis of the current tax regime for interest deduction restriction, afterwards analyzing the genesis of the tax regime under analysis since the undercapitalization to the current regime, in accordance to the present terms of article 67 of the CIT Code. This tax regime has been analyzed based on the current recommendations of the OECD, and the intent of this project is to present the best solution for the current tax regime.

Keywords: undercapitalization; excessive debt; interest deductibility; net financing expenses; OECD;

ÍNDICE GERAL

RESUMO	4
ABSTRACT	5
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	8
1. NOTA INTRODUTÓRIA	12
2. DEDUTIBILIDADE DOS GASTOS EM SEDE DE IRC	14
2.1 Definição de Gasto	14
2.2 Art. 23.º CIRC – Os seus primórdios	15
2.2.1 CCI e a Reforma de 1989	15
2.2.2 Regime em vigor até ao exercício de 2013.....	16
2.2.3 Art. 23.º CIRC – Actual regime	20
2.2.4 Aceitação de Gastos de Natureza Financeira.....	23
3. SUBCAPITALIZAÇÃO – OS PRIMÓRDIOS DO ACTUAL REGIME.....	25
3.1 Conceito de Subcapitalização.....	25
3.1.1 Subcapitalização Material e Subcapitalização Nominal.....	26
3.1.2 Subcapitalização Inicial e Subcapitalização Superveniente	27
3.2 Financiamento das Sociedades	28
3.3 Impacto fiscal decorrente da forma de Financiamento	30
3.4 Fenómeno da Subcapitalização – Transferência de Rendimentos	32
3.5 Sistema Fiscal Português – Mecanismos de Combate à Subcapitalização	33
3.5.1 Art. 57.º-C CIRC	34
3.5.2 Art. 57.º-C CIRC – Aditamento	36
3.5.3 Art. 61.º CIRC	38
3.6 Incompatibilidade da subcapitalização no Direito Comunitário – Ac. Lankhorst-Hohorst.....	39
3.7 Consequências no ordenamento jurídico português.....	42
3.8 Art. 67.º CIRC	44
4. A LIMITAÇÃO À DEDUTIBILIDADE DE GASTOS DE FINANCIAMENTO ...	46
4.1 Um novo regime.....	46
4.2 Earnings-Stripping-Rules.....	47
4.3 A dedutibilidade dos gastos financeiros – Perspectiva Comunitária	48
4.4 Art.67.º CIRC – Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento.....	50
4.4.1 Âmbito Subjectivo	50

4.4.2	Conceito de gastos de financiamento	51
4.4.3	Resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos – EBITDA	52
4.4.4	Limites de dedução	54
4.4.5	Diferimento do “excesso”	56
4.4.6	Reporte da “Folga”	57
4.4.7	Relação entre art. 23.º e art. 67.º do CIRC	59
4.4.8	Limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento no RETGS	61
5.	A LIMITAÇÃO DA DEDUÇÃO DOS GASTOS DE FINANCIAMENTO NO PLANO DA OCDE	67
5.1	OCDE – BEPS	67
5.2	Recomendações da OCDE – Instrumentos de Soft-Law	70
5.3	Posição adoptada no Relatório Final – BEPS	71
5.4	Impacto das recomendações da OCDE no ordenamento português	73
6.	CRÍTICAS AO ACTUAL REGIME	74
7.	POSIÇÃO ADOPTADA.....	78
8.	CONCLUSÃO	85
9.	BIBLIOGRAFIA.....	88

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AR	Assembleia da República
AT	Autoridade Tributária
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CCI	Código da Contribuição Industrial
CDT	Convenção sobre Dupla Tributação
CE	Comunidade Europeia
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CTF	Revista de Ciência Técnica e Fiscal
DGCI	Direcção Geral dos Impostos
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization (Resultados antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização)
EM	Estado-Membro
EM's	Estados-Membros
EUA	Estados Unidos da América
GFL	Gastos de Financiamento Líquidos
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
KStG	Köpperschaftseuergesetz (Lei do Imposto sobre Sociedades)

LGT	Lei Geral Tributária
LOE	Lei do Orçamento de Estado
n.º	Número
n.ºs	Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OE	Orçamento de Estado
Op.Cit.	Obra Citada
p.	Página
PME's	Pequenas e Médias Empresas
pp.	Páginas
RFPDF	Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal
ss.	Seguintes
SA	Sociedade Anónima
SPQ	Sociedade por Quotas
TC	Tribunal Constitucional
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TCE	Tratado das Comunidades Europeias
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume
€	Euros
%	Por cento
§	Parágrafo

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A globalização das economias e o elevado crescimento dos mercados económicos não têm sido alvo de um acompanhamento conforme, quer por parte dos Estados quer por parte das suas autoridades fiscais. A crescente internacionalização das relações económicas obsta a uma identificação e correcta avaliação de actos abusivos, levados a cabo pelos sujeitos passivos, dificultando a criação de medidas e regimes de combate efectivos contra a evasão fiscal. Anteriormente os efeitos decorrentes da evasão fiscal eram limitados, derivado do facto de as economias permanecerem fechadas, mas actualmente fruto de uma crescente globalização estes efeitos são cada vez mais sentidos pelos Estados e pelas autoridades fiscais, através da perda de receitas fiscais.

Actualmente a evasão fiscal é um problema com grande expressão negativa, presente nos sistemas tributários, decorrente da utilização de mecanismos artificiosos por parte dos sujeitos passivos, para reduzir ou mesmo isentar o pagamento de impostos. A luta contra a evasão fiscal levou, um pouco por toda a parte, à tomada de posições por parte dos Estados, através da criação e adopção nos seus sistemas jurídicos de normas anti-abuso¹, visando desconsiderar para efeitos fiscais as práticas abusivas, lesivas das receitas fiscais dos Estados. Ao nível europeu, tem sido entendido que é necessário criar estruturas cada vez mais sofisticadas para reagir contra o planeamento fiscal agressivo, visando reduzir o grande impacto negativo causado nas receitas e no funcionamento dos mercados internos. A solução não resulta apenas da criação de normas anti-abuso, mas sim de regimes que previnam a tomada de acções evasivas, visando um combate à evasão fiscal de forma efectiva e assertiva.

O objectivo desta dissertação prende-se com a análise dos problemas e questões ligadas à dedutibilidade dos gastos de financiamento e à sua limitação, nos termos do art. 67.º do CIRC. Assim numa primeira parte da dissertação, analisamos o art. 23.º do CIRC, pretendendo enquadrar os gastos de financiamento, como gastos aceites fiscalmente, permitindo desta forma a dedutibilidade de gastos de financiamento. Como se sabe a questão da dedutibilidade de juros tem a sua razão de ser num ponto comum que todos os sistemas pretendem resolver, o tratamento dado aos rendimentos

¹ As normas anti-abuso podem ser gerais ou especiais, conforme têm um carácter transversal a todo o sistema fiscal ou se apliquem apenas a certas situações específicas.

proveniente de capital alheio não ser neutro face ao que é concedido aos rendimentos provenientes de capital próprio. Este tratamento dual criou desde início um desequilíbrio, favorecendo as empresas cujo financiamento é assegurado com recurso ao endividamento através de capitais alheios, originando elevados níveis de alavancagem, tornando-as assim mais dependentes e vulneráveis às flutuações dos mercados financeiros.

De seguida procedemos à análise dos regimes instituídos no nosso ordenamento jurídico, desde o regime da subcapitalização², comparativamente com o defendido a nível da CE e do TCE, até ao actual regime de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento presente nos termos do art. 67.º do CIRC. Estes regimes visam reduzir o elevado endividamento excessivo verificado em muitas sociedades, em muitos dos casos decorrente da aceitação da dedutibilidade dos juros dos empréstimos contratualizados entre sociedades residentes em diferentes ordenamentos jurídicos. Muitas das transferências verificadas, decorrente destes tipos contratos contratualizados entre empresas situadas em diferentes estados, não se tratavam de pagamento de juros, mas de transferências ocultas de dividendos, sob a veste de juros, entre sociedades residentes em estados sujeitos a uma maior carga fiscal para estados com uma menor carga fiscal. A nossa abordagem incide na análise do nosso ordenamento jurídico, na referência a outros ordenamentos, assim como nas recomendações da OCDE.

Numa terceira parte, após a análise da evolução do regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento e tendo em conta as recomendações da OCDE, descrevemos e fundamentamos quais as nossas críticas ao actual regime e qual a posição adoptada quanto à norma em vigor, se a sua manutenção ou a sua modificação, terminando o trabalho com um conclusão sobre o tema.

² Ac. do STA de 12/11/2008, processo n.º 0281/08: “*Subcapitalização tem sido crescentemente encarada como possível forma de evasão fiscal que a lei pretende limitar, dadas as suas consequências em termos de redução das receitas fiscais.*”

2. DEDUTIBILIDADE DOS GASTOS EM SEDE DE IRC

2.1 Definição de Gasto

A lei consagra no seu art. 123.º do CIRC a obrigatoriedade de as entidades disporem de contabilidade organizada. A contabilização de todos os gastos e proveitos é bastante importante para o apuramento real da situação económica da empresa, pretendendo deste modo evitar a tributação das empresas por métodos indirectos³, privilegiando a tributação pelo lucro real das empresas.

Muitas das decisões tomadas no dia-a-dia das empresas, são norteadas pelos seus números representativos, podendo estas mesmas decisões ser influenciadas, positiva ou negativamente se os resultados não forem rigorosos e acima de tudo reais, decorrente de medidas transparentes e de decisões de gestão de acordo com os interesses das sociedades, mas sempre salvaguardando os interesses do Estado, não prejudicando a captação de receitas.

No apuramento da matéria colectável em sede de IRC, nem todas as despesas efectuadas são relevantes para efeitos fiscais. Muitos dos gastos suportados pelas empresas não são fiscalmente dedutíveis, para efeitos de determinação do lucro tributável, apesar de efectivamente terem sido realizados e devidamente contabilizados.

Face à diversidade de gastos contabilísticos, importa perceber e identificar os critérios definidos não só a nível da doutrina, como da jurisprudência, que determinam a dedutibilidade do gasto a nível fiscal, em sede de IRC. Importa primeiramente perceber o que são custos e que são gastos. A definição fiscal de custo, na óptica de um conceito mais amplo do que os custos de produção e de aquisição, parte de uma perspectiva ampla de actividade e de necessidade da empresa, estabelecendo uma conexão objectiva entre a actividade desenvolvida e as despesas suportadas, no âmbito dessa actividade.

É necessário ressaltar, que o conceito de gasto, derivado do seu grau de indeterminabilidade e de não existir uma correspondência directa entre a contabilidade e a fiscalidade, implica que por vezes se qualifique o gasto contabilístico como gasto

³ A avaliação por métodos indirectos tem carácter excepcional, admitida apenas nos casos expressamente previstos, nos termos do art. 87.º da LGT, sendo subsidiária da avaliação directa, aplicando-se quando a lei não prescreva em sentido diferente, as regras da avaliação directa, nos termos do art. 85.º da LGT.

fiscal, mas em outras situações pode não ocorrer. Nem todos os gastos contabilizados no exercício em causa, podem ser alvo de uma dedução fiscal, cabendo distinguir entre gastos que podem ser aceites para fins fiscais, influenciando a determinação do lucro tributável e os que não podem ser aceites.

Devido à indeterminabilidade do conceito de gasto fiscalmente dedutível, cabe por vezes tanto à AT como aos Tribunais, procederem à concretização do conceito. Não podemos ter em conta apenas o princípio da tributação do rendimento real, em que se considera gasto efectivo, todo o gasto correctamente contabilizado, ou se considera que o gasto contabilístico é, salvo disposição legal em contrário⁴, um gasto fiscalmente aceite. É preciso ter em atenção não apenas as normas fiscais, como todas as normas contabilísticas, a fim de concretizar o conceito, no sentido mais correcto, evitando situações de conflito entre o contribuinte e a AT ou os Tribunais.

2.2 Art. 23.º CIRC – Os seus primórdios

2.2.1 CCI e a Reforma de 1989

No CCI constava um princípio geral da dedutibilidade dos custos, nos termos do art. 26.º: *“consideram-se custos ou perdas imputáveis ao exercício que, dentro dos limites tidos como razoáveis pela Direcção-Geral dos Contribuintes e Impostos, se tornou indispensável suportar para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a impostos e para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente os seguintes (...)”*.

Os critérios estabelecidos pelo legislador, da razoabilidade e indispensabilidade, geraram muita polémica, na medida em que custos efectivamente suportados pelos contribuintes, decorrente de decisões empresariais racionais, eram desconsiderados numa óptica puramente subjectiva, de desqualificação do custo como aceite fiscalmente. A Administração Fiscal socorria-se da norma para desconsiderar os custos, assumindo erradamente que estes não seriam tidos como razoáveis e indispensáveis do ponto de vista fiscal, aumentando o lucro tributável dessas sociedades. Esta liberdade foi

⁴ CASTRO TAVARES, Tomás, *Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos*, CTF, 396, 1999, p.98

concedida à Administração Fiscal por parte do legislador que, ao socorrer-se de conceitos indeterminados, causou bastantes dúvidas quanto à interpretação a ser tida em conta, na apreciação dos conceitos da razoabilidade e da indispensabilidade dos custos que podiam ser aceites.

Na reforma de 1989, o legislador nos termos do art. 23.º, “ *consideram-se custos ou perdas os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora (...)* ”. Nas sucessivas versões verificamos que o legislador assenta a dedutibilidade dos custos, no conceito da indispensabilidade, afastando-se a partir da reforma de 1989 do critério da razoabilidade. Mesmo após a reforma de 1989, com o Código do IRC, constatamos que a margem de discricionariedade que dispunha a Administração Fiscal no tempo do CCI não desaparece por completo.

2.2.2 Regime em vigor até ao exercício de 2013

A versão que vigorou até ao exercício de 2013⁵ considerava como gastos: “*os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora (...)* ”. O legislador exigia a satisfação de três requisitos para a qualificação como gasto: 1) comprovação; 2) indispensabilidade; 3) ligação aos rendimentos.⁶

A verificação do cumprimento destes requisitos tinha de ser cumulativa, para que o gasto pudesse ser aceite fiscalmente. Além dos requisitos específicos, o art. 23.º do CIRC pressupunha uma condição geral de efectiva existência do gasto contabilizado. Deste modo não bastava uma mera contabilização dos gastos, estes tinham de ser efectivamente suportados e comprovados pelo sujeito passivo que o pretendia deduzir, e não por um sujeito passivo terceiro. A inscrição formal de um bem na contabilidade da empresa não era, tão pouco, uma garantia de que o bem viesse a beneficiar

⁵ Aprovado o CIRC pelo DL n.º 442-B/88, de 30 de Novembro de 1988, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 106/88, de 17 de Setembro, sucessivamente sujeito a diversas alterações.

⁶ “*De salientar são aqui o princípio da indispensabilidade dos gastos e o princípio da ligação aos rendimentos, segundo os quais devem ser considerados gastos, para efeitos fiscais, todos os que se revelem indispensáveis para a realização dos rendimentos ou para a manutenção da fonte produtora*”, CASALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, 8ª Edição, 2015, Almedina.

necessariamente de efeitos fiscais, era mais uma garantia do valor probatório dos registos contabilísticos⁷.

Cumpre analisar os três requisitos elencados na norma. O art. 23.º do CIRC exigia a comprovação do gasto. Estamos perante uma exigência não só quanto à forma, documental, mas também quanto à natureza da despesa, no âmbito da actividade económica desenvolvida pela empresa. A prova exigida “*é a prova da efectiva realização dos factos constitutivos dos encargos, prova que consiste nas variáveis formas de apoio escritural aos lançamentos contabilísticos dos custos.*”⁸

O requisito da indispensabilidade⁹ sempre levantou grandes questões, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Este conceito surgiu com o intuito de evitar, que determinados custos considerados excessivos, fossem aceites fiscalmente. (p.e refeições, viagens pagas a familiares dos colaboradores, despesas de carácter pessoal). A não verificação do requisito da indispensabilidade implicava a desconsideração da aceitação dos gastos, implicando a adição destes montantes ao resultado contabilístico.

Como referimos no ponto anterior este conceito indeterminado já constava no CCI. A sua definição não se afigurava fácil, motivo pelo qual causou tantas situações de litígio entre os contribuintes e a Administração Fiscal. Num plano de análise literal do conceito, indispensável significa “imprescindível” ou absolutamente necessário. TOMÁS TAVARES¹⁰ analisa a questão da interpretação do conceito de indispensabilidade, presente no art. 23.º do CIRC, defendendo a tese segundo a qual a correcta interpretação do conceito de indispensabilidade é a que equipara gastos indispensáveis aos custos incorridos no interesse da empresa, decorrentes da sua actividade, visando a prossecução do seu escopo societário. O autor afasta-se da tese que interpreta o conceito de indispensabilidade com uma relação necessária ou obrigatória entre custos suportados e proveitos obtidos.¹¹

⁷ PORTUGAL, António Moura, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, 2004, Coimbra Editora.

⁸ FAVEIRO, Vítor, *O Estatuto do Contribuinte - A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, 2002, Coimbra Editora, p.848.

⁹ Não consta no actual art. 23.º CIRC.

¹⁰ *Op. Cit.*, p.7 e ss

¹¹ Este entendimento significaria a que só a absoluta necessidade de um gasto para obter um rendimento permitiria a dedutibilidade do gasto.

Esta tese defendida por TOMÁS TAVARES é expressa nos seguintes termos: “*A noção legal de indispensabilidade recorta-se, portanto, sobre uma perspectiva económico-empresarial, por preenchimento, directo ou indirecto, da motivação última para a obtenção do lucro. Os custos indispensáveis equivalem aos gastos contraídos no interesse da empresa ou, por outras palavras, em todos os actos abstractamente subsumíveis num perfil lucrativo. Este desiderato aproxima, de forma propositada, as categorias económicas e fiscais, através de uma interpretação primordialmente lógica e económica de causalidade legal. O gasto imprescindível equivale a todo o custo realizado em ordem à obtenção de ingressos e que represente um decaimento económico para empresa. Em regra, portanto, a dedutibilidade fiscal do custo depende, apenas, de uma relação causal e justificada com a actividade produtiva da empresa.*”¹².

O próprio autor – segundo o qual teria de se observar um nexos com a actividade produtiva, para que o gasto cumprisse o requisito da indispensabilidade, no processo 12-2013-T do CAAD, onde foi arbitro único, decide de forma diferente.¹³

ANTÓNIO MOURA PORTUGAL interpreta o conceito da indispensabilidade em função do objecto societário.¹⁴ A corrente doutrinária maioritária afasta a interpretação do requisito da indispensabilidade da criação de um nexos causal ou imprescindível entre custos e proveitos, sustentando que, qualquer custo incorrido numa óptica de *business purpose*, cumpre o requisito da indispensabilidade.

Da análise do anterior preceito verificamos que existe uma clara relação entre gastos e proveitos, prendendo-se com o facto de os gastos se reflectirem, directa ou indirectamente, nos proveitos sempre que a empresa suporta gastos para obter proveitos. O STA entende que não basta considerar certos gastos indispensáveis, sendo ainda necessário que os sujeitos passivos provem a indispensabilidade dos gastos incorridos e

¹² *Op. Cit.*, pp. 136 e 137.

¹³No âmbito do processo 12-2013-T, do CAAD, TOMÁS TAVARES decide da dedutibilidade destes gastos com os seguintes fundamentos: “*o gasto imprescindível equivale a todo o custo contraído em ordem à obtenção dos proveitos e que represente um decaimento económico para a empresa. O art. 23.º do CIRC intima não apenas uma conexão causal adequada entre o custo e o proveito (nos referidos termos económicos), mas conexas-se também alternativamente (como indica o vocábulo “ou”) com a manutenção da fonte produtora – no sentido de uma ligação económica entre a despesa e a vigência e manutenção da sociedade e sua actividade.*”

¹⁴*Op. Cit.*, p.112.

a sua ligação com os proveitos obtidos.¹⁵ Regra geral, ao proveito está sempre associado um gasto ou uma perda.

De acordo com ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA “*um custo (gasto), raramente, corresponderá a pura perda, poderá, em certa ocasião, consubstanciar-se em valores activos, isto enquanto não for recuperado (por transformação em proveito), ou perdido (transformação em perda)*”.¹⁶ Nos casos em que os gastos são tidos como em excesso, face aos proveitos ou que os gastos não geram quaisquer proveitos, estamos perante perdas geradas pelos gastos.

Através do anteriormente exposto concluímos que a verificação do cumprimento cumulativo dos requisitos, presente no art. 23.º do CIRC não era uma tarefa fácil, causando muitas divergências entre a AT e os sujeitos passivos.

O legislador além de identificar os requisitos a verificar para consideração do gasto como fiscalmente aceite, enunciou nos termos das alíneas do n.º 2 do art. 23.º do CIRC várias categorias de gastos susceptíveis de serem aceites fiscalmente: “*a) Os relativos à produção ou aquisição de quaisquer bens ou serviços, tais como matérias utilizadas, mão-de-obra, energia e outros gastos gerais de produção, conservação e reparação; b) Os relativos à distribuição e venda, abrangendo os de transportes, publicidade e colocação de mercadorias e produtos; c) De natureza financeira, tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efectivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado; d) De natureza administrativa, tais como remunerações, incluindo as atribuídas a título de participação nos lucros, ajudas de custo, material de consumo corrente, transportes e comunicações, rendas, contencioso, seguros, incluindo os de vida e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de poupança -reforma, contribuições para fundos de pensões e para quaisquer regimes complementares da segurança social, bem como gastos com benefícios de cessação de emprego e outros benefícios pós-emprego ou a longo prazo dos empregados; e) Os relativos a análises,*

¹⁵ Ac. STA de 02/02/2002, Recurso n.º 189092.

¹⁶ FERNANDES FERREIRA, Rogério, *Conceitos de Custos e Proveitos do Exercício – Confronto com outras noções*, Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, n.º 83, 2007, p.37

racionalização, investigação e consulta; f) De natureza fiscal e parafiscal; g) Depreciações e amortizações; h) Ajustamentos em inventários, perdas por imparidade e provisões; i) Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros; j) Gastos resultantes da aplicação do justo valor em activos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais; l) Menos-valias realizadas; m) Indemnizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável.”

Esta lista exemplificativa visava impedir a dedução abusiva de gastos, em casos claros de abusos fiscais ou de distribuição dissimulada de lucros a favor de terceiros.¹⁷ Esta enumeração permitia não só a dedução dos gastos exemplificados como também a dedução de gastos não exemplificados na lei. O legislador pretendeu acima de tudo evitar a evasão fiscal através da dedução de gastos que não eram aceites, ou através de mecanismos de transferência de dividendos, como se de gastos se tratassem, mas ao permitir a dedução de gastos para além dos previstos, permitiu que situações de abuso fiscal pudessem ocorrer.

O legislador não se limitou a esta norma, consagrando outras normas referentes à dedutibilidade de gastos para efeitos fiscais – art. 34.º e art. 45.º CIRC (actual art. 23.º-A CIRC), que sendo regras especiais, são excepções à regra geral presente no art. 23.º CIRC, assim como o actual art. 67.º CIRC.

2.2.3 Art. 23.º CIRC – Actual regime

A Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro de 2014, introduziu no CIRC importantes alterações. A regra geral relativa à dedutibilidade de gastos, presente no art. 23.º do CIRC, foi alvo de uma grande modificação, desviando-se da redacção adoptada na reforma de 1989.

Um dos principais objectivos da Comissão de Reforma do IRC, criada em 2013, era a redução da litigância decorrente da interpretação do conceito de indispensabilidade. Com base na jurisprudência e na corrente doutrinária dominante, a proposta da comissão para o art. 23.º traduziu-se no seguinte: “*Para a determinação do*

¹⁷ SALDANHA SANCHES, José Luís, *Os Limites do planeamento fiscal*, 2006, Coimbra Editora, p. 214-219

lucro tributável, são dedutíveis os gastos relacionados com a actividade do sujeito passivo por este incorridos ou suportados.”¹⁸

Contudo esta não foi a posição adoptada pelo legislador, que fez depender a dedutibilidade dos gastos, não com a actividade do sujeito, mas com a obtenção ou garantia de rendimentos sujeitos a IRC. Nos termos do actual art. 23.º do CIRC: “*Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC*”.

Analisando o preceito actual verificamos que o legislador retirou a exigência da “indispensabilidade”, pretendendo dissipar as dúvidas existentes em torno deste conceito indeterminado presente no anterior regime. Apesar do desaparecimento do elemento literal da norma, não se pode concluir que deixou de existir uma relação de causalidade entre a realização de despesa e a obtenção de proveitos. Esta relação de causalidade está intrínseca, o que deixou de existir é a exigência de uma causalidade.

Com base no anterior regime, no caso de situações em que um investimento se revelasse ruinoso para a empresa, podia a AT ou os Tribunais, corrigir esses montantes, não os aceitando com base na não verificação do requisito da indispensabilidade, invocando e aplicando desnecessariamente este termo, na medida em que através do investimento não obteve qualquer proveito.¹⁹ Não cabe à AT ou em último caso aos Tribunais, intervirem nas decisões das empresas, restringindo a sua liberdade quanto às suas acções. Segundo RUI DUARTE MORAIS²⁰ os sujeitos passivos são livres nas suas escolhas, tendo como princípio inerente à ideia de Estado Fiscal a não interferência da administração na gestão das empresas.

A AT ou os Tribunais, não podem posteriormente, admitir um juízo administrativo, sobre a gestão financeira das empresas, tendo na sua posse elementos, que à data da tomada de determinada decisão ou acção, ainda não eram conhecidos (p.e que um investimento não iria trazer qualquer proveito para a empresa, revelando-se um

¹⁸ Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, RELATÓRIO FINAL, LISBOA, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, 2013.

¹⁹ Acs. STA de 02/02/2000, n.º 188092 e de 07/11/2011, n.º 26624

²⁰ MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, 2.ª Edição da Reimpressão da Edição de Março, 2008, Almedina, p.85.

grande fiasco), segundo LEITE DE CAMPOS não cabe à administração julgar se a empresa foi bem ou mal gerida.

Estas situações que podiam suscitar grandes dúvidas em relação ao anterior regime, são atenuadas no actual regime, devido ao desaparecimento da exigência da norma legal, mas no regime actual o legislador sujeita a dedutibilidade dos gastos à obtenção ou garantia de rendimentos sujeitos a IRC, decorrente da leitura do n.º 1 do art. 23.º do CIRC.

Qual o entendimento a retirar de rendimentos sujeitos a IRC? A dedutibilidade do gasto está dependente do rendimento obtido com esse gasto, seja ou não sujeito a imposto, e no caso de gastos ligados a rendimentos isentos de IRC ou sujeitos a redução de taxa, podem ser aceites a sua dedutibilidade? Numa primeira leitura entende-se que o legislador pretendeu excluir, expressamente através da parte final do n.º 1 do art. 23.º: “(...) *sujeitos a IRC*” os gastos referentes a rendimentos isentos ou não sujeitos a IRC. Após uma primeira leitura podemos afirmar que se exclui do âmbito de aplicação da norma todos os gastos relacionados com a obtenção de rendimentos não sujeitos a impostos, ou seja, factos não abrangidos pelas normas de incidência de IRC. Mas analisando outras normas presentes no CIRC, como p.e no n.º 1 do art. 54.º do CIRC, parece não ser este o entendimento do legislador. No n.º 1 do art. 54.º do CIRC: “*Os gastos comprovadamente indispensáveis à obtenção dos rendimentos que não tenham sido considerados na determinação do rendimento global nos termos do artigo anterior e que não estejam especificamente ligados à obtenção dos rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC são deduzidos, no todo ou em parte, a esse rendimento global, para efeitos de determinação da matéria colectável*” o legislador exclui expressamente da incidência das normas, os gastos relacionados com a obtenção de rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC. Se o legislador pretendesse excluir do âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 23.º do CIRC, os gastos referentes a rendimentos isentos ou sujeitos a redução da taxa, teria consagrado expressamente como fez no n.º 1 do art. 54.º do CIRC.²¹

²¹ Parece ser o entendimento de ANTÓNIO MOURA PORTUGAL, *Ob. Cit.*, pp. 287 e 288.

Apesar de algumas modificações operadas pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro de 2014 houve requisitos que se mantiveram, comparando com o regime anterior. No regime em vigor até 2013 para que o gasto fosse dedutível, teria de ser comprovado. Na actual redacção o requisito mantém-se nos termos do n.º 3 do art. 23.º do CIRC: “*Os gastos dedutíveis nos termos dos números anteriores devem estar comprovados documentalmente, independentemente da natureza ou suporte dos documentos utilizados para esse efeito*”²². O n.º 4 do art. 23º do CIRC enumera os requisitos necessários para a verificação do cumprimento do requisito da comprovação, em caso de: “*gastos incorridos ou suportados pelo sujeito passivo com a aquisição de bens ou serviços, o documento comprovativo a que se refere o número anterior*”. A obrigatoriedade de dispor de documentos justificativos estende-se a toda a contabilidade, não só a dedutibilidade de gastos assim o exige.²³

2.2.4 Aceitação de Gastos de Natureza Financeira

Importa destacar, no âmbito do nosso estudo, os gastos de natureza financeira. Os juros decorrentes de capitais alheios, quando aplicados na própria exploração da empresa, são aceites nos termos da alínea c) do n.º 2 art. 23.º do CIRC: “*Consideram-se abrangidos pelo número anterior, nomeadamente, os seguintes gastos e perdas: De natureza financeira, tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efectivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado.*”

As empresas muitas das vezes recorrem a capitais alheios para novos investimentos, para suprir dificuldades de tesouraria, fazer face a compromissos em detrimento dos capitais próprios. Nesta medida, os gastos de natureza financeira são aceites, nos termos do art. 23.º do CIRC, como gastos do exercício, sendo dedutíveis, para efeitos de determinação do lucro tributável.

²² Parece-nos ser entendimento da Doutrina e da Jurisprudência, que a prova documental não se resume apenas à factura, mas sim a outros documentos que possam ser comprovativos do gasto, p.e um lançamento elaborado pelo próprio sujeito passivo.

²³ Nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 123.º do CIRC: “*Na execução da contabilidade deve observar-se em especial o seguinte: a) Todos os lançamentos devem estar apoiados em documentos justificativos datados e susceptíveis de serem apresentados sempre que necessário;*”

Por outro lado, o STA entende que não podem constituir gastos dedutíveis, nos termos do artigo 23.º do CIRC, os encargos suportados com “*empréstimos bancários contraídos para fazer face a prestações acessórias efectuadas a uma sociedade sua associada pelos quais não cobrou quaisquer juros*”²⁴, assim como entende que empréstimos bancários contraídos por uma sociedade para fazer face às necessidades de uma associada, que actua num outro sector de actividade, não podem ser aceites porque, não estão directamente relacionados com o seu objecto social nem se reportam à sua actividade desenvolvida.

Mas, já não será assim se se tratar de juros de capitais alheios aplicados na própria exploração da empresa, porque esses sim estão previstos como custos na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, e estão relacionados com a actividade da empresa, como citado anteriormente. A admissibilidade fiscal dos gastos, não deve só obedecer aos requisitos gerais do art. 23.º do CIRC, mas também do art. 23.º-A do CIRC que proíbe a dedutibilidade de certos gastos, mesmo quando contabilizados como gastos ou perdas no exercício contabilístico e do art.67.º do CIRC que limita a dedutibilidade dos gastos de financiamento.

Esta aceitação dos gastos de natureza financeira permitiu que determinados sujeitos passivos deduzissem, para efeitos de determinação do lucro tributável, montantes associados a juros decorrente de contratos de empréstimos celebrados com sociedades residentes em diferentes estados. Como referimos anteriormente muitos destes casos eram afinal distribuições ocultas de dividendos, sob a veste de juros, transferindo os montantes para estados sujeitos a uma menor carga fiscal. Esta aceitação dos juros contrastava com a tributação dos dividendos decorrente de capitais próprios, resultando este tratamento diferenciado num fenómeno de subcapitalização das sociedades, tema que vamos abordar no seguinte capítulo.

²⁴ Ac. do STA de 14/02/2002, processo n.º 026760.

3. SUBCAPITALIZAÇÃO – OS PRIMÓRDIOS DO ACTUAL REGIME

3.1 Conceito de Subcapitalização

A doutrina apresenta variadas definições para o conceito da subcapitalização. Com efeito, RAÚL VENTURA²⁵ define subcapitalização como “*existência de um capital social inferior aos meios próprios de financiamento, segundo uma proporção óptima entre estes e os meios externos*”. Outra definição é apresentada na nossa doutrina por MARIA DOS PRAZERES LOUSA, como sendo “*um fenómeno que se evidencia pela existência de uma acentuada desproporção entre o capital próprio de uma sociedade e o seu nível de endividamento para com os titulares do capital ou com outras entidades com quem existam relações especiais*.”²⁶. Partindo de um conceito presente no glossário internacional do IBFD, uma sociedade é tida como subcapitalizada (*thinly capitalizad*), quando possui uma alta proporção de dívida (*debt capital*) em relação ao capital social (*equity capital*).²⁷

Como defende ALEXANDRE MOTA PINTO²⁸ a subcapitalização “*não é um estado mensurável, ou traduzível por uma fórmula matemática*”, pelo que a determinação de um ponto de capitalização óptimo não impera por um rácio estabelecido entre o capital próprio e o capital alheio de uma sociedade, mas sim por uma análise, individualista de cada sociedade, de vários factores e circunstâncias, tais como a área de actividade em que insere a sociedade, a conjuntura de mercado a dado momento ou os circunstancialismos próprios da sociedade e da actividade desenvolvida.

PEDRO NETO RODRIGUES defende que o conceito de subcapitalização “*encerra uma multiplicidade de modalidades e espécies, o que torna um conceito fluido*”²⁹. Podemos afirmar que o conceito de subcapitalização se baseia na

²⁵ VENTURA, Raúl, *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, BMJ, n.º 182, 1969, p.14.

²⁶ LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, *As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização*, in CTF, Lisboa, 1996 (Julho/Setembro), n.º 383, p 14.

²⁷ IBFD International Tax Glossary, 5ª Ed.

²⁸ PINTO, Alexandre Mota, *Do Contrato de Suprimento, O Financiamento da Sociedade Entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Monografias, 2002, Almedina.

²⁹ RODRIGUES, Pedro Neto, *O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance*, in Fiscalidade, Lisboa, n.º 21 (Janeiro/Março de 2005), p.45.

indisponibilidade do capital próprio fazer face ao cumprimento do seu objecto social.³⁰ Quanto às várias modalidades da subcapitalização, estas serão objecto de estudo no próximo subponto.

3.1.1 Subcapitalização Material e Subcapitalização Nominal

O conceito da subcapitalização parte da análise desproporcional entre o capital próprio³¹ da sociedade e o capital alheio³² ao dispor da sociedade. Cumpre analisar as modalidades de subcapitalização nominal e material.

Uma sociedade está numa situação de subcapitalização nominal quando se verifica uma manifesta desproporção entre o capital próprio e o capital alheio ao dispor da sociedade comercial, diferentemente de uma situação de subcapitalização material em que se verifica uma insuficiência de meios financeiros para satisfazer o objecto social da sociedade comercial.

O nosso estudo neste capítulo incide sobre a subcapitalização nominal, na medida em que apenas esta pode potenciar situações de evasão fiscal. Temos de ressaltar que pelo simples facto de uma sociedade, em determinado momento, se encontrar em situação de subcapitalização nominal, não indicia a prática de acções fiscalmente abusivas. As situações de subcapitalização nominal podem configurar situações de evasão fiscal, mas nem todas as situações de subcapitalização nominal são situações evasivas, podendo ocorrer situações em que os sócios optaram por recorrer ao financiamento através de capitais alheios por razões económicas, sem visar a redução da base tributável.

³⁰ Quando o capital social disponível de uma sociedade se adequa à prossecução do seu objecto social, estamos perante um fenómeno de capitalização óptima, ao inverso, quando o seu capital próprio não se revele adequado à prossecução do seu objecto social, estamos perante um fenómeno de subcapitalização, segundo PEDRO NETO RODRIGUES, *Ob. Cit.*, p.45

³¹ Podemos afirmar que o capital próprio resulta do financiamento assegurado pelos seus sócios/accionistas e que por norma não tem qualquer contrapartida assegurada, representado desta forma o património líquido de uma empresa. Um dos principais exemplos é o valor das quotas dos sócios, mas também está integrado no capital próprio as reservas legais, outras reservas assim como resultados transitados. No capital próprio está integrado o capital social com que foi constituída as sociedades. Segundo o § 49 da Estrutura Conceptual do SNC o capital próprio é o interesse residual nos activos da entidade depois de deduzir todos os passivos.

³² No capital alheio está integrado o financiamento assegurado por terceiros, isto é pessoas ou entidades externas à empresa, normalmente com taxas e planos de reembolso associados. Um dos mais comuns exemplos de capital alheio são os empréstimos obtidos pelas sociedades para se financiarem.

A principal diferença entre estes dois tipos de subcapitalização prende-se com o facto de a subcapitalização nominal “nascer” de decisões dos sócios, em financiar a sociedade através do recurso a capitais alheios, provocando a desproporção de capitais alheios face aos capitais próprios³³, enquanto a subcapitalização material pode verificar-se independentemente da vontade dos sócios.

3.1.2 Subcapitalização Inicial e Subcapitalização Superveniente

Podemos distinguir ainda entre subcapitalização inicial³⁴ quando ocorra uma insuficiência de recursos financeiros desde o momento da constituição da sociedade e subcapitalização superveniente quando ocorra num momento já posterior à sua constituição.

Ao contrário da subcapitalização inicial a subcapitalização superveniente pode ser configurada como material ou como nominal. A sociedade pode sofrer um decréscimo dos seus recursos próprios, por decisões dos sócios, sem que tais estejam relacionadas com o recurso a financiamento através de capitais alheios - material, ou podem decorrer de um acréscimo de capitais alheios na sociedade face aos capitais próprios, através de decisões de financiamento através de capitais alheios – nominal.

Desta forma discordamos da posição a que PATRICIA CUNHA nos parece reconduzir de que, a subcapitalização superveniente se configura na subcapitalização nominal.³⁵

³³ Como afirma PEDRO NETO RODRIGUES: “A subcapitalização material é determinada independentemente da vontade dos sócios, ao passo que a subcapitalização nominal é motivada pela expressa e consciente vontade dos titulares do capital da sociedade comercial.” *Ob. cit.*, p.46.

³⁴ Estas situações apenas podem ser definidas como subcapitalização material, na medida em que o legislador estipula um capital social mínimo para a constituição de sociedades comerciais, que se revela insuficiente para o cumprimento das suas obrigações. Nas sociedades por quotas o capital social mínimo é livremente estipulado pelos sócios e nas sociedades anónimas o capital social mínimo é de €50.000, nos termos do art. 201.º e do n.º5 do art. 276.º, ambos do CSC, respectivamente.

³⁵ “(...)A Subcapitalização superveniente resulta de uma perda subsequente de capital, derivada de um excesso de endividamento face aos capitais próprios”; CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da, *A subcapitalização no direito português: apreciação face ao direito comunitário*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Lisboa, Vol. II, 2000, Coimbra Editora, p.502

3.2 Financiamento das Sociedades

As sociedades necessitam de por vezes recorrer a financiamento, a prossecução do seu objecto social assim pode ditar. O recurso ao financiamento pode decorrer não só no momento da sua constituição³⁶, mas também em momentos posteriores, resultante p.e de uma insuficiência de capitais decorrente de uma má gestão por parte dos órgãos societários ou mesmo de uma necessidade de investimento.

Cabe face às situações em que a sociedade se encontra, necessidades e capitais que dispõem para fazer face aos compromissos, optar pela forma através da qual se vai financiar a sociedade – capitais próprios ou capitais alheios.

Os sócios podem optar pelo recurso ao financiamento através de capitais próprios – p.e com recurso a aumentos dos capitais sociais³⁷ ou de capitais alheios – p.e celebração de contratos de mútuo com entidades terceiras à sociedade.³⁸

Outra forma de financiamento das sociedades pode ocorrer através da celebração de contratos de suprimento com os sócios³⁹ (podendo, ou não, ser estipulado o

³⁶ O capital social de uma empresa deve ser adequado à actividade económica desenvolvida, à dimensão e à própria dinâmica da empresa, mas empresas com crescimento e com projectos de investimento em marcha têm necessidade de mais capital e são obrigadas a efectuarem aumentos de capital para fazerem face a essas necessidades.

³⁷ Segundo o CSC o aumento de capital poderá ser realizado através de novas entradas ou através da incorporação de reservas. A doutrina tem distinguido segundo BENTO SOARES, Maria Ângela, *Aumentos de capital*, p.29, entre aumento de capital por novas entradas quando ocorre “um reforço quantitativo do património da sociedade” e incorporação das reservas quando apenas se dê “uma alteração qualitativa da composição dos capitais próprios, sem acréscimo do património.”

As alterações do contrato, neste caso o aumento do capital consta da Parte I do CSC, nos termos do arts. 85.º a 93.º, tendo estas normas de ser devidamente articuladas com as normas constantes da parte especial, estabelecidas com base em cada tipo social, nos termos do art. 265.º e ss do CSC para as SPQ e art. 456.º e ss do CSC para as SA.

³⁸ Os sócios podem optar por financiar as sociedades através de modelos híbridos – características típicas de contratos de suprimento, mas simultaneamente características típicas de participações de capital social. A título meramente exemplificativo refere-se os empréstimos convertíveis em participações de capital ou os empréstimos com participações nos lucros.

³⁹ O contrato de suprimento celebrado com os sócios é a solução mais natural e flexível de a sociedade se financiar através dos seus próprios sócios. A doutrina diverge quanto à aplicação deste tipo de contrato às SA, podendo verificar-se em condições especiais, segundo MENEZES CORDEIRO. O contrato de suprimento corresponde a um especial envolvimento do sócio no financiamento da sociedade, capitalizando-a. Nos termos do n.º 1 do art. 243.º do CSC: “*Considera-se contrato de suprimento o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando aquela obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade, ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que, em qualquer dos casos, o crédito fique tendo carácter de permanência.*”. MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito das Sociedades, II*, 2007, Almedina, p. 296 defende que o contrato de suprimento é um mútuo especial, patente a sua proximidade entre a definição do art. 1142.º do CC e a do n.º 1 do art. 243.º do CSC, concluindo depois pela sua autonomia. A maioria da doutrina tem defendido a aplicação por analogia do regime do contrato de suprimento, preferencialmente utilizado nas SPQ, às SA`s.

vencimento de juros e passando o sócio a ser também credor)⁴⁰. Esta forma de financiamento constitui uma alternativa aos aumentos de capitais ou ao recurso aos empréstimos bancários. Há quem defenda que se trata de uma forma de financiamento através de capitais alheios, mas outros autores defendem que estamos perante uma forma de financiamento híbrida, podendo ter características de ambas.⁴¹

Importa ter em atenção que o legislador coloca limitações legais aos contratos de suprimento celebrados pelos sócios com as sociedades, afastando-se das regras aplicáveis ao reembolso dos contratos de mútuo celebrados com as entidades estranhas à sociedade. Se o legislador não tivesse previsto estas limitações, os credores sociais ficariam colocados numa situação de enorme vulnerabilidade, podendo os sócios invocar os seus créditos obtendo o reembolso antes dos credores sociais, num caso de insolvência.

A decisão de optar pelo recurso ao financiamento, através de capitais próprios ou por capitais alheios reflecte-se do ponto de vista fiscal.

Os sócios ou accionistas quando optam pelo financiamento da sociedade através de capitais próprios assumem não só o risco do financiamento, mas também o risco da actividade desenvolvida pela sociedade de que fazem parte. Este risco suportado pelos sócios ou accionistas, é remunerado através da posterior distribuição de dividendos, quando haja lugar, detendo estes posições na sociedade que permitem o seu controlo e gestão.

Os credores, decorrentes dos financiamentos através de capitais alheios, não detém qualquer posição nas sociedades, sendo pessoas ou entidades estranhas à entidade beneficiária, pelo que não exercendo controlo nem participando na gestão através de tomada de decisões da sociedade, não assumem qualquer risco na sociedade, sendo remunerados pela forma de juros que se vencem periodicamente, independentemente da solvabilidade financeira da empresa.

⁴⁰ CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da, *Ob.Cit.*, p.505.

⁴¹ O recurso ao financiamento das sociedades através da celebração de contratos de suprimento entre a sociedade e os seus sócios são tratados como recurso ao financiamento através de capital alheio pela contabilidade, ao mesmo tempo que no CSC., recebem um tratamento semelhante àquele que é dado ao capital próprio. Podem ocorrer situações em que os contratos de suprimentos são, efectivamente, tratados como capital próprio, em resultado de estipulações contratuais (retidos na sociedade, sem possibilidade de reembolso ou remuneração aos sócios, por um determinado período de tempo, reforçando assim os capitais próprios), por outro como capitais alheios. Deste modo concluímos pela defesa de uma natureza híbrida dos contratos de suprimentos celebrados entre as sociedades e os seus sócios, apresentando pontos de contacto com os capitais alheios e próprios.

Apesar de tudo cabe aos sócios ou accionistas a decisão de optarem pela forma de financiamento. Há que atender não apenas a interesses pessoais, mas também a interesses sociais, como dos trabalhadores e dos credores, sem esquecer os interesses do Estado, evitando decisões que prejudiquem o pagamento de impostos ou a redução da base tributável sujeita ao cálculo de imposto. O legislador estabelece mecanismos que permitem não só conservar o capital social das sociedades – princípio da conservação do capital social, como a imposição de reservas legais, a desconsideração da personalidade colectiva, visando não apenas proteger os credores sociais como os próprios interesses do Estado.

3.3 Impacto fiscal decorrente da forma de Financiamento

O financiamento das sociedades através de capitais próprios origina na esfera dos seus sócios ou accionistas dividendos, os quais além de não serem dedutíveis ao lucro tributável, na esfera da sociedade que os distribui, são ainda tributados na esfera pessoal do sócio ou accionista em sede de IRS⁴². O legislador prevê regimes diferentes caso o beneficiário seja pessoa singular residente ou não residente.

No caso de o financiamento ser efectuado através de capitais alheios, os juros decorrentes dos financiamentos apenas são tributados na esfera da sociedade financiadora, e não na esfera da sociedade beneficiária, na medida em que os juros suportados pelas empresas podem ser deduzidos ao lucro tributável, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 23.º CIRC, sujeitos a limites estabelecidos na lei, tema desenvolvido no capítulo seguinte. Os juros suportados pela entidade beneficiária do mútuo são considerados gastos do exercício.

⁴² Os rendimentos de capitais podem ser tributados a uma taxa liberatória de 28% (tributação autónoma) ou através de englobamento dos rendimentos. São tributados a uma taxa de 28%: a) os lucros pagos ou colocados à disposição (incluindo os adiantamentos por conta dos lucros) por entidades residentes a favor de beneficiários residentes e não residentes em território português (a qual opera por retenção na fonte); b) os lucros pagos ou colocados à disposição por entidades não residentes (através de um “agente pagador” residente em Portugal), a favor de beneficiários residentes em território português (a qual opera por retenção na fonte); ou c) os lucros pagos ou colocados à disposição por entidades não residentes a favor de beneficiários residentes em território português sem a intervenção de um “agente pagador” em Portugal (a qual opera por taxa especial mediante a inclusão na declaração de rendimentos). O englobamento é facultativo para os sujeitos passivos residentes em Portugal, sendo reduzido em 50% relativamente a lucros distribuídos por entidades residentes em Portugal ou noutros Estados-Membro da UE desde que preencham os requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho (Directiva Mães-Filhas).

Estas diferenças como podemos verificar de tributação entre o financiamento através de capitais próprios e capitais alheios, prende-se com o facto de os juros serem dedutíveis na esfera da sociedade beneficiária e apenas tributadas (uma só vez) na esfera da sociedade credora, enquanto os dividendos são tributados na esfera da sociedade que os distribui e na esfera dos sócios ou accionistas beneficiários, caso o mesmo seja pessoa singular ou colectiva não residente. Pelo contrário se a entidade beneficiária dos dividendos for pessoa colectiva residente em Portugal a dupla tributação económica dos dividendos⁴³ é eliminada por força do art. 51.º do CIRC⁴⁴, se for pessoa singular residente em Portugal, a dupla tributação é atenuada⁴⁵.

⁴³ Existe dupla tributação económica sempre que o imposto incide sobre o mesmo rendimento, na esfera de dois sujeitos passivos diferentes. No caso em análise, o lucro – rendimento típico das sociedades, é tributado na esfera jurídica da própria sociedade que o gera e posteriormente, na do sócio – pessoa singular ou colectiva, que o recebe. Segundo XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1981, pp. 220 e ss, a dupla tributação económica distingue-se da dupla tributação jurídica: esta verifica-se quando o mesmo rendimento é tributado duas vezes na esfera do mesmo sujeito passivo (normalmente, em dois sistemas jurídico-fiscais diferentes).

⁴⁴ Dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídas – Regime de *Participation Exemption*.º Nos termos do n.º 1 do art. 51.º do CIRC (regime actual em vigor): “*Os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direcção efectiva em território português não concorrem para a determinação do lucro tributável, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: a) O sujeito passivo detenha directa ou indirectamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, uma participação não inferior a 5 % do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas; b) A participação referida no número anterior tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período; c) O sujeito passivo não seja abrangido pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º; d) A entidade que distribui os lucros ou reservas esteja sujeita e não isenta de IRC, do imposto referido no artigo 7.º, de um imposto referido no artigo 2.º da Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º; e) A entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.*”

Este novo regime, instituído pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, visou reforçar a eliminação da dupla tributação e, conseqüentemente, reforçar a competitividade do sistema fiscal português, através de um regime mais atractivo à internacionalização das empresas portuguesas. Isto tendo em conta que o anterior regime de eliminação da dupla tributação económica era muito pouco atractivo quando comparado com outros países da União Europeia, uma vez que os dividendos recebidos por empresas portuguesas apenas beneficiavam do regime de eliminação da dupla tributação se provenientes de sociedades portuguesas ou sociedades residentes na União Europeia/Espaço Económico Europeu (no âmbito da directiva europeia).

Para os casos em que não seja aplicável o regime do *Participation Exemption*, está previsto um crédito de imposto por dupla tributação económica, sobre o rendimento pago no estrangeiro, nos termos do n.º 9 do art. 51.º do CIRC: “*Nos casos em que os requisitos previstos nos números anteriores não se encontrem preenchidos, os lucros e reservas distribuídos ao sujeito passivo podem ainda beneficiar de crédito de imposto por dupla tributação internacional, nos termos do disposto nos artigos 91.º e 91.º-A.*”

⁴⁵ O CIRS nos termos do n.º 1 do art. 40.º-A permite a dedução de 50% do rendimento distribuído a título de dividendos como dedução específica dos rendimentos de categoria E, atenuando a dupla tributação económica dos dividendos auferidos por pessoas singulares residentes em território nacional. Nos termos do n.º 4 do art. 40-A do CIRS: “*O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável aos lucros distribuídos por entidade residente noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado membro do Espaço Económico Europeu que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, desde que tal entidade preencha os requisitos e*

Concluimos que, face ao exposto, o legislador consagra um tratamento mais favorável aos juros decorrente do recurso ao financiamento através de capitais alheios do que aos dividendos obtidos, pelo financiamento de capitais próprios. Os sócios, como acima descrito, são livres de optar pela forma de financiamento das sociedades, segundo o princípio da eficiência as escolhas dos agentes económicos não deveriam ser influenciadas pelo tratamento fiscal, mas com esta diferença de tratamento por parte do legislador, existe um claro encorajamento ao recurso de financiamento através de capitais alheios, em prejuízo de capitais próprios, uma vez que a escolha recairá sobre a forma de financiamento com menor carga fiscal.

3.4 Fenómeno da Subcapitalização – Transferência de Rendimentos

A globalização das economias e a liberdade de estabelecimento permitiu a exploração, por parte dos sujeitos passivos, das debilidades decorrentes da interacção de dois ou mais sistemas tributários. A criação de uma sociedade-mãe e de diversas filiais, abriu a exploração das referidas debilidades, permitindo que os sócios ou accionistas das sociedades adoptassem acções por meios artificiosos ou fraudulentos que visavam a redução da base tributável das sociedades.

O fenómeno da subcapitalização tem maior relevo e requer mais restrições por parte do legislador, quando estamos perante recurso a financiamentos entre empresas com relações especiais⁴⁶, por exemplo A e B, residentes em diferentes países, sujeitas a diferentes cargas fiscais.

Concretizando com um exemplo prático, a sociedade A transfere lucros para a sociedade B sob a veste de juros, os quais no apuramento do lucro tributável poderão ser dedutíveis na esfera da sociedade A – sociedade que suporta os juros. Esta transferência de “juros” permite que a sociedade A transfira para a sociedade B, residente num outro estado, rendimentos que permitem a redução do lucro tributável da

condições estabelecidos no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados membros diferentes.”. O disposto no art. 40.º-A é aplicável, com as necessárias adaptações, aos rendimentos de categoria B auferidos por sujeitos passivos enquadrados na contabilidade organizada, de acordo com o disposto nos termos do art. 39.º-A do CIRS.

⁴⁶ No regime da subcapitalização esta definição constava nos termos do n.º 2 do art. 57.º-C do CIRC, analisado no ponto seguinte. Actualmente o n.º 4 do art. 63.º do CIRC elenca as situações que têm de ocorrer, entre duas entidades, para que se considere que exista relações especiais entre ambas.

sociedade A. O objectivo destas sociedades é, não só a redução da base tributável das sociedades, mas também a distribuição oculta de dividendos, através da transferência de montantes entre sociedades sob a veste de “juros”.

O tratamento diferenciado concedido, pelo nosso ordenamento jurídico, à dedutibilidade dos juros decorrentes dos empréstimos e à tributação dos dividendos, desencadeou um grande fenómeno de subcapitalização estabelecido entre sociedades relacionadas. No exemplo acima descrito, constatamos facilmente a perda de receita fiscal para o Estado em que se situa a sociedade mutuária, que vê deste modo a dedutibilidade dos juros ser aceite, como um gasto do exercício decorrente da obtenção de rendimentos para a sua actividade, contrastando com a transferência de montantes para outro Estado, regra geral com uma menor carga fiscal. Se ambas as sociedades fossem residentes no mesmo país, não se verificaria um caso de transferência de dividendos pois a sociedade mutuante seria tributada no mesmo país que a sociedade mutuária. Os sujeitos passivos transferiam estes montantes para países que com menor carga fiscal, de modo a beneficiar sob o ponto de vista fiscal, pagando menos imposto de um lado – sociedade mutuária (Estado com maior carga fiscal) e sujeitando os rendimentos transferido num outro Estado (menor carga fiscal).

3.5 Sistema Fiscal Português – Mecanismos de Combate à Subcapitalização

A manipulação das normas tributárias e, o crescente fenómeno da subcapitalização, desencadeou uma tomada de medidas por parte do Estado. Através da criação de medidas específicas anti-abuso o Estado pretendia evitar a perda de receita fiscal, verificada com a transferência de rendimentos para regimes sujeitos a uma menor carga fiscal. O Estado português percebeu a necessidade da criação destas normas anti-abuso, procurando acompanhar a tendência verificada nos países membros da OCDE.

Surge então, em 1996 no ordenamento jurídico português, um mecanismo de combate ao fenómeno da subcapitalização, através da aprovação do DL n.º 5/96, de 29 de Janeiro.⁴⁷

⁴⁷ Aprovado ao abrigo de uma Lei de Autorização Legislativa, Lei n.º 39-B/94, de 27 de Dezembro (Lei do OE para 1995).

Como podemos ler no preâmbulo do DL n.º 5/96: “*É reconhecida a necessidade de adopção de regras que evitam uma das práticas hoje correntes de evasão fiscal internacional e que consiste no endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais tem relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável dessas sociedades, utilizando assim de modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos.*”

O DL n.º 5/96 alterou o CIRC introduzindo no nosso ordenamento jurídico um novo artigo – 57.º-C, que veio “*completar o quadro fiscal das chamadas medidas anti-abuso iniciado com o artigo 57.º (correções aos preços de transferência) e alargado pelos artigos 57.º-A (não dedutibilidade de custos em benefício de residentes em paraísos fiscais) e 57.º-B (imputação de lucros retidos em paraísos fiscais)*”.⁴⁸

3.5.1 Art. 57.º-C CIRC

A primeira norma legal introduzida no nosso ordenamento jurídico, relativa à subcapitalização, foi o art. 57.º-C do CIRC.⁴⁹ A AR habilitou o Governo, a disciplinar o combate à subcapitalização, através de uma lei de autorização legislativa⁵⁰ incluída na

⁴⁸ TORRES, Manuel Anselmo – *Alcance do novo regime fiscal de subcapitalização de empresas*, Fisco, Lisboa, 1996, n.º 76/77, (Março/ Abril), pp. 75-85.

⁴⁹ MARIA DOS PRAZERES LOUSA afirma: “*as razões que conduziram à previsão legal de medidas contra a subcapitalização prendem-se com a prossecução do objectivo de travar a evasão e a erosão das receitas fiscais internas provocadas por esquemas de financiamento qualificadas como abusivas, porque conduzem a insuficiências de capital próprio das sociedades, em resultado do elevado endividamento contraído junto dos seus sócios e/ou de entidades associadas não residentes*” *Op. Cit.*, p.132

⁵⁰ De acordo com o disposto no n.º 5 do art. 165.º da CRP: “*as autorizações concedidas ao Governo na lei do Orçamento observam o disposto no presente artigo e, quando incidam sobre matéria fiscal, só caducam no termo do ano económico a que respeitam*”. Coincidindo o ano económico com o ano civil, sendo o Orçamento anual, concluímos que a lei de autorização constante da lei do OE para 1995, e que se destinava a habilitar o Governo, caducaria no dia 31 de Dezembro de 1995. Assim sendo, tendo o Governo utilizado a lei de autorização legislativa, no dia 29 de Janeiro de 1996, a norma constante do art. 57.º - C do CIRC, seria inconstitucional, por via da caducidade da lei de autorização legislativa. Todavia o entendimento foi distinto, como a lei do OE para 1996 foi aprovada pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março de 1996, tendo entrado em vigor em momento posterior ao início do ano civil, a vigência da lei do OE para 1995, foi prorrogada até à entrada em vigor do OE de 1996, implicando a prorrogação da vigência das normas de autorização legislativa. Deste modo a norma da subcapitalização, introduzida no ordenamento jurídico português pelo DL n.º 5/96, de 29 Janeiro, foi aprovado pelo Governo ao abrigo da competente lei de autorização legislativa aprovada pela Assembleia da República. Neste sentido pronunciaram-se MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *A Actividade Constitucional do Estado*, Coimbra, GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Edição, Almedina.

LOE para 1995, na medida em que a regulamentação das normas anti-abuso, se integram na esfera das matérias reservadas à competência legislativa da AR.⁵¹

Nos termos do n.º1 do art. 57.º-C do CIRC: *“Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais, nos termos definidos neste artigo, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.”*

Esta norma veio limitar a dedutibilidade de juros, para efeitos de determinação do lucro tributável, estabelecendo o montante máximo de endividamento a incorrer pelas empresas. O legislador consagrou a situação em que existia excesso de endividamento: *“Existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas no n.º 2, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo.”*. Até ao limite estabelecido, era permitido a dedutibilidade dos juros, sem qualquer limitação, acima do limite a dedutibilidade dos juros não era aceite⁵².

O legislador português optou por consagrar no nosso ordenamento jurídico um coeficiente de endividamento objectivo⁵³, à semelhança dos outros países da União Europeia.

Esta norma tinha a particularidade de pretender restringir o recurso ao financiamento das sociedades residentes, através de sociedades não residentes com as quais existia relações especiais⁵⁴, definidas nos termos no n.º 2 do art. 57.º-C do CIRC⁵⁵.

⁵¹ O princípio da legalidade em matéria fiscal, elencado nos n.º2 do art. 103.º e al. i) do n.º 1 do art. 165.º, ambos da CRP, impõem que os elementos essenciais dos impostos sejam criados por Lei ou por Decreto-Lei autorizado.

⁵² O montante apurado além do limite permitido era considerado pelas administrações tributárias como distribuição de lucros, não sendo aceite a sua dedutibilidade.

⁵³ O método objectivo parte da fixação legal de um coeficiente que expressa a relação óptima entre a participação de capital e o montante do endividamento da sociedade face ao sócio, em que é determinada a existência ou não, de uma situação de subcapitalização.

⁵⁴ Nos termos do n.º 2 do art. 57.º-C do CIRC: *“considera-se que existem relações especiais entre o sujeito passivo e uma entidade não residente quando: a) A entidade não residente, sem atingir esse nível de participação, exerça, de facto, uma influência significativa na gestão; b) A entidade não residente, sem atingir esse nível de participação, exerça, de facto, uma influência significativa na gestão; c) A*

O legislador apenas aplicava este regime, nos casos em que houvesse endividamento excessivo, de um sujeito passivo, para com entidades não residentes no território português. O art. 57.º-C do Código do IRC, na redacção da Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro – estabeleceu uma distinção arbitrária entre entidades residentes e entidades não residentes no território português, para efeitos da dedução de juros de empréstimos celebrados pela sociedade. Esta distinção afrontava nomeadamente os princípios da liberdade de estabelecimento e de circulação de capitais reconhecidos nos arts. 43.º e 56.º do TCE, analisado num outro ponto do nosso trabalho.

3.5.2 Art. 57.º-C CIRC – Aditamento

A norma instituída não obteve os resultados esperados. O legislador, para fazer face aos resultados insatisfatórios, adicionou à norma legal os n.ºs 7 e 8⁵⁶ - Cláusula de Salvaguarda, que vieram permitir aos sujeitos passivos ilidir a presunção legal presente nos termos do n.º 1 do art. 57.º C do CIRC.

Esta cláusula permitia, nos termos do n.º 7 do art. 57.º-C do CIRC, que, se afastasse o limite estabelecido no n.º 1, quando ultrapassado, se o sujeito passivo demonstrasse, no prazo de 30 dias após o termo de tributação, “(...) *tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão das empresas e outros critérios pertinentes, que podia ter obtido o mesmo nível do endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.*”.

Esta cláusula veio possibilitar, aos sujeitos passivos, o afastamento do limite de endividamento, nos casos em que estes fizessem prova de que os empréstimos contraídos e o endividamento excessivo estavam perfeitamente enquadrados com as suas decisões, norteadas por actos de mera gestão societária, plenamente justificáveis e que, não se tratava de decisões baseadas em razões exclusiva ou predominantemente fiscais, operadas através de mecanismos artificiosos ou fraudulentos de transferência de rendimentos entre ordenamentos.

entidade não residente e o sujeito passivo estejam sob o controlo da mesma entidade, nomeadamente em virtude de por esta serem participados directa ou indirectamente.”

⁵⁵ Alterado pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que procedeu à exclusão das definições próprias de relações especiais: “*É equiparada à existência de relações especiais a situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro não residente em território português, em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte de uma das entidades referidas no n.º 4 do artigo 57.º.*”

⁵⁶ Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março.

O legislador entendeu que as sociedades que nos casos em que excedessem o limite do endividamento permitido, conseguissem provar perante as autoridades tributárias, que os empréstimos contratualizados com as entidades não residentes, com quem tinham relações especiais seriam obtidos na mesma forma e com as condições similares com outras sociedades que não tivessem qualquer relação especial – sociedades totalmente independentes, não estariam limitadas pelo coeficiente legal. As autoridades tributárias entendiam que esta prova bastava, para demonstrar que as sociedades não estavam a utilizar mecanismos artificiosos de evasão fiscal perante o Estado, mas apenas a celebrar contratos de financiamento entre duas ou mais sociedades, assentes em meros actos societários.

O legislador visou com estas medidas evitar operações de financiamento, que apenas eram contratualizadas devido às suas relações especiais e que não ocorreriam entre sociedades independentes.

Como defende PEDRO NETO RODRIGUES⁵⁷ a formulação do referenciado preceito não é a mais correcta. O preceito permite que o sujeito passivo ilida a presunção legal, provando que face à actividade desenvolvida e demais circunstâncias, se encontraria em condições de contratar em condições similares com entidades independentes, como contratou com as sociedades relacionadas.

É necessário ressaltar que, a norma legal engloba não só o problema da subcapitalização, mas chamando até si a problemática de preços de transferência, figuras distintas reguladas por regimes distintos.⁵⁸ As normas de preços de transferência, diferentemente das normas da subcapitalização, pretendem corrigir as incorrecções obtidas entre entidades residentes e não residentes – com estabelecimento estável em Portugal, com relações especiais, e as entidades residentes e não residentes com estabelecimento estável português.

⁵⁷ *Ob. Cit.*, p.61

⁵⁸ Defendendo a autonomia da subcapitalização perante os preços de transferência, pronunciam-se FRED.C DE HOSSON e GEERTEN M.M.MICHELSE, segundo os quais a subcapitalização não pode obter respostas através do artigo 9.º da CMOCDE. O referido preceito aplica-se em situações entre sociedades relacionadas em que os montantes envolvidos fossem considerados excessivos face às condições normalmente praticadas no mercado por entidades independentes. O argumento histórico é referido, na medida em que o preceito foi introduzido em 1933, sendo que à data da sua redacção a questão da subcapitalização não era considerada nem pela Doutrina nem pela OCDE, assim como por qualquer legislação de algum país membro. Em sentido contrário pronuncia-se o Comité dos Assuntos Fiscais de OCDE, para quem o art. 9.º, da CMOCDE é relevante para solucionar os problemas relativos à subcapitalização.

Apesar de assumiram um propósito comum de combate aos comportamentos evasivos, não podemos confundir os dois regimes. Enquanto as normas de preços de transferência se preocupam com os termos contratados entre sociedades, independentemente da existência de relações especiais, as normas de subcapitalização preocupam-se com a contratação entre sociedades relacionadas.

PEDRO NETO RODRIGUES conclui que, a matéria da contratação entre sociedades, não deveria ser regulada no âmbito da subcapitalização, mas apenas no âmbito de preços de transferência. Não faz sentido que o contribuinte para ilidir a presunção legal estabelecida no n.º 3 do art. 61.º do CIRC tenha de provar que se encontraria em condições de contratar com entidades não relacionadas, tal como fez, com a entidade relacionada não residente em território português. O que é necessário que o contribuinte prove para ilidir a presunção legal, é que se encontraria apto a contratar com uma entidade não relacionada.

3.5.3 Art. 61.º CIRC

Surge através do DL n.º 198/2001, de 3 de Julho, no uso da autorização legislativa concedida pelo art. 17.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, uma renumeração e reestruturação ao regime da subcapitalização.

O regime jurídico da subcapitalização deixou de estar presente nos termos do art. 57.º-C e passou a constar nos termos do art. 61.º do CIRC. Estas renumerações não implicaram grandes alterações, mantendo-se a essência do instituto inalterada, ressaltando o suprimento do n.º 2 do art. 57.º-C do CIRC.

Desde a introdução do regime da subcapitalização no nosso ordenamento jurídico, houve bastantes dúvidas quanto à aplicação das regras da subcapitalização às sucursais de entidades não residentes. Desta forma, a Administração Fiscal⁵⁹ expressou o seu entendimento no sentido de que, o regime da subcapitalização, presente nos termos do art. 61.º do CIRC, não se aplicava aos juros pagos por uma sucursal localizada em território português de uma entidade não residente, à respectiva sede central, como contrapartida de financiamentos por esta concedidos uma vez que, não tendo a sucursal capital próprio, não é possível determinar o excesso de endividamento

⁵⁹ Informação Vinculativa n.º 927/03 de 23 de Abril de 2004.

nos termos previstos no n.º 3 daquela norma. Todavia, considera também que tal não prejudica a aplicação das regras relativas aos preços de transferência, ao abrigo do n.º 9 do art. 58.º do mesmo diploma.

Relativamente às alterações que surgiram através do DL n.º 198/2001, concluímos no mesmo sentido que PAULO DE PITTA E CUNHA e LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS, quando afirmam que “*nem as alterações de 1996 nem as de 2000 modificaram os aspectos essenciais da caracterização do regime português da subcapitalização*”.⁶⁰

Cabe analisar, no ponto seguinte, a (in)compatibilidade do regime da subcapitalização a nível do direito comunitário.

3.6 Incompatibilidade da subcapitalização no Direito Comunitário – Ac. Lankhorst-Hohorst

No âmbito da apreciação (in)compatibilidade do regime da subcapitalização a nível do direito comunitário, surge um importante Ac. do TJCE⁶¹ que cumpre fazer referência.⁶² A questão foi suscitada no âmbito de um litígio que, opôs a sociedade Lankhorst-Hohordt GmbH, com sede em Reine, Alemanha ao Finanzamt Steinfurt, administração fiscal alemã, a respeito da liquidação do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas correspondente ao exercício entre 1997 e 1998.

Neste processo, a questão prejudicial centrou-se na análise da compatibilidade da norma do §8a, n.º1 KStG, intitulado “Financiamento pelos sócios” referente à subcapitalização alemã, com o art. 43.º do TCE, respeitante ao princípio de liberdade de estabelecimento. A norma germânica estabelecia: “*a remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos quando haja sido acordada*

⁶⁰ CUNHA, Paulo de Pitta e SANTOS, Luís Máximo dos, *Sobre a incompatibilidade com o direito comunitário do regime fiscal da subcapitalização*, in Fisco, Lisboa, 2005, n.º 119/121, (Março/ Abril), p.7.

⁶¹ Actual TJUE.

⁶² Ac. do TJCE de 12/12/2002, processo C-324/00.

*uma remuneração por referência a uma fracção do capital e o capital externo seja mais de três vezes superior ao capital correspondente à participação do referido sócio no decurso do exercício, a menos que a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancária habituais (...)*⁶³

Resultou do despacho de reenvio, que não gozavam de direito ao crédito de imposto, por um lado os sócios não residentes, por outro as pessoas colectivas de direito público e as pessoas colectivas que exerciam uma actividade económica num sector específico ou que assumiam missões que deviam ser incentivadas. Fazendo a comparação com o regime português, o regime alemão não contemplava a distinção presente nos termos do n.º 1 do art. 61.º do CIRC, que expressamente aplicava o regime aos não residentes, mas aplicava duas imposições. Primeiro o regime alemão não atribuía o crédito de imposto a não residentes e às referidas pessoas colectivas e em segundo aplicava o regime da subcapitalização apenas aos que não usufruíssem do referido crédito – ou seja, aos não residentes e a outras pessoas colectivas.

No acórdão em apreço houve um empréstimo concedido por parte da sociedade-mãe Lankhorst Taselaar BV (doravante LT BV), com sede nos países baixos à Lankhorst-Hohorst.⁶⁴

A administração fiscal alemã considerou que os montantes pagos à LT BV, a título de juros decorrente do empréstimo contratualizado, eram equiparáveis a uma distribuição de lucros ocultos nos termos do §8a, n.º1 KStG, tributando os juros à taxa de 30%. Ao contrário da norma portuguesa que discriminava explicitamente em função da residência, a norma alemã discriminava indirectamente em função da impossibilidade do sócio gozar do crédito de imposto, englobando não só não residentes, outras pessoas colectivas de direito público como ainda aquelas que prosseguiam interesses gerais.

A norma portuguesa e alemã distinguiram-se não apenas em função da residência e o crédito de imposto, mas também quanto ao tratamento dos juros excessivos. A norma portuguesa não permitia a dedutibilidade de juros considerados excessivos,

⁶³ Tradução obtida em CUNHA, Paulo de Pitta. e SANTOS, Luís Máximo dos, *Op.Cit.*, p.14

⁶⁴ A sociedade LT BV renunciou ao reembolso no caso de instauração de um processo principal em que a Lankhorst-Hohorst fosse demandada por terceiros credores.

acima do coeficiente legal estabelecido, enquanto a norma alemão tributava os juros como se de uma distribuição de dividendos oculta se tratasse. No caso do ordenamento alemão, a tributação dos juros excessivos como distribuição de lucros, implicava casos de dupla tributação económica, na medida em que os juros seriam tributados no Estado da Fonte, isto é no Estado beneficiário do empréstimo, e seriam também tributados, no Estado de residência do mutuante.

Vejamos um exemplo prático entre a sociedade-mãe A, residente em Portugal, e a sociedade B filial na Alemanha. Os juros pagos pela sociedade B, proveniente da remuneração de um empréstimo concedido pela Sociedade A, são tributados como dividendos ocultos a uma taxa de 30%. Caso diverso, se a Sociedade A fosse residente na Alemanha, teria direito a um crédito de imposto e os juros seriam tratados como gastos fiscais.

Podemos afirmar que esta medida operada pelo ordenamento alemão além de ser bastante onerosa para os sujeitos passivos, podia provocar situações de dupla tributação económica, exigindo a concertação de dois EM para evitar estas situações, visando o cumprimento do princípio da proporcionalidade.

O TJCE afirma, que a norma §8a, n.º1, segundo parágrafo, da KStG, introduz uma diferenciação de tratamento entre filiais residente consoante a sua sociedade-mãe tenha ou não sede na Alemanha, relativamente à tributação dos juros pagos por filiais às suas sociedade-mãe como remuneração decorrente de capitais externos. A exceção da norma beneficiava apenas as filiais residentes através do direito ao crédito de imposto, considerando os juros pagos como gastos, e não como dividendos ocultos tributados a uma taxa de 30%.

Concluimos, que tanto a lei nacional como a lei alemã, padeciam do mesmo problema, o seu carácter discriminatório aplicava-se mesmo às situações em que as sociedades não residentes financiavam as suas filiais sem qualquer intuito de evasão fiscal. O regime da subcapitalização visava atingir principalmente os casos em que as sociedades mutuárias e mutuante se encontravam em jurisdições distintas, havendo orientações emanadas tanto dos comentários à CMOCDE, como decisões do TJCE, de que as regras da indedutibilidade de juros para sociedades não residentes, com relações especiais, violavam, os princípios de liberdade de estabelecimento

Na perspectiva do sócio mutuante, a norma distinguia entre o financiamento concedido por sócios residentes e não residentes, na medida em que os juros de capitais externos provenientes de empréstimos concedidos por sócios não residentes seriam tributados como se de dividendos se tratassem.

O TJCE pronunciou-se sobre a questão submetida pela administração fiscal alemã, declarando que o art. 43.º do TCE tem ser interpretado no sentido de que se opõe a uma medida como a constante do §8a, n.º 1, segundo parágrafo da KStG. Importa recordar a jurisprudência constante segundo a qual a redução das receitas fiscais não constitui uma razão de interesse geral susceptível de justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental⁶⁵, implicando deste modo a desconsideração da norma constante da KStG.

Face ao exposto, o TJCE entendeu que este tratamento diferenciado entre filiais residentes em função da sede da sua sociedade-mãe constituía um obstáculo à liberdade de estabelecimento, em princípio proibidas pelo art. 43.º do TCE. A norma da subcapitalização alemã demonstrava-se discriminatória e incompatível, violando o direito de estabelecimento, prejudicando a contratualização de empréstimos e as transacções entre sociedades não residentes, pondo em causa a criação ou a manutenção de filiais em território alemão.

Apreciando a decisão do TJCE face ao regime adoptado pelo nosso legislador, que discriminava os empréstimos concedidos por sociedades não-residentes, estamos perante uma clara violação das disposições relativas ao direito de estabelecimento presente nos termos do art. 43.º do Tratado da TCE⁶⁶ e de prestação de serviços nos termos do art. 49.º do TCE.⁶⁷

No âmbito do ordenamento jurídico português o Ac. Lankhorst-Hohorst veio fixar jurisprudência, evidenciado a clara incompatibilidade da norma prevista nos termos do art. 61.º do CIRC e o direito à liberdade de estabelecimento.

3.7 Consequências no ordenamento jurídico português

⁶⁵ Ac. do TJCE de 21/09/1999, Saint-Gobain ZN, processo C-307/97.

⁶⁶ Actual art.49.º do TFUE.

⁶⁷ Actual art.56.º do TFUE.

A norma presente no art. 61.º do CIRC desincentivava os não residentes a investirem em Portugal e de financiarem as suas actividades económicas em Portugal, na medida em que discriminava os não residentes face aos residentes em território português. A integração de Portugal num mercado caracterizado pela livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, bem como pela liberdade de estabelecimento, implicou a apreciação da regulamentação portuguesa sobre a subcapitalização face ao direito comunitário.

Face ao panorama comunitário e à decisão do Ac. Lankhorst-Hohorst, os EM's tiveram de proceder a alterações nos seus regimes, sob pena de ser alvo de uma acção por incumprimento.⁶⁸ Os Estados não pretendiam afastar-se na totalidade do regime da subcapitalização, mas era necessário proceder a algumas alterações, de modo a adaptarem os seus regimes de acordo com a jurisprudência comunitária, sem desvirtuar as normas de combate à evasão fiscal.

A solução passaria por uma das seguintes medidas: I) simples abandono do referido regime, o que poderia representar uma medida bastante drástica e que punha em causa a essência do instituto; II) manutenção da norma, adaptando-a a casos de celebração de contratos com outras entidades credoras em outros EM's; III) extensão do regime não só a países terceiros como a situações domésticas, o que poderia originar situações de dupla tributação económica; IV) reelaborar a letra da lei de acordo com a jurisprudência e as exigências comunitárias.

No caso de Portugal, semelhante ao decidido por Espanha, optou-se por adaptar o regime da subcapitalização em conformidade com o Direito Comunitário, ao contrário da Alemanha e do Reino Unido, que optaram por estender os respectivos regimes quer às operações internas quer às operações transfronteiriças.⁶⁹

Por força da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro⁷⁰, aplicável a partir de 1 de Janeiro de 2006, procedeu-se à alteração dos n.ºs 1, 2 e 6 do art. 61.º do CIRC, de modo a excluir do âmbito de aplicação as entidades residentes em outros EM's, no sentido de dar cumprimento à jurisprudência do TJCE em conformidades com o Direito

⁶⁸ Prevista nos termos do art. 226.º do TCE, actual art.º 258.º e ss do TFUE.

⁶⁹ Esta acção por parte do Reino Unido e da Alemanha teve um grande impacto, causando a intensa análise de uma vasta quantidade de contratos celebrados entre entidades residentes.

⁷⁰ LOE de 2006.

Comunitário⁷¹. O regime da subcapitalização continuou a ser aplicado, mas a partir de 1 de Janeiro de 2006, apenas a sujeitos passivos credores em outros países que não EM's da UE, nos termos do n.º 1 do art. 61.º do CIRC: *“Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado membro da União Europeia com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 58.º, com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.”*.

3.8 Art. 67.º CIRC

Com o DL n.º 159/2009, de 13 de Julho o regime da subcapitalização passou a constar do art. 67.º do CIRC, vigorando este regime até ao fim de 2012.

Apesar da jurisprudência proveniente do TJCE, não se verificou grandes alterações ao nível dos requisitos de aplicação, do regime da subcapitalização, continuando a ser necessário a verificação cumulativa três requisitos: I) existência de um endividamento excessivo II) para com entidade que não fosse residente em território português ou em outro EM da UE, esta foi a grande alteração como descrevemos no ponto anterior, III) e com a qual existissem relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do art. 63.º do CIRC, com as devidas adaptações, tendo em conta apenas o período de tributação.

O legislador nacional manteve a sua aplicação a entidades que não fossem residentes em território português ou outro EM da UE, mas tanto na redacção actual, como na redacção anterior, deve a norma ser interpretada à luz do Ac. de 12 de Dezembro de 2002, do TJCE – Lankhorst-Hohorst. Deste modo continuou a vigorar as

⁷¹ Quer a Doutrina, quer a Jurisprudência nacional, vêm reconhecendo, de forma constante, o primado do direito comunitário ou do direito convencional sobre o direito interno (neste sentido, Ac. do STA de 5/7/1995 (R. 18904) in Boletim da DGCI (Ciência e Técnica Fiscal), 381, 301). O Tratado de Roma que instituiu a CE, cujas disposições são directamente aplicáveis na ordem jurídica interna, estabelece que o TJCE é competente para decidir a título prejudicial da interpretação das normas do Tratado, decidindo o STA que o dever de catamento do Ac. do TJCE é imposto pelo artigo 5.º do Tratado de Roma (Ac. do STA, 447, 378 – Ac. do STA (TP) de 11/11/1998). Deste modo o art. 61º do CIRC, tanto na redacção actual, como na redacção anterior, deve ser interpretado à luz do Ac. de 12 de Dezembro de 2002 daquele tribunal (Processo C-324/00, Lankhorst-Hohorst).

regras de subcapitalização, mas com o cumprimento da posição da jurisprudência do TJCE, o âmbito de aplicação do regime foi ficando cada vez mais reduzido.

Concluindo em jeito de análise, o regime pouco alterou desde o seu aparecimento no nosso ordenamento jurídico, tendo sido alvo de renumerações e de algumas alterações. Manteve-se o coeficiente legal único, estabelecido de igual modo para qualquer entidade, da mesma forma que era aplicável desde os seus primórdios, A norma destaca-se pela positiva, optando ao contrário de outros ordenamentos jurídicos⁷², pela não dedutibilidade dos juros excessivos contrastando com a sua tributação, como se uma distribuição oculta de dividendos se tratasse.⁷³

Podemos afirmar que a grande alteração derivou da jurisprudência comunitária, o regime da subcapitalização passou a ser apenas aplicável a sujeitos passivos credores em outros países, que não EM's da EU. Esta alteração assim como a manutenção da cláusula de salvaguarda, que possibilitava aos contribuintes afastar o regime, foram tornando a aplicação do regime da subcapitalização cada vez mais residual. Era necessário um novo regime, capaz de suprir as carências do anterior, com novos requisitos de aplicação e novas regras, adaptado aos mercados globalizados e internacionais. A Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro de 2012 introduz um novo regime, que analisamos no capítulo seguinte.

⁷² Alemanha e Espanha optaram por maximizar as potencialidades do regime da subcapitalização, prevendo a requalificação de juros para dividendos, com o fundamento de que, ao tributar os juros excessivos, estariam a repor a situação tal como seria se de entradas de capital se tratasse. A este respeito ver VELDT, Alex – *New Spanish legislation against thin capitalization for spanish companies with non-residents shareholders only*, Intertax, May, 1992, pp. 293-298; KNOBBE-KENT, Brigitte – *Developpment in thin capitalization and some legal obstacles to legislation*, European Taxation, dezembro 1992, pp. 405 e ss.; DEHNEM, Peter H. e RHINES, Rosemarie A. – *Thin capitalization in German Tax Law*, BIFD, vol.46, n.º 8, agosto, 1992, pp. 393-397.

⁷³ De acordo com o preâmbulo do DL n.º 5/96 de 29 de Janeiro, “*Nestes termos, à semelhança das soluções consagradas pelas legislações estrangeiras em matéria de subcapitalização, recorre-se à definição de um coeficiente de endividamento, tido como normal para a generalidade das empresas, que, uma vez ultrapassado, origina que a parte dos juros correspondentes às dívidas em excesso seja qualificada, para efeitos de tributação, como lucros distribuídos.*” o pretendido inicialmente pelo legislador seria também considerar tributar os juros que excedessem o limite, como se uma distribuição oculta de dividendos se tratasse. Entendemos que esta consequência foi excluída da letra da lei, mantendo-se como única consequência fiscal decorrente da aplicação do regime da subcapitalização, a não dedutibilidade dos juros considerados excessivos. A norma limitou a dedutibilidade dos juros, mas não alterou a natureza do rendimento.

4. A LIMITAÇÃO À DEDUTIBILIDADE DE GASTOS DE FINANCIAMENTO

4.1 Um novo regime

A generalidade dos sistemas fiscais, tratarem os rendimentos de capital próprio e da dívida de modo completamente diferente, fez com que os sujeitos passivos utilizassem demasiados mecanismos artificiosos, lesando o Estado, através da transferência de capitais para países com uma menor carga fiscal, como anteriormente descrevemos.

Para fazer face às alterações verificadas nos sistemas fiscais actuais e todos os problemas inerentes ao anterior regime, cada vez mais descaracterizado, principalmente após a jurisprudência comunitária que reduziu o seu âmbito de aplicação, os Estados adoptaram um novo regime de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, substituindo o regime da subcapitalização. Para além da solução adoptada, havia ainda outras duas soluções defendidas para o problema *debt bias* – tratamento preferencial dos rendimentos da dívida, que consistiam: A) abolição da dedutibilidade dos juros para efeitos fiscais em sede de tributação empresarial (CBIT)⁷⁴; B) manutenção da dedutibilidade dos juros e a possibilidade de admitir as empresas deduzirem uma remuneração convencional do capital próprio (ACE)⁷⁵. A nível internacional e em Portugal, a questão do *debt bias* foi tratada através da limitação da dedução de juros.

O legislador seguiu a solução adoptada pela maioria dos sistemas fiscais europeus e introduziu um novo regime no nosso ordenamento jurídico.⁷⁶

⁷⁴ O modelo CBIT (Comprehensive Business Income Tax) permite eliminar a vantagem fiscal da dívida, ao igualar o tratamento fiscal entre dívida e capital, através da não dedutibilidade de dividendos e de juros pela empresa. O CBIT reduz de uma forma significativa a distorção fiscal entre financiamento por capital próprio ou capital alheio.

⁷⁵ O modelo ACE (Allowance for Corporate Equity) foi originariamente proposto em 1991 pelo Capital Taxes Committee of the Institute for Fiscal Studies. O modelo ACE mantém a dedução dos juros efectivamente pagos, permitindo que na determinação do lucro tributável do IRC das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas, empresas públicas e demais pessoas colectivas de direito público ou privado com sede em território português, pudesse ser deduzida uma importância correspondente à remuneração convencional do capital social, calculada mediante a aplicação de uma taxa ao montante das entradas realizadas, por entregas em dinheiro, pelos sócios, no âmbito da constituição de sociedades ou do aumento do capital social.

⁷⁶ O legislador não criou um regime novo, adoptando um regime já em vigor em outros EM's, designadamente Espanha, França, Itália e Alemanha.

A Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro de 2012⁷⁷ introduz um novo regime, que revoga as regras de subcapitalização, até então vigentes. É uma mudança de paradigma, visando a adaptação a realidades distintas daquelas que originaram as regras da subcapitalização, pretendendo reduzir o impacto fiscal de algumas acções abusivas perante o Estado e limitar a possibilidade de dedução de gastos relacionados com o financiamento das empresas. O anterior regime da subcapitalização, presente no art. 67.º do CIRC, é substituído pelo novo regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento.

O legislador com a adopção deste regime visa, de acordo com o expresso no Relatório do OE para 2013⁷⁸, “... *promover a redução do endividamento excessivo da economia e mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da actividade económica através da dívida.(...) impondo, de forma gradual, um esforço de reajustamento por via da sua recapitalização*”. A principal pretensão deste regime era, e continua actualmente a ser, a redução drástica do recurso, das empresas, ao financiamento externo, pretendendo privilegiar o recurso a capitais próprios, mas de igual modo a adopção deste novo regime representou uma convergência para o regime que tem sido implementado noutras economias desenvolvidas, designadamente no contexto comunitário, como a Alemanha, Itália e, mais recentemente, Espanha.

4.2 Earnings-Stripping-Rules

O regime adoptado pelo legislador português e em vigor em outros EM's⁷⁹ foi influenciado por um regime presente no ordenamento jurídico tributário americano – *earnings-stripping-rules*⁸⁰, implementado com o *Revenue Reconciliation Act* de

⁷⁷ Disponível em <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdolyres/F302AAD5-2978-4346-851D-1BA2DAD725AC/0/OE2013.pdf>

⁷⁸ P. 61 do Relatório do OE para 2013, disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013_rel.pdf

⁷⁹ Designadamente Alemanha, Itália e Espanha.

⁸⁰ Para mais desenvolvimentos ver BURGE, Marianne – United States interest deduction limited under earnings stripping regulation, *British Tax Review*, n.º 8, 1991, pp. 278-283, KNIPE, Patrick J., STRYKER, Judson P. e THORNE, Betty – Earnings stripping under section 163(j): status quo vadis?, *International Business, The Journal of the AIB-SE*, 2009, p. 9 e ss. Disponível em <http://www.aibse.org/www.aibse.org/wp-content/uploads/2012/02/KnipeStrkerThorne2009.pdf>.

1989⁸¹. Este regime tem sofrido alterações ao longo dos tempos com o intuito de acompanhar as estratégias adoptadas pelas sociedades, visando combater o planeamento fiscal lesivo concertado entre as sociedades-mãe não residentes e as filiais sediadas nos EUA.

Este regime impôs importantes restrições à dedução de juros por parte de sociedades residentes nos EUA detidas por outras sociedades não residentes nos EUA. Estas restrições passaram a ser aplicadas aos períodos de tributação iniciados a partir de 10 de Julho de 1989, implementadas em resposta ao que foi entendido como um problema de erosão da base tributável, sujeita a imposto nos EUA, através da dedução de juros.

Com o mesmo intuito que os EUA, os países europeus transplantaram o seu regime jurídico tributário, adaptando-o conforme as necessidades e características dos seus sistemas fiscais, visando o combate ao planeamento fiscal abusivo através de uma limitação de gastos e consequente impedimento da erosão da base tributável.

Antes de analisarmos o regime adoptado em Portugal, optamos por no ponto seguinte, descrever sucintamente o regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, adoptado pelo ordenamento Alemão, Espanhol, Italiano e Holandês.

4.3 A dedutibilidade dos gastos financeiros – Perspectiva

Comunitária

A Alemanha foi o Estado pioneiro na adopção de um regime próprio de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento⁸². A partir do novo regime adoptado passam a vigorar dois limites máximos de matriz distinta para a limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, sendo aplicável aquele que, representar no caso concreto, o maior dos dois limites – 3 milhões de euros ou 30% do EBITDA. Este regime podia ser afastado nos casos em que as sociedades envolvidas, pertencentes a grupos, não ultrapassem em mais de 2% da mesma relação para o grupo no seu todo –

⁸¹ 163 (j) (6) (C)-Revenue Reconciliation Act of 1989 - Geralmente apenas estavam sujeitas as Earnings-Stripping-Rules as empresas com uma relação dívida-capital (rácio Debt-to-Equity de 1,5 para 1), se os gastos relacionados com os juros forem superior a 50% do seu lucro tributável, ajustado do exercício, e se não forem sujeitos a imposto ou a retenção na fonte

⁸² O regime da subcapitalização foi substituído na reforma fiscal de 2008, pela nova earnings-stripping rule.

equity ratio. Adicionalmente, relativamente a financiamento obtido junto de accionistas com mais de 25% do capital, se os gastos de financiamento não representarem mais de 10% do total, também serão integralmente dedutíveis. O ordenamento alemão prevê mecanismos de reporte, até os 5 períodos de tributação seguintes, nos casos em que exista “folga” face ao EBITDA.⁸³

No ordenamento espanhol os gastos de financiamento que não excedam 1 milhão de euros são totalmente dedutíveis, mas os que excedam 30% do resultado operacional não são fiscalmente dedutíveis. Face ao ordenamento alemão, os gastos que sejam considerados excessivos, podem ser dedutíveis nos 18 períodos de tributação seguintes, e em caso de “folga”⁸⁴, podem ser utilizados nos 5 períodos de tributação seguintes.⁸⁵ Ao contrário da maioria dos outros ordenamentos jurídicos, o ordenamento espanhol não calcula um dos seus limites sobre o EBITDA, mas sim sobre os resultados operacionais. Utilizando a definição expressa no glossário do IAPMEI⁸⁶ os resultados operacionais são: “a diferença entre os lucros e os prejuízos relativos à actividade principal da empresa. Do lado das receitas, os mais relevantes são as vendas e prestações de serviços e outros proveitos operacionais. Do lado das despesas, destacam-se os custos das vendas e prestações de serviços, os custos de distribuição e administrativos e, ainda, as amortizações e provisões relativas aos bens afectos à actividade normal da instituição”.

Em Itália, desde 2008, a quantia de juro pago que excede o juro recebido pode ser deduzida até à proporção de 30% do EBITDA, por parte da entidade que o suporta. Ao contrário dos regimes anteriores⁸⁷, quando existe casos de “folga” ou de excesso de juros não dedutíveis, estes podem ser reportados indefinidamente para os anos posteriores, sem qualquer limitação temporal. Neste caso o regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento representa uma questão meramente temporal de dedutibilidade, ao contrário dos outros regimes que impõem prazos, até aos quais é permitido utilizar os mecanismos relacionados com o “excesso” ou “folga”.

⁸³ DOMINGUES, Rodrigo Rabeca, *Limitação à Dedução Fiscal de Gastos de Financiamento, Revisores e Auditores*, disponível em <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/60/Fiscalidade.pdf>.

⁸⁴ Conceitos analisados nos pontos seguintes no âmbito do nosso regime de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento.

⁸⁵ O novo regime foi implementado pelo Real Decreto-Ley 12/2012, de 31 de Março de 2012.

⁸⁶ <http://www.iapmei.pt/iapmei-gls-02.php?glsid=4&letra=R>

⁸⁷ Limitados temporalmente.

Na Holanda, foi introduzida a designada “*base erosion rule*”, restringindo a dedutibilidade dos juros suportados em empréstimos inter-empresas (de um mesmo grupo), se o empréstimo se relacionar com pagamento de dividendos, contribuições para o capital ou a compra de acções. O ordenamento jurídico holandês adoptou cláusulas de salvaguarda, na medida em que, caso o contribuinte mostre que o empréstimo ou a transacção tenha por base apenas motivos empresariais, ou que o juro pago é taxado a uma taxa não inferior a 10%, o regime da restrição da dedutibilidade de juros já não é aplicável.

4.4 Art.67.º CIRC – Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento

4.4.1 Âmbito Subjectivo

O regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, destaca-se desde logo, face ao anterior regime da subcapitalização, pela adopção de um critério distinto do anterior, quanto ao seu âmbito subjectivo. O novo regime é aplicável a todos sujeitos passivos em sede de IRC, tributados em função do lucro⁸⁸, incluindo os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações, nos termos do n.º 9 do art. 67.º do CIRC.⁸⁹ O novo regime adopta um critério mais abrangente, não discriminando em função da residência, como o anterior regime da subcapitalização.

O n.º 11 do art. 67.º do CIRC⁹⁰ estabelece algumas excepções, excluindo-se: “*O disposto no presente artigo não se aplica às entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal, às sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros, e às sociedades de titularização de créditos constituídas nos termos do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro.*”. O legislador pretendeu excluir estas entidades da aplicação

⁸⁸ Nos termos do art. 2.º do CIRC.

⁸⁹ De acordo com a circular n.º 7/2013 da Direcção de Serviços de IRC, o regime é aplicado por referência aos “gastos de financiamento líquidos” dedutíveis a este lucro e ao “resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos” correspondentes à actividade imputável a esse estabelecimento estável.

⁹⁰ Anterior n.º 7 do art. 67.º CIRC.

do regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, pelo facto de estas serem supervisionadas pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal. Estas excepções já eram adoptadas pela doutrina portuguesa⁹¹ e espanhola⁹², à semelhança do estabelecido no art. 20.º do TRLIS⁹³, quanto ao regime da subcapitalização.

Enquanto o anterior regime apenas era aplicável às filiais cujos sócios eram residentes em países terceiros, não residentes em Portugal nem num outro país da UE, este novo regime estende-se a todo um vasto tecido empresarial, abrangendo tanto financiamentos internos como externos. Deixa de existir um limite à dedutibilidade dos gastos de financiamento em função da residência ou não residência da entidade mutuante – credora, e das relações especiais entre as sociedades contratantes, o novo regime é aplicável independentemente do domicílio fiscal. Este alargamento do âmbito subjectivo permite à semelhança de outros regimes em vigor na Europa, limitar situações de endividamento doméstico.

4.4.2 Conceito de gastos de financiamento

O legislador apresenta uma noção de gastos de financiamento nos termos do n.º 12 do art. 67.º do CIRC⁹⁴: “(...) *consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios (...)*”

Neste conceito engloba-se:

- *os juros de descobertos bancários;*
- *os juros de empréstimos obtidos a curto e longo prazo;*
- *os juros de obrigações e outros títulos assimilados;*
- *as amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos;*
- *as amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos;*
- *os encargos financeiros relativos a locações financeiras;*

⁹¹ Cunha, Paulo de Pitta. e Santos, Luís Máximo. dos – *Op.Cit* p.21.

⁹² GUERRERO, Juan J. R., *Manual del Impuesto sobre Sociedades, Instituto de Estudios Fiscales, Manuales de la Escuela Pública de la Hacienda Pública*, 2003, p.405.

⁹³ Actual art. 16.º da Ley 27/2014, de 27 de Novembro.

⁹⁴ Anterior n.º 8 do art. 67.º do CIRC, na redacção da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

- *as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira;*
- *os juros associados a operações de factoring em curso.*

Após uma primeira leitura concluímos que os gastos englobados no conceito dos gastos de financiamento, verificamos que apenas são aceites encargos relacionados com importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, não englobando este conceito qualquer encargo resultante do uso de capital próprio.

O legislador adoptou uma noção restrita, enumerando os gastos que considera ser de financiamento, sem recorrer ou remeter para outros diplomas ou regimes, não deixando a sua definição a cargo de normas contabilísticas. Estamos perante uma noção de gastos de financiamento exaustiva e completa, não podendo os contribuintes deduzir outros gastos, diferentes do expresso na lei, sob prejuízo de não serem dedutíveis. Se o legislador tivesse optado por uma lista de gastos exemplificativa, possibilitaria aos contribuintes gozarem de uma enorme liberdade de dedução de todo o tipo de gastos, mesmo aqueles que não deveriam ser dedutíveis fiscalmente, apesar de contabilizados. O legislador ao socorrer-se do recurso a uma lista restrita de gastos, visou apenas considerar os gastos essenciais ao desenvolvimento e manutenção da actividade, evitando deduções abusivas. Deste modo a lei restringe esta possibilidade, e bem, de limitar a dedução aos gastos tipificados na lei, nos termos do n.º 12 do art. 67.º do CIRC.

4.4.3 Resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos – EBITDA

O legislador adoptou, tal como em outros ordenamentos jurídicos, dois limites para a dedutibilidade de gastos de financiamento, analisados no subponto seguinte. Um dos limites estabelecido é calculado em função do EBITDA. O legislador não apresentou nos termos do art. 67.º do CIRC⁹⁵, uma disposição referindo o que se considerava para o apuramento do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, surgindo apenas com a redacção da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro.

⁹⁵ Na redacção da Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro.

Nos termos do n.º 13 do art. 67.º do CIRC: “*Para efeitos do presente artigo, o resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos é o apurado na contabilidade, corrigido de:*

- a) *Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;*
- b) *Imparidades e reversões de investimentos não depreciables ou amortizáveis;*
- c) *Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC, do método de consolidação proporcional;*
- d) *Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime previsto nos artigos 51.º e 51.º-C;*
- e) *Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual seja exercida a opção prevista no n.º 1 do artigo 54.º-A;*
- f) *A contribuição extraordinária sobre o sector energético.”*

Para ser obtido o EBITDA (Earning Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization) de uma empresa é necessário subtrair ao lucro bruto de uma empresa, o valor das depreciações e amortizações, os juros suportados (empréstimos) e ainda os impostos. O EBITDA calculado apresenta o lucro da empresa em análise, excluído de qualquer gasto suportado.

O ordenamento jurídico dinamarquês, ao contrário do português e da maioria dos ordenamentos europeus⁹⁶, fez depender a limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento em função do EBIT – resultado antes de juros e impostos.⁹⁷ O EBITDA diferencia-se do EBIT essencialmente por via das depreciações e amortizações, razão pela qual a maioria dos ordenamentos jurídicos, optou pela escolha do EBITDA, visando não penalizar a dedutibilidade de encargos financeiros através do abate ao resultado das depreciações e amortizações de activos não correntes, na medida em que

⁹⁶ Alemanha, França, Itália.

⁹⁷ Na opinião de ANTÓNIO MARTINS, “*A dedutibilidade dos gastos e a nova redacção do art. 23.º, n.º 1 do CIRC: uma nota*”, RFPDF, Ano VIII 1, 15, p. 20 e ss, “no EBIT estão representados os reflexos de operações que podem gerar mais ou menos valias que terão um carácter ocasional, imparidades que podem resultar de acontecimentos fortuitos ou extraordinários e por isso com uma natureza não recorrente(…)”

grande parte do endividamento empresarial recai sobre activos não correntes – investimentos.

Para percebermos a diferença entre a utilização do EBIT em vez do EBITDA, utilizamos o exemplo prático de ANTÓNIO MARTINS⁹⁸, “se uma empresa adquire uma máquina por €1.000.000 e se endivida em €700.000, caso as depreciações da máquina diminuíssem o resultado de referência para a dedutibilidade dos GFL (como seria o caso do EBIT) haveria uma penalização do esforço de investimento, que decorreria da menor dedutibilidade dos encargos de financiamento que suportou a aquisição de activos.”.

Face ao exemplo prático apresentado, a escolha do EBITDA, em detrimento do EBIT, revela-se, regra geral, vantajoso para os sujeitos passivos, não colocando a dedutibilidade dos encargos dependente de um resultado ao abrigo de depreciações e amortizações, permitindo uma maior dedução de gastos de financiamento.

4.4.4 Limites de dedução

Nos termos do n.º 1 do art. 67.º do CIRC: “*Os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites: a) (euro) 1 000 000⁹⁹; ou b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.*”

O legislador abandona o rácio anteriormente estabelecido, no regime da subcapitalização, em função da participação social que o mutuante detinha no capital próprio e o montante de financiamentos concedidos a essa empresa, estabelecendo dois limites, um limite fixo de €1.000.000¹⁰⁰ e outro limite variável, em função do EBITDA, sendo os GFL dedutíveis até à concorrência do maior destes limites.

O primeiro limite é de carácter fixo, mantendo-se igual para todas as empresas/contribuintes, não havendo qualquer diferenciação entre empresas, nem qualquer factor que possa aumentar ou diminuir este montante pré-definido. Neste caso

⁹⁸ *Op.Cit*, p. 20.

⁹⁹ A Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, alterou o anterior limite absoluto de dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos de €3.000.000 para €1.000.000.

¹⁰⁰ O anterior regime havia fixado este limite em €3.000.000, um limite um pouco elevado para a nossa realidade empresarial, não se aplicando, regra geral, o regime às micro e PME's que compõem grande parte do tecido empresarial português

todos os gastos de financiamento líquidos inferiores a esse limite são integralmente dedutíveis, sem qualquer limitação. No entanto é preciso ressaltar que este limite é proporcional, em função dos meses de tributação decorridos, de acordo com o n.º 10 do art. 67.º do CIRC “*Sempre que o período de tributação tenha duração inferior a um ano, o limite previsto na alínea a) do n.º 1 é determinado proporcionalmente ao número de meses desse período de tributação.*” Por exemplo se o período de tributação for de apenas 6 meses, então o limite será de € 500 000, resultante de metade do limite imposto no n.º 1 do art. 67.º do CIRC.

O segundo limite, com base no EBITDA, é um limite variável que se modifica conforme os cálculos obtidos, podendo deduzir mais/menos gastos, conforme seja maior/menor o EBITDA apurado em cada empresa. Este limite pelo facto de não ser fixo beneficia as sociedades que tenham registado um volume de resultado significativo, aumentando o limite de dedutibilidade de GFL, face às sociedades que registem fracos resultados, por diversos motivos.

O limite estabelecido é de 30% do EBITDA, mas foi consagrado um regime transitório, para os períodos compreendidos entre 2013 e 2017¹⁰¹:

- I. 2013 – 70%;
- II. 2014 – 60%;
- III. 2015 – 50%;
- IV. 2016 – 40%;
- V. 2017 – 30%.

O legislador estabeleceu este regime transitório, possibilitando uma adaptação gradual das empresas a este novo regime, facilitando neste período transitório o acesso ao financiamento sem o impacto imediato da aplicação da norma, calculada sobre os 30% do EBITDA. O estabelecimento deste regime transitório pode implicar uma redução da receita fiscal esperada, decorrente da aplicação gradual da limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento, permitindo às empresas a adaptação das suas estruturas de financiamento em conformidade com as percentagens estabelecidas pelo regime transitório.

¹⁰¹ Art. 192.º, n.º 2 da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

4.4.5 Diferimento do “excesso”

Da análise da norma, realçamos o seu carácter inflexível, na medida em que não é possível deduzir gastos de financiamento acima do maior dos limites anteriormente referidos, nem foi estabelecido pelo legislador qualquer cláusula de salvaguarda, como anteriormente prevista no regime da subcapitalização. Apesar do seu carácter inflexível, o legislador prevê, como estabelecido de igual modo noutros ordenamentos jurídicos¹⁰², que os gastos que não possam ser deduzidos, no período de tributação em que ocorram ou em que são suportados, poderão concorrer para a formação do lucro tributável dos cinco períodos de tributação seguintes de acordo com o expresso no n.º 2 do art. 67.º do CIRC: *“Os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número anterior podem ainda ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, após os gastos de financiamento líquidos desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.”*

Apenas pode haver diferimento do “excesso” (ou reporte do excesso)¹⁰³, nos cinco períodos seguintes, se este “excesso” somado aos GFL desse mesmo período, não ultrapassar os limites impostos no n.º 1 do art. 67.º do CIRC. Os limites impostos no n.º 1 do art. 67.º são imperativos, não podendo em caso algum ser violados, sob risco de não serem dedutíveis. Se em caso de diferimento do “excesso” para os períodos seguintes não se verificasse a obrigatoriedade do cumprimento dos limites imperativos presentes no n.º 1 do art. 67.º do CIRC, as empresas não tinham qualquer problema em continuar a recorrer a financiamentos, suportando os gastos inerentes, pois poderiam deduzir no ano seguinte, sem qualquer limite, todos os gastos que não teriam deduzido no período em que de facto tinham ocorrido ou sido suportados, por via dos limites impostos pelo n.º 1 do art. 67.º CIRC. O legislador salvaguardou estes casos, impondo em todos os períodos de tributação com ou sem diferimento de “excesso”, a verificação do cumprimento dos limites impostos no n.º 1 do art. 67 CIRC.

¹⁰² O ordenamento jurídico espanhol adoptou um período de 18 anos para o reporte do excesso.

¹⁰³ De acordo com a Circular n.º 7/2013 da Direcção de Serviços do IRC.

4.4.6 Reporte da “Folga”

Nos termos do n.º 3 do art. 67.º CIRC: “*Sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, a parte não utilizada deste limite acresce ao montante máximo dedutível, nos termos da alínea b) do n.º 1, até ao 5.º período de tributação posterior.*” Ao contrário do expresso no número anterior, não estamos perante um diferimento do excesso mas de um acréscimo de uma “folga”¹⁰⁴, nos cinco períodos de tributação posteriores.

Este reporte da “folga”, permite às empresas aumentar os limites dos anos seguintes, permitindo uma maior dedução de gastos, face ao que seria possível deduzir, sem este mecanismo de reporte das folgas. É possível num período de tributação deduzir gastos, superiores aos limites expresso no n.º 1 do art.67.º CIRC, nos casos em que há folgas a reportar de ano, ou anos, anteriores. O legislador com esta norma pretendeu beneficiar as empresas que num certo período (p.e 2014) os GFL não ultrapassam os limites dos 30% do EBITDA (gastos de financiamento apenas representam 20% do EBITDA), mas que num outro período (p.e 2015) por razões económicas (p.e recurso ao financiamento, investimento numa nova fábrica, áreas de produção) os GFL ultrapassam os 30% do EBITDA (40% do EBITDA). Este mecanismo, também adoptado em outros ordenamentos, permite que se possa “transferir” a “folga” gerada em determinado período, no caso acima exemplificado de 10%, para os cinco períodos de tributação seguintes. Esta folga é calculada, independentemente do ano, pelo resultado da diferença apurada entre os GFL do período de tributação e o limite dos 30% do EBITDA. A diferença apurada é adicionada ao maior dos dois limites de acordo com o n.º1 do art. 67.º do CIRC, permitindo nesse período uma maior dedução de GFL decorrente da “folga” adicionada.

O reporte das “folgas” representa uma oportunidade para as empresas equilibrarem as suas contas, podendo compensar o excesso de gastos de financiamento de um período com o reporte de “folgas” num outro período, se os gastos de financiamento forem inferior a 30% do EBITDA. De acordo com a circular n.º 7/2013 nada impede que a “folga” possa ser utilizada na íntegra no período de tributação

¹⁰⁴ De acordo com a Circular n.º 7/2013 da Direcção de Serviços do IRC.

seguinte, desde que os gastos de financiamento desse período sejam iguais ou superiores ao valor resultante da soma do limite máximo dedutível com o da “folga” reportada.

De acordo com o n.º 4 do art. 67.º do CIRC: *“Para efeito do disposto nos n.ºs 2 e 3, consideram-se em primeiro lugar os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis e a parte não utilizada do limite referido no número anterior que tenham sido apurados há mais tempo.”* O legislador pretende que no caso de existência de diferimento do “excesso” ou de reporte de folga, de vários anos, estes montantes sejam acrescidos ou deduzidos conforme um critério *FIFO – first in first out*¹⁰⁵, considerando em primeiro lugar os apurados há mais tempo.

A circular n.º 7/2013 esclarece tanto no regime do diferimento do “excesso” como do reporte da “folga”, ambos os mecanismos se não forem utilizados não se transmitem entre sociedades. Deste modo, estes mecanismos apenas podem ser utilizados pelas sociedades que suportaram efectivamente os gastos, não se transmitindo para outras sociedades no âmbito de reestruturações empresariais, ainda que abrangidas pelo regime aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais, consagrado nos termos do art. 73.º e ss do CIRC.

O reporte dos GFL (diferimento do “excesso”), bem como o reporte da parte não utilizada que acresce ao montante máximo dedutível nos períodos subsequentes (reporte da “folga”), deixa de poder ser utilizado se se verificar a alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto do sujeito passivo.¹⁰⁶ Esta limitação perde a sua aplicação: *“no caso de ser aplicável o disposto no n.º 9 do artigo 52.º ou de ser obtida autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças em caso de reconhecido interesse económico, mediante requerimento a apresentar na Autoridade Tributária e Aduaneira, nos prazos previstos nos n.ºs 13 e 14 do artigo 52.º.”* de acordo com o previsto nos termos do n.º 8 do art. 67.º do CIRC.

Quando ocorra a cessação da actividade de determinada sociedade e exista valores em crédito, seja de “excesso” ou “folga”, aplica-se a regra geral de extinção do direito à dedução ou utilização dos montantes que não possam ser deduzidos ou

¹⁰⁵ O primeiro a entrar é o primeiro a sair. Neste caso utilizamos este acrónimo para explicar que os que são gerados há mais tempo, são utilizados em primeiro lugar.

¹⁰⁶ De acordo com o previsto no n.º 8 do art. 67.º do CIRC.

utilizados nesse período de tributação, calculando o limite previsto na alínea a) do n.º 1 do art. 67.º do CIRC proporcionalmente de acordo com o n.º 10 do art. 67.º CIRC.

4.4.7 Relação entre art. 23.º e art. 67.º do CIRC

Após a análise do art. 23.º do CIRC no capítulo 2 e do art. 67.º do CIRC no presente capítulo, é importante analisar a possível dependência entre os dois regimes. Cumpre fazer a ressalva que, a limitação à dedutibilidade dos GFL prevista nos termos do art. 67.º do CIRC, não obsta à aplicação das demais condições ou limites para a dedutibilidade dos gastos de financiamento, que resultam dos requisitos previstos no n.º 2 do art. 23.º do CIRC, dos limites à dedutibilidade dos juros de suprimentos estabelecidos na alínea m) do n.º 1 do art. 23.º-A do CIRC e do regime dos preços de transferência previsto nos termos do art. 63.º do CIRC.

Estas normas limitam a dedução de gastos, que apesar de serem devidamente contabilizados, não podem ser dedutíveis fiscalmente, quebrando assim o previsto na regra-geral nos termos do art. 23.º do CIRC. Cumpre nesta medida analisar a relação que se estabelece entre o art. 23.º do CIRC, enquanto princípio geral de dedutibilidade e o art. 67.º do CIRC, norma limitativa do princípio geral citado.

Analisando os regimes, verificamos que o art. 23.º do CIRC é uma norma geral, que permite aos contribuintes identificar quais os gastos que podem ser dedutíveis para determinação do lucro tributável. Para o âmbito de estudo do nosso trabalho, importa ter em atenção a al. c) do n.º 2 do art. 23.º do CIRC que permite deduzir, para efeitos de determinação do lucro tributável, os gastos de natureza financeira (p.e juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito).

Quanto ao art. 67.º do CIRC, verificamos que se trata de uma norma especial, operando uma limitação específica e excepcional da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento. Enquanto a norma geral nos permite deduzir os gastos de natureza financeira, para efeitos de determinação do lucro tributável – neste caso em concreto dos GFL, a norma específica vem limitar essa dedutibilidade, através do estabelecimento de limites, acima dos quais a dedutibilidade dos gastos de financiamento não são aceites. Parece-nos que entre estas duas normas existe uma

relação de especialidade, e sempre que isso sucede prevalece sempre a norma especial, “*lex specialis derogat legi generali*”¹⁰⁷”.

É extremamente necessário perceber qual a ordem de incidência de ambas as normas e delimitar a sua aplicação ao caso concreto. Analisando a *ratio legis*¹⁰⁸ do art. 23.º do CIRC, uma das suas principais funções é delimitar o conceito de gasto através da enumeração de gastos dedutíveis, não permitindo a dedução de gastos que não obedeçam aos seus requisitos. O art. 67.º do CIRC consagra a limitação em de dois limites estabelecidos, um fixo e outro variável dependente do EBITDA, como já referimos, não aceitando a dedutibilidade dos gastos acima desses limites, tendo como um dos seus principais objectivos a redução do endividamento excessivo das empresas, através de um equilíbrio entre os capitais próprios e o recurso ao financiamento por capitais alheios.

A lei revela-se bastante limitativa quando à aceitação dos gastos de financiamento, decorrente principalmente do tratamento pouco neutral entre os juros e dividendos, havendo um grande receio por parte do Estado, de um planeamento fiscal tanto interno como externo, operado a nível dos grupos de sociedades. O legislador impôs um regime limitativo de acordo com o presente nos termos do art. 67.º do CIRC, à livre dedutibilidade dos GFL imposta pelo art. 23.º do CIRC.

Considerando que ambas as normas impedem a dedutibilidade de gastos, art. 23.º do CIRC impede a dedução de gastos além dos previstos e art. 67.º do CIRC limita a dedutibilidade dos GFL, será qua a aplicação de uma norma exclui a aplicação da outra? Entendemos que não. ANTÓNIO MARTINS¹⁰⁹ entende que o legislador ao consagrar o novo regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, não elimina o facto de, antes de aplicar os limites previstos no art. 67.º do CIRC, estes terem de passar pelo crivo do art. 23.º do CIRC. Antes de podermos aplicar os mecanismos do art. 67.º do CIRC, os gastos têm ser dedutíveis, por via do art. 23.º do CIRC, cumprindo os seus requisitos. Deste modo para cálculo dos limites impostos pelo art. 67.º do CIRC, apenas podem ser considerados os gastos de financiamento dedutíveis nos termos do art. 23.º do CIRC

¹⁰⁷ Lei especial derroga lei geral.

¹⁰⁸ Razão da lei.

¹⁰⁹ MARTINS, ANTÓNIO, “A dedutibilidade dos Juros e a Noção de “Actividade” das Sociedades: a propósito do art. 23.º do CIRC”, RFPDF, n.º 4, Ano V, Inverno, p.100.

Concluindo, diremos que ambas as normas fazem sentido, sendo disposições que visam a solução de questões diversas, mas que no que toca aos GFL, quanto à sua aceitação e dedutibilidade e limitação da mesma, a aplicação de ambas as normas é essencial e complementar, mas como referido anteriormente, a norma do art. 67.º do CIRC como norma especial derroga a norma geral do art. 23.º do CIRC, não permitindo a livre dedutibilidade de gastos de financiamento acima dos limites estabelecidos pelo regime do art. 67.º do CIRC, mas também apenas podemos deduzir os gastos de financiamento que sejam dedutíveis no âmbito do art. 23.º do CIRC.

4.4.8 Limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento no RETGS

O legislador considerou necessário consagrar a limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento no âmbito do regime especial de tributação dos grupos de sociedades¹¹⁰. Cumpre primeiramente analisar a norma aplicável em 2013, comparando-a com a norma em vigor actualmente. Desta forma nos termos do n.º4 do art. 67.º do CIRC, na redacção da Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro, “*No caso de entidades tributadas no âmbito do regime especial de tributação de grupos de sociedades, o disposto no presente artigo é aplicável a cada uma das sociedades do grupo.*” Esta norma introduziu, à semelhança do adoptado em outros ordenamentos, a aplicação dos limites presentes no art. 67.º do CIRC a cada uma das sociedades pertencentes ao grupo societário. Procedendo a uma comparação do regime em vigor em 2013 em Portugal, com o regime em vigor em Espanha, nos termos do art. 20.º (4) TRLIS¹¹¹ verificamos que a solução adoptada pelo legislador nacional é mais benéfica para o sujeito passivo, porque permite que os limites elencados no n.º 1 do art. 67.º do CIRC sejam aplicáveis apenas a cada uma das sociedades, individualmente, pertencentes ao RETGS. A solução adoptada pelo legislador espanhol prejudica, regra geral, os sujeitos passivos, aumentando os gastos dedutíveis por serem calculados numa óptica consolidada e não individual. Numa perspectiva de grupo societário, o regime espanhol desincentiva as sociedades a contraírem financiamentos que acarretem grandes gastos, não permitindo a dedutibilidade a nível individual, das empresas sujeitas ao RETGS.

¹¹⁰ O RETGS está previsto no disposto do Art. 69.º e ss do CIRC.

¹¹¹ Actual art. 16.º (4), da Ley 27/2014 de 27 de Novembro, que continua a aplicar o regime a todo o grupo.

Os limites impostos pelos legisladores são mais facilmente atingidos numa óptica consolidada do que numa óptica individual, mas veremos que há casos em que a dedutibilidade no grupo é mais benéfica que a dedutibilidade individual.

Na redacção actual¹¹², nos termos do n.º 5 do art. 67.º do CIRC o legislador prevê: *“Nos casos em que exista um grupo de sociedades sujeito ao regime especial previsto no artigo 69.º, a sociedade dominante pode optar, para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo, pela aplicação do disposto no presente artigo aos gastos de financiamento líquidos do grupo nos seguintes termos:*

- a) O limite para a dedutibilidade ao lucro tributável do grupo corresponde ao valor previsto na alínea a) do n.º 1, independentemente do número de sociedades pertencentes ao grupo ou, quando superior, ao previsto na alínea b) do mesmo número, calculado com base na soma algébrica dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurados nos termos deste artigo pelas sociedades que o compõem;*
- b) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo relativos aos períodos de tributação anteriores à aplicação do regime e ainda não deduzidos apenas podem ser considerados, nos termos do n.º 2, até ao limite previsto no n.º 1 correspondente à sociedade a que respeitem, calculado individualmente;*
- c) A parte do limite não utilizado, a que se refere o n.º 3, por sociedades do grupo em períodos de tributação anteriores à aplicação do regime apenas pode ser acrescido nos termos daquele número ao montante máximo dedutível dos gastos de financiamento líquidos da sociedade a que respeitem, calculado individualmente;*
- d) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo, bem como a parte do limite não utilizado a que se refere o n.º 3, relativos aos períodos de tributação em que seja aplicável o regime, só podem ser utilizados pelo grupo, independentemente da saída de uma ou mais sociedades do grupo.*

Este regime é diferente do que foi inicialmente instituído pelo legislador. Esta modificação do regime, decorrente das alterações substanciais que o CIRC sofreu em

¹¹² Lei n.º 82-C/2014, de 31 de Dezembro.

2014, permite que as sociedades dominantes¹¹³ gozem de liberdade de optar, nos termos do n.º 5 do art. 67.º do CIRC, para efeitos de determinação do lucro tributável pela aplicação do regime presente no disposto artigo.

Esta solução adoptada pelo legislador visa evitar a penalização das sociedades em que existe uma elevada discrepância entre o EBITDA e os encargos financeiros dedutíveis. Apresentamos um exemplo prático das sociedades A, B, C e D (em milhões de euro).

	A	B	C	D
EBITDA	2000	100	-100	-300
GFL	150	200	30	20
LIMITE	600	30	1	1

Comparando o regime previsto no CIRC de 2013 e 2014, os cálculos tem de ser realizados a nível individual e a nível do grupo, assumindo que optamos pelo regime do grupo em 2014.

No regime de 2013 verificamos que apenas a sociedade A consegue deduzir a totalidade dos seus GFL, de acordo com o limite dos 30% sobre o EBITDA (assumimos que o limite é 30%, para efeitos meramente académicos não aplicando ao caso o regime transitório). As sociedades B, C, e D não conseguem deduzir a totalidade dos GFL, aplicando-se à sociedade C e D o limite previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 67.º CIRC, de €1.000.000¹¹⁴. O total de GFL dedutíveis, a nível individual das quatro sociedades seria de 182 (150+30+1+1).

Face ao regime de 2014 e aplicando a opção prevista no n.º 5 do art. 67.º do CIRC, o limite total de gastos de financiamento possíveis de dedução é de $1700^{115} * 0,3^{116} = 510$, permitindo a dedução na totalidade dos GFL do período – 400 (150+200+30+20), resultante da soma dos GFL das quatro sociedades. Esta opção pretende assim evitar, nos grupos societários, processos de reafecção de dívida para as sociedades que

¹¹³ Uma sociedade é dominante quando detém, directa ou indirectamente, pelo menos, 75% do capital de outra ou outras sociedades (dominadas) e a participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto, de acordo com o previsto no n.º 2 do art. 69.º do CIRC.

¹¹⁴ Limite de um milhão em vigor apenas a partir de 2014.

¹¹⁵ Soma dos EBITDA das quatro sociedades.

¹¹⁶ Limite imposto na alínea b) do n.º 1 do art. 67.º CIRC.

apresentassem elevados valores de EBITDA. Deste modo a opção consagrada pela norma, permite a dedutibilidade dos juros no EBITDA do grupo, apurado através da soma algébrica dos EBITDA das sociedades pertencentes ao RETGS.

A opção por parte da sociedade dominante deve ser mantida por um período mínimo de três anos, a contar da data em que se inicia a sua aplicação, nos termos do n.º 6 do art. 67.º do CIRC. De acordo com o n.º 7 do art. 67.º do CIRC: “*A opção mencionada no n.º 5 deve ser comunicada à Autoridade Tributária e Aduaneira através do envio, por transmissão electrónica de dados, da declaração prevista no artigo 118.º, até ao fim do 3.º mês do período de tributação em que se pretende iniciar a respectiva aplicação.*” Foi estabelecido nesta norma os mesmos prazos previstos nos termos da alínea a) do n.º 7 do art. 69.º do CIRC, para a comunicação da opção pelo regime especial de tributação dos grupos de sociedades. Também carece de comunicação à AT, por parte da sociedade dominante as alterações na composição do grupo, a renúncia à aplicação do regime ou a sua cessação, de acordo com o previsto no n.º 7 do art. 69.º do CIRC.

A opção prevista no n.º 5 do art. 67.º do CIRC implicou uma correspondente modificação do art. 70.º do CIRC. No regime anterior o n.º 1 do art. 70.º do CIRC previa: “*Relativamente a cada um dos períodos de tributação abrangidos pela aplicação do regime especial, o lucro tributável do grupo é calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo.*”

Com a alteração ao n.º 1 do art.70.º do CIRC introduzida pela Lei n.º 2/2014, passou a prever-se que o resultado fosse ajustado em função da opção prevista nos termos do n.º 5 do art. 67.º do CIRC: “*Relativamente a cada um dos períodos de tributação abrangidos pela aplicação do regime especial, o lucro tributável do grupo é calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo, corrigido, sendo caso disso, do efeito da aplicação da opção prevista no n.º 5 do artigo 67.º.*” Desta forma relativamente ao regime aplicável ao RETGS, devem ser aplicadas as regras gerais do art. 67.º do CIRC para efeitos do apuramento do lucro tributável de cada uma das empresas pertencentes ao

grupo, caso seja exercida a opção prevista no n.º 5 do art. 67.º do CIRC, havendo lugar se for necessário à correcção do lucro tributável do grupo decorrente da aplicação da opção.

De acordo com o exposto da nova redacção do art. 70.º do CIRC como se aplica a disposição da parte final? A norma supracitada calcula o lucro tributável do grupo através da soma algébrica a nível individual, os limites impostos pelo n.º 1 do art. 67.º também são calculados a nível individual e depois ajustados no grupo? Cabe apresentar duas soluções:

1. Calcula-se o lucro tributável individual de cada sociedade, aplicando a seguir o limite do n.º 1 do art. 67.º do CIRC e a eventual diferença entre a soma dos GFL dedutíveis em cada sociedade e a dedução de GFL que resultar do EBITDA consolidado do grupo, teria de ser nos termos do art. 70.º corrigido na declaração do grupo.
2. Analisa-se o EBITDA fiscal do grupo e verificando-se que os GFL do grupo são dedutíveis na totalidade, no lucro tributável individual aplica-se a dedução dos juros, não tendo de proceder a qualquer ajustamento na declaração do grupo. Esta solução permite a dedução a nível individual com referência ao EBITDA fiscal do grupo.

Da leitura do art. 70.º CIRC resulta que o que se corrige é o lucro consolidado, resultante da soma algébrica dos lucros individualmente apurados, afastando deste modo a solução apresentada de correcção a nível individual. Aliás, parecia ser esse o entendimento da AT.¹¹⁷

A nível das regras de “diferimento” do excesso ou “reporte” da folga dos GFL, o legislador consagrou regras específicas para estes mecanismos, nos termos das quais o excesso ou folga de GFL apurados por sociedades do grupo em períodos de tributação anteriores ao da aplicação do RETGS apenas poderão ser considerados na esfera individual da sociedade que apurou o excesso ou folga.

Este regime, como defende a doutrina carece de alguns “acertos” quanto às regras de aplicação, não apenas a nível do RETGS como a nível do regime em geral,

¹¹⁷ Circular n.º 5/2015, de 31 de Março de 2015.

levando a que o problema seja discutido, actualmente, não apenas internamente em cada Estado, mas principalmente a nível da OCDE. Deste modo cumpre analisar no seguinte capítulo o regime da dedutibilidade dos gastos de financiamento a nível da OCDE.

5. A LIMITAÇÃO DA DEDUÇÃO DOS GASTOS DE FINANCIAMENTO NO PLANO DA OCDE

5.1 OCDE – BEPS

Os grupos multinacionais têm tido um impacto directo na capacidade de angariação de receitas fiscais por parte dos Estados, através do recurso a estratégias de minimização da carga fiscal. Face a este problema, de perda de receitas fiscais, os ordenamentos jurídicos têm procurado ao longo das últimas décadas soluções para combater a erosão da base tributária, operada através da deslocalização dos lucros para países com uma menor carga fiscal para os contribuintes. Verificamos ao longo do trabalho, que o Estado português que procurou, desde início, combater este problema, quer seja através do anterior regime da subcapitalização quer seja posteriormente através do regime actual da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento. O Estado através dos regimes instituídos, não visou apenas a redução do endividamento excessivo das empresas, mas também a redução das perdas de receitas fiscais.

Actualmente têm-se assistido a um debate, centrado no domínio da ética empresarial, nomeadamente no que respeita à relação entre a prossecução pelas empresas da minimização da carga fiscal a que são sujeitas e a sua responsabilidade social.

Os Estados, têm recorrido à fiscalidade para combater este problema, assente no pressuposto de que a fiscalidade é um instrumento privilegiado de política económica, através do qual o Estado pode intervir no mercado, por forma a gerir o delicado equilíbrio entre os diversos interesses da Sociedade, Estado e Empresas. Neste âmbito a OCDE apresentou, promovido pelo G20¹¹⁸, o *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan* – Plano de Acção BEPS, visando o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação. Para Saint-Amans, Director do Centro de Política Fiscal e Administração da OCDE (OECD's Centre of Tax Policy and Administration), o Plano de Acção representará o fim da era de ouro “do não pagamos tributos em lugar algum”. O plano de acções apresentado pretende uma tomada de

¹¹⁸ Surge no decurso da reunião dos Ministros das Finanças dos Estados-Membros do G20, realizada em 23 de Julho de 2013.

posições activas dos estados perante este grave problema, traduzindo-se numa elevação do padrão de *best practices* a serem implementadas no plano fiscal, bem como a nível de *fair share* a ser suportado em matéria de pagamento de impostos.

O Plano de Acção apresentado tem o potencial de transformar as regras de *Transfer Pricing*(TP)¹¹⁹, subdividindo-se em 15 acções. No âmbito do nosso trabalho apenas vamos analisar a Acção 4 - *Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*¹²⁰, que incide sobre o tema em estudo. Existe um conjunto de factores que têm sido determinantes para que este Plano de Acção tenha assumido um carácter prioritário, tornando-se crescentemente relevante e ocupando uma parte importante da agenda em 2015 e 2016 dos responsáveis dos grupos multinacionais, bem como a dos principais agentes políticos. Também a recente atenção que os meios de comunicação social têm prestado às práticas fiscais internacionais de grupos multinacionais, contribuiu significativamente para que o tema tenha emergido como umas das prioridades no debate político internacional.

Esta acção aborda a dedutibilidade fiscal de determinados encargos decorrentes de operações financeiras, destacando o pagamento de juros entre entidades relacionadas. O principal objectivo desta Acção 4, é desenvolver recomendações relativas às boas práticas para a elaboração de normas que previnam a erosão da base tributária através da dedutibilidade excessiva de juros. No caso de um financiamento de uma entidade, residente numa jurisdição de baixa tributação, para com uma entidade relacionada, residente numa jurisdição de tributação elevada, o pagamento dos juros decorrente do financiamento pode conduzir a deduções excessivas na esfera da entidade pagadora sem a correspondente inclusão rendimento na esfera da entidade que recebe o pagamento, caso já anteriormente analisado. Estas recomendações visam evitar a contratação de elevados níveis de dívida por parte de grupos de sociedades, através das empresas residentes em países com maior carga fiscal.

A Acção 4 formula recomendações, sobre as melhores páticas, com vista à concepção de regras, que impeçam a erosão da base tributária através da dedução excessiva de juros. A OCDE define abordagens alternativas, da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, coerente com o enquadramento fiscal

¹¹⁹ Preços de Transferência.

¹²⁰ Limitar a erosão da base tributável através da dedução de juros e outros rendimentos equivalentes.

internacional. Foram apresentadas a discussão em 18 de Dezembro de 2014, as seguintes abordagens:

1. **Fixed Ratio** – a dedução de gastos de financiamento suportados pelas empresas deverão ser limitados com base numa percentagem fixa – p.e sobre o EBITDA (variável entre 10% a 30% do EBITDA), contudo a fixação da percentagem deverá ter em consideração o nível de endividamento da empresa e o sector em que desenvolve a actividade, visando garantir um nível de dedutibilidade apropriado com base nas características de cada empresa. Esta abordagem prende-se com a possibilidade de limitar a dedutibilidade de juros de cada entidade, com base numa relação fixa entre receita, activos ou capital. A percentagem calculada sobre o EBITDA permite apurar o limite máximo permitido de dedutibilidade dos gastos de financiamento.
2. **Group-Ratio Rules** – o montante total de gastos financeiros dedutíveis por um grupo de sociedades, deverá ter como limite máximo os gastos suportados pelo grupo em empréstimos contraídos com entidades terceiras. Os gastos suportados pelo grupo têm de se demonstrar razoáveis de acordo com a actividade económica desenvolvida, devendo ser alocados a cada uma das sociedades que compõem o grupo. O valor resultante desta alocação designa-se por “*Interest Cap*”, representando o montante máximo dedutível por cada entidade a título individual. Resumindo esta abordagem consiste na adopção de regras anti-abuso que visam limitar a dedução de juros numa óptica do grupo, limitando as deduções efectuadas pelo grupo na sua totalidade ao montante de juros efectivamente pagos a entidades terceiras.
3. **Abordagem Mista** – esta abordagem permite que uma entidade com gastos de financiamento superiores ao limite estabelecido pelo *Fixed Ratio* possa deduzir os seus gastos de financiamento através do seu *Group Ratio*, a nível mundial.
4. **Carryforward e Carryback** – o reporte dos gastos de financiamento não utilizados e a inutilização da capacidade total de dedução dos mesmos, no caso de deduções inferiores aos máximos permitidos, podem ser reportados e transferidos, nos períodos de tributação seguintes.

Fazendo uma breve conclusão, a Acção 4 procura formular recomendações relativas à elaboração de normas internacionais anti-abuso. Neste âmbito, a maioria das jurisdições¹²¹ já dispõem de regras anti-abuso.

5.2 Recomendações da OCDE – Instrumentos de Soft-Law

Cumpra neste ponto, tecer alguns comentários sobre as recomendações da OCDE. A OCDE tem ao seu dispor certos instrumentos¹²², os quais possibilitam o cumprimento dos seus objectivos. Uma das formas de a OCDE actuar, perante os seus membros, é através de recomendações, como demonstrado no caso do BEPS. Estas recomendações emanadas da OCDE, são meros instrumentos de *soft law*, não havendo uma obrigação de os Estados as adoptarem, uma vez que carecem de carácter vinculatório.

Segundo LINDA SENDEN o *soft law* são “*normas de conduta enunciadas em instrumentos desprovidos de força jurídica obrigatória por si próprios, mas que podem, todavia, produzir alguns efeitos jurídicos – indirectos – e cujo objectivo consiste potencialmente na produção de efeitos práticos.*”¹²³. Apesar das recomendações carecerem de carácter vinculatório, estes instrumentos visam produzir efeitos. A adopção das recomendações não substitui a legislação, já que constituiria uma violação do princípio da atribuição de poderes.

A adopção das recomendações tem natureza voluntária, não estando associadas ao seu incumprimento quaisquer sanções jurídicas, mas muitas das vezes as sanções advindas são bastante eficazes, decorrente da pressão imposta sobre os destinatários para conformação com o “*standard*” normativo. A sua adopção concretiza-se numa combinação de “*peer pressure*” e “*benchmarking*”, assente no efeito de demonstração de boas práticas eficazes na solução de problemas concretos.

Apesar dos planos de acção e dos relatórios finais do BEPS constituírem meras recomendações, existem actualmente implicações práticas, ao nível da alteração de

¹²¹ p.e Alemanha, Brasil, França, Holanda, Luxemburgo, México, Portugal, Reino Unido.

¹²² A OCDE pode tomar decisões que obriguem os seus membros, fazer recomendações ou concluir acordos com os seus Membros, Estados não membros ou organizações internacionais.

¹²³ Linda Senden, “*Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*”, EJCL, Vol. 9, 1/01/2005.

legislação por parte dos Estados, com a adopção de parte das recomendações já emitidas. É expectável que os sistemas fiscais nacionais venham a adoptar medidas adicionais, razão pela qual os agentes económicos deverão monitorizar, de forma efectiva, os impactes resultantes do BEPS ao nível das suas operações e a forma como as mesmas se encontram estruturadas, podendo, eventualmente, resultar na necessidade de reequacionar a sua estrutura corporativa, financeira e o próprio modelo de negócio.

5.3 Posição adoptada no Relatório Final – BEPS

O relatório final da Acção 4 do BEPS foi divulgado em 5 de Outubro de 2015. Este relatório resultou de um intenso debate político internacional sobre o planeamento fiscal utilizado por grupos internacionais, adoptando uma abordagem assente em duas regras basilares – *fixed ratio rule* e *group ratio rule*.

No relatório final, a OCDE recomendou que os países implementassem uma regra de *fixed ratio*, recaindo sobre esta regra por ser a mais eficiente, que limitaria a dedução dos juros reivindicados por uma sociedade, ou por um grupo de sociedades, sobre o seu EBITDA. A OCDE recomenda que a percentagem a adoptar deve oscilar entre 10% a 30% do EBITDA, situando-se entre este intervalo, porque segundo um estudo realizado a nível mundial, os grupos com EBITDA positivo têm na maioria rácios de 5%, ou menos, de gastos de financiamento face ao seu EBITDA. Desta forma se o limite máximo for de 10%, calculado sobre o EBITDA, o relatório indica que 62% desses grupos conseguem de deduzir todos os seus gastos de financiamento e que 87% destes mesmos grupos conseguem deduzir com o limite de 30%, calculado sobre o EBITDA. Houve países que criticaram as percentagens recomendadas pela OCDE, mas se a percentagem adoptada sobre o EBITDA fosse superior a 30%, as acções do BEPS perderiam o seu carácter preventivo, não produzindo os seus devidos efeitos.

O relatório apresenta diversos factores para que os países possam optar por uma percentagem mais baixa ou mais elevada em função das suas características. Por exemplo os países que não adoptam a regra do *group-ratio* devem considerar optar por uma percentagem mais elevada (30%), assim como os países que não adoptam os mecanismos de diferimento do “excesso” ou reporte da “folga”.

O facto de os Estados adoptarem uma percentagem fixa, igual para todas as empresas, não tem em consideração, os diferentes índices de alavancagem, consoante as empresas, o sector em que estão inseridas e as actividades desenvolvidas. Muitas indústrias estão sujeitas a uma grande flutuação, decorrente da sua actividade, e o facto de adoptarem percentagens fixas, não permite que o limite calculado sobre o EBITDA, se adapte às referidas flutuações, podendo em certas situações ser prejudicial para determinadas empresas.

A OCDE recomenda, além da adopção da regra do *fixed ratio*, a adopção de uma regra complementar – *Group-Ratio*, ideal para os grupos societários altamente alavancados, p.e grupos de sectores energéticos. Perante esta regra, no caso de uma sociedade suportar num determinado período, gastos de financiamento superiores ao *fixed ratio* instituído para o seu país, poderá deduzir os gastos de financiamento até ao *Group-Ratio*, a nível mundial. Esta opção deriva da possibilidade de adopção, por parte dos países, de um índice de referência considerado baixo (10% do EBIDA) para as sociedades que compõem o seu tecido empresarial. A aplicação da regra do *Group-Ratio* não é obrigatória, porém quando não seja adoptada uma regra de relação com o grupo, deve-se aplicar o *fixed ratio* a entidades pertencentes a grupos multinacionais e nacionais, sem qualquer tipo de discriminação. Cada um dos países goza da possibilidade de aplicação de uma majoração até 10%, para os gastos de financiamento do grupo, incorridos com terceiros, para evitar a dupla tributação.

Quanto aos mecanismos de *Carryforward* e *Carryback*, o relatório final sugere a aplicação de limites, quer a nível do número de anos para a sua utilização, quer no estabelecimento de uma percentagem fixa (10%) de redução dos montantes a reportar ou a transportar quer no estabelecimento de um limite máximo de 1 milhão de USD¹²⁴ para estes montantes.

O relatório final deixa em aberto a calendário para a adopção de novas regras em resposta à Acção 4, mas reconhece os custos associados à mudança das práticas fiscais, por parte das empresas e recomenda os países a introduzir o *fixed ratio* e o *group ratio* devendo possibilitar aos contribuintes um prazo razoável para a reestruturação dos seus acordos.

¹²⁴ Dólares dos Estados Unidos da América.

5.4 Impacto das recomendações da OCDE no ordenamento português

Analisado o regime português, no capítulo anterior, cumpre agora tecer alguns comentários face às recomendações da OCDE, provenientes do relatório final, da Acção 4. Como referimos anteriormente, a adopção, das recomendações sendo um instrumento de *soft law* e não tendo carácter vinculativo, depende da vontade dos países, não podendo ser realizada de uma forma simples, mas através de uma coordenação entre os vários Estados, procurando evitar a desarticulação entre os regimes adoptados.

No caso do ordenamento jurídico português, verificamos que algumas das recomendações emanadas da OCDE já se encontram reflectidas na legislação nacional. Comparando as recomendações da OCDE com o nosso regime actual em vigor, nos termos do art. 67.º do CIRC, verificamos que o legislador consagra dois limites para a limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, um limite fixo de €1.000.000 e um limite variável, calculado através de uma percentagem fixa de 30% sobre o EBITDA. De modo a que as sociedades se adaptassem a este novo regime foi estabelecido um regime transitório até 2017, com a aplicação de diferentes percentagens sobre o EBITDA, para cada um dos anos. Atingindo o ano de 2017 o limite é calculado sobre 30% do EBITDA apurado.

Verificamos que face ao exposto, Portugal já adopta grande parte das recomendações emanadas da OCDE, na Acção 4 do BEPS, mas a norma de limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento continua a ser aplicada sem atender às características de cada empresa, assim como não permite ao contribuinte ilidir a sua presunção. Cumpre no capítulo seguinte expor as nossas críticas ao actual regime. Como citado anteriormente, é esperado que os Estados procedam a alterações nos seus regimes, convergindo com as recomendações da OCDE.

6. CRÍTICAS AO ACTUAL REGIME

Após a análise, não só do regime português, mas também de outros ordenamentos, assim como de jurisprudência comunitária e das recomendações da OCDE, estamos em posição de, neste capítulo, tecer algumas críticas face à norma em vigor nos termos do art. 67.º do CIRC.

Ao longo do nosso trabalho, temos procurado por vezes, apresentar algumas críticas e conclusões sobre determinados temas, mas cabe agora individualizar essas críticas. Uma primeira crítica surge no âmbito das alterações, sucessivas, ao art. 23.º do CIRC. Esta norma é bastante importante na análise do nosso tema, na medida em que, como afirmamos anteriormente, estamos perante uma regra geral de dedutibilidades dos gastos. Nas últimas alterações operadas, o legislador preocupou-se em retirar da norma o requisito da indispensabilidade, mas manteve o requisito da comprovação, verificado através da existência de uma relação intrínseca entre a aceitação dos gastos e a obtenção de rendimentos. Apesar das alterações, o legislador continua sem definir o conceito de gasto, possibilitando uma ampla liberdade de dedução, não esclarecendo a questão de saber se apenas são dedutíveis os gastos suportados pelo sujeito passivo, para obter ou garantir rendimentos efectivamente sujeitos a tributação ou se, serão aceites igualmente gastos relacionados com rendimentos sujeitos mas isentos ou sujeitos a taxas reduzidas. Apesar de no capítulo 2 entendermos que, se o legislador pretendesse excluir do âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 23.º do CIRC os gastos referentes a rendimentos isentos ou sujeitos a redução de taxa, teria consagrado expressamente, ficamos com algumas dúvidas quanto à interpretação da norma em apreço, se estão ou não excluídos do âmbito de aplicação do art. 23.º do CIRC. Apesar do art. 23.º ter sido alvo de sucessivas alterações, muitas questões continuam em aberto sem qualquer resposta ou entendimento.

Quanto ao regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento em vigor nos termos do art. 67.º do CIRC, uma das críticas a apontar é a remoção da cláusula de salvaguarda¹²⁵, anteriormente presente no regime da subcapitalização nos termos do n.º 6 do art. 67.º do CIRC¹²⁶. A cláusula de salvaguarda, não foi transposta para o novo regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento. Esta

¹²⁵ Pela Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro de 2012.

¹²⁶ Redacção em vigor até Dezembro de 2012.

cláusula de salvaguarda possibilitava ao sujeito passivo afastar a presunção presente nos termos do n.º 2 do art. 67.º do CIRC (Subcapitalização), com exceção dos casos de endividamento perante entidades residentes em país, território ou região claramente mais favorável que conste de lista aprovada pela portaria do Ministro das Finanças. Cabia ao sujeito passivo, alvo da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, demonstrar que mesmo excedendo o coeficiente de endividamento, poderia ter obtido o mesmo nível de endividamento em condições análogas com uma entidade independente, afastando desta forma a limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento. O contribuinte gozava da possibilidade de provar a adequação do financiamento, salvaguardando a autonomia das empresas, afastando a presunção de endividamento excessivo, prevista na norma através do uso da cláusula de salvaguarda. Nestes casos o contribuinte demonstrava que o endividamento excessivo era motivado por meras decisões de gestão e não por motivos exclusivamente fiscais.

Além das críticas apresentadas, ao longo do nosso trabalho, temos criticado a aplicação da norma prevista nos termos do art.º 67.º do CIRC a entidades com características completamente diferentes e com níveis de alavancagem completamente díspares. Apesar de a norma estabelecer dois limites, um fixo (€1.000.000) e outro variável (em função do EBITDA), aplicável à dedutibilidade dos gastos de financiamento, verificamos que estamos perante um regime bastante rígido. Uma das recomendações da OCDE visa ajustar os regimes em função das características de cada entidade, procurando ter um limite variável em função do EBITDA, ou do EBIT, mais flexível tendo em conta o tipo de características de cada entidade. Não podemos, como referimos no capítulo anterior, aplicar os mesmos limites a uma empresa do sector alimentar e a uma empresa do sector petrolífero ou tecnológico, cada uma com as suas próprias características, decorrente do sector em que se inserem e sujeitas a diferentes níveis de alavancagem. Neste caso estamos perante situações empresariais diferentes que deveriam ser sujeitas a limites diferentes, pois apesar de um dos limites variar em função do EBITDA, a percentagem aplicada sobre o EBITDA é sempre de 30%. Estas limitações presentes nos termos do art. 67.º do CIRC exigem um sacrifício acrescido às empresas com maiores recursos e com maiores necessidades de endividamento, deixando de fora do seu âmbito de aplicação a generalidade das PME, que constituem grande parte do tecido empresarial português.

Não podemos afirmar que as empresas de capital intensivo são as únicas prejudicadas, porque p.e empresas que se encontram em início de actividade, são também prejudicadas pelo forte financiamento a que recorrem para fazer face aos seus investimentos iniciais. Podemos concluir que as empresas já implementadas no mercado, regra geral, podem ter uma certa vantagem face às empresas em início de actividade, pelo simples facto de não terem de recorrer a financiamentos, salvo excepções.

Apesar da rigidez do regime actual da limitação dos gastos de financiamento, o legislador introduziu na norma em estudo, os mecanismos da “folga” e do reporte, pretendendo tornar o regime mais flexível, “ajustando” a limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento durante um período de 5 anos. Podemos criticar o prazo estabelecido em 5 períodos seguintes, porque em muitos dos casos estes prazos não se compatibilizam com os prazos normais de recuperação dos investimentos efectuados pelas sociedades, revelando-se prejudiciais. Mas também não podemos defender a aplicação de prazos para os mecanismo por tempo ilimitado, como no caso italiano, porque a norma seria desvirtuada, nessa medida estaríamos perante uma limitação momentânea, que seria dissolvida nos períodos seguintes.

A criação da norma, presente nos termos do art. 67.º do CIRC, deriva do tratamento desigual, entre a aceitação dos juros, ainda que limitados, e a tributação dos dividendos, tantas vezes citado ao longo do nosso trabalho. Este tratamento desigual já se verificava no anterior regime da subcapitalização.

Nas conclusões alcançadas nas XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, ocorridas em Lisboa, Portugal em 1998, evidenciou-se a tendência da CE, no sentido de conceder tratamento igualitário das leis de subcapitalização perante os financiamentos obtidos de terceiros como o realizado com fundos próprios: *“As legislações positivas deveriam estrutura-se de modo a respeitar padrões de equidade horizontal e neutralidade, procurando tributar de forma idêntica tanto o financiamento obtido de terceiro como o realizado com fundos próprios.”*. Este diferente tratamento foi a principal causa do endividamento excessivo através do financiamento por capitais alheios. Os órgãos gestores das sociedades foram, podemos dizer, “convidados” a recorrer ao financiamento através de capitais alheios, na medida em que os juros decorrentes, p.e dos empréstimos bancários eram aceites, contrapondo com a dupla

tributação dos dividendos, na óptica da sociedade e do sócio/accionista em sede de IRS. Este “privilégio” atribuído aos juros permitiu a transferência de dividendos ocultos para países com menor carga fiscal, sob a veste de juros, entre sociedades residentes em ordenamentos jurídicos diferentes.

Cumpram apontar uma outra crítica, quanto ao objectivo principal do Governo com a adopção da norma em apreço, “... *promover a redução do endividamento excessivo da economia e a mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da actividade económica através da dívida.(...)impondo, de forma gradual, um esforço de reajustamento por via da sua recapitalização*”.¹²⁷ O principal objectivo da norma é a redução do elevado endividamento excessivo, mas também privilegiar o recurso a capitais próprios em detrimento do recurso a capitais alheios, procurando equilibrar as distorções causadas pelo tratamento desigual entre o recurso a capitais próprios e alheio. Face à situação económica que o país atravessa, as empresas vivem momentos de falta de liquidez, pelo que podemos afirmar que a medida introduzida pode não ter os efeitos esperados, quanto à redução do endividamento excessivo, porque cada vez mais há necessidade de recurso ao financiamento, preferencialmente externo. O problema do endividamento excessivo não se verifica desde agora, é um problema que já se verifica há muitos anos.

¹²⁷P. 61 Do Relatório do OE para 2013, disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013_rel.pdf

7. POSIÇÃO ADOPTADA

Cumprir neste capítulo expor e fundamentar a posição adoptada, face às críticas enumeradas no capítulo anterior. Existem três posições que podem ser adoptadas: 1) declaração da inconstitucionalidade da norma prevista nos termos do art. 67.º do CIRC, com base na jurisprudência dos tribunais alemães; 2) modificação do art. 67.º do CIRC, através de algum aditamento ou suprimento; ou 3) manutenção da norma em vigor, nos termos do actual art. 67.º do CIRC.

Quanto à possibilidade de adopção da posição de declaração de inconstitucionalidade da norma, cumpre apresentar a decisão, dos tribunais alemães, quanto à norma da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento. Deste modo verificamos que, a 18 de Dezembro de 2013, uma decisão do Bundesfinanzhof (Tribunal Federal das Finanças Alemão), suspendeu a aplicação deste regime, por dúvidas quanto à constitucionalidade da norma. O tribunal manifestou a sua preocupação quanto à constitucionalidade da regra de limitação da dedução de juros, à luz do princípio geral da igualdade consagrado no art. 3.º da Constituição Alemã.

A argumentação do Tribunal Federal das Finanças Alemão prende-se: I) a norma que limita a dedutibilidade dos juros é um desvio à regra da dedutibilidade, nesse período, dos gastos; II) um desvio deste tipo apenas pode ser aceite e justificado a fim de obter um outro benefício, tal como a redução das taxas de imposto; III) esta regra não pode ser justificada com base numa finalidade fiscal qualificada, isto é visando evitar a perda de receitas fiscais que são imprevisíveis. O tribunal também duvidou que a regra da limitação à dedução de juros possa ser justificada como uma medida anti-abuso, por não ser suficientemente precisa para cumprir com o seu propósito, defendendo que a norma não é apenas aplicável aos casos de acordos puramente artificiosos, podendo até nem ser aplicável a estes acordos artificiosos nos casos em que estes não excedam os limites impostos pela norma. Perante estes factos o tribunal alemão considerou que o interesse do contribuinte na suspensão da execução da norma é superior ao interesse público na execução da mesma. Esta decisão não é final, o caso tem de ser apreciado pelo Bundesverfassungsgericht, (Tribunal Constitucional Federal Alemão), apenas este Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da norma, até então a sua execução está suspensa.

Face ao exposto concluímos que há argumentos apresentados pelo tribunal alemão que fazem sentido, mas há outros que não podem ser defendidos no nosso ordenamento jurídico. Cumpre neste caso apresentar de seguida um argumento defendido à luz do direito nacional português e outro argumento que não podemos defender.

Quando o tribunal refere que o regime da limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, não é apenas aplicável a acordos puramente artificiosos, podendo até nem ser aplicáveis a estes acordos, nos casos em que não excedam os limites impostos pela norma, e que por esse motivo não considera a regra da limitação à dedução de juros justificada como uma medida anti-abuso, não podemos à luz do nosso ordenamento, fazer o mesmo juízo de valor. Temos primeiramente de proceder a uma ressalva, não há dúvidas que o art. 67.º do CIRC, assim como o anterior regime da subcapitalização, constituem uma norma específica anti-abuso¹²⁸. Os sujeitos passivos são livres de realizar operações de planeamento fiscal, sendo regra geral lícitas, no entanto cabe distinguir certos negócios que a lei considera abusivos, os quais são objecto de normas específicas anti-abuso ou da norma geral anti-abuso. SALDANHA SANCHES divide o planeamento fiscal em dois tipos: legítimo¹²⁹ e ilegítimo¹³⁰.

A norma prevista nos termos do art. 67.º do CIRC, tem como objectivo principal, desde a sua génese, a redução do endividamento excessivo, mas temos de ter em atenção que esta norma visava, e visa na actualidade, impedir a transferência de rendimentos para países com menor carga fiscal, sob a veste de juros, possibilitada pelo tratamento desigual entre os juros e dividendos.

¹²⁸ Ac. TCAS de 15/02/2010, processo n.º 0425510: “As normas anti-abuso encontram a sua “raison d’être” no comportamento evasivo e fraudatório dos sujeitos passivos em matéria fiscal tem e na necessidade de estabelecer meios de reacção adequados por forma a garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas (cfr.art.º.103, n.º.1, da C.R. Portuguesa).”

¹²⁹ O planeamento fiscal legítimo consiste numa técnica de redução da carga fiscal, no qual o sujeito passivo escolhe a solução que está associada a menores encargos fiscais, dentro das possibilidades que o ordenamento jurídico disponibiliza, ou seja, as quais têm lugar intra legem.

¹³⁰ Já o planeamento fiscal abusivo, ou evasão fiscal, consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar a intenção ou propósito das normas.

No ordenamento português, além das cláusulas específicas anti-abuso, como o caso do art. 67.º do CIRC, está prevista uma cláusula geral anti-abuso¹³¹ nos termos do n.º 2 do art. 38.º da LGT: “São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”. Regressando à argumentação do tribunal alemão, comparando ao caso português, em que a limitação prevista no art. 67.º do CIRC, não pode ser imposta porque os mecanismos artificiosos utilizados, para redução ou mesmo isenção, do pagamento do imposto, não ultrapassa os limites da norma, aplicamos a cláusula geral anti-abuso, quando se verifique o cumprimento dos requisitos elencados na norma supra citada. Face ao exposto podemos concluir que este argumento não colhe no direito português, na medida em que não aplicando ao cláusula específica presente no art. 67.º do CIRC, socorremo-nos da aplicação, chamemos-lhe “residual”, da cláusula geral anti-abuso prevista nos termos do n.º 2 do art. 38.º da LGT, salvaguardando as situações que a norma do art. 67.º não consegue limitar, mas em que há mecanismos artificiosos ou fraudulentos. Defendemos, com base no exposto, o carácter anti abusivo do art. 67.º do CIRC.

Quanto ao argumento de que a norma alemã, de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, constitui um desvio à regra da dedutibilidade dos gastos, concordamos na medida em que a norma do art. 67.º do CIRC consagra um desvio efectivo ao princípio da tributação pelo lucro real¹³², elencado nos termos do n.º 2 do art. 104.º da CRP. Como citado anteriormente, defendemos o carácter especial da norma do art. 67.º do CIRC sobre o art. 23.º do CIRC, mas o regime previsto no art. 67.º do

¹³¹ As cláusulas anti abuso têm por objectivo prevenir e reprimir as crescentes práticas de evasão fiscal. Conforme salienta SALDANHA SANCHES “Pode afirmar-se que a existência desta norma entre nós tem como condição necessária um funcionamento mais eficiente da Administração fiscal em especial quanto à resposta atempada às reclamações do contribuinte, uma maior capacidade técnica de fundamentação de decisões e um sistema judicial que, para além de uma resposta atempada, mostre um domínio mais completo da problemática do Direito Fiscal”, SALDANHA SANCHES, JJ, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora 2002, 2ª edição, p. 121

¹³² Ac. TC n.º 137/2014, defende que pode haver custos económicos sem reconhecimento fiscal, não violando a Constituição, na medida em que a tributação das empresas incide fundamentalmente - e não totalmente - sobre o lucro real, nos termos do n.º 2 do art. 104.º da CRP.

CIRC, não coloca em causa a aceitação de gastos, devidamente contabilizados, apenas pretende evitar esquemas de gestão e evasão fiscal.

Analisando a decisão do tribunal alemão concluímos que não é possível a adopção de uma posição tão “extremista” de declaração de inconstitucionalidade da norma, no nosso ordenamento jurídico, apesar de defendermos alguns argumentos, mas de afastarmos outros.

Destarte, resta duas posições que podem ser adoptadas, a modificação do regime ou a manutenção do mesmo sem qualquer alteração. Recuperando as críticas apresentadas no capítulo anterior, destacamos e chamamos à colação a remoção da cláusula de salvaguarda, para que possamos adoptar uma posição. Criticámos no capítulo anterior a remoção da referida cláusula, na medida em que esta possibilitaria ao sujeito passivo, em determinadas situações, afastar o regime da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, tal como possibilitou ao sujeito passivo o afastamento da presunção presente no anterior regime da subcapitalização.

Como referimos anteriormente a norma da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, deixou de conter a cláusula de salvaguarda anteriormente existente no regime da subcapitalização. Desta forma é necessário defendermos a adopção de uma nova cláusula de salvaguarda para afastar a limitação decorrente do regime ou existe outra opção?

A adopção de uma cláusula de salvaguarda implicaria a mudança da actual norma em vigor, o que excluiria o requisito das relações especiais permitindo um alargamento subjectivo da norma. Através da inserção, na norma, da cláusula de salvaguarda o contribuinte teria a possibilidade de afastar a presunção, neste caso em concreto seria uma presunção ilidível¹³³, provando a adequação do financiamento e salvaguardando a autonomia das empresas. Por outro lado a remoção desta cláusula permitiu ao Estado reduzir o endividamento excessivo, mesmo que justificado por medidas de natureza societária. Optando por esta medida de adição da cláusula de salvaguarda, a nossa resposta à posição adoptada quanto ao regime em vigor teria de ser

¹³³ A presunção pode ser ilidida mediante prova em contrário, invertendo o ónus da prova, cabendo ao contribuinte provar o contrário do presumido na norma.

pela modificação do regime. Mas cabe analisar outra opção antes de identificar a posição adoptada.

A norma como está redigida actualmente, não permite através do seu normativo legal, vislumbrar qualquer cláusula de salvaguarda que permita ilidir a presunção presente nos termos do art. 67.º do CIRC. Neste caso podemos afirmar que a norma do art. 67.º do CIRC, contém uma presunção inilidível¹³⁴? Não, porque as presunções inilidíveis são proibidas no Direito Fiscal. Já era este o entendimento quanto às regras da subcapitalização, decorrente das conclusões das XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, em que evidenciavam uma tendência, desde 1998, em não se aceitarem as ficções legais absolutas com base no seguinte texto: “*As normas positivas que pretendam evitar a infracapitalização poderiam conter presunções “iuris tantum” respeitantes às referidas situações, e afectar apenas os juros que correspondam ao financiamento que se considere excessivo. Portanto, não devem aplicar-se presunções “iuris et de iure” e ficções que, além de alterarem a legislação de fundo tanto civil como comercial, poderão chegar a descaracterizar a base tributável do imposto sobre o rendimento e, eventualmente sobre o património, afectando aquelas empresas que observaram uma gestão correcta, financiando-se em condições normais de mercado.*”

Tanto a Doutrina como a Jurisprudência são consensuais, quanto à proibição da presença de presunções inilidíveis no Direito Fiscal. Nos termos do art. 73.º da LGT: “*As presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário.*”, estando previsto nos termos do n.º1 do art. 74.º da LGT sobre quem recai o ónus da prova: “*O ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque.*”

Face ao anteriormente exposto, as normas anti-abuso, como no caso em estudo, o art. 67.º do CIRC, não podem ser admitidas automaticamente, constituindo jurisprudência assente do TJUE, a proibição da admissibilidade de presunções inilidíveis de abuso.¹³⁵ A referida proibição de presunções inilidíveis no Direito Fiscal,

¹³⁴ Normas através das quais o legislador fixa uma presunção inilidível, que se impõe ao julgador e às partes, considerando que certos factos são verdadeiros, partindo de outros factos efectivamente verificados. Estas presunções não admitem prova em contrário, são presunções absolutas e irrefutáveis. Esta presunção tem semelhanças com a ficção legal, mas na presunção *iuris et de iure* o facto presumido acompanha o facto conhecido e na ficção legal a lei atribui a um facto as consequências jurídicas próprias de um outro.

¹³⁵ Ac. TC n.º 753/2014, de 18/12/2014.

é um corolário do Princípio da Capacidade Contributiva, emanado do Princípio da Igualdade, presente nos termos do art. 13.º da CRP¹³⁶, à luz do contexto significativo da Constituição Fiscal Material¹³⁷. A existência de presunções inilidíveis nas normas anti-abuso afronta os princípios da tributação segundo o lucro real, da igualdade bem como da proporcionalidade. Agora, não basta uma simples prova para afastar a aplicação do regime, é preciso provar que o endividamento excessivo é sustentado por razões societárias e não razões predominantemente ou exclusivamente fiscais. O sujeito passivo te, de provar que não teve qualquer comportamento abusivo, tendente à obtenção artificial de uma perda fiscalmente dedutível ou à redução da sua carga tributária,

Perante estas duas opções, por um de aditamento da cláusula de salvaguarda ou por outro através da interpretação da norma, a partir da qual não são permitidas presunções inilidíveis, podendo o mesmo regime ser afastado com base através da interpretação conforme à Constituição Fiscal Material. Verificamos que o objectivo é o mesmo, afastar a aplicação da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, nas situações em que não se verifica nenhum mecanismo artificioso ou fraudulento, não fazendo sentido limitar o investimento das sociedades.

Por um lado, através do aditamento da cláusula ao art. 67.º do CIRC, a norma surge no normativo legal, enquanto a outra opção carece do recurso às normas da LGT, apesar da mesma não ter valor reforçado, através de uma interpretação conforme à

¹³⁶ O princípio da igualdade tem duas formulações: a formulação negativa e a formulação positiva. A formulação negativa ou conteúdo negativo do princípio da igualdade vem expressa pela necessária generalidade das regras, ao passo que a formulação positiva ou conteúdo positivo da regra da igualdade consiste na observância da capacidade contributiva.

¹³⁷ Definida como um conjunto de normas fundamentais do Estado e da sociedade, independentemente das fontes formais de consagração. Isto, no reconhecimento de que existe uma reserva de constituição, entendido como conjunto de normas jurídicas respeitantes a matérias (p.e. direitos fundamentais e organização do poder político) que, pela sua dignidade material ou substantiva, deveriam fazer parte da Constituição, mas que, por uma razão ou outra, isso nem sempre acontece, pelo que há que procurar essas normas noutros diplomas jurídicos, normalmente de natureza legislativa, sem que o seu estatuto formalmente legislativo implique a degradação da sua dignidade materialmente constitucional. Difere da constituição formal que se define como um conjunto normas às quais deve ser imediatamente reconhecida dignidade constitucional. Ela investiga quais delas foram abrangidas pela intenção constituinte, tendo sido objecto, na sua discussão e aprovação, de um procedimento constituinte. Às normas assim identificadas reconhece-se uma dignidade formal-hierárquica superior às leis ordinárias, acompanhada de uma maior dificuldade de alteração.

constituição.¹³⁸ O ordenamento jurídico não reconhece¹³⁹ a especial natureza das matérias consagradas na LGT, tornando-se numa lei como outras.

Não afastamos prontamente o aditamento da cláusula, mas se é defendido pela Doutrina e pela Jurisprudência, a proibição de presunções inilidíveis nas normas anti abuso, possibilitando ilidir as presunções, por via da LGT, concluimos ser esta a solução que defendemos em detrimento do aditamento da cláusula de salvaguarda no actual regime. Se optássemos pela alteração da norma, através do aditamento da cláusula de salvaguarda, defendemos que a norma deveria ser alvo de certos “reparos”, p.e ajuste do limite a aplicar a cada sociedade. O regime poderia estabelecer, do mesmo modo um limite fixo, mas o limite variável poderia ter em atenção outros critérios que não o EBITDA, como por exemplo o volume de negócios da empresa, uma majoração do limite máximo de acordo com os diferentes sectores de actividade desenvolvidos pelas sociedades, por forma a não limitar à mesma percentagem de 30% sobre o EBITDA de todas as empresas na generalidade.

Face ao exposto neste capítulo defendemos a manutenção do regime de acordo com a norma actual, assumindo a proibição de presunções inilidíveis no Direito Fiscal, permitindo, ilidir a presunção presente na norma de limitação dos gastos de financiamento, podendo nas situações anteriormente descritas devidamente comprovadas, afastar a limitação imposta pela norma do art. 67.º do CIRC. A norma mantém-se, mas a interpretação tem de ser conforme com a referida proibição.

¹³⁸ O reconhecimento do valor reforçado a certa lei traz consigo a verificação de uma posição de vantagem em relação às demais leis, na medida em que lhes são associados determinados efeitos jurídicos. A Constituição reconhece a estas leis um estatuto protector ou resistência acrescida que lhes permite que apenas possam ser revogadas, derogadas, modificadas, suspensas ou interpretadas por outra norma com valor reforçado. São-lhes reconhecidas uma força jurídica superior, já que podem impor a sua disciplina às outras leis (sem valor reforçado) e muitas vezes constituem verdadeiras normas sobre normas na medida em que fixam os parâmetros de criação e desenvolvimento de outras que, por esse motivo, lhe estão subordinadas.

¹³⁹ Com base num argumento de natureza formal: a CRP não a prevê como tal. Não a prevê no n.º 3 do art. 112.º da CRP.

8. CONCLUSÃO

A actual norma presente nos termos do art. 67.º do CIRC foi alvo de inúmeras alterações desde o seu aparecimento, procurando desde início não só a redução do endividamento excessivo, enunciados nos relatórios do OE como a captação de receitas fiscais. Mas concluímos que não tem sido uma tarefa fácil, por parte do Estado, assim como do legislador, criar normas que visem a prossecução dos objectivos ao mesmo tempo que não prejudiquem os sujeitos passivos, as sociedades inseridas no seu âmbito de aplicação. As normas consagradas no nosso ordenamento jurídico, sempre apresentaram conceitos e formulações legais com requisitos que demonstraram, em certos casos, ser demasiados prejudiciais para os contribuintes, por vezes até bastante desadequados, como por exemplo a presença do termo “indispensabilidade” no art. 23.º do CIRC, até há bem pouco tempo em vigor no nosso ordenamento jurídico, causador de inúmeras divergências entre os sujeitos passivos e a AT.

No anterior regime da subcapitalização verificamos que houve bastantes alterações, não só visando o direito interno, mas procurando também estar de acordo com o direito comunitário. As inúmeras alterações provocaram uma redução do âmbito da norma, tornando o regime totalmente obsoleto, desprovido de capacidade de manutenção e cumprimento dos objectivos para o qual tinha sido criado, não acompanhando o forte crescimento das economias e dos mecanismos artificiosos de transferência de rendimentos para países com menor carga fiscal. Posteriormente abandonaram o regime obsoleto da subcapitalização, já em desuso, para adoptar um novo regime de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, que se pauta pela sua rigidez, face ao anterior regime, muito por culpa do abandono da cláusula de salvaguarda. Este carácter rígido impera do ponto de vista das sociedades alvo da norma limitadora, mas não do ponto de vista da AT que vê acima de tudo, a adopção deste novo regime, como a principal forma de arrecadar receita fiscal, que tinha sido quebrada nos últimos anos de aplicação do regime da subcapitalização, muito por culpa do direito comunitário que excluiu do âmbito da sua aplicação as entidades residentes em EM's da UE, aplicando apenas a limitação a países que não residentes em Portugal ou em outros EM's.

Mesmo apesar dos esforços do legislador em reduzir a rigidez do regime actual, através da criação dos mecanismos de reporte da “folga” e de diferimento do “excesso”, verificamos que o n.º 2 do art. 67.º do CIRC deveria ter sido alvo de uma maior atenção face ao desenvolvido em outros ordenamentos jurídicos europeus, através de um maior número de anos para utilização destes mecanismos, e não por um período de apenas 5 anos, porque como afirmamos anteriormente, grande parte dos financiamentos não são rentabilizados em 5 anos.

Posteriormente à adopção do regime, surgem as recomendações da OCDE, que provocaram algumas alterações nos ordenamentos jurídicos, procurando não só atingir os seus objectivos mas também adequar a norma aos diferentes tipos de sociedades. Como defendemos nos dois capítulos anteriores a nossa principal crítica prende-se não só com o tratamento desigual entre os juros e os dividendos, mas também com a aplicação da limitação da norma a toda e qualquer entidade sem distinção. Defendemos que o regime actual tem de ser interpretado de acordo, com a regra proibitiva de existência de presunções inilidíveis, no Direito Fiscal, possibilitando o afastamento da limitação nos casos de existência de endividamento excessivo por razões exclusivamente gestionárias dos órgãos societário e não por motivos fiscais.

Como analisado ao longo do trabalho, evidenciamos a constante preocupação por parte do Estado em apresentar medidas que permitissem, não só evitar o endividamento excessivo das sociedades portuguesas, mas principalmente introduzir medidas que evitassem a transferência de rendimentos para países com menor carga fiscal, reduzindo a base tributável sujeita a imposto implicando a perda de receitas fiscais. Mas face ao exposto não nos podemos restringir apenas a medidas e à adopção de regimes que limitam o endividamento excessivo, é necessário ressaltar a necessidade de introdução de medidas estimulantes de recurso ao financiamento por capitais próprios em detrimento do financiamento através de capitais alheios, procurando a recapitalização das empresas nacionais.

Os objectivos poderiam ser mais eficazes, como alguns críticos tem defendido, através de incentivos ao recurso a capitais próprios em detrimento dos capitais alheios, visando inverter a opção actual de recurso a financiamento através de capitais alheios, mas o legislador pretendeu adoptar o regime da limitação da dedutibilidade de gastos,

na óptica de evitar o endividamento excessivo através da redução do recurso ao financiamento através de capitais alheios.

O futuro da norma não se avizinha nada fácil, pode haver quem de futuro coloque em causa a sua constitucionalidade, mas por agora a nossa posição baseia-se numa interpretação conforme à Constituição Fiscal Material, proibindo as presunções inilidíveis, possibilitando o afastamento do regime, visando primordialmente a salvação da sua constitucionalidade.

9. BIBLIOGRAFIA

AMORIM, José Campos, *Os Custos Dedutíveis para Efeitos de IRC*, in *Fiscalidade*, nº 32, Outubro/Dezembro 2007, pp. 22 - 43.

BURGE, Marianne, *United States interest deduction limited under earnings stripping regulation*, *British Tax Review*, n.º 8, 1991, pp. 278-283.

CÂMARA, Francisco de S. e FERNANDES José A., *Thin Capitalization Rules*, IBFD, 2007, Disponível em <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/412.pdf>.

CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da, *A subcapitalização no direito português: apreciação face ao direito comunitário*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Lisboa, Vol. II, 2000, Coimbra Editora, pp. 499-546.

CUNHA, Paulo de Pitta e SANTOS, Luís Máximo dos, *Sobre a incompatibilidade com o direito comunitário do regime fiscal da subcapitalização*, in *Fisco*, Lisboa, 2005, n.º 119/121, (Março/ Abril), pp. 3-24.

DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*, in *Fisco*, Lisboa, 1996, n.º 76/77, (Março/ Abril), pp. 55-64.

DOMINGUES, Rodrigo Rabeca, *Limitação à Dedução Fiscal de Gastos de Financiamento*, Revisores e Auditores. Disponível em <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/60/Fiscalidade.pdf>.

FAVEIRO, Vítor, *O Estatuto do Contribuinte - A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, 2002, Coimbra Editora.

FERNANDES FERREIRA, Rogério, *Conceitos de Custos e Proveitos do Exercício – Confronto com outras noções*, in *Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas*, n.º 83, 2007.

GOMES, João Pedro Leal, *O Tratamento Fiscal dos Encargos com Juros Enquanto Incentivo ao Endividamento*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº 429, (Julho/Dezembro 2012), pp 45-101.

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Edição, Almedina.

GUERRERO, Juan J. R., *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Manuales de la Escuela Pública de la Hacienda Pública, 2003.

GUTMANN, Daniel e HINNEKENS, Luc, *The Lankhorst – Hohorst Case. The ECJ Finds German Thin Capitalization Rules Incompatible with Freedom of Establishment*, 2003, EC Tax Review, Vol. 12, Issue 2, Kluwer Law International, pp. 90-96.

KNIPE, Patrick, SRYKER, Judson P. e THOME, Betty, *Earnings stripping under section 163(j): status quo vadis*. Disponível em: <http://www.aibse.org/www.aibse.org/wpcontent/uploads/2012/02/KnipeStrrkerThorne2009.pdf>.

LEITÃO, Luís M., *A Introdução na Legislação Portuguesa de Medidas Destinadas a Reprimir a Evasão Fiscal Internacional: o Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, 1995*, REVISTA DE CIÊNCIA TÉCNICA E FISCAL, n.º 377, Lisboa, pp. 91-104.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, *Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas*, XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Livro 3, 1998, Lisboa, pp. 129-139.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, *Comunicação: Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de Empresas*, in Fisco, Conferência ISG/Fisco/Price Waterhouse, n.º 76/77, (Março/Abril 1996).

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, *O Problema da Dedutibilidade dos Juros para Efeitos da Determinação do Lucro Tributável*, in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência Técnica e Fiscal, Lisboa, 1995, pp. 347-367.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, *As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização*, in REVISTA DE CIÊNCIA TÉCNICA E FISCAL, Lisboa, 1996 (Julho/Setembro), n.º 383, pp. 8-33.

MARTINS, António e AUGUSTO, Mário, *Is Thin Capitalization a Fiscal Problem? Na Empirical Analysis that shows it may be overstated*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano II, n.º 1, 2009, Primavera.

MARTINS, António, *A Dedutibilidade dos Juros e a Noção de Actividade das Sociedades: a propósito do art. 23º do CIRC*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano V, n.º 4, 2012, Inverno.

MARTINS, António, *Uma Nota sobre o conceito de Fonte Produtora constante do Artigo 23º do CIRC: sua Relação com Partes de Capital e Prestações Acessórias*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Coimbra, Ano I, nº 2, 2008, Verão.

MARTINS, ANTÓNIO, *A dedutibilidade dos gastos e a nova redacção do art. 23.º, n.º 1 do CIRC: uma nota*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano VIII, n.º1, 2015, Primavera.

MIRANDA,JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, A Actividade Constitucional do Estado, Coimbra, 2011, Coimbra Editora.

MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, 2.ª Edição da Reimpressão da Edição de Março/2008, Almedina.

CASALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, 8ª Edição, 2015, Almedina.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

PINTO, Alexandre Mota, *Do Contrato de Suprimento – O Financiamento da Sociedade Entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Monografias, Almedina, 2002.

PORTUGAL, António Moura, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

RODRIGUES, Pedro Neto, *O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance*, in Fiscalidade, Lisboa, n.º 21 (Janeiro/Março de 2005), pp.43-72.

SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., 2007, Coimbra Editora.

SALDANHA SANCHES, José Luís, *Os Limites do planeamento fiscal*, Coimbra Editora, p. 214-219.

SENDEN, LINDA, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, EJCL, Vol. 9, 1/01/2005. Disponível em http://www.ejcl.org/91/art91-3.html#N_2.

TAVARES Tomás Castro, *A Dedutibilidade dos Custos em Sede de IRC*, in *Fisco*, n.º 101-102, Janeiro de 2002, pp. 37-43.

TAVARES, Tomás Castro, *Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento tributável das Pessoas Colectivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos*, in *REVISTA DE CIÊNCIA TÉCNICA E FISCAL*, n.º 396, Outubro-Dezembro 1999, pp. 15 – 177.

TEIXEIRA, Glória – *Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System*, *Intertax*, Kluwer Law, Vol. 24, Dezembro 1996.

TORRES, Manuel Anselmo, *Alcance do novo regime fiscal de subcapitalização de empresas*, *Fisco*, Lisboa, 1996, n.º 76/77, (Março/ Abril), pp. 75-85.

TORRES, Manuel Anselmo, *As normas contra a subcapitalização e o caso Lankhorst*, *Fiscalidade: revista de direito e gestão fiscal*, Lisboa, n.º 13/14 (Janeiro/Mar. 2003), pp. 126 -144.

VENTURA, Raúl, *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, *BMJ*, n.º 182, Janeiro de 1969.

XAVIER, Alberto, PALMA, Clotilde Celorico, XAVIER, Leonor, co-aut, *Direito tributário internacional*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2011.

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1981, pp. 220 e ss.