

O REGIME JURÍDICO-FISCAL DA SUBCAPITALIZAÇÃO: DO SEU ÂMBITO E ALCANCE

Pedro Neto Rodrigues

Assistente Estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa

Resumo

O presente estudo versa sobre a análise do regime jurídico-fiscal, e implicações internas e internacionais do fenómeno da subcapitalização.

A primeira questão considerada no presente trabalho relaciona-se com a delimitação do conceito de subcapitalização. Num segundo momento, proceder-se-á à análise dos diversos métodos de financiamento das sociedades, e o impacto que os mesmos assumem no domínio tributário.

A opção por parte dos sócios em relação à forma de financiar a sociedade, poderá ser determinada por razões de ordem fiscal. De facto, a legislação fiscal da generalidade dos Estados da OCDE, apresenta um tratamento diferenciado consoante os contribuintes procedam ao financiamento das sociedades através de capitais próprios ou capitais alheios.

Perante tal constatação, passar-se-á em revista os mecanismos de combate ao fenómeno de subcapitalização, centrando a nossa análise nos métodos de natureza objectiva e subjectiva.

Após procedermos ao confronto dos referidos mecanismos, debruçar-nos-emos sobre o artigo 61.º do CIRC, analisando a sua eventual incompatibilidade com o texto constitucional e com diversas disposições de Direito Internacional.

Em seguida ocupar-nos-emos do estudo do regime jurídico plasmado no artigo 61.º do CIRC.

Posteriormente, faremos algumas considerações sobre as implicações fiscais da subcapitalização interna, ao que se seguirá, por fim, a formulação das adequadas conclusões.

Abstract

The study hereby presented pretends to contain one analysis of the tax regime and the internal and international consequences of thin capitalization.

The first question approached is the definition of thin capitalization.

Afterwards, we'll study the various means of society funding, and the impact of those in tax matters.

The option partners must make about the funding method, may be determined by tax reasons: Thus, the fiscal law of the major group of OCDE member states presents different taxation systems where the societies fund themselves, or not, by own capitals.

Therefore, we'll also study the mechanisms tending to avoid thin capitalization, focusing the objective and subjective means.

After comparing the mechanisms that prevent thin capitalization, we'll detain our analysis on article 61.º CIRC, equating its compatibility with constitutional and international law.

Afterwards, we will make some sentences concerning the fiscal consequences of internal thin capitalization, ending the paperwork with the necessary conclusions.

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a análise do regime jurídico-fiscal, e implicações internas e internacionais do fenómeno da subcapitalização.

A primeira questão considerada no presente trabalho relaciona-se com a delimitação do conceito de subcapitalização. Num segundo momento, proceder-se-á à análise dos diversos métodos de financiamento das sociedades, e o impacto que os mesmos assumem no domínio tributário.

A referida análise permitir-nos-á concluir que a opção por parte dos sócios em relação à forma de financiar a sociedade, poderá ser determinada por razões de ordem fiscal. De facto, a legislação fiscal da generalidade dos Estados da OCDE, apresenta um tratamento diferenciado consoante os contribuintes procedam ao financiamento das sociedades através de capitais próprios ou capitais alheios.

Em seguida, e perante tal constatação, passaremos em revista os mecanismos de combate ao fenómeno de subcapitalização, centrando a nossa análise nos métodos de natureza objectiva e subjectiva.

Após procedermos ao confronto dos referidos mecanismos, debruçar-nos-emos sobre o artigo 61.º do CIRC, analisando a sua eventual incompatibilidade com o texto constitucional e com diversas disposições de Direito Internacional.

Em seguida ocupar-nos-emos do estudo do regime jurídico plasmado no artigo 61.º do CIRC.

Posteriormente, faremos algumas considerações sobre as implicações fiscais da subcapitalização interna, ao que se seguirá, por fim, a formulação das adequadas conclusões.

II. CONCEITO DE SUBCAPITALIZAÇÃO

O conceito de subcapitalização, embora seja passível de ser definido com alguma precisão¹, encerra uma multiplicidade de modalidades e de espécies, o que o torna um conceito fluido, colocando nesses termos embaraços à Doutrina, e sobretudo ao legislador.

À Doutrina quando procura apresentar um conceito unitário que compreenda o fenómeno na sua globalidade, ao legislador quando tenta combater o fenómeno da subcapitalização através de soluções que assentam na “mítica” noção de capitalização óptima.

Independentemente das dificuldades acima mencionadas, poder-se-á definir subcapitalização como a insuficiência do capital social de uma sociedade comercial para satisfazer o objecto social que prossegue.

O fenómeno em estudo encontra-se, assim, numa permanente tensão dialéctica entre o objecto social e o capital social. Ou seja, a sociedade comercial encontrar-se-á numa situação de capitalização óptima, quando o capital disponível for o adequado à prossecução do seu objecto social, encontrando-se descapitalizada ou subcapitalizada nas situações em que o seu capital não se demonstrar adequado ao cumprimento do objecto social que prossegue.

Sendo a situação financeira das sociedades uma realidade dinâmica em constante evolução, o estado de capitalização variará ao longo do período tributável, podendo efectivamente, num mesmo período tributário a sociedade apresentar-se num dado momento capitalizada e num outro descapitalizada.

A. Subcapitalização Material e Subcapitalização Nominal

É todavia, possível analisar a questão em apreço de acordo com uma outra perspectiva.

De facto, poderemos surpreender o conceito em estudo, através da análise da relação entre o capital próprio e o capital alheio ao dispor da sociedade comercial.

Nesta perspectiva, a sociedade comercial encontra-se numa situação de subcapitalização, caso se verifique uma manifesta desproporção entre o capital próprio e o capital alheio ao seu dispor².

¹MARIA DOS PRAZERES LOUSA, define subcapitalização como “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”, in, *As Regras Fiscais sobre subcapitalização*, Ciência e Técnica Fiscal n.º 383, pp. 14.

²Neste domínio a questão que se coloca é a de definir desproporção manifesta entre capitais próprios e alheios. Ou seja, importará responder, assim, à questão de saber a partir de que momento se considerará que o excesso de capitais alheios face aos capitais

A definição apresentada, a que a doutrina tem apelidado de subcapitalização nominal, em contraposição à de subcapitalização material que descrevemos supra, ocupará a nossa análise, na medida em que, apenas esta e não a subcapitalização material poderá apresentar situações de potencial elisão fiscal. Na realidade, o facto de uma sociedade comercial se encontrar, num determinado momento, numa situação de subcapitalização material, não significará que o contribuinte esteja a praticar situações fiscalmente abusivas.

A subcapitalização material traduz-se na falta de meios financeiros para satisfazer o objecto social da sociedade comercial. Subcapitalização nominal significará, por seu turno, que os sócios tomaram a decisão de financiar a sua sociedade através do recurso a capitais alheios, provocando nesse sentido, uma desproporção entre os capitais próprios e os capitais alheios à disposição da sociedade comercial.

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.

Ora, a opção tomada pelos sócios no sentido de financiar a sociedade por via do recurso a capitais alheios, poderá ser motivada por uma multiplicidade de razões, nomeadamente fiscais.

Importa, contudo, ter presente que nem todas as situações de subcapitalização nominal configuram situações elisivas. Os sócios poderão tomar a decisão de financiarem a sociedade através de capitais alheios, por razões de natureza económica ou empresarial, sem que com isso visem prejudicar os interesses do credor da relação jurídica tributária.

B. Subcapitalização Inicial e Subcapitalização Superveniente

Poder-se-á ainda distinguir subcapitalização inicial ou superveniente, correspondendo a primeira a uma insuficiência de recursos financeiros, verificada desde o momento da constituição da sociedade, e a segunda, a insuficiência de meios financeiros verificada num momento posterior ao do início da actividade social.

Uma sociedade comercial pode, assim, encontrar-se desde o momento da sua constituição numa situação de subcapitalização³. A situação é frequente e é motivada, em larga medida, pelo facto de o legislador

próprios provoca uma situação de subcapitalização.

³ Parecendo claro que nessas situações a subcapitalização será necessariamente material e não nominal. Na verdade, parece-nos que a subcapitalização nominal é por natureza superveniente, não se configurando situações de subcapitalização nominal inicial. No momento da constituição da sociedade comercial, esta apenas encontra à sua disposição capital próprio, não dispondo de capitais alheios, pelo que a análise referenciada apenas é possível em relação aqueles e não a estes.

português estipular um capital social mínimo, como requisito para a constituição de sociedades comerciais, que se apresenta manifestamente insuficiente para a realização de determinado tipo de actividades sociais⁴. No momento da constituição das sociedades comerciais, não têm os sócios a obrigação de tomar em consideração a adequação do capital social das sociedades a constituir com o respectivo objecto social.

A inexistência de dispositivos que responsabilizem os sócios pela constituição de sociedades com capital social insuficiente no Direito Português, propicia a proliferação do fenómeno, que coloca óbvios e claros embaraços ao tráfego comercial e jurídico.

Importa, contudo, conceder que a fixação do nível de capitalização óptima de uma determinada sociedade, é uma tarefa que se pode transformar num verdadeiro tormento. Na verdade, a subcapitalização “não é um estado mensurável, ou traduzível por uma qualquer fórmula matemática”⁵. Com efeito, a determinação do nível de capitalização óptimo de uma determinada sociedade, impõe a análise de um vasto conjunto de factores e circunstâncias, tais como a área de actividade da sociedade, as circunstâncias estruturais e conjunturais da economia e do próprio mercado em que se insere a sociedade em causa, bem como os circunstancialismos próprios em que se encontra envolvida a sociedade.

III. FORMAS DE FINANCIAMENTO DAS SOCIEDADES

A. Enquadramento

As sociedades comerciais ao longo do exercício da sua actividade encontram frequentes necessidades de financiamento. A prossecução da actividade social poderá colocar a sociedade numa situação de falta de meios financeiros, motivada, nomeadamente, por má gestão dos dinheiros societários, por insuficiência de dotação de capitais próprios no momento da constituição da sociedade, ou pela ocorrência de imprevistos no desenrolar da vida societária.

A subcapitalização superveniente poderá ser configurada como material ou como nominal. Não concordamos assim, com PATRÍCIA CUNHA que parece reconduzir a subcapitalização inicial à subcapitalização material e a subcapitalização superveniente à subcapitalização nominal, ao afirmar que “Verifica-se subcapitalização inicial ou congénita sempre que ocorre constituição de uma sociedade comercial com um capital diminuto. A subcapitalização superveniente resulta de uma perda subsequente de capital, derivada de um excesso de endividamento face aos capitais próprios”; *A subcapitalização no Direito Português: Apreciação face ao Direito Comunitário*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, pp. 502.

⁴ Sobre a questão V. por todos João Aveiro Pereira in *Contrato de Suprimento* Coimbra; e Alexandre Mota Pinto in *Do Contrato de Suprimento o Financiamento da Sociedade entre o Capital Próprio e Capital Alheio*, Almedina.

⁵ Alexandre Mota Pinto ob. cit.

O financiamento das sociedades comerciais, será fundamentalmente efectuado através de duas formas. Poderão os sócios, por um lado, optar por aumentar a dotação de capitais próprios da sociedade, procedendo a aumentos de capital, ou poderão, por outro lado, financiá-la com recurso a capitais alheios, através da celebração de contratos de suprimentos com os sócios, ou através da celebração de contratos de mútuo com entidades estranhas à sociedade⁶.

O financiamento das sociedades através do aumento das dotações de capitais próprios, distingue-se dos financiamentos através de capitais alheios, pela circunstância de nos primeiros os sócios ou accionistas participarem no risco da actividade desenvolvida pela sociedade, sendo remunerados através da distribuição de dividendos, ao passo que nos segundos os credores não detêm posições na sociedade que lhes permita exercer o controlo gestor da mesma, e são remunerados pela forma de juros que se vencem periodicamente.

Nestes termos, ao passo que no financiamento das sociedades através do aumento das dotações de capital próprio, os sócios participarão do risco assumido pela sociedade, auferindo dividendos, apenas e tão só no caso, de a sociedade registar resultados que permitam a sua distribuição, no financiamento através do recurso a capitais alheios os credores serão remunerados independentemente da solvabilidade financeira da empresa⁷.

⁶ Todavia, poderão os sócios, ao invés de procederem ao aumento de capital social da sociedade ou proceder à celebração de contratos de suprimento ou de mútuo, optar por financiar a sociedade através da adopção de modelos de financiamento híbridos. Os modelos de financiamento híbridos assumem características típicas dos contratos de suprimento, mas simultaneamente, surpreendem-se-lhes características típicas das participações de capital.

Os instrumentos de financiamento híbridos são geralmente utilizados para a criação de estruturas, que propiciem a adopção de modelos que conduzam à subcapitalização das sociedades comerciais, obtendo dessa feita os contribuintes as vantagens fiscais daí inerentes, sem que, contudo, se encontrem sob o âmbito de aplicação das normas tendentes a combater a subcapitalização abusiva.

Os referidos instrumentos podem assumir feições extremamente diferenciadas não sendo, desse modo, possível apresentar um elenco exaustivo dos mesmos. A título meramente exemplificativo refira-se os empréstimos convertíveis em participações de capital, os empréstimos com participações nos lucros e os instrumentos de financiamento de perdas.

Para uma análise dos instrumentos referidos V. por todos, MARIA LUÍSA ESTEVES PARDO, *Posibles respuestas del Derecho Tributário al problema de la Subcapitalización*, in XIX Jornadas Luso Americanas de Direito Tributário.; AMPARO NAVARRO FAURE, *Los Préstamos Participativos en España: Um ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la Infracapitalización de las Empresas*, in XIX Jornadas Luso Americanas de Direito Tributário; Albert Collado and Fernando Rey in “New Thin Capitalization Regulation in a Comparative Framework”, *European Taxation*, volume 33 1993, n.º 4 pp. 110 e ss.

⁷ Importará ter presente que os suprimentos são remunerados de acordo com regras próprias, que se afastam em certa medida das regras aplicáveis ao reembolso dos contratos de mútuo celebrados com entidade estranhas à sociedade.

Se os sócios procedessem ao financiamento da sociedade através da celebração de contratos de suprimento, e não se colocassem limitações legais ao reembolso dos mesmos, os credores sociais ficariam colocados numa situação de enorme vulnerabilidade. De facto, nesse sentido poderiam os sócios invocar a sua qualidade de credores sociais e obter o reembolso dos seus créditos, em prejuízo dos créditos dos demais credores sociais. Todavia, no sentido de minimizar as consequências decerto graves para o

É certo que os sócios serão livres de optar pela modalidade e forma de financiamento que melhor se sirvam os seus interesses. Não cabe ao legislador a tarefa de colocar constrangimentos ao sócio na tomada da referida decisão.

Não se poderá, porém olvidar, que a decisão referida, que é livre, não poderá colocar em crise nem os interesses dos credores sociais, nomeadamente o Estado, nem por outro lado, poderá configurar uma situação de elisão fiscal.

Encontrando-se os créditos da sociedade garantidos até ao limite do capital social, certo é que o legislador, embora não tenha a pretensão de impor casuisticamente um limite mínimo para o capital social, consagrando, ao invés um montante mínimo para o capital social que se demonstra na maioria das vezes como manifestamente inadequado à realidade social das empresas nacionais, não poderia deixar de consagrar mecanismos que salvaguardassem a situação dos credores.

É neste sentido que assumem plena propriedade as disposições de natureza comercial, que visam afirmar o princípio da conservação do capital social, a imposição legal de um mínimo adequado ao objecto social e a da desconsideração da personalidade colectiva⁸.

B. Impacto Fiscal dos Métodos de Financiamento

Os métodos utilizados pelos sócios para procederem ao financiamento das sociedades, para além de poderem colocar questões de natureza societária, colocam igualmente questões de natureza fiscal.

tráfego jurídico e comercial que o recurso indiscriminado aos suprimentos provocaria, o legislador estipula que, em caso de falência da empresa os créditos provenientes de contratos de suprimentos apenas podem ser satisfeitos após terem sido saldadas todos os débitos sociais.

Sobre a conflituosidade que se poderá gerar pela opção de financiar a sociedade através do recurso a contratos de suprimento RAÚL VENTURA, in *Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, BMJ n.º 182 ano 1969, pag. 129, expressivamente afirma que “a intenção que preside aos suprimentos contém, contudo, elementos possivelmente contraditórios. O sócio quer por um lado ser empresário e por outro lado evitar o risco empresarial, quer ser sócio e simultaneamente aparecer perante a sociedade como um credor estranho, dupla situação que pode ser cómoda mas nem sempre lógica e isenta de conflitos: conflitos com a sociedade, que lembrará ao sócio que, apesar de credor, é empresário e portanto tem deveres para com a sociedade; conflitos com credores absolutamente estranhos, que não aceitarão vê-lo no mesmo plano, sabendo que o sócio credor goza, como sócio, de vantagens, que os outros, só como credores, não usufruem.”

⁸ A propósito da interessante problemática da desconsideração da personalidade colectiva por todos, Menezes Cordeiro, *Do Levantamento da Personalidade Colectiva*, in DJ IV, 1989/1990; Oliveira Ascensão, *Direito Comercial IV, Sociedades*, pp. 472; Pedro Cordeiro *A Desconsideração da Personalidade Colectiva*, Lisboa, 1989.

De facto, a escolha do método de financiamento a utilizar por parte dos sócios poderá ser primordial ou exclusivamente determinada por razões de ordem fiscal. O diferente tratamento dado pela lei aos juros e aos dividendos, potencia a existência de situações de subcapitalização.

A lei fiscal portuguesa considera que os dividendos não são dedutíveis ao lucro tributável da sociedade que os distribui, ao passo que considera os juros suportados, custos de exercício da entidade beneficiária do mútuo. Por outro lado, e caso o financiador não seja residente em território nacional, os juros serão, em princípio, tributados na esfera do seu beneficiário a taxas consideravelmente mais baixas do que aquela que recai sobre o beneficiário dos dividendos⁹.

Desta feita, facilmente se compreenderá pela análise sumária acima efectuada, que os sócios não residentes, e a sociedade participada terão, em princípio, maior interesse em proceder ao financiamento da empresa através do recurso a capitais alheios do que através do aumento da dotação de capitais próprios.

Importa ter presente, que se o financiamento for efectuado através de capitais alheios, o juro apenas será tributado na esfera do sócio, e não na sociedade beneficiária do mútuo, já que esta deduzirá ao lucro tributável as despesas suportadas com os juros. Pelo contrário, se os sócios procederem ao aumento das dotações de capitais próprios da sociedade, os dividendos serão tributados na esfera da sociedade que distribui os dividendos e na esfera do sócio beneficiário dos dividendos caso o mesmo seja pessoa singular não residente, ou pessoa colectiva não residente. Se pelo contrário, a entidade beneficiária dos dividendos for pessoa colectiva residente em Portugal a dupla tributação económica dos dividendos¹⁰ será eliminada por força do disposto no artigo 46.º do CIRC. Se o beneficiário dos juros for pessoa singular residente em território português, a dupla tributação será apenas atenuada¹¹.

⁹ Os dividendos de que são beneficiários entidades não residentes, são alvo de tributação em sede de IRS à taxa de 25%, (artigo 71.º n.º 2 alínea d) CIRS), ao passo que os juros se auferidos por não residentes, serão tributados à taxa de 15%, (artigo 101.º n.º 1 alínea a) CIRS).

Importa ter presente que se o beneficiário do rendimento for residente num país com o qual Portugal tenha celebrado Convenção contra a Dupla Tributação, (CDT), terá de se atenuar ou eliminar a dupla tributação e tributar o rendimento à taxa prevista na mesma.

¹⁰ Distingue-se dupla tributação jurídica de dupla tributação económica com base no facto de o primeiro conceito traduzir a dupla tributação do mesmo sujeito passivo pelos mesmos rendimentos, ao passo que a dupla tributação económica traduziria a dupla tributação dos mesmos rendimentos em sujeitos passivos diversos. Sobre a questão referenciada V. por todos ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, pp. 31 e ss. e MANUEL PIRES, *Problemática do Direito Internacional Fiscal*, Lisboa, 1987, pp. 13.

Na questão referida do que se trata é de uma dupla tributação económica, já que os mesmos rendimentos, (dividendos) seriam tributados duas vezes em pessoas jurídicas diversas.

¹¹ O Código do IRS atenua a dupla tributação económica dos dividendos auferidos por pessoas singulares residentes em território português, através da consagração no artigo 40.º número 1 de uma dedução de 50% do rendimento distribuído a título de dividendos como dedução específica dos rendimentos da categoria E. Porém, a referida disposição legal não elimina a dupla

O tratamento mais favorável que a legislação fiscal confere aos juros em relação aos dividendos encoraja o recurso ao financiamento através de capitais alheios, e como tal propicia o aumento das situações de subcapitalização^{12 13}.

IV. MECANISMOS DE COMBATE AO FENÓMENO DA SUBCAPITALIZAÇÃO

O financiamento de sociedades através de capitais alheios motivada por razões exclusiva ou predominantemente fiscais, acarreta um conjunto de consequências que tem conduzido à adopção por parte dos Estados, de medidas tendentes a combater o fenómeno.

Nestes termos, têm sido ensaiados um vasto conjunto de métodos e de formas de combater o fenómeno¹⁴, podendo todavia, classificar-se os métodos adoptados em duas categorias distintas: por um lado, os métodos ditos subjectivos e por outro, os métodos objectivos¹⁵.

Em todo o caso, e independentemente do método adoptado, as normas de combate à subcapitalização assumem duas finalidades essenciais. Por um lado, afiguram-se como sendo normas de natureza cautelar, com o propósito fundamental de evitar a prática de comportamentos elisivos, e por outro lado, visam garantir o efectivo respeito pelos princípios internacionais de distribuição de poder tributário entre os Estados.

No que diz respeito à diferenciação entre os métodos referenciados, importa ter presente que o que os distingue, é essencialmente o facto de o segundo partir da fixação legal de um coeficiente que expressa a

tributação apenas a atenua, mantendo-se assim, embora atenuado, o problema mencionado.

¹² O diferente tratamento dado pela lei aos juros, por um lado e aos dividendos por outro, põe de forma flagrante em causa o princípio da neutralidade da lei fiscal, dado que as diferenciações de regime poderão conduzir a que os contribuintes façam a sua opção quanto ao meio a utilizar para financiar as sociedades de que é detentor de capital, por razões de ordem fiscal.

Ora, de acordo com o princípio da neutralidade da lei fiscal, a norma fiscal não se deve apresentar como um factor que determine ou influencie as escolhas dos contribuintes.

¹³ O tratamento fiscal dos juros e dos dividendos não se encontra harmonizada merecendo tratamento diferenciado de Estado Membro para Estado Membro, o que poderá colocar problemas de Dupla Tributação. Por outro lado, não existindo um tratamento comunitário harmonizado em matéria de caracterização de juros e dividendos abre-se o caminho a proliferação do financiamento das sociedades através de instrumentos de financiamento híbridos; PETER ESSERS; GEERTEN MICHILSE; GUIDO DE BONT; RENÉ OFFERMANS, *Some Fiscal Aspects of Financing Structures within a Group of Companies and Thin Capitalization Approaches in Europe*, in EC Tax Review 1994 n.º 4.

¹⁴ Sobre a questão GLÓRIA TEIXEIRA, *A Tributação do Rendimento Perspectiva Nacional e Internacional*, Almedina; XIX Jornadas Luso Americanas de Direito Tributário; JOÃO AVEIRO PEREIRA, ob. cit. pp. 31 e ss.; RUUD A. SOMMERHALDER, *Approaches to Thin Capitalization*, in European Taxation vol. 36 n.º 3 1996 pp. 82 e ss.; FRED C. DE HOOSON, GEERTEN M.M. MICHIELSE, *Treaty aspects of the thin capitalisation issue – A review of the OECD Report*, Intertax n.º 11, 1989 pp. 447 e ss.

¹⁵ Não obstante as marcantes fronteiras existentes entre os dois métodos de abordagem do problema, o certo é que é possível configurar soluções de combate à subcapitalização que procedam à combinação das duas abordagens verificando-se a necessária matização dos referenciados métodos, RUUD A. SOMMERHALDER, ob. cit..

relação óptima entre a participação de capital e o montante do endividamento da sociedade face ao sócio, para determinar a existência de uma situação de subcapitalização, ao passo que o primeiro considera as circunstâncias particulares da operação de financiamento em causa para, face a essas, concluir pela existência ou não de uma situação de subcapitalização¹⁶. Os métodos subjectivos assentam na consideração particular das circunstâncias que determinam e influenciam a operação de financiamento, ao passo que os métodos objectivos assentam na fixação de requisitos aplicáveis ao universo das sociedades comerciais, desconsiderando-se as reais e concretas condições em que as mesmas operam, e em que os financiamentos são prestados.

Nestes termos, caso se adoptem mecanismos subjectivos para combater o fenómeno da subcapitalização, a Administração Fiscal considerará que uma determinada operação de financiamento se enquadra sob a alçada das normas de combate à subcapitalização, no caso de o recurso ao financiamento da sociedade através de capitais alheios se demonstre ter sido motivado apenas, ou principalmente por razões de ordem fiscal. Ou seja, considera-se existir subcapitalização, nas situações em que o contribuinte recorre ao financiamento da sua empresa através do recurso a capitais alheios quando a normalidade económica aconselharia o aumento de capital da sociedade. Se a operação de financiamento se manifestar economicamente injustificável e caso se demonstre que não seria possível ao contribuinte obter um financiamento idêntico através de uma entidade com a qual não mantivesse relações especiais, seremos forçados a admitir forçosamente a aplicação das normas contra a subcapitalização.

Se pelo contrário, as normas de subcapitalização assumirem natureza objectiva, considerar-se-à existir uma situação de subcapitalização, caso se demonstrem ultrapassados os ratios de endividamento fixados na lei.

Os métodos subjectivos apresentam como vantagem fundamental a circunstância de fazerem depender a aplicação das normas sobre subcapitalização da verificação das condições concretas da operação, permitindo-se dessa feita a análise real da situação da sociedade e das circunstâncias em que se encontra envolvida.

¹⁶ Para uma análise detalhada dos métodos subjectivos e objectivos e aplicações no Direito Comparado, RUUD A. SOMMERHALDER, ob. cit.

Contudo, apresenta como principal inconveniente a particular complexidade que um sistema desta índole naturalmente imporia, e a insegurança derivada de deixar à Administração Fiscal uma larga margem de livre apreciação na aplicação do dispositivo legal de combate à subcapitalização¹⁷.

As normas de carácter objectivo, por seu turno, partem da noção de capitalização óptima definida e fixada na lei, para considerarem que toda e qualquer sociedade, independentemente das condições particulares do seu negócio, da conjuntura económica ou do mercado em que se insere, desde que ultrapassado o coeficiente legal se considere numa situação de subcapitalização.

A vantagem fundamental dos métodos objectivos é a simplicidade e facilidade de aplicação que demonstram. Como desvantagem fundamental, poderemos apontar a rigidez que estes métodos patenteiam conduzindo a resultados tendencialmente arbitrários.

A questão central tem que ver com o facto de o conceito de subcapitalização não se revelar um conceito que se preste a “integrar previsões normativas que sirvam de base à produção de consequências jurídicas, e quanto a nós, totalmente inapto para a produção de consequências jurídicas com uma função preventiva de protecção dos credores (como seja, para fundar um qualquer dever de adequação do capital ao objecto social)”¹⁸.

¹⁷ A propósito da questão referida, V. por todos CASALTA NABAIS, *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coleção Teses, Almedina, pp. 378 e ss..

Importa ter presente que a margem de livre apreciação que os modelos de matriz subjectiva conferem à Administração Fiscal não se apresentam em contradição com princípio da legalidade fiscal. De facto, o princípio da legalidade fiscal não dispõe no sentido de que a Administração Fiscal deve ser remetida a um papel de aplicação automática e robótica da lei. À Administração Fiscal cabe a aplicação da lei conforme o caso concreto, cabendo-lhe a obrigação de proceder à densificação dos conceitos indeterminados.

O princípio da legalidade não impõe que os comandos legais sejam absolutamente determinados e concretizados, de modo a que a Administração Fiscal apenas se limite a aplicá-la de forma automática. O princípio da legalidade exige sim a determinabilidade da lei fiscal.

Desta feita, a intervenção da Administração Fiscal na fixação de um ratio de endividamento/capital próprio, em função das circunstâncias particulares de cada sujeito passivo não colide de modo algum com a formulação do princípio da legalidade.

É, porém, certo que a presente solução é dificultada por razões de ordem prática. Na verdade, a exigência legal de análise da situação concreta de cada sujeito passivo para a determinação do ratio ideal de endividamento, põe por um lado, a questão de saber a que circunstâncias e a que condições deve a Administração Fiscal reportar para definir o ratio ideal, e por outro lado, coloca o problema de concretização. Será que a máquina fiscal, sempre parca em meios e recursos, se encontraria em condições de levar à prática uma disposição desta natureza?

E se é certo que o legislador fiscal deverá buscar sempre as soluções que cumpram os imperativos a que preside a ordem jurídica e que são exigidos pela Constituição Fiscal, é igualmente certo que o ordenamento jurídico não pode ser construído com base em soluções impraticáveis, sob pena de se tornar num ordenamento semântico contrariando assim, os imperativos em nome dos quais foi erigido.

Sobre o princípio da praticabilidade por todos V. CASALTA NABAIS, ob. cit. pp. 373 e ss.

¹⁸ Alexandre Mota Pinto, ob. cit. pp. 98.

Na realidade, a noção de capitalização óptima não nos parece que possa ser erigida à condição de parâmetro de aplicação universal e intemporal. O índice de capitalização óptima de uma determinada sociedade comercial, variará em função de um conjunto de elementos e de circunstâncias concretas e particulares.

De facto, a aplicação de um coeficiente legal a todos os sujeitos passivos, independentemente de considerações de ordem particular, conduzirá forçosamente a resultados insatisfatórios, e em alguns casos absolutamente desenquadrados da realidade. Basta pensar numa sociedade, cuja necessidade de endividamento se demonstre inferior ao coeficiente legal, para comprovar a afirmação expendida. Neste caso particular a sociedade referenciada, encontrar-se-á em condições de, ao abrigo da lei, criar artificialmente distribuições ocultas de lucros através de operações de financiamento com recurso a capitais alheios. Por seu turno, as sociedades comerciais relativamente às quais as necessidades de endividamento sejam superiores ao coeficiente legal, não terão a possibilidade de recorrerem ao financiamento através de capitais alheios para fazer face às suas necessidades, sem que “caiam” na norma de combate à subcapitalização.

Atentas as limitações patenteadas pelos métodos objectivos, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, sugeriu em 1987, no Relatório de Paris¹⁹, que os países membros da OCDE procedessem à introdução de uma cláusula de salvaguarda nas normas de combate à subcapitalização. A referida norma de salvaguarda consubstanciar-se-ia na possibilidade conferida aos contribuintes de demonstrarem que o excesso de endividamento não seria motivado por razões de ordem fiscal, mas sim por legítimas justificações de ordem económica.

Possibilitar-se-ia, assim, superar a rigidez dos métodos objectivos permitindo-se que, ultrapassados os ratios legais de endividamento, os contribuintes fizessem prova de que o endividamento não seria efectuado por razões de ordem fiscal²⁰

¹⁹ “La sous-capitalisation”, OCDE, Paris 1987.

²⁰ Os Estados que tal como Portugal adoptaram mecanismos de natureza objectiva para fazer face ao fenómeno em análise, adoptaram cláusulas de salvaguarda, nos termos das recomendações feitas pela OCDE.

V. O ARTIGO 61º DO CÓDIGO DO IRC: DO ÂMBITO, DO ALCANCE E DA SUA (IN) ADEQUAÇÃO

A. Enquadramento

O ordenamento jurídico português apenas foi munido de um mecanismo de combate ao fenómeno da subcapitalização em 1996, através da aprovação do Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, tendo o referenciado Decreto-Lei sido aprovado ao abrigo de uma Lei de Autorização Legislativa, Lei n.º 39-B/94, de 27 de Dezembro²¹.

O Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro alterando o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, (CIRC), introduziu-lhe um novo artigo, (o artigo 57.º - C), que veio “completar o quadro fiscal das chamadas medidas anti-abuso iniciado com o artigo 57 (correções aos preços de transferência) e alargado pelos artigos 57-A (não dedutibilidade de custos em benefício de residentes em paraísos fiscais) e 57-B (imputação de lucros retidos em paraísos fiscais)”²².

B. Da Inconstitucionalidade do artigo 57.º - C

A Assembleia da República habilitou o Governo a disciplinar o regime de combate à subcapitalização através da lei de autorização legislativa²³, na medida em que a regulamentação das normas anti-abuso, se

²¹ Lei do Orçamento de Estado de 1995.

²² MANUEL ANSELMO TORRES, *Alcance do novo regime fiscal da subcapitalização de empresa*, in Fisco n.º 76/77, Março – Abril, 1996.

²³ O Governo legislou sobre a matéria através da aprovação do Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, tendo a Lei de autorização legislativa habilitante sido incluída na Lei do Orçamento de Estado para 1995.

As normas de autorização legislativa, em matéria fiscal, incluídas no Orçamento de Estado obedecem à mesma disciplina a que estão sujeitas as demais leis de autorização, com excepção à questão relativa à sua duração.

De acordo com o artigo 165.º n.º 5 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”, (sublinhado nosso). Deste modo, e dispondo o artigo 2.º n.º 2 da Lei n.º 6/1991, de 20 de Fevereiro, (diploma que à data se encontrava em vigor), que o ano económico coincide com o ano civil, e sendo o Orçamento anual, forçoso seria de concluir que a lei de autorização constante da lei do Orçamento de Estado para 1995, e que se destinava a habilitar o Governo a regulamentar a matéria referente à subcapitalização, teria caducado no final do ano económico a que respeitava o Orçamento de 1995, ou seja caducaria no dia 31 de Dezembro de 1995.

Assim, e tendo o Governo utilizado a lei de autorização legislativa, no dia 29 de Janeiro de 1996, a norma constante do artigo 57.º - C do CIRC seria inconstitucional, pelo facto de ter sido produzido pelo Governo em flagrante violação do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade fiscal. A competência legislativa do Governo em matéria fiscal, não compreende a matéria referente aos elementos essenciais do imposto, pelo que encontrando-se, a Lei de autorização caducada a conclusão a retirar seria forçosamente a da inconstitucionalidade do artigo 57.º - C.

Todavia, outro terá de ser o entendimento.

A lei do Orçamento de Estado para 1996 foi aprovada pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março, tendo assim entrado em vigor, em momento posterior ao do início do ano civil. Assim, a vigência da lei do Orçamento de Estado para 1995, foi prorrogada até à entrada em vigor do Orçamento de Estado para 1996.

Ora, a prorrogação da vigência do Orçamento de Estado, implicará, necessariamente a consequente prorrogação das normas de autorização legislativa. Na verdade, a prorrogação da vigência da lei do Orçamento implica a vigência de todas as disposições que

integram na esfera das matérias reservadas à competência legislativa da Assembleia da República²⁴. As normas anti-abuso regulam a incidência do imposto, na medida em que, através destas o legislador estende a aplicação das normas fiscais a um determinado conjunto de situações de facto que, à primeira vista se encontram a salvo da sua aplicação.

A norma anti-abuso estende a aplicação da lei fiscal a situações que, embora o espírito da lei pretendesse inclui-las sob a alçada do imposto, o modo especial como o contribuinte configurou os seus negócios coloca-as a salvo da incidência do mesmo.

A incidência é um elemento essencial do imposto, e como tal não poderá deixar de ser regulamentada por Lei da Assembleia da República ou por Decreto-Lei autorizado²⁵.

o compõe e, como tal, implicará que as normas de autorização legislativa nele incluídas se mantenham em vigor pelo período em que a lei do Orçamento vigorar.

Assim, a norma que disciplina a subcapitalização, introduzida no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, foi aprovado pelo Governo ao abrigo de competente lei de autorização legislativa aprovada pela Assembleia da República.

No mesmo sentido pronunciam-se JORGE MIRANDA *Manual de Direito Constitucional Tomo V – A Actividade Constitucional do Estado*, Coimbra., J. J. GOMES CANOTILHO *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição Almedina. Contra, ISABEL MORAIS CARDOSO, *Autorizações legislativas na lei do Orçamento*, in XX Aniversário do Provedor de Justiça, Lisboa 1995, pp. 132 e ss..

²⁴ O princípio da legalidade em matéria fiscal, plasmado no artigo 103º n.º 2 e 165º n.º 1 alínea i) da CRP, impõe que os elementos essenciais dos impostos sejam criados por Lei ou por Decreto-Lei autorizado. A imposição de tal repartição de competências em matéria fiscal, surgiu em 1215 com a Magna Carta como forma de limitar os poderes do monarca, tendo posteriormente evoluído e atingido o seu auge pleno na época do liberalismo. A ideia de que para que haja lugar a tributação terá de haver intervenção dos representantes dos contribuintes, expressa no brocardo “no taxation without representation”, é plenamente fiel aos postulados liberais. De facto, a norma fiscal assume uma natureza intromitória na esfera dos cidadãos, comprimindo o direito à propriedade privada, devendo como tal obter a chancela dos representantes dos cidadãos. Por outro lado, na época das luzes a lei é encarada como o símbolo da razão, pelo que é através desta e apenas dela que matérias tão importantes como as normas fiscais, poderão ser criadas, já que é a lei-razão que lhes confere sentido e alcance.

Sobre evolução do sentido e alcance do princípio da legalidade fiscal e da repartição de poderes legislativos entre o Governo e a Assembleia da República no âmbito das Constituições Portuguesas, V. por todos, J. MIRANDA, *A Competência Legislativa no domínio do Impostos e as chamadas Receitas Parafiscais*, Sep. da Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp. 9 e ss.

Actualmente o princípio da legalidade fiscal não é o único limite do poder de criar impostos, (a par das garantias de carácter formal a CRP criou um conjunto de princípios de natureza material que enquadram o desenvolvimento do poder tributário, tais como o princípio da capacidade contributiva, o princípio da segurança jurídica em matéria fiscal, o princípio da tutela da confiança dos particulares, entre outros).

CASALTA NABAIS, (ob. cit. pp. 345 ss.), caracteriza o princípio da legalidade fiscal com referência a duas vertentes fundamentais: a reserva formal de lei e a reserva material ou conteudística de lei. A primeira vertente, expressa a ideia de que os impostos e os seus elementos essenciais tem de ser criados por lei formal, ao passo que a segunda expressa a ideia de que não basta que os impostos sejam criados por lei formal, é ainda, fundamental que o conteúdo fundamental dos impostos se encontrem regulamentados por lei formal.

Sobre o princípio da legalidade, Casalta Nabais in o “Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina 1998 pp. 321 e ss.; Ana Paula Dourado “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa”, in CTF n.º 379, Julho – Setembro.

²⁵ Artigo 103.º número 2 da CRP.

Sendo as normas especiais anti-abuso criadas por Decreto-Lei autorizado²⁶, deverá este respeitar o objecto, o sentido, a extensão e a duração da norma habilitante^{27 28}.

Ora, da análise da Lei de autorização legislativa concedida pela Assembleia da República ao Governo, e da solução legislativa aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5/96, de 29 de Janeiro, somos forçados a concluir que os ditames da norma habilitante não foram devidamente cumpridos pela norma habilitada.

A Lei de autorização legislativa estatui que ficaria “o Governo autorizado a estabelecer que, sempre que o endividamento directo ou indirecto de um sujeito passivo com entidade não residente é excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso têm a consideração de lucros distribuídos para efeitos de tributação”²⁹. A lei de autorização legislativa delimita, assim, claramente o seu objecto, (subcapitalização), e o seu sentido (desconsideração dos juros suportados em excesso e sua reconsideração como lucros).

Da análise da norma produzida ao abrigo da norma de autorização legislativa referida, concluímos que o sentido da norma habilitante não foi respeitado.

De facto, o artigo 61.º n.º 1 do CIRC, numa versão que aliás é a originária e que correspondia ao artigo 57.º – C do CIRC, estatui que considerando-se o endividamento de uma entidade residente para com uma entidade não residente com a qual mantenha relações especiais, excessivo, “os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável”.

A Assembleia da República expressou de forma clara a sua opção nesta matéria. A solução propugnada na Lei de autorização legislativa passava pela desconsideração da operação de financiamento e pela consideração da operação efectivamente pretendida pelo contribuinte. Ora, a solução que resulta do artigo 61.º n.º 1 do CIRC, é substancialmente diversa no sentido e nas consequências.

²⁶ Como foi o caso da norma de subcapitalização portuguesa.

²⁷ Sobre a disciplina das Leis de autorização legislativa e sua relação com os Decretos-Lei autorizados, JORGE MIRANDA ob. cit. pp. 305 e ss., J. J. GOMES CANOTILHO ob. cit. pp. 757 e ss.; PAULO OTERO *Autorizações Legislativas e Orçamento*, in O Direito, 1992; CARDOSO DA COSTA, *Sobre as autorizações legislativas da lei do Orçamento*, Coimbra, 1982; ISABEL MORAIS CARDOSO, ob. cit.

²⁸ Os Decretos-Lei aprovados ao abrigo de autorizações legislativas concedidas ao Governo na lei do Orçamento de Estado, para além de respeitarem as limitações de ordem geral referenciadas o n.º 2 do artigo 165º da CRP, apresentam uma especificidade que consiste no facto de caducarem no final do ano económico a que respeitam, (165º n.º 5 da CRP).

²⁹ A solução propugnada pela norma de autorização legislativa corporiza de forma muito nítida o princípio da prevalência da substância sobre a forma, ao defender a desconsideração da operação de financiamento e a consideração da distribuição de lucros.

Por um lado, não se afirma, tal como expressava a Lei de autorização a prevalência da substância sobre a forma. O artigo 61.º n.º 1 não procede à desconsideração da operação de financiamento tributando a operação efectivamente pretendida pelo contribuinte, limitando-se a não considerar dedutíveis para efeitos de determinação do lucro, os juros correspondentes ao endividamento excessivo. Por outro lado, as consequências da aplicação da solução prevista no artigo 61.º n.º 1, apenas se efectivam na esfera da entidade beneficiária do financiamento e não na esfera do sócio.

A solução apontada pela Lei de autorização legislativa, por seu turno, para além de, como afirmámos, significar a prevalência da substância sobre a forma, tributando-se a operação efectivamente pretendida e não a formalmente efectuada, apresentava como consequência o facto de estender a aplicação da norma, também ao sócio financiador e não apenas à sociedade beneficiária do mesmo. Na verdade, prevalecendo a operação material sobre a formal, os contribuintes seriam tributados como se a operação material tivesse de facto tido lugar, pelo que o rendimento auferido pelo sócio seria tributado na qualidade de dividendos distribuídos e não de juros. De acordo com a solução expressa no CIRC, o rendimento que o sócio auferir é tributado a título de juros, não obstante a lei reconhecer que o financiamento do qual deriva o rendimento, se configurar como uma distribuição oculta de dividendos.

É certo que o Governo ao legislar, ao abrigo de normas de autorização legislativa, encontra-se habilitado a regulamentar a questão dentro daquelas que são as suas orientações fundamentais sobre as matérias em causa. Se assim não fosse não faria sentido habilitar-se o Governo a legislar nessas matérias, já que a Assembleia da República poderia ao invés de habilitar o Governo a legislar.

Todavia, a liberdade de conformação que se reconhece ao Governo nestas matérias, não poderá de modo algum, colocar em crise os aspectos fundamentais do regime, e que forçosamente se encontrarão plasmados na lei de autorização legislativa, sob pena de através do regime das autorizações legislativas se desvirtuar as regras de distribuição de competências entre o Governo e a Assembleia da República.

C. Regime Legal do Artigo 61º do CIRC

C.1. Do coeficiente Legal

O artigo 61.º do CIRC é uma norma fiscal “anti-elisiva, visando combater a evasão fiscal internacional, efectuada mediante o endividamento excessivo das sociedades residentes perante entidades não residentes,

com as quais têm relações especiais, estabelecendo limites ao recurso intencional à subcapitalização, através da definição de um coeficiente de endividamento, tido como normal para a generalidade das empresas”³⁰.

O legislador português optou deste modo, à semelhança da generalidade dos parceiros da União Europeia, pela consagração de um coeficiente de endividamento objectivo. Assim, para que se considere que uma sociedade comercial se encontra subcapitalizada, é necessário que a relação entre os capitais alheios ao seu dispor e o seu capital próprio excedam o coeficiente fixado pelo legislador³¹, que entre as partes envolvidas na operação de financiamento existam relações especiais³², e que o sócio que disponibilizou os recursos financeiros não seja residente em território nacional.

O coeficiente de endividamento é fixado face a cada entidade relacionada não residente em território português³³, aferido em qualquer momento do período de tributação.

C.2. Da Cláusula de Salvaguarda

³⁰ Patrícia Cunha, ob. cit. pp. 507 e 508.

³¹ De acordo com o disposto no artigo 61.º número 3 considerar-se-à que “existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas nos números anteriores, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação de capital”.

³² Para efeitos de aplicação do artigo 61.º CIRC considerar-se-ão relações especiais as situações tipificadas no artigo 58º n.º 4 do CIRC, e que se reconduzem às situações em que entre duas entidades “uma tem o poder de exercer directa, ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra”, (artigo 58.º n.º 4 CIRC).

Existirão igualmente relações especiais, para efeitos de aplicação do regime do artigo 61.º do CIRC, “a situação de endividamento do sujeito passivo para com 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 58.º”, (artigo 61.º n.º 2 do CIRC).

As situações equiparadas a relações especiais por força do disposto no artigo 61.º n.º 2, tem o propósito de evitar que as situações designadas por back-to-back loans, não fossem abrangidos pelo regime do artigo 61.º.

Os sócios ao invés de procederem ao financiamento da sociedade de forma directa, podem, através da prestação de garantias ou de avals, promover a celebração de um contrato de mútuo entre a sociedade e uma entidade bancária. O empréstimo seria, nesses termos, prestado por uma entidade terceira com a qual a sociedade beneficiária do mútuo não mantém relações especiais, não logrando, em princípio aplicação as normas de combate à subcapitalização.

O legislador português alargou o conceito de relações especiais, no sentido de abarcar as situações em que se verifica a interposição de uma entidade bancária entre o sócio e a sociedade beneficiária do financiamento, mas em que, na verdade, o empréstimo é de forma indirecta prestado pelo sócio.

³³ Nos termos do disposto no artigo 61.º n.º 3 não se tem como referência, para aferir a relação entre capitais alheios e capitais próprios, o montante global do endividamento da sociedade face à totalidade das entidades consigo relacionadas não residentes em território português.

Nestes termos, não se encontrará subcapitalizada uma sociedade que seja beneficiária de recursos disponibilizados directa ou indirectamente, a título de capitais alheios, por entidades consigo relacionadas desde que face a cada uma delas o montante de recursos em causa não exceda o dobro da sua participação de capital.

É certo que o legislador, através do artigo 61.º visa evitar que, pela existência de relações especiais entre duas entidades se realizem operações de financiamento que não seriam realizadas, entre entidades independentes. Nesse sentido, percebe-se que a análise à capitalização de uma determinada sociedade seja efectuada através da análise do montante dos recursos financeiros disponibilizados por cada uma das entidades relacionadas.

Caso se encontre excedido o coeficiente legal de endividamento face às entidades relacionadas não residentes em território nacional, a lei prevê a possibilidade de os contribuintes demonstrarem que o endividamento excessivo não é motivado por razões exclusiva ou predominantemente fiscais, mas que assentam em razões de natureza económica plenamente justificáveis.

O legislador português caminhou no sentido propugnado pela OCDE, de acordo com o qual a consagração de mecanismos de natureza objectiva para fazer face à subcapitalização, deverão ser acompanhados da consagração de cláusulas de salvaguarda que permitam aos contribuintes ilidir a presunção legal, que actua de forma automática com a superação dos índices de coeficiente de endividamento.

Os números 6 e 7 do artigo 61.º, estipulam que, excedido o coeficiente legal previsto no número 3 do artigo 61.º, poderão os contribuintes, no prazo de 30 dias após o termo do período de tributação em causa, (número 7 do artigo 61.º), demonstrar que “tendo em conta o tipo de actividade, o sector em que se insere, a dimensão e outros critérios pertinentes, e tomando em conta um perfil de risco da operação que não pressuponha o envolvimento das entidades com as quais tem relações especiais, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente”, (artigo 61.º número 6).

O referenciado preceito visa introduzir correcções às soluções a que se poderia atingir em virtude do facto de a legislação nacional ter optado por introduzir um critério rígido e objectivo para o combate ao fenómeno da subcapitalização. Não nos parece, porém, que a sua formulação seja a mais correcta.

Estatui o número 6 do artigo 61.º que o contribuinte poderá ilidir a presunção legal plasmada no número 3 do artigo 61.º, provando que face às condições especiais e particulares da sua actividade, se encontraria em condições de contratar com entidades independentes, nos mesmos termos que contratou com entidades relacionadas não residentes em território nacional.

O preceito legal, parece lavrar numa confusão conceptual entre a problemática dos preços de transferência³⁴ e a matéria relativa à subcapitalização³⁵.

³⁴ Sobre a matéria dos preços de transferência V. por todos MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU, *Os preços de transferência no contexto internacional*, Fisco, n.º 18 Março PAULA ROSADO PEREIRA, *O Novo Regime dos Preços de Transferência*, Fiscalidade, n.º 5 Janeiro de 2001; EDUARDO GOLDSZAL, *As Novas Regras de Transferência em Análise*, Fisco n.º 105/106, Novembro de 2002.

³⁵ Por se nos afigurar plenamente autonomizáveis e distintas as figuras da subcapitalização e dos preços de transferência, não podemos de modo algum concordar com Manuel Anselmo Torres ao afirmar que as administrações tributárias poderão atacar “o fenómeno da subcapitalização pela aplicação casuística do princípio da concorrência entre nós consagrado no artigo 58º do CIRC”, in “As normas contra a subcapitalização e o caso Lankhorst”, in *Fiscalidade* n.º 13/14 pp. 127 e ss..

As normas que disciplinam a matéria dos preços de transferência³⁶ e as normas que regulam a subcapitalização, embora assumam um propósito comum de combater comportamentos elisivos, não se poderão confundir³⁷.

Enquanto as normas sobre preços de transferência têm como escopo de actuação, os termos em que entidades relacionadas contratam entre si, as normas sobre subcapitalização tem como escopo de intervenção a contratação entre entidades relacionadas, independentemente dos seus termos concretos. Nas situações de preços de transferência a contratação efectiva-se, independentemente da existência de relações especiais, sendo os termos da contratação determinados pela existência dessas mesmas relações especiais. Na subcapitalização, é a própria contratação que é determinada pela existência de relações especiais.

Os institutos referidos apresentam, assim, objectos de intervenção claramente diferenciados.

Na subcapitalização, os termos em que as partes contratam, poderá não diferir daqueles que seriam os termos em que contratariam partes independentes.

A questão central, no que diz respeito a este tipo de normas, tem que ver com a contratação em si. Partes independentes, nas condições em causa não contratariam.

Por seu turno, as normas relativas aos preços de transferência, desconsideram a verificação da existência da contratação em si, ocupando-se, isso sim, dos termos em que as partes procederam à contratação. Nos preços de transferência as partes contratariam independentemente da existência de relações especiais, sendo que na ausência das mesmas, os termos da contratação seriam consideravelmente diversos.

³⁶ Os preços de transferência são regulados em Portugal pelo artigo 58.º do CIRC.

³⁷ A favor da ideia de acordo com a qual as matérias relativas aos preços de transferência e à subcapitalização apresentam uma clara autonomia, pronunciam-se FRED C. DE HOOS HOSSON E GEERTEN M. M. MICHIELSE, in ob. cit., expressando a ideia segundo a qual a subcapitalização não pode obter respostas através do artigo 9º da CMOCE. Alegam os referidos autores que do texto do artigo 9º da CMOCE decorre necessariamente a referida conclusão. Na verdade, do preceito referido decorre que este logrará aplicação apenas nas situações em que os montantes envolvidos na operação levada a efeito por duas entidades relacionadas, fossem considerados excessivos face às condições normalmente praticadas no mercado por entidades independentes. Alegam ainda que o elemento histórico do artigo conduz à mesma conclusão. De facto, as razões determinantes que levaram à inclusão do artigo 9º na CMOCE, reforçam a ideia de que o mesmo só se aplica nas condições referidas. O referido preceito foi introduzido em 1933, sendo que à data da sua redacção a questão da subcapitalização não era ainda considerada nem pela Doutrina nem pela OCDE nem pelas legislações de qualquer país membro. Inclusivamente MITCHELL CARROL (a quem foi incumbida a tarefa de redigir o artigo 9º), apresentou um elenco de situações a que se aplicaria o mesmo, no âmbito dos quais não constava a subcapitalização.

Em sentido contrário pronuncia-se o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, para quem o artigo 9º da CMOCE é relevante para solucionar os problemas relativos à sub capitalização, ob. cit..

Atendendo ao exposto, a cláusula de salvaguarda consagrada nos números 6 e 7 do artigo 61.º do CIRC, deveria apenas dizer respeito aquele que é o objecto de intervenção da norma de subcapitalização. Não faz sentido que para que o contribuinte possa ilidir a presunção estabelecida no número 3 do artigo 61.º, tenha de provar que se encontraria em condições de contratar com entidades não relacionadas, tal como o 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. Os termos da contratação, é matéria a ser regulada no artigo 58.º do CIRC, nada tendo que ver com o dispositivo em análise, pelo que não deveriam ser objecto de ponderação neste domínio.

D. Da incompatibilidade do Artigo 61.º com o Artigo 43.º do Tratado de Roma

O regime da subcapitalização nacional, tal como a generalidade das normas que disciplinam a subcapitalização nos diversos Estados membros da União Europeia, apenas se aplica às situações em que os financiamentos sejam prestados por entidades não residentes em território nacional.

A solução encontrada pelo legislador nacional, parte do princípio de que a subcapitalização se configura como um problema de ordem internacional. É de facto correcto considerar, que o fenómeno da subcapitalização é um problema que se coloca com particular acuidade no domínio das relações jurídico tributárias internacionais. Todavia, como analisaremos no capítulo seguinte, a subcapitalização assume relevância também ao nível das relações jurídico tributárias internas, não se justificando por isso, a limitação do âmbito de aplicação da norma referenciada às situações em que se encontrem envolvidas entidades não residentes, excluindo-se assim, do seu âmbito de aplicação as situações de subcapitalização interna.

Para além de não existir justificação de carácter substancial para a restrição operada pelo artigo 61.º número 2 do CIRC, a mesma coloca problemas de compatibilidade entre o Direito interno e normas internacionais que vinculam o Estado Português, designadamente o Tratado de Roma e diversas Convenções contra a Dupla Tributação celebradas por Portugal³⁸.

³⁸ As disposições constantes de instrumentos jurídicos internacionais de natureza convencional sobrepõem-se vigoram na ordem jurídica nacional sem necessidade de intervenção dos poderes públicos nacionais. De acordo com o disposto no artigo 8.º número 1 da CRP, “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. Neste sentido, adoptou o legislador constituinte a “doutrina da recepção automática das normas do direito internacional geral ou comum. Isto implica que estas normas são directamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito” (GOMES CANOTILHO, ob. cit. pp. 816), sem que haja a necessidade de se operar a qualquer acto de transposição dos mesmos para a ordem jurídica nacional.

No que diz respeito ao valor jurídico das normas de direito internacional geral ou comum face ao direito interno, afirma o mesmo

Impõe o artigo 43º do Tratado de Roma que, no sentido de dar pleno cumprimento ao direito à liberdade de estabelecimento³⁹, deverão os Estados membros promover as condições de instalação e funcionamento de empresas e sociedades dos Estados membros, em condições de plena igualdade com as empresas nacionais do Estado em causa. Parece claro que a aplicação da norma relativa à subcapitalização, apenas nas situações em que se encontrem envolvidas entidades não residentes, excluindo-se a aplicação desse regime a empresas nacionais, mesmo quando verificados os requisitos necessários à aplicação desse regime a entidades não residentes, coloca um claro problema de violação do Direito Comunitário, designadamente de violação do artigo 43º do Tratado de Roma.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pronunciou-se recentemente, sobre a questão referenciada no Acórdão Lankhorst-Hohorst GmbH de 12 de Dezembro de 2002⁴⁰.

O referido aresto vem colocar um ponto final na questão de saber se as normas de subcapitalização previstas nas legislações dos Estados membros, se afiguram compatíveis com as disposições de Direito Comunitário ao restringirem a sua aplicação às entidades não residentes^{41 42}.

A liberdade de estabelecimento exige para sua plena efectivação, que os legisladores dos Estados membros reservem às entidades não residentes no seu território, o mesmo tratamento que destinam às entidades

autor, que a “contradição das leis internas com o direito internacional é uma das hipóteses em que se poderá defender a ilegalidade”, (GOMES CANOTILHO, ob. cit. pp. 816).

Pelo exposto seremos forçados a concluir que dispondo o artigo 61.º do CIRC em sentido contrário daquele que é o sentido do artigo 43.º do TUE, o mesmo será ilegal, podendo a mesma ser invocada nos tribunais portugueses a qualquer tempo, por força da recepção automática do direito internacional operada pelo artigo 8.º número 1 da CRP.

³⁹ Sobre a liberdade de estabelecimento no âmbito do Direito Comunitário, V. por todos, JOÃO MOTA CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000, pp. 547 e ss.

⁴⁰ A propósito do referido Acórdão V. por todos MANUEL ANSELMO TORRES, *As normas contra a subcapitalização e o caso Lankhorst*, in *Fiscalidade* n.º 13/14 pp. 127 e ss.; JOÃO PEDRO SANTOS, *Acórdão do TJCE de 12 de Dezembro de 2002 – Anotação*, in *CTF* n.º 408 pp. 165 e ss.; AXEL CORDEWENER, *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH*, in *European Taxation*, April 2003, pp. 102 e ss.

⁴¹ Num trabalho de exaustiva análise da jurisprudência do TJCE, PATRÍCIA CUNHA ob. cit. pp. 523 e ss., chega à conclusão, que ainda antes de o TJCE se ter pronunciado no caso Lankhorst, a jurisprudência daquele tribunal caminhava já no sentido referenciado no mesmo.

⁴² O TJCE pronuncia-se de forma clara pela incompatibilidade da norma alemã sobre subcapitalização com o artigo 43º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, rejeitando de forma liminar a argumentação expendida na defesa, afirmando que a norma em causa não pode ser aceite por razões de coerência do sistema fiscal aplicável, nem pela preservação da eficácia dos controlos fiscais, nem com a necessidade de combater as situações de fraude e evasão fiscal.

MANUEL ANSELMO TORRES, afirma de forma peremptória que o regime português sobre subcapitalização é de tal modo discriminatório, que “dificilmente se poderia conceber um regime mais flagrantemente destinado a ser posto em causa pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias com base na violação do direito de estabelecimento consagrado no artigo 43º do Tratado”, in ob. cit. pp. 142.

nacionais. O tratamento diferenciado determinado por razões de nacionalidade, coloca óbvios constrangimentos ao livre estabelecimento no espaço comunitário.

Ora, a aplicação da norma de subcapitalização portuguesa apenas às situações em que o financiamento é disponibilizado por entidades não residentes em Portugal, cria um tratamento diferenciado por força da nacionalidade do agente económico, tratamento esse que, criando entraves à liberdade de estabelecimento no espaço comunitário, é incompatível com o disposto no artigo 43.º do Tratado de Roma.

Sendo o disposto no artigo 61.º número 2 do CIRC contrário à liberdade de estabelecimento disposto no Tratado de Roma, a conclusão a retirar será forçosamente a da ilegalidade do disposto no número 2 do artigo 61.º, por violação de uma disposição de Direito Comunitário originário.

E. Da incompatibilidade do Artigo 61.º com o Artigo 24.º da CMOCDE

Da análise do artigo 61.º número 2 do CIRC, resultam ainda dúvidas sobre a sua compatibilidade com algumas das disposições constantes do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património.

A este propósito refere Maria dos Prazeres Lousa que “uma das questões mais controversas e que tem levado a esgrimir argumentos a favor e contra a previsão na lei interna de medidas dirigidas a travar os efeitos fiscais da subcapitalização, prende-se com a compatibilização das mesmas com algumas das disposições das convenções, em particular as matérias tratadas nos artigos 9, 10, 11, 23, 24 e 25 do Modelo de Convenção da OCDE”⁴³. Conclui, porém a autora que, no que diz respeito ao artigo 9º “é clara a inexistência de conflito entre as convenções e as regras de subcapitalização mesmo quando se baseiem num coeficiente de endividamento fixo, desde que seja aberta a possibilidade de aos contribuintes interessados de ilidir a presunção legal, mediante a apresentação de prova adequada”⁴⁴, adiantando ainda que “a regulamentação nacional sobre subcapitalização não colide com o disposto nos artigos 10.º e 11.º”⁴⁵, afirmando por fim, que em relação ao princípio da não discriminação constante do artigo 24.º parágrafo 4. e 5. da CMOCDE “a matéria não é tão pacífica e consensual”⁴⁶.

O artigo 24º parágrafo 4 estipula que o Estado da Fonte tem de permitir a dedução, para efeitos da determinação do lucro tributável, dos juros pagos por uma empresa residente desse Estado a uma entidade

⁴³ Ob. cit. pp. 25.

⁴⁴ Ob. cit. pp. 25.

⁴⁵ Ob. cit. pp. 27.

⁴⁶ Ob. cit. pp. 28.

residente no outro Estado contratante, nas mesmas condições que permitiria a dedução a uma entidade residente no seu território.

Ora, aplicando-se o artigo 61.º apenas na circunstância de a entidade que fornece o financiamento não ser residente no território nacional, forçoso será concluir que o referido preceito legal se apresenta como sendo incompatível com o artigo 24.º parágrafo 4.

A norma nacional de combate à subcapitalização não seria incompatível com o disposto no artigo 24.º parágrafo 4, se o seu âmbito de aplicação não se encontrasse confinado às situações em que se encontram envolvidas entidades não residentes.

O Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE entende, todavia, que o parágrafo 4 do artigo 24.º “não impede o país do mutuário de assimilar os juros a dividendos em virtude das respectivas regulamentações nacionais sobre subcapitalização, na medida em que estas sejam compatíveis com o número 1 do artigo 9º ou com o número 6 do artigo 11º”⁴⁷.

De acordo com o entendimento expresso, a ressalva expressa na primeira parte do número 4 do artigo 24.º, aplicar-se-á às situações de subcapitalização, justificando-se desse modo, o tratamento diferenciado entre residentes e não residentes, desde que o mesmo seja justificado à luz da regulamentação nacional de subcapitalização.

Embora, como esperamos ter demonstrado supra, a regulamentação dos preços de transferência não se confunda com as normas destinadas a regular a matéria da subcapitalização, parece que as razões que levam à não aplicação do princípio expresso no parágrafo 4 do artigo 24.º, são extensíveis às situações em que se proceda à aplicação de normas de subcapitalização.

Todavia, a ressalva expressa na primeira parte do parágrafo 4 não deve servir para legitimar as normas de subcapitalização nacionais, que tal como o artigo 61.º, tratam injustificadamente de modo diverso os residentes e os não residentes. A norma em causa tem o propósito de evitar, que pela aplicação do princípio da não discriminação, as administrações fiscais dos Estados da Fonte fiquem sem condições para actuar face a situações de elisão fiscal.

Parece assim evidente, que a ressalva do parágrafo 4 e a sua aplicação às normas de subcapitalização, visarão apenas legitimar o tratamento diferenciado de residentes e não residentes, motivado pela utilização por parte

⁴⁷ O entendimento referenciado é expresso no comentário n.º 56 ao artigo 24.º da CMOCDE, ob. cit. pp. 270.

dos contribuintes de expedientes destinados a provocar erosão da receita fiscal. Ou seja, a não aplicação do princípio da não discriminação é justificada não pelo facto de a entidade financiadora ser não residente, mas sim pelo facto de as entidades em causa terem praticado comportamentos tendentes a provocar a erosão das receitas fiscais.

Não nos parece assim, que a leitura do artigo 24.º parágrafo 4, permita legitimar as normas de subcapitalização nacionais que injustificadamente apenas se aplicam às situações em que se encontrem envolvidas entidades não residentes⁴⁸.

VI. A SUBCAPITALIZAÇÃO INTERNA

O legislador português optou por colocar sob a alçada do artigo 61.º do CIRC, apenas as situações de subcapitalização em que a entidade financiadora não tenha residência em território nacional⁴⁹. Tal facto é motivado pela circunstância de ser no domínio do Direito Tributário Internacional, que existe uma maior propensão para a verificação de fenómenos dessa natureza.

Não nos parece, contudo, que a restrição imposta pelo legislador de aplicar a norma de subcapitalização apenas nos casos em que a entidade financiadora não seja residente em território nacional, signifique a irrelevância do fenómeno de subcapitalização interna. Se é certo que o tratamento fiscal dos juros e da distribuição de dividendos feita pelo legislador português, não coloca os mesmos problemas verificados no âmbito das situações jurídicas internacionais, certo é também, que se verificam disparidades, ao nível do regime fiscal dos juros e dos dividendos, que poderão determinar a opção do financiamento das sociedades, através do recurso a capitais alheios, ou através da dotação de capitais próprios.

Por outro lado, mesmo que se considere que o fenómeno da subcapitalização interna não assume relevância de maior, justificando-se assim, o facto de o legislador não regulamentar a questão, o certo é que o facto de

⁴⁸ O mesmo entendimento parece decorrer dos comentários feitos pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE ao número 4 do artigo 24.º ao referir na parte final do comentário n.º 56 que “se tal regime resultar de regras que não são compatíveis com os Artigos referidos e aplicáveis apenas a credores não residentes (com exclusão dos credores residentes), a aplicação deste regime é interdita nos termos do número 4.”, (sublinhado nosso), ob. cit. pp. 270.

Não podemos, nestes termos acompanhar as dúvidas expressas por MARIA DOS PRAZERES LOUSA, pois da análise dos preceitos referenciados parece resultar claro a incompatibilidade entre o disposto no artigo 61.º com o disposto no artigo 24.º número 4 da Convenção Modelo da OCDE.

⁴⁹ A mesma opção foi tomada pela generalidade dos Estados Membros da União Europeia.

o artigo 61.º do CIRC apenas se ocupar das situações tributárias internacionais causa uma incompatibilidade com a legislação comunitária, o que só por si exigiria uma orientação diversa por parte do legislador.

A. O Impacto Fiscal da Subcapitalização Interna

A análise do impacto e dos efeitos da subcapitalização nacional, exige que se distinga as situações em que o financiamento é prestado por uma pessoa singular, das situações em que é prestado por uma pessoa colectiva.

Assim, se o financiamento for prestado por uma pessoa colectiva, e caso a sociedade mãe opte por financiar a sua filial através de suprimentos, os encargos suportados pela filial a título de juros serão considerados como custos do exercício, e como tal não concorrerão para a formação do lucro tributável. Os juros auferidos pela sociedade mãe, a título de remuneração do financiamento, concorrerão, por seu turno, para a formação do seu lucro tributável.

Se ao invés, a sociedade mãe optar por financiar a sua filial através do aumento da dotação de capitais próprios, esta suportará o imposto correspondente ao valor dos lucros distribuídos⁵⁰. Por sua vez, a sociedade mãe não suportará IRC sobre os dividendos distribuídos, na medida em que por força do artigo 46.º do CIRC os mesmos não concorrerão para a formação do lucro tributável⁵¹.

Sendo a entidade financiadora uma pessoa singular, os rendimentos provenientes da remuneração dos contratos de suprimentos, encontram-se sujeitos a regras muito similares das que disciplinam a tributação dos rendimentos provenientes da distribuição de dividendos⁵². O sujeito passivo não obterá vantagens fiscais, na sua esfera jurídica, pelo facto de proceder ao financiamento da sociedade, na qual detêm participações de capital, ao invés de optar pelo aumento do seu capital próprio. Vantagens fiscais obterá, por seu turno,

⁵⁰ Ao contrário dos juros suportados em virtude da celebração de mútuos, os dividendos distribuídos não considerados custos do exercício e como tal, concorrem para a formação do lucro tributável.

⁵¹ O artigo 46.º do CIRC visa eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos, que se verificaria por força da consideração dos montantes distribuídos a título de dividendos na esfera das entidades distribuidoras de lucros, para efeitos de formação do lucro tributável, e da tributação na esfera da entidade beneficiária dos dividendos.

⁵² Na verdade, quer os rendimentos provenientes da distribuição de dividendos (qualificados como rendimentos de capital, por força do disposto no artigo 5º n.º 2 alínea h), quer os rendimentos auferidos a título de remuneração de contratos de suprimento, (qualificados de igual modo como rendimentos de capital, nos termos do disposto o artigo 5º n.º 2 alínea a), são alvo de englobamento, pelo que concorrem para a formação da matéria colectável. A diferença fundamental entre os dois regimes, reside no facto de os rendimentos provenientes da distribuição de dividendos apenas serão englobados em metade do seu valor, nos termos do disposto no artigo 40.º - A número 1 do CIRS, ao passo que os rendimentos provenientes dos juros que remuneram contratos de suprimentos, são considerados pela totalidade do seu valor.

a entidade financiada, no caso de o seu sócio decidir proceder ao seu financiamento através do recurso a capitais alheios. Na realidade, o encargo suportado pela sociedade financiada, (juros), é nos termos do disposto no artigo 23.º número 1 alínea c) do CIRC, considerado custo do exercício, sendo nesses termos dedutível para efeitos de determinação do lucro tributável. Os dividendos distribuídos, por seu turno, não serão considerados custos do exercício, e como tal concorrerão para a formação do lucro tributável, registando-se uma dupla tributação dos dividendos distribuídos⁵³.

Pelo exposto, conclui-se que nas situações descritas, o financiamento das sociedades residentes, por intermédio de sociedades também residentes, e que mantêm com aquelas relações especiais, através de suprimentos, fomenta a concentração dos custos da operação de financiamento na sociedade financiadora⁵⁴, ao passo que através do aumento da dotação de capitais próprios, os custos da operação concentrar-se-ão na entidade beneficiária da operação de financiamento⁵⁵.

Nestes termos, se os contribuintes tiverem a intenção de proceder à concentração de custos na entidade beneficiária do financiamento, procederão ao seu financiamento através do aumento do capital social. Se por seu turno, se registar a intenção de libertar a entidade beneficiária do financiamento dos custos inerentes à operação de financiamento, concentrando-se os mesmos na entidade financiadora, proceder-se-á ao financiamento da sociedade com recurso a capitais alheios.

Se por seu turno, o financiador for uma pessoa singular o regime fiscal tenderá para a neutralidade⁵⁶ em relação ao financiador, não se verificando o mesmo em relação à beneficiária do financiamento, que obterá vantagens fiscais se for financiada através de capitais alheios.

Pela análise das situações acima descritas reforçamos a conclusão, de acordo com a qual, não será apenas no âmbito das situações jurídicas internacionais, mas também no domínio das situações internas, que a

⁵³ Como referimos em nota anterior a dupla tributação económica dos dividendos distribuídos é atenuada no caso de o beneficiário dos mesmos ser uma pessoa singular pelo disposto no artigo 40.º - A número 1 do CIRS, ao estipular que os lucros distribuídos “por pessoas colectivas sujeitas e não isentas de IRC (...), são apenas considerados em 50% do seu valor”.

⁵⁴ Sendo os encargos suportados a título de juros considerados custos de exercício a entidade beneficiária do financiamento liberta-se de custos, já que os mesmos não serão considerados para efeitos de formação do lucro tributável, ao passo que a entidade financiadora será tributada pelo montante auferido a título de remuneração do financiamento.

⁵⁵ Concorrendo os lucros distribuídos para a formação do lucro tributável, a entidade beneficiária do financiamento suporta IRC sobre os montantes que distribui aos detentores do seu capital social. Ao invés, os detentores do capital social da entidade que distribui os lucros, não suportarão IRC sobre os dividendos distribuídos, na medida em que por força do artigo 40.º - A do CIRC, não serão os mesmos considerados para efeitos de formação do lucro tributável.

⁵⁶ A neutralidade não será plena, na medida em que os rendimentos provenientes dos juros serão englobados na totalidade, ao passo que os provenientes de lucros distribuídos serão englobados apenas em metade do seu valor.

escolha do meio adequado para proceder ao financiamento de uma sociedade comercial, poderá ser motivado por razões de ordem fiscal.

Ora, colocar-se-á, assim, a questão de saber se face a situações de utilização abusiva, por parte dos sujeitos passivos, dos métodos de financiamento das sociedades, a Administração Fiscal não terá meios de reacção. De facto, a redacção do artigo 61.º do CIRC parece apontar no sentido, de que face a tais situações o ordenamento jurídico não prevê quaisquer métodos de reacção.

Não podemos, porém, concordar com tal hipótese. O facto de o artigo 61.º do CIRC delimitar o seu objecto às situações de subcapitalização em que intervenham entidades não residentes, não poderá significar que a Administração Fiscal ficará sem meios de reacção nas situações, em que intervindo apenas entidades residentes em território português, o financiamento através da dotação de capitais alheios se afigure motivada apenas, ou em larga medida, por razões de natureza fiscal.

B. Da Resposta do Ordenamento Jurídico à Subcapitalização Interna

Num ordenamento jurídico tributário como o português, em que o legislador consagrou um mecanismo de carácter geral de combate à elisão fiscal, as situações de subcapitalização interna abusivas não poderão ficar sem reacção.

A aplicação da Cláusula Geral Anti-Abuso, (CGAA)^{57 58}, às situações de subcapitalização interna não poderá, porém, ser afirmada sem comprovação prévia.

A primeira questão que se coloca e que importa solucionar, é a de saber se a CGAA poderá ser aplicada a situações em que o legislador interveio através da consagração de uma cláusula especial anti-abuso.

Em segundo lugar, caberá analisar o conteúdo preciso da CGAA, no sentido de saber se a mesma se encontra apta a dar resposta às questões objecto do presente estudo.

⁵⁷ A CGAA foi consagrada no ordenamento jurídico-tributário português pelo artigo 57º n.º 7 da Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 1999. A referida norma foi introduzida no Código de Procedimento Tributário no seu artigo 32-A, tendo por força da Lei n.º 100/99 de 26 de Julho sido transferida para a Lei Geral Tributária para o artigo 38.º n.º 2.

A CGAA foi ainda objecto de uma alteração introduzida pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

⁵⁸ Sobre a matéria V. por todos GUSTAVO LOPES COURINHA *A Cláusula Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*, inédito; GONÇALO AVELÃS NUNES, ob. cit.

No que diz respeito à primeira questão, poder-se-ia argumentar pela impossibilidade de aplicação da CGAA às situações em questão, pelo facto de o legislador ter procedido à regulamentação do fenómeno da subcapitalização através da previsão de uma cláusula especial anti-abuso, e através da mesma não ter procedido à regulamentação da subcapitalização interna.

Nesses termos, o facto de o artigo 61.º CIRC não prever a sua aplicação à subcapitalização interna, não se afiguraria como uma verdadeira e própria lacuna da lei fiscal, mas sim uma deliberada intenção do legislador em não considerar a questão⁵⁹. Importa, assim recortar as relações que se estabelecem entre as normas especiais anti-abuso e a CGAA.

Considerando a questão acima identificada, somos do entendimento que nas situações em que uma norma especial anti-abuso considera especificamente uma determinada situação tributária, ter-se-á necessariamente de excluir a aplicação da norma geral anti-abuso. Se, o legislador ocupou a sua atenção numa determinada situação tributária, tendo considerado, em função do resultado da mesma análise, que a mesma não deveria ser abrangida pela incidência do imposto, não se compreenderia que a Administração Fiscal, posteriormente, a integrasse no âmbito da previsão normativa do imposto, através do recurso à CGAA. A aceitação de tal possibilidade, colocaria em crise o princípio da segurança jurídica, e da tutela da confiança dos particulares.

Conclusão diversa se retirará, nos casos em que o legislador não tenha considerado de todo uma determinada situação tributária. De facto, não tendo o legislador procedido à análise de determinada situação, deverá a Administração Fiscal aplicar a CGAA, sempre que se demonstrem verificados os requisitos necessários à sua aplicação.

O artigo 61.º do CIRC, não produziu qualquer espécie de juízo de valor sobre a questão referida, não tendo o legislador procedido, no domínio do referido preceito, ao enquadramento da questão. O artigo 61.º visa regular, apenas, a matéria relativa à subcapitalização internacional, e não a subcapitalização interna.

Nesse sentido, a CGAA poderá, em princípio, revelar-se como um instrumento adequado ao combate das situações referenciadas. A forma como o legislador a configurou, parece comportar a sua aplicação às situações de subcapitalização interna, que se demonstrem abusivas.

⁵⁹ Sobre as regras de interpretação da lei fiscal V. por todos SALDANHA SANCHES *Manual de Direito Fiscal*, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 99 e ss..

C. Da Aplicação da CGAA à Questão *Sub Judice*

O artigo 38.º n.º 2 da LGT dispõe que “são ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencialmente ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso de formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal dos 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 a 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”.

Verificando-se que o contribuinte utilizou um determinado artificialismo negocial, com vista a obter um ganho fiscal ilegítimo, proceder-se-à à desconsideração da vantagem obtida, aplicando-se à situação material em presença, a norma que lograria aplicação caso o contribuinte não se tivesse enredado na criação de uma estrutura negocial artificial.

Perante o exposto, importa precisar em primeiro lugar, que nem todas as situações em que se verifique o financiamento de determinada sociedade comercial através do recurso a capitais alheios se deverá considerar de imediato a aplicação da CGAA.

Na realidade, haverá determinadas circunstâncias que poderão motivar a adopção do referido método de financiamento da sociedade por intermédio dos seus sócios, independentemente de razões de ordem fiscal.

Apenas será, assim, de considerar a aplicação da CGAA às situações em que se encontrar demonstrada a intenção do contribuinte em obter através da adopção de uma determinada forma jurídica, uma vantagem fiscal que a lei não lhe pretendeu atribuir. Unicamente nos casos em que a adopção de determinada forma negocial seja motivada, exclusiva ou determinantemente por razões de ordem fiscal, haverá lugar à consideração da questão de saber se a CGAA logrará aplicação.

No caso vertente será necessário demonstrar que a escolha do método de financiamento, é determinado com o propósito de obter ganhos fiscais não configurados pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, é fundamental distinguir as situações de subcapitalização abusiva das situações, em que não obstante o facto de a sociedade se encontrar numa situação de subcapitalização, a mesma não possa ser considerada abusiva.

Em relação à subcapitalização não abusiva⁶⁰ é claro que a CGAA não se lhe aplicará. Esta apenas poderá lograr aplicação, nas situações em que se verifique a existência de abuso por parte do contribuinte.

VII. CONCLUSÕES

O tratamento que o ordenamento jurídico-tributário confere aos juros e aos dividendos assume contornos bem diversificados, o que leva a que os contribuintes determinem, em certos casos, as suas opções de financiamento tendo em atenção razões de natureza, exclusiva ou predominantemente fiscal.

É certo, que os contribuintes desenrolam os seus negócios e contratos, de acordo com a forma e configuração que melhor servem seus interesses. Como tal, tenderão os contribuintes a optar pelo método de financiamento das sociedades de que são detentores de participações de capital, que se demonstrar menos dispendioso.

Porém, a liberdade de configuração dos negócios jurídicos, não poderá de modo algum significar que os contribuintes podem manobrar a lei fiscal usufruindo de benefícios que o legislador não lhes pretendeu conceder.

O legislador português consagrou uma norma de combate à subcapitalização, de forma a fazer face às situações em que os contribuintes procederiam ao financiamento da sociedade comercial através do recurso a capitais alheios, com propósitos exclusiva ou predominantemente fiscais.

A referida norma apresenta, todavia, um conjunto de limitações que dificultam o efectivo combate às situações de subcapitalização abusiva. Como se foi expressando ao longo do presente estudo, a norma em causa, para além de se demonstrar ferida de inconstitucionalidade, e de violar normas de Tratados Internacionais, não apresenta a elasticidade necessária para que se aplique à totalidade das situações que reclamariam a sua intervenção.

O legislador nacional ficou assim aquém do desejado, ao limitar a aplicação da norma de subcapitalização às situações em que se encontrem envolvidas entidades não residentes em Portugal.

⁶⁰ Por subcapitalização não abusiva entenderemos, todas as situações em que a sociedade se encontre descapitalizada, mas a mesma seja justificada por razões de natureza comercial e económica.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Miguel Teixeira de, *Os preços de transferência no contexto internacional*, Fisco, n.º 18 Março;
- ALPERT, Herbert H., and, RAAD, Kees van, *Essays on International Taxation in honor of Sidney I. Roberts*, Kluwer;
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Almedina, Coimbra, 1993;
- ASSOCIAÇÃO FISCAL PORTUGUESA, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, Lisboa, 1998;
- ATANÁSIO, João, *Textos Comunitários*, ISLA, Lisboa, 2003;
- CAMPOS, Diogo Leite de, e CAMPOS, Mónica Leite de, *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 1997;
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Evasão Fiscal, fraude fiscal e prevenção fiscal*, in *Problemas Fundamentais de Direito Tributário*, Vislis Editores, 1999;
- CAMPOS, Diogo Leite de, RODRIGUES, Benjamim Silva, e SOUSA, de Lopes, *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, Editora Rei dos Livros, 2003;
- CAMPOS, João Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000;
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002;
- CARDOSO, Isabel Morais, *Autorizações Legislativas na Lei do Orçamento*, in XX Aniversário do Provedor de Justiça, Estudos, Lisboa 1995;
- COLLADO, Albert, and REY, Fernando, *New Thin Capitalization Regulations in a Comparative Framework*, in *European Taxation*, Volume 33, N.º 4 1993;
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial, I volume*, Almedina, Coimbra, 2001;
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial, II volume*, Almedina, Coimbra, 2001;

- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações, volume I*, AAFDL, Lisboa 1990, reimpressão;
- CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Lisboa 1989;
- CORDEWENER, Axel, *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst – Hoborst GmbH*, in *European Taxation*, April 2003;
- COSTA, Cardoso, *Sobre as autorizações legislativas de lei do orçamento*, Coimbra, 1982.
- COSTA, Reinaldo Mâncio, *Finanças da Empresa*, in *JURIS ET DE JURE*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, 1998;
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão*, Almedina, Lisboa, 2003;
- CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da, *A Subcapitalização no Direito Português, Apreciação face ao Direito Comunitário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra Editora, Lisboa;
- CUNHA, Paulo de Pitta, *A Harmonização da Fiscalidade e as Exigências da União Monetária na Comunidade Europeia*, in *XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, DGCI, Lisboa, 1993;
- DOURADO, Ana Paula, *O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa*, in *CTF n.º 379*, Julho – Setembro 1995, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995;
- DOURADO, Ana Paula, *Harmonização da Tributação de Lucros e Dividendos na CEE*, *CTF*, n.º 175 Lisboa, 1996, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996;
- DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*, *Fisco*, n.º 76/77, Março – Abril 1996;
- ESSERS, Peter, MICHELSE, Geerten, BONT, Guido de, and, OFFERMANN, René, *Some Fiscal Aspects of Financing Structures within a Group of Companies and Thin Capitalization Approaches in Europe Report of the Wintercourse of 1994*, in *E C Tax Review*, n.º 4, 1994, Kluwer/Luchterhand;
- GOLDSZAL, Eduardo, *As Novas Regras de Preços de Transferência em Análise*, *Fisco* n.º 105/106, Novembro de 2002.

- GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal*, Volume I, Rei dos Livros, Lisboa 1999;
- GOMES, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal*, Volume II Rei dos Livros, Lisboa 1999;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *A Evasão Fiscal na Interpretação e Integração da Lei Fiscal*, CTF, n.º 373, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa;
- GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária Anotada*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2001;
- HINNEKENS, Luc, *Uncertainties in the Interpretation of the General Anti-Avoidance Statute*, in *European Taxation*, September 1999;
- HOSSON, Fred C. de, and, MICHELSE, Gerteen M. M., *Treaty aspects of the thin capitalization issue – A review of the OECD Report*, in *Intertax*, n.º 11, November 1989, Kluwer/Stollfuss;
- LEITÃO, Luís Menezes, *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*, CTF, n.º 377, Janeiro – Março, 1995, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995;
- LEITÃO, Luís Menezes, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1999;
- LOUSA, Maria dos Prazeres, *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 e Técnica Fiscal*, n.º 171, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995;
- LOUSA, Maria dos Prazeres, *As Regras Fiscais sobre Subcapitalização*, CTF, n.º 383, Julho – Setembro, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996;
- LOUSA, Maria dos Prazeres, *Novo regime fiscal da subcapitalização de empresa*, *Fisco*, n.º 76/77, Março – Abril 1996;
- GAMA, João Taborda da, *Acto Elisivo, Acto Lesivo – Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português*, *Revista da Faculdade de Direito a Universidade de Lisboa*, Volume XL – N.º 1 e 2, Coimbra Editora, 1999;
- MIRANDA, Jorge, *A Competência Legislativa no domínio dos Impostos e as chamadas Receitas Parafiscais*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1988;
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000;

- MUSGRAVE, Richard A., *Situação Actual da Teoria da Tributação*, Fisco, n.º 12/13, Outubro de 1989;
- NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coleção Teses, Almedina Coimbra, 1998;
- NEGREIROS, Maria Fernanda Trigo de, *A Evasão “legítima” e o abuso de direito no sistema jurídico português*, CTF, n.º 151, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa;
- NUNES, Gonçalo Avelãs, *A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em Sede Fiscal – Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária – à Luz dos Princípios Constitucionais de Direito Fiscal*, Fiscalidade, n.º 3 Julho de 2000;
- OCDE, *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património*, Cadernos da CTF, n.º 172, Centro de Estudos Fiscal, Lisboa, 1995;
- OCDE, *La sous – capitalisation*, OCDE, Paris, 1987;
- OTERO, Paulo, *Autorizações Legislativas e Orçamento*, in *O Direito*, Ano 1992;
- PEREIRA, João Aveiro, *O Contrato de Suprimento*, 2ª Edição, Coimbra Editora;
- PEREIRA, Paula Rosado, *O Novo Regime dos Preços de Transferência*, Fiscalidade, n.º 5 Janeiro de 2001;
- PINTO, Alexandre Mota, *Do Contrato de Suprimento o Financiamento da Sociedade entre o Capital Próprio e Capital Alheio*, Almedina;
- ROWLAND, Amanda K., *Thin Capitalization in the United Kingdom*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Volume 49, Number 12, 1995;
- SANCHES, José Luís Saldanha, *O Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites*, CTF n.º 398, Abril – Junho, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa;
- SANCHES, José Luís Saldanha, *Soberania Fiscal e Constrangimentos Externos*, in *Fisco*, n.º 27, Janeiro de 1991;
- SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Coimbra Editora 2002;

- SANTOS, João Pedro, *Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidade de 12 de Dezembro de 2002, Processo Lankhorst – Hoborst v/s Finanzamt Steinfurt (C – 324/00) – Anotação*, CTF, n.º 408, Outubro – Dezembro, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 2002;
- TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Almedina, 1985;
- THIEL, Servaas van, *Free Movement os Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, Doctoral Series, IBFD;
- TORRES, Manuel Anselmo, *Alcance do Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de Empresa*, Fisco n.º 76/77, Março – Abril 1996;
- TORRES, Manuel Anselmo, *As normas contra a subcapitalização e o caso Lankhorst*, Fiscalidade, n.º 13/14, Janeiro/Abril, 2003;
- SOMMERHALDER, Ruud, *Approaches to Thin Capitalization*, in European Taxation, Volume 36, Number 3, 1996;
- VALE, Maria de Lourdes Correia e, *A tributação dos fluxos internacionais de dividendos, juros e royalties*, in A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Lisboa, volume I, 1993;
- VENTURA, Raul, *Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, in BMJ, n.º 182 1969;
- VOGEL, Klaus, *On Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer, 1991;
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Volume I, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Lisboa, 1981;
- XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional – Tributação das operações internacionais*, Almedina, Coimbra, 1997.

IX. ÍNDICE

I.	Introdução	2
II.	Conceito de Subcapitalização	3
A.	Subcapitalização Material e Subcapitalização Nominal	3
B.	Subcapitalização Inicial e Subcapitalização Superveniente	4
III.	Formas de Financiamento das Sociedades	6
A.	Enquadramento	6
B.	Impacto Fiscal dos Métodos de Financiamento	8
IV.	Mecanismos de Combate ao Fenómeno da Subcapitalização	9
V.	O Artigo 61.º do CIRC: Do Âmbito, Alcance e (In) Adequação	13
A.	Enquadramento	13
B.	Da Inconstitucionalidade do Artigo 57.º - C do CIRC	14
C.	Regime Legal do Artigo 61.º do CIRC	17
C.1.	Do Coeficiente Legal	17
C.2.	Da Cláusula de Salvaguarda	18
D.	Da Incompatibilidade do Artigo 61.º do CIRC com o Artigo 43º Tratado de Roma	21
E.	Da Incompatibilidade do Artigo 61.º do CIRC com o Artigo 24º da CMOCDE	23

VI.	Subcapitalização Interna	25
A.	Impacto Fiscal da Subcapitalização Interna	26
B.	Da Resposta do Ordenamento Jurídico ao Fenómeno da Subcapitalização Interna	28
C.	Da Aplicação da CGAA à Questão Sub Júdice	30
VII.	Conclusões	31
VIII.	Bibliografia	32
IX.	Índice	38

