O conceito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades

António Lobo Xavier[1]

Isabel Santos Fidalgo[2]

Francisco Mendes da Silva [3]

Índice

A) Sumário

B) A legislação relevante e a sua evolução histórica

C) O propósito do regime

D) A relação de dependência entre o artigo 51º do Código do IRC e a Directiva 90/435/CEE

E) A interpretação do regime previsto nos n.ºs 1 e 10 do artigo 51º do Código do IRC

1. O enquadramento do problema

2. O momento ou patamar da cadeia de participações em que se exige a tributação efectiva sobre os lucros distribuídos

a) Introdução

b) O elemento teleológico

c) O elemento literal

d) O elemento sistemático

3. A forma e a medida em que se exige a tributação efectiva sobre os lucros distribuídos

4. A condição da tributação efectiva nos casos em que os lucros distribuídos não dão origem a pagamento de imposto – o relevo do reporte de prejuízos fiscais de exercícios anteriores, dos pagamentos (especiais) por conta e da tributação autónoma das despesas incorridas no exercício de uma actividade comercial

5. O sentido que o legislador fiscal atribui à noção de lucros distribuídos – o conceito jurídico-comercial de lucro

a) Introdução

b) A questão analisada à luz do direito comunitário

c) A questão analisada à luz do direito de fonte portuguesa

i. O escopo lucrativo das sociedades

[1] Advogado, sócio da sociedade Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados (MLGTS).
[2] Advogada, associada principal da MLGTS.
[3] Advogado, associado da MLGTS.

ii. As múltiplas acepções de lucro: o lucro final ou de liquidação; o lucro periódico ou de balanço e o lucro de exercício

iii. O apuramento do lucro e a contabilidade

iv. A indivisibilidade do lucro

A) Sumário

I. O regime estabelecido no Código do IRC para a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades é o regime da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990: embora a tanto não fosse obrigado, o legislador nacional optou por fazer corresponder às situações absolutamente internas o mesmo regime que o legislador comunitário criou para as distribuições transfronteiriças de lucros.

II. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é competente para decidir conflitos que digam respeito à interpretação desse regime, ainda que relativos a situações puramente internas que oponham o Estado português a sujeitos passivos de IRC com sede em Portugal.

III. O regime em referência traduz igualmente uma opção do legislador nacional perante os métodos de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos admitidos pela Directiva acima mencionada – a escolha incidiu sobre o método da isenção, de acordo com o qual os lucros recebidos são excluídos da base tributável da sociedade recipiente.

IV. A Directiva 90/435/CEE não permite aos Estados que optem pelo método de isenção o estabelecimento de restrições de natureza quantitativa respeitantes ao imposto que tenha sido concretamente suportado pelas sociedades que antecedem a sociedade beneficiária numa certa *cascata* de participações.

V. Sendo assim, mesmo em situações absolutamente internas, a referência a um requisito de prévia tributação efectiva, que se encontra no nº 10 do artigo 51º do Código do IRC, não pode entender-se como a exigência de que se tenha verificado a incidência de um imposto com uma certa medida na esfera da sociedade que efectua a distribuição de lucros, porque isso violaria ostensivamente o direito comunitário.

VI. A única interpretação conforme com o direito comunitário é a de que, ao referir-se à necessidade de ter ocorrido previamente uma tributação efectiva, o legislador quis apenas tornar expresso o pressuposto essencial que subjaz à própria Directiva 90/435/CEE: o de que o regime de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos supõe que tenha ocorrido, em algum momento, pelo menos, algum tipo de tributação.

VII. Tributação efectiva significa, pois, à face da Directiva em referência e à face do Código do IRC, uma tributação de lucros de qualquer medida que tenha atingido alguma das sociedades organizadas através da detenção de participações *em cascata.*

VIII. Por outro lado, consideramos também que ocorre tributação efectiva no caso em que uma sociedade, tendo apurado lucro tributável num determinado exercício, acaba por não pagar imposto por poder deduzir prejuízos fiscais apurados em exercícios anteriores: do ponto de vista da capacidade contributiva, consumir um crédito fiscal com a natureza referida equivale em absoluto ao pagamento de uma certa quanti de imposto.

IX. Não será admissível, para o efeito da aplicação do referido nº 10 do artigo 51º do Código do IRC, que a Administração fiscal pretenda introduzir restrições baseadas num qualquer tipo de segmentação da proveniência dos lucros distribuídos: essas restrições violariam não só o direito comunitário, nos termos já adiantados, mas também o próprio princípio da legalidade fiscal.

B) A legislação relevante e a sua evolução histórica

O regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, actualmente constante do artigo 51º do Código do IRC, foi incluído logo na versão originária deste diploma (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro), então no artigo 45º. No n.º 1 desta norma estipulava-se que, "[*p*]*ara efeitos da determinação do lucro tributável será deduzida uma importância correspondente a 95% dos rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva em território português, sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas ao imposto referido no artigo 6º* [imposto especial de jogo], *nas quais o sujeito passivo detenha uma participação no capital não inferior a 25%, e desde que esta tenha permanecido na sua titularidade durante dois anos consecutivos ou desde a constituição da entidade participada, contanto que neste último caso a participação seja mantida durante aquele período*".

Muitas foram, porém, as alterações que o regime sofreu ao longo dos mais de vinte anos de vigência, no que diz respeito às respectivas condições de acesso. Fundamentalmente, foi-se procedendo a modificações quanto aos requisitos relativos à percentagem mínima que a participação da sociedade beneficiária dos lucros deveria representar no capital social da entidade distribuidora, ao tempo mínimo de detenção dessa participação e, mais recentemente, à exigência da verificação de prévia tributação efectiva daqueles lucros.

Quanto aos dois primeiros pontos, o regime encontra-se em grande medida estabilizado desde a redacção que foi dada ao n.º 1 pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2002), sendo de um ano o tempo de detenção exigido e de 10%[4] a participação mínima.

Quanto à exigência de tributação efectiva, ela foi pela primeira vez incluída por força do n.º 1 do artigo 29º da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2005), que introduziu o n.º 10 do então artigo 46º do Código do IRC, com a seguinte redacção: "[*o*] *regime estabelecido neste artigo não se aplica, procedendo-se, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto, quando se conclua existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não seja aplicável*".

O preceito em causa foi revogado pelo artigo 52º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2007), o qual, em contrapartida, aditou ao artigo 46º o seguinte n.º 11: "[*a*] *dedução a que se refere o n.º 1 é reduzida a 50% quando os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais*".

A excepção conferida às sociedades gestoras de participações sociais (SGPS) neste aspecto particular do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos acrescia à que era reconhecida no n.º 1 do artigo 32º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), de acordo com o qual àquelas era "*aplicável o disposto nos n.ºs 1 e 5 do artigo 46º do Código do IRC, sem dependência dos requisitos aí exigidos quanto à percentagem ou ao valor da participação*".

Este enquadramento legal manteve-se até 31 de Dezembro de 2010.

[4] A este último critério foi entretanto acrescido a título alternativo – através da redacção instituída pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2003) – o requisito de o custo de aquisição da participação não ter sido inferior a vinte milhões de euros. No entanto, o mesmo foi já revogado, no início do presente ano (pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro – a Lei do Orçamento do Estado para 2011).

Com a entrada em vigor da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2011), em 1 de Janeiro de 2011, o regime – entretanto, por renumeração do Código do IRC, constante do artigo 51º – sofreu outras transformações relevantes.

Em primeiro lugar, eliminou-se do n.º 1 o requisito relacionado com o valor de aquisição da participação (vinte milhões de euros), ou seja, passou a exigir-se sempre, para o acesso à dedução integral dos lucros distribuídos, a detenção de uma participação mínima de 10% no capital da sociedade que os distribui, qualquer que seja o respectivo valor de aquisição (tendo-se mantido, contudo, a exigência de detenção pelo período de um ano).

Além disso, foi extraída do regime a regra que permitia a dedução parcial (em 50%) dos rendimentos recebidos – ou a dedução integral, sempre que a sociedade beneficiária fosse uma SGPS – nos casos em que proviessem de lucros que não tivessem sido sujeitos a tributação efectiva. O n.º 10 passou a apresentar a seguinte redacção: "[*a*] *dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva*".

A prévia sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos passou, assim, a ser uma condição de acesso ao mecanismo de eliminação da dupla tributação, e não já um requisito de cujo cumprimento estava dependente apenas a possibilidade de a sociedade beneficiária dos lucros aplicar o regime à totalidade dos mesmos (e não apenas a metade).

Finalmente, sublinhe-se ainda que a Lei do Orçamento do Estado para 2011 procedeu à inclusão das SGPS no regime geral aplicável às demais sociedades: por um lado, eliminou a excepção expressa que vimos estar-lhes anteriormente consagrada na parte final do n.º 10 do artigo 51º (isto é, passou a ser-lhes aplicável a condição da tributação efectiva dos lucros distribuídos); por outro lado, revogou o artigo 32º do EBF (sendo agora necessário que as SGPS cumpram o requisito exigido no n.º 1 do artigo 51º quanto à percentagem de participação).

Note-se, finalmente, que, em bom rigor, o regime do artigo 51º reproduz, no plano interno, o regime estabelecido pela Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, para as situações internacionais no seio da União Europeia. No respectivo artigo 4º, tendo presente a sua redacção originária, estatuiu-se que, "[*s*]*empre que uma sociedade-mãe receba, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos* (…)*, o Estado da sociedade-mãe: ou se abstém de tributar esses lucros; ou os tributa, autorizando esta sociedade a deduzir do montante do imposto a fracção do imposto da afiliada correspondente a tais lucros* (…)."

A Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, veio posteriormente alterar o artigo em causa, passando a esclarecer que o direito de dedução do montante de imposto já pago sobre os lucros distribuídos se reporta ao imposto suportado em qualquer momento da cadeia de participações. De acordo com a versão da Directiva 90/435/CEE em vigor desde 2003, o Estado-membro da entidade que recebe os lucros "*ou se abstém de tributar esses lucros, ou os tributa, autorizando a sociedade-mãe e o estabelecimento estável a deduzir do montante do imposto devido a fracção do imposto sobre as sociedades pago sobre tais lucros pela sociedade afiliada e por qualquer sociedade sub-afiliada* (…)".

A relação de dependência entre o regime do n.º 1 do artigo 51º do Código do IRC e o da Directiva 90/435/CEE resulta, desde logo, do facto de a transposição desta[5] se ter verificado através de uma simples remissão para o direito interno, isto é, sem que o legislador – consciente da semelhança de propósitos e soluções – tenha sentido necessidade de criar no sistema do IRC uma nova disposição ou um regime substancial autónomo. Quer dizer: o tratamento a dar pelo ordenamento português às situações de distribuição de lucros em operações transfronteiriças é exactamente o mesmo que já era dado à generalidade das operações *absolutamente internas*. A transposição do direito comunitário, neste domínio, foi concretizada através do simples aditamento de um novo número – o n.º 5 –, cuja redacção actual, que apenas difere da originária em questões de pormenor, é a seguinte: "[*o*] *disposto nos n.ºs 1 e 2 é também aplicável quando uma entidade residente em território português detenha uma participação, nos termos e condições aí referidos, em entidade residente noutro Estado membro da União Europeia, desde que ambas as entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2º da Directiva n.º 90/435/CEE, do Conselho, de 23 de Julho*".

C) O propósito do regime

No que respeita ao artigo 51º do Código do IRC, a pesquisa dos objectivos de política legislativa ou da *ratio legis* encontra-se facilitada, uma vez que a epígrafe do dito preceito é suficientemente clara: "[*e*]*liminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos*". O propósito do regime vertido naquele preceito é, pois, o de assegurar que, em determinadas condições, os mesmos lucros – enquanto realidade económica – não sejam tributados mais do que uma vez.

[5] Feita pelo Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho.

Tal e qual como o preceito do direito nacional, também a Directiva 90/435/CEE trata da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, no seu caso por referência às operações transfronteiriças realizadas entre entidades sedeadas em diferentes Estados-membros da União Europeia. No respectivo preâmbulo, o legislador comunitário considera "*que essas operações não devem ser dificultadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para esses agrupamentos, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional*". Consequentemente, entende-se "*necessário eliminar essa penalização* [a dupla ou múltipla tributação] *através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala comunitária*", para tal se considerando que, "*quando uma sociedade-mãe recebe, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos, o Estado da sociedade-mãe deve: ou abster-se de tributar estes lucros; ou tributá-los, autorizando simultaneamente esta sociedade a deduzir do montante do seu imposto a fracção do imposto da sociedade afiliada correspondente a estes lucros*".

Existe dupla tributação económica sempre que o imposto incide sobre o mesmo rendimento (ou a mesma riqueza), na esfera de dois sujeitos passivos diferentes[6]. Trata-se de um fenómeno a que o direito da tributação das sociedades dá tradicionalmente grande atenção. Em boa verdade, a questão de saber como se pode evitar – e mesmo se se deve evitar – que um lucro (o rendimento típico das sociedades comerciais) seja tributado na esfera jurídica da própria sociedade que o gera e, posteriormente, na do sócio (pessoa singular ou colectiva) que o recebe constitui um típico *problema fundacional* do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas[7].

Esta problemática assume particular acuidade pelo facto de o tecido empresarial a que a tributação se dirige estar hoje amplamente povoado de organizações plurissocietárias, caracterizadas por apresentarem cadeias de participação sucessivas ou em cascata. Com efeito, se se aplicasse integralmente o regime-regra de tributação nesses vários patamares, teríamos que um mesmo rendimento – o lucro (tributável) da sociedade comercial situada no extremo inferior de uma cadeia de participações –, se distribuído sucessivamente ao longo dos vários níveis de participação, seria sujeito a imposto tantas vezes quantos os níveis, pois iria fazendo parte das bases tributárias de sujeitos passivos distintos.

[6] A dupla tributação económica distingue-se da dupla tributação jurídica: esta verifica-se quando o mesmo rendimento é tributado duas vezes na esfera do mesmo sujeito passivo (normalmente, em dois sistemas jurídico-fiscais diferentes) – cfr. Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1981, pp. 220 e ss..

[7] Cfr. Jack MINTZ, *The corporation tax*, in *The economics of tax policy*, Michael P. DEVEREUX (ed.), Nova Iorque, 1996, pp. 137 ss..

A preocupação do legislador (quer o português, quer o comunitário) em obviar uma tal situação prende-se com a defesa da neutralidade da lei fiscal[8], isto é, com a posição de princípio segundo a qual a conformação dos impostos deve ter a menor influência possível nas decisões livres (de índole económica e não só) dos sujeitos passivos. No caso da dupla (ou tripla, ou quádrupla, …) tributação dos lucros distribuídos pelas sociedades comerciais, bem se compreende qual seria essa influência: a tributação plúrima teria, desde logo, o efeito de desincentivar a distribuição de lucros entre sociedades, ou o de fomentar uma preferência pelo financiamento através de capitais alheios (cujos custos são, em princípio, dedutíveis)[9]. De qualquer forma, pressionaria sempre os grupos de sociedades para a adopção de estruturas horizontais, em face do potencial custo fiscal acrescido das estruturas verticais.

De resto, entre nós, a busca da neutralidade fiscal, neste aspecto particular, é também a procura de um regime do imposto sobre as sociedades comerciais que respeite o princípio da tributação do rendimento real[10], manifestação essencial do princípio da igualdade fiscal. Um tal princípio, se impõe que seja sujeita a imposto toda a riqueza gerada pelas sociedades comerciais, que traduza uma certa capacidade contributiva, também há-de seguramente implicar – em sentido contrário – que a mesma riqueza não seja tributada por mais do que uma só vez, ainda que na esfera de distintos sujeitos passivos.

É por isso, aliás, que os institutos orientados à eliminação da dupla tributação económica não são considerados como benefícios fiscais, concedidos como medidas de excepção à tributação-regra[11]. Estamos antes perante mecanismos estruturais do próprio imposto, que actuam no seu âmbito da incidência objectiva, em obediência ao princípio da capacidade contributiva *real*.

Em termos gerais, o processo de atenuação ou eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos pode ocorrer na esfera jurídica da entidade distribuidora ou na do respectivo sócio. No primeiro caso, pode optar-se por regimes de não sujeição ou isenção da parte do lucro distribuído, de dedução desta na base tributável da sociedade que o distribui, de transparência fiscal ou de tributação dos dividendos à

[8] Cfr. J.L. SALDANHA SANCHES e João TABORDA DA GAMA, *Provisões no Âmbito de Seguros* Unit-Linked *e Dupla Tributação Económica*, Revista Fiscalidade, n.º 33, p. 53.

[9] Cfr. António MARTINS e Paulo GAMA, *A fiscalidade e os dividendos: uma análise empírica da influência da variação do crédito e imposto na distribuição de lucros das sociedades portuguesas entre 1989 e 1995*, Revista Fiscalidade, n.º 25, p. 5, bem como M.H. FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, referidos em J.L. SALDANHA SANCHES e João TABORDA DA GAMA, *Ob. Cit*., p. 53, notas 93 e 94.

[10] Cfr., no plano constitucional nacional, o n.º 2 do artigo 104º da Constituição da República Portuguesa.

[11] Cfr., para melhor compreensão do conceito de benefício fiscal, Nuno SÁ GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 165, Lisboa, 1991.

taxa zero. Na Directiva 90/435/CEE e, consequentemente, no artigo 51º do Código do IRC, escolheu-se expressamente a segunda via – a via de eliminação da dupla tributação económica dos lucros na esfera da entidade beneficiária.

Para esta finalidade, por seu turno, existem fundamentalmente dois métodos: o da isenção e o do crédito de imposto (ou da imputação).

De acordo com o primeiro, os lucros distribuídos são pura e simplesmente deduzidos ao lucro tributável da sociedade participante, não sendo considerados seja para que efeito for em sede de tributação dos rendimentos desta última (caso em que estamos perante uma *isenção integral*); ou são tomados em consideração na esfera da mesma, juntamente com os demais rendimentos, apenas para efeito do apuramento da taxa progressiva aplicável ao rendimento global (situação de *isenção com progressividade*).

Nos termos do mecanismo do crédito de imposto, os lucros distribuídos são imputados ao lucro tributável da sociedade que deles beneficia, permitindo-se a dedução à respectiva colecta, e até à sua concorrência, do imposto que incidiu sobre o mesmo rendimento em outras pontos da cadeia de distribuição.

Ora a Directiva 90/435/CEE, como vimos anteriormente, colocou à disposição dos Estados-membros a opção por um dos dois sistemas, sendo que, no artigo 51º do Código do IRC, o legislador português optou pelo regime da isenção integral.

Uma das consequências potenciais da opção por este último método é a de que, em certas situações, podem ser incluídos na base tributável da entidade participante – beneficiando da isenção – lucros que não foram previamente, em momento algum, objecto de tributação. Daí que os sistemas jurídicos que o adoptam tenham habitualmente a preocupação de fazer com que as vantagens dele decorrentes se não apliquem a situações em que verdadeiramente não existe nenhuma dupla ou múltipla tributação.

Demos já conta do exemplo da legislação portuguesa quanto a este aspecto. Entre 2005 e 2007, vigorou uma redacção do n.º 10 do então artigo 46º do Código do IRC que impedia o funcionamento da eliminação da dupla tributação (…) *quando se conclu*[isse] *existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não* [fosse] *aplicável*". Posteriormente, a partir de 2007 e até ao fim de 2010, tendo sido revogada a norma que acabámos de citar, vigorou a solução do então n.º 11 do mesmo artigo, que impunha a redução a metade do montante da dedução sempre que "*os*

rendimentos prov[iesse]*m de lucros que não t*[ivesse]*m sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária* [fosse] *uma sociedade gestora de participações sociais*". Sabemos também que, entretanto, em 1 de Janeiro de 2011, esta última norma foi alterada no sentido da eliminação completa da possibilidade da dedução, para qualquer tipo de sociedades, quando não tenha existido previamente tributação efectiva.

Pois bem, as considerações que vimos de tecer devem orientar a apreciação de qualquer vertente ou detalhe do regime do artigo 51º do Código do IRC. Desde logo, no que respeita à interpretação da regra hoje contida no n.º 10 – e das suas congéneres históricas –, não lhe hão-de escapar, designadamente, o propósito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, também subjacente à Directiva que lhe serve de inspiração, e o significado da escolha feita quanto ao específico método concretamente aplicável (o da isenção integral).

D) A relação de dependência entre o artigo 51º do Código do IRC e a Directiva 90/435/CEE

Conforme antecipámos, o regime do (agora) artigo 51º do Código do IRC é um espelho do regime acolhido na Directiva 90/435/CEE, com a qual partilha o espírito e uma parte da conformação literal.

Citámos já o enunciado de objectivos contido no preâmbulo desta Directiva, bem como o conteúdo expresso do respectivo artigo 4º, na sua redacção originária e na sua versão actual, introduzida pela Directiva 2003/123/CE – a qual, lembre-se, alterou o artigo em causa no sentido de esclarecer que o direito de dedução do montante de imposto já pago sobre os lucros distribuídos se reporta ao imposto suportado em qualquer momento da cadeia de participações.

Esta alteração, acrescente-se agora, é enquadrada pelo Considerando 10 constante do respectivo excurso introdutório, nos termos do qual, "[*s*]*empre que grupos de empresas estiverem organizados em cadeias de empresas e os lucros forem distribuídos à sociedade-mãe através da cadeia de sociedades afiliadas, deverá eliminar-se a dupla tributação, quer através de uma isenção ou de um crédito de imposto. No caso do crédito de imposto, a sociedade-mãe deverá poder deduzir qualquer imposto pago por qualquer uma das sociedades afiliadas da cadeia desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos na Directiva 90/435/CEE*" (sublinhados nossos).

A possibilidade de dedução do montante de imposto pago em qualquer momento prévio da cadeia de participações é tratada expressamente apenas quanto ao método do crédito do imposto, mas tal não

significa que seja reconhecida tão-só relativamente a este. É que, não prevendo a Directiva qualquer requisito de tributação efectiva dos lucros, não faria sentido que, quanto ao mecanismo da isenção, se ponderasse a eventual existência de um imposto pago anteriormente à distribuição daqueles. Se o legislador europeu impõe aos Estados-membros que excluam de tributação os lucros distribuídos em operações transfronteiriças realizadas dentro do espaço da União (em alternativa à concessão de um crédito de imposto), sem cuidar minimamente de fazer depender essa exclusão de uma concreta tributação prévia, então, por maioria de razão, não será preciso esclarecer os termos e o momento em que esta deve ocorrer. Já, porém, quanto ao mecanismo do crédito do imposto, bem se percebe que o legislador comunitário tenha sentido necessidade de clarificar qual o imposto susceptível de ser deduzido – se o que foi pago em qualquer patamar da cadeia de distribuição ou apenas o que o foi pela sociedade que distribuiu os lucros directamente à empresa que os pretende deduzir –, uma vez que, do ponto de vista da Directiva, o conhecimento exacto da tributação anterior é um elemento essencial desse mecanismo (e já não do da isenção).

Nos termos do n.º 1 do artigo 2º da Directiva 2003/123/CE, os Estados-membros teriam de adaptar as respectivas legislações, caso tal fosse necessário, até 1 de Janeiro de 2005 – e, até ao momento, nenhum dado existe que nos permita concluir que a legislação portuguesa se encontra em inobservância do regime comunitário.

Ora, perante esta coincidência teleológica e literal, coloca-se a questão de saber se, nesta matéria, o direito português deve obediência àquela Directiva – o que significa indagar, mais concretamente, se o regime de fonte interna a deve ter como pressuposto interpretativo.

O regime da Directiva é uma concretização – ao nível do direito comunitário secundário – dos princípios da liberdade de estabelecimento e de circulação de capitais que se encontram consagrados hoje no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[12]. A regra é a de que as liberdades do Tratado são directamente aplicáveis, pelo que, se um Estado-membro cria ou mantém uma norma incompatível com as mesmas, tal norma deve ser desaplicada, podendo ser objecto de apreciação e sindicância através de um dos expedientes processuais colocados à disposição pelo ordenamento jurídico europeu.

[12] O direito comunitário secundário (ou derivado) é aquele que é criado pelas instituições europeias, para o exercício das suas competências – através da adopção de directivas e regulamentos, da tomada de decisões e da formulação de recomendações e pareceres –, nos termos e em cumprimento do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (por excelência a fonte primária do direito comunitário), conforme permitido de acordo com o seu artigo 288º.

Este princípio aplica-se, sem dúvida, ao artigo 51º do Código do IRC, já que, como dissemos, esta norma é a tradução interna da solução comunitária (a Directiva 90/435/CEE), pelo que, em todo o seu âmbito (isto é, em todas as suas disposições), não cabem só as operações internas, mas também as situações de distribuição de lucros entre sociedades de diferentes Estados-membros da União Europeia.

Outra conclusão poderia ser ponderada caso considerássemos que o âmbito de aplicação de qualquer disposição do artigo 51º – por exemplo, do seu n.º 10 – se referia apenas às operações entre entidades nacionais. Vale a pena confrontar esta hipótese, uma vez que, como veremos, o resultado a que chegamos apenas reforça o nosso ponto de vista.

A regra da aplicação directa do direito comunitário tem o seu escopo limitado às situações transnacionais, não estando reservada, em princípio, para as *situações puramente internas*, a não ser quando estas tenham sido reguladas no direito interno de um Estado-membro por remissão para as disposições de direito secundário, como é o caso das directivas[13].

Se, de facto, o artigo 51º do Código do IRC se destinasse apenas a situações internas, poderia duvidar-se da possibilidade de proceder à sua interpretação de acordo com o regime previsto pela Directiva[14].

Sabemos, contudo, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se pronunciou já – e bem – favoravelmente à sua competência quanto à análise e decisão sobre normas jurídicas que, pese embora o facto de terem sido emanadas pelos Estados-membros para regularem apenas situações internas, foram "inspiradas" em normas comunitárias, ao ponto de se poder dizer que corporizam na ordem jurídica interna o mesmo escopo e modo de funcionamento dos preceitos de fonte europeia que lhes serviram de modelo.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se desta forma a fim de garantir a defesa, essencialmente, dos princípios da não discriminação[15] e da livre concorrência[16]. Em Acórdão da sua Quinta Secção de 15 de

---

[13] Cfr. João Félix PINTO NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, Coimbra, 2010, p. 206.

[14] De qualquer modo, poderia sempre verificar-se uma situação de discriminação negativa dos sujeitos passivos residentes em território nacional relativamente aos sujeitos passivos residentes em outros Estados-membros da União Europeia, situação esta que pode vir a justificar, em determinadas circunstâncias, o apelo à Carta Europeia dos Direitos do Homem e o recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cfr. o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Ferrazzini c. Itália* [GC], nº 44759/98, ECHR 2001 – VII).

[15] Artigo 18º do Tratado: "[*n*]*o âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adoptar normas destinadas a proibir essa discriminação*".

[16] A este princípio é dedicado todo o Título VII do Tratado.

Janeiro de 2002 – proferido no âmbito do processo de reenvio prejudicial conhecido por "caso Andersen og Jensen ApS contra Skatteministeriet", foi declarado que "[*o*] *Tribunal de Justiça é competente* (…) *para interpretar as disposições de uma directiva, mesmo se esta não regula directamente a situação em causa no processo principal, mas se o legislador nacional decidiu, quando da transposição para o direito nacional das disposições da directiva, aplicar o mesmo tratamento às situações puramente internas e às regidas pela directiva, pelo que alinhou pelo direito comunitário as normas que regem as situações puramente internas*". "*Com efeito*", continua o aresto citado, "*quando uma legislação se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar*"[17].

Poder-se-ia ainda dizer que, mesmo tendo sido dado este passo na direcção da possibilidade de o Tribunal de Justiça apreciar o direito aplicável apenas a situações internas, do ponto de vista da sua adequação e conformidade com o direito comunitário, ainda assim esse passo não é o suficiente para concluirmos que, no caso concreto do regime sobre o qual nos debruçamos, pode verdadeiramente ser estabelecida a ligação com o direito comunitário congénere. É que, em bom rigor, a criação do regime português precede a entrada em vigor da Directiva: esta vigorou apenas desde 1990, e o Código do IRC, cuja versão originária continha já o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, ainda que em moldes diferentes dos que hoje apresenta, entrou em vigor em 1989. Posto isto – argumentar-se-ia –, o legislador português nunca poderia ter pretendido criar um regime interno tendo como inspiração um regime comunitário que de todo em todo não existia aquando daquela criação. Nesse momento originário não haveria, pois, qualquer princípio comunitário que suscitasse juízos de discriminação de tratamento.

As coisas não são, de todo, assim, contudo. O legislador português, ao incluir o regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos no Código do IRC, fê-lo tendo em plena linha de conta o teor da Directiva 90/435/CEE; e, mais do que isso, quis efectivamente que o regime destinado às situações internas fosse o que viria a ser imposto para as situações internacionais, no quadro da União Europeia.

[17] O Acórdão citado segue de perto a jurisprudência constante do Acórdão "Leur-Bloem", de 17 de Julho de 1997.

Na verdade, essa intenção foi expressa no próprio preâmbulo do Código do IRC, precisamente no momento da sua aprovação pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88. Desde logo, no ponto 2, refere-se a intenção genérica de compatibilizar o teor do Código com as tendências consolidadas a nível europeu:

> "*Mereceu também especial atenção a necessidade de pela via da tributação não se criarem dificuldades à inserção de uma pequena economia aberta, como a portuguesa, no quadro de um mercado caracterizado por elevados níveis de concorrência, o que levou à consideração, em especial, dos sistemas de tributação vigentes na CEE. Aliás, embora a harmonização fiscal comunitária no domínio dos impostos sobre o rendimento se encontre ainda em fase relativamente atrasada, não deixaram de se ter em conta os elementos que a esse propósito foram já objecto de algum consenso*" (sublinhado nosso).

Depois, no ponto 13, essa intenção é concretizada no que respeita à matéria que aqui nos atém:

> "*Na estrutura do IRC, uma das questões nucleares é a dupla tributação económica dos lucros colocados à disposição dos sócios, que se relaciona com o problema, desde há muito discutido, de saber se entre o imposto de sociedades e o imposto pessoal de rendimento deve existir separação ou integração e, neste último caso, em que termos. A escolha do sistema a adoptar depende de vários factores e entronca na perspectiva que se tenha sobre a incidência económica do imposto que recai sobre as sociedades.*
>
> *A solução geral acolhida consiste numa atenuação da referida dupla tributação, tendo-se principalmente em consideração a necessidade de desenvolvimento do mercado financeiro e a melhoria na afectação dos recursos. Sendo várias as técnicas adoptadas pelas legislações estrangeiras para concretizar esta solução, salienta-se, porém, a do 'crédito de imposto', que é, aliás, a preconizada numa proposta de directiva apresentada pela Comissão ao Conselho das Comunidades Europeias quanto à harmonização dos sistemas de imposto das sociedades e dos regimes de retenção na fonte sobre os dividendos. Foi nessa linha que se adoptou um sistema de integração parcial.*
>
> *Este sistema é também extensivo aos lucros distribuídos a sujeitos passivos do IRC. No entanto, quanto aos lucros distribuídos por sociedades em que outra detenha uma participação importante, mas que ainda não permita a tributação pelo lucro consolidado, considerou-se insuficiente uma mera atenuação, adoptando-se, na linha de orientação preconizada em algumas legislações e nos estudos em curso no âmbito comunitário, uma solução que elimina, nesses casos, a dupla tributação económica*" (sublinhados nossos).

Ou seja: não restam dúvidas de que o regime constante do Código do IRC quanto à eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos a sociedades comerciais por outras sociedades em cujo capital social participam é uma concretização imediata da Directiva, uma vez que o legislador tinha perfeito conhecimento

do conteúdo desta e, confessadamente, conformou-se com ele. De resto, a proposta da Comissão, a que se refere o preâmbulo acima citado, remontava já a 1969[18], e os Estados-membros, que acompanham e participam no processo legislativo comunitário, sabiam em 1989 que a Directiva entraria em vigor logo em 1990.

Assim sendo, mesmo que considerássemos que o n.º 10 (ou outro segmento) do artigo 51º se aplica apenas às situações puramente internas, ficaria sempre afastada a bondade do argumento segundo o qual o facto de o regime interno português ter entrado em vigor antes da Directiva 90/435/CEE impede que reconheçamos a relação de correspondência entre os dois regimes. A lei portuguesa, de qualquer modo, haveria de ser interpretada, neste aspecto, de acordo com o direito comunitário, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça vertida no Acórdão do caso *Andersen og Jensen ApS* contra *Skatteministeriet*, acima referido.

De resto, ainda que o legislador português não tivesse sido tão claro quanto à sua fidelidade à (proposta de) Directiva, como o foi no preâmbulo do Código do IRC, entenderíamos sempre que tal jurisprudência seria aplicável ao caso concreto do regime interno de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos. É que, se o que moveu o Tribunal foi – já o vimos atrás – o interesse comunitário de assegurar que as disposições ou as noções do direito comunitário são entendidas de modo uniforme, então aquela jurisprudência há-de valer também para as situações em que uma determinada norma interna, semelhante nos propósitos e na fórmula da respectiva previsão à norma comunitária homóloga, já existia na ordem jurídica antes desta última ter entrado em vigor. O interesse da harmonização de interpretações, que se defende em nome da não discriminação dos cidadãos europeus, tem relevância sempre que duas legislações congéneres, de fonte interna e comunitária, vigorem simultaneamente, independentemente de o período de vigência da primeira ter começado antes ou depois do da segunda. Dizer o contrário seria admitir que aquele propósito de harmonização cederia perante a regra *prior in tempore,* o que de modo algum se adequa à obrigação que consabidamente impende sobre os Estados-membros de não manterem quaisquer normas em situação de não alinhamento com o Direito de fonte comunitária.

A conclusão do que vai dito é, portanto, óbvia: seja qual for a posição que se adopte quanto ao grau de dependência do regime interno em relação ao Direito comunitário, nenhuma interpretação do artigo 51º há-de prevalecer se se não conformar com a Directiva 90/435/CEE.

[18] A proposta foi publicada no Jornal Oficial n.º C39, de 22 de Março de 1969.

E) A interpretação do regime previsto nos n.ºs 1 e 10 do artigo 51º do Código do IRC

1. <u>O enquadramento do problema</u>

Conforme atrás se mostrou, até 31 de Dezembro de 2010 as condições do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuidos, segundo o n.º 1 do artigo 51º do Código do IRC, eram as seguintes:

- a sociedade que distribui os lucros deveria ter sede ou direcção efectiva no território português e estar sujeita e não isenta de IRC ou estar sujeita ao imposto especial de jogo;
- a entidade beneficiária não poderia ser abrangida pelo regime da transparência fiscal;
- a entidade beneficiária deveria deter directamente uma participação no capital da sociedade que distribui os lucros não inferior a 10% ou com um custo de aquisição não inferior a vinte milhões de euros, e essa participação deveria ter permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida durante um prazo inferior, desde que viesse a ser mantida durante o tempo necessário para completar aquele período mínimo.

Com a entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2011, o artigo 51º do Código do IRC passou a exigir, como requisito de acesso de todas as sociedades – também das SGPS – à dedução integral deste tipo de rendimentos, a detenção de uma participação mínima de 10% no capital da sociedade distribuidora, independentemente do valor de aquisição da participação, a par da exigência, que se manteve, da respectiva detenção pelo período de um ano.

Além disso, a Lei do Orçamento do Estado retirou do regime a regra do mesmo artigo – constante do seu n.º 10 – que permitia apenas a dedução parcial (na proporção de 50%) dos lucros recebidos – ou a

dedução integral sempre que a sociedade beneficiária dos lucros fosse uma SGPS[19] – nos casos em que os rendimentos em causa proviessem de lucros que não tivessem sido sujeitos a *tributação efectiva*.

Desta forma, a exigência de tributação efectiva dos lucros distribuídos passou a ser uma condição de acesso *tout court* ao mecanismo de eliminação da dupla tributação, isto é, em qualquer caso – quando anteriormente se tratava apenas de um requisito de cujo cumprimento estava dependente a possibilidade de a sociedade beneficiária dos lucros aplicar o regime à totalidade dos mesmos (e não apenas a metade), o qual, aliás, não se dirigia às SGPS.

As consequências práticas das alterações produzidas são evidentes, e parecem implicar o aumento da carga tributária em quatro situações-tipo: no caso de dividendos relativos a participações que representem menos de 10% do capital social da distribuidora, mas cujo custo de aquisição tenha sido superior a vinte milhões de euros (estes dividendos, que antes não conduziam ao pagamento de IRC, estão agora integralmente sujeitos a imposto); no caso de dividendos distribuídos por participadas que não cumpram algum dos requisitos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 51º (estes dividendos passaram a estar integralmente sujeitos a tributação, quando antes apenas o estavam em metade do seu valor); no caso de dividendos recebidos por SGPS relativos a participações que representem uma percentagem inferior a 10% da totalidade do capital social da sociedade que os distribui (estes dividendos, que antes se encontravam integralmente excluídos de tributação, passaram a ser sujeitos a IRC pela totalidade do seu valor); e, finalmente, no caso de dividendos recebidos por SGPS relativos a participações que, independentemente da percentagem do capital que representem, tenham tido origem em lucros que não hajam sido efectivamente tributados (estes dividendos, que antes não davam lugar a tributação na esfera das SGPS, parecem estar agora integralmente sujeitos a imposto).

De qualquer modo, quer estejamos perante o regime na sua versão posterior à entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2011, quer nos debrucemos sobre a sua conformação anterior a essa entrada em vigor, é sempre necessário ter em devida conta o critério da tributação efectiva: seja ele um pressuposto do acesso ao regime ou apenas um requisito desse acesso em condições mais favoráveis, a verdade é que, tanto num momento como no outro, ele aparece como um elemento com susceptibilidade

[19] Como vimos, a inclusão das SGPS no regime geral, aplicável às demais sociedades, resulta de duas medidas legislativas constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2011: a exclusão, do n.º 10 do artigo 51º, da excepção expressa que, na parte final desse preceito, lhes era consagrada; e a revogação do artigo 32º do EBF.

de influenciar decisivamente o tratamento fiscal das situações de distribuição de lucros a sociedades comerciais.

A fim de compreendermos cabalmente o sentido e o alcance deste pressuposto, temos de dar resposta a quatro questões específicas: em primeiro lugar, exige-se que os lucros distribuídos tenham sido sujeitos a tributação efectiva na esfera da sociedade que os distribui ou basta que essa tributação tenha ocorrido em algum patamar anterior da cadeia de participações? Em segundo lugar, sob que forma e em que medida se exige a tributação efectiva desses lucros? Depois, impõe-se que a sociedade participada tenha pago imposto especificamente sobre os lucros distribuídos ou é apenas necessário que a mesma apresente lucro tributável, estando sujeita a imposto e dele não isenta? Finalmente, será ainda necessário fazer a ponderação de qual o sentido que o legislador fiscal atribui à noção de *lucros distribuídos*, de modo a percebermos se o facto de apenas uma parte desses lucros - ou de apenas uma parte de uma componente desses lucros - ter sido efectivamente tributada interfere na conformação do direito à dedução da entidade beneficiária os deduzir integralmente.

É óbvio que, tendo em conta o que vimos dizendo, a nenhuma destas questões se há-de poder dar uma resposta que afronte o direito comunitário. Daí que as mesmas estejam estritamente subordinadas a uma outra questão principal, comum e prévia: estas exigências de tributação efectiva – que figuraram e figuram, ainda que com diferentes implicações, no regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros – são compatíveis com a Directiva 90/435/CEE?

Quanto a esta questão principal – aqui tratada, reitere-se, a título de enquadramento prévio –, convém recordar e sublinhar o que atrás já se disse. Sendo o regime do artigo 51º do Código do IRC o produto da transposição para o direito interno da Directiva acima referida, aplicável tanto às situações absolutamente internas como às situações transfronteiriças, as disposições nele utilizadas serão ilegais se lhes não for possível dar um sentido compatível com o direito comunitário.

Ora cumpre notar em primeiro lugar que, como requisito da aplicação do regime de eliminação da dupla tributação, a exigência de uma medida concreta de imposto que tenha sido suportado num determinado ponto de uma cadeia de participações faz muito pouco sentido para os países que, como Portugal, escolheram o método de isenção simples. Com esta escolha, esses países decidiram inevitavelmente tratar do mesmo modo os lucros que sofreram uma tributação de 1 e os que sofreram uma tributação de 10.

Aliás, a Directiva não se refere a qualquer condição quantitativa que possa ser erigida pelos Estados-membros como pressuposto do acesso ao método de isenção, e Portugal seguramente não a poderia agora introduzir. Em especial, a noção de tributação efectiva não é nela objecto de uma definição (ela não é aqui sequer mencionada).

Já na Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros[20], este conceito é amplamente utilizado. É-o, desde logo, a propósito da delimitação do seu objecto: "*permitir que os rendimentos da poupança sob a forma de juros, pagos num Estado-membro a beneficiários efectivos que sejam pessoas singulares com residência fiscal num outro Estado-membro, sejam sujeitos a uma tributação efectiva em conformidade com a legislação deste último Estado-membro*" (n.º 1 do artigo 1º). O sentido da norma citada leva-nos a concluir que, para efeitos desta Directiva, tributação efectiva significa imposto pago de acordo com as regras de tributação vigentes em cada um dos Estados-membros de residência dos beneficiários efectivos dos juros. Como bem se compreende, as intenções das Directivas em causa são, contudo, de índole completamente distinta: a Directiva 90/435/CEE visa a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos e, nesta medida, a criação de mecanismos que permitam eliminar a carga fiscal incidente sobre os rendimentos desta natureza no Estado-membro de residência dos seus beneficiários; por seu turno, a Directiva 2003/48/CE propõe-se assegurar um fim de sentido contrário, isto é, o pagamento de um mínimo de imposto no Estado-membro da residência do beneficiário de rendimentos de capital. Daí que seja impossível extrair desta última um conceito de tributação efectiva susceptível de ser automaticamente transposto para efeitos do regime – de fonte comunitária ou nacional – da eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos.

Por outro lado, o conceito de tributação efectiva não é também utilizado pelo legislador nacional em nenhuma norma, nem existe nenhuma orientação administrativa sobre a sua densificação. O que existe são regimes que comportam noções aparentemente aproximadas da de tributação efectiva.

Referimo-nos concretamente ao regime previsto no artigo 66º do Código do IRC, relativo à imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado. Neste artigo, quando se define em que situações se considera que uma sociedade está submetida a um "regime fiscal privilegiado" prevê-se que tal acontece quando "*o território de residência da mesma constar da lista aprovada por portaria do Ministra das Finanças*[21] *ou quando aquela aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo*

[20] Comummente designada por "*Directiva da poupança*".
[21] Portaria nº 150/2004 de 13 de Fevereiro.

ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade fosse residente em território português" (n.º 3 do artigo 66º).

Outra dessas aproximações verifica-se no artigo 42º do EBF, respeitante à eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes nos países africanos de língua oficial portuguesa e na República Democrática de Timor-Leste. Este preceito exige, entre outras condições, que "*os lucros distribuídos provenham de lucros da sociedade afiliada que tenham sido tributados a uma taxa não inferior a 10% e não resultem de actividades geradoras de rendimentos passivos, designadamente* royalties*, mais-valias e outros rendimentos relativos a valores mobiliários, rendimentos de imóveis situados fora da residência da sociedade, rendimentos da actividade seguradora oriundos predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da sociedade ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território e rendimentos de operações próprias da actividade bancária não dirigidas principalmente ao mercado desse território*" (alínea *c*) do n.º 1 do artigo 42º).

Estes regimes não podem, contudo, ser utilizados directamente na interpretação do conceito de tributação efectiva, dado que, em boa verdade, nem sequer é seu propósito defini-lo.

No primeiro caso, a referência ao mínimo de tributação "*igual ou inferior a 60% do IRC*" é convocada para efeitos da determinação do que deve entender-se por regime fiscal claramente mais favorável e não para estabelecer um padrão sobre o que deve ser considerado tributação efectiva. Aliás, quando o legislador determina que uma sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável por no território de residência os seus rendimentos serem efectivamente tributados ("*o imposto efectivamente pago*") em menos de 60% do IRC que seria pago se a sociedade fosse residente em território nacional, ele admite que possa haver tributação efectiva independentemente daquele limiar: ou seja, estão tão sujeitos a tributação efectiva os rendimentos da sociedade que paga um imposto correspondente a 60% ou menos do IRC, como os da sociedade que paga um imposto em valor que ultrapassa aquele limite. A única consequência é que na primeira situação a sociedade em causa seria considerada como estando submetida a um regime fiscal claramente mais favorável, sendo aos respectivos sócios (residentes em território nacional) aplicável o regime de imputação de lucros previsto no artigo 66º do Código do IRC; e isso já não aconteceria na segunda situação.

No caso do artigo 42º do EBF, pretendeu-se criar um regime de favor com vista a assegurar a promoção da actividade económica nos países africanos de língua oficial portuguesa e na República Democrática de Timor-Leste. A exigência da tributação "*a uma taxa não inferior a 10%*" tem, por isso, destinatários bem definidos: sociedades que recebam lucros distribuídos por participadas residentes em

Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. O limite dos 10% serve, neste caso, para excluir do benefício lucros distribuídos que, tendo em conta cada um dos regimes fiscais destes Estados, tenham sido tributados a uma taxa reconhecidamente inferior à *taxa normal* aplicável em cada um deles. Verdadeiramente o que se pretende excluir do benefício são aqueles lucros que, mesmo estando sujeitos à *taxa normal* vigente naqueles Estados, resultem de actividades geradoras de rendimentos passivos. Não é possível, portanto, recolher no artigo em referência uma definição de tributação efectiva ou um indício de qual deve ser a sua leitura no contexto do artigo 51º do CIRC.

Seja como for, esse aproveitamento seria sempre controverso, uma vez que, ao menos no plano dos elementos essenciais dos impostos, as lacunas das normas tributárias não são susceptíveis de integração analógica (n.º 4 do artigo 11º da Lei Geral Tributária – "LGT")[22].

Na ausência de auxiliares expressos seguros sobre a forma como deve ser entendido o requisito da tributação efectiva, vejamos então, mais em detalhe, se é possível conferir à expressão em análise um sentido conforme com o direito comunitário, nosso ponto de referência permanente.

2. O momento ou patamar da cadeia de participações em que se exige a tributação efectiva sobre os lucros distribuídos

a) Introdução

No que concerne à primeira das três questões atrás formuladas, devemos em primeiro lugar reconhecer que não existem elementos que nos permitam reconstituir directamente a intenção do legislador português, para lá dos que dizem respeito à própria norma (da letra e do espírito).

É conhecido um despacho do Subdirector-Geral dos Impostos[23], emitido durante a vigência da versão anterior do regime, que parece apontar – muito vagamente – para a interpretação "minimalista" de que a tributação efectiva deve acontecer na sociedade que distribui directamente os lucros à sociedade que os

[22] Cfr. José CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2ª Edição, Coimbra, 2003, pp. 143, 216 e 217.
[23] Despacho de 18 de Julho de 2008, proferido no âmbito do processo de informação vinculativa n.º 1239/2007.

pretende ver deduzidos à respectiva base tributável. Trata-se, de qualquer modo, de uma posição da Administração fiscal que não tem qualquer natureza vinculativa quanto à correcta interpretação da norma, e da qual aquele sentido pode apenas ser induzido, quanto muito com base num raciocínio *a contrario*. Em nosso entender, não lhe deverá ser reconhecido qualquer papel decisivo na busca do conteúdo do conceito de tributação efectiva.

Um pouco mais seguro quanto à intenção do legislador parece ser o excerto do relatório anexo à Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2011, no qual aquele, ao comentar as alterações propostas, refere que se "*elimina (…) a regra, de extrema generosidade, que permite a dedução em 50%, ou mesmo em 100% no caso de SGPS, em que não tenha havido sequer tributação efectiva na esfera da sociedade que distribui lucros*" (sublinhado nosso). Aparentemente, o legislador encara o regime de eliminação da dupla tributação dos dividendos como um mecanismo que vale em favor da entidade beneficiária não apenas quanto aos dividendos que hajam sido tributados na esfera da entidade que lhos distribuiu, ou seja, da entidade imediatamente anterior na cadeia de participações. É certo que o comentário contém a frase "na esfera da sociedade que distribui lucros". Mas também é verdade que lá se encontra o advérbio "sequer", o que nos leva a pensar que o que o legislador considerou ser uma "extrema generosidade" foi a possibilidade de um determinado lucro, gerado numa empresa operativa algures no fim da cadeia de participações, poder ser distribuído sucessivamente até à sociedade que pretende beneficiar do regime do artigo 51º sem sofrer qualquer tributação, nem *sequer* no último momento em que seria possível sê-lo – na esfera da última distribuidora.

Diga-se que não consideramos que este mero comentário possa ter uma relevância verdadeiramente assinalável na resposta ao problema que ora nos prende: ele não foi formulado no âmbito do tratamento da questão em causa, como uma resposta directa à mesma. E, por outro lado, seria sempre possível que tal comentário dissesse apenas respeito à intervenção do legislador do Orçamento do Estado de 2011, estando em contradição com o espírito do legislador histórico do regime de eliminação da dupla tributação dos lucros.

Contudo, devemos ressalvar que o comentário citado nos parece traduzir aquele que terá sido o real intento por detrás das alterações legislativas recentes: o legislador pretendeu fechar ou afinar o escopo do regime para assegurar a sujeição a imposto (apenas) nas situações em que não houve tributação em nenhum momento da cadeia de participações – e não desvirtuar o regime ao ponto de ele passar a ser "letra morta" ou aplicável a um âmbito abstracto de situações muito mais restrito do que aquele para o qual foi originariamente pensado.

O que importa verdadeiramente concluir – revelemo-lo desde já – é que a interpretação correcta da lei é a de que a tributação efectiva se deve verificar num qualquer patamar da cadeia de participações por onde tenham passado os lucros cuja dupla tributação se quer evitar. Só ela é plenamente consentânea com a sua razão de ser, tributária da própria *ratio* da Directiva 90/435/CEE, e, aliás, mesmo que desconsiderássemos essa interpretação da lei segundo o seu elemento teleológico, no mesmo sentido apontaria sempre uma interpretação de acordo com os elementos literal e sistemático.

b) O elemento teleológico

Numa análise segundo a perspectiva do elemento teleológico da norma, cumpre-nos antes de mais remeter para o que atrás dissemos acerca do propósito que presidiu à instituição do regime. Este foi criado com o intuito de oferecer aos agentes económicos um mecanismo destinado a evitar que um mesmo rendimento, uma mesma riqueza (no caso concreto, os lucros), seja tributada mais do que uma vez, em nome da neutralidade dos efeitos da lei fiscal nas opções de organização dos operadores e do respeito pelos princípios da igualdade fiscal e da tributação das empresas pelo rendimento real.

Ora, se é em preocupações deste tipo que o regime da eliminação da dupla tributação encontra a sua razão de ser, não teria qualquer sentido que o legislador pensasse numa conformação do mesmo que se destinasse a actuar apenas no âmbito de relações de participação directa. Sendo o escopo que está na base do regime o de obviar à incidência de imposto sobre o mesmo rendimento – e sendo esse rendimento objectivamente o mesmo quer na esfera da sociedade que o origina em primeira linha, quer nas demais que o vão sucessivamente percepcionando –, qualquer sujeição efectiva a imposto será relevante para suscitar a intervenção do mecanismo de eliminação da dupla tributação, independentemente do momento ou do nível da cadeia de participações em que aquela sujeição interveio.

Em bom rigor, a vantagem do regime resume-se numa frase curta e lacónica: se o rendimento já foi tributado uma vez, seja onde e quando o tiver sido, não o poderá ser uma segunda.

Esta racionalidade do regime do artigo 51º do Código do IRC é a mesma que subjaz à Directiva 90/435/CEE. Nem poderia ser de outra forma, uma vez que, nos termos atrás referidos, o primeiro constitui o produto da transposição da segunda. Ora, sabemos que, desde a alteração produzida pela Directiva 2003/123/CE, o artigo 4º daquele diploma comunitário esclarece que o direito de dedução do

montante de imposto já pago sobre os lucros distribuídos se reporta ao imposto suportado em qualquer nível da cadeia de participações.

c) O elemento literal

A letra da lei, no nosso caso, aponta univocamente para o entendimento de que a tributação efectiva se deve verificar num qualquer patamar da cadeia de participações, não dispondo o intérprete de qualquer arrimo literal com um mínimo de validade para concluir em sentido contrário.

Com efeito, o n.º 10 do artigo 51º do Código do IRC, em observância da Directiva 90/435/CEE, encontra-se construído numa base objectiva, e não subjectiva: é por referência ao lucro propriamente dito que o requisito da tributação efectiva se encontra previsto, e não por referência à sociedade distribuidora. O legislador, através da letra da lei, parece ter querido que se demonstre que foi sujeito a tributação efectiva o lucro distribuído. A redacção é clara, ao explicitar que a dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável (ou só o era em 50%, na versão do regime anterior a 1 de Janeiro de 2011) "*quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva*" (sublinhados nossos). E nenhuma razão existe susceptível de justificar que, caso o legislador tivesse pretendido uma construção subjectiva da norma, oposta à ora defendida, não pudesse ter facilmente optado por uma formulação do tipo "quando os lucros provenham de sociedades que tenham sido sujeitas a tributação efectiva" ou "quando os lucros provenham directamente de sociedades que tenham sido sujeitas a tributação efectiva", ou ainda "quando os rendimentos provenham de lucros distribuídos por sociedades que tenham sido sujeitas a tributação efectiva".

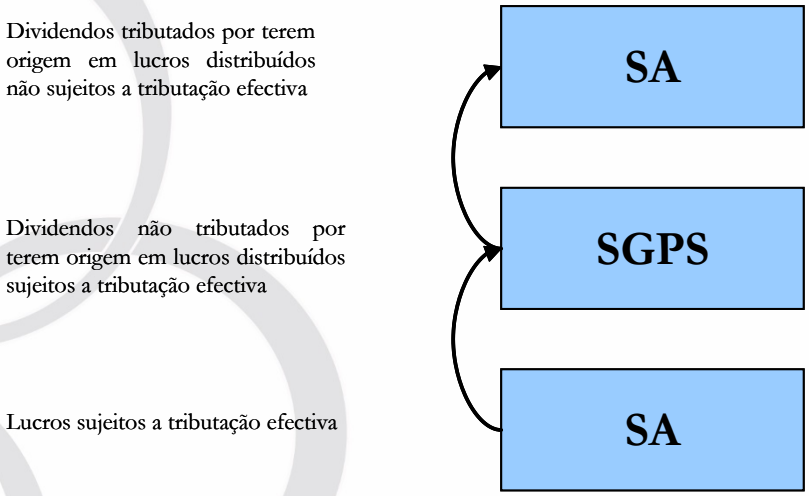
Desta forma, são os lucros, e não a sociedade que os distribui, que devem ter sido sujeitos a imposto. E já mostrámos também que só esse sentido é compatível com o direito comunitário que, neste plano, embora também pressuponha uma efectiva tributação, se basta com que ela ocorra em qualquer ponto de uma cadeia de participações.

d) O elemento sistemático

Mostre-se, finalmente, que só esta interpretação do n.º 10 do artigo 51º respeita o elemento sistemático – isto é, por referência à unidade do sistema jurídico (conforme o já enunciado n.º 1 do artigo 9º do CC). Segundo uma interpretação com base neste elemento, deve ser afastado qualquer entendimento do preceito que colida com o sentido e o alcance de outra ou outras normas ou institutos presentes na ordem jurídica.

A este propósito, convém atender ao facto de o critério da tributação efectiva poder influir com grande intensidade no regime jurídico das SGPS, sobretudo agora que elas não são excepcionadas na previsão daquele n.º 10.

Caso defendêssemos que a tributação efectiva deve ocorrer na esfera da sociedade distribuidora – não sendo relevante, para este efeito, o imposto suportado num outro estádio prévio da cadeia de participações –, sempre que esta não tivesse pago imposto, por qualquer razão, os lucros por si distribuidos sê-lo-iam novamente na esfera da última sociedade beneficiária. Particularmente vulneráveis a aumentos significativos de carga tributária ficariam, portanto, as estruturas societárias onde existem SGPS intermédias (uma SGPS colocada entre duas sociedades, a montante e a jusante), conforme o esquema que de seguida se desenha:



Numa situação deste género, os mesmos lucros poderiam ser tributados várias vezes: primeiro, na esfera da sociedade operativa que primeiro procede à distribuição; depois, não o seriam na SGPS intermédia, mas voltariam a sê-lo na sociedade operativa de topo – e assim sucessivamente, caso o esquema se fosse multiplicando em mais patamares.

Este é mais um dado que nos permite compreender o quão insustentável seria uma tese diferente da nossa – a tese de que o requisito da tributação efectiva se deve aferir tão-só na esfera da sociedade imediatamente antecedente da sociedade beneficiária dos rendimentos. Se assim fosse, com efeito, o regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros teria uma aplicação tão ténue no caso das estruturas empresariais assentes em SGPS que a própria existência destas e o respectivo regime jurídico perderiam grande parte do seu alcance.

Repare-se que quando falamos das SGPS não estamos propriamente a falar de um instituto jurídico despiciendo. Trata-se de uma figura central na organização das estruturas empresariais da economia portuguesa, cuja adopção pelos agentes vem há mais de duas décadas sendo promovida e incentivada pelo Estado. De facto, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, que instituiu o regime jurídico das SGPS, como sociedades dedicadas ao exercício indirecto de actividades económicas, esclareceu-se o intuito de política legislativa que se encontrava em causa: importava dar "*passos mais significativos no sentido de criar condições favoráveis, designadamente de natureza fiscal, que facilit*[ass]*em e incentiv*[ass]*em a criação de grupos económicos, enquanto instrumentos adequados a contribuir para o fortalecimento do tecido empresarial português*"; em conformidade, visou-se "*proporcionar aos empresários um quadro jurídico que lhes permit*[isse] *reunir numa sociedade as suas participações sociais, em ordem à sua gestão centralizada e especializada*".

Em consonância com a política legislativa, grande parte da actividade económica nacional foi-se organizando com base na criação de grupos de sociedades que incluem uma ou várias SGPS, dando lugar com frequência a verdadeiras "cascatas de participações". De tal forma que a estrutura que acima esquematizámos é hoje em dia – em versões mais ou menos complexas – bastante vulgar entre os grupos de sociedades nacionais.

Portanto, de um ponto de vista sistemático, não parece que possamos empreender qualquer interpretação do regime da eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos que produza uma entorse significativa ao regime fiscal das SGPS. No mínimo, esse regime visa assegurar que a concentração de participações sociais numa SGPS, seja ela feita por uma pessoa singular ou por uma pessoa colectiva, não acarrete qualquer ónus fiscal adicional: a constituição de uma SGPS, para aquele fim, não pode configurar um facto tributário, porque isso impediria em absoluto a actuação dos objectivos do legislador.

Ora, este resultado mínimo não seria atingido se aderíssemos à tese de que, para efeitos da aplicação do artigo 51º do Código do IRC, a tributação efectiva deve ocorrer na esfera da sociedade que imediatamente antecede a sociedade beneficiária de uma distribuição de lucros. Se, com efeito, uma

sociedade decidisse concentrar as suas participações em sociedades operacionais numa SGPS, sua participada, veria os lucros distribuídos ao longo dessa cadeia de participações tributados duas vezes: uma primeira na esfera da sociedade operacional, e uma segunda na esfera da sociedade que, no topo da cadeia, participa na SGPS. Ou seja: a concentração de participações nesta última, em obediência ao interesse legislativo, tornar-se-ia num facto gerador de um agravamento fiscal potencialmente de grande relevo. Mas isso seria também, como todos hão-de concordar, um resultado absurdo, insuportável em nome da coerência do sistema fiscal português.

Diga-se finalmente que, tendo em conta que das alterações legislativas que entraram em vigor em 1 de Janeiro de 2011 não resultou nenhuma modificação ao conceito de tributação efectiva, as considerações em torno do elemento sistemático que acabamos de tecer valem também para a interpretação desse conceito durante a vigência do regime anterior àquela data.

3. A forma e a medida em que se exige a tributação efectiva sobre os lucros distribuídos

Conforme deixámos já dito, não existe uma definição objectiva e autónoma de tributação efectiva, nem na legislação comunitária nem na portuguesa. Desta forma, tendo de novo em mente a necessidade de guiarmos a interpretação do artigo 51º do Código do IRC pela Directiva 90/435/CEE, essa interpretação há-de ser a que melhor se coadune com o espírito desta.

Pode dizer-se que a Directiva, ao prescrever soluções para a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, pressupõe obviamente uma tributação anterior. No entanto, como não explicita um limite mínimo para essa tributação, não pode deixar de se entender que tributação efectiva tem nesta sede o significado mais corrente: sujeição efectiva a imposto mediante aplicação de uma taxa diferente de zero.

Note-se que da pesquisa de comparáveis realizada atrás resulta inequívoca a ideia de que, quer no plano comunitário, quer no plano interno, sempre que o legislador quis estabelecer um limite de tributação, fê-lo expressamente: na Directiva 2003/48/CE, ao remeter a definição do conceito para o *quantum* de imposto que resulte das regras aplicáveis em cada um dos Estados-membros; no artigo 66º do Código do IRC, ao dispor que estão sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável as sociedades cujo mínimo de tributação seja "*igual ou inferior a 60% do IRC*"; e, no artigo 42º do EBF, ao exigir, como condição para a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes nos países africanos de língua oficial portuguesa e Timor-Leste, que esses lucros tenham sido "*tributados a uma taxa não*

inferior a 10%". De resto, o mesmo se passa no plano internacional: sempre que, numa Convenção para Evitar a Dupla Tributação, o legislador pretendeu consagrar um valor mínimo de imposto a pagar no Estado de origem ou no Estado de residência, estabeleceu uma taxa ou um intervalo de taxas.

Portanto, entendida por reporte a uma medida mínima ou concreta de imposto que tenha sido previamente suportado, a exigência de tributação efectiva afigura-se como ilegal perante a Directiva. Ela já poderia ser admitida, no entanto, se significasse apenas a afirmação do próprio pressuposto implícito do regime comunitário: esse pressuposto é, naturalmente – repita-se –, o de que algum imposto tenha incidido, em algum momento, sobre os lucros distribuídos, uma vez que, de outro modo, por definição, não faria sentido aplicar um regime de eliminação da dupla tributação.

Mais: a conclusão não pode deixar de ser esta quando nos lembramos que o legislador português optou pelo método da isenção, assim prescindindo de tributar rendimentos anteriormente sujeitos a um imposto inferior àquele que seria devido caso a taxa aplicável fosse a taxa geral do IRC. Se o legislador fizesse questão de tributar os lucros distribuídos a uma taxa pelo menos igual àquela que definiu como a geral, poderia ter facilmente escolhido o método do crédito de imposto (conforme lhe era permitido pela Directiva), segundo o qual, conforme vimos, os lucros distribuídos são imputados ao lucro tributável da sociedade que deles beneficia, permitindo-se a dedução à respectiva colecta, e até à sua concorrência, do imposto que incidiu sobre o mesmo rendimento em outros pontos da cadeia de distribuição.

Recorde-se que esta opção não foi feita apenas em relação às operações internas; ela é também aplicável às operações transfronteiriças dentro do espaço comunitário, onde existem taxas e outras regras que implicam uma tributação dos lucros muito inferior à portuguesa. Veja-se o caso de uma sociedade com sede em Portugal que recebe lucros distribuídos por uma sociedade residente na República da Irlanda, cuja legislação prevê uma taxa de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas de 12,5%; ou ainda o caso de uma sociedade portuguesa à qual são distribuídos rendimentos com a mesma natureza por uma sociedade que negociou com o Estado-membro da sua residência uma taxa de tributação aplicável ao cômputo global dos seus proveitos de 5%[24].

Em qualquer um destes casos, é manifesta a desproporcionalidade dos resultados a que conduziria um entendimento distinto do nosso. No primeiro deles, por exemplo, os lucros distribuídos à sociedade

[24] Como acontece, por exemplo, com o sistema de acordos prévios de tributação (os chamados "rulings") vigente na Holanda, segundo os quais os contribuintes podem celebrar com a administração fiscal daquele país entendimentos formais e vinculativos relativamente à aplicação da lei tributária aos rendimentos de operações futuras.

portuguesa seriam tributados em Portugal a uma taxa que, por razões de simplificação, consideramos ser de 25% e na República da Irlanda a 12,5%, o que configuraria uma tributação efectiva global de 37,5% incidente sobre o mesmo rendimento, muito superior àquela a que o legislador quis, em geral, submeter os lucros.

O mesmo raciocínio pode ser feito por absurdo. Isto é, se imaginarmos que esta mesma estrutura pode ser replicada duas ou três vezes numa mesma cadeia de distribuição de lucros, chegamos a um resultado claramente inadmissível do ponto de vista da equidade, da proporcionalidade e da lógica do próprio regime. Considerações idênticas poderão ser feitas em relação a uma distribuição de lucros sobre os quais tenha incidido uma taxa de tributação praticamente igual à que é exigida em Portugal para o tipo de rendimentos em causa (por exemplo, 24,99%).

Convém lembrar, no entanto: o resultado a que chegaríamos nas hipóteses que aventámos não seria somente absurdo. Seria também ilegal, por representar uma ostensiva violação da Directiva 90/433/CEE.

Poderia ainda ponderar-se a eventualidade de o n.º 10 do artigo 51º do Código do IRC corresponder a uma tentativa de aproximação a um *sistema misto* que autorizasse simultaneamente a utilização dos dois *mecanismos-regra* de eliminação da dupla tributação económica – o método da isenção e o método do crédito de imposto. Esta seria, em abstracto, uma solução possível, na medida em que não é proibida pela Directiva 90/435/CEE (artigo 4º)[25]. No entanto, não pode validamente considerar-se no caso concreto uma tal hipótese: a disposição nacional em referência não concede ao sujeito passivo beneficiário dos rendimentos de lucros um direito de crédito relativo ao imposto suportado a montante em qualquer uma das fases da cadeia de distribuição[26].

Um entendimento alternativo seria também o de que o nº 10 impõe uma outra condição de aplicação do regime para além daquelas que resultam da Directiva 90/435/CEE a título de medida anti-abuso. Com

[25] Cfr. BEN J.M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax Law*, 5ª Edição, p. 488.

[26] Nas conclusões do Acórdão Haribo, de 10 de Fevereiro de 2011 (C-436/08 e 437/08), o Tribunal de Justiça pronuncia-se no sentido de considerar que "*o artigo 63º do TFUE* [Tratado sobre o funcionamento da União Europeia] *deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que isenta de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas os dividendos de carteiras de títulos que uma sociedade residente recebe de outra sociedade residente, ao passo que sujeita a esse imposto os dividendos de carteiras de títulos que uma sociedade residente recebe de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que, porém, o imposto pago no Estado de residência desta última sociedade seja imputado no imposto devido no Estado-Membro da sociedade beneficiária e os encargos administrativos a que a sociedade beneficiária está sujeita para poder beneficiar dessa imputação não sejam excessivos*".

efeito, só é permitido a um Estado-membro impor condições adicionais às elencadas naquele comunitário por razões de combate à fraude e evasão fiscal (n.º 2 do artigo 1º)[27].

Não cremos, contudo, que a exigência de tributação efectiva esteja prevista no regime por razões de combate às práticas fraudulentas e abusivas. Tê-lo-á estado na redacção do nº 10 que vigorou em 2005 e 2006[28], que se referia à não aplicação do regime "*quando se conclua existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução e eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva*". Como este artigo foi revogado pelo artigo 52º da Lei nº 53-A/2006, de 29 de Dezembro, sem que se tivesse transportado para outro número do mesmo artigo a menção expressa do *abuso de formas jurídicas*, parece-nos que terá deixado de ser esta a motivação para a imposição da tributação efectiva.

Mesmo que se entendesse que o nº 10 do artigo 51º, na sua versão posterior a 2006, corresponde a uma cláusula anti-abusiva, ainda assim ela seria inconstitucional por violação dos princípios da igualdade, proporcionalidade e tributação pelo rendimento real[29]. Só assim não seria se o legislador tivesse previsto, para os casos em que a taxa de tributação efectiva dos lucros distribuídos a sociedades residentes em território português seja inferior à taxa geral do IRC, a possibilidade de dedução do imposto pago a montante como forma de atenuação do impacto provocado por uma segunda tributação sobre um rendimento já anteriormente tributado.

Deste modo, a exigência de tributação efectiva como condição ou como medida da aplicação do regime de eliminação da dupla tributação só pode ter um sentido conforme com a Directiva 90/433/CEE: sendo embora redundante, ela repete de forma expressa, no ordenamento português, o pressuposto básico do diploma comunitário em referência. Este, na verdade, apenas oferece as suas disposições para os casos em que, em algum ponto de uma cadeia de participações, tenha ocorrido uma qualquer tributação. Seria isso mesmo que o legislador quis lembrar, provavelmente a pensar nas situações em que, no plano nacional, poderão verificar-se com alguma frequência (pense-se no caso dos lucros distribuídos a uma sociedade com sede em Portugal continental por uma sociedade situada na Zona Franca da Madeira, a qual por seu turno os tenha formado a partir de resultados distribuídos por sociedades sediadas em paraísos fiscais).

[27] Cfr. BEN J.M. TERRA e PETER J. WATTEL, *Ob. Cit.*, p. 487.
[28] Falamos da redacção dada pelo nº 1 do artigo 29º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro.
[29] Cfr., de novo, o n.º 2 do artigo 104º da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 13º e o n.º 2 do artigo 266º.

4. A condição da tributação efectiva nos casos em que os lucros distribuídos não dão origem a pagamento de imposto – o relevo do reporte de prejuízos fiscais de exercícios anteriores, dos pagamentos (especiais) por conta e da tributação autónoma das despesas incorridas no exercício de uma actividade comercial

Já mostrámos atrás quanto vale a exigência de prévia tributação efectiva para a aplicação do regime de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos entre sociedades. Em rigor, a única interpretação conforme com o direito comunitário é a de que semelhante exigência não pode significar mais do que ter ocorrido sujeição a imposto numa qualquer das sociedades da cadeia de distribuição de lucros. E tão pouco importa também, como se disse, qual seja a medida concreta dessa sujeição a imposto.

Pode acontecer, no entanto, que, em determinadas circunstâncias, a uma certa distribuição de lucros não corresponda o pagamento de qualquer imposto. Podem, por exemplo, ser distribuídos lucros aos sócios sem que exista lucro fiscal sujeito.

Na verdade, por força das correcções introduzidas pela lei fiscal ao lucro apurado segundo as regras contabilísticas, sucede muitas vezes que o montante dos lucros e prejuízos fiscais não coincide com o montante dos lucros e prejuízos contabilísticos.

É frequente, aliás, as sociedades comerciais terem prejuízos fiscais apesar de apresentarem um lucro contabilístico, ou apresentarem lucros fiscais não obstante terem prejuízos contabilísticos. A própria cobertura de prejuízos para efeitos comerciais e contabilísticos não impede que os prejuízos fiscais correspondentes continuem a ser reportados para efeitos tributários.

Importa saber, por isso, se, na hipótese de a distribuição de lucros não encontrar correspectivo num resultado fiscal positivo na esfera da sociedade distribuidora (tendo presente uma estrutura simples, em que existe apenas uma sociedade que distribui lucros e uma outra que deles beneficia), caso em que esta última acaba por não pagar imposto, pode ainda considerar-se observada a condição da tributação efectiva imposta pelo n.º 10 do artigo 51º do Código do IRC.

A resposta positiva a esta questão está dependente de saber se a sociedade distribuidora efectuou pagamentos por conta (ou pagamentos especiais por conta) que não deduziu à colecta do exercício a que os mesmos respeitam nem à colecta dos exercícios subsequentes ou se foi tributada autonomamente pelo facto de ter incorrido em despesas de determinada natureza. Em qualquer uma destas situações, é difícil

vedar o acesso ao regime, sobretudo tendo em conta a conclusão retirada anteriormente quanto ao limiar quantitativo a partir do qual se pode concluir que existe tributação efectiva. A ocorrência de uma tributação de qualquer valor é, como se mostrou, condição suficiente para o acesso ao mecanismo de eliminação da dupla tributação.

Diferente é, porém, o caso de uma sociedade que, tendo apurado lucro tributável num determinado exercício, acaba por não pagar imposto por poder deduzir prejuízos fiscais verificados em anos anteriores.

Nesta situação, o não pagamento de imposto no exercício considerado encontra justificação nos mecanismos que actuam em concretização dos princípios da capacidade contributiva e da tributação das empresas de acordo com o rendimento real. A obrigação de pagar imposto foi compensada contra créditos fiscais que decorrem de uma adequada ponderação no tempo da capacidade de pagar – créditos que decorrem de manifestações negativas dessa capacidade contributiva verificadas em exercícios anteriores.

Para nós, não se justificaria aqui a negação do direito à eliminação da dupla tributação. Em boa verdade, do ponto de vista da capacidade contributiva, suportar o encargo de ver reduzido um crédito de imposto sobre o Estado, decorrente dos prejuízos fiscais reportáveis, é exactamente o mesmo que entregar ao Estado uma certa quantia em dinheiro.

5. O sentido que o legislador fiscal atribui à noção de lucros distribuídos – o conceito jurídico-comercial de lucro

a) Introdução

Averiguado o verdadeiro significado do conceito de tributação efectiva a que se refere o n.º 10 do artigo 51º do Código do IRC, interessa agora apurar qual o sentido que o legislador fiscal atribui à noção de *lucros distribuídos,* a fim de, como atrás já indicámos, concluir se o facto de, num determinado caso concreto, apenas uma parte dos lucros ter sido objecto de tributação efectiva interfere com o direito à dedução integral dos mesmos na esfera da sociedade beneficiária. Só assim poderemos perceber se a Administração fiscal está legitimada a segmentar ou dividir o produto distribuído de modo a aplicar o regime da eliminação da dupla tributação económica apenas na proporção do que foi efectivamente tributado.

b) A questão analisada à luz do direito comunitário

A questão da divisibilidade do lucro, para os efeitos referidos, não é resolvida directa e expressamente pela Directiva 90/435/CEE nem por qualquer outra fonte de direito fiscal comunitário. No entanto, a partir dos termos em que o regime da Directiva se encontra construído, é possível deduzir que para o legislador comunitário essa divisibilidade não é possível.

De acordo com o que vimos, a Directiva coloca à disposição dos diversos Estados-membros a escolha entre dois métodos de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos – um método de isenção simples e um de crédito de imposto. Na perspectiva da Directiva, o Estado que tiver optado pelo primeiro terá decidido alhear-se amplamente do tratamento fiscal a que a montante aqueles rendimentos foram sujeitos. E mesmo que, em observância do propósito do regime (a eliminação da dupla tributação), lhe interesse saber se houve imposto pago anteriormente, é-lhe indiferente – já o vimos – a taxa ou o montante específicos a que essa tributação ocorreu (em rigor, tanto lhe faz que se trate, por exemplo, de uma taxa de 30% sobre 10% dos lucros distribuídos ou de uma taxa de 3% sobre a totalidade dos mesmos). Pelo contrário, através do método do crédito de imposto, a Directiva abre a possibilidade de os Estados terem efectivamente em conta o que foi tributado anteriormente, arrecadando apenas a receita correspondente à diferença entre o montante de imposto que em abstracto seria devido nesses Estados e o que foi suportado em outros pontos prévios da cadeia de distribuição.

O método do crédito de imposto serve, por isso, para garantir que o fim da tributação integral dos lucros (mesmo daqueles que em parte não foram sujeitos a tributação efectiva) é atingido. Na impossibilidade de se proceder àquela divisão formal dos lucro, a Directiva concedeu aos Estados que dela não prescindem uma forma de alcançar os seus efeitos: através do método do crédito de imposto justamente o que acontece é a tributação integral dos lucros mediante, porém, a subtracção ao produto dessa tributação do imposto a que os mesmos (ou parte deles) estiveram sujeitos em momento anterior da cadeia de distribuição.

A conclusão quanto a este ponto não pode, por isso, deixar de ser a de que os Estados que tenham optado pelo método da isenção, ao contrário daqueles que optaram pelo método do crédito do imposto, abdicaram da possibilidade de, por qualquer meio (por exemplo, através de um critério *pro-rata*), alcançarem o que materialmente corresponda a uma divisão formal dos lucros distribuídos.

c) A questão analisada à luz do direito de fonte portuguesa

Independentemente das considerações anteriores – ou seja, mesmo que não tivéssemos em conta a Directiva 90/435/CEE –, ser-nos-ia sempre impossível concluir de outra forma que não pela insusceptibilidade de segmentação do lucro, para os efeitos a que nos referimos, tendo em conta agora o conceito de *lucros distribuídos* que resulta do direito português.

Antes de mais, deve ter-se em atenção que a utilização, nas normas fiscais, de termos próprios de outros ramos de direito obriga a que os mesmos sejam interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei (cfr. o artigo 11º da LGT).

Neste sentido, como o direito fiscal de fonte interna não fornece um conceito de distribuição de lucros, este deve ser procurado no direito das sociedades e nas regras contabilísticas.

i. O escopo lucrativo das sociedades

As sociedades (comerciais mas não só[30]) têm um *escopo ou fim lucrativo*: visam a *geração de uma riqueza que se destina a ser repartida* (artigo 980º e n.º 1 do artigo 6º do CC).

De facto, a finalidade lucrativa é, na perspectiva do legislador português, um elemento essencial da sociedade comercial, o que é comprovado pela consagração do *direito aos lucros* como o primeiro dos direitos dos seus sócios (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 21º do Código das Sociedades Comerciais – "CSC").

ii. As múltiplas acepções de lucro: o lucro final ou de liquidação; o lucro periódico ou de balanço e o lucro de exercício

[30] Nos termos do n.º 2 do artigo 1º do Código das Sociedades Comerciais, estas são aquelas sociedades que, tendo por objecto a prática de actos de comércio, adoptem um dos tipos (societários) previstos nesse diploma legal.

Muito embora a lei societária prescreva expressamente um direito aos lucros, certo é que não o define[31], porventura dada a polissemia da locução *lucro*[32]. Em termos genéricos, trata-se de "*um ganho traduzível num incremento do património da sociedade*"[33]. Em face das várias normas jurídico-societárias que se referem ao lucro, porém, importa trilhar o caminho já desbravado pela doutrina portuguesa e procurar encontrar outras noções (mais "específicas") de lucro[34].

Atenta a noção genérica apresentada, e tendo em conta que, de facto, só é possível apurar qual o incremento do património social (face ao capital aportado pelos sócios) aquando da dissolução e liquidação da sociedade, pode-se desde logo falar num *lucro final ou de liquidação*, o qual consiste justamente na diferença (positiva) entre o valor do património social aquando da liquidação da sociedade e o valor do capital social. A ele faz referência expressa o artigo 156º do CSC, que, depois de dispor que o activo restante (ou seja, o excedente da diferença entre o activo e o passivo da sociedade liquidada) deve ser destinado em primeiro lugar ao reembolso do montante das entradas efectivamente realizadas (n.º 2), prevê que, "[s]*e depois de feito o reembolso integral se registar saldo, este deve ser repartido na proporção aplicável à distribuição de lucros*" (n.º 4).

Como a doutrina salienta[35], todavia, a relevância prática deste lucro é diminuta[36], dado que, contrariamente ao que sucedia nos primórdios do direito das sociedades, estas são hoje em dia constituídas para um horizonte temporal tendencialmente perpétuo[37].

---

[31] Cfr., por exemplo, Manuel António PITA, *Direito aos Lucros*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 34, bem como Filipe CASSIANO DOS SANTOS, *A Posição do Accionista face aos Lucros de Balanço – O Direito do Accionista ao Dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, p. 29.

[32] Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 14.

[33] Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Ob. Cit.*, p. 14.

[34] Na literatura especializada, cfr., entre outros, Vasco da Gama LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Lucro obtido no exercício, lucro de balanço e lucro distribuível*, Revista de Direito e Economia, VIII (1982), pp. 259 e ss., Manuel António PITA, *Ob. Cit.*, e Filipe CASSIANO DOS SANTOS, *Ob. Cit.*, pp. 28-38. Em monografias de âmbito geral, cfr. por exemplo Paulo de TARSO DOMINGUES, *Capital e património …*, , pp. 212-227, e Paulo OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra, 2010, pp. 297-314.

[35] Paulo de TARSO DOMINGUES, *Ob. Cit.*, p. 214.

[36] Aliás, há até quem conteste a classificação da *quota de liquidação* como lucro: cf. Manuel António PITA, *Ob. Cit.*, p. 66, para quem "*o chamado lucro final não é um lucro, qualquer que seja o sentido em que a palavra se utilize, mas apenas um excedente do activo sobre o passivo do património em liquidação*", estando pois em causa "*definir o destino jurídico de um património cujo titular 'morreu'*".

[37] Cfr., de resto, a "presunção de imortalidade" constante do n.º 1 do artigo 15º do CSC.

Sendo em princípio pouco relevante a noção de *lucro final ou de liquidação*[38], o mesmo não poderá dizer-se a respeito do *lucro periódico ou de balanço* e do *lucro de exercício*[39]. O primeiro equivale ao "*acréscimo patrimonial gerado e acumulado pela sociedade desde o início da sua actividade até determinada data (a data a que se reporta a elaboração do balanço) e que é distribuível pelos sócios, correspondendo à diferença entre o património líquido da sociedade, por um lado, e a soma do capital e das reservas indisponíveis (reservas legais e estatutárias), por outro*"[40], representando, assim, a "riqueza global" gerada pela sociedade e que é distribuível[41] aos respectivos sócios. Por seu turno, o *lucro de exercício* (ou *lucro alcançado num exercício*) traduz-se "*na comparação entre o património líquido da sociedade no início [de um determinado exercício] – ou, mais exactamente, entre o património líquido da sociedade calculado no termo do exercício anterior, mediante o balanço que lhe respeita, deduzidos os lucros relativos a esse exercício eventualmente distribuídos – e o património líquido determinado no fim do exercício em causa*"[42]. Sendo este valor positivo, a consequência será a de se ter registado um lucro no exercício em apreço, ou seja, estar-se-á perante um "*resultado positivo da actividade desenvolvida pela empresa social durante o mesmo exercício (actividade essa evidenciada pela contabilização dos respectivos custos e proveitos*"[43]. Com efeito, o lucro de (ou do) exercício corresponde à diferença (positiva) entre o património social líquido no final do exercício e o património social líquido no início do exercício, sendo esta noção de lucro a que releva para efeitos de constituição da reserva legal (sucedendo assim que as mais das vezes nem todo o lucro de exercício será distribuível) e para determinação da parcela do lucro a que os sócios têm direito[44].

No que diz respeito a este último direito, deve equacionar-se a hipótese de o lucro de exercício *distribuível* não ser *distribuído*[45] (no todo ou em parte), podendo os sócios utilizar o lucro distribuível para a

[38] De facto, "*aquilo que satisfaz o interesse dos sócios não é apenas – e, as mais das vezes, não é sobretudo – o direito a quinhoar do lucro final da empresa social, uma vez concluída a vida da sociedade* (…) *mas é antes a possibilidade de beneficiarem do lucro periódico, que é aquele que é apurado no final de cada exercício e revelado pelo balanço*" (Carlos OSÓRIO DE CASTRO, Gonçalo ANDRADE E CASTRO, *A distribuição de lucros a trabalhadores de uma sociedade anónima, por deliberação da assembleia geral*, Revista O Direito, ano 137º, 2005, p. 60).

[39] Segue-se de perto Vasco LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Lucro (…)*. Não obstante, não se menciona autonomamente o lucro de balanço distribuível (e o não distribuível) por se concordar com Paulo de TARSO DOMINGUES quando este afirma que o lucro de balanço é sempre distribuível (*Ob. Cit.*, p. 216, em nota).

[40] Paulo de TARSO DOMINGUES, *Ob. Cit.*, p. 214.

[41] Paulo de TARSO DOMINGUES, *Ob. Cit.*, p. 215.

[42] Vasco LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Ob. Cit.*, p. 261.

[43] Vasco LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Ob. Cit.*, p. 261.

[44] Paulo de TARSO DOMINGUES, *Ob. Cit.*, p. 217.

[45] Naturalmente com os limites resultantes dos artigos 217º e 294º do CSC, respectivamente aplicáveis às sociedades por quotas e anónimas.

constituição de reservas ditas "livres" ou "levá-lo a conta nova", isto é, levá-los a *resultados transitados* (cujo regime não se confunde com o das reservas propriamente ditas)[46].

Pode muito bem suceder, porém, que, não obstante a verificação de *lucro do exercício*, não se registe um incremento do património social face ao capital investido pelos sócios. É o caso, por exemplo, de uma sociedade que no quarto exercício de actividade apura um modesto *lucro do exercício* mas que nos três anos anteriores tinha registado perdas avultadas[47].

iii. O apuramento do lucro e a contabilidade

Vistas estas várias acepções de lucro, coloca-se a questão de saber, afinal, como o apurar – designadamente o *lucro do exercício*. Esta questão encontra resposta "fora" do direito comercial, uma vez que o cálculo dos montantes que em concreto constituem o que a lei comercial define como lucro é feito com base na contabilidade[48].

São as regras e os princípios contabilísticos que presidem tanto ao cálculo como à "arrumação" dos ganhos e das perdas apurados por uma sociedade comercial, sendo sintomático do que se acaba de dizer a remissão para a contabilidade da sociedade contida em inúmeras disposições do CSC (designadamente, a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 31º, o n.º 1 do artigo 32º, o n.º 3 do artigo 33º e o n.º 2 do artigo 65º).

O lucro comercial é "*apurado pela contabilidade da sociedade, nas contas anuais que são, primeiramente aprovadas pela gestão (gerência, administração ou direcção), depois pelo conselho fiscal ou fiscal único se existirem e finalmente sujeitas a*

---

[46] Vasco LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Ob. Cit.*, pp. 264 e 267.

[47] Sendo este o caso, não só se deverá ter em conta que "*não podem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio desta, incluindo o resultado líquido do exercício, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja inferior à soma do capital social e das reservas que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios ou se tornasse inferior a esta soma em consequência da distribuição*" (n.º 1 do artigo 32º – a que subjaz o *lucro de balanço*), como também que o lucro do exercício que se tenha apurado não será distribuível, pois será necessário para cobrir prejuízos transitados (artigo 33º do CSC – aqui estando em causa o *lucro do exercício*).

[48] Cfr., por exemplo, Vasco LOBO XAVIER, Maria Ângela COELHO, *Ob. Cit.*, p. 264, e Carlos OSÓRIO DE CASTRO, *Sobre o artigo 89.º, n.º 2 do Projecto do Código das Sociedades*, Revista de Direito e Economia, XX/XXI (1984/1985), pp. 227-247.

deliberação dos sócios em assembleia geral anual"[49] e "*deve calcular-se, designadamente, segundo princípios e critérios contabilísticos geralmente aceites, aparece reflectido no balanço anual e demonstra-se através da conta de resultados*"[50][51].

Esta dependência não é uma particularidade do legislador societário, já que, como é sabido, também no campo do direito tributário se verifica uma relação semelhante entre a contabilidade e o direito fiscal. Entre nós vigora, com efeito, a regra segundo a qual o *lucro tributável* de uma sociedade comercial corresponde ao respectivo *lucro contabilístico*, apurado de acordo com as regras e princípios aplicáveis e, posteriormente, corrigido nos termos da lei fiscal[52].

Tal é o que decorre, com inegável clareza, da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 3º e do n.º 1 do artigo 17º do Código do IRC. De acordo com a primeira disposição, "[*o*] *IRC incide sobre o lucro das sociedades comerciais (…)*". Nos termos da segunda, "[*o*] *lucro tributável das pessoas colectivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados de acordo com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código*".

Atenta a sua importância para a construção jurídico-tributária, o legislador não deixou, aliás, de explicar a sua opção no preâmbulo do Decreto-Lei nº 442-B/88: "[*d*]*ado que a tributação incide sobre a realidade económica constituída pelo lucro, é natural que a contabilidade, como instrumento de medida e informação dessa realidade, desempenhe um papel essencial como suporte da determinação do lucro tributável. As relações entre a contabilidade e a fiscalidade são, no entanto, um domínio que tem sido marcado por uma certa controvérsia e onde, por isso, são possíveis diferentes modos de conceber essas relações. Afastadas uma separação absoluta ou uma identificação total, continua a privilegiar-se uma solução marcada pelo realismo e que, no essencial, consiste em fazer reportar, na origem, o lucro tributável ao resultado contabilístico ao qual se introduzem, extracontabilisticamente, as correcções – positivas ou negativas – enunciadas na lei para tomar em consideração os objectivos e condicionalismos próprios da fiscalidade*".

---

[49] Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 84.

[50] Cfr. o POC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 410/89, de 21 de Novembro.

[51] Evaristo MENDES, *Lucros de Exercício*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XXXVIII (1996), p. 357; Id., *Direito ao lucro de exercício no CSC (Arts. 217/294)*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Lisboa, Universidade Católica Ed., p. 507. O POC veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística, e que entretanto foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 67-A/2009, de 11 de Setembro.

[52] Cfr., por todos, José CASALTA NABAIS, *Ob. Cit.*, p. 537 e ss..

Este princípio é ainda reafirmado com a aprovação do Sistema de Normalização Contabilística (SNC)[53].

A este propósito, é talvez oportuno sublinhar que, à semelhança do que, como se viu, sucede no plano societário, em que o lucro é sempre o "simples" resultado de uma operação aritmética, também à luz do SNC (e como não poderia deixar de ser) sucede o mesmo. De facto, para efeitos de impostos sobre o rendimento, prevê a Norma Contabilística e de Relato Financeiro 25[54] que o lucro contabilístico "*é o resultado de um período antes da dedução do gasto de impostos*", ao passo que o lucro tributável (perda fiscal) "*é o lucro (ou perda) de um período, determinado de acordo com as regras estabelecidas pelas autoridades fiscais, sobre o qual são pagos (ou recuperáveis) impostos sobre o rendimento*".

Do mesmo modo, a nota de enquadramento da conta 811 ("*resultado antes de impostos*") do Código de Contas do SNC[55] indica que essa mesma conta se destina "*a concentrar, no fim do período, os gastos ["custos"] e rendimentos ["proveitos"] registados, respectivamente, nas contas das classes 6 e 7*" (sublinhado nosso). Quer isto dizer, portanto, que o lucro de um dado exercício mais não é do que o resultado – a "concentração" – da diferença entre os proveitos e os custos de um dado exercício[56]. Por outras palavras ainda, é "*a diferença positiva entre as receitas geradas num certo exercício e as despesas e custos suportados em igual período*"[57].

Ainda quanto a esta nota de enquadramento, é certo que, no seu sentido literal, a mesma apenas tem que ver com a conta 811 (como se citou, "*resultado antes de impostos*") do Código de Contas do SNC, que se insere na mais vasta conta 81 ("*resultado líquido do período*"). No entanto, é evidente que a noção de lucro enquanto diferença entre proveitos e custos num dado período tem um alcance geral.

---

[53] Escreve-se no preâmbulo, por exemplo, que «[*a*] *manutenção do modelo de dependência parcial determina, desde logo, que, sempre que não estejam estabelecidas regras fiscais próprias, se verifica o acolhimento do tratamento contabilístico decorrente das novas normas*», dois parágrafos depois fazendo-se referência a uma «*convergência entre contabilidade e fiscalidade*».

[54] Cfr. o Aviso n.º 15655/2009, de 7 de Setembro.

[55] Aprovado pela Portaria n.º 1011/2009, de 9 de Setembro.

[56] Como é óbvio, este não é o lucro distribuível, desde logo porque ignora a necessidade de constituição de reservas legais. Na verdade, o lucro distribuível corresponde "*aos resultados positivos da sociedade que, não tendo de ser afectos à constituição ou reforço de reserva legal ou estatutária, podem ser distribuídos aos sócios sem ser à custa do respectivo capital social e reservas legais constituídas*" (Paulo OLAVO CUNHA, *Ob. Cit.*, p. 299).

[57] Paulo OLAVO CUNHA, *Ob. Cit.*, p. 299.

iv. A indivisibilidade do lucro

Nos termos descritos no ponto anterior, dado corresponder ao resultado de uma mera operação aritmética, o lucro não pode comportar quaisquer "fraccionamentos" em função de uma específica imputação de proveitos e de custos. Por outras palavras, não faz qualquer sentido distinguir, "dentro" do lucro, aquele que foi tributado daquele que não foi tributado. Como lapidarmente refere um Autor, "[*p*]*ara a contabilidade, lucro é a diferença entre os custos e os proveitos*"[58]. Na verdade, os lucros não representam uma parcela particular do património ou do rendimento societário: eles mais não são do que uma quantia atribuível/distribuível[59] pela sociedade aos sócios por conta da valorização do património social durante determinado período. Não há, nesta sede, uma qualquer correspondência entre o lucro, de um lado, e os concretos incrementos patrimoniais que permitem a distribuição do mesmo, por outro.

Assim sendo, parece evidente que não é possível "dividir" o lucro consoante as várias "fontes" de onde resulte, justamente porque o apuramento do lucro é, no fundo, uma operação a jusante da verificação dos proveitos e dos custos. Compartimentar o lucro em várias parcelas e imputar cada uma delas a uma "fonte" concreta seria não só contrário à consideração do lucro como "concentração"[60], no fim do exercício, dos proveitos e dos gastos, como até uma tarefa manifestamente impossível.

Recorde-se o que se disse a propósito da possibilidade de constituição de reservas livres, supondo-se agora que os sócios de determinada sociedade sistematicamente procedem à afectação de metade do lucro do exercício distribuível à constituição das ditas reservas. Admitindo que as deliberações em causa são tomadas na assembleia geral anual (alíneas *a*) e *b*) do nº 1 do artigo 376º do CSC) durante um hiato ininterrupto de 20 anos, como saber qual a origem e em que momento foram gerados os lucros? Não havendo resposta para esta questão, como proceder ao cálculo da tributação efectiva que incidiu sobre tais reservas aquando de hipotéticas deliberações relativas à sua desafectação e distribuição?

Mais: no caso de uma sociedade vir a ser dissolvida e liquidada, como apurar qual a "origem" de cada parcela do lucro de liquidação (na eventualidade de ele existir, claro está) que cabe a cada sócio, com o

[58] Manuel António PITA, *Ob. Cit.*, p. 33.

[59] No pressuposto de que se está em causa o lucro (do exercício) distribuível.

[60] Tanto se trata de uma "concentração" que, no caso das sociedades anónimas, "[*o*] *vocábulo dividendo deriva do latim* dividendu *('que vai ser dividido'), querendo com ele significar-se a quantia que cada sócio tem direito a receber na divisão dos lucros de uma sociedade*" (Paulo de TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, 2010, p. 262, em nota).

intuito de aferir se houve tributação efectiva relativamente a cada uma delas? Além disso, como distinguir consoante as várias tributações efectivas?

Quando uma sociedade é dissolvida e entra em processo de liquidação, pode verificar-se a partilha de bens patrimoniais entre os sócios. Esta partilha equivale à restituição das entradas por eles efectivamente verificadas para realização do capital social (e bem assim das prestações acessórias ou facultativas de que sejam credores) e à atribuição proporcional (e eventual) de outros valores provenientes de um acervo composto por diversos tipos de manifestações de uma riqueza que pode ter sido gerada ao longo de toda a vida da empresa. E isto é assim ao ponto de não poder validamente afirmar-se que, numa situação de partilha por liquidação, o que se distribui aos sócios tem que ver com uma operação em concreto ou com um determinado exercício de actividade e que o que se distribui aos sócios foi apenas em parte sujeito a tributação efectiva (e em que parte).

Pois bem. Não sendo possível o fraccionamento do lucro, só se conseguiria uma aproximação a uma avaliação parcelar do mesmo para efeitos de tributação através da utilização um critério *pro rata*. Contudo, um tal mecanismo não é admissível porque comporta a violação do princípio da legalidade fiscal constitucionalmente tutelado (artigo 103º da CRP). Ele não se encontra consagrado na lei fiscal, como seria exigido que acontecesse, dado tratar-se de um elemento conformador da incidência do imposto[61]; designadamente, o nº 10 do artigo 51º do CIRC, referindo-se apenas à *tributação efectiva*, não legitima a "desconsideração" da tributação de "partes" do lucro tributável em função de quaisquer critérios, *pro rata* ou outros.

De resto, sendo possível um critério *pro rata*, sempre teria que ser admitida a dedução à parcela do lucro apurado de acordo com o mesmo, de um custo que proporcionalmente lhe correspondesse. No entanto, esta operação introduziria uma total arbitrariedade nesta matéria e uma distorção insuportável da realidade económica e contabilística das sociedades. Acresce que ela implicaria um grau tal de complexidade burocrática que seguramente não há-de ter estado na mente do legislador permiti-la.

[61] O n.º 2 do artigo 103º da Constituição da República Portuguesa estatui que a criação dos impostos e a disciplina dos seus elementos essenciais, entre os quais se conta a incidência, devem seguir a forma de lei: "[o]*s impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.*"

The elimination of the double taxation on dividends in the Portuguese Corporate Tax: practical implications of the *previous effective taxation* rule

Executive Summary

I. Portuguese legislator freely chose to apply internally EU rules concerning cross-border distribution of profits between companies (elimination of the economic double taxation - Council Directive 90/435/CEE of 23 July 1990).

II. Therefore, the European Court of Justice is competent to decide disputes relating to the interpretation of that legal regime, even if such disputes are merely internal.

III. The above mentioned regime assumes as well a choice between the two possible double taxation elimination methods foreseen in the Directive – Portugal has chosen the exemption method, which excludes distributed profits from the tax base of the beneficiary company.

IV. Directive 90/435/CEE does not allow State Members that have chosen the exemption method to establish quantitative restrictions on the tax levied upon companies of any previous stage of the same shareholding chain: the beneficiary company shall exclude perceived dividends from its tax base as long as all the other Directive's requirements have been complied with.

V. Therefore, the requirement of a *previous effective taxation* – article 51 no. 10 of the Portuguese CT Code - cannot be viewed as a quantitative restriction related with the concrete amount of tax paid by the distributing company.

VI. When referring to the mentioned *previous effective taxation,* Portuguese tax legislator intended only to express the main assumption underlying the Directive 90/435/CEE: the elimination of double taxation on dividends should only apply if any of the companies of the same shareholding *cascade* as been submitted to tax, no matters its concrete amount.

VII. *Previous effective taxation* still occurs when the distributing company, although having positive results, has not paid any amount of tax due to losses carried forward: from an *ability to pay* perspective, there's no difference between the payment of a concrete amount of tax and the consumption of a tax credit.

VIII. Under article 51 no. 10 of the Portuguese CT Code, Tax Authorities are not entitled to apply a *prorata* method based upon the splitting of the dividends origin or nature: such a restriction would violate both Directive 90/435/CEE and Portuguese constitutional law reserve for tax matters.