

## **O pagamento de dividendos por sociedade portuguesa a sociedade não residente em Portugal e a livre circulação de capitais - uma questão (ainda) pendente nos tribunais nacionais**

Intervenção de **Fernanda de Fátima Esteves** (págs. 31/37 da Revista)

### **1.Introdução**

Apesar da panóplia de questões que se colocam ao nível da **interpretação e aplicação das convenções de dupla tributação**, durante muito tempo a maior fonte de litígios entre a nossa administração fiscal e os contribuintes resultou de uma interpretação da administração fiscal que condicionava a aplicabilidade das convenções ao cumprimento de requisitos de forma, não só ao nível da certificação da qualidade de residente num Estado Contratante, mas impondo também que essa certificação fosse obtida até à data em que a retenção na fonte devia ser entregue ao Estado e que viria a culminar no recurso, em grande escala, dos contribuintes à via judicial. Após alguns anos de insistência da administração fiscal nesta posição, a questão parece ter ficado definitivamente ultrapassada com a Lei do Orçamento de Estado para 2008<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Lei nº 67-A/2007, de 31 de Dezembro, a qual passou a prever, sem prejuízo da responsabilidade contra-ordenacional, a possibilidade de o substituto tributário afastar a obrigação de entrega da totalidade do imposto ao Estado, mediante apresentação posterior do respectivo formulário, para comprovar a verificação dos pressupostos para a dispensa total ou parcial de retenção na fonte. Embora o regime do artigo 90º-A, nº 6 apenas se aplique às infracções que ocorrerem após a entrada em vigor da Lei do OE,

Nesta matéria, questões mais complexas têm, no entanto, vindo a convocar a intervenção judicial, algumas já decididas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo - como as referentes à dupla residência, aos royalties e aos dividendos; outras, porém, continuam ainda em aberto, como é o caso das questões relativas ao **pagamento de dividendos por sociedades portuguesas a sociedades não residentes em Portugal**.

Não se trata de uma questão nova já que os factos remontam a anos anteriores - nomeadamente 2003 a 2005. Porém, a sua análise afigura-se-me interessante no âmbito deste colóquio, porquanto está na ordem do dia, na medida em que, além dos processos que já chegaram ao Supremo Tribunal Administrativo em sede de recurso, existem vários processos pendentes na 1ª instância sobre esta matéria. Acresce que ainda não recaiu sobre a mesma uma resposta judicial definitiva, o que se deve, designadamente, ao facto de não ter sido colocada de imediato nos tribunais (em alguns casos, foi apenas na sequência do indeferimento do pedido de revisão oficiosa, apresentado no 3º ou 4º ano após ter sido efectuada a retenção na fonte), bem como à elevada pendência e consequente atraso na decisão dos processos fiscais.

## **2. Um caso concreto e o respectivo enquadramento legal (à data dos factos)**

---

por força do artigo 47º, nº 4, essa possibilidade veio a ser também concedida para situações ocorridas antes da entrada em vigor da Lei do OE/2008.

## 2.1. O caso concreto

A este propósito, com vista a analisar a questão enunciada, penso ser oportuno partir de uma situação concreta que passo a descrever.

Em 2003, uma sociedade portuguesa ao proceder à distribuição de dividendos actuou do seguinte modo:

i) à sociedade mãe residente noutro país da União Europeia (ESPAÑA) - não residente em Portugal - que não detinha 25% das suas participações sociais efectuou a retenção na fonte, a título de IRC, a uma taxa de 15%, sobre metade do montante dos dividendos ilíquidos em resultado da aplicação conjunta dos artigos 80º, nº 2, 88º, nº1, alínea c) e 3, alínea b), 4 e 5 do Código de IRC<sup>2</sup>, do artigo 59º do Estatuto dos Benefícios Fiscais e do artigo 10º, nº 2, alínea b) da Convenção celebrada entre ambos os Estados (Portugal e Espanha) para eliminar a dupla tributação<sup>3</sup>.

ii) à sociedade mãe residente em Portugal, nas mesmas condições, não efectuou qualquer retenção na fonte.

## 2.2. O enquadramento legal<sup>4</sup>

Nos termos da legislação fiscal nacional, em regra, a distribuição de dividendos implica a efectivação de uma retenção na fonte. Porém, não existia a obrigação de efectuar a retenção na fonte aquando da **distribuição dos dividendos por uma sociedade com sede em Portugal a**

---

<sup>2</sup>Os artigos citados eram os vigentes à data dos factos e com a redacção de então.

<sup>3</sup>Publicada no Diário da República Série 1-Série - A, nº 24, de 28/1/1995.

<sup>4</sup> Vigente à data dos factos.

**uma sociedade residente**, desde que estivessem cumpridos os requisitos previstos no artigo 46º, nº 1, do Código de IRC, designadamente, se a sociedade beneficiária dos dividendos tivesse detido pelo menos 10% do capital social da sociedade que distribui os lucros ou com um valor de aquisição num montante não inferior a 20.000.000 euros, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à colocação à disposição dos lucros. Quanto aos **dividendos distribuídos por uma sociedade com sede em Portugal a uma sociedade com sede noutra Estado Membro**, em regra, eram tributados também a 25% e a título definitivo [artigo 80º, nº 2 e 88º, nº 3, alínea b) do Código de IRC].

Importa também ter presente o regime constante da Directiva nº 90/435/CEE, vulgarmente designada por directiva mães/filhas<sup>5</sup>. Em conformidade com esta Directiva, os lucros distribuídos a uma sociedade não residente por uma sociedade com sede em Portugal estavam isentos da retenção na fonte se a sociedade mãe tivesse detido directamente, de modo ininterrupto, durante os dois anos que antecediam a data da colocação à disposição dos lucros, pelo menos, 25% do capital da sociedade que os distribui (sociedade afiliada).<sup>6</sup> Este regime ficou plasmado no artigo 14º, nº 3 do Código de IRC.

---

<sup>5</sup>Transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL nº 122/92, de 2 de Julho, posteriormente alterada pela Directiva 2003/123/CEE, de 22/12/2003 [transposta pela lei nº 55-B/2004, de 30/12 - OE2005].

<sup>6</sup>Actualmente, a detenção tem de ser apenas pelo período, ininterrupto, de um ano e a percentagem da participação cifra-se nos 10% - conforme previsto no artigo 14º do Código de IRC.

Por fim, as disposições da Convenção celebrada entre Portugal e Espanha para eliminar a dupla tributação que aqui importam são apenas as dos artigos 10º e 23º<sup>7</sup>.

O artigo 10º da Convenção OCDE (transposto para a convenção com Espanha) estipula que os dividendos podem ser tributados em ambos os Estados (competência cumulativa) - da residência e da fonte - mas a tributação no Estado da fonte é limitada. O que significa que não pode exceder uma determinada percentagem dos dividendos, que neste caso, se fixou em 15%, conforme as condições de participação do beneficiário efectivo no capital da sociedade que os paga.

Para evitar a dupla tributação rege o artigo 23º da Convenção, o qual estabelece os métodos de evitar a dupla tributação por parte do Estado da residência, determinando na alínea a) do seu nº 1 que, quando um residente em Espanha obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto na convenção, possam ser tributados em Portugal, Espanha deduzirá do imposto sobre o rendimento desse residente uma importância igual ao imposto pago em Portugal. A importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fracção do imposto, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que podem ser tributados em Portugal. Verifica - se, assim, que a Espanha optou pelo método de imputação

---

<sup>7</sup>Importa ter presente que as convenções para evitar a dupla tributação não definem se um determinado rendimento está ou não sujeito a tributação. Essa tarefa cabe ao direito doméstico de cada um dos Estados. A convenção apenas define, no caso de as ordens jurídicas internas tributarem determinado tipo de rendimento, para evitar que o mesmo seja tributado nos dois Estados, a quem cabe tal competência e os respectivos limites.

ordinária (do imposto). Ou seja, a imputação ordinária conduzirá apenas a uma dedução parcial do imposto pago no estrangeiro, se este for superior ao que o Estado da residência aplica aos mesmos rendimentos.

Da leitura desta disposição resulta que a convenção celebrada entre Portugal e Espanha assegura (em abstracto) que o imposto retido na fonte em Portugal à sociedade beneficiária dos dividendos pode ser imputado no imposto devido em Espanha.

### **2.3. Análise**

No caso concreto, a sociedade distribuidora dos dividendos actuou em conformidade com o quadro legal vigente à data dos factos tributários. A sociedade mãe residente beneficiária dos dividendos cumpria os requisitos previstos no artigo 46º, nº 1, do Código de IRC, pelo que não lhe foi efectuada qualquer retenção na fonte aquando da distribuição dos dividendos. Pelo contrário, a sociedade mãe residente em Espanha não detinha uma participação de 25% no capital da afiliada, não preenchendo, assim, os requisitos previstos no artigo 14º, nº 3, do Código de IRC (que transpõe o artigo 5º da directiva 90/435/CEE), pelo que o rendimento pago não beneficiou da isenção de retenção na fonte, tendo sido sujeito a imposto por retenção na fonte, nos termos da convenção bilateral celebrada entre os dois países (a uma taxa de 15%).

Deste regime resulta serem os requisitos de isenção constantes do artigo 14º, nº 3, do Código de IRC (aplicáveis à sociedade mãe não residente) mais exigentes, quer ao nível da participação social exigida, quer ao nível do período mínimo de detenção dessas participações, do que os previstos

para a aplicação do regime decorrente do artigo 46º, nº 1 do Código de IRC (aplicáveis à sociedade mãe residente).

### **3. A posição do Supremo Tribunal Administrativo e o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**

Na sequência da retenção na fonte que lhe foi efectuada aquando da distribuição dos dividendos pela sociedade portuguesa, a sociedade residente em Espanha beneficiária desses dividendos veio impugnar judicialmente a liquidação, alegando que o Estado Português (Estado da fonte) a discriminou em relação à sociedade residente em Portugal, violando, assim, os artigos 56º e 58º CE.

Assim, a questão, tal como foi colocada ao tribunal, era, basicamente, a de saber se esta diferença de tratamento por parte do Estado Português resulta na violação da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais previstas nos referidos normativos do Tratado da CE.

Estes normativos - artigos 56º e 58º do Tratado da CE - são referentes à livre circulação de capitais e são, sem dúvida, dos mais pertinentes para as questões relativas à tributação de dividendos.

Do artigo 56º resulta que *"são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados - Membros e entre Estados - Membros e países terceiros"*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup>Embora este artigo não contenha uma definição do conceito de "movimentos de capitais" e a esse respeito sejamos remetidos para a nomenclatura do Anexo I da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de

Existem, no entanto, exceções a esta proibição, e que estão contempladas no artigo 58º. Uma delas, é a que está prevista no nº 1, alínea a) deste normativo, e que confere aos Estados - Membros o direito de *“aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido”*. As exceções do nº 1 são, contudo, limitadas pelo nº 3 do mesmo artigo 58º que estipula especificamente que as disposições nacionais referidas no nº 1 do artigo 58º *“não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à circulação de capitais e pagamentos, tal como definido no artigo 56º”*.

Na sequência da improcedência da impugnação judicial em 1ª instância e da interposição de recurso da sentença, o **Supremo Tribunal Administrativo** entendeu proceder ao **reenvio prejudicial** para o TJUE<sup>9</sup>,

---

24 de Julho de 1988 e o recebimento de dividendos também não venha aí expressamente referido, é pacífico que o recebimento de dividendos é abrangido pelo artigo 56º do Tratado da CE.

<sup>9</sup>O Supremo Tribunal Administrativo entendeu ainda proceder a outro reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (cfr. Acórdão do STA de 7/12/2010, Processo 0482/10), no âmbito do recurso interposto da decisão proferida pelo Tribunal Central Administrativo Sul (Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010, processo 01959/07), que julgou improcedente a acção administrativa especial deduzida contra o despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais que recusou o pedido de reembolso do imposto retido na fonte relativo ao pagamento de dividendos, considerando não se verificar a violação de tais normas (do tratado) e concluindo que *“a possível discriminação entre a tributação ou não dos dividendos distribuídos à casa-mãe com domicílio fiscal em outro Estado - Membro depende, não da legislação portuguesa (Código do IRC), que não é aplicável aos rendimentos obtidos fora de Portugal*



com o objectivo de este tribunal aferir se o direito comunitário se opõe a um regime fiscal resultante da convenção para evitar a dupla tributação celebrada com Espanha que, como *supra* referimos, prevê uma taxa de retenção na fonte de 15% sobre os dividendos distribuídos por uma sociedade residente em Portugal a uma sociedade beneficiária residente em Espanha, quando a legislação portuguesa isenta dessa retenção os dividendos pagos a uma sociedade beneficiária residente para efeitos fiscais em Portugal. Assim, tal como a questão prejudicial foi colocada pelo Supremo Tribunal Administrativo<sup>10</sup>, a conformidade da legislação portuguesa face ao direito comunitário foi aferida tendo em conta o regime fiscal resultante da convenção para evitar a dupla tributação celebrada com Espanha.

---

*para estes entes, mas sim da legislação fiscal do País onde esse ente tiver o respectivo domicílio fiscal, já que será neste País, no apuramento do seu lucro tributável, que os seus rendimentos serão tributados na sua globalidade, quer os aí produzidos, quer os produzidos fora.*" Embora nesta situação também estivesse em causa a distinção de tratamento de beneficiários residentes em Portugal e noutro Estado - Membro, não se trata da mesma situação que a que estamos a analisar e daí que se justificasse outro reenvio prejudicial ao TJUE.

<sup>10</sup>A questão colocada foi a seguinte: "A retenção na fonte de imposto sobre o rendimento, relativo ao exercício de 2003, com que foi tributada uma sociedade não residente no território nacional, efectuada à taxa de 15%, face ao conteúdo da Convenção celebrada entre Portugal e a Espanha para evitar a dupla tributação, em consequência de dividendos líquidos que foram colocados à sua disposição, na sua qualidade de accionista de sociedade residente em Estado - Membro, de harmonia com os artigos 80º, nº 2, al. c) e 88º, nº 3, al. b), 4 e 5 do CIRC, 71º, al. a) do CIRS e 59º do EFB, na redacção de então, viola os princípios da não discriminação, da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais, consagrados nos artigos 12º, 43º, 46º, 56º e 58º, nº 3 do Tratado da CEE, bem como o artigo 5º, nº 1 da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23/7/90?"

## **4. O Acórdão do TJUE de 22 de Novembro de 2010 e o direito à livre circulação de capitais - suas implicações no caso em análise**

### **4.1. A decisão**

Por Acórdão de 22 de Novembro de 2010, Processo C - 199/10, o TJUE considerou que, para que as sociedades beneficiárias não residentes não sejam confrontadas com uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 56º CE, o Estado da residência da sociedade que procede à distribuição dos dividendos (no caso, Portugal), deve certificar-se que, em relação ao mecanismo previsto na sua legislação para prevenir ou atenuar a dupla tributação económica, as sociedades accionistas não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente ao tratamento de que beneficiam as sociedades accionistas residentes. Referiu ainda o TJUE que não se deve excluir que um Estado - Membro cumpra as suas obrigações resultantes do tratado através da celebração de uma convenção destinada a evitar a dupla tributação com outro Estado - Membro. Contudo, para que não ocorra qualquer violação do direito comunitário nos termos *supra* referidos, é necessário que a aplicação de tal convenção permita compensar os efeitos da diferença de tratamento decorrente da legislação portuguesa, o que só acontecerá no caso do imposto retido na fonte em Portugal poder ser imputado no imposto devido em Espanha (Estado da residência da sociedade beneficiária dos dividendos) até ao montante dessa diferença de tratamento, uma vez que só assim desaparecerá totalmente a diferença

de tratamento entre os dividendos distribuídos a sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro e os distribuídos a uma sociedade residente.

Concluiu, assim, o TJUE que *“os artigos 56º e 58º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a um regime fiscal resultante de uma convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre dois Estados - Membros que prevê uma retenção na fonte de 15% sobre os dividendos distribuídos por uma sociedade com sede num Estado - Membro a uma sociedade beneficiária com sede noutro Estado-Membro, quando a regulamentação nacional do primeiro Estado - Membro isenta desta retenção os dividendos pagos a uma sociedade beneficiária residente. Só assim não será se o imposto retido na fonte puder ser imputado no imposto devido no segundo Estado-Membro até ao montante da diferença de tratamento”*. Ou seja, o TJUE concluiu que o direito nacional em causa viola o princípio da livre circulação de capitais, salvo se a convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e Espanha garantir que o imposto retido na fonte é imputado em Espanha - Estado - Membro de residência da sociedade beneficiária dos dividendos -, até ao montante da diferença de tratamento.

#### **4.2. Análise**

Desta decisão resulta, desde logo, a reafirmação do primado do direito comunitário (que já se encontra plasmado na nossa Constituição - cfr. artigo 8º - e é reconhecido, há muito, pela nossa jurisprudência) e a necessidade de os Estados Membros estarem sujeitos a exercerem as suas competências de fiscalidade em obediência ao direito comunitário.

Por outro lado, a decisão vem na linha da anterior jurisprudência do TJUE - a qual tem desempenhado um papel determinante na interpretação e aplicação do direito comunitário nesta matéria - no sentido da não proibição, em termos absolutos, de tratamento diferenciado entre residentes e não residentes, desde que: i) se trate de situações não comparáveis objectivamente; ii) ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral. Entende o TJUE que, relativamente às medidas previstas por um Estado - Membro a fim de evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica dos lucros distribuídos por uma sociedade residente, efectivamente os accionistas beneficiários residentes não se encontram necessariamente numa situação comparável à dos accionistas beneficiários residentes de outro Estado - Membro (acórdão Denkavit e acórdão Amurta), mas, a partir do momento em que um Estado - Membro, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os accionistas residentes mas também os não residentes, relativamente aos dividendos que recebam de uma sociedade residente, a situação dos accionistas não residentes assemelha-se à dos accionistas residentes.

Finalmente, o TJUE reitera o papel determinante das convenções de dupla tributação para neutralizar/eliminar as consequências da diferença de tratamento dada pelo Estado da fonte dos rendimentos. Tal, remete - nos, aliás, para a interpretação das normas da Convenção com vista a eliminar a dupla tributação internacional celebrada com Espanha, já que, como vimos, o TJUE não resolve em definitivo os nossos processos judiciais.

### 4.3. Problematização

Do segmento decisório do Acórdão do TJUE - e, naturalmente, sem antecipar juízos sobre a decisão que há-de caber no âmbito de cada um dos processos judiciais pendentes -, podem suscitar-se, de imediato, algumas questões, designadamente a de saber se bastará a consagração convencional, **em abstracto**, da possibilidade de o imposto retido em Portugal poder ser imputado no imposto devido em Espanha, para se considerar neutralizada a diferença de tratamento fiscal menos favorável concedido às sociedades não residentes em comparação com o reservado aos beneficiários residentes em Portugal.

Pensemos na hipótese de os dividendos auferidos pela sociedade impugnante estarem isentos em Espanha ou não serem aí suficientemente tributados (forem tributados por um montante inferior) ou a sociedade em causa não ter colecta que lhe permita recuperar o imposto retido.

Nestas situações, afigura-se-nos evidente que o imposto retido na fonte em Portugal ou uma parte dele não poderá ser imputado (total ou parcialmente) no imposto devido em Espanha pela sociedade beneficiária dos dividendos, não podendo ser recuperado e, portanto, a diferença de tratamento entre uma sociedade residente e uma sociedade não residente não fica assegurada pela aplicação das disposições da Convenção destinada a evitar a dupla tributação e, conseqüentemente, não estará neutralizada a restrição à livre circulação de capitais decorrente da diferença de tratamento conferida pelo direito nacional.

Partindo do pressuposto de que é necessário verificar, em concreto, se o imposto retido na fonte em Portugal ou uma parte dele pode (ou não) ser (total ou parcialmente) imputado no imposto devido em Espanha somos, necessariamente, remetidos para a legislação fiscal espanhola. E, se da legislação fiscal espanhola (que o tribunal pode conhecer, *in casu*, através da permissão prevista nos termos do artigo 348º do Código Civil) e da concreta situação tributária da sociedade residente em Espanha vier a resultar que os dividendos recebidos por esta sociedade se encontram isentos de tributação ou em montante insuficiente em sede do imposto espanhol sobre as sociedades ou ainda que a sociedade em causa não tem colecta suficiente, não sendo possível a imputação do imposto retido na fonte no imposto devido em Espanha até ao montante da diferença de tratamento conforme exigido pelo TJUE, poderemos chegar à conclusão de que esta diferença de tratamento dos dividendos dada pela legislação fiscal portuguesa **não é neutralizada** pelas normas da convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e a Espanha e, conseqüentemente, que não fica assegurada a livre circulação de capitais.

Aguardemos o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo sobre esta questão.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup>Posteriormente a esta intervenção, foi publicado em <http://www.dgsi.pt> o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 1 de Junho de 2011, Processo 01/09, proferido no âmbito do recurso em que havia sido ordenado o reenvio prejudicial que esteve na origem do supra citado Acórdão do TJUE, tendo sido ordenada a remessa dos autos à 1ª instância, precisamente com vista à ampliação da base factual de modo a permitir ao tribunal apurar da possibilidade de o imposto retido na fonte poder ser imputado

Lisboa, 3 de Junho de 2011

---

no imposto devido em Espanha até ao montante da diferença de tratamento, a fim de decidir da legalidade ou ilegalidade do acto tributário em questão.