



Daniel TABORDA, António MARTINS, Cristina SÁ

*A determinação do excesso de endividamento para efeitos fiscais: como aplicar
uma norma mal elaborada?*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(31\)2022.ic-03](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(31)2022.ic-03)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

A determinação do excesso de endividamento para efeitos fiscais: como aplicar uma norma mal elaborada?

Determining excess indebtedness for tax purposes: how to apply a poorly conceived standard?

Daniel TABORDA¹
António MARTINS²
Cristina SÁ³

RESUMO: Na sequência da transposição da Diretiva Anti Elisão Fiscal, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas foi alterado em 2019, trazendo uma nova redação ao artigo 67.º. Este trabalho pretende analisar as respostas da legislação fiscal ao sobre-endividamento das empresas, os problemas suscitados com a aplicação do regime da dedutibilidade dos encargos financeiros e os pressupostos que suportam a sua interpretação pela Administração Fiscal, em particular no que respeita ao cálculo do limite dos gastos financeiros líquidos.

PALAVRAS-CHAVE: imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas; gastos financeiros dedutíveis; elisão fiscal.

ABSTRACT: Following the transposition of the Anti-Tax Avoiding Directive, the IRC Code was amended in 2019, bringing new wording to Article 67. This paper seeks to analyse the tax regime to company's debt funding, the problems raised from the application of the interest expenses rules and the assumptions that support its interpretation by the Tax Administration, in particular regarding to the calculation of the limit to the deductibility of exceeding borrowing costs.

KEYWORDS: corporate income tax; deductible borrowing costs; tax-avoidance.

1. Introdução

O custo médio ponderado de capital de uma empresa é um conceito que serve de suporte a várias decisões de natureza financeira e fiscal e tem diversas aplicações. Constitui, por exemplo, uma variável chave na determinação do valor da própria empresa, na avaliação da rentabilidade de projetos de investimento e na valorização de ativos e de passivos. Neste último caso, sendo utilizada no

¹ Professor auxiliar na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, CEBER, danieltaborda@fe.uc.pt.

² Professor auxiliar na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, CEBER, amartins@fe.uc.pt.

³ Professora adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, CARME, cristina.sa@ipleiria.pt.

cálculo dos seus valores de uso e na constituição de imparidades, tem impacto direto nos resultados contabilísticos e fiscais da empresa⁴.

Simplificadamente, o custo médio ponderado de capital de uma empresa incorpora os pesos relativos do capital próprio e do capital alheio no seu ativo (estrutura de capitais), assim como os respetivos custos. A preferência pelo endividamento está relacionada com o facto de o custo do capital alheio ser normalmente inferior ao do capital próprio. Várias razões contribuem para esta evidência, sendo de destacar a prioridade que o serviço da dívida (reembolso de capital e juros) tem face à distribuição de resultados pelos sócios. Acresce o facto de os juros serem fiscalmente dedutíveis, constando da lista exemplificativa do artigo 23.º do CIRC⁵ (alínea c) do n.º 2).

Este tratamento fiscal assimétrico é favorável à procura pelo endividamento, com efeitos negativos na liquidez e solvabilidade das empresas e na própria receita fiscal (*debt bias*). Ciente que o recurso ao capital alheio funciona como uma fonte de proteção fiscal, o CIRC tem vindo a acolher normas que visam prevenir comportamentos abusivos e simultaneamente conferir mais neutralidade às decisões de financiamento das empresas. Daí que atualmente se admita a dedução da remuneração do capital próprio e, cumulativamente, se limite a dedução dos encargos suportados com o capital alheio.

O artigo 67.º do CIRC (limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento) estabelece no seu n.º 1 que a dedução dos GFL⁶ está limitada a 1 000 000€ (alínea a)) ou a 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos⁷ (alínea b)). Ainda que este trabalho incida especificamente sobre esta norma, a secção seguinte dedica-se às normas fiscais destinadas ao reforço dos capitais próprios, cuja natureza – de benefício

⁴ Assim, veja-se a Norma Contabilística e de Relato Financeiro 12 (Imparidade de Ativos), parágrafo 25 e a Norma Interpretativa 2 (Uso de técnicas de Valor Presente para Mensurar o Valor de Uso), parágrafo 17, constantes respetivamente da Portaria n.º 220/2015, de 24 de julho, e do Aviso n.º 8258/2015, de 29 de julho.

⁵ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

⁶ Gastos financeiros líquidos que, nos termos da alínea b) do n.º 12 do artigo 67.º do CIRC, correspondem aos “gastos de financiamento que concorram para a formação do lucro tributável após a dedução, até à respetiva concorrência, do montante dos juros e outros rendimentos de idêntica natureza, sujeitos e não isentos.”

⁷ EBITDA (*Earnings before interest, tax, depreciation and amortisation*). Neste texto, este conceito corresponde ao EBITDA fiscal, que se distingue, como adiante se explica, do conceito de EBITDA constante das demonstrações financeiras.

fiscal – as diferencia daquela. A terceira secção enquadra o artigo 67.º nas tendências de tributação internacionais e faz referência a alguns litígios judiciais que envolveram esta norma. A quarta secção procura reduzir as dificuldades de aplicação da norma, fruto das alterações introduzidas na sua redação pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, apresentando dois exemplos numéricos. Finalmente, conclui-se sugerindo a revisão do texto legal.

2. A dedução do custo do capital próprio

O Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de outubro, introduziu no EBF⁸ o artigo 41.º-A (Remuneração convencional do capital social). Inicialmente aplicava-se exclusivamente às entradas em dinheiro efetuadas por sócios singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco na constituição ou no aumento de capital das micro, pequenas e médias empresas (PME)⁹ com sede ou direção efetiva em território português. O benefício consistia numa dedução de 5% sobre o valor destas entradas, afetando o lucro tributável do período de tributação em que estas ocorriam e nos três períodos seguintes, desde que este não fosse determinado por métodos indiretos.

A Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, veio alargar o âmbito deste benefício. Nomeadamente, passou a ser aplicável a todas as entidades tributadas pelo lucro, com sede ou direção efetiva em território português, relativamente às entradas feitas por quaisquer sócios, incluindo as realizadas em espécie que decorram da conversão de suprimentos ou de empréstimos de sócios, e alargou o período subsequente de três para cinco anos. Para além de este benefício fiscal deixar de estar sujeito às regras europeias aplicáveis em matéria de auxílios de *minimis*, também se estabeleceu um aumento da dedução para 7% em cada exercício, embora limitada ao valor máximo de 2 000 000€. Refira-se, por fim, a introdução do n.º 5, que reduziu a percentagem de 30%, prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do CIRC, para 25% para as entidades

⁸ Estatuto dos Benefícios Fiscais.

⁹ A classificação de PME decorre dos critérios previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2009, de 16 de junho. Inclui as empresas com menos de 250 trabalhadores e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros e/ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões. Uma pequena empresa emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual e/ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros e numa microempresa estes limites são reduzidos para 10 pessoas e 2 milhões.

beneficiárias deste regime excecional. Assim, por via de um benefício fiscal que promove diretamente o financiamento por capitais próprios, procurou-se atuar no mesmo sentido, incentivando a redução do financiamento por capitais alheios, restringindo ainda mais a dedução fiscal dos respetivos encargos. Tal opção, cremos, deve-se ao alargamento do benefício fiscal às empresas de maior dimensão, que, simultaneamente, são as que ficam sob a alçada do artigo 67.º do CIRC, atenta a regra de *minimis*, que funciona como uma salvaguarda para a aceitação fiscal dos gastos financeiros¹⁰.

A Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, veio estender este regime ao aumento de capital social através da conversão de outros créditos (que não apenas dos sócios ou em dinheiro¹¹) ou do recurso aos lucros do próprio exercício. Mas a retenção de resultados do exercício, neste caso, mediante a sua incorporação no capital social, não é exclusiva deste benefício. É também incentivada pelo regime da dedução por lucros retidos e reinvestidos, que consta do capítulo IV do Código Fiscal ao Investimento (artigos 27.º a 34.º), regulado, a par de outros três regimes especiais, no Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de outubro. Neste caso, o benefício fiscal ao investimento em favor de micro, pequenas e médias empresas¹², assume a modalidade de dedução à coleta de IRC, até ao limite de 25% (50% no caso de micro e pequenas empresas), correspondente a 10% dos lucros retidos, que sejam reinvestidos em ativos

¹⁰ Note-se que é aplicável o maior dos dois limites. Apesar da redução do valor absoluto de três milhões para um milhão de euro, a justificação da introdução desta norma no CIRC pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, está bem explícita no Relatório do Orçamento do Estado para 2013 (p.61): “De forma a promover a redução do endividamento excessivo da economia e a mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através de dívida, é criado, para substituir o atual regime de subcapitalização, um novo regime de limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento. Este regime, na medida em que salvaguarda da sua aplicação os gastos de financiamento líquidos inferiores a 3 M€, abrange apenas as grandes empresas que apresentem necessidades de financiamento consideradas excessivas, impondo, de uma forma gradual, um esforço de reajustamento por via da sua recapitalização.”

¹¹ Tratando-se de créditos, devem estar contabilizadas como passivos financeiros, o que exclui as prestações acessórias ou prestações suplementares, que se classificam como outros instrumentos de capital próprio. Assim, segundo as notas de Enquadramento ao Código de Contas (Portaria n.º 218/2015, de 23 de julho), esta conta de capital próprio é “utilizada para reconhecer as prestações suplementares ou quaisquer outros instrumentos financeiros (ou as suas componentes) que não se enquadrem na definição de passivo financeiro. Nas situações em que os instrumentos financeiros (ou as suas componentes) se identifiquem com passivos financeiros, deve utilizar-se rubrica apropriada das contas 25 – Financiamentos obtidos ou 26 – Accionistas / sócios”.

¹² Critérios que constam do Anexo I do Regulamento (UE) N.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014 (e referidos em nota anterior).

elegíveis nos quatro anos seguintes ao do termo do período de tributação a que estes se refiram (artigo 29.º). O montante dos lucros retidos e reinvestidos deve ser contabilizado numa conta de reservas especiais, não podendo ser distribuído antes do fim do quinto exercício posterior ao da sua constituição (artigo 32.º do Código Fiscal ao Investimento).

Em ambos os casos (no primeiro caso, no âmbito das entradas em dinheiro), o benefício apenas opera mediante a aplicação dos lucros gerados no próprio período, não incluindo a incorporação de reservas no aumento do capital social nem a sua retenção, ainda que fossem distribuíveis (de que são exemplo as reservas livres, normalmente contabilizadas na conta de resultados transitados, já existentes à data de deliberação). Porém, no mesmo período de tributação, os benefícios são passíveis de cumulação, desde que, na deliberação de aplicação dos resultados do exercício, se afete uma parte ao aumento de capital social e outra à constituição da reserva especial.

Estes dois tipos de benefício fiscal – um que opera por dedução à matéria coletável (remuneração convencional do capital social) e outro por dedução à coleta (dedução por lucros retidos e reinvestidos) – são, por imposição legal, objeto de avaliação¹³. De acordo com o Relatório do Governo sobre a despesa fiscal de 2020¹⁴, o primeiro originou em 2018, 2019 e 2020¹⁵, despesa fiscal de 16,7, 26,6 e 26,6 milhões de euros e o segundo 82, 84,2 e 78,6 milhões¹⁶, respetivamente. Assim, simplificada, estes valores correspondem ao custo da receita cessante com o incentivo ao financiamento por capitais próprios.

Como se pode ver, atualmente existem medidas que contribuem para a capitalização das empresas, permitindo-lhes obter vantagens fiscais, quer por

¹³ Segundo o artigo 15.º-A do EBF, “o Governo elabora anualmente um relatório quantitativo de todos os benefícios fiscais concedidos, incluindo uma análise com a identificação e avaliação discriminada dos custos e dos resultados efetivamente obtidos face aos objetivos inerentes à sua criação”.

¹⁴ Relatório Despesa Fiscal 2020, de junho de 2021, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/Area_Beneficios_Fiscais/Despesa_Fiscal/Documents/Relatorio_Despesa_Fiscal_2020.pdf, acedido em 27 de dezembro de 2021.

¹⁵ Valores estimados para 2020.

¹⁶ No Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2020, que, à semelhança de anos anteriores, denuncia o problema da subavaliação da despesa fiscal (DF), o Tribunal de Contas (2021:232) refere que “A DF em IRC continua a evidenciar uma elevada concentração num reduzido número de benefícios (Quadro II. I8), dado que aos seis BF identificados corresponde 82,1% da DF (1 363 M€)”. Esse quadro evidencia que a dedução por lucros retidos e reinvestidos representa 5,2% do total da despesa fiscal e que aumentou de 80 milhões em 2019 para 86 milhões em 2020.

via da dedução ao lucro tributável, derivada do aumento de capital social proveniente de diferentes origens, quer por via da dedução à coleta do reinvestimento dos lucros retidos.

3. A dedutibilidade dos encargos financeiros em IRC

A Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, introduziu no CIRC a redação original do artigo 67.º, que veio substituir o regime da subcapitalização aí consagrado desde 1996. As práticas de planeamento fiscal internacional encetadas pelas multinacionais encontraram terreno fértil num contexto de globalização, mobilidade de capitais e de concorrência fiscal prejudicial. O combate à subcapitalização, que constitui um exemplo das respostas a esse problema, procurava impedir que a remuneração da entidade financiadora (e dominante) sob a forma de juros em substituição da receção de dividendos se traduzisse na erosão da base tributária da empresa relacionada financiada, transferindo resultados para o território da primeira. O regime revogado desqualificava a dedução dos juros pela entidade residente em Portugal (a mutuária), quando financiada através de capitais alheios de forma desproporcionada, aferida em função da participação no seu capital próprio pela entidade não residente (mutuante).

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, relativo ao Processo n.º C-324/00, de 12 de dezembro de 2002 (*Lankhorst-Hohorst*), que se manifestou sobre a norma fiscal alemã de combate à subcapitalização, concluiu que este regime, quando aplicado aos casos de endividamento com entidades residentes noutros Estados Membros, constituía um obstáculo à liberdade de estabelecimento¹⁷. Na sequência desta decisão, a partir de 2005, o CIRC restringiu a cláusula anti subcapitalização aos casos em que a entidade

¹⁷ Muito sumariamente, a sociedade holandesa *Lankhorst-Hohorst BV* viu a sua subsidiária alemã - *Lankhorst-Hohorst GmbH* - ser impedida de deduzir os juros relativos ao empréstimo que lhe concedera. Nos exercícios de 1997 e 1998, fruto dos prejuízos que reduziram o capital próprio, o limite do endividamento foi ultrapassado e a Administração Fiscal alemã equiparou o pagamento de juros a uma distribuição de lucros ocultos, daí resultando a sua desqualificação fiscal. Entre outros aspetos, o Tribunal de Justiça considerou que esta consequência derivava da (não) residência da sociedade mãe, o que violava o princípio da não discriminação. Trata-se de mais um exemplo de harmonização fiscal da tributação direta por via negativa no seio da UE, estando o papel do Tribunal de Justiça neste processo bem vincado na Comunicação da Comissão Europeia de 24/11/2003 - COM (2003) 726 final (Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas - realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar).

mutuante não residisse na UE e em que o sujeito passivo não conseguisse demonstrar que a operação seguira o princípio da plena concorrência¹⁸.

Com a substituição do regime da subcapitalização, a residência do credor e a existência de relações especiais entre este e o devedor deixaram de ser relevantes para que os encargos financeiros fossem considerados excessivos e consequentemente excluídos do lucro tributável. De acordo com os dados extraídos das Estatísticas do IRC¹⁹, o número de declarações (Modelo 22) que contêm correções (acréscimos ao lucro tributável) associadas ao artigo 67.º do CIRC, no período de 2012 a 2019, foi de, respetivamente, 14, 304, 558, 492, 456, 476, 482 e 422, totalizando 4, 826, 1 820, 1 238, 1 264, 1 196, 1 166 e 1 159 milhões de euros. Estas restrições têm um peso considerável, sobretudo se se atender ao seu valor médio e à dimensão das empresas afetadas (que não são representativas do tecido empresarial português)²⁰. De facto, para além de se almejar maior neutralidade fiscal entre as remunerações da dívida e do capital próprio, reduzindo a preferência pelo endividamento, esta norma visa também contribuir para a proteção da receita fiscal.

O projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE, iniciado em 2012 e endossado pelo G20, que originou quinze ações consideradas prioritárias para combater este fenómeno e restaurar a confiança no sistema tributário internacional, teve uma influência decisiva na legislação comunitária na tributação direta.

O legislador europeu acatou as recomendações constantes do plano de ação da OCDE contra a BEPS. A Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16

¹⁸ Para uma análise mais detalhada sobre os problemas suscitados pelo regime da subcapitalização, veja-se CUNHA, P.P. e SANTOS, L.M. Sobre a incompatibilidade com o direito comunitário do regime fiscal da subcapitalização. *Fisco*, set 2005, n.º 119/121, pp. 3-25, assim como AGUIAR, N. O Regime Fiscal da Subcapitalização na União Europeia e nas Relações com Países Terceiros: uma Síntese. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, jul/ago 2009, Vol.15, pp. 81-103.

¹⁹ Autoridade Tributária e Aduaneira, Estatísticas do IRC, Declarações Modelo 22, Períodos de Tributação 2012-2014; 2013-2015; 2014-2016; 2016-2018 e 2017-2019. Disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/estatisticas_ir/Pages/Estatisticas_IRC.aspx (acedido em 4 de janeiro de 2022).

²⁰ Também há que levar em linha de conta a já referida redução do valor absoluto de três milhões para um milhão e que o limite de 30% do EBITDA apenas se verificou a partir de 2017, dado o período de convergência fixado (o limite em 2014 era de 60%, que foi anualmente abatido em 10%). Para uma análise detalhada deste período de transição, vejam-se os exemplos numéricos apresentados em SARMENTO, J.M. O Apetite pela Dívida: a dedutibilidade dos gastos de financiamento em sede de IRC. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, jan 2021, Ano XXI, n.º ¼ 19, pp.13-64.

de julho (Diretiva Anti Elisão Fiscal - ATAD) destaca no seu preâmbulo a necessidade de os diversos Estados-membros responderem de forma coordenada às quinze ações do projeto BEPS, garantindo um combate eficaz à erosão das bases tributáveis no seio da UE e a transferência de lucros para fora do mercado interno. Assim, sobre a dedutibilidade dos juros²¹, a ATAD refere no seu Considerando 6 que:

“Num esforço de redução da sua coleta global, os grupos de empresas recorrem cada vez mais à BEPS, através de pagamentos excessivos de juros. A regra relativa à limitação dos juros é necessária para desencorajar essas práticas limitando a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos por parte dos contribuintes. É, por conseguinte, necessário estabelecer um rácio de dedutibilidade respeitante aos resultados tributáveis dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA — earnings before interest, tax, depreciation and amortisation). (...)”.

O artigo 4.º da Diretiva estabelece a regra da limitação dos juros. A sua transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros tem sido vista sob diversos prismas. Por exemplo, a análise da sua natureza anti abuso, que decorre da sua consagração naquele diploma e de ter vindo substituir as cláusulas nacionais relativas à subcapitalização, e dos seus efeitos mais ou

²¹ Sobre a alavancagem financeira, que propicia o fenómeno de transladação artificial de rendimentos para jurisdições com menores taxas de tributação, o Relatório da OCDE de 2013 observa que “Em sua maioria, os países estabelecem uma distinção primordial entre o tratamento fiscal que se dá à dívida e o que se dá ao capital próprio. A dívida geralmente é vista como um recurso que não pertence à empresa e, por conseguinte, sob certas condições, os juros que dela provêm são considerados dedutíveis de imposto. Em contrapartida, a remuneração que uma empresa paga a seus acionistas na forma de dividendos, em regra, não é dedutível. Ora, não surpreende que esses entendimentos gerem uma tendência preferencial ao endividamento como fonte de financiamento e favoreçam as tentativas de caracterizar certas remunerações como juros dedutíveis no país do pagador e como dividendos (que podem ser isentos) no país do destinatário”. Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264201248-pt>, p.39. Por sua vez, a ação 4, que consta do Relatório da OCDE de 2014, e tem por epígrafe “Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras”, procura “Desenvolver recomendações às boas práticas para a elaboração de normas que visam à prevenção da erosão da base tributária através do uso de despesas de juros, como por exemplo, o recurso a empréstimos de sociedades relacionadas ou terceiras, com o objetivo de obter deduções excessivas de juros ou para financiar a produção de um rendimento isento ou diferido, e outras compensações financeiras que são economicamente equivalentes ao pagamento de juros (...)”. Plano de Ação para o combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>, p. 18. Refira-se ainda que o Relatório específico sobre a Ação 4 da OCDE de 2015 sublinha que o recurso ao endividamento junto de entidades terceiras ou relacionadas é possivelmente a técnica mais simples de deslocalização de lucros no planeamento fiscal internacional. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, p.15.

menos pronunciados na legislação interna dos Estados-membros²². Por outra banda, constituindo um marco importante no processo de harmonização da tributação direta, a interferência da limitação à dedução dos encargos financeiros na modelização das bases tributárias das empresas assentes na determinação do lucro real pode suscitar problemas de constitucionalidade²³. Sob o ponto de vista do planeamento financeiro, denota-se mais complexidade no cálculo do valor atual líquido dos projetos de investimento, porque requer a consideração da estrutura financeira global da entidade e a projeção dos encargos financeiros efetivamente dedutíveis²⁴.

Uma norma, como o artigo 67.º, que funcione com um objetivo anti abusivo tem de apresentar uma característica: aplicar-se a situações nas quais a forma de financiamento evidencie um propósito conducente a, de forma artificial, influenciar o lucro tributável.

Ora, o artigo 67.º do CIRC, pela evolução que sofreu, é uma norma meramente restritiva, num plano puramente algébrico, da dedução de gastos financeiros. Trata-se de uma norma penalizadora geral, aplicando-se a empresas que têm excesso de endividamento e às que o não têm. E tal excesso de endividamento (mesmo que exista) pode nada ter de abusivo, e resultar simplesmente de opções de financiamento legítimas e adaptadas ao mercado do crédito que as empresas enfrentam. Não incorpora a norma qualquer *safe harbour*, dela eximindo empresas capitalizadas, tal como prevê a ATAD.

A fim de ilustrar o que se disse, vejamos o seguinte hipotético exemplo. A entidade GAMA levou cabo um investimento em Portugal com a finalidade de produzir um determinado bem. Recrutou recursos humanos qualificados e adquiriu ativos fixos. O seu balanço inicial é o seguinte (Quadro 1):

²² Veja-se KALAMPALIKI, K.; PANTAZOPOULOS, P. The Impact of the Transposition of the ATAD on the Greek Tax System. *Intertax*, 2020, Vol. 48 (2), pp. 233-249. KORVING, J.; WISMAN, C. Implementation of the ATAD: ATAD Implementation in the Netherlands. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (11) pp. 917-937. STEPHEN, D. Implementation of the ATAD: The Implementation of ATAD by the UK. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (11), pp. 938-947. GONZÁLEZ, S.M. Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (12), pp. 995-1012. PANTAZATOU, K. Critical Review of the ATAD Implementation: The Implementation of the ATAD in Luxembourg. *Intertax*, 2022, [Vol. 50 \(1\)](#), pp. 56–65.

²³ Cf. DOURADO, Ana Paula. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 2017, [Vol. 26 \(3\)](#), pp. 112–121.

²⁴ Cf. STEJSKALOVÁ I.; KOZÁKOVÁ P.; PEVNÁ, J. Tax deductibility of interest under the ATAD in investment decisions. *Central European Business Review*, 2019, Vol. 8 (5), pp. 36-53.

Quadro 1- Balanço de uma entidade investidora em atividade industrial (em milhões de euro - M)

Ativo de longo prazo (não corrente)	50	Capital próprio	40
Ativo de curto prazo (corrente)	50	Passivo não corrente	55
		Passivo corrente	5
Ativo total	100	Capital próprio + Passivo	100

Fonte: elaboração própria

Suponha-se que todos os passivos são constituídos por dívidas à casa mãe de BETA, localizada noutra Estado-membro, e que a taxa de juro é de 8% ao ano. Assim, o juro a pagar será de $8\% \times 60 \text{ M} = \text{€}4,8 \text{ M}$. Supondo que a atividade económica prosseguida gerou um EBITDA fiscalmente relevante no valor de €10 M, a entidade apenas deduzirá €3 M, sendo, pois, penalizada.

Ora, tal entidade tem um propósito produtivo, realizou atividade económica e apresenta um *ratio* de autonomia financeira (capital próprio/ativo) de 40%. Este valor situa-se acima da média das empresas portuguesas não financeiras que, em 2019, foi de 37% (25% do total dessas empresas apresentaram capitais próprios negativos)²⁵. Isto é, a entidade é penalizada, sem que apresente, num plano económico-financeiro, excesso de dívida, e tendo ainda uma clara atividade empresarial. Uma norma que funcionasse de maneira anti elisiva não poderia servir para desconsiderar gastos financeiros em situações como a que se ilustra no quadro 1.

No âmbito do artigo 67.º do CIRC, o excesso de endividamento é apurado sob a forma de limites numéricos, dispensando um procedimento especial. Mas, ainda assim, a aplicação deste regime tem gerado alguma controvérsia. Desde logo, em 19 de agosto de 2013, a Administração Fiscal emitiu a Circular n.º 7/2013. Contém seis exemplos numéricos, o que ilustra bem as dificuldades de aplicação deste regime que a própria Administração anteviu²⁶.

²⁵ BANCO de PORTUGAL. *Análise setorial das sociedades não financeiras em Portugal 2019, Estudos da Central de Balanços*, n.º 46, 2021, pp. 26.

²⁶ Nem os particulares nem os Tribunais ficam obrigados ao disposto nas orientações administrativas da Administração Fiscal, que tomam a forma de despachos, circulares, ofícios circulares ou instruções. Porém, têm a dupla vantagem de divulgarem o modo como a Administração interpreta e aplica uma determinada norma e de poderem vir a ser invocadas pelos particulares em seu favor, nos termos do artigo 68.º-A da Lei Geral Tributária. Neste sentido, veja-se PEREIRA, M.H.F. *Fiscalidade*, 6ª Edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp.213-214. Para uma análise detalhada sobre a natureza e implicações das orientações administrativas, veja-se GAMA, J.T. Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas. In OTERO, P., ARAÚJO, F. e GAMA, J.T. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L.*

Uma regra geral, consistente com a mecânica de apuramento do IRC, está relacionada com a condição de os GFL incorridos e suportados influenciarem o lucro tributável. Em caso negativo, isto é, se estes encargos não forem dedutíveis (por não passarem o crivo do artigo 23.º do CIRC, que delimita o conceito de gasto aceite fiscalmente, ou por incumprimento das regras dos preços de transferência consagradas no artigo 63.º), não são considerados no cálculo do seu eventual excesso nos termos do artigo 67.º do CIRC.

Poderia haver até gastos que influenciassessem o lucro tributável e que não fossem disciplinados pelo artigo 67.º do CIRC. Mas o contrário não se aplica. Tomando como exemplo os gastos financeiros capitalizáveis, vejamos as alterações provocadas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio. Atualmente, o n.º 12 do artigo 67.º, preenchendo de forma não taxativa o conceito de “juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazos ou quaisquer importâncias devidas ou imputadas à remuneração de capitais alheios”, inclui as “depreciações ou amortizações de custos de empréstimos obtidos capitalizados no custo de aquisição de elementos do ativo”. Note-se que, até então, estes gastos financeiros capitalizados não concorriam para o apuramento dos limites do artigo 67.º. A referida Circular (n.º 7/2013) mencionava expressamente que “No cômputo dos «gastos de financiamento líquidos» não se incluem os juros e outros gastos de financiamento que, nos termos do n.º 2 do artigo 26.º do Código do IRC e do n.º 5 do artigo 2.º do Decreto regulamentar n.º 25/2009, de 14 de setembro, sejam capitalizados no custo de aquisição de um ativo em conformidade com a normalização contabilística aplicável”.

Sob o ponto de vista contabilístico, o regime dos encargos financeiros capitalizáveis também sofreu alterações. A Norma Internacional de Contabilidade 23 (Custos de Empréstimos Obtidos) foi alterada em 2007, alinhando-se com o *Financial Accounting Standards Board*, transformando uma opção no tratamento contabilístico dos encargos financeiros no dever de os capitalizar, incluindo-os no custo do ativo se qualifica, que, simplificadamente, pressupõe necessariamente um período de tempo substancial para ficar pronto

Saldanha Sanches, Vol III. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 157-226.

para utilização ou para venda²⁷. Em conformidade, a Norma Contabilística e de Relato Financeiro 10, com o mesmo título, fez o mesmo trajeto desde a sua versão original. No âmbito das alterações ao Sistema de Normalização Contabilística (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho), operadas pelo Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho, a partir do exercício de 2016, os custos de empréstimos obtidos que sejam diretamente atribuíveis à aquisição, construção ou produção de um ativo que se qualifica devem ser obrigatoriamente incluídos no seu custo, incrementando o seu valor contabilístico e fiscal (e assim o valor dos gastos reconhecidos com depreciações ou amortizações).

Ora, daqui resulta que: (1) nos exercícios de 2013 a 2015, os custos com empréstimos obtidos poderiam ser contabilizados em gastos do exercício, sendo considerados diretamente gastos fiscais e sujeitos aos limites do artigo 67.º ou, em alternativa, ser capitalizados, concorrendo para o lucro tributável de vários períodos por via do registo dos gastos com as amortizações ou depreciações do ativo que se qualifica, escapando à disciplina do artigo 67.º do CIRC; (2) nos exercícios de 2016 a 2018, atento o regime mandatário previsto na (nova) Norma Contabilística e de Relato Financeiro 10, apenas a segunda alternativa era aplicável e (3) de 2019 em diante, no cálculo do sobre-endividamento fiscal são computados os aumentos das amortizações ou depreciações decorrentes da inclusão dos gastos financeiros no custo dos ativos que se qualificam, exercício que se prolongará durante os períodos de vida útil dos referidos ativos.

No plano jurisprudencial, o problema da dedutibilidade dos juros é mais comum a montante, em particular no cumprimento dos requisitos do artigo 23.º do CIRC. Como exemplo, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, relativo ao Processo n.º 3109/15, de 6/10/2021, que conclui pela aceitação fiscal dos custos com empréstimos bancários contraídos por uma

²⁷ Assim, o Regulamento (CE) N.º 1260/2008 da Comissão, de 10 de dezembro de 2008, refere no seu *Considerando* 2 que: “Em 29 de Março 2007, o International Accounting Standards Board (IASB) publicou a Norma Internacional de Contabilidade (IAS) 23 revista, «Custos de Empréstimos Obtidos», a seguir denominada «IAS 23 revista». A norma IAS 23 revista suprime a opção, que era dada pela norma IAS 23, no sentido de os custos de empréstimos obtidos poderem ser reconhecidos imediatamente como uma despesa, na medida em que fossem directamente atribuíveis à aquisição, construção ou produção de um activo elegível. Todos esses custos de empréstimos obtidos passarão a ser capitalizados e a constituir parte do custo do activo. Os outros custos de empréstimos obtidos devem ser reconhecidos como despesas. A norma IAS 23 revista substitui a norma IAS 23, «Custos de Empréstimos Obtidos», revista em 1993”.

Sociedade Gestora de Participações Sociais, obtidos com o intuito de financiar as sociedades participadas através de prestações suplementares²⁸.

Noutros casos, menos frequentes, a Administração Fiscal não controverte a relação dos encargos financeiros suportados com o interesse societário, invocando a violação da regra consagrada no artigo 23.º do CIRC. Isto é, perante uma operação de financiamento entre entidades relacionadas, as correções decorrentes do procedimento de inspeção fundam-se na existência de relações especiais, aplicando-se o regime dos preços de transferência previsto no artigo 63.º do CIRC. E, à luz do n.º 13 deste preceito, a correção no lucro tributável de uma entidade associada pode originar um ajustamento simétrico no lucro tributável da outra.

A decisão do Centro de Arbitragem Administrativa relativa ao Processo n.º 473/2019-T, de 6/04/2020, que deu razão à Administração Fiscal, baseou-se na violação do regime dos preços de transferência pelo sujeito passivo. Foi recusada à Requerente a dedução dos encargos financeiros suportados com a obtenção de financiamento junto de instituições financeiras, utilizado para conceder empréstimos não remunerados a empresas participadas estrangeiras e nacionais. Embora o argumento tenha assentado na ausência de um dossier de preços transferência, que justificasse o método selecionado e os elementos comparativos que permitissem avaliar o acesso da operação de financiamento ao mercado, fora da relação especial estabelecida, a decisão arbitral reconheceu que “os resultados obtidos, por via do regime dos preços de transferência, são os mesmos dos que seriam obtidos por via da aplicação do artigo 23.º do CIRC.

²⁸ Saliente-se a importância do objeto social do sujeito passivo na decisão. Em sentido diferente, a decisão do Supremo Tribunal Administrativo relativa ao Processo n.º 1046/05, de 7/02/2007, que concluiu pela não dedutibilidade dos gastos (juros e imposto do selo) relativos a empréstimos contraídos pelo sujeito passivo e por este aplicados no financiamento, sob a forma de prestações acessórias, de empresas associadas, refere que “*As quantias controvertidas correspondem a juros de empréstimos bancários contraídos pela recorrente e aplicados no financiamento gratuito de uma sociedade sua associada. Tais verbas não estão, pois, directamente relacionadas com qualquer actividade do sujeito passivo inscrita no seu objecto social, que é a fabricação de azulejos e não a gestão de participações sociais ou financiamento de sociedades de risco, nem sequer se reportam, ainda que indirectamente, à sua actividade (...). Em conclusão, se dirá, pois, que as verbas em causa não constituem custos para efeitos fiscais*”. Alguma doutrina vem argumentando que, independentemente do objeto social, é necessário considerar se os encargos financeiros incorridos estão relacionados com a manutenção de ativos financeiros potencialmente geradores de rendimentos, defendendo a sua dedutibilidade. Neste sentido, MARTINS, A. Uma nota sobre o conceito de fonte produtora constante do artigo 23.º do CIRC: sua relação com partes de capital e prestações acessórias. *Revista de Finanças Públicas e Direito fiscal*, jun 2008, Ano I, n.º 2, pp.29-50. Esta posição é sufragada por SARMENTO op. cit.

A distinção encontra-se na fundamentação e no tipo de raciocínio desenvolvido. Porém, o resultado obtido é o mesmo”. Com efeito, a decisão relativa ao Processo n.º 212/2019-T, de 4/02/2020, que versou sobre os mesmos factos e a mesma Requerente, embora com referência a um período de tributação diferente, foi no mesmo sentido. Porém, seguindo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, invocou que “os encargos financeiros suportados pela Requerente com o financiamento gratuito das suas participadas não têm acolhimento, no que à sua dedutibilidade diz respeito, no disposto no art.º 23.º/1/c) do CIRC aplicável, por não se apurar que o objecto social da Requerente abranja a detenção e gestão de participações sociais”.

Como exemplos de conflitos diretamente associados à aplicação do artigo 67.º, identificámos três decisões arbitrais. Na primeira, relativa ao Processo n.º 177/2019-T, de 19/09/2019, controverteu-se o período de reporte aplicável ao excesso dos GFL ainda não deduzidos no seio de um grupo de sociedades, que abrangia dois regimes distintos (antes e depois da reforma do IRC operada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro). Na segunda, relativa ao Processo n.º 61/2018-T, de 27/09/2018, na sequência das correções efetuadas pela Administração Fiscal sobre a limitação dos GFL, provou-se que o EBITDA calculado pelo sujeito passivo estava errado. Os ajustamentos feitos em sede de inspeção foram anulados por se basearem em valores, que, por isso, enfermavam de vício de violação de lei. Também a decisão relativa ao Processo n.º 674/2019-T, de 14/07/2020, seguiu esta linha argumentativa, concluindo pela improcedência da correção da “folga” (a parte não utilizada do limite de GFL), quando apurada com base num valor erróneo de um determinado exercício.

De tudo quanto antecede, parece-nos que os problemas associados à aplicação do artigo 67.º do CIRC têm resultado de diversos motivos. Mas o cálculo do limite dos GFL, dependente do chamado EBITDA fiscal, que consta da atual redação do seu n.º 13, poderá gerar um problema de outra ordem. Disso se ocupará a próxima secção.

4. O cálculo do EBITDA fiscal e o seu impacto nos GFL

O n.º 13 do artigo 67.º do CIRC estabelece que:

“Para efeitos do presente artigo, o resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos

corresponde ao lucro tributável ou prejuízo fiscal sujeito e não isento, adicionado dos gastos de financiamento líquidos e das depreciações e amortizações que sejam fiscalmente dedutíveis”.

Esta norma procurou definir o chamado EBITDA ajustado, ou EBITDA fiscal²⁹. Mas fê-lo de forma confusa. De tal modo, que originou um pedido de informação vinculativa n.º 17168, processo n.º 895/20, sufragado por despacho, de 22/04/2020, da Subdiretora-geral dos Impostos sobre o Rendimento e Relações Internacionais³⁰.

Como já se referiu, esta alteração decorre da transposição da ATAD, que define no seu artigo 4.º, n.º 2, o EBITDA fiscal:

“O EBITDA é calculado reintegrando nos rendimentos sujeitos a imposto sobre as sociedades no Estado-Membro do contribuinte os montantes ajustados para efeitos fiscais relativos aos gastos excessivos com empréstimos obtidos, bem como os montantes ajustados para efeitos fiscais relativos a depreciações e amortizações. Os rendimentos isentos de imposto são excluídos do EBITDA do contribuinte.”

Quer dizer que a base de cálculo para o EBITDA fiscal é uma variável que também tem uma natureza fiscal (“os rendimentos sujeitos a imposto sobre as sociedades”), com a agravante de esta conter a primeira³¹.

Segundo o modelo da dependência parcial, que tem consagração normativa no artigo 17.º do CIRC, o lucro contabilístico é o ponto de partida para calcular o lucro tributável³². Os GFL, assim como os gastos relativos a amortizações e depreciações estão incluídos no lucro contabilístico, sejam

²⁹ Em 2013, na sua redação original, o artigo 67.º assumiu o EBITDA contabilístico. Com a redação da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que republicou o CIRC, foi acrescentada uma definição que veio ajustar aquele EBITDA contabilístico para efeitos de quantificação do limite à dedução dos gastos financeiros (EBITDA fiscal). Genericamente, procurou-se expurgar do valor do EBITDA contabilístico variáveis que não têm relevância fiscal, isto é, que originam correções extra contabilísticas (do CIRC) para o apuramento do lucro tributável.

³⁰ Esta informação vinculativa, refere que “as questões que se levantam, no caso em apreço, prendem-se com o que se deve entender por «lucro tributável ou prejuízo fiscal sujeito e não isento» e por «gastos de financiamento líquidos», para efeitos do apuramento do EBITDA fiscal, de acordo com a nova redação do n.º 13 do art.º 67.º do Código do IRC (CIRC), introduzida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio (Lei 32/2019)”.

³¹ À semelhança do que acontece em matéria contabilística, em que o resultado líquido do período (*bottom line* da demonstração dos resultados) corresponde ao EBITDA adicionado de um conjunto de valores (normalmente negativos, porque se trata de juros, gastos com as depreciações e amortizações e do IRC estimado).

³² Cf. TAVARES, T.C. Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos. *Ciência e Técnica Fiscal*, 1999, n.º 396, pp. 7-180. NABAIS, J.C. *Direito Fiscal*, 8ª edição Coimbra: Almedina, 2015, pp. 521-522. PEREIRA, op. Cit. pp. 89-92.

fiscalmente aceites ou não. Porém, são objeto de disposições do CIRC que visam moldar a base tributária, construindo o lucro real. Daí o problema da dedutibilidade dos gastos em IRC (aqui analisado no que se refere aos gastos financeiros).

A interpretação literal da Diretiva e do n.º 13 do artigo 67.º conduz a que os GFL relevantes na construção do lucro tributável sejam calculados com base no EBITDA fiscal que, por sua vez, resulta do lucro tributável corrigido de duas variáveis, uma delas a que se pretende obter no final da equação (GFL dedutíveis).

Por estas razões, a interpretação a que a Administração Fiscal se vinculou assenta numa solução aritmética que surge como a única possível para se chegar a um resultado final. Forçando-a a conformar-se com o mecanismo legal de apuramento do IRC, identifica uma subcategoria de lucro tributável (ou de prejuízo fiscal), que corresponde a este valor “expurgado de todos os ajustamentos fiscais decorrentes da aplicação do art.º 67.º do CIRC, ou seja, o mesmo não deve estar influenciado pelos acréscimos e deduções que são refletidos, respetivamente, nos campos 748 e 795 do quadro 07 da declaração Modelo 22. Ao lucro tributável ou prejuízo fiscal (sujeito e não isento), assim determinado, deve, então, ser adicionado o montante relativo aos GFL e o montante relativo às depreciações e amortizações que sejam fiscalmente dedutíveis. Refira-se que os GFL a considerar não são os fiscalmente dedutíveis, os quais são obtidos após aplicação da limitação a que se refere o n.º 1 do art.º 67.º do CIRC, mas sim, os GFL tal como definidos no n.º 12 do mesmo artigo, ou seja, sem aplicação daquela limitação, já que o resultado fiscal (lucro ou prejuízo), determinado nos termos anteriormente referidos, está influenciado pela totalidade dos GFL contabilizados, independentemente de os mesmos poderem ou não ser aceites fiscalmente”.

Duas observações são devidas. Em primeiro lugar, para compreender o valor dos GFL dedutíveis, parece haver necessidade de preencher o quadro 07 da Modelo 22 de forma faseada. Numa primeira fase, calcula-se um valor provisório do lucro tributável, desconsiderando os efeitos do artigo 67.º e adicionando-lhe os gastos com as amortizações e depreciações aceites fiscalmente, assim como os GFL. Assim se determina o EBITDA fiscal. Depois, numa segunda fase, determina-se o lucro tributável final (e único...),

correspondente à soma deste valor “provisório”, com o dos GFL dedutíveis (já sujeitos ao crivo do artigo 67.º) e dos gastos com amortizações e depreciações fiscalmente aceites.

Atente-se, em segundo lugar, na expressão constante do n.º 13: “gastos de financiamento líquidos e das depreciações e amortizações que sejam fiscalmente dedutíveis”. Parece-nos que a expressão “fiscalmente dedutíveis” se refere exclusivamente às depreciações e amortizações, enquanto os GFL correspondem aos *fiscalmente dedutíveis numa primeira fase*, ou seja, os que são dedutíveis ao abrigo dos artigos 23.º e 63.º do CIRC, mas que ainda não se submeteram ao crivo do artigo 67.º. A Administração Fiscal parece ter aderido a esta interpretação, embora a justificação seja a necessidade de obter um resultado possível.

Vejamos dois exemplos. Considerem-se os seguintes dados expressos na contabilidade das empresas ALFA e DELTA (Quadros 2 e 3):

Quadro 2 – Dados contabilísticos da empresa ALFA (em milhares de euro – m)

EBITDA contabilístico	6 000
GFL	2 000
Gastos com depreciações e amortizações	0
Resultado líquido antes de impostos	4 000

Fonte: elaboração própria

Na empresa ALFA, o EBITDA (contabilístico) é igual a €6 000 m. Considerando que não existem gastos com depreciações e amortizações, a diferença para o resultado líquido antes de impostos (€4 000 m) corresponde ao valor dos GFL (€ 2 000 m). Admitindo também que não existem quaisquer outras correções extra contabilísticas (o quadro 07 da declaração Modelo 22 não tem quaisquer valores, com exceção do IRC estimado que se deduz ao resultado líquido depois de impostos, chegando-se ao valor de €4 000 m, considerado neste exemplo), pode dizer-se que o lucro tributável corresponde ao resultado líquido, corrigido da eventual limitação dos GFL. Neste caso, o EBITDA contabilístico é igual ao EBITDA fiscal (expurgou-se o valor dos GFL ao lucro tributável, construindo-se a designada subcategoria de lucro tributável). Calculando agora a limitação do artigo 67.º, vem que $30\% \times 6\,000 = €1\,800$ m.

Considerando que €2 000 m ultrapassa em €200 m o montante de €1 800 m (assim como o valor absoluto de €1 000 m) e admitindo que não há “folgas” de exercícios anteriores, então o lucro tributável é de €4 200 m (4 000 + 200).

Quadro 3 - Dados contabilísticos da empresa DELTA (em milhares de euro – m)

EBITDA contabilístico	9 000
GFL	4 000
Gastos com depreciações e amortizações	2 000
Resultado líquido antes de impostos	3 000

Fonte: elaboração própria

Para apuramento do lucro tributável, suponha-se que existem correções extra contabilísticas (gastos não aceites fiscalmente) no montante de €3 500 m, sendo que €500 m são relativos a gastos com depreciações e amortizações³³ e €50 m a GFL³⁴ e que não há “folgas” de exercícios anteriores. Logo, EBITDA fiscal = €6 500 m³⁵ + (4 000-50) + (2 000-500) = €11 950 m. A limitação do artigo 67.º é agora de €3 585 m (30% x 11 950). Quer dizer que dos GFL aceites numa primeira fase, no valor de €3 950 m, apenas são fiscalmente dedutíveis €3 585 m. Assim, o lucro tributável é de 3 000 + 3 500 + 365³⁶ = €6 865 m.

Estes exemplos numéricos são demonstrativos da complexidade dos cálculos necessários à determinação dos GFL fiscalmente dedutíveis em cada período de tributação, em conformidade com a interpretação da Administração Fiscal (que não contém qualquer exemplo numérico). De facto, a falta de clareza e de rigor da redação do n.º 13 do artigo 67.º torna difícil a sua aplicação, exigindo um raciocínio que não se retira diretamente da letra da Lei, o que pode vir a ser uma fonte de conflitos entre a Administração Fiscal e os contribuintes.

5. Notas conclusivas

O combate ao endividamento excessivo tem originado vários dispositivos fiscais, tanto por via do reconhecimento de benefícios fiscais ao reforço dos capitais próprios, o que gera despesa fiscal, como por via da não aceitação fiscal

³³ Por exemplo, depreciações relativas a viaturas ligeiras previstas no artigo 34.º, n.º 1, alínea e) do CIRC.

³⁴ Por exemplo, juros compensatórios previstos no artigo 23.º-A, n.º 1, alínea e) do CIRC.

³⁵ Corresponde ao valor do resultado líquido do exercício (3 000) adicionado das correções extra contabilísticas (3 500).

³⁶ Corresponde à diferença entre 3 950 e 3 585.

dos encargos financeiros. Neste caso, o recurso ao endividamento como forma de erodir a base tributária tem sido alvo de ações coordenadas a nível internacional e europeu (BEPS e ATAD).

A aplicação direta do artigo 67.º não tem estado no epicentro da litigiosidade entre contribuintes e a Administração Fiscal, no que respeita à aceitação fiscal de gastos financeiros. De facto, não identificámos muitos recursos para os tribunais judiciais superiores ou para o tribunal arbitral, apesar da complexidade que as modalidades de financiamento que integram o conceito de gastos de financiamento vêm assumindo (n.º 12), do instituto de reporte das “folgas” geradas (n.º 2, 3, 4 e 8) e das especificidades inerentes ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades (que constam da Circular n.º 5/2015, de 31/03/2015).

O conceito de EBITDA relevante para cálculo do limite da alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do CIRC foi introduzido pela reforma do IRC de 2014, em simultâneo com a redução do patamar absoluto de três para um milhão de euros. Esse EBITDA fiscal aproximava-se do montante do lucro tributável corrigido dos encargos financeiros e das depreciações e amortizações. A ATAD, em sintonia com o projeto BEPS da OCDE, transposta para o ordenamento jurídico português em 2019, veio reformular o cálculo desse EBITDA fiscal, derivando-o diretamente do lucro tributável.

De jure constituto, o artigo 67.º do CIRC desconsidera que a determinação do valor do lucro tributável exige o cálculo prévio dos GFL dedutíveis. Para evitar o recurso a artifícios aritméticos, contruídos com base na informação vinculativa que a Administração Fiscal publicou, e prevenindo potenciais conflitos com os contribuintes, seria desejável que, *de jure constituendo*, se reformulasse a redação do n.º 13 do artigo 67.º, esclarecendo que os “gastos de financiamento líquidos” correspondem aos que são dedutíveis, mas ainda não corrigidos do limite da alínea b) do n.º 1.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Nina. O Regime Fiscal da Subcapitalização na União Europeia e nas Relações com Países Terceiros: uma Síntese. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, jul/ago 2009, Vol.15, pp.81-103. ISSN 1981-2221.

BANCO de PORTUGAL. *Análise setorial das sociedades não financeiras em Portugal 2019, Estudos da Central de Balanços*, n.º 46, 2021. ISBN 978-989-678-762-2.

COMISSÃO EUROPEIA. Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas - realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar, 2003, 726 final.

CUNHA, Paulo Pitta; SANTOS, Luís Máximo. Sobre a incompatibilidade com o direito comunitário do regime fiscal da subcapitalização. *Fisco*, set 2005, n.º 119/121, pp. 3-25. ISSN 0872-9506.

DOURADO, Ana Paula. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 2017, Vol. 26 (3), pp. 112-121. ISSN 0928-2750.

GAMA, João Taborda. Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas. In OTERO, P., ARAÚJO, F. e GAMA, J.T. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 157-226. ISBN 978-972-32-1959-3.

GONZÁLEZ, Saturnina Moreno. Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (12), pp. 995-1012. ISSN 0165-2826.

KALAMPALIKI, Katerina; PANTAZOPOULOS, Petros. The Impact of the Transposition of the ATAD on the Greek Tax System. *Intertax*, 2020, Vol. 48 (2), pp. 233-249. ISSN 0165-2826.

KORVING, J.J.A.M.; WISMAN, C. Implementation of the ATAD: ATAD Implementation in the Netherlands. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (11) pp. 917-937. ISSN 0165-2826.

MARTINS, António. Uma nota sobre o conceito de fonte produtora constante do artigo 23.º do CIRC: sua relação com partes de capital e prestações acessórias. *Revista de Finanças Públicas e Direito fiscal*, jun 2008, Ano I, n.º 2, pp.29-50. ISSN 1646-9127.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*, 8ª edição Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6008-8.

OCDE. *Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*. 2013, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264201248-pt>.

OCDE. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

OCDE. *Plano de Ação para o combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*. 2014, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>.

PANTAZATOU, Katerina. Critical Review of the ATAD Implementation: The Implementation of the ATAD in Luxembourg. *Intertax*, 2022, Vol. 50 (1), pp. 56-65. ISSN 0165-2826.

PEREIRA, Manuel Henrique Freitas. *Fiscalidade*, 6ª Edição, Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7556-3.

SARMENTO, Joaquim Miranda. O Apetite pela Dívida: a dedutibilidade dos gastos de financiamento em sede de IRC. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, jan 2021, Ano XXI, n.º ¼ 19, pp.13-64. ISSN 1646-9127.

STEJSKALOVÁ I.; KOZÁKOVÁ P.; PEVNÁ, J. Tax deductibility of interest under the ATAD in investment decisions. *Central European Business Review*, 2019, Vol. 8 (5), pp. 36-53. ISSN 1805-4862.

STEPHEN, Daly. Implementation of the ATAD: The Implementation of ATAD by the UK. *Intertax*, 2021, Vol. 49 (11), pp. 938-947. ISSN 0165-2826.

TAVARES, Tomás Cantista. Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos. *Ciência e Técnica Fiscal*, 1999, n.º 396, pp. 7-180. ISBN 0870-340Xp.

TRIBUNAL de CONTAS. *Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2020*. 2021.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 1046/05, de 7/02/2007.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 3109/15, de 6/10/2021.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo n.º C-324/00, de 12/12/2002.

Decisão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 212/2019-T, de 4/02/2020.

Decisão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 177/2019-T, de 19/09/2019.

Decisão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 61/2018-T, de 27/09/2018.

Decisão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 473/2019-T, de 6/04/2020.

Decisão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 674/2019-T, de 14/07/2020.

OUTRAS REFERÊNCIAS

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA. Circular n.º 7/2013, de 19/08/2013, Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA. Circular n.º 5/2015, de 30/03/ 2015, Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS).

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA. Despacho da Subdiretora-geral dos Impostos sobre o Rendimento e Relações Internacionais, relativo ao Processo n.º 895/20 (pedido de informação vinculativa n.º 17168), de 22/04/2020.

Data de submissão do artigo: 11/02/2022

Data de aprovação do artigo: 21/06/2022

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt