

Organizadores

PAULO OTERO • FERNANDO ARAÚJO • JOÃO TABORDA DA GAMA

**ESTUDOS EM MEMÓRIA
DO PROF. DOUTOR
J. L. SALDANHA SANCHES**

VOL. IV

**DIREITO FISCAL: TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO
E DO PATRIMÓNIO, FISCALIDADE AMBIENTAL
E TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO**



Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

Título:

Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha
Sanches, Vol. IV

Autores:

AA.VV.

1.^a Edição

Setembro 2011

Fotografia:

João Pina © Kameraphoto

Edição e Execução Gráfica:

Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora

Lisboa:

Torres de Lisboa
Rua Tomás da Fonseca
Torre G – 6.º A
1600-209 Lisboa

Coimbra:

Edifício Coimbra Editora
Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra

www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

Distribuição:

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651

*Reservados todos os direitos por Wolters Kluwer Portugal.
Nem a totalidade nem parte desta obra pode ser reproduzida ou
transmitida por nenhum meio electrónico ou mecânico, incluindo
fotocópia, gravação magnética ou qualquer armazenamento de
informação e sistema de recuperação sem autorização por escrito
da Wolters Kluwer Portugal.*

ISBN 978-972-32-1966-1 (obra completa)

ISBN 978-972-32-1955-5 (Vol. IV)

Depósito Legal n.º 332 114/2011

A SUBCAPITALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES
— NOTAS DE DIREITO PRIVADO E DE DIREITO FISCAL

RUI PINTO DUARTE

Durante trinta e muitos anos, mantive com José Luís Saldanha Sanches uma relação de amizade, que não passava por contactos muito frequentes mas que se mostrou sempre sólida, mesmo quando as armadilhas da vida a poderiam ter abalado. A história dessa relação não tem interesse para o leitor do livro de homenagem a que este escrito se destina. Vale, porém, a pena lembrar que participei em várias das suas iniciativas, designadamente nas revistas *Fisco e Fiscalidade* e que um dos textos que publiquei na primeira foi originado por uma conferência sobre subcapitalização das sociedades motivada pelas alterações introduzidas no Código do IRC pelo Dec.-Lei 5/96, de 29 de Janeiro, consistentes no aditamento, sob o n.º 57-C, de um artigo que, sob a epígrafe «subcapitalização», veio limitar o valor dos juros deduzíveis pelo sujeito passivo quando o credor de tais valores é uma entidade não residente em território português com o qual o sujeito passivo apresente «relações especiais» ⁽¹⁾ (artigo a que actualmente corresponde o 67).

O que agora faço é retomar esse tema para entrelaçar uma das áreas que estudo primacialmente com aquela a que José Luís Saldanha Sanches mais atenção dedicou. Uma *ousadia* que divertiria o homenageado.

⁽¹⁾ Conferência essa que deu origem à publicação no n.º 76/77 da *Fisco* (Março/Abril 96) dos seguintes textos: MARIA DOS PRAZERES LOUSA, *Comunicação: Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de Empresas*; MANUEL ANSELMO TORRES, *Alcance do Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de Empresas*; RUI PINTO DUARTE, *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*.

1. Notas gerais

A subcapitalização das empresas consiste em o valor do seu capital próprio ser inferior ao tido por exigível, de acordo com um certo critério ou para a consecução de um determinado fim ⁽²⁾.

O fenómeno existe em escala significativa há muito tempo e em muitos lugares, como o prova o facto de ser, desde há dezenas de anos, objecto de estudo por economistas e juristas de muitos países ⁽³⁾, incluindo de Portugal ⁽⁴⁾. A vetustez da realidade em causa não impede, porém, a sua manutenção. Por exemplo, Karsten Schmidt, em obra publicada em 2002, afirma que é notório que os capitais próprios das empresas alemãs deixam muito a desejar ⁽⁵⁾ e Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, em obra publicada em 2010, afirmam que as sociedades francesas, sobretudo as pequenas e médias de carácter familiar, são geralmente subcapitalizadas, de modo deliberado, por os responsáveis privilegiarem o financiamento por meio das «contas-correntes dos sócios» (traduzindo à letra uma expressão que abrange mais do que aquilo que no direito português seria qualificável como «contas-correntes») ⁽⁶⁾ — afirmações essas que, de resto, a um português, geram sentimentos contraditórios de perplexidade e de apaziguamento com a realidade do seu país...

O *deficit* em que a subcapitalização consiste pode ser substancial (a chamada subcapitalização real) ou formal (a chamada subcapitalização nominal) ⁽⁷⁾. É substancial quando os sócios, pura e simplesmente, não «aporta-

⁽²⁾ Para um panorama recente das definições de subcapitalização, v. ROSA OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad*, monografía asociada a *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 34, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 139 e ss.

⁽³⁾ A relevância do fenómeno pode ser percebida por pesquisas na Internet, nomeadamente com recurso à palavra «*undercapitalization*» e às expressões «*thin capitalization*» e «*inadequate capitalization*».

⁽⁴⁾ Sendo de salientar o carácter precursor do estudo de RAÚL VENTURA intitulado *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, publicado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 182, de Janeiro de 1969 (pp. 116 e ss.).

⁽⁵⁾ *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Colónia et alii, Carl Heymanns, 2002, p. 523.

⁽⁶⁾ *Droit des Sociétés*, 23.ª ed., Paris, LexisNexis Litec, 2010, p. 139.

⁽⁷⁾ Para uma síntese da literatura sobre o assunto, v. ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento*, Coimbra, Almedina, 2002, em especial pp. 84 e ss. e 107 e ss., e

ram» mesmo o capital exigível. É formal quando essa «aportação» foi feita mas o foi, pelo menos parcialmente, a outro título que não o de capital social.

Quer a subcapitalização substancial quer a subcapitalização nominal podem ser iniciais ou subsequentes, isto é, verificarem-se no momento da constituição das sociedades ou em momento posterior.

Alguns autores dão especial relevo às situações em que as contribuições dos sócios são insuficientes para a realização do projecto empresarial em causa. Outros autores dão primazia às situações de desequilíbrio entre os capitais próprios e os capitais alheios.

Exemplo da primeira orientação é a definição que Paulo Olavo Cunha dá da figura: «insuficiência de capitais ou de meios financeiros para a prossecução de um determinado objectivo, que pode consistir na normal realização da actividade social»⁽⁸⁾.

Exemplo da segunda orientação é a seguinte passagem de J. L. Saldanha Sanches: «Em qualquer empresa, existe uma combinação óptima entre aquilo que são os recursos próprios da sociedade constituída pelo capital com que foi dotada pelos seus sócios e o recurso ao crédito: a sociedade conta com uma certa dotação de capital para exercer a sua actividade, mas recorrerá ao crédito para complementar os seus recursos, combinando, da forma que considere mais eficiente, recursos próprios com recursos alheios»⁽⁹⁾.

No que diz respeito à subcapitalização real inicial, apesar de ser antiga a ideia de que os fundadores das sociedades têm a obrigação ética de as dotar do capital próprio necessário à consecução do projecto empresarial que visam⁽¹⁰⁾, poucos têm sido os legisladores que têm consagrado tal obrigação e a inerente responsabilidade pela sua violação⁽¹¹⁾. No que respeita ao direito

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 189, na nota 171.

⁽⁸⁾ *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 468.

⁽⁹⁾ *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 296.

⁽¹⁰⁾ V. MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime da Sociedade Irregular e a Integridade do Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 572 a 574.

⁽¹¹⁾ Para o enunciado dessas intervenções legislativas, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (n.º 33 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 238 e ss., e RUI PINTO DUARTE, *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*, in *Fisco* 76/77, Março/Abril, ano VIII, pp. 62 e 63.

português, parece-me claro que não vigora um princípio de congruência entre o capital social e o objecto social ⁽¹²⁾.

É claro que o *deficit* de capitais próprios para a consecução de um projecto empresarial agrava o risco dos credores, mas há boas razões para não legislar sobre a matéria, deixando as respostas ao problema nas mãos dos interessados. Na verdade, contra as intervenções legislativas na matéria em causa jogam as dificuldades de estabelecer o que é a capitalização adequada e a insegurança inerente a regras pouco precisas ⁽¹³⁾.

Por outro lado, o sistema jurídico tem «válvulas de escape», que os tribunais podem usar e têm usado, em vários países, para responder a casos-limite de comportamentos reprováveis de sócios de «sociedades de responsabilidade limitada». Decisões judiciais desse tipo ocorreram, por exemplo, nos Estados Unidos da América, na Alemanha e na França, nomeadamente com recurso à ideia de desconsideração da personalidade jurídica ⁽¹⁴⁾.

Em minha opinião, também o uso dessas «válvulas de escape» deve ser algo de verdadeiramente excepcional. A possibilidade de limitação de responsabilidade é uma das principais bases do sistema económico em que vivemos... ⁽¹⁵⁾. Noutras palavras: «A subcapitalização deixa-se, pois, em certa medida perspectivar como um *preço* a pagar pelas vantagens económicas resul-

⁽¹²⁾ Para a defesa de que tal princípio se encontra consagrado, embora incipientemente, no nosso ordenamento, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social*, cit., pp. 241 e ss.

⁽¹³⁾ Para a defesa do carácter ilícito («abusivo»), *de jure condito*, da subcapitalização material, bem como da consagração *de jure condendo* de uma cláusula geral de desconsideração da personalidade jurídica que permitisse, além do mais, a sanção da mesma, v. PEDRO CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Lisboa, AAFDL, 1989, *maxime* pp. 97 e ss. e 164 e ss.

⁽¹⁴⁾ V., por exemplo, KARSTEN SCHMIDT, cit., *Gesellschaftsrecht*, pp. 1150 e 1151, MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, cit., p. 137, *Cox & Hazen on Corporations*, 2.^a ed., vol. I, Nova Iorque, Aspen Publishers, 2003, pp. 289 e ss., e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, cit., pp. 206 e ss. Com especial atenção ao problema nos grupos de sociedades, v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law An International and Comparative Perspective*, Kluwer, Deventer Biston, 1994, *maxime* pp. 83, 84 e 238 e ss.

⁽¹⁵⁾ V. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 60 e ss.

tantes da *liberdade de iniciativa económica*, e, mais concretamente, da *liberdade de financiamento das sociedades*»⁽¹⁶⁾.

Esclareço, no entanto, que me parece correcto sustentar que o lançamento de actividades para as quais a sociedade não tenha capitais próprios suficientes pode gerar responsabilidade perante os credores dos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização, bem como dos auditores que não integrem o órgão de fiscalização (no nosso direito, nos termos dos arts. 78, 81 e 82, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais).

Já a subcapitalização real subsequente (resultante de diminuições de capital próprio) tem, no plano do Direito Privado, vindo a ser objecto da atenção dos legisladores europeus, pelo menos desde que foi instituída a liberdade de constituição das sociedades de responsabilidade limitada. Expressão disso é a chamada segunda directiva (de coordenação em matéria de sociedades)⁽¹⁷⁾. Na Europa, fazem-se sentir fortes ventos em favor da orientação norte-americana de não usar regras sobre o capital social para proteger os credores⁽¹⁸⁾, mas não tenho por certo que esses ventos derrubem toda a construção europeia e, em qualquer caso, a construção a derrubar ainda vigora.

Na orientação consagrada em tal directiva e no direito português, o capital social é uma cifra de retenção⁽¹⁹⁾ — o que se exprime nas várias regras que procuram evitar que o valor do capital próprio se torne inferior ao valor do capital social bem como nas regras que sancionam a verificação de tal facto ou que, pelo menos, obrigam a publicitá-lo.

⁽¹⁶⁾ ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento*, cit., p. 97 (itálicos no original).

⁽¹⁷⁾ Sobre a relevância do direito comunitário no direito das sociedades e em especial sobre a segunda directiva, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005, *passim*, em especial pp. 207 e ss., PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 121 e ss., e RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, cit., pp. 179 e ss.

⁽¹⁸⁾ V., por exemplo, JENNIFER PAYNE, *Legal Capital in the UK following the Companies Act 2006*, in *Rationality, in Company Law Essays in Honour of DD Prentice*, edited by JOHN ARMOUR & JENNIFER PAYNE, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, em especial pp. 147 e ss., e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, cit., pp. 551 e ss.

⁽¹⁹⁾ O que muitos exprimem pela afirmação da existência de um princípio da «intangibilidade do capital social». Sobre tal princípio e as suas manifestações no direito eurocomunitário e português, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, cit., pp. 250 e ss.

No entanto, essas intervenções não têm consistido no estabelecimento de rácios entre os capitais próprios e os capitais alheios, nem no de valores mínimos de capitais próprios destinados a assegurar a viabilidade económica das empresas (os valores mínimos fixados para o capital social de alguns tipos de sociedades comerciais não visam assegurar a viabilidade das empresas, mas apenas estabelecer aquilo a que alguns têm chamado um «limiar de seriedade»⁽²⁰⁾).

Em planos sectoriais, há, contudo, intervenções dirigidas ao combate à subcapitalização, sendo as mais notórias as que se verificam no sector financeiro, no qual existem quer regras a fixar valores mínimos de capitais próprios, quer regras a fixar rácios entre capitais próprios e capitais alheios⁽²¹⁾.

A subcapitalização nominal também tem merecido atenção, quer dos tribunais, quer dos legisladores, sobretudo a propósito dos fundos que os sócios colocam à disposição das sociedades a título de empréstimos, mas que se destinam a fazer as vezes de capitais próprios.

2. As regras do Código das Sociedades Comerciais sobre subcapitalização real subsequente

Voltando ao regime geral das sociedades comerciais, há a recordar que o Código das Sociedades Comerciais (adiante «CSC») contém, por iniciativa autónoma do legislador português ou em transposição de regras eurocomunitárias (mormente da segunda directiva) muitos preceitos destinados a combater a subcapitalização subsequente. É o caso de⁽²²⁾:

- A proibição de distribuição aos sócios de lucros quando a situação líquida é inferior à soma do capital e das reservas não distribuíveis ou se torne inferior a tal soma por força da distribuição em causa (art. 32);

⁽²⁰⁾ V., por exemplo, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento*, Coimbra, cit., p. 83, e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, cit., p. 164.

⁽²¹⁾ De que são bom exemplo as regras determinadas para as instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, designadamente as constantes da Portaria 95/94, de 9 de Fevereiro, e do Aviso 6/2010, de 30 de Dezembro (publicado no *DR*, 2.^a série, de 31 de Dezembro de 2010).

⁽²²⁾ Retomo, actualizando-a, a lista que apresentei no meu citado texto *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*.

No entanto, essas intervenções não têm consistido no estabelecimento de rácios entre os capitais próprios e os capitais alheios, nem no de valores mínimos de capitais próprios destinados a assegurar a viabilidade económica das empresas (os valores mínimos fixados para o capital social de alguns tipos de sociedades comerciais não visam assegurar a viabilidade das empresas, mas apenas estabelecer aquilo a que alguns têm chamado um «limiar de seriedade»⁽²⁰⁾).

✓ Em planos sectoriais, há, contudo, intervenções dirigidas ao combate à subcapitalização, sendo as mais notórias as que se verificam no sector financeiro, no qual existem quer regras a fixar valores mínimos de capitais próprios, quer regras a fixar rácios entre capitais próprios e capitais alheios⁽²¹⁾.

A subcapitalização nominal também tem merecido atenção, quer dos tribunais, quer dos legisladores, sobretudo a propósito dos fundos que os sócios colocam à disposição das sociedades a título de empréstimos, mas que se destinam a fazer as vezes de capitais próprios.

2. As regras do Código das Sociedades Comerciais sobre subcapitalização real subsequente

Voltando ao regime geral das sociedades comerciais, há a recordar que o Código das Sociedades Comerciais (adiante «CSC») contém, por iniciativa autónoma do legislador português ou em transposição de regras eurocomunitárias (mormente da segunda directiva) muitos preceitos destinados a combater a subcapitalização subsequente. É o caso de⁽²²⁾:

- A proibição de distribuição aos sócios de lucros quando a situação líquida é inferior à soma do capital e das reservas não distribuíveis ou se torne inferior a tal soma por força da distribuição em causa (art. 32);

⁽²⁰⁾ V., por exemplo, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento*, Coimbra, cit., p. 83, e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, cit., p. 164.

⁽²¹⁾ De que são bom exemplo as regras determinadas para as instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, designadamente as constantes da Portaria 95/94, de 9 de Fevereiro, e do Aviso 6/2010, de 30 de Dezembro (publicado no *DR*, 2.^a série, de 31 de Dezembro de 2010).

⁽²²⁾ Retomo, actualizando-a, a lista que apresentei no meu citado texto *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*.

- A proibição de distribuição aos sócios de lucros do exercício que sejam necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstituir reservas obrigatórias (art. 33, n.º 1);
- A proibição de distribuição aos sócios de lucros enquanto as despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento não estiverem completamente amortizadas, excepto se o montante das reservas livres e dos resultados transitados, for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas (art. 33, n.º 2);
- A proibição de distribuição aos sócios de reservas que não figurem no balanço (art. 33, n.º 3);
- A imposição aos membros da administração da obrigação de não cumprirem deliberações dos sócios de distribuição de bens quando tenham fundadas razões para crer que alterações entretanto ocorridas tornariam a deliberação ilícita, nos termos do art. 32, a deliberação dos sócios viola o preceituado nos arts. 32 e 33 e a deliberação de distribuição de lucros ou de reservas se baseou em contas da sociedade com vícios cuja correcção levaria a que não fosse lícito deliberar a distribuição nos termos dos arts. 32 e 33;
- A imposição aos membros da administração da obrigação de, em caso de «perda de metade do capital social», convocarem ou requererem a convocação da assembleia geral a fim de nela informarem os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes (art. 35);
- A proibição de redução do capital (para entrega de bens aos sócios ⁽²³⁾) que importe que a situação líquida fique inferior a 120% do valor do novo capital social (art. 95, n.º 1);
- A atribuição aos credores, em caso de redução do capital (para entrega de bens aos sócios ⁽²⁴⁾), do direito de exigirem a satisfação dos seus créditos ou a prestação de garantias adequadas aos mesmos, bem como, em caso de tal exigência não ser atendida, do direito de requererem judicialmente que a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros do exercício seja proibida ou limitada durante um certo período (art. 96);

⁽²³⁾ O art. 95, n.º 1, tem de ser entendido como regulando apenas a redução de capital destinada à libertação de capital. A isso levam a razão de ser do preceito e a história legislativa.

⁽²⁴⁾ Tal como o art. 95, n.º 1, e pelas mesmas razões, o art. 96 tem de ser entendido como regulando apenas a redução de capital destinada à libertação de capital.

- O regime de redução de capital por extinção de acções próprias (art. 463, n.º 2, alínea b));
- A proibição de cisão, na modalidade de cisão simples, se: o valor do património da sociedade cindida se tornar inferior à soma das importâncias do capital social e da reserva legal (e do valor das prestações suplementares) e não se proceder, antes da cisão ou juntamente com ela, à correspondente redução do capital social; o capital da sociedade a cindir não estiver inteiramente deliberado (art. 123);
- A proibição de transformação em caso de o património ser inferior à soma do capital e da reserva legal (art. 131, n.º 1, alínea b));
- A proibição de liquidação de partes sociais em sociedades em nome colectivo (não dissolvidas) se por força de tal liquidação a situação líquida se tornar inferior ao capital social (art. 188, n.º 1);
- A proibição de restituição das prestações suplementares em caso de a situação líquida ficar inferior à soma do capital e da reserva legal (art. 213, n.º 1);
- As limitações à aquisição de quotas próprias de acções próprias (arts. 220 e 316 e ss.);
- As limitações à aquisição de quotas e acções em sociedades dominantes (arts. 325-A, 325-B e 487) ⁽²⁵⁾ e em sociedade com a qual exista relação de participações recíprocas (art. 485);
- As limitações aos empréstimos a terceiros e à prestação de garantias relacionados com a aquisição de acções da sociedade (art. 322);
- As limitações à amortização de quotas e de acções (arts. 236 e 346);
- As limitações à remição de acções (art. 345).

Quase todas as regras em causa se destinam a evitar que o valor do capital próprio se torne inferior ao valor do capital social. A excepção é o art. 35

⁽²⁵⁾ Preceitos estes que levantam problemas de articulação, parecendo ser de entender que o n.º 3 do art. 325-B é redundante com o n.º 1 do mesmo e que o art. 487 se deve actualmente considerar aplicável apenas às sociedades por quotas (v. ANTÓNIO CAEIRO, *As Modificações ao Código das Sociedades Comerciais in Ab Uno Ad Omnes 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 397 e ss., e as anotações de PEDRO DE ALBUQUERQUE e de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA aos arts. 325-A, 325-B e 487, no *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coordenado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — Coimbra, Almedina, 2009).

que se destina a publicitar os casos em que tal se verifica com gravidade, por força de resultados negativos.

A propósito de tal artigo, não é excessivo lembrar que:

- O regime fixado na versão inicial do CSC era mais severo ⁽²⁶⁾ do que o que actualmente vigora, mas que a sua entrada em vigor foi diferida pelo diploma que aprovou o CSC ⁽²⁷⁾, tendo regime que hoje vigora sido adoptado depois de uma história legislativa longa e complicada;
- O próprio regime anterior ao CSC era mais severo do que o que actual ⁽²⁸⁾.

3. As regras do CSC sobre subcapitalização nominal

O CSC dedica atenção à subcapitalização nominal no regime do contrato de suprimento.

⁽²⁶⁾ O texto primitivo do art. 35 do CSC era o seguinte: «1. Os membros da administração que, pelas contas de exercício, verificarem estar perdida metade do capital social devem propor aos sócios que a sociedade seja dissolvida ou o capital seja reduzido, a não ser que os sócios se comprometam a efectuar e efectuem, nos 60 dias seguintes à deliberação que da proposta resultar, entradas que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital. 2. A proposta deve ser apresentada na própria assembleia ou em assembleia convocada para os 60 dias seguintes àquela ou à aprovação judicial, nos casos previstos pelo artigo 67.º Não tendo os membros da administração cumprido o disposto nos números anteriores ou não tendo sido tomadas as deliberações ali previstas, pode qualquer sócio ou credor requerer ao tribunal, enquanto aquela situação se mantiver, a dissolução da sociedade, sem prejuízo de os sócios poderem efectuar as entradas referidas no n.º 1 até ao trânsito em julgado da sentença».

⁽²⁷⁾ Diferimento esse que, porém, esteve acompanhado pela norma transitória constante do art. 544 (entretanto caducado).

⁽²⁸⁾ Na versão do Código Comercial que vigorava quando o CSC foi publicado, o § 3.º do art. 120 do Código Comercial estabelecia que “os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores”. Esse preceito não apenas constava da versão primitiva do Código Comercial (embora até ao Dec.-Lei 363/77, de 2 de Setembro, constituisse o § 4.º — e não o § 3.º — do art. 120), como provinha mesmo da primeira lei portuguesa sobre sociedades anónimas (a lei de 22 de Junho de 1867, na qual constituía o art. 41). A aplicação da norma em causa às sociedades por quotas resultava do art. 42 da respectiva lei (de 11 de Abril de 1901).

Quanto ao âmbito desse regime, há a recordar que:

- Surge no título relativo às sociedades por quotas;
- Apenas abrange créditos com carácter de permanência de que são índices a estipulação de um prazo de reembolso superior a um ano e a não utilização da faculdade de exigir o reembolso durante um ano (art. 243, n.ºs 2 e 3).

Quanto ao conteúdo do mesmo regime, lembre-se que:

- Na ausência de prazo de reembolso, cabe ao tribunal a fixação do mesmo (art. 245, n.º 1);
- Em caso de insolvência, os suprimentos só podem ser reembolsados depois de pagos os outros credores (art. 245, n.º 2) ⁽²⁹⁾;
- O reembolso de suprimentos efectuado no ano anterior à sentença declaratória da insolvência ⁽³⁰⁾ é resolúvel (art. 245, n.º 5);
- As sociedades não podem constituir garantias reais para cobrir os créditos deles resultantes (art. 245, n.º 6);
- Os titulares de suprimentos não podem, com base neles, requerer a insolvência ⁽³¹⁾ da devedora (art. 245, n.º 2).

As regras do CSC merecem-nos aqui ⁽³²⁾ duas notas. A primeira destinada a sublinhar que as mesmas se destinam sobretudo a proteger os interesses de quem é terceiro em relação ao contrato, mormente dos credores da sociedade. A segunda destinada a pôr em evidência que, mesmo desconsiderando a questão da sua aplicabilidade a outros tipos de sociedades para além das por quo-

⁽²⁹⁾ O art. 48, alínea g), do CIRE enquadra os créditos por suprimentos entre os créditos sobre a insolvência que são negativamente privilegiados.

⁽³⁰⁾ A lei refere «falência» — o que parece dever hoje ser entendido como «insolvência».

⁽³¹⁾ A lei refere «falência» — o que parece dever hoje ser entendido como «insolvência».

⁽³²⁾ Para outras observações sobre essas regras, v. RUI PINTO DUARTE, *Suprimentos, Prestações Acessórias e Prestações Suplementares*, in *Problemas do Direito das Sociedades* (obra colectiva), Coimbra, IDET/Almedina, 2002, pp. 257 e ss., e RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, cit., pp. 223 e ss.

tas, o âmbito da sua aplicação é fluido, por força da utilização da ideia de «crédito com carácter de permanência» — ideia essa que, apesar dos índices que o legislador dá para a sua concretização, tem contornos pouco nítidos.

Quanto aos problemas que esse regime levanta, o maior está na sua aplicabilidade aos outros tipos de sociedades comerciais, nomeadamente às sociedades anónimas. Depois de mais de 24 anos de vigência do CSC ainda não está estabelecida uma orientação clara na matéria...⁽³³⁾

4. Tratamento fiscal da subcapitalização

4.1. Em sede de imposto sobre o rendimento

O Estado-Fisco parece não se interessar pela subcapitalização real das empresas, mas as manifestações do seu interesse pela subcapitalização nominal são antigas. O primeiro modo dessas manifestações — que permanecerá o mais frequente — terá sido o de limitar a consideração como custos dos juros pagos a sócios como contrapartida de créditos por eles concedidos⁽³⁴⁾. A possibilidade de limitação estava contida na cláusula geral consagrada no art. 26 Código da Contribuição Industrial, segundo a qual eram considerados «custos ou perdas imputadas ao exercício os que, dentro de limites tidos como razoáveis pela Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, se tornou indispensável suportar para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto e para a manutenção da fonte produtora». Lembre-se que esse preceito não era letra morta e que terá sido usado de modo criticável⁽³⁵⁾ e note-se que o conceito

⁽³³⁾ V. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, cit., pp. 247 e ss.

⁽³⁴⁾ V., por exemplo, o panorama das regras vigentes em 1980 nos países ibéricos e da América de línguas portuguesa e espanhola traçado no relatório geral sobre a influência da fiscalidade na forma de financiamento das empresas (da autoria de ANTÓNIO JOAQUIM CARVALHO) saído das IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, organizadas pela Associação Fiscal Portuguesa, publicado nos *Cadernos de Ciência Técnica Fiscal*, n.º 121, Lisboa, 1981.

⁽³⁵⁾ Acerca do uso do poder em causa pela Administração Fiscal, v., por exemplo, o Relatório Nacional de Portugal (da autoria de ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA) apresentado às Jornadas referidas na nota anterior, no número dos *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* nela citado, p. 201, e JOÃO RICARDO CATARINO, *Para uma Teoria Política do Tributo*, 2.ª ed., *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 184, Lisboa, 2009, p. 369.

indeterminado que usava foi um dos que mereceu a atenção de J. L. Saldanha Sanches ⁽³⁶⁾.

O Código do IRC adoptou uma formulação não muito diferente da que constava do Código da Contribuição Industrial. O próémio do texto primitivo do seu art. 23 dizia «Consideram-se custos ou perdas os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente os seguintes» — texto esse que, salvo alterações terminológicas, permanece em vigor. No entanto, no que respeita aos juros de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios, o abandono pelo Código do IRC do controle da dimensão dos custos pelo recurso à ideia de «limites razoáveis» foi, a partir de certa altura, substituído pela regra mais concreta da não dedutibilidade do valor que exceda o resultante de uma certa taxa (actualmente, a «Euribor a 12 meses do dia da constituição da dívida ou outra taxa definida por portaria do Ministro das Finanças que utilize aquela taxa como indexante» — art. 45, n.º 1, alínea j) ⁽³⁷⁾).

Entendendo que precisava de mais normas para combater a erosão da matéria tributável por meio da utilização de entidades não residentes em território português, pelo referido Dec.-Lei 5/96, de 29 de Janeiro — usando (parcialmente como veremos) uma autorização legislativa constante do art. 28 da Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro (Orçamento do Estado para 1995) — o legislador português, inspirando-se em soluções consagradas noutras ordens jurídicas ⁽³⁸⁾, aditou ao Código do IRC, sob o n.º 57-C, um artigo epígrafado «subcapitalização», cujo sentido geral, como lembrámos a abrir este texto, foi o de limitar o valor dos juros deduzíveis pelo sujeito passivo quando o credor de tais valores é uma entidade não residente em território português com o qual o sujeito passivo apresente «relações

⁽³⁶⁾ Primeiro, em *O Ónus da Prova no Processo Fiscal, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 151, Lisboa, 1987 (v. p. 140) e depois no *Manual de Direito Fiscal* (na 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, v. p. 385).

⁽³⁷⁾ A definição existe, constando da Portaria 184/2002, de 4 de Março, na redacção do art. 135 da Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro (lei orçamental para 2011).

⁽³⁸⁾ Sublinhando isso, v. MARIA DOS PRAZERES RITO LOUSA, *O Problema da Dedutibilidade dos Juros para Efeitos da Determinação do Lucro Tributável*, in *Estudos em Homenagem à Dr.ª Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, *Cadernos de Ciência Técnica Fiscal*, Lisboa, 1995, pp. 345 e ss., em especial pp. 357 e ss.

especiais»⁽³⁹⁾. Tal medida não surgiu isolada, mas sim no seguimento de outras medidas afins, designadamente do estabelecimento de regras sobre os pagamentos a entidades residentes em países com regime fiscal privilegiado e sobre a imputação de lucros a sociedades residentes em países com regime fiscal privilegiado levado a cabo pelo Dec.-Lei 37/95, de 14 de Fevereiro, mediante a introdução no Código do IRC de dois novos artigos, sob os n.ºs 57-A e 57-B (actuais arts. 65 e 66).

Actualmente, a matéria consta do também já referido art. 67, que exclui a consideração como custos dos juros excessivos que um sujeito passivo pague a outra entidade que não seja residente em território português ou noutro Estado membro da União Europeia com a qual mantenha relações especiais, na acepção que esta expressão tem para efeitos do regime de preços de transferência — sendo tidos como excessivos os juros relativos a dívidas cujo valor seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo⁽⁴⁰⁾. A diferença essencial entre a norma primitiva e a actual está em que aquela não equiparava os residentes em Estados-Membros da União Europeia aos residentes em Portugal, equiparação essa que foi introduzida pela Lei 60-A/2005, de 30 de Dezembro (lei orçamental para 2006)⁽⁴¹⁾. Essa diferença não é despicienda, pois a equiparação referida

⁽³⁹⁾ Artigo que, passados pouco mais de dois meses, foi aperfeiçoado pela Lei 10-B/96, de 23 de Março (lei orçamental para 1996), mediante o aditamento de dois números com um conteúdo semelhante ao dos n.ºs 6 e 7 do actual art. 67 do Código do IRC.

⁽⁴⁰⁾ Sobre este coeficiente, v. o relatório geral sobre o enquadramento fiscal da subcapitalização das empresas (da autoria de Rogério Fernandes Ferreira) saído das XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, realizadas em 1998, publicado na revista *Ciência Técnica Fiscal*, n.º 392, Outubro-Dezembro 1998 (v. pp. 138 e ss.) e na obra *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, editada pela Associação Fiscal Portuguesa — Lisboa, 1998 (v. livro 4, pp. 213 e ss.).

⁽⁴¹⁾ Certamente, para respeitar a orientação perfilhada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, designadamente no caso *Lankhorst-Hohorst GmbH*. Sobre a conformidade do texto primitivo da norma em causa com o direito comunitário, v. PATRÍCIA NOIRET SILVEIRA DA CUNHA, *A Subcapitalização no Direito Português: Apreciação face ao Direito Comunitário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, 2000, vol. II (obra colectiva), pp. 515 e ss., e PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia: Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 181 e ss., e *Alguns Desafios ao Código do IRC — Preços de Transferência e o Desafio Europeu*, in *15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, Almedina, 2007 (obra colectiva), pp. 266 e ss.

torna mais difícil evitar alguma fuga de matéria tributável em favor de outros Estados-Membros da União Europeia.

Ainda que não seja meu propósito expor pormenorizadamente o regime em causa, sublinharei que:

- Considera-se que existem relações especiais entre o sujeito passivo e o credor quando «uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra», o que a lei considera verificado numa multiplicidade de situações que enumera, a título exemplificativo (art. 63, n.º 4, aplicável por força do art. 67, n.º 1)
- Para o cálculo do endividamento, são consideradas todas as formas de crédito, incluindo operações comerciais com espera de preço quando decorridos mais de seis meses sobre a data do vencimento do mesmo (art. 67, n.º 4);
- Para o cálculo de capital próprio, contam o valor do capital social realizado e as demais rubricas que integram o capital próprio segundo as regras contabilísticas, com excepção das que traduzem mais-valias ou menos-valias potenciais, designadamente as resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou de reavaliações não autorizadas por regras fiscais (art. 67, n.º 5);
- O regime não é aplicável quando o sujeito passivo demonstrar que, tendo em conta os critérios pertinentes (tipo de actividade, sector em que se insere, dimensão e outros), poderia ter obtido o mesmo nível de endividamento de uma entidade independente, não sendo, porém, tal demonstração admitida quando o credor for entidade residente em país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças (art. 67, n.ºs 6 e 7) ⁽⁴²⁾.

Por outro lado, vale a pena notar que o regime ditado pelo Código do IRC para a «subcapitalização» pode ser visto como integrado nas chamadas

⁽⁴²⁾ Para uma análise do regime em causa e, sobretudo, do seu relacionamento com as convenções sobre a dupla tributação, v. GLÓRIA TEIXEIRA, *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª ed., Coimbra Almedina, 2010, pp. 137 e ss.

medidas anti-abuso ⁽⁴³⁾, sendo relevante notar que à época da sua introdução na nossa ordem jurídica não existia no direito português uma cláusula geral anti-abuso ⁽⁴⁴⁾ como aquela que veio a ser introduzida, primeiro, no Código do Processo Tributário ⁽⁴⁵⁾ e, depois, na Lei Geral Tributária (art. 38, n.º 2) ⁽⁴⁶⁾. Na visão de José Casalta Nabais, a regra integra-se na regulação dos preços de transferência, por respeitar aos preços dos empréstimos ⁽⁴⁷⁾.

Relevante é ainda notar que a regra em causa não prevê uma outra possível consequência da forma de subcapitalização que regula, que consistiria em requalificar o valor dos juros excessivos como distribuição de lucros ⁽⁴⁸⁾. Essa conse-

⁽⁴³⁾ V., em sentido afirmativo, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 448, e, em sentido parcialmente negativo, RUI DUARTE MORAIS, *Sobre a Noção de «Cláusulas Antiabuso» em Direito Fiscal*, in *Estudos Jurídicos e Económico em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, vol. III (obra colectiva), pp. 889 e ss.

⁽⁴⁴⁾ V. MARIA DOS PRAZERES LOUSA, *Comunicação: Novo Regime Fiscal da Subcapitalização de Empresas*, cit., pp. 72 e 73, e MARIA DOS PRAZERES LOUSA, *Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas Comunicação Nacional de Portugal sobre o Tema II* apresentada às XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, realizadas em 1998, publicado na revista *Ciência Técnica Fiscal*, n.º 392, Outubro-Dezembro 1998 (v. p. 121) e na obra *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, editada pela Associação Fiscal Portuguesa — Lisboa, 1998 (v. livro 3, p. 132).

⁽⁴⁵⁾ Pela Lei 87-B/98, 31 de Dezembro, que aditou a tal Código, sob o n.º 32-A, um artigo estabelecendo a ineficácia dos actos ao negócio jurídicos «quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recaia sobre estes últimos».

⁽⁴⁶⁾ Pela Lei 100/99, de 26 de Junho, que aditou um n.º 2 ao art. 38 da Lei Geral Tributária, com a redacção que a Lei 87-B/98, 31 de Dezembro, tinha dado ao art. 32-A do Código do Processo Tributário — redacção essa posteriormente objecto de aperfeiçoamento pela Lei 30-G/2000, de 29 de Dezembro. Sobre tal cláusula, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, Abr.-Jun. 2000, pp.11 e ss., e *Os Limites do Planeamento Fiscal*, cit., pp. 165 e ss., e GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra, Almedina, 2004, em especial pp. 157 e ss.

⁽⁴⁷⁾ *Direito Fiscal*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 583.

⁽⁴⁸⁾ V. MARIA DOS PRAZERES LOUSA, *As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização*, in *Ciência Técnica Fiscal*, n.º 383, Julho-Setembro 1998, p. 22, e *Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas Comunicação Nacional de Portugal sobre o tema II* apresentada às XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, realizadas em 1998, publicado na revista *Ciência Técnica Fiscal*, n.º 392, Outubro-Dezembro 1998, p. 125.

quência estava expressamente prevista no referido art. 28 da Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro, pois o seu n.º 1 autorizava o Governo «a estabelecer que, sempre que o endividamento directo ou indirecto de um sujeito passivo com entidade não residente é excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso têm a consideração de lucros distribuídos para efeitos de tributação».

4.2. Em sede de imposto do selo

Actualmente, o imposto do selo incide, além do mais ⁽⁴⁹⁾, sobre a concessão (*rectius*, a utilização) de crédito e sobre os juros que a remunerem.

Vejamos as normas de incidência relativas aos dois tipos de factos (concessão de crédito e juros), começando pelo primeiro, para depois atentarmos na norma de isenção.

A Tabela Geral do Imposto do Selo, que vigorou até à Lei 150/99, de 11 de Setembro, no seu art. 54, fazia incidir o imposto sobre a «confissão ou constituição de dívida, incluindo a inerente aos contratos de mútuo e usura». Embora isso talvez não fosse indiscutível, era opinião geral que estavam aí incluídos os empréstimos dos sócios. A partir da Lei 52-C/96 de 27 de Dezembro, a redacção de tal artigo passou a ser a seguinte: «*suprimentos* titulados por contrato escrito confissão ou constituição de dívida, incluindo a inerente aos contratos de mútuo ainda que usurários, mútuos mercantis, com excepção das operações de tesouraria configurativas de empréstimos por prazo não superior a 180 dias, seguidos ou interpolados, durante 12 meses, seja qual for a sua natureza e proveniência, independentemente da forma por que tais actos jurídicos se revelem» (sublinhado meu). Tornou-se, pois, explícita a tributação daquilo a que se chamou *suprimentos* mas excepcionou-se da figura as disponibilizações de dinheiro por prazos que não excedessem 180 dias em cada período de 12 meses.

Com a aprovação do Código do Imposto do Selo, pela Lei 150/99, de 11 de Setembro, entrou-se na era actual da tributação dos empréstimos dos sócios neste imposto. Na redacção que hoje tem, o art. 17 da Tabela Geral, sob a

⁽⁴⁹⁾ Sobre o âmbito e as características do imposto do selo, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., pp. 72 e 431 e ss. A este propósito, recordo que, em Outubro de 1997, J. L. Saldanha Sanches interveio, a solicitação minha, num seminário promovido pelo Instituto de Formação Bancária sobre «A Banca e o Direito», fazendo uma comunicação intitulada «*Imposto de Selo: Um Imposto sem Princípios?*», que consistiu numa brilhante e irónica dissecação do imposto em causa.

epígrafe “Operações Financeiras” abrange, no seu n.º 1 a “utilização de crédito (...) em virtude da concessão de crédito a qualquer tipo (...) incluindo (...) as operações de tesouraria quando envolvam qualquer tipo de financiamento», sendo pacífica a opinião de que a norma abrange o crédito concedido por sócios a empresas ⁽⁵⁰⁾.

Vejamos agora a tributação dos juros dos créditos dos sócios.

Antes da reforma fiscal de 1988/1989, os juros eram tributados em imposto de capitais. Na redacção do Dec.-Lei 139/81, de 30 de Maio, o art. 6.º, item 5.º, do Código de Imposto de Capitais sujeitava a tal imposto «os juros dos suprimentos e de outros abonos feitos pelos sócios às sociedades, bem como o rendimento dos lucros que, tendo sido colocados à disposição dos sócios das sociedades não anónimas, nem em comandita por acções, por eles não sejam levantados até ao fim do ano daquela colocação».

Com a extinção do imposto de capitais, a tributação dos juros passou a ser integrada na dos demais rendimentos, sendo feita pelo IRS e pelo IRC ⁽⁵¹⁾, passando a somar-se a tal tributação a resultante do imposto do selo.

Quer a tributação da utilização de crédito concedido pelos sócios, quer os juros pagos e sua remuneração podem, porém, beneficiar de isenção. Na reforma que a Lei 150/99, de 11 de Setembro, fez do imposto do selo, um dos preceitos do novo Código então criado passou a consagrar uma isenção que, na versão inicial do diploma, abrangia «os empréstimos com características de suprimentos, incluindo os respectivos juros efectuados por sócios à sociedade em que seja estipulado um prazo inicial não inferior a um ano e não sejam reembolsados antes de decorrido esse prazo» (art. 6.º, n.º 1, alínea i)). A reforma da tributação do património levada a efeito pelo Dec.-Lei 278/2003, de 12 de Novembro, remodelou vários aspectos importantes do imposto do selo, mas teve escassa relevância no aspecto que aqui nos importa, mantendo a substância dos preceitos relevantes e alterando apenas a numeração do artigo da isenção que passou a ser o 7.º (mantendo o número e a alínea).

⁽⁵⁰⁾ Sobre o sentido desta norma e em especial da noção de «operações de tesouraria», v. PEDRO PATRÍCIO AMORIM, *A Isenção de Imposto do Selo na Gestão de Tesouraria dos Grupos Económicos*, in *Fiscalidade*, n.º 36, Outubro-Dezembro 2008, pp. 29 e ss.

⁽⁵¹⁾ J. L. SALDANHA SANCHES dedicou à reforma fiscal de 1988/1989 o livro *Princípios Estruturantes da Reforma Fiscal* (Lisboa, Edifisco, 1991), no qual, além do mais, retratou o agrupamento no IRC dos vários impostos que anteriormente incidiam sobre o rendimento das pessoas colectivas, incluindo o imposto de capitais (v., em especial, pp. 63 e ss.).

Na redacção que lhe foi dada pela Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro (lei orçamental para 2011), a alínea *i*) do n.º 1 do art. 7.º do respectivo Código do Imposto do Selo dispõe que estão isentos «os empréstimos com características de suprimentos, incluindo os respectivos juros efectuados por sócios à sociedade». Tal isenção levanta dúvidas de interpretação e merece vários comentários.

No que respeita à fixação do exacto sentido da norma, vale a pena sublinhar que a expressão «os empréstimos com características de suprimentos» levanta a dúvida consistente em saber que características estão em causa. A titularidade por sócios? A sociedade devedora ser do tipo por quotas? O carácter de permanência do crédito?

Quanto aos comentários, o primeiro é de que essa isenção parece destinada a beneficiar os suprimentos relativamente a outros empréstimos de sócios, estimulando os mesmos — o que se afigura contraditório com as indicações dadas noutros lugares do sistema jurídico⁽⁵²⁾. Embora as contradições de política legislativa em matéria de suprimentos não se trate de algo de inédito⁽⁵³⁾, a verdade é que tal incentivo é paradoxal.

O segundo é dirigido à alteração que a lei orçamental para 2011 introduziu na norma de isenção. Até 31 de Dezembro de 2010, a alínea *i*) do n.º 1 do art. 7.º do Código do Imposto do Selo tinha o seguinte teor: «os empréstimos com características de suprimentos, incluindo os respectivos juros efectuados por sócios à sociedade em que esteja estipulado um prazo inicial não inferior a um ano e não sejam reembolsados antes de decorrido esse prazo». Foram, pois retiradas da norma as palavras «em que esteja estipulado um prazo inicial não inferior a um ano e não sejam reembolsados antes de decorrido esse prazo» — o que parece alargar o âmbito da isenção, agravando a contradição que notámos.

O terceiro comentário destina-se a criticar que o legislador — que não pode ignorar as dúvidas que, no campo do direito privado, existem sobre o âmbito da aplicação do regime do contrato de suprimento (só sociedades por quotas ou também outros tipos e em que casos?) e sobre os contornos da ideia

⁽⁵²⁾ Sendo o mais recente desses lugares a possibilidade de «remuneração convencional do capital social» constante do art. 136 da Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro (lei orçamental para 2011) — a qual visa incentivar os aumentos de capital em dinheiro, nas pequenas e médias empresas.

⁽⁵³⁾ V. RUI PINTO DUARTE, *Suprimentos, Prestações Acessórias e Prestações Suplementares*, in *Problemas do Direito das Sociedades* (obra colectiva), cit., pp. 271 e ss.

«crédito com carácter de permanência» — tenha decidido transportar essas mesmas dúvidas para o direito fiscal.

A quarta e última nota visa sublinhar que a ideia de «crédito com carácter de permanência» é um conceito indeterminado, que põe em causa a previsibilidade da tributação e a racionalidade dos comportamentos privados e que, por isso, deveria ser evitado ⁽⁵⁴⁾.

5. Notas conclusivas

O direito privado e o direito fiscal regulam ambos, ainda que fragmentariamente, aspectos da subcapitalização das empresas. Os interesses que prosseguem são, como é natural, diversos: o primeiro visa sobretudo proteger os credores, o segundo a maximização da receita do Estado. Daí que quer a subcapitalização real quer a nominal tenham atraído a atenção do direito privado, ao passo que o direito fiscal só manifestou interesse pela subcapitalização nominal.

O Direito é uno e a inevitabilidade da especialização não obsta a que também sejam necessárias perspectivas integradas dos vários planos em que a ordem jurídica trata um mesmo facto social. O caso da subcapitalização das sociedades é um exemplo dessa necessidade.

Quem queira ter uma perspectiva integrada do quadro jurídico da subcapitalização das sociedades, em especial dos problemas inerentes aos créditos de sócios a empresas, não pode deixar de ter em conta, para além das regras gerais de direito, o Código das Sociedades Comerciais, em especial as suas normas relativas ao contrato de suprimento ⁽⁵⁵⁾, e várias regras fiscais, nomeadamente

⁽⁵⁴⁾ Sobre a utilização de conceitos indeterminados nas normas fiscais, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 310/312, Outubro-Novembro 1984, pp. 296 e ss., e *O Ónus da Prova no Processo Fiscal*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, cit., pp. 139 e ss. Sobre a previsibilidade da tributação, v. ainda, por exemplo, JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 409 e ss., e J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., pp. 169 e ss. Criticando as visões mais correntes da previsibilidade da tributação, v. CECÍLIA XAVIER, *A Proibição da Aplicação Analógica da Lei Fiscal no Âmbito do Estado Social de Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, v. g. pp. 136, 137, 218 a 220, 268 a 270.

⁽⁵⁵⁾ Bem como, naturalmente, o preceito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas que se refere ao carácter subordinado dos créditos por suprimentos (art. 48, alínea g).

as que ficaram referidas. Infelizmente, não são poucas as dúvidas que o regime vigente coloca.

Do ponto de vista da política legislativa, a meu ver, as disponibilizações às empresas de pequenas quantias, durante curtos períodos, por titulares dos seus órgãos de administração e por outros seus dirigentes e colaboradores são inevitáveis. Entravar esse fenómeno é entrar a agilidade da gestão. Ora, nenhuma razão há para penalizar os sócios por tais disponibilizações de fundos quando os mesmos, além de tal qualidade, também intervêm na gestão das empresas. Do ponto de vista económico, essas operações não afectam a estrutura de capitais das empresas e do ponto de vista jurídico não põem em causa os interesses dos credores. Assim, essas operações (desde que delas não resultem rendimentos para os disponibilizadores de fundos) não deveriam estar sujeitas a qualquer tipo de tributação.

Coisa muito diferente é a disponibilização de fundos a título permanente às empresas pelos seus sócios controladores. Daí resulta a subcapitalização nominal das mesmas, que afecta as suas estruturas de capitais e põe em causa os interesses dos credores. Por isso se justifica o regime do contrato de suprimento estabelecido no CSC (que se deve considerar aplicável aos sócios de sociedades de outros tipos que não o «por quotas» na medida em que, em concreto, a situação desses sócios seja análoga à situação paradigmática dos sócios das sociedades por quotas, *maxime* tenham posições de controle ⁽⁵⁶⁾) e se justificaria a completa indedutibilidade como custos das remunerações pagas a esses sócios por essas disponibilizações de fundos. A dedutibilidade de juros devidos por créditos dos sócios com «carácter de permanência» é um incentivo a esses créditos — o que equivale a dizer um desincentivo à integração dos meios financeiros em causa no capital próprio das empresas. Sublinhe-se que, ao invés do que defendo, o incentivo à disponibilização de fundos às empresas pelos seus sócios foi agora reforçado, pelo menos em abstracto, por os rendimentos de juros e outras formas de remuneração de fundos que os sócios põem à disposição das sociedades terem passado a ser tributados mediante uma taxa liberatória inferior a metade da taxa geral marginal mais elevada de IRS — art. 71, n.º 1, alínea c), do Código

⁽⁵⁶⁾ Sobre o critério da aplicação do regime do contrato de suprimento aos outros tipos de sociedades que não o «por quotas», remeto outra vez para os meus *Escritos sobre Direito das Sociedades*, cit., pp. 247 e ss.

do IRS, na redacção da Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro (lei orçamental para 2011) ⁽⁵⁷⁾.

Noutro plano, mas convergentemente, permito-me dizer que o legislador parece amiúde esquecer que a tributação dos lucros das empresas e a dos rendimentos dos cidadãos têm razões de ser diversas: num «Estado Fiscal» ⁽⁵⁸⁾, os impostos pagos pelos cidadãos assentam num dever fundamental ⁽⁵⁹⁾, ao passo que os impostos sobre os lucros das empresas não passam de um meio (muito imperfeito...) de obter receitas (em última análise suportadas pelos cidadãos...) que de outro modo o Estado talvez não arrecadasse.

A própria determinação constitucional de tributação das empresas, baseada fundamentalmente no seu «rendimento real» (art. 104, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa ⁽⁶⁰⁾) não tem qualquer fundamento ético, sendo mero fruto da vontade de evitar algumas formas de discricionariedade da tributação das empresas. É tempo de ir melhorando a equidade da distribuição dos encargos fiscais, caminho em que o legislador fiscal terá de se cruzar com as regras de direito privado.

No que ao tema destas «notas» respeita, julgo que o conjunto do sistema jurídico deve procurar influenciar o comportamento dos agentes económicos no sentido de aumentar a autonomia financeira das empresas, sem, porém, pôr em causa a autonomia dos cidadãos e a responsabilidade limitada de quem escolhe ser sócio de «sociedades de capitais» ^(*).

Janeiro de 2011.

⁽⁵⁷⁾ Explicitando: os rendimentos de juros e outras formas de remuneração de fundos que os sócios põem à disposição das sociedades estão sujeitos a retenção na fonte, a título definitivo, à taxa liberatória de 21,5%, ao passo que a taxa marginal do IRS é de 46,5%.

⁽⁵⁸⁾ Sobre o conceito de «Estado Fiscal», v. J. L. SALDANHA SANCHES, *A Reforma Fiscal Portuguesa numa Perspectiva Constitucional*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 354, Abril-Junho 1989, pp. 41 e ss., em especial pp. 45 e ss., e JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 191 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Sobre o dever fundamental de pagar impostos, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 320 e 1093, e JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., *passim, maxime*, pp. 185 e ss. e 679.

⁽⁶⁰⁾ Que já constava do texto primitivo, no qual era o n.º 2 do art. 107.

^(*) Agradeço aos meus Amigos Alexandra Cabral e Fernando Castro Silva o favor de terem comentado versões anteriores deste texto, evitando que ele contivesse vários erros.