

Na sequência do convite público endereçado durante a apresentação do Anteprojecto de Reforma do IRC (“Reforma”) e do respectivo relatório (“Relatório”), pela Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – 2013 (“Comissão”), tivemos a oportunidade e o prazer de apresentar os seguintes comentários e sugestões às propostas apresentadas, visando, através da sua publicação, contribuir para o processo de discussão da Reforma em curso.

Infelizmente, devido à insuficiência do prazo concedido para o efeito, fomos forçados a restringir a nossa análise a apenas algumas das áreas de intervenção da Comissão, nomeadamente aos capítulos relativos ao *“desenvolvimento de um regime de participation exemption”* e à *“revisão do regime das concentrações neutras e desenvolvimento das regras aplicáveis a reorganizações não neutras”*, conforme seguidamente se expõe.

1. DESENVOLVIMENTO DE UM REGIME DE *PARTICIPATION EXEMPTION*

Um dos pilares da Reforma é o aprofundamento da tributação dos rendimentos obtidos no estrangeiro, por sujeitos passivos residentes em Portugal, de acordo com o princípio da territorialidade. Para o efeito, a Comissão propõe a adopção, com carácter universal, do método da isenção dos lucros obtidos noutras jurisdições, tanto quando sejam obtidos directamente pela entidade portuguesa sujeita ao IRC (através de estabelecimento estável) como quando os rendimentos sejam obtidos por entidades participadas residentes no estrangeiro.

No que se refere a esta opção, saudamos, em particular:

- A aplicação universal do regime de isenção dos dividendos, como forma de evitar a dupla tributação dos lucros das sociedades;
- Os motivos apontados para o efeito, em particular o reconhecimento de que é o método preferível de um ponto de vista de eficiência da gestão do imposto, nomeadamente no que se refere à redução dos custos de contexto, custos de transacção e à prevenção de comportamentos de substituição;
- A eliminação do requisito da tributação efectiva, em sede do regime de isenção; e
- A aplicação do regime de isenção também às mais-valias realizadas, eliminando-se, desta forma, uma das principais discontinuidades do nosso sistema de tributação das sociedades, todas estas medidas, aliás, publicamente defendidas por nós em 2011.¹

¹ Cfr. António Rocha Mendes e Miguel Correia, *As alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos e o seu impacto no comportamento das empresas*, Revista Fiscalidade n.º 42, pág. 67 e seguintes.



Parece-nos, no entanto, que alguns aspectos deste regime podem, e devem, ser aperfeiçoados, em particular da seguinte forma:

- A percentagem mínima de participação proposta para aplicação do regime de isenção parece-nos muito reduzida, pelo que deverá ser aumentada;
- A regra de exclusão do regime CFC incluída na proposta de redacção da alínea a) do n.º 2 do artigo 51.º do CIRC, que nos parece incorrecta do ponto de vista de estruturação do sistema fiscal e potencialmente contrária aos princípios do Código de Conduta, deve ser eliminada; e
- Deve ser prevista a não dedutibilidade dos juros suportados em relação a financiamentos contraídos para aquisição das participações geradoras de mais-valias e dividendos isentos ao abrigo do regime de *participation exemption*.

1.1. Percentagem mínima de participação de 2% para aplicação do regime de *participation exemption*

Segundo a proposta da Comissão, a percentagem mínima de detenção para aplicação da isenção de tributação dos dividendos recebidos por uma sociedade portuguesa, distribuídos por outra sociedade portuguesa, é reduzido de 10% para 2%. Esta redução, que terá tido em mente a distribuição de lucros num contexto internacional, mas que tem os consequentes reflexos no plano interno, parece-nos, nessa dimensão puramente doméstica, claramente excessiva à luz dos princípios fundamentais do nosso sistema de tributação do rendimento.

Como é sabido, a lógica subjacente ao regime de *participation exemption* é garantir que os lucros empresariais não são tributados até serem recebidos pelos seus destinatários finais, normalmente os sócios pessoas singulares. Neste contexto, os lucros distribuídos entre sociedades não devem ser tributados, na medida em que a sociedade beneficiária não deva ser considerada como o seu destinatário final.²

A lógica subjacente é não tributar duas vezes o mesmo rendimento empresarial em IRC, uma vez na esfera da sociedade que exerce a actividade directamente, e outra vez ao nível das suas sócias pessoas colectivas. No entanto, esta isenção apenas tem sentido quando se considera que a sócia utiliza a sociedade participada como veículo para a realização (indirecta) de uma actividade empresarial. Pelo contrário, a isenção dos dividendos deixa de ter sentido quando o investimento de uma sociedade na outra não representa o exercício indirecto de uma actividade empresarial, mas sim um mero investimento financeiro passivo, sem qualquer envolvimento na vida empresarial da sociedade participada, com vista à obtenção apenas de dividendos e mais-valias. Nestes casos, a sócia deve-se considerar a destinatária final dos dividendos. Essa é também a intenção expressa pelo nosso legislador no parágrafo 13 do preâmbulo do CIRC.

² Neste mesmo sentido veja-se o entendimento expresso em Parecer do Professor FREITAS PEREIRA elaborado no âmbito do Centro de Estudos Fiscais, sancionado por Despacho de 90.12.11 e que deu origem à circular da DGI n.º 4/91, de 91.01.30, no qual se afirma que: “Se assim é, o” (à data) “art. 45º apenas afasta, na prática, a tributação sucessiva de um rendimento em relação a uma determinada fase da sua cadeia de distribuição, não interferindo com a tributação desse mesmo rendimento quando distribuído aos sócios da “sociedade-mãe”. Não se pode, por isso, dizer que, se um rendimento não é tributado na entidade de que provêm os lucros, esse rendimento fica totalmente afastado da tributação desde que em relação a ele seja aplicado o” (à data) “art. 45º do Código. Com efeito, terá de ter-se em conta que a entidade que os recebe não é o seu destinatário final em termos de aplicação do sistema tributário vigente num dado espaço, e aquando da distribuição a este destinatário será então aplicável o regime geral de tributação em IRC ou IRS”



Portanto, para que a isenção dos dividendos se justifique, é necessário que a sociedade beneficiária tenha uma participação significativa na sociedade que os distribui, de tal forma que essa participação lhe confira um grau elevado de propriedade e o controlo sobre negócio que gera os lucros subjacentes ao dividendo, a tal ponto que os lucros desse negócio possam considerar-se resultantes da actividade empresarial (indirecta) da sócia.

É neste contexto que nos parece excessivo considerar que uma participação de 2% representa o exercício indirecto de uma actividade empresarial. Regra geral, uma participação deste tipo não permite qualquer envolvimento da sócia no negócio da sociedade participada. A sociedade participante não tem um nível relevante de propriedade e controlo sobre a empresa da sociedade participada, pelo que as mais-valias e dividendos que auferir deverão ser considerados como rendimentos de investimento passivo e como tal deverão estar excluídos do regime de *participation exemption*. No entanto, a motivação da Comissão, apesar dos reflexos no plano interno, parece ter sido exclusivamente baseada em dois factores de ordem internacional. Primeiro, tornar Portugal numa jurisdição mais atractiva para efeitos de estruturação de investimento internacional, i.e. incluir Portugal na lista de jurisdições eficientes para a localização de sociedades holding internacionais. Segundo, evitar que as sociedades portuguesas procurem constituir sociedades intermédias noutras jurisdições, aproveitando regimes de *participation exemption* mais vantajosos. Nesta medida, na mente da Comissão, a fuga para o estrangeiro cessa se logramos implementar o “melhor” regime de *participation exemption* europeu.

Não nos parece que qualquer um destes argumentos nos permita defender a redução da percentagem mínima de participação proposta pela Comissão.

No que se refere à primeira motivação, parece-nos que a atracção de sociedades instrumentais para a realização de investimentos minoritários não só não tem qualquer relevância para a competitividade do País como, conforme defende Tiago Cassiano Neves,³ corremos o risco de participar numa *race to the bottom*, numa espiral competitiva com as demais jurisdições europeias.

No que se refere à segunda motivação, são raros os casos em que uma sociedade portuguesa tenha deslocalizado a sua sede para outro país da União Europeia devido à detenção de participações minoritárias. Pelo contrário, até 2011, período no qual inúmeras sociedades portuguesas criaram sociedades holding europeias no seio dos seus grupos, o regime das SGPS permitia a isenção de imposto sobre os dividendos recebidos (de sociedades europeias), independentemente da percentagem do capital detido. As razões da deslocalização massiva não estão relacionadas com a percentagem mínima de detenção, mas sim com outros aspectos da *participation exemption* abrangidos e corrigidos pela Reforma.

1.2. Eliminação do requisito de tributação efectiva e coordenação com o regime CFC

Adicionalmente, a Comissão propõe eliminar o requisito de tributação efectiva previsto no n.º 10 do artigo 51.º do CIRC. Já em 2011 tivemos a oportunidade de manifestar a nossa total discordância, e os efeitos negativos, deste

³ Cfr. Tiago Cassiano Neves, *Opening Pandora's Box: Ten International Dimensions of the Portuguese Corporate Tax Reform* (Setembro 1, 2013). Tax Notes International, pendente de publicação.



requisito no contexto do regime de isenção dos dividendos.⁴ Saudamos, portanto, a proposta da Comissão de eliminar este requisito e de adicionalmente detalhar o requisito de *subject to tax* no mesmo contexto, este sim um requisito essencial para o correcto funcionamento do regime de isenção.

No entanto, e conforme igualmente por nós apontado em 2011, é recomendável, para assegurar o correcto funcionamento do regime de isenção, que este seja cumulado com um regime de CFC excepcionalmente bem pensado.⁵ Ambos devem estar totalmente coordenados. A Comissão propõe tal coordenação, ao excluir do regime CFC os rendimentos de sociedades “*offshore*” cujos respectivos lucros provenham, em mais de 50%, do exercício de uma actividade empresarial. Este regime parece-nos inadequado por três razões.

Primeiro, porque padece de um erro sistemático. O regime de isenção destina-se a evitar a dupla tributação, não a isenção de rendimentos empresariais obtidos por outras entidades mas que não tenham sido sujeitos a imposto.⁶ Segundo, porque este regime permite, e incentiva, as sociedades portuguesas a transferirem algumas das suas actividades empresariais para jurisdições de baixa ou nula tributação, permitindo que as actividades aí desenvolvidas não sejam tributadas, de acordo com a jurisdição local, os lucros aí obtidos não sejam considerados rendimentos CFC e a sua repatriação possa ocorrer sem qualquer tributação em Portugal (exigindo apenas um pequeno exercício de estruturação pelo contribuinte).⁷ Este é justamente o efeito que se pretende evitar através dos regimes de CFC.

Finalmente, o regime de isenção ora proposto, pelas razões anteriormente referidas, é uma porta de entrada na União Europeia de rendimentos (empresariais) obtidos em territórios de baixa tributação. Ou seja, o efeito de incentivo que se oferece às sociedades portuguesas é estendido, em sede de repatriação de dividendos, a todas as demais sociedades europeias. Esta aproximação possui, a nosso ver, um risco sério de suscitar sanções por parte de outros países e da própria União Europeia, à luz dos critérios do Código de Conduta.⁸

Em face dos ditames estruturais da lógica sistemática do IRC e dos consideráveis riscos potencialmente associados à aproximação proposta pela Comissão, recomendamos, nesta medida, que a aplicabilidade do regime CFC seja mantida, revendo-se os seus actuais requisitos de forma a articulá-los mais eficazmente com a *participation exemption*.⁹

⁴ Cfr. António Rocha Mendes e Miguel Correia, *supra* nota 2.

⁵ *Ibid.*, pág. 73.

⁶ *Ibid.*, pág. 72 e seguintes e, de entre vários autores que sublinham necessidade imperiosa de cumular o regime de *participation exemption* com um regime CFC robusto, ver, por exemplo, Dieter Endres, e Angelika Thies, *Controlled Foreign Companies: The German Rules in Theory and Practice*, 26 Intertax 293 (1998).

⁷ Uma possibilidade de estruturação é utilizar uma sociedade veículo intermédia localizada numa jurisdição que tribute os rendimentos de fonte estrangeira numa base territorial, que não tenha um regime CFC e que não esteja na “lista negra” portuguesa.

⁸ Veja-se as orientações do Grupo do Código de Conduta nesta matéria: “Member States may opt to tax inbound profit transfers or to operate a participation exemption. Member States which operate a participation exemption should either ensure that the profits which give rise to foreign source dividends are subject to effective anti-abuse or countermeasures, or apply switch-over provisions targeted at ensuring effective taxation. The first could be achieved through a Member State having CFC-legislation or other anti-abuse provisions which ensure that profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed.” COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Brussels, 22 November 2010, 16766/10, FISC 139, REPORT from Code of Conduct Group (Business taxation) to Council (ECOFIN). Como se vê, o Grupo do Código de Conduta apresenta, em primeira linha, um regime CFC como exemplo das regras anti-abuso necessárias para assegurar que um regime de *participation exemption* passe o seu crivo. Embora se deixe aberta a porta à implementação de “*other anti-abuse provisions*” não acreditamos que a solução proposta pela Comissão possa assegurar que “*profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed*”.

⁹ Entre outros aspectos passíveis de serem repensados no nosso atual regime CFC, algo a que obviamente não nos dedicaremos neste documento, deverá, em particular, ser dada especial atenção ao artigo 66º, nº 5, na sua última frase, esclarecendo-se devidamente o modo de cálculo do imposto e, em face da reduzida taxa de IRC proposta pela Comissão, eventualmente o limiar de imposto aí proposto.



1.3. Dedutibilidade de juros em relação a fundos obtidos para adquirir participações

No que se refere à dedutibilidade dos encargos financeiros relacionados com empréstimos obtidos para a aquisição de participações sociais elegíveis para o regime de *participation exemption*, a Comissão, na louvável “*lógica de simplicidade*”¹⁰ subjacente à Reforma, optou por não criar um regime especial limitativo da respectiva dedutibilidade ou recaptura. Por outras palavras, os encargos financeiros suportados em tais casos ficam sujeitos ao regime geral de dedutibilidade dos juros.

Esta opção não nos parece ser a mais correcta, apesar do mérito de evitar introduzir no sistema de tributação das sociedades uma complexidade adicional. Na verdade, a possibilidade de dedução dos juros incorridos para financiar a obtenção de “rendimentos isentos” pelos contribuintes abre-lhes as portas à estruturação de operações de cobertura fiscal (*tax shelter*), que podem ser realizadas de forma extremamente simples e que, adicionalmente, mesmo que essencialmente motivadas por razões fiscais devem ser consideradas totalmente legítimas, por não violarem o propósito normativo subjacente às regras de *participation exemption* e de dedutibilidade de gastos.

Um exemplo de tal estruturação seria a aquisição, por parte de sociedades portuguesas, de uma percentagem reduzida (superior a 2%) de acções preferenciais de uma sociedade instrumental constituída na União Europeia. Essa aquisição pode ser financiada a 100%. A sociedade instrumental pode ser constituída e gerida por instituições financeiras, de forma a garantir um determinado retorno. Neste cenário, os dividendos preferenciais pagos pela sociedade instrumento não seriam nunca efectivamente tributados em Portugal, mas os custos do financiamento podem ser deduzidos contra os rendimentos operativos da sociedade. Note-se que esta operação pode ser estruturada sem qualquer risco para o investidor.

Parece-nos, portanto, que estamos perante um dos casos em que a simplificação do sistema poderá acabar por oferecer uma via simples para a realização de operações essencialmente motivadas por razões fiscais e que podem ter graves consequências a nível da redução das receitas tributárias, razão pela qual nos parece que a dedutibilidade dos juros naqueles casos deverá ser reequacionada.

1.4. Simetria na tributação entre mais-valias e dividendos

Finalmente, ainda no contexto das novas regras de *participation exemption*, a Comissão propõe ampliar o âmbito da isenção para evitar a dupla tributação económica dos lucros (e reservas) às mais-valias realizadas na transmissão de participações elegíveis.

Esta opção visa eliminar a assimetria existente entre as duas formas de realização de rendimento tipicamente associadas às participações sociais (distribuição de lucros/reservas e mais-valias), reconhecendo-se que tal assimetria é “*susceptível de influenciar a decisão fundamental de detenção de capital nas empresa, modificando, desta forma, o comportamento natural dos agentes económicos, ou, por outras palavras, criando ineficiências*”.¹¹

¹⁰ Cfr. Relatório página 127.

¹¹ Cfr. Relatório página 124.



Não podemos deixar de louvar esta medida, que coincide inteiramente com a proposta que publicamente fizemos em 2011.¹²

2. REVISÃO DO REGIME DAS CONCENTRAÇÕES NEUTRAS E DESENVOLVIMENTO DAS REGRAS APLICÁVEIS A REORGANIZAÇÕES NÃO NEUTRAS

No âmbito das operações de reorganização, a Comissão visou essencialmente dar acolhimento às tendências jurisprudenciais estabilizadas a propósito do regime de neutralidade fiscal, clarificando a aplicação deste regime a operações nas quais existe uma profunda divergência entre a interpretação da AT e dos contribuintes (em particular o caso da “fusão inversa” e das fusões entre “sociedades irmãs”, nas quais pode não haver uma atribuição de títulos aos sócios da sociedade extinta). A Comissão procurou também clarificar as regras de tributação das operações societárias realizadas fora do regime de neutralidade fiscal.

Parece-nos que são totalmente fundadas as preocupações manifestadas pela Comissão, que foram identificados os principais pontos de conflito e que as soluções propostas são, em geral e em nossa opinião, as mais adequadas.

Gostaríamos, no entanto, de contribuir com algumas sugestões em relação aos seguintes quatro aspectos relacionados com a tributação do rendimento nas operações societárias: (i) a qualificação dos rendimentos da partilha, na liquidação de sociedades; (ii) a fusão (fiscal) descrita na alínea d) do n.º 1 do artigo 73; (iii) as regras que se destinam à neutralização da tributação dos ganhos auferidos na eliminação das acções que a sociedade fundida detém na sociedade beneficiária; e (iv) a norma anti-abuso, prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC.

2.1.1. Tributação do produto da liquidação

A Comissão propõe a alteração da qualificação dos rendimentos da partilha na liquidação de sociedades, prevista no artigo 81.º do CIRC, no sentido de que os rendimentos auferidos pelo sócio (essencialmente a diferença entre o custo de aquisição das participações extintas em virtude da liquidação e a sua parcela no resultado da partilha) passem a ser qualificados como mais-valias.

A preocupação da Comissão deve-se, entendemos, à qualificação errónea destes rendimentos pela AT, com especiais implicações quando são auferidos por sócios não residentes elegíveis para a aplicação da Directiva Mães-Filhas. Com base na nossa experiência, parece-nos que a preocupação manifestada pela Comissão é inteiramente justificada e o esclarecimento do regime essencial. No entanto, pelas razões que seguidamente se apresentam, não nos parece que a proposta de qualificação apresentada seja aquela que melhor se ajusta à verdadeira natureza do rendimento em causa nem à sua tradicional qualificação no nosso sistema fiscal.

A título de clarificação, cumpre referir que a questão em apreço é a qualificação fiscal da distribuição aos sócios do produto apurado pela sociedade na sua liquidação. O produto da liquidação inclui as seguintes 3 componentes¹³:

¹² Cfr. António Rocha Mendes e Miguel Correia, *supra* nota 2, pág. 87 e seguintes.

¹³ As quais podem ser pagas aos sócios em dinheiro ou espécie, com as consequências fiscais que acima analisámos.



- O resultado (lucro) da liquidação, que corresponde ao lucro apurado no último exercício da sociedade (o período de liquidação);
- Reservas contabilísticas (que correspondem, grosso modo, a resultados transitados e outras variações patrimoniais não distribuídos aos sócios durante a “vida” da sociedade); e
- O capital social e outros instrumentos de capital próprio contribuído pelos sócios à sociedade.

As duas primeiras categorias correspondem, regra geral (apesar de haver algumas excepções) a lucros da sociedade que já foram sujeitos a tributação. A terceira componente não pode ser considerado rendimento dos sócios, pois trata-se da devolução de capital que foi investido por estes na sociedade. A sua devolução não implica, pois, um acréscimo patrimonial na sua esfera.

Relembremos que, nos termos da redacção actual do artigo 81.º do CIRC, os montantes recebidos pelos sócios na partilha da sociedade são tributados da seguinte forma:

- Ao montante total da partilha deduz-se o custo de aquisição da participação do sócio na sociedade liquidada;
- Se esta diferença for positiva:
 - É considerada “*rendimento de aplicação de capitais*” até ao limite da diferença entre o valor partilhado e o montante de capital realizado na sociedade liquidada;
 - O remanescente é qualificado como mais-valias;
- Se a diferença for negativa a totalidade do montante é qualificado como menos-valias.

Na prática, esta norma filtra as distintas componentes do resultado da partilha, classificando-as segundo a sua natureza.

Assim, para efeitos de cálculo do rendimento, o sócio deduz ao montante recebido na partilha aquilo que efectivamente investiu em capital (i.e. as suas contribuições para o capital mais o eventual preço que tenha pago pelas suas acções). O excesso, por implicar um acréscimo patrimonial, é considerado rendimento tributável. No entanto, de forma correcta, a norma não inclui todo o rendimento na mesma categoria, uma vez que uma parte desse rendimento corresponde a lucros apurados pela sociedade e outra parte (caso exista) corresponde à diferença entre o custo de aquisição das participações e o valor de capital efectivamente contribuído pelos sócios (esta situação verifica-se essencialmente quando as participações são adquiridas por um sócio não fundador “abaixo do par”).

Por isso, dispõe o artigo 81.º do CIRC, e parece-nos que bem, que o resultado da partilha deve ser analisado qualitativamente, sendo a parte do resultado da partilha que corresponda a lucros apurados pela sociedade liquidada sujeito a tributação como uma distribuição de lucros e o remanescente como mais-valias.

Conclui-se, portanto, que a parte do resultado da partilha que, nos termos da al. a) do n.º 2 do artigo 81.º do CIRC, é classificada como “*rendimento de aplicação de capitais*” corresponde essencialmente a resultados (lucros) ou outras variações patrimoniais da sociedade liquidada que já foram sujeitos a tributação. Por esta razão, tanto o CIRS como o CIRC mandam aplicar a estes rendimentos as mesmas regras que se aplicam às demais distribuições de lucros, nomeadamente:



- O n.º 3 do mesmo artigo 81.º que estabelece que a esta componente do resultado da partilha é aplicado o disposto no artigo 51.º do CIRC (eliminação da dupla tributação na distribuição de lucros); e
- Nos termos dos artigos 71.º e 72.º do CIRS, estes rendimentos sejam sujeitos à mesma taxa liberatória prevista para as distribuições de lucros.

Quando os sócios não são residentes em Portugal, a parcela do resultado da partilha que seja considerada “rendimento de aplicação de capitais”, é sujeita a tributação, por retenção na fonte, à taxa liberatória de 28%, taxa esta que poderá ser reduzida caso o beneficiário seja residente num país com o qual Portugal celebrou um acordo para evitar a dupla tributação.

As regras acima descritas, à luz da sua actual redacção, não geram quaisquer dúvidas interpretativas. A dúvida surge, pelo menos para a AT, na eventual aplicação da isenção de retenção na fonte prevista no n.º 3 do artigo 14.º do CIRC, segundo o qual “Estão isentos de os lucros que uma entidade residente em território português (...) coloque à disposição de entidade” elegível para efeitos da referida Directiva Mães-Filhas.

A questão que se coloca é se a componente qualificada como “rendimento de aplicação de capitais” na partilha se pode integrar no conceito de “lucros colocados à disposição” para efeitos da aplicação da isenção prevista no n.º 3 do artigo 14.º do CIRC. Por incrível que pareça, a resposta a esta questão é ainda objecto de divergências interpretativas entre a AT e os contribuintes pelo que se justifica inteiramente a preocupação da Comissão em relação a este tema. A AT, na informação vinculativa 1907/2004, a propósito da aplicação da dedução para evitar a dupla tributação às SGPS, traçou uma clara distinção entre a parcela dos rendimentos da partilha considerados como rendimentos de capitais e os demais rendimentos caracterizados como “lucros distribuídos”, nos seguintes termos:

“4. Tal como na Directiva 90/435/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, o artigo 46º do CIRC, por si só, não abrange os ganhos de liquidação e o correspondente regime apenas é aplicável a estes rendimentos por força da remissão prevista no mencionado nº3 do artigo 75º do CIRC.

5. Do mesmo modo, os rendimentos da partilha, considerados como rendimentos de capitais, obtidos por uma SGPS, não estão abrangidos no nº1 do artigo 32º do EBF, o qual estabelece que “às SGPS, às SCR e aos ICR é aplicável o disposto nos nºs 1 e 5 do artigo 46º do Código do IRC, sem dependência dos requisitos aí exigidos quanto à percentagem ou ao valor da participação”, sendo-lhes apenas aplicável a disciplina do nº3 do artigo 75º do CIRC.

6. De facto, o nº1 do citado artigo 32º do EBF apenas é aplicável quando estejam em causa lucros distribuídos e não rendimentos de partilha considerados como rendimentos de capitais, nos termos da alínea a) do nº2 do artigo 75º do CIRC”.

Tendo em consideração que o n.º 1 do artigo 32.º do EBF (actualmente revogado)¹⁴ não fazia qualquer referência a “lucros distribuídos”, limitando-se a remeter para o regime do (agora) artigo 51.º do CIRC, fica claro que a posição do fisco é a de que os “rendimentos da aplicação de capitais” obtidos na partilha não se integram no conceito de “lucros distribuídos” do artigo 51.º do CIRC. Na opinião do fisco, o regime dos segundos aplica-se aos primeiros apenas por mera remissão legislativa, não havendo qualquer coincidência quanto à natureza desses rendimentos.

Com base neste entendimento (apesar de nunca o ter expressado formalmente), na opinião da AT, os “rendimentos da aplicação de capitais” obtidos na partilha também não integrarão o conceito de “lucros distribuídos” previsto no n.º 3

¹⁴ À data da referida informação vinculativa, a redacção do n.º 1 do artigo 32.º do EBF era a seguinte: “Às SGPS (...) é aplicável o disposto nos n.ºs 1 e 5 do artigo 46.º do CIRC, sem dependência dos requisitos aí exigidos quanto à percentagem e ao valor da participação”. O artigo 46.º corresponde actualmente ao artigo 51.º.



do artigo 14.º do CIRC, pelo que não são elegíveis para a aplicação da isenção de tributação prevista na Directiva Mães-Filhas.

Este entendimento parece-nos errado essencialmente por duas razões. Primeiro, à luz do nosso ordenamento jurídico, pela própria natureza do rendimento em causa, conforme acima explicado. Segundo porque, ao contrário do que afirma a AT¹⁵, a Directiva parece incluir o resultado da liquidação no elenco de rendimentos que podem beneficiar da isenção de retenção na fonte, razão pela qual, quando os requisitos desta estejam cumpridos, o estado português fica obrigado a isentar o seu pagamento de retenção na fonte. Mesmo que tal não se entendesse, ainda assim uma interpretação diversa conduziria a uma inadmissível discriminação de sócios residentes noutros Estados membro, não permitida à luz do direito da União Europeia.

Em face do acima exposto, parece-nos que a preocupação da Comissão é inteiramente justificada. No entanto, parece-nos que a solução proposta (i.e. qualificar os rendimentos em apreço como mais-valias) não é a mais correcta, à luz da verdadeira natureza do rendimento e à luz da forma como estes rendimentos foram qualificados pelo legislador desde a versão original do CIRC. Parece-nos que o problema que preocupa a Comissão, i.e. a errónea qualificação destes rendimentos pela AT, se pode resolver de forma administrativa, sem ser necessário alterar a redacção do artigo 81.º nem, sobretudo, desvirtuar a verdadeira natureza dos rendimentos para efeitos da sua tributação.

2.1.2. Definição de fusão (fiscal) constante da alínea d) do n.º 1 do artigo 73 do CIRC segundo a proposta de Reforma

Conforme aponta a Comissão, algumas operações abrangidas pelo regime de neutralidade fiscal, quando concretizadas por sociedades que pertencem ao mesmo grupo – especialmente nos casos em que uma sociedade domina integralmente todas as que são abrangidas por uma reestruturação – vieram a ser consideradas pela AT como excluídas do regime em análise, essencialmente em dois casos: (i) as operações nas quais a sociedade beneficiária é integralmente detida pela sociedade fundida (“fusão inversa”); e (ii) as operações nas quais a sociedade incorporante não entrega participações suas aos sócios da sociedade fundida (fusão entre “sociedades irmãs”).

Estamos totalmente de acordo com o diagnóstico do problema, em ambos os casos, e com as soluções propostas pela Comissão no que se refere à primeira dessas operações. No entanto, no que se refere às soluções propostas em relação às segundas, parece-nos desnecessário criar um novo tipo de fusão fiscal com o único intuito de as enquadrar no regime de neutralidade. Cremos que a solução para o problema, de forma análoga à discutida no ponto 2.1.1., pode passar por meros esclarecimentos administrativos, sem necessidade de se introduzir uma maior complexidade num regime já de si difícil de interpretar.

Na verdade, parece-nos evidente que este tipo de operação já se encontra incluído na definição de fusão consagrada no CIRC e que as dúvidas surgem da errónea interpretação desse instituto pela AT, em particular no que se refere à absoluta necessidade de atribuição de participações sociais aos sócios da sociedade fundida. Parece-nos indiscutível que a atribuição de títulos não é parte integrante do conceito de fusão definido no CIRC, opinião que tem vindo a ser consistentemente confirmada pelos tribunais.

¹⁵ No ponto 4. do referido parecer vinculativo.



2.1.3. Eliminação das acções da sociedade fundida na beneficiária

A Comissão propõe também, sem especificar no Relatório os motivos, a introdução de uma nova alínea no artigo 74.º do CIRC, estabelecendo que *“Quando a sociedade fundida detém uma participação no capital da sociedade beneficiária, não concorre para a formação do lucro tributável a mais-valia ou menos-valia eventualmente resultante da anulação das partes de capital detidas nesta sociedade em consequência da fusão”*.

A situação aqui prevista é a fusão na qual a sociedade incorporada detém participações na sociedade incorporante.¹⁶ Trata-se, em nossa opinião, de uma das situações mais complexas do regime de neutralidade fiscal.

Em virtude de uma tal fusão, a sociedade incorporada “transmite” acções da sociedade incorporante para esta, que assim recupera uma parte das suas acções, podendo a sociedade incorporante:

- Contar com essas acções para realizar a “troca” pelas acções extintas¹⁷ (i.e. entregando-as aos sócios da incorporada);
- Aumentar o seu capital social no montante necessário previsto na relação de troca, eliminando de imediato as acções próprias adquiridas na fusão; ou
- Aumentar o seu capital social no montante necessário para satisfazer a relação de troca e manter as acções próprias em carteira¹⁸.

A aquisição das acções próprias é susceptível de gerar um ganho na esfera da sociedade incorporante, na exacta medida em que o justo valor dessas acções exceda o custo de aquisição das acções da incorporada extintas na fusão, regras que aliás se aplicam a qualquer outro activo “transmitido” no processo de fusão.

Justamente por estarem sujeitos ao mesmo tratamento que qualquer outro activo, os ganhos relativos à diferença acima mencionada poderão estar protegidos pelo regime de neutralidade fiscal, mas apenas na medida em que a sociedade incorporante reconheça como custo de aquisição desses activos (i.e. as acções próprias) o custo que tinham na esfera da sociedade incorporada. O problema é que esse reconhecimento nem sempre é possível.

Por esta razão, o diferimento fiscal destes ganhos estava previsto na proposta inicial da Directiva fiscal das fusões, mas apenas no caso em que tal impossibilidade surgia da utilização das acções próprias para satisfação da relação de “troca”. No entanto, como acabámos de ver, a problemática não se esgota neste caso.

O legislador português, ao implementar a Directiva das fusões, ignorou a tributação destes ganhos na esfera da incorporada. A razão poderá ter sido a inexistência de tal norma no projecto de Directiva à data de adesão de Portugal, que levou o legislador a nem sequer considerar a questão.

¹⁶ Esta situação pode ocorrer porque a incorporante é detida (em parte) pela incorporada ou porque as sociedades têm participações recíprocas.

¹⁷ Em nossa opinião não existe qualquer constrangimento à realização desta operação, desde um ponto de vista societário.

¹⁸ Esta aquisição de acções próprias é lícita nos termos do artigo 317 do CSC (seja porque tais acções representam menos de 10% do capital social ou porque são adquiridas a título universal). Para o caso de sociedades por quotas, este regime pode ser aplicado analogicamente. Isto assumindo que tal não está vedado pelos estatutos da sociedade, via uma proibição de aquisição de participações próprias. Note-se que este caso não está abrangido na limitação imposta pelo artigo 104.3 do CSC.



A Comissão, na presente Reforma, com toda a propriedade, identificou-a e procurou resolvê-la, mas apenas numa das três situações acima descritas, em concreto na segunda situação acima referida, i.e. em relação ao ganho “*resultante da anulação das partes de capital detidas <na sociedade incorporada> em consequência da fusão*”, o que nos parece poder ser insuficiente.

No que se refere ao primeiro caso acima descrito (a sociedade incorporante mantém as acções próprias em carteira), de facto, não há necessidade de qualquer previsão específica, uma vez que não existem restrições ao reconhecimento das acções próprias pelo mesmo valor que estavam registadas na esfera da sociedade incorporada.¹⁹

No entanto, no terceiro caso acima mencionado (a sociedade incorporante entrega as acções próprias recebidas na fusão aos sócios da sociedade incorporada), a ausência de previsão expressa pode levantar dúvidas em relação ao cumprimento dos requisitos para aplicação do regime de neutralidade fiscal, *maxime* no que se refere ao requisito de reconhecimento destes activos pelo valor no qual estavam reconhecidos na esfera da sociedade incorporada.

Desta forma, para eliminar quaisquer dúvidas que possam surgir, sugerimos que seja contemplada a possibilidade de introduzir também este caso no n.º 7 do artigo 74.º do CIRC, conforme aliás constava da proposta original da Directiva das Fusões.

2.1.4. Cláusula anti-abuso específica

Finalmente, ainda no contexto das reorganizações, gostaríamos de aproveitar a ocasião para sugerir duas alterações à norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC.

A primeira relaciona-se com uma aparente confusão terminológica. Na verdade, segundo a redacção actual da norma anti-abuso, esta aplica-se quando a operação em causa tenha “*objectivos de evasão fiscal*”. Na versão inglesa da norma correspondente na Directiva das Fusões, o artigo 15(1)(a) faz menção não só à evasão fiscal (*tax evasion*) mas também à elisão fiscal (*tax avoidance*). A redacção portuguesa da Directiva refere a “*fraude e evasão fiscal*”.

Parece-nos que a redacção da norma portuguesa (assim como a tradução da Directiva) não é inteiramente clara. Na verdade, esta norma, na sua redacção actual, terá que ser objecto de interpretação extensiva, para que possamos entender que o legislador português utilizou o conceito de “*evasão*” fiscal (*tax evasion*) de forma ampla, abrangendo no mesmo tanto a evasão como a elisão fiscal (*tax avoidance*).

Se assim não fosse, os efeitos do regime de neutralidade apenas poderiam ser negados caso se violasse frontalmente a lei (evasão fiscal em sentido estrito, ou seja fraude fiscal) e não quando ocorra uma prática abusiva (elisão fiscal). Tal solução seria absurda.

A segunda refere-se ao primeiro exemplo de abuso descrito no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, segundo o qual devem considerar-se realizadas de forma abusiva as operações entre entidades sujeitas a distintos regimes de tributação em sede de IRC.

¹⁹ Se bem que, note-se, os ganhos auferidos na sua posterior alienação estão isentos de imposto, por serem variações patrimoniais negativas excluídas do lucro tributável. No entanto, esta isenção é algo que transcende o regime de neutralidade fiscal.



Esta previsão poderá ter sido motivada pela existência, à data da sua redacção, de um regime especial de tributação na Zona Franca da Madeira. Pretender-se-ia evitar que a administração tributária tivesse que suportar o ónus da prova da elisão fiscal quando uma sociedade residente na zona franca fosse parte de uma operação de reorganização. No entanto, a confirmar-se tal objectivo, parece-nos que a inclusão destes casos na norma anti-abuso é desadequada, por duas razões.

A primeira razão é que a o envolvimento de sociedades isentas de IRC em reorganizações neutrais deve ser tratado num regime específico, não no contexto da norma anti-abuso. Na verdade, independentemente da motivação dos contribuintes, a própria essência do regime de neutralidade fiscal, quando aplicado a entidades isentas de imposto, exige que se realizem ajustamentos nas bases de imposto, os quais não foram ainda previstos na legislação fiscal portuguesa.

É que, ainda que inteiramente legítimas e motivadas por razões económicas válidas, estas operações não devem ser abarcas pelo regime de diferimento, sob pena de se colocar em causa a própria neutralidade da operação quando globalmente considerada.²⁰

O enquadramento destas situações na norma anti-abuso, além de sistematicamente incorrecto, elimina a possibilidade de as tratar segundo os princípios subjacentes ao regime de neutralidade fiscal. Sugere-se, portanto, que o tratamento das sociedades isentas seja excluído do âmbito da aplicação das normas anti-abuso e seja previsto um regime próprio para o efeito.

A segunda razão é que o critério utilizado pelo legislador para definir operações potencialmente abusivas é demasiado amplo. Na realidade, por um lado, as reorganizações de sociedades sujeitas a alguns dos regimes especiais de tributação previstos em sede de IRC não indiciam qualquer abuso do regime. Por exemplo, a fusão por absorção de uma SGPS²¹ numa sociedade comercial operativa dificilmente poderá ser julgada, à partida, como potencialmente abusiva. Por outro lado, sendo o regime de neutralidade fiscal aplicável a operações transfronteiriças, fica por esclarecer porque razão a reorganização de sociedades portuguesas que envolvam entidades residentes noutra Estado-membro deverão ser consideradas como indiciando abuso ao regime (as sociedades estrangeiras estão claramente sujeitas a um regime fiscal distinto em sede de IRC).

Lisboa, 19 de Setembro de 2013

²⁰ É que, mesmo que a reorganização não tenha carácter abusivo, os ganhos latentes originados durante o período em que os activos transmitidos foram propriedade de uma entidade tributada, devem ser tributados quando, no momento da sua alienação sujeita a imposto, se encontram na esfera de uma entidade isenta. Imaginemos a fusão por absorção de uma sociedade sujeita a IRC numa sociedade isenta deste imposto, na qual a entidade fundida tinha ganhos latentes de 1000 sobre o conjunto dos seus activos. Alguns exercícios mais tarde, a sociedade isenta transfere esses activos com um ganho de 1100. Ao abrigo da nossa legislação, a totalidade do ganho está isenta (por ser auferida por uma sociedade isenta de IRC), ainda que esta isenção se justificasse apenas em relação a 100, não aos remanescentes 1000 que tiveram origem no âmbito de uma actividade tributada. Em nossa opinião, o regime de neutralidade fiscal português deverá ser alterado, no sentido de que seja salvaguardada a neutralidade fiscal da operação de aquisição dos activos pela sociedade isenta, diferindo a tributação do ganho já latente na aquisição para o momento da futura alienação (aplicando-lhe o regime fiscal da entidade transmitente), mas assegurando-se a tributação desse ganho no momento da alienação dos respectivos activos pela sociedade isenta. Caso contrário, quando se demonstre que a operação é abusiva, os ganhos latentes no momento da primeira operação nunca serão tributados, o que efectivamente equivale a aplicar o regime de isenção da adquirente aos ganhos latentes originados na esfera da primeira transmitente.

²¹ Na circular 7/2004, noutra contexto, o Fisco entende expressamente que as SGPS são entidades sujeitas a um regime especial de tributação.