

PARTE 3

CAPÍTULO I

Reforma do IRC

LUIS MARQUES
ANTÓNIO NEVES

Reforma do IRC

O presente documento visa apresentar algumas sugestões, por parte da equipa da EY Portugal, tendentes a melhorar o sistema fiscal Português, concretamente, ao nível do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, tal como nos foi solicitado. Deste modo, e atendendo às limitações que um exercício deste género comporta, optámos por seleccionar as temáticas que, em face da nossa experiência profissional, têm vindo a assumir uma importância crítica junto dos diversos agentes económicos que atuam no mercado Português. Trata-se, assim, de uma reflexão não muito teórica, com antes pragmatismo e sentido prático, não se pretendendo efetuar uma dissertação técnica aprofundada sobre as temáticas objeto de análise, dando, ao invés, pistas e/ou sugestões que visem atingir o objetivo delineado com este trabalho.

Deste modo, passamos seguidamente a elencar as áreas / temas que foram objeto da nossa análise para efeitos do nosso trabalho, como segue:

Isenção de IRC (prevista no artigo 14.º do Código do IRC) - Flexibilização de meios de prova

De entre as isenções previstas no artigo 14º do Código do IRC, a isenção aplicável ao pagamento de lucros e reservas que as entidades portuguesas colocam à disposição junto de entidades não residentes assume uma importância acrescida, dado Portugal se tratar maioritariamente de um País que normalmente recebe mais investimento estrangeiro (*inbound*) por comparação ao investimento efetuado no exterior (*outbound*). Deste modo, a existência de uma regra geral que, cumpridos determinados requisitos, isente de IRC em Portugal esse fluxo de rendimentos (i.e. pagamento de lucros / dividendos) para o exterior é uma medida que faz todo o sentido e que encontra respaldo em várias jurisdições internacionais, nomeadamente nos vários Estados Membros da União Europeia e no Reino Unido. No entanto, a experiência indica-nos que a forma de aplicar, em termos práticos, a referida isenção de IRC, nem sempre se revela simples e, em alguns casos, revela-se mesmo impossível, levando a que alguns investidores estrangeiros se vejam confrontados com a necessidade de litigar com o Estado Português no sentido de verem ser aplicada uma norma que, em termos substantivos, faria todo o sentido ser aplicada de forma linear e sem grande margem para discussão.

Infelizmente, não é isso que acontece. De facto, o artigo 14.º do Código do IRC, no respetivo n.º 3, alínea b) prevê expressamente, entre outras condições, que a aludida isenção de IRC se aplique quando a entidade beneficiária do rendimento (i.e. o acionista e/ou sócio não residente) “*esteja sujeito e não isento de um imposto referido no artigo 2.º do Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC desde que, nas situações previstas na subalínea 3) da alínea anterior, a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º.*”

No entanto, o número 4 do artigo 14º do Código do IRC estabelece ainda que a prova das condições anteriormente referidas deve ser concretizada, perante a entidade que se encontra obrigada a efetuar a retenção na fonte, em momento anterior à data da colocação à disposição dos lucros e reservas distribuídos, através de declaração confirmada e autenticada pelas autoridades fiscais competentes do Estado de que é residente esta entidade.

Na prática, o Código do IRC impõe uma obrigação unilateral junto da entidade não residente de obtenção de uma declaração que tem de ser, obrigatoriamente, confirmada e autenticada pela autoridade tributária do seu Estado de residência, a qual tem de forçosamente referir que é sujeito a imposto sobre o rendimento no seu País e que a taxa de imposto corresponde a, pelo menos, 60% da taxa devida em Portugal.

Infelizmente, algumas autoridades tributárias de alguns países (i.e. Estados Unidos da América), não emitem / certificam este tipo de declarações o que inibe a aplicação da referida isenção de IRC. Esta situação, para além de gerar alguma perplexidade junto de investidores internacionais, gera algum desconforto e desconfiança sobre a transparência do nosso sistema fiscal. Sem prejuízo de se entender que devem ser dados elementos de prova documental que justifiquem a aplicação da isenção de IRC, a mesma deveria ser mais flexível no sentido de poderem ser providenciados elementos de prova alternativos.

Neste sentido, a norma em análise deveria ser complementada no sentido de prever expressamente que quando a obtenção da referida declaração não se revelar possível deverão ser admissíveis outros meios de prova que atestem / validem a mesma condição que tal declaração deveria comprovar (por exemplo, cópia certificada da respetiva declaração de rendimentos onde se evidencie de forma clara a taxa de imposto a que a entidade terá sido sujeita no seu País de residência onde se consegue facilmente confirmar a taxa de imposto devida no País de residência). Em suma, deve-se procurar uma forma de flexibilizar os meios de prova desde que atinjam os mesmos objetivos e assim promover uma maior transparência nas normas, aparentemente simples, mas com dificuldades práticas que se tornam em alguns casos intransponíveis. Aliás, temos vindo a acompanhar alguns processos de litigância tributária neste tipo de assuntos que seriam de todo evitáveis, com vantagens para ambas as partes. Seria sem dú-

vida, uma alteração que faria todo o sentido vir a ser considerada no nosso normativo jurídico-tributário, *in casu*, no Código do IRC.

Regime de dedução de prejuízos fiscais - Alterações estruturais

O regime que regula a dedução de prejuízos fiscais encontra-se previsto no artigo 52.º do Código do IRC. Esta tem sido uma área onde temos vindo a assistir a várias alterações ao longo dos últimos anos, sem que se perceba qual o fio condutor que norteia a estratégia do legislador nesta matéria, criando até alguma instabilidade junto dos diversos *stakeholders*, nomeadamente junto dos contribuintes mas também junto das autoridades tributárias. Pensamos que o atual contexto económico, o qual se deve caracterizar por criar algumas medidas de estímulo na área fiscal tendo por objetivo acelerar a retoma económica no período pós Covid-19, poderá ser propício a que se faça uma reflexão profunda nesta área, não apenas conjuntural, mas de natureza estrutural e que haja um “*pacto de regime*” no sentido de manter um regime legal de dedução de prejuízos fiscais estável e dentro daquilo que são as melhores práticas internacionais, promovendo igualmente Portugal como um País mais competitivo no domínio tributário.

De facto, com o processo de Reforma do IRC de 2014, o prazo de reporte para efetivar a dedução de prejuízos fiscais passou a ser de 12 (doze) anos. Contudo, isto apenas vigorou até ao final do exercício de 2016, sendo que a partir de 1 de janeiro de 2017, esse prazo foi reduzido para 5 anos. Esta inconstância e falta de estabilidade não ajuda a promover a competitividade fiscal de Portugal a nível internacional.

Recentemente, e no âmbito das múltiplas medidas fiscais de natureza extraordinária que foram adotadas pelo Governo como forma de combater os efeitos adversos provocados pela pandemia da Covid-19, a área dos prejuízos fiscais foi igualmente endereçada. Neste contexto, a Lei que aprovou o Orçamento do Estado Suplementar para 2020, estabeleceu um regime especial de dedução de prejuízos fiscais aplicável aos períodos de tributação de 2020 e 2021.

Em termos concretos, estabeleceu-se o alargamento do prazo de reporte dos prejuízos fiscais apurados nesses períodos de tributação de cinco (5) para dez (10) anos, bem como do limite de dedução dos mesmos para 80% do lucro tributável (atualmente fixado em 70% do lucro tributável), salvaguardando-se no entanto que as empresas classificadas como PME’s nos termos do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, mantêm o prazo de reporte de 12 anos. De igual modo, consagrou-se que a contagem do prazo de reporte dos prejuízos fiscais vigentes no primeiro dia do período de tributação de 2020 fica suspensa nos períodos de tributação de 2020 e 2021.

No entanto, tudo isto são medidas conjunturais e temporárias e os efeitos na competitividade fiscal de Portugal não terão os efeitos desejados numa ótica de longo prazo.

Assim, e tomando como exemplo comparativo a situação que temos em Espanha (dado ser um País muitas vezes utilizado para fazer comparações com Portugal), poder-se-ia contemplar uma alteração ao regime de dedução dos prejuízos fiscais que passasse por não impor qualquer regime temporal, nem quantitativo (a regra atual limita a dedução dos prejuízos fiscais a um valor correspondente a 70% do lucro tributável registado no ano) para se efetivar essa dedução. Ou seja, contemplar a possibilidade de o prazo de reporte para se efetivar a dedução de prejuízos fiscais fosse ilimitado.

Este princípio assenta numa premissa técnica geralmente aceite pela doutrina que ao nível do IRC existe um princípio de solidariedade entre os exercícios fiscais. É uma alteração ambiciosa, sem dúvida, mas certamente no caminho certo. Dentro deste contexto, poder-se-ia igualmente contemplar a possibilidade de se efetivarem as deduções de prejuízos para exercícios passados (por exemplo, limitar essa possibilidade aos últimos 4 anos, dado ser esse o prazo legal que Autoridade Tributária e Aduaneira dispõe para poder inspecionar os exercícios fiscais), corrigindo desse modo o imposto pago no passado (o processo internacionalmente apelidado de “*carry back*”).

Tudo isto obrigará por certo a uma discussão séria e a um “*pacto de regime*”, tal como anteriormente referido, e naturalmente a um exercício financeiro de medição de impactos ao nível das receitas do Estado, estando certo de que estas medidas poderiam sem quaisquer dúvidas contribuir para uma dinamização (e melhoria ao nível da competitividade) do sistema fiscal em Portugal.

Regime fiscal aplicável ao resultado da partilha no contexto de liquidações - clarificação do regime

Uma das áreas controversas ao nível do IRC reside no tratamento fiscal do resultado da partilha em resultado da liquidação de sociedades, especialmente quando tal facto origina uma perda na esfera dos sócios.

Atualmente, o regime fiscal aplicável a este tipo de situações encontra-se estatuído nos artigos 80.º e 81.º do Código do IRC.

Assim, estabelece o artigo 80.º do Código do IRC que “*na determinação do resultado de liquidação, havendo partilha pelos sócios, considera-se como valor de realização daqueles o respetivo valor de mercado*”. Até aqui tudo bem, sendo que muitas vezes se entra numa discussão muito sensível sobre o que deve ser considerado como valor de mercado, nomeadamente quando não existe um valor de mercado que resulte de uma cotação oficial em mercado organizado. No entanto, o recurso a avaliações promovidas por entidades externas tem sido geralmente aceite como forma de endereçar esta condição estabelecida pela lei (que aliás é comum a outras referências que existem quando se apela ao valor de mercado para estabelecer uma referência ao valor de realização).

Olhando agora para a situação concreta das perdas de liquidação, algumas questões têm vindo a revelar-se controvertidas, atendendo à letra da lei. Vejamos então:

Nos termos do artigo 81.º do Código do IRC a diferença entre o valor da partilha e o valor de aquisição das partes sociais e de outros instrumentos de capital próprio (por exemplo, prestações suplementares de capital), quando positiva, é englobada no rendimento tributável dos sócios com a natureza de mais-valia. Quando tal diferença é negativa, a mesma é considerada como menos-valia dedutível pelo montante que exceder a soma dos prejuízos fiscais deduzidos no âmbito da aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades e dos lucros e reservas distribuídos pela sociedade liquidada que tenham beneficiado do disposto no artigo 51.º (i.e. eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos).

Estabelece-se ainda que a menos-valia assim gerada não é dedutível nos casos em que a entidade liquidada seja residente em país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável que conste de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças (i.e. residentes em paraísos fiscais) ou quando as partes sociais tenham permanecido na titularidade do sujeito passivo por período inferior a quatro anos. Ora, é aqui que começam a surgir dúvidas sobre o alcance da lei. Será que o legislador ao impor um prazo mínimo de detenção de 4 anos para que a perda gerada numa operação de liquidação seja dedutível, estaria apenas a pensar nas partes sociais e não nos outros instrumentos de capital próprio? Parece ser o que resulta da letra da lei de uma forma clara e objetiva. Mas qual será a *ratio* para essa situação? Para melhor se perceber a situação, poderemos tentar ilustrar como um exemplo o alcance do que se referiu. Exemplificando então, se um sócio tiver adquirido partes sociais há mais de 4 anos e tiver realizado prestações suplementares de capital há apenas 2 anos, e assumindo que 90% do seu investimento na sociedade liquidada estaria concentrado nesta última modalidade, parece resultar da letra da lei que a menos-valia na liquidação, na parte imputável às prestações suplementares, seria fiscalmente dedutível sem mais. Mas será mesmo? É que temos vindo a assistir que a AT na sua atuação em processos de inspeção tem por hábito fazer um paralelismo entre partes sociais e outros instrumentos de capital próprio (i.e. aplicando o mesmo regime a ambas as realidades dado estarmos perante investimentos em sociedades, em sentido lato) e nestas situações originar divergências de entendimento que são suficientes para que se inicie um processo de litigância entre contribuintes e AT, dada a leitura que se pode fazer da letra da lei, que muitas vezes terminam nos tribunais. Por isso seria bom que se facto a lei fosse clara e se for essa a intenção do legislador, então que se altere a lei no sentido de referir expressamente que o aludido prazo de 4 anos aplica-se não só às partes sociais mas também aos outros instrumentos de capital de próprio.

Nesta temática existe ainda uma outra situação particular que urge resolver / sanar ao nível da letra da lei. O artigo 47.º-A do Código do IRC estabelece, entre outras situações, que para efeitos de IRC, a data de aquisição das partes de capital adquiridas ou atribuídas ao sujeito passivo por incorporação de reservas ou substituição, designadamente por alteração do respetivo valor nominal ou transformação da sociedade emitente, é a data de aquisição das partes de capital que lhes deram origem. Quer isto dizer, em termos práticos, que se um sócio detiver uma parte de capital “A” que tem um valor nominal de 5€ e proceder a um aumento do capital, não por emissão de novas partes de capital, mas sim por alteração do valor nominal da parte de capital “A”, passando a mesma, por exemplo, para um valor de 5.005€ (i.e. aumento de capital de 5.000€ por alteração do valor nominal), quer isto dizer que, com base no estipulado na lei, a data de aquisição da parte de capital “A” continuará a ser a data histórica / inicial em que sócio adquiriu inicialmente e não a data em que efetuou o aumento do capital. Contudo, temos vindo a constatar que a AT não entende dessa forma esta disposição legal e continua a entender que no contexto de aumentos de capital na modalidade de alteração do valor nominal continua a relevar a data do aumento do capital e não a data de aquisição das partes de capital que lhe deram origem. Ora, no contexto de liquidação de sociedades, quando existe uma perda e no caso o aumento do capital tiver sido feito há menos de 4 anos, a AT considera que essa parcela do custo de aquisição das partes sociais não concorre para o cômputo desse resultado. Ora, não é isso que decorre da letra da lei. Assim sendo, e se efetivamente é essa a intenção do legislador, dever-se-á promover uma alteração ao Código do IRC que vise clarificar esse ponto de forma definitiva. Por exemplo, promover uma alteração à redação do artigo 47.º-A do Código do IRC no sentido de fazer coincidir a data de aquisição com a data em que se efetivar o aumento do capital, independentemente da modalidade do aumento.

Regime de tributação autónoma - Maior flexibilização

O regime das tributações autónomas em sede de IRC é uma inovação da legislação portuguesa que não encontra paralelismo em muitas jurisdições com as quais Portugal gosta de se comparar, nomeadamente ao nível da União Europeia.

É algo que até tem sido merecedor de alguma controvérsia, pois trata-se de uma forma de tributação que incide sobre despesas e não sobre os lucros, como seria normal, dado que o IRC é um imposto que deveria incidir sobre os lucros das pessoas coletivas.

Contudo, isso seria uma outra discussão que não aquela que se pretende neste trabalho. Dando como inevitável a existência do regime das tributações autónomas, poder-se-ia equacionar uma maior flexibilização na aplicação das regras atualmente existentes.

Desde logo a penalização (*quicá* excessiva) nas situações em que os contribuintes registam / apuram prejuízos fiscais. O que esta situação parece evidenciar é que o legislador entende que se uma empresa apura prejuízo fiscal terá de pagar um imposto agravado em sede de tributações autónomas (i.e. acréscimo em 10 pontos percentuais), pois presume-se que o mesmo possa resultar de alguma intenção / manipulação do contribuinte e não de uma situação de natureza empresarial. Tal presunção estará certamente errada na maioria dos casos. Uma coisa são situações de fraude e evasão fiscal, as quais devem ser combatidas em sede própria e serem ainda objeto de uma fiscalização rigorosa, outra coisa é penalizar ainda mais uma situação já por si débil de um ponto de vista económico (i.e. o apuramento de um prejuízo).

Valeria a pena rever esta situação e acabar em definitivo com esta penalização excessiva e desproporcionada.

Outro aspeto a ter em conta é a utilização do regime das tributações autónomas enquanto forma de promover melhores práticas ambientais e de políticas de sustentabilidade, nomeadamente através da utilização de viaturas automóveis mais amigas do ambiente, como sejam viaturas movidas exclusivamente a energia elétrica e ainda viaturas híbridas plug-in. Se, por um lado, se saúda a inexistência de tributação autónoma no caso dos encargos suportados com viaturas movidas exclusivamente a energia elétrica, por outro lado, a existência de tributação autónoma (ainda que com taxas mais baixas) nas viaturas híbridas plug-in poderia ser revista de modo a diminuir ainda mais este tipo de incidência tributária. Há que passar uma mensagem clara de uma política de mobilidade sustentável e a utilização de viaturas híbridas plug-in são um passo certo nesse sentido.

Portanto, a ambição deve ser maior no sentido de se reduzirem substancialmente as taxas aplicáveis (i.e. atualmente cifram-se em 5% para viaturas com custo de aquisição inferior a 27.500€, em 15% para viaturas com custo de aquisição igual ou superior a 27.500€ e inferior a 35.000€, e em 27,5% para viaturas com custo de aquisição igual ou superior a 35.000€). Por exemplo, reduzir em 50% as taxas atualmente aplicáveis a este tipo de viaturas.

CFEI II - Medida conjuntural de maior longevidade

De entre as medidas de natureza fiscal que o Executivo adotou recentemente no sentido de tentar minimizar o impacto adverso provocado pela pandemia da Covid-19 no tecido empresarial, a reintrodução do Crédito Fiscal Extraordinário ao Investimento (CFEI II, dado ser um quase recalçamento do regime do CFEI que vigorou no ano de 2013), introduzido pela Lei do Orçamento do Estado Suplementar para 2020, é sem dúvida aquele que merece um destaque particular.

Trata-se de um incentivo que visa premiar, pela via fiscal, através de um crédito fiscal que se materializa através de uma dedução à coleta do IRC, de uma parte do investimento efetuado pelas empresas em ativos fixos tangíveis e intangíveis e ainda em projetos de investimento.

Pela nossa experiência, este tem sido um mecanismo que várias empresas têm vindo a utilizar ao longo dos últimos meses. Trata-se, em termos práticos, de uma dedução à coleta do IRC, correspondente a 20% dos investimentos elegíveis, tendo como limite 5.000.000€ (na prática, a dedução máxima corresponderá a 1.000.000€ = 5.000.000€ x 20%).

O que poderá ser ponderado é que se estenda a aplicação deste regime aos próximos 2 anos. De notar, que o CFEI II apenas se aplica aos investimentos relevantes efetuados entre 1 de julho de 2020 e 30 de junho de 2021. Sendo certo que os efeitos da pandemia da Covid-19 se irão, infelizmente, prolongar no tempo, seria de considerar a possibilidade de estender a aplicação deste regime especial até, pelo menos, ao final de 2022 e reavaliar mais tarde se faria sentido ainda assim prolongar por mais tempo.

Numa época em que o investimento na economia é mais preciso e necessário do que nunca, a manutenção deste tipo de incentivos fiscais revela-se fundamental e desejável para o nosso tecido empresarial.

Regime de transparência fiscal nas “sociedades de simples administração de bens”

O regime de transparência fiscal aplicável às “sociedades de simples administração de bens”, atualmente consagrado no artigo 6.º do Código do IRC, existe desde a entrada em vigor do Código do IRC em 1989.

Efetivamente, o preâmbulo ao Código do IRC referia expressamente que *“Importa ainda sublinhar que, com objectivos de neutralidade, combate à evasão fiscal e eliminação da denominada dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos sócios, se adopta em relação a certas sociedades um regime de transparência fiscal. O mesmo caracteriza-se pela imputação aos sócios da parte do lucro que lhes corresponder, independentemente da sua distribuição.”*.

Por outro lado, o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro de 1988, estabelece que *“Não obstante o regime de transparência fiscal estabelecido na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do Código do IRC, os lucros das sociedades de simples administração de bens, nas condições aí mencionadas, obtidos anteriormente à data da entrada em vigor do mesmo Código, que venham a ser posteriormente a esta colocados à disposição dos respectivos sócios, serão considerados rendimentos de aplicação de capitais e sujeitos a tributação em IRS ou IRC nos termos gerais.”*.

Ao longo dos anos o tema da transparência fiscal nas “sociedades de simples administração de bens” tem sido objeto de estudos e entendimentos da Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”), mas, talvez mais do que nunca, este é um tema extremamente atual, em particular, no que respeita ao setor imobiliário.

A este respeito, importa identificar o que se entende por “sociedades de simples administração de bens”. Nos termos do já referido artigo 6.º do Código do IRC, tal corresponde a sociedades em que:

- A maioria do capital social pertença, direta ou indiretamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar (grupo constituído por pessoas unidas por vínculo conjugal ou de adoção e bem assim de parentesco ou afinidade na linha reta ou colateral até ao 4.º grau, inclusive); ou
- O capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público.

O mesmo artigo vem, ainda, esclarecer que uma “sociedade de simples administração de bens” é uma sociedade *“(…) que limita a sua atividade à administração de bens ou valores mantidos como reserva ou para fruição ou à compra de prédios para a habitação dos seus sócios, bem como aquela que conjuntamente exerça outras atividades e cujos rendimentos relativos a esses bens, valores ou prédios atinjam, na média dos últimos três anos, mais de 50% da média, durante o mesmo período, da totalidade dos seus rendimentos”*.

Esta temática é, particularmente, pertinente no caso do arrendamento de bens imóveis, nomeadamente, se esse arrendamento não for acompanhado da prestação de serviços associados ao imóvel e que vão além da mera manutenção, reparação ou realização de benfeitorias.

Em termos práticos, a transparência fiscal poderá ser ultrapassada, regra geral, e quando não se verifique o controlo por um grupo familiar, mediante a existência de seis ou mais sócios na “sociedade de simples administração de bens”.

Desde logo, seria importante harmonizar o artigo 6.º do Código do IRC relativamente aos requisitos dos sócios das “sociedades de simples administração de bens”. De facto, se relativamente aos grupos familiares se exige a detenção durante mais de 183 dias do exercício fiscal, não se vislumbra qual a razão para que no caso de um número de sócios não superior a cinco, assumindo que não há controlo por parte de um grupo familiar, basta a detenção num único dia do exercício fiscal, sem sequer ser necessariamente o correspondente ao do facto gerador do imposto (último dia do período de tributação, conforme decorre do n.º 9 do artigo 8.º do Código do IRC).

Assim, afigura-se desproporcionada a exigência de que basta apenas haver menos de seis sócios durante um qualquer dia no ano. A ser assim, deveria ser no último dia do ano (onde se verifica o facto gerador do imposto) ou, tal como se verifica relativamente ao grupo familiar, afigura-se mais adequado somente relevar as situações em que a sociedade tenha menos de seis sócios durante a maioria do período de tributação.

Nos termos do artigo 12.º do Código do IRC, as “sociedades de simples administração de bens”, sujeitas ao regime de transparência fiscal, não são tributadas em IRC, exceto relativamente na parte respeitante a tributações autónomas, pelo que se tem entendido que essas entidades não se encontram sujeitas a IRC. Na prática, a matéria coletável, apurada nos termos do Código do IRC, e independentemente da distribuição de lucros, será imputada aos sócios (pessoas singulares ou coletivas) na respetiva proporção do capital que, sendo não residentes, são considerados como obtidos através de um estabelecimento estável em território português (tema que, por si só, é passível de discussão face ao conceito de estabelecimento estável previsto nas Convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal, embora este não seja, de todo, o foco do presente texto).

A aplicação do regime de transparência fiscal a uma sociedade resulta em várias consequências em termos fiscais, designadamente: (i) a mesma não poder integrar um grupo ao qual seja aplicável o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (“RETGS”), por não ser uma sociedade sujeita a IRC, (ii) a não aplicação do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 73.º e seguintes do Código do IRC relativamente a operações

de reestruturação em que a sociedade seja eventualmente interveniente, pela mesma razão, e (iii) a não aplicação da dispensa de retenção na fonte sobre os rendimentos prediais obtidos, conforme especificamente previsto na alínea g) do n.º 1 do artigo 97.º do Código do IRC.

Por outro lado, e uma vez que o âmbito do presente texto visa apenas o IRC, suscita-se a questão sobre a tributação dos sócios (pessoas coletivas) relativamente aos lucros distribuídos (v.g., dividendos) pela “sociedade de simples administração de bens” sujeita ao regime de transparência fiscal, bem como relativamente às mais-valias decorrentes da eventual alienação das respetivas partes de capital. Sobre estes aspetos, a AT veio recentemente emitir entendimento no seguinte sentido:

- Os lucros distribuídos pela “sociedade de simples administração de bens”, relativamente a lucros obtidos durante a aplicação do regime de transparência fiscal, não lhes sendo aplicável o artigo 51.º do Código do IRC (i.e., eliminação da dupla tributação económica – “*participation exemption*”), na medida em que a sociedade não é considerada como sujeita a IRC, não devem ainda assim ser sujeitos a tributação em sede de IRC na esfera dos sócios, uma vez que tais lucros já foram tributados no momento da imputação da matéria coletável (em linha com o que se encontra especificamente previsto no Código do IRS);
- No que concerne às mais-valias resultantes da transmissão das partes de capital na “sociedade de simples administração de bens”, não se aplica o artigo 51.º-C do Código do IRC (i.e., exclusão de tributação das mais-valias realizadas na transmissão de partes de capital), são as mesmas sujeitas a tributação em IRC de acordo com as regras gerais, na medida em que as “sociedades de simples administração de bens” sendo sujeitas ao regime de transparência fiscal não são tributadas em IRC.

Relativamente aos lucros distribuídos, e até porque um dos princípios basilares do regime de transparência fiscal sempre foi a eliminação da dupla tributação económica, o entendimento da AT – embora não respaldado em norma específica do Código do IRC, ao contrário do que se verifica em IRS – afigura-se totalmente correto, bem como em linha com o já referido regime transitório previsto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro de 1988, relativamente às “sociedades de simples administração de bens”, na medida em que se consagra a tributação na esfera dos sócios (em IRS ou IRC) no que respeita aos lucros distribuídos e decorrentes de resultados obtidos anteriormente à aplicação do regime de transparência fiscal, nomeadamente porque tal regime não existia antes de 1989.

Ou seja, o referido regime transitório visa clarificar a tributação dos lucros distribuídos na esfera dos sócios, quando respeitem a resultados obtidos antes de 1989, uma vez que até 1988 não existia o regime de transparência fiscal e a consequente imputação de matéria coletável aos sócios. Por conseguinte, à contrário, os lucros distribuídos respeitantes a resultados obtidos durante a vigência e aplicação do regime de transparência fiscal não devem ser tributados na esfera dos sócios aos quais se verificou a imputação da matéria coletável da “sociedade de simples administração de bens”.

Aliás, diga-se, que a referência à transparência fiscal no n.º 3 do artigo 14.º do Código do IRC, parece querer dizer o mesmo, ou seja, se a sociedade que distribui os lucros ou reservas se encontra abrangida pelo regime de transparência fiscal, não se aplica a isenção prevista no referido artigo, na medida em que a mesma não é sequer necessária atento o facto de se considerar que os lucros distribuídos, tendo já sido imputados e tributados na esfera dos sócios não residentes através de um estabelecimento estável presumido nos termos do n.º 11 do artigo 5.º do Código do IRC, não o deverão ser novamente, sob pena de dupla tributação.

No entanto, é curiosa a redação do n.º 3 do artigo 14.º do Código do IRC, porquanto, se refere que “(...) *que uma entidade residente em território português, sujeita e não isenta de IRC ou do imposto referido no artigo 7.º e não abrangida pelo regime previsto no artigo 6.º, coloque à disposição de uma entidade (...)*”, isto é, se é entendimento pacífico que uma entidade sujeita ao regime de transparência fiscal não é sujeita a IRC, a menção ao regime de transparência fiscal parece afigurar-se redundante.

Contudo, no que concerne às mais-valias resultantes da alienação de partes de capital em “sociedades de simples administração de bens”, sujeitas ao regime de transparência fiscal, e mesmo compreendendo o entendimento da AT face à atual redação do Código do IRC, não deveria ser esquecido o mais que possível paralelismo com o previsto no artigo 66.º (Imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado) do Código do IRC, muitas vezes apelidado precisamente de “transparência fiscal internacional”, bem como no artigo 81.º (Resultado da partilha) do mesmo diploma, onde o legislador procurou mitigar a dupla tributação, tanto nos lucros distribuídos como nas mais-valias realizadas com alienação ou liquidação.

Na verdade, convém não esquecer que a tributação de mais-valias ao nível dos sócios é, também, uma forma de dupla tributação económica, no caso da transparência fiscal agravada pelo facto de os lucros das “sociedades de simples administração de bens” serem sujeitos a tributação na esfera dos sócios, precisamente onde se verifica a tributação sobre mais-valias realizadas com a alienação das partes sociais representativas do capital de tais sociedades.

Tem sido amplamente aceite na literatura jurídico-tributária que “*a realização de mais-valias e a distribuição de lucros são formas alternativas e substitutivas de aportação de valor aos acionistas e que um tratamento diferenciado destas duas formas de realização de rendimento seria suscetível de influenciar a decisão de detenção de*

capital nas empresas e, assim, distorcendo ou pelo menos modificando o que seria o comportamento normal dos agentes económicos”.

No caso do artigo 66.º do Código do IRC, e em resultado da Reforma do IRC ocorrida em 2014, o legislador entendeu (e bem) introduzir uma norma que mitiga a dupla tributação no caso da alienação da subsidiária estrangeira sujeita às regras de imputação de rendimentos, ou seja, de acordo com o n.º 11 do referido artigo, *“Em caso de transmissão onerosa de partes sociais de uma entidade não residente a que tenha sido aplicável o disposto no n.º 1 são dedutíveis ao valor de realização os valores que o sujeito passivo prove terem sido imputados para efeitos de determinação do lucro tributável de períodos de tributação anteriores, na parte em que os mesmos não tenham sido ainda considerados nos termos do n.º 8.”.*

Por conseguinte, ao permitir a mencionada dedução para efeitos de apuramento de mais-valias, está a evitar-se uma clara dupla tributação dos lucros já imputados – e tributados na esfera do sócio – mas que por não terem sido ainda distribuídos se encontram a valorizar a sociedade e, por conseguinte, a incrementar as mais-valias.

De facto, podem estar embutidos na mais-valia, realizada aquando da alienação das partes sociais, os lucros que uma sociedade realizou, mas que ainda não distribuiu aos sócios, sendo que no caso das “sociedades de simples administração de bens”, sujeitas ao regime de transparência fiscal, tais lucros terão já sido imputados e tributados na esfera dos sócios. Ora, situação similar foi precisamente o que o legislador pretendeu evitar – e que se verificou durante muitos anos – relativamente ao regime de imputação de rendimentos previsto no artigo 66.º do Código do IRC.

No caso do regime de transparência fiscal, a situação é em tudo semelhante, com a agravante de que será algo bem mais recorrente do que os casos resultantes da aplicação do artigo 66.º do Código do IRC.

No caso do artigo 81.º do Código do IRC, embora não se trate de mais-valias decorrentes da transmissão onerosa, mas ainda assim qualificadas como mais-valias face à atual redação do n.º 2 do mesmo artigo, o seu n.º 5 estabelece que *“Relativamente aos sócios de sociedades abrangidas pelo regime de transparência fiscal, nos termos do artigo 6.º, ao valor que lhes for atribuído em virtude da partilha é ainda abatida a parte do resultado de liquidação que, para efeitos de tributação, lhes tenha sido já imputada, assim como a parte que lhes corresponder nos lucros retidos na sociedade nos períodos de tributação em que esta tenha estado sujeita àquele regime.”.* Mais uma vez, esta norma visa eliminar a dupla tributação de lucros já tributados na esfera do sócio e que, por não terem ainda sido distribuídos, implicam um aumento da mais-valia apurada aquando da extinção da sociedade participada.

Se o legislador chegou à conclusão da necessidade de introduzir normas como o n.º 11 do artigo 66.º e o n.º 5 do artigo 81.º, ambos do Código do IRC, e corrigiu uma situação passível de dupla tributação económica, afigura-se que o mesmo deverá ser urgentemente contemplado para efeitos do regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do mesmo diploma.

Embora tal, justa e desejável, alteração não permita uma exclusão completa das mais-valias de partes sociais ao nível do sócio de “sociedades de simples administração de bens” abrangidas pelo regime de transparência fiscal, possibilitaria, pelo menos, atenuar a dupla tributação na parte correspondente aos lucros não distribuídos, mas já e imputados e tributados na esfera dos sócios.

Face ao exposto, seria de todo conveniente considerar uma alteração ao artigo 6.º do Código do IRC, no sentido de – aliás, à semelhança das regras atualmente previstas nos artigos 66.º e 81.º do mesmo diploma – permitir uma correção (dedução), para efeitos de apuramento de mais-valias ao nível dos sócios de sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal, no montante dos lucros já imputados aos sócios, mas ainda não distribuídos.

Já agora, é de chamar à colação o carácter obrigatório do regime de transparência fiscal, o qual deveria ser reavaliado, face à distorção que atualmente poderá originar. Para o efeito, vamos considerar um simples exemplo comparativo:

- Cenário A – Sócio pessoa coletiva (sociedade) residente em Portugal que detém 99% de uma “sociedade de simples administração de bens” sujeita ao regime de transparência fiscal, também residente em Portugal;
- Cenário B – Sócio pessoa coletiva (sociedade) residente em Portugal que detém 99% de uma “sociedade de simples administração de bens” não sujeita ao regime de transparência fiscal (designadamente, por a mesma ter seis ou mais sócios), também residente em Portugal.

No cenário A, e não se aplicando o artigo 51.º-C do Código do IRC, em caso de alienação das partes de capital da “sociedade de simples administração de bens” sujeita ao regime de transparência fiscal, o sócio maioritário seria tributado em sede de IRC relativamente a uma mais-valia, ou poderá deduzir uma menos-valia para efeitos fiscais, sendo que os ativos da “sociedade de simples administração de bens” mantêm a respetiva base fiscal.

Ora, considerando que a eventual mais-valia incorporará, certamente, a expectativa de resultados futuros a apurar pela “sociedade de simples administração de bens” sujeita ao regime de transparência fiscal, quer pela valorização dos respetivos ativos, quer pelos resultados decorrentes da sua atividade de arrendamento, o que deverá influenciar o valor das partes de capital, verifica-se uma dupla tributação: (i) ao nível do sócio que realiza a mais-valia na alienação da “sociedade de simples administração de bens” e (ii) ao nível do novo sócio da sociedade (ou

da própria sociedade caso esta deixe de ficar sujeita ao regime de transparência fiscal) relativamente a resultados futuros apurados (incluindo eventuais mais-valias decorrentes da alienação de ativos) pela “sociedade de simples administração de bens”.

No cenário B, e assumindo a aplicação do artigo 51.º-C do Código do IRC (nomeadamente, por se verificarem todos os requisitos aplicáveis e a sociedade desenvolver uma atividade de arrendamento, não sendo aplicável a limitação prevista no n.º 4 do referido artigo), em caso de alienação da “sociedade de simples administração de bens” não sujeita ao regime de transparência fiscal, o sócio maioritário não seria tributado em sede de IRC relativamente a uma mais-valia, mas também não poderia deduzir fiscalmente uma eventual menos-valia, sendo que também neste cenário os ativos da “sociedade de simples administração de bens” mantêm a respetiva base fiscal.

Deste modo, no cenário B, já não se verifica uma dupla tributação, porquanto, embora os resultados futuros apurados (incluindo eventuais mais-valias decorrentes da alienação de ativos) pela “sociedade de simples administração de bens” não sujeita ao regime de transparência fiscal venham a ser tributados ao nível da mesma ou do novo sócio da sociedade (caso esta passe a ser sujeita ao regime de transparência fiscal), não se verifica tributação ao nível do sócio que realiza a mais-valia na alienação da “sociedade de simples administração de bens”.

Ora, assim sendo, face à atual legislação em vigor, então o regime de transparência fiscal não parece permitir atingir os desígnios da neutralidade (fiscal) e da eliminação da dupla tributação, o que somente seria possível mediante aplicação do regime previsto no artigo 51.º-C do Código do IRC, ou equivalente, à mais-valia realizada pelo sócio com a alienação da “sociedade de simples administração de bens” sujeita ao regime de transparência fiscal.

Não sendo exequível aplicar o artigo 51.º-C do Código do IRC, bem como ao facto de que o regime de transparência fiscal foi introduzido há mais de 30 anos com o intuito de constituir uma norma anti-abuso e de eliminação da dupla tributação (relativamente à qual existem hoje mecanismos eficazes, tanto para lucros distribuídos como para mais-valias realizadas com partes de capital), afigura-se que, pelo menos relativamente às “sociedades de simples administração de bens”, o regime de transparência fiscal fosse tornado facultativo, mediante opção, e não obrigatório, como sucede atualmente.

Tal opção facultativa também permitiria evitar as distorções que hoje existem, por exemplo, sempre que as “sociedades de simples administração de bens” são controladas por um grupo familiar quando comparadas como a situação em que não o são, sendo que no último caso com alguma facilidade se consegue aumentar o número de sócios acima de cinco. Na prática, para as “sociedades de simples administração de bens” não controladas por grupos familiares, o regime de transparência fiscal acaba por ser quase “opcional”, consoante o número de sócios, mas tal não se verifica quando existe controlo por parte de um grupo familiar.

Harmonização do regime de “participation exemption”

Com a Reforma do IRC, ocorrida em 2014, foram efetuadas alterações significativas ao regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos, constante do artigo 51.º do Código do IRC, bem como alargado o regime de “*participation exemption*” para as mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão de instrumentos de capital próprio, mediante introdução do artigo 51.º-C ao mesmo diploma.

O Relatório da Comissão para a Reforma do IRC mencionava expressamente que “*É entendimento da Comissão que a introdução no ordenamento jurídico-nacional de um regime de participation exemption de carácter universal – aplicável aos lucros e reservas distribuídos e, bem assim, às mais-valias realizadas – contribuirá significativamente para o incremento da competitividade do nosso país. Este regime, que encontra a sua ratio num aprofundamento do princípio da territorialidade, é acompanhado por um conjunto de requisitos que visam assegurar a substância das operações por ele abrangidas.*”.

Justificando que “*(...) a literatura económica tem considerado que a realização de mais-valias e a distribuição de dividendos são duas formas alternativas de aporção de valor aos acionistas, sendo concebidas como substitutos próximos, em função da sua inerente substituíbilidade relativa. Nestes termos, considera-se que um tratamento fiscal discrepante entre estas duas formas de realização do rendimento é suscetível de influenciar a decisão fundamental de detenção de capital nas empresas, modificando, desta forma, o comportamento “natural” dos agentes económicos, ou, por outras palavras, criando ineficiências.*”.

Por conseguinte, afigura-se que era intuito consagrar um regime de “*participation exemption*” em moldes similares para lucros distribuídos e mais-valias ou menos-valias, o que não se verifica plenamente atingido.

De facto, embora as condições previstas no artigo 51.º-C do Código do IRC, para as mais-valias e menos-valias, sejam em tudo similares às constantes do artigo 51.º do mesmo diploma, para os lucros distribuídos, até porque o primeiro remete para o segundo, há pelo menos duas diferenças, uma das quais bastante relevante.

Desde logo, o regime de exclusão de tributação aplicável a lucros distribuídos permite que o período mínimo de detenção da participação seja cumprido após o recebimento dos lucros, na medida em que a alínea b) do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC dispõe que “*(...) ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período.*”. Já no que concerne às mais-valias e menos-valias, o n.º 1 do artigo

51.º-C do Código do IRC prevê expressamente “(...) *de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a um ano de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a um ano (...)*”.

A este respeito, e embora se entenda a diferença, notamos que no Luxemburgo o regime de “*participation exemption*” para mais-valias e menos-valias – que também considera um período mínimo de detenção de 12 meses – permite a exclusão de tributação ainda que as partes de capital tenham sido detidas por período inferior a 12 meses caso o contribuinte se comprometa a manter uma participação mínima de 10% até completar o período ininterrupto de 12 meses de detenção. Já não falando nos Países Baixos, em que o requisito de detenção temporal nem sequer existe, basicamente sendo de aplicar uma participação mínima de 5%.

Mas talvez mais importante, seria uniformizar um aspeto entre o regime aplicável a lucros distribuídos e o regime aplicável a mais-valias e menos-valias. De facto, no primeiro caso, afigura-se relativamente pacífico que, caso um contribuinte obtenha lucros distribuídos e cumpra com os requisitos previstos no artigo 51.º do Código do IRC, designadamente a detenção de uma participação mínima de 10% durante o ano anterior à distribuição de lucros, a totalidade dos lucros recebidos deverá beneficiar do regime de exclusão de tributação, ainda que, no limite, 90% da participação na sociedade que distribuiu os lucros seja detida há menos de 12 meses e não seja mantida até completar esse período de detenção. Ou seja, verificando-se os requisitos mínimos, a exclusão de tributação será de aplicar à totalidade dos lucros recebidos, mesmo que o requisito do período de detenção não se verifique (nem se venha a verificar) relativamente a parte das partes de capital detidas na sociedade que distribuiu os lucros, porquanto, a “*A participação referida no número anterior [participação não inferior a 10% do capital social ou dos direitos de voto] tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à distribuição (...)*”.

Na prática, não se verifica a necessidade de separar os lotes de partes de capital detidas na sociedade participada para determinar se relativamente a uns se aplica a exclusão de tributação nos lucros distribuídos e relativamente a outros tal não se verifica, ou seja, acaba por ser um “tudo ou nada”.

No entanto, no caso das mais-valias e menos-valias, o regime de exclusão de tributação parece não ser tão abrangente, na medida em que se refere expressamente “(...) *de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a um ano (...)*”, isto é, todas as partes sociais objeto de transmissão onerosa têm de ter sido detidas durante pelo menos 1 ano para se aplicar a exclusão de tributação, para além de ter de se verificar um nível de participação não inferior a 10% do capital social ou dos direitos de voto. Ora, ao contrário do que sucede com os lucros distribuídos, a alienação de 100% – quando, por exemplo, 90% foram detidos durante menos de 1 ano – não será maioritariamente excluída de tributação.

Conforme referido supra, o atual regime de “*participation exemption*” vigente em Portugal não se revela tão abrangente como, por exemplo, os existentes em países como o Luxemburgo e os Países Baixos, onde muitas das *holdings* europeias se encontram localizadas. É certo que a atração de investidores não se pode apenas atingir mediante medidas fiscais, pois há todo um conjunto de fatores – legais, regulamentares, estabilidade da legislação, *compliance*, etc. – para a atratividade de uma jurisdição.

Posto isto, se Portugal se quer afirmar como uma jurisdição competitiva em matéria fiscal, o que, diga-se, foi um dos desígnios da Comissão para a Reforma do IRC, e para o qual em muito contribuí o atual regime de “*participation exemption*”, complementado com o regime de exclusão de lucros e prejuízos de estabelecimento estável situado fora do território português (artigo 54.º-A do Código do IRC) e o crédito de imposto por dupla tributação económica internacional (artigo 91.º-A do mesmo diploma), há que equacionar ir um pouco mais além e flexibilizar, em particular, o artigo 51.º-C do Código do IRC.

Norma sobre adoção das normas internacionais de contabilidade

De acordo com o modelo de dependência parcial do Código do IRC face à contabilidade, consagrado no artigo 17.º do referido diploma, regra geral, é possível argumentar que as normas internacionais de contabilidade devem ter relevância fiscal, ainda que nalguns casos seja necessário equacionar alguns ajustamentos em conformidade com as regras de apuramento do lucro tributável para efeitos de IRC.

De facto, a título de exemplo, refira-se a mudança total de entendimento da AT relativamente à relevância fiscal, na esfera do locatário, no que concerne às locações operacionais abrangidas pela IFRS 16, quando os contribuintes adotam as normas internacionais de contabilidade.

Numa primeira fase, em 2019, e em resposta a vários pedidos de informação vinculativa apresentados por diversos contribuintes, a AT foi perentória a argumentar que a IFRS 16 não deveria ter relevância fiscal, quer por falta de normas específicas, quer devido à divergência de tratamento quando comparado com contribuintes que aplicam o sistema de normalização contabilística.

Contudo, em 2020, foi emanada a Circular nº 7/2020, onde a AT veio reconhecer que a IFRS 16, em particular no que respeita às locações operacionais, relativamente aos contribuintes que adotem as normas internacionais de contabilidade, deve ter relevância fiscal em sede de IRC, sem prejuízo de alguns ajustamentos que se revelam necessários.

Ora, de modo a evitar futuras discussões sobre este tipo de temática, seria de todo conveniente clarificar, no referido artigo 17.º do Código do IRC, o princípio geral de adoção automática das normas internacionais de contabilidade para efeitos de apuramento do lucro tributável, ainda que suscite divergências – em muitos casos, meramente temporárias – face ao resultado apurado por contribuintes que apliquem o sistema de normalização contabilística, salvo previsão em contrário em diploma específico para o efeito.