



Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de
Lisboa

***A tributação dos grupos de sociedades à
luz da recente jurisprudência do Tribunal
de Justiça da União Europeia***

Maria Alexandra Estêvão | n.º 142713071

Tese de Mestrado em Direito e Gestão

Sob a orientação do Mestre Luís Janeiro

Julho de 2015

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AG	Advogado(a) Geral
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AT	Autoridade Tributária
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
EE	Estabelecimento Estável
EEE	Espaço Económico Europeu
E-M	Estados-Membros
UE	União Europeia
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
Lei n.º 2/2007, de 19 de Janeiro	Lei das Finanças Locais
MEP	Método da Equivalência Patrimonial
NCRF	Norma Contabilística e de Relato Financeiro
N.º	Número
OPA	Oferta Pública de Aquisição
P.	Página
PAC	Pagamento Adicional por Conta
PEC	Pagamento Especial por Conta
PPC	Pagamento por Conta
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
SS.	Seguintes
T.A	Tributação Autónoma
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
GFL	Gastos de Financiamento Líquidos

EBITDA ajustado	Resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos corrigido nos termos da lei fiscal
€ 1M	Um milhão de euros

Índice

Introdução	5
Parte I.....	8
1.1 Os grupos de sociedades enquanto forma de expansão empresarial.....	8
1.2 O conceito jurídico de grupo de sociedades.....	10
1.3 O conceito contabilístico de grupo de sociedades	13
Parte II	16
2.1 A tributação das pessoas colectivas	16
2.2 O regime especial de tributação dos grupos de sociedades – art. 69.º CIRC.....	18
2.2.1 Pagamento por conta e pagamento especial por conta	20
2.2.2 Derrama Municipal e Derrama Estadual	22
2.2.3 A limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos	22
2.2.4 Dedução de prejuízos fiscais.....	24
Parte III	26
3.1 A influência do Direito da União Europeia no regime de tributação dos grupos de sociedades	26
3.1.1 O Acórdão Marks & Spencer, 13 de Dezembro de 2005	29
3.1.2 O Acórdão Oy AA, 18 de Julho de 2007.....	30
3.1.3 O Acórdão Papillon, 27 de Novembro de 2008	31
3.1.4 O Acórdão X Holding, 25 de Fevereiro de 2010.....	32
3.1.5 O Acórdão Philips Electronics, 6 de Setembro de 2012	33
3.2 O Acórdão SCA Group Holding - Processos apensos C-39/13, C-40/13 e C-41/13, 12 de Junho de 2014.....	34
3.3 Apreciação da posição tomada pelo TJUE nos Acórdãos em causa.....	38
Parte IV	44
4.1 A influência do Acórdão SCA Group Holding na legislação interna	44
4.2 Questões práticas decorrentes do novo regime	46
Conclusão	55
Bibliografia	59
Listagem de Acórdãos	60

Introdução

Num sistema em que vigora uma economia de mercado global, as empresas nascem, desenvolvem-se e expandem-se tendo em vista a criação de valor.

O papel disciplinador da actividade empresarial deverá surgir apenas e na medida em que esta ponha em risco valores que assumam no plano colectivo uma dimensão superior, quer pelo perigo que esta possa consubstanciar para os demais entes privados, quer para o Estado, enquanto representação da colectividade em geral.

À empresa é atribuída uma ampla margem de decisão e actuação, dentro da qual se compreende a liberdade de gestão fiscal, princípio pelo qual a tributação das empresas se rege.

A liberdade de gestão fiscal compreende, segundo José Casalta Nabais¹, a actuação de modo a obter o melhor planeamento fiscal, guiando-se esta inclusive por critérios de elisão² ou de aforro fiscal, desde que não sejam violadas as leis fiscais nem seja abusivamente utilizada a liberdade de configuração dos factos tributários.

De facto, as empresas existem para o desenvolvimento de uma dada actividade económica cujo fim último é a obtenção de lucro. As decisões a tomar, pelo órgão de gestão em sede de planeamento fiscal, nunca poderão adoptar uma posição central face às decisões de cariz económico, sob pena de se encontrarem subvertidas as motivações que subjazem à liberdade de iniciativa económica.

O espaço de autonomia consagrado às empresas e aos seus agentes surge enquanto liberdade de iniciativa económica privada consagrada na Constituição da República Portuguesa no art. 61.º no capítulo dedicado aos direitos e deveres económicos e enquanto liberdade de iniciativa e de organização empresarial no art. 80.º alínea c).

José Casalta Nabais afirma que as liberdades acima mencionadas se materializam designadamente em sete vectores: na preparação e constituição da empresa, na escolha da forma e organização da empresa, na escolha do local da sede da empresa, afiliadas e

¹ NABAIS, José Casalta, “Liberdade de gestão fiscal das empresas”, em *Fiscalidade*, 2010, nº44, p. 17 e ss..

² A elisão fiscal ou *tax avoidance* distingue-se da evasão fiscal sobretudo pela primeira se consubstanciar numa redução da carga fiscal alcançada por uma interpretação legítima da lei, enquanto na segunda existe o recurso a meios ilícitos.

estabelecimentos estáveis, na escolha da forma de financiamento da empresa, na política de gestão dos défices, na política de depreciações e amortizações e no levantamento de dinheiro da empresa por parte do empresário.

É concretamente na conjugação dos vectores da escolha da organização da empresa e do local de sede da empresa, das suas afiliadas e estabelecimentos estáveis que a liberdade de iniciativa económica possui relevância no tema em questão.

Actualmente, o desenvolvimento da actividade empresarial através da constituição de grupos de sociedades e da deslocalização das suas operações constitui uma realidade altamente complexa.

Tal como afirma Engrácia Antunes³, “no lugar de crescer indefinidamente de dimensão como puro bloco monolítico, a empresa moderna foi então levada a adoptar uma estratégia de expansão externa”.

Foi com a criação da actual União Europeia que a liberdade de estabelecimento, enquanto forma de concretização do mercado interno, veio permitir a criação de sucursais e filiais de sociedades sediadas em diferentes Estados-Membros (doravante “E-M”), num movimento expansionista nunca antes vislumbrado, facto igualmente gerador de relações jurídico-tributárias da mais elevada sofisticação.

É neste contexto que procurarei em primeira instância tratar dos grupos de sociedades enquanto realidade multilateral: económica, jurídica, contabilística e fiscal, uma vez que embora partindo de conceitos diferentes, não vislumbro um tratamento do tema em causa enquanto unicamente pertencente a apenas uma das dimensões supracitadas da vida da empresa. Neste âmbito começarei pela dimensão económica uma vez que esta serve de base ao tratamento jurídico, contabilístico e fiscal.

De seguida, entrarei no tema da tributação dos grupos de sociedades à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, designadamente no que refere ao Acórdão SCA Group Holding - Processos apensos C-39/13, C-40/13 e C-41/13, de 12 de Junho de 2014

³ ANTUNES, José A., Engrácia, “Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária”, 2ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2002, p. 41 e ss..

Aqui farei uma abordagem pela jurisprudência relativa a questões colocadas a título prejudicial no domínio da tributação dos grupos de sociedades, na medida em que esta possui uma influência decisiva na decisão tomada no Acórdão SCA Group Holding e no próprio desenho actual dos sistemas de tributação nacionais.

Por fim tratarei em específico do actual art. 69.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (doravante “CIRC”), aprofundando eventuais questões práticas que quanto a este se possam colocar.

Parte I

1.1 Os grupos de sociedades enquanto forma de expansão empresarial

O desenho de uma estratégia empresarial eficiente é um elemento fundamental no sucesso de qualquer empresa. Adriano Freire⁴ afirma que para tal a estratégia deve indicar a natureza dos negócios em que a Empresa pretende operar, os segmentos de mercado a servir, as actividades operacionais a realizar a nível interno e os mercados geográficos em que esta deseja estar presente, para atingir o seu fim último de criação de valor. É nomeadamente quanto à implementação geográfica que se estabelece a ponte entre o tema da presente tese e a contextualização agora a realizar.

Conhecendo a empresa a sua própria força competitiva (factores internos) e a atractividade do mercado em que opera (factores externos), é da relação necessária que se estabelece entre ambos os factores que resulta a formulação da estratégia.

Estando definida a estratégia para o país de origem, as empresas ponderam a sua expansão para outros mercados por diversos motivos, Dunning⁵ distingue quatro motivos essenciais: procura de mercado, procura de recursos, procura de eficiência e procura de recursos estratégicos.

No que refere ao primeiro motivo, a expansão relaciona-se com a deslocalização de fornecedores e clientes, a adaptação de produtos a necessidades locais, a poupança de custos associados a servir um mercado à distância e inclusive a marcação de posição face a potenciais concorrentes.⁶

O Mercado Único Europeu tornou-se uma realidade a 1 de Janeiro de 1993 e constitui actualmente um espaço geográfico com mais de 500 milhões de consumidores em que é utilizada a mesma moeda em 19 dos 28 actuais Estados-Membros, o que permite a qualquer empresa sediada na União aproveitar os benefícios fornecidos pelo

⁴ FREIRE, Adriano, “Estratégia- Sucesso em Portugal”, Verbo, 2008, p. 24 e ss..

⁵ Vide DUNNING, John H., “Multinational Enterprises and the Global Economy”, 1993.

⁶ Vide FRANCI, Chiara and RENTOCCHINI, Francesco and VITTUCCI MARZETTI, Giuseppe, “Why Do Firms Invest Abroad? An Analysis of the Motives Underlying Foreign Direct Investments”, December 15, 2008.

reconhecimento mútuo, nomeadamente a garantia de que as normas nacionais não impedem a livre circulação de mercadorias, pessoas e capitais no território.

A expansão de empresas sediadas num E-M para outro representa assim uma forma de fortalecimento da sua posição comercial, aumentando a exposição do seu produto e da sua marca, com menores riscos face ao investimento em países fora da União em que as barreiras à entrada e os riscos serão superiores.

Para tal, existem diversas formas de estabelecimento no país de destino: a exportação, que é a forma menos arriscada de entrada num novo mercado uma vez que não há deslocalização da actividade operacional da empresa mas a venda ocasional ou regular para um país estrangeiro ou através de entidades locais; o recurso ao licenciamento, em que é permitida a utilização da marca ou de tecnologias desenvolvidas pela empresa, normalmente em troca de *royalties*, sendo esta uma forma menos arriscada e com investimento inicial reduzido; os projectos chave-na-mão, em que a empresa (contratada) celebra com outra entidade (contratante) um contrato para o desenvolvimento de um projecto que quando finalizado será utilizado pela última num outro país; a criação de *joint ventures*, em que uma empresa celebra com uma empresa local um contrato para a criação de uma nova empresa fora do seu país de sede com capitais comuns, sendo esta uma boa forma de tomar contacto com o mercado local; por fim o investimento directo estrangeiro.

O investimento directo estrangeiro pressupõe que uma empresa crie subsidiárias: empresas economicamente independentes da empresa-mãe (que se mantém no país de origem) e que operam como se de empresas locais se tratassem, conservando a empresa-mãe o poder de direcção sobre estas.

A direcção unitária dar-se-á a três níveis: ao nível da política comercial (imagem de marca, estratégia de vendas, serviços centrais de publicidade e promoção), política financeira (por exemplo através da centralização dos fluxos financeiros, e.g. os sistemas de *cash pooling*) e da política de gestão (existência de directrizes comuns que vinculam todas as empresas).

Porém, o investimento directo estrangeiro representa a forma mais arriscada de internacionalização de uma empresa. A criação de uma rede de empresas que opera em diversos países implica uma análise profunda de uma série de factores tais como o período

de recuperação do investimento inicial, as dificuldades de penetração nos canais de distribuição, a competitividade dos produtos e marcas do país de destino, a quantidade e qualidade dos recursos humanos, o poder económico dos consumidores e, o enquadramento legal.

O enquadramento legal é o elemento que impacta o tema em causa. No que refere à tributação dos grupos de sociedades, este acarreta riscos que quando não devidamente acautelados se poderão traduzir em custos indesejados para a empresa. Estes, por sua vez, reflectir-se-ão em não poupança de imposto, motivada pela falta de processos eficientes, por um lado, e por outro, em custos adicionais relacionados com o incumprimento de obrigações estabelecidas pela lei do país de acolhimento.

1.2 O conceito jurídico de grupo de sociedades

No plano da dogmática jurídica, Raúl Ventura⁷ começa por distinguir a concentração na unidade da concentração na pluralidade, de forma a destrinçar o conceito de grupo de sociedades. A primeira dá-se quando ocorre uma fusão entre empresas, uma vez que pelo menos uma das empresas é extinta e o seu património transferido para outra, enquanto a segunda se identifica com o conceito de grupo de sociedades, pois cada sociedade se mantém enquanto um ente individual para o Direito. O Professor dá o caso de uma sociedade dominante que detém na totalidade as acções de uma outra sociedade dominada: mesmo neste caso ambas conservam as respectivas personalidades jurídicas separadamente. O elemento aglutinador é, no caso dos grupos de sociedades, a direcção unitária.

Engrácia Antunes⁸ define o grupo como um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais, que conservando a sua autonomia jurídica, patrimonial e organizativa, é subordinado a uma direcção económica unitária exercida por outra sociedade, de acordo com a estratégia e interesse comum do todo. São elementos essenciais da sua definição a

⁷ VENTURA, Raúl, “Grupos de sociedades, Uma introdução comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, Janeiro-Abril 1981.

⁸ ANTUNES, José A., Engrácia, “Os Grupos...”, cit., p. 389 e ss..

independência jurídica e a unidade de direcção económica. O Professor distingue neste âmbito as sucursais, que não possuem autonomização jurídica, e as filiais, que são um sujeito jurídico distinto e separado. No tocante à existência de uma direcção económica unitária, esta reflecte-se na existência de uma estratégia de grupo, definida pela sociedade-mãe. Segundo o autor, a direcção unitária numa acepção estrita prende-se com a existência de um poder de direcção central da planificação, execução e fiscalização da política financeira das sociedades-filhas. Numa acepção mais ampla, a direcção unitária não dependerá apenas de um poder de controlo da política financeira das sociedades-filhas, mas da existência de um poder de direcção central sobre qualquer outras das áreas funcionais da sua gestão empresarial, desde que apta a retirar à sociedade-filha a sua independência económica.

A constituição de um grupo de sociedades é vantajoso para uma sociedade-mãe, na medida em que lhe permite o controlo de outra sociedade e obtenção dos seus proveitos, encontrando-se protegida contra perdas na medida em que a sociedade dominada possui personalidade jurídica autónoma.

Na legislação portuguesa e sob a designação genérica de “Sociedades coligadas”, foi o Código das Sociedades Comerciais de 1986 que veio regular os grupos de sociedades nos seus arts. 482.º e ss.. O art. 482.º adopta quatro situações taxativas que se enquadram no conceito de sociedades coligadas: as sociedades em relação de simples participação, as sociedades em relação de participações recíprocas, as sociedades em relação de domínio e, por fim, as sociedades em relação de grupo.

As sociedades em relação de participação têm como elemento distintivo o facto de existirem relações de participação no capital entre elas, enquanto nas sociedades em relação de grupo o elemento distintivo reside no poder de direcção unitária que cabe a uma delas.

Possuindo um capítulo a si dedicado no Código das Sociedades Comerciais, as sociedades em relação de grupo dividem entre três classificações: grupos constituídos por domínio total, grupos constituídos por contrato de grupo paritário e grupos constituídos por contrato de subordinação.

Nos grupos de sociedades constituídos por domínio total o Código começa por separar entre sociedades constituídas por domínio inicial e por domínio superveniente. No

primeiro caso, o Código limita-se a referir que uma sociedade pode constituir uma sociedade anónima de que seja a única titular de acções a título inicial, desde que se encontrem cumpridos todos os requisitos da constituição das sociedades anónimas. Redacção esta com explicação histórica, é também hoje possível constituir por domínio total inicial uma sociedade unipessoal por quotas.

No que toca às sociedades constituídas por domínio superveniente, a lei estabelece que se uma sociedade dominar totalmente outra, directamente ou por intermédio de outra sociedade ou pessoa que preencha os requisitos do art. 483.º n.º 2, por não existirem mais sócios, esta formará um grupo com a segunda, salvo se a sua assembleia geral decidir a dissolução da sociedade dominada ou a alienação da participação que possui nesta.

Nas aquisições tendentes ao domínio total, a lei determina que se uma sociedade passar a possuir, por si ou através de sociedades ou pessoas referidas no art. 483 n.º 2, quotas ou acções correspondentes a, pelo menos, 90% do capital de outra sociedade, surge o dever de efectuar uma comunicação de tal facto à sociedade em causa num prazo de 30 dias. Assim, a sociedade dominante pode nos seis meses seguintes sociedade a esta comunicação fazer uma oferta de aquisição (“OPA”) das restantes participações sociais de forma a obter o domínio total.

As sociedades que celebrem contrato de grupo paritário submetem-se a uma direcção unitária e comum, sem que todavia exista entre elas uma relação de dependência, estabelecendo o art. 492.º n.º 1 que se cria entre elas uma relação de grupo.

No contrato de subordinação, uma sociedade subordina a sua própria gestão à direcção de outra sociedade sem que com esta exista necessariamente uma relação de domínio. O n.º2 do art. 493.º refere que a sociedade responsável pela gestão forma um grupo com todas as sociedades por ela dirigidas mediante contrato de subordinação, e com todas as sociedades por si integralmente dominadas.

A visão do Direito das Sociedades relativamente aos grupos de sociedades é, assim, de cariz regulador e proteccionista. O Código assumiu, de acordo com o entendimento de Engrácia Antunes⁹, um papel protector da posição da sociedade-filha. Tal facto é demonstrado no dever de comunicação, na publicidade exigida das participações nas

⁹ANTUNES, José A., Engrácia, “Os Grupos...”, cit..

relações de domínio (486.º n.º3), na responsabilidade por perdas e dívidas sociais quanto às relações de grupo (arts. 494.º n.º1 e 501.º e 502.º) e na posição assumida pelos sócios e credores sociais.

1.3 O conceito contabilístico de grupo de sociedades

A consolidação dos grupos de sociedades em termos contabilísticos parte de uma necessidade de transmitir adequadamente a qualquer interessado na situação financeira de uma empresa, uma correcta tradução da sua realidade enquanto membro de um grupo de sociedades sob influência de uma única política de gestão, como se de facto de uma única entidade se tratasse. Em Portugal, a preparação das demonstrações financeiras de acordo com as NCRF constitui uma adaptação das IAS no plano nacional de forma a criar uma maior comparabilidade entre empresas que operem em diversos países.

Contabilisticamente, as participações financeiras de uma sociedade deverão ser registadas numa conta de Balanço #41- Investimentos Financeiros. Segundo o Código de Contas, na subconta #411 registam-se os Investimentos em subsidiárias (elemento chave é a existência de controlo exclusivo), na subconta #412 os Investimentos em associadas (caracterizado por existir uma influência significativa – participação entre 20% e 50%, inclusive), na #413 os Investimentos em entidades conjuntamente controladas (controlo partilhado firmado contratualmente) e na #414 Investimentos noutras empresas.

Existem três métodos de contabilização dos investimentos financeiros: o método do custo, do justo valor e da equivalência patrimonial (neste último caso, e nas contas individuais, para participações a partir dos 20%, inclusive). O método do custo só permite a contabilização de perdas potenciais e a eventual reversão de tais perdas. Essa contabilização faz-se pelo método indirecto, ou seja, existe uma conta de perdas por imparidade acumuladas (conta de Activo mas cujo saldo é credor) que é movimentada por contrapartida de uma conta de gastos ou de rendimentos, consoante o caso.

Já o método do justo valor possibilita a contabilização de uma valorização ou desvalorização do investimento, sendo feito pelo método directo (ou seja, com contrapartida directa na conta do investimento financeiro que estiver a ser utilizada da perda ou ganho que seja registado).

No método de equivalência patrimonial (doravante “MEP”), o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo de aquisição, e é posteriormente ajustado em função das alterações verificadas após esta, procurando-se reflectir nas contas da sociedade-mãe os resultados positivos ou negativos da subsidiária e quaisquer outras variações patrimoniais não reflectidas nos resultados, na medida da participação que a primeira detém na segunda.

Para o estudo em análise, cabe-nos aprofundar a noção de Investimento em subsidiárias, regulado pela NCRF 15¹⁰.

Na NCRF 15- Investimentos em subsidiárias e consolidação, começamos por encontrar uma definição de “Controlo” enquanto poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade ou de uma actividade económica a fim de obter benefícios da mesma.

A norma estabelece que um grupo é constituído por uma empresa-mãe e todas as suas subsidiárias, sendo estas últimas as entidades que são controladas pela primeira, demonstrando que o conceito de subsidiária em termos contabilísticos é mais *lata* que a noção jurídica que apenas inclui empresas que adoptem a forma de sociedade.

Densificando a ideia de controlo, a norma afirma que, para aferir da existência deste, será necessário avaliar a existência de direitos de voto. Isto é, a noção de controlo encontra-se intrinsecamente ligada à ideia de domínio sobre o órgão de tomada de decisões da subsidiária, designadamente no respeitante ao “poder de gerir as políticas financeiras e operacionais” desta.

No plano internacional, a IAS 27¹¹ sobre Demonstrações Financeiras Consolidadas e Separadas presume a existência de controlo quando a empresa-mãe for proprietária, directa ou indirectamente através de subsidiárias, de mais de metade do poder de voto de uma entidade a não ser que, em circunstâncias excepcionais, possa ficar claramente demonstrado que essa propriedade não constitui controlo. No caso de não possuir mais de metade do poder de voto de uma entidade, a norma internacional elenca várias situações dentro das quais também se presume a existência de controlo como, por

¹⁰ Disponível para consulta electrónica em http://www.cnc.min-financas.pt/pdf/SNC/Aviso_15655_2009_NCRF.pdf.

¹¹ Disponível para consulta electrónica em http://www.cnc.min-financas.pt/siteantigo/IAS_textos_consolidados/IAS_27_Reg_2238_2004_TC.pdf.

exemplo, ter poder sobre mais de metade dos direitos de voto em virtude de um acordo com outros investidores e ter poder para gerir as políticas financeiras e operacionais da entidade segundo uma cláusula estatutária ou um acordo.

Em termos de mensuração nas contas individuais, a sociedade-mãe está obrigada a adoptar o MEP nos investimentos realizados em subsidiárias (salvo nos “*casos em que se verifiquem restrições severas e duradouras que prejudiquem significativamente a capacidade de transferência de fundos para a empresa detentora*”), caso em que deve ser usado o método do custo).

No que se refere ao procedimento de consolidação, a NCRF 15 estabelece que para a preparação de demonstrações financeiras consolidadas são combinadas as demonstrações financeiras da empresa-mãe e das suas subsidiárias linha a linha, adicionando itens idênticos de activos, passivos, capital próprio, rendimentos e ganhos e gastos e perdas. Tratando-se de uma verdadeira consolidação como se de uma única entidade se tratasse, deverão ser eliminadas a quantia escriturada a título de investimento da empresa-mãe na subsidiária e a parte respeitante à empresa mãe no capital próprio de cada subsidiária bem como os saldos e transacções intra-grupo e os interesses minoritários nos resultados das subsidiárias devem ser identificados e nos activos líquidos identificados separadamente do capital próprio dos accionistas da empresa-mãe.

Estabelecendo a ponte com a tributação das pessoas colectivas, o art. 18.º do CIRC, estatui que as variações patrimoniais bem como os rendimentos ou gastos decorrentes da aplicação do MEP reflectidos na sociedade-mãe não concorrem para a formação do lucro tributável, devendo, no entanto, ser considerados como rendimentos para efeitos fiscais os lucros distribuídos pelas participadas no ano da sua ocorrência. Este último tratamento deve-se a que, pelo MEP, uma distribuição de lucros à sociedade participante não é contabilizada como um rendimento contabilístico nessa altura, sendo movimentadas na contabilidade da sociedade participante duas contas do Activo.

Parte II

2.1 A tributação das pessoas colectivas

O IRC é um imposto que incide directamente sobre o rendimento auferidos por pessoas colectivas, mesmo quando provenientes de actos ilícitos, num dado período de tributação, que coincide, em regra, com o ano civil.

No caso das sociedades comerciais com sede ou direcção efectiva em território português, a sua tributação é feita numa base mundial (*world wide income principle*), isto é, o imposto incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, independentemente de a sua fonte ser nacional ou estrangeira. Refira-se que, com a recente Reforma do IRC, passou a ser possível, a título opcional e sob certas condições, não aplicar esse princípio a estabelecimentos estáveis no estrangeiro de sociedades cá sediadas. Nesse caso, o estabelecimento estável funciona de forma idêntica a uma sociedade autónoma.

As sociedades comerciais com sede ou direcção efectiva em Portugal são tributadas sobre os seus rendimentos, consistindo estes, segundo o CIRC, na “diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correcções estabelecidas neste Código”. Para o efeito, o Código estabelece no seu art. 17.º que o lucro tributável é “constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas no resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código”. O lucro tributável parte assim do lucro contabilístico, não havendo uma total coincidência entre estes, uma vez que a Fiscalidade se reserva ao direito de efectuar certas correcções que de acordo com o Código sejam relevantes no seu âmbito.

Assim, podemos ter gastos e rendimentos que para efeitos fiscais não sejam relevantes, pelo que estes vão ser desconsiderados, acrescidos ou deduzidos, conforme se tratem de gastos não aceites (nomeadamente os constantes do art. 23.º-A) ou rendimentos não relevantes (por exemplo, lucros distribuídos entre entidades que cumpram o disposto no art. 51.º).

Para o apuramento da matéria colectável são deduzidos ao lucro tributável os montantes correspondentes a prejuízos fiscais e benefícios fiscais (eventualmente existentes e que consistam em deduções a este).

O reporte de prejuízos fiscais surge assim como um factor que procura trazer a realidade económica da empresa para o âmbito da Fiscalidade. As empresas que apresentam prejuízo fiscal num dado ano, seja por se tratar do ano de início da sua actividade, seja pelos mais diversos motivos de ordem macro e micro económica, não estarão sujeitas ao pagamento de imposto nesse ano por ausência de lucro tributável (salvo tributação em sede de tributação autónoma (doravante, “T.A.”)).

Devendo o pagamento de imposto ser feito na medida da capacidade contributiva revelada, o legislador fiscal decidiu introduzir a possibilidade do reporte dos prejuízos fiscais.

A possibilidade de reporte dos prejuízos em Portugal é apenas admitido para o futuro¹² e por tempo determinado. O limite temporal dentro do qual estes podem ser deduzidos ao lucro tributável é actualmente os doze períodos de tributação posteriores ao do apuramento do prejuízo fiscal. Este limite já foi todavia o 4.º, 5.º ou 6.º período de tributação seguinte, em virtude de alterações introduzidas pelas várias Leis do Orçamento de Estado nos últimos anos. Paralelamente, em cada ano em que haja reporte dos prejuízos fiscais, a matéria colectável não pode ser inferior a 30% do lucro tributável desse período.

Com a última alteração o legislador considerou que um horizonte temporal de doze períodos de tributação se enquadraria melhor na situação da sociedade enquanto realidade económica não estanque, admitindo assim que o imposto pago em certo período em que haja apuramento de lucro tributável seja inferior em virtude dos prejuízos sofridos nos anos precedentes pela mesma.

Estando uma sociedade enquadrada no regime especial de tributação dos grupos de sociedades (doravante também “RETGS”), a possibilidade de dedução desses prejuízos também se coloca, sendo o regime geral objecto de adaptação à realidade do grupo de sociedades.

¹² *Vs* sistemas de *carry back* em que é permitida a dedução dos prejuízos ao lucro apurado em exercícios anteriores como os que vigoram em França e Reino Unido, entre outros.

2.2 O regime especial de tributação dos grupos de sociedades – art. 69.º CIRC

Os regimes de tributação dos grupos de sociedades visam, de um modo geral, permitir a consolidação fiscal dos resultados tributáveis das empresas que pertencem a um grupo, na esfera da sociedade dominante, como se de uma única sociedade se tratasse para efeitos fiscais, o que representa uma poupança virtual de imposto a pagar no final pelas sociedades que compõem o grupo.

Esta consolidação é todavia diversa da consolidação para efeitos contabilísticos, uma vez que o seu objectivo principal é a tributação do grupo enquanto um todo pela soma dos seus lucros e prejuízos para efeitos fiscais, sendo esta uma opção a exercer pela sociedade dominante, enquanto a consolidação contabilística se revela obrigatória de acordo com o Sistema de Normalização Contabilística.

Foi com o Decreto-Lei n.º 414/87, de 31 de Dezembro e com o surgimento do regime das sociedades coligadas no Código das Sociedades Comerciais que o legislador assumiu pela primeira vez que “importa agora retirar dessa disciplina as consequências fiscais necessárias através da consideração dos grupos, constituídos por domínio total, como uma unidade económica para efeitos de tributação (...)”¹³. De acordo com o regime em causa, o rendimento colectável do grupo seria apurado com base em contas consolidadas, situação que veio a ser modificada com as alterações introduzidas pela Lei 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que instituiu as bases do regime de tributação dos grupos de sociedades como ele existe actualmente.

Presentemente, o art. 69.º do CIRC determina que “Existe um grupo de sociedades quando uma sociedade dita dominante, detém, directa ou indirectamente, pelo menos, 75% do capital de outra ou outras sociedades ditas dominadas, desde que tal participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto.”

A percentagem de detenção de capital em causa era anteriormente de 90%, tendo sido apenas com a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que o referido limite baixou, mantendo-se todavia a necessidade de possuir mais de 50% dos direitos de voto.

¹³ Disponível para consulta electrónica em <http://publicos.pt/documento/id406139/decreto-lei-414/87>.

Para o cômputo da participação de 75% do capital social na sociedade dominada consideram-se as participações detidas, directa ou indirectamente, através de:

a) Sociedades residentes em território português que reúnam os requisitos legalmente exigidos para fazer parte do grupo;

b) Sociedades residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (doravante “EEE”), desde que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE, que sejam detidas, directa ou indirectamente, em, pelo menos, 75 % pela sociedade dominante através de sociedades residentes em Portugal (que cumpram os requisitos para fazer parte do grupo) ou de sociedades residentes noutros Estados-Membros da UE ou do EEE.

Para efeitos do cômputo da participação ou direitos de voto detidos de forma indirecta, a percentagem efectiva é obtida pelo processo da multiplicação sucessiva das percentagens de participação e dos direitos de voto em cada um dos níveis. No caso de haver participações ou direitos de voto detidos de forma directa e indirecta, a percentagem efectiva é obtida através da soma das percentagens de participação ou direitos de voto.

O artigo estipula que todas as sociedades pertencentes ao grupo têm de ter sede e direcção efectiva em território português.

A sociedade dominante, por sua vez, deverá possuir a participação em causa há mais de um ano (com referência à data em que se inicia a aplicação do regime, salvo o disposto no n.º 13 do art. 69.º), não ser esta considerada dominada por nenhuma outra sociedade residente em território português que reúna os requisitos para ser qualificada como dominante, e não ter renunciado à aplicação do regime nos três anos anteriores (com referência à data em que se inicia a aplicação do regime).

O artigo excepciona sociedades que se encontrem em certas circunstâncias que não permitem que estas pertençam ao grupo, dentro das quais: sociedades inactivas há mais de um ano ou que tenham sido dissolvidas, sociedades contra as quais tenha sido instaurado processo especial de recuperação ou de falência em que haja sido proferido despacho de prosseguimento da acção, sociedades que registem prejuízos nos três exercícios anteriores ao do início da aplicação do regime, salvo se se tratar de uma sociedade dominada cuja participação é detida pela dominante há mais de dois anos, entre outras, revelando o legislador neste âmbito algumas preocupações de índole anti-abusiva.

Por fim, relativamente à forma de determinação do lucro tributável, o art. 70.º estabelece que este é calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo, corrigido pela aplicação do regime previsto no artigo 67º do CIRC quando feita a opção prevista no nº5 deste último artigo.

2.2.1 Pagamento por conta e pagamento especial por conta

O pagamento por conta (doravante “PPC”) é uma forma de adiantamento do imposto devido ao Estado, a realizar em três prestações nos meses de Julho, Setembro e até 15 de Dezembro (ou no 7.º, 9.º e até ao dia 15 do 12.º mês para o caso de sociedades que adotem um período de tributação não coincidente com o ano civil).

Quanto ao apuramento do PPC, a lei determina que este tenha por base o imposto liquidado no período de tributação anterior, líquido das retenções na fonte que tenham ocorrido. Para o efeito o art. 105.º estabelece que no caso dos sujeitos passivos com um volume de negócios no período anterior igual ou inferior a €500.000, os pagamentos por conta correspondem a 80% do imposto liquidado; no caso de o volume de negócios ser superior a esse limite, os pagamentos por conta corresponderão a 95% do imposto liquidado.

O art. 105.º n.º 5 afirma que, tratando-se do primeiro período de tributação em que é aplicado o RETGS, os pagamentos por conta deverão ser efectuados por cada uma das sociedades do grupo, de acordo com a regra geral enunciada acima. O somatório dos seus valores será tido em conta para efeitos da diferença entre o montante a pagar ou a recuperar no final pela sociedade dominante. Nos períodos de tributação seguintes, o pagamento por conta será realizado apenas pela sociedade dominante, que o deverá registar na sua contabilidade, com base na colecta do grupo, de acordo com as regras gerais.

No que refere ao pagamento especial por conta (doravante “PEC”), o art. 106.º do CIRC estabelece que este deverá ser efectuado em uma ou duas prestações, em Março ou nos meses de Março e Outubro do ano a que o imposto respeita (no caso de período de tributação não coincidente com o ano civil no 3.º e 10.º mês do período de tributação em causa), correspondendo este a 1% do volume de negócios do período de tributação

anterior. O limite mínimo do PEC é de € 1.000; no caso do produto atrás referido ser superior a € 1.000, será igual a esse limite mínimo acrescido de 20% da diferença entre 1% do volume de negócios e o limite mínimo estabelecido pela lei. O limite máximo corresponde a € 70.000.

Ao montante apurado de PEC deduzem-se depois os pagamentos por conta efectivamente pagos no período de tributação anterior, de modo a que em certos casos poderá não ser necessário efectuá-lo.

O art. 106.º no seu n.º 12 afirma que no caso de existir um grupo de sociedades abrangidas pelo RETGS, o pagamento especial por conta é devido por cada uma das sociedades que compõem o grupo, incluindo a dominante. Todavia, caberá a esta última a obrigação de determinar o valor global do PEC e de o entregar ao Estado (devendo este montante encontrar-se registado na sua contabilidade), deduzindo para o efeito o montante dos PPC que seriam devidos se o regime não se encontrasse a ser aplicado. Tendo esta norma sido alterada através da Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro que aprovou o Orçamento de Estado para 2013, para efeitos do cômputo do PEC devido por cada uma das sociedades do grupo dever-se-á:

1.º Apurar o PEC do ano N de acordo com a regra geral prevista no art. 106.º n.º 1 e 2 do CIRC, ou seja, calcula-se o PEC em função do volume de negócios do ano N-1;

2.º Calcular o valor do PPC que teria sido devido do ano N-1 no caso de não se aplicar o RETGS, com base no valor da colecta deduzido das retenções na fonte no ano N-2, segundo a declaração de rendimentos individual de cada sociedade e segundo a regra prevista no art. 105.º n.º 2 e 3 do CIRC relativamente ao volume de negócios individual de N-2;

3.º Deduzir ao PEC calculado de acordo com o ponto 1.º o PPC calculado de acordo com o ponto 2.º, obtendo o valor devido por cada sociedade do grupo no ano N.

2.2.2 Derrama Municipal e Derrama Estadual

Com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2007, de 19 de Janeiro (doravante “Lei das Finanças Locais”), a Derrama Municipal passou a corresponder a um tributo a cobrar pelos municípios, até ao limite máximo de 1,5%, sobre o lucro tributável sujeito e não isento de IRC de uma sociedade que possua rendimento gerado nesse território.

Apesar da polémica gerada em torno do Ofício Circulado n.º 20132 de 14 de Abril de 2008¹⁴ emanado pela Autoridade Tributária (doravante “AT”) e das conseqüentes decisões judiciais em torno da questão¹⁵, é hoje ponto assente que no caso dos grupos ao abrigo do RETGS a derrama municipal é calculada por cada uma das sociedades do grupo, incluindo a sociedade dominante desde que apresentem na sua declaração individual lucro tributável e não se encontrem numa situação de isenção.

Relativamente à Derrama Estadual, esta incide sobre a parte do lucro tributável superior a € 1.500.000 sujeito e não isento de IRC, devendo o seu pagamento ser efectuado em três pagamentos adicionais por conta (doravante “PAC”), de acordo com o estabelecido no art. 104.º n.º 1 a) do CIRC, podendo atingir os 7%.

Neste caso, incidindo esta sobre o lucro tributável apurado na declaração periódica individual de cada uma das sociedades do grupo, incluindo a da sociedade dominante, deverá ser esta última, e de acordo com o entendimento vertido no Ofício Circulado n.º 20150¹⁶, a efectuar a entrega da totalidade dos PAC, numa única guia de pagamento, com o valor do respectivo somatório.

2.2.3 A limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos

A introdução de uma regra de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento corresponde a uma tomada de posição por parte do legislador no sentido de não favorecer no plano fiscal o recurso ao endividamento pelas empresas, uma vez que o recurso a este,

¹⁴ Disponível para consulta electrónica em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/AAFDD7A2-9A02-43B9-A9B2-2B71D6F69E12/0/oficio-circulado_20132-dsirc.pdf.

¹⁵ A título de exemplo *vide* Acórdão do STA Processo n.º 0234/12 de 2 de Maio de 2012.

¹⁶ Disponível para consulta electrónica em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/83F02600-CFE5-4EAA-BBDC-0461CB577400/0/of_circulado_20150_derrama_estadual.pdf.

a título excessivo, conduz não apenas a uma diminuição da base fiscal mas também a uma situação de desequilíbrio financeiro no seio da empresa.

O art. 67.º do CIRC afirma que os gastos de financiamento líquidos concorrem para a formação do lucro tributável até ao maior de dois limites:

- a) € 1.000.000;
- b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos corrigido nos termos do artigo em causa (doravante, “EBITDA ajustado”);

No caso da existência de um grupo de sociedades, a sociedade dominante pode optar pela aplicação do regime ao grupo, e não a cada sociedade individualmente considerada, a vigorar obrigatoriamente durante um período mínimo de 3 anos, devendo esta opção ser comunicada à AT até ao fim do 3.º mês do período de tributação em que se pretende aplicar o regime.

Os gastos de financiamento líquidos têm neste caso os seguintes limites:

- a) € 1.000.000 (aplicável aos gastos que a totalidade das sociedades apresentem);
- b) 30% da soma algébrica dos EBITDA ajustados;

Relativamente aos gastos de financiamento líquidos contabilizados em períodos anteriores ao de aplicação do regime pelas sociedades do grupo e não deduzidos por serem superiores ao limite legal, estes poderão ainda ser considerados na determinação do lucro tributável da sociedade dominante, até ao quinto período de tributação seguinte ao do seu apuramento. Estes deverão ser considerados apenas após os gastos de financiamento líquidos do período em causa e observados os limites legais enunciados *supra* relativamente à sociedade individual a que respeitem.

A parte dos gastos de financiamento líquidos não utilizada relativa a gastos de financiamento inferiores a 30% do EBITDA ajustado apurados em período anterior ao da aplicação de regime, poderá também ser utilizada na esfera da sociedade dominante até ao quinto período de tributação seguinte, sendo o seu valor acrescido ao montante máximo dedutível dos gastos de financiamento líquidos da sociedade a que respeitem a título individual.

O Código estabelece uma regra de limitação à utilização do excesso e da folga: se no final do período de tributação em causa a titularidade do capital social ou dos direitos de voto da sociedade a que a dedução respeita foi alterada em mais de 50%, não poderá ser deduzido o excesso verificado em períodos de tributação anteriores nem a folga por os gastos verificados em certo período não atingirem o limite de 30% do EBITDA ajustado.

Trata-se de uma medida anti-abuso que visa combater o “tráfico” de gastos de financiamento líquidos entre sociedades com vista a diminuir a sua base tributável. Nessa medida o artigo remete para o art. 52.º do CIRC relativo à dedução de prejuízos fiscais, afirmando que apenas no caso de a titularidade do capital passar de directa para indirecta ou de indirecta para directa ou de haver a transmissão da sociedade entre sociedades cuja maioria do capital seja detida directa ou indirectamente por uma mesma sociedade, entre outros, poderá a folga ou excesso dessa sociedade, individualmente considerada, ser utilizado. À semelhança do regime do art. 52.º, a outra hipótese disponível será apenas a sujeição de um requerimento ao membro do Governo responsável pela área das finanças, “em caso de reconhecido interesse económico”, no sentido de ser obtida autorização para a sua utilização.

O art. 67.º estabelece ainda que os gastos de financiamento líquidos apurados enquanto vigorar o RETGS, bem como as respectivas folgas ou excessos, apenas poderão ser utilizados na esfera do grupo.

2.2.4 Dedução de prejuízos fiscais

No sistema português, a regra geral no que respeita à dedução de prejuízos fiscais é a lei fiscal estabelecer um determinado período, para o futuro, dentro do qual estes poderão ser deduzidos contra o lucro tributável da sociedade que os apurou num período anterior.

O CIRC, na versão em vigor desde 1 de Janeiro de 2014, prevê um período de reporte de doze anos e estabelece que a dedução dos prejuízos terá como limite 70% do lucro tributável da sociedade no ano em que for feita a dedução, devendo ser deduzidos primeiro os prejuízos mais antigos. O limite não prejudica a possibilidade de dedução da parte que o excede durante o resto do período de reporte.

O art. 52.º do CIRC estabelece que a possibilidade de reporte dos prejuízos apurados em períodos anteriores deixa de ser possível no caso de ocorrer alteração na titularidade de mais de 50% do capital social ou direitos de voto da sociedade em causa, salvo as excepções previstas no seu n.º 9. Neste caso, será necessário dirigir requerimento à AT de modo a obter parecer favorável do responsável do Governo pela área das Finanças no sentido da manutenção dos prejuízos. O objectivo da norma em causa é não favorecer situações de compra de sociedades apenas com o objectivo de deduzir prejuízos que estas possuam e assim reduzir a base fiscal, designadamente no caso de um grupo de sociedades.

No âmbito dos grupos de sociedades, o art. 71.º começa por estabelecer que os prejuízos apurados pelas sociedades do grupo em períodos anteriores ao da aplicação do regime podem ser deduzidos contra o lucro tributável do grupo, sem prejuízo do excedente encontrar utilização nos períodos de tributação posteriores conforme a regra geral.

Parte III

3.1 A influência do Direito da União Europeia no regime de tributação dos grupos de sociedades

As liberdades económicas são os alicerces do mercado interno, tendo evoluído de liberdades transnacionais a direitos económicos fundamentais. Actualmente estes constituem verdadeiros direitos subjectivos, podendo ser invocadas pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais internos. Mais do que de uma perspectiva de não discriminação em razão da nacionalidade (nem sempre fácil de descortinar), num potencial caso de violação das liberdades fundamentais, estas devem ser interpretadas num sentido de estar em causa um verdadeiro direito de acesso ao mercado.

Paula Vaz Freire¹⁷ fala inclusive numa “cidadania de mercado”, enquanto conjunto de direitos atribuíveis aos que dele participam, numa estreita ligação entre direitos económicos e cidadania europeia.

A liberdade de circulação de pessoas, serviços e capitais concretizada sob o prisma do direito de estabelecimento constitui um elemento fundamental na construção de um mercado interno comum, um dos principais objectivos da União Europeia.

O direito de estabelecimento encontra a sua manifestação quando um operador económico, não assalariado, pretende exercer a sua actividade noutro país da União Europeia de modo permanente, com carácter de estabilidade e continuidade, por oposição ao caso em que temos um operador económico não assalariado que pretende exercer a sua actividade com carácter temporário, situação em que está em causa a liberdade de prestação de serviços.

As pessoas colectivas que tenham a sua sede, administração central ou estabelecimento principal num país da UE, desde que constituídas em conformidade com a legislação de um E-M, são equiparadas para efeitos da fruição do direito de estabelecimento, às pessoas

¹⁷ FREIRE, Paula Vaz, “Mercado Interno e União Económica e Monetária - Lições de Direito Económico da União Europeia”, AAFDL, 2013, p. 50 e ss..

singulares residentes em Estados-Membros da União Europeia, de acordo com o disposto no art. 54.º TFUE.

Assim, é possível encontrar no capítulo II do título IV do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) sob a epígrafe “A livre circulação de pessoas, serviços e capitais”, o Direito de estabelecimento tratado no art. 49.º. O artigo começa por afirmar que “são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro.” Para o efeito é ainda dito que “Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.”

O direito de estabelecimento pode ser dividido em direito de estabelecimento primário e secundário.

O primeiro diz respeito à liberdade de constituição originária de uma sociedade noutra Estado-Membro, incluindo-se neste a aquisição de uma sociedade sediada num E-M por uma sociedade situada noutra e a transferência da sede de um E-M para outro.

O direito de estabelecimento secundário, por sua vez, respeita à constituição por uma sociedade sediada num E-M, cujo centro originário se mantém neste, de sucursais e filiais, isto é, instalações com carácter de permanência e estabilidade, noutra Estado. Para o tema em causa, estamos no domínio da dimensão secundária da liberdade de estabelecimento.

O art. 49.º do TFUE abrange não só as discriminações em razão da nacionalidade no Estado de acolhimento, mas também a criação de obstáculos ao exercício da liberdade de estabelecimento no Estado de origem, uma vez que “é legítima a procura do ordenamento jurídico com condições mais favoráveis”¹⁸. Estão abrangidas formas de discriminação directa e formas de discriminação indirecta, isto é, formas de discriminação que através de critérios distintos conduzam ao mesmo resultado.

É todavia ideia assente na jurisprudência do TJUE que poderão existir medidas restritivas da liberdade de estabelecimento se motivadas por um fim legítimo compatível com TFUE e se justificadas por “razões imperiosas de interesse geral”. De acordo com jurisprudência firmada pelo Tribunal, a medida em causa deverá ser adequada a garantir a realização dos

¹⁸ Vide Acórdão Centros, Proc. C-212/97 e Ac. Cadbury Schweppes, Proc. C-196/04.

objectivos em questão e não deverá ir além do necessário para atingir esse objectivo. Trata-se assim de um teste de proporcionalidade cujo ónus da prova se encontra do lado dos Estados-Membros.

Enquanto vectores do princípio da integração, o mais importante princípio da Constituição material da União Europeia, os princípios da plena eficácia do Direito da União Europeia e da sua uniformidade de interpretação e aplicação constituem a base do sistema jurídico comunitário.

Na União Europeia, o princípio da integração “anda de braço dado” com o princípio do respeito pela identidade nacional dos Estados-Membros. No plano jurídico, este último materializa-se no respeito pelas características dos sistemas nacionais dos Estados-Membros. Em conjugação com o princípio da subsidiariedade, consagrado no art. 2.º, último parágrafo do TUE, do processo conducente à harmonização comunitária resultam momentos apelidados de “tensão dialéctica”¹⁹ entre a integração e a soberania.

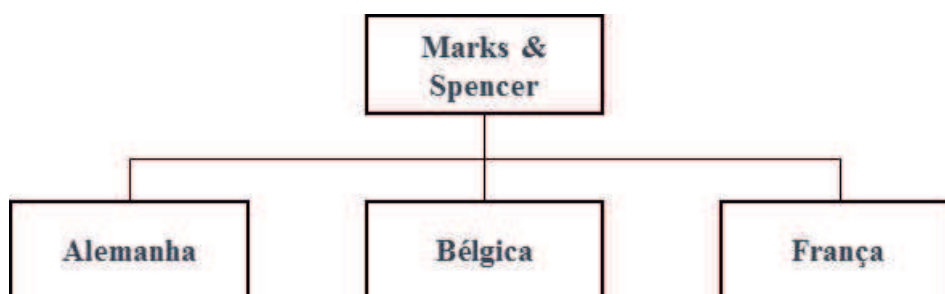
É neste âmbito que surgem as questões a título prejudicial sobre casos em que se coloca a hipótese da violação da liberdade de estabelecimento pela legislação fiscal de um Estado-Membro, sendo o Tribunal de Justiça da União Europeia, órgão responsável pela interpretação do Direito Comunitário com o fim de obter uma aplicação uniforme deste nos diferentes países da União, chamado a pronunciar-se. Sendo o Direito da UE um corpo normativo de aplicação comum a 28 Estados-Membros com diferentes sistemas jurídicos, a linha entre tensão e soberania é posta à prova cada vez que a questão é a harmonia de um sistema nacional sobre a tributação dos grupos de sociedades e a liberdade de estabelecimento conferida a qualquer sociedade regularmente criada e sediada num Estado-Membro.

Dos diversos casos em que foi solicitada a pronúncia do TJUE nesta temática, destaco cinco Acórdãos que pelo seu papel conformador da posição adoptada pelo Tribunal no caso SCA Holding merecem uma abordagem mais aprofundada, apresentando para cada, um esquema ilustrativo e simplificado da estrutura societária em causa, e um breve resumo da decisão tomada.

Adoptarei o mesmo procedimento para expor o Acórdão SCA Holding, sendo que por fim irei analisar os seis Acórdãos em conjunto.

¹⁹ QUADROS, Fausto de, “Direito da União Europeia”, Almedina, 2013, p. 121 e ss..

3.1.1 O Acórdão Marks & Spencer, 13 de Dezembro de 2005²⁰



No processo C-446/03, foi submetida à apreciação do TJUE a possibilidade de a Marks & Spencer (doravante “M&S”), sociedade residente para efeitos fiscais no Reino Unido, deduzir os prejuízos fiscais apurados pelas suas filiais na Alemanha, Bélgica e França, ao abrigo do regime do *group relief*²¹.

A Empresa argumentou que a legislação em vigor era contrária ao direito comunitário, designadamente à liberdade de estabelecimento presente no art. 49.º do TFUE. No entender do Tribunal estávamos perante uma restrição uma vez que sendo esta possibilidade de dedução dos prejuízos um benefício que permite a redução da tributação que uma empresa poderá sofrer, esta não poderia usufruir deste no caso de optar pela constituição de uma filial noutra E-M.

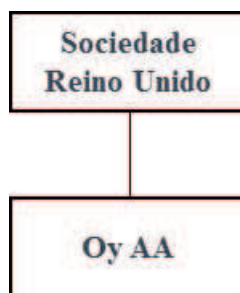
Debruçando-se sobre o caso concreto, o Tribunal considerou que uma vez que as sociedades haviam esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência, quer relativamente ao exercício fiscal em causa, quer relativamente a exercícios fiscais anteriores ou posteriores, por se encontrarem dissolvidas ou alienadas a terceiros, não poderia ser negada a possibilidade de dedução dos prejuízos das filiais não residentes ao lucro tributável da sociedade residente.

O Tribunal acabou assim por decidir que verificadas estas circunstâncias poderão os prejuízos de filiais não residentes ser deduzidos ao lucro tributável de uma sociedade residente.

²⁰ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=180908>.

²¹ Para mais informações sobre o sistema em causa vide <http://www.out-law.com/en/topics/tax/corporate-tax-/group-relief/>.

3.1.2 O Acórdão Oy AA, 18 de Julho de 2007²²



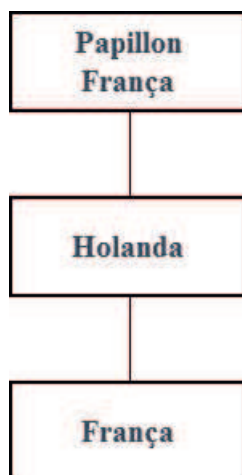
A Oy AA era uma filial finlandesa de uma sociedade sediada no Reino Unido que pretendia beneficiar do regime finlandês segundo o qual as transferências financeiras entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo de sociedades seriam consideradas despesa dedutível na esfera da sociedade que concedia o financiamento, desde que ambas residentes na Finlândia.

O TJUE começou por afirmar que um tratamento diferente pela lei nacional apenas baseado no facto de a sociedade-mãe se situar noutro Estado-Membro esvaziaria a liberdade de estabelecimento do seu conteúdo.

Com base nos argumentos da repartição do poder tributário entre Estados-Membros e do risco de evasão fiscal apreciados conjuntamente, o Tribunal acabou por concluir que admitir que uma transferência financeira entre sociedades em diferentes E-M possa consubstanciar um gasto dedutível para o autor desta, permitiria aos grupos de sociedades escolher o Estado-Membro no qual os lucros da filial são tributados, através da dedução do gasto em causa no Estado da filial e consequente inclusão na matéria colectável da sociedade-mãe residente noutro.

²² Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62750&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=180908>.

3.1.3 O Acórdão Papillon, 27 de Novembro de 2008²³



A Papillon era uma sociedade residente fiscal em França que detinha a 100% uma sociedade neerlandesa, que por sua vez detinha em 99,99% do capital uma outra sociedade residente em França, designada de Kiron SARL.

O regime de tributação pelo lucro consolidado em França permitia que uma sociedade que detivesse uma participação superior a 95% do capital noutra sociedade, por si própria ou por intermédio de outra sociedade, se constituísse como sujeito passivo único de imposto sobre as sociedades. A Papillon pretendia incluir no perímetro de aplicação do regime a Kiron SARL.

O pedido foi indeferido internamente com base no argumento de que a sociedade através da qual é detida indirectamente a participação tem de se encontrar sujeita ao imposto sobre as sociedades em França.

O Tribunal lembrou neste caso que a liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE compreende também a proibição de o Estado de origem criar obstáculos ao exercício desta, o que considerou verificado, não podendo ser o facto de a sociedade intermédia não se encontrar sujeita a imposto em França a justificar tal restrição. Na verdade os efeitos dar-se-iam na esfera da sociedade-mãe que não pretendia abranger pelo dito regime a sociedade de direito neerlandês.

²³ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68993&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=180908>.

O TJUE entendeu que existia o risco de dupla compensação de perdas e que a coerência do sistema fiscal estaria posta em causa, todavia questionou se era esta a medida restritiva menos gravosa. Chegando à conclusão que não seria, considerou que o regime de consolidação fiscal francês se opunha à liberdade de estabelecimento na medida em que não permitia a constituição de um grupo de sociedades com uma subfilial detida por uma filial não residente.

3.1.4 O Acórdão X Holding, 25 de Fevereiro de 2010²⁴



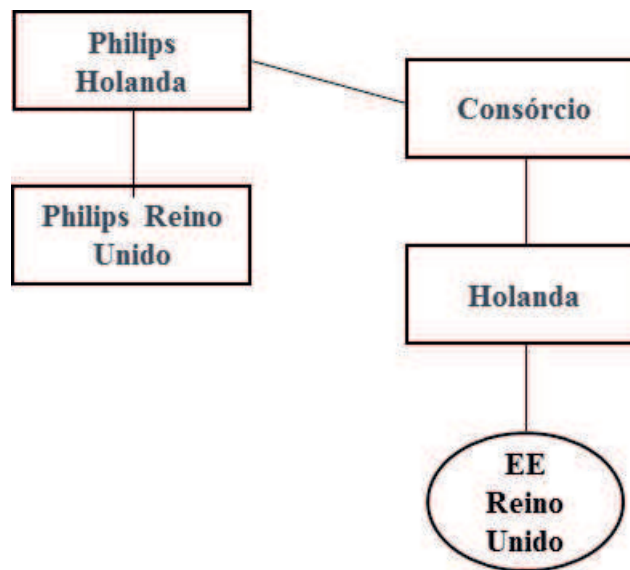
No Acórdão X Holding estava em causa uma sociedade residente para efeitos fiscais nos Países Baixos que detinha a 100% uma sociedade residente na Bélgica, que pretendia beneficiar relativamente a esta do regime de consolidação fiscal neerlandês.

O Tribunal começou por confirmar que o regime de consolidação fiscal neerlandês representa um benefício para as sociedades que o possam aplicar e que a exclusão dessa possibilidade relativamente a uma sociedade residente noutra E-M poderá constituir um elemento dissuasor do exercício da liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE.

Porém para tal restrição ser compatível com a liberdade de estabelecimento, as situações em causa não poderiam ser objectivamente comparáveis ou esta ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral. Apesar da comparabilidade das situações, o TJUE decidiu que a restrição em causa era adequada, não ultrapassava o necessário para preservar o poder tributário dos Estados-Membros e que à X Holding estava vedada a possibilidade de constituir uma unidade fiscal com a sua subsidiária residente para efeitos fiscais na Bélgica.

²⁴ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153585&doclang=PT>.

3.1.5 O Acórdão Philips Electronics, 6 de Setembro de 2012²⁵



No processo em apreço voltou a estar em causa o regime do *group relief*, todavia neste caso relativamente a uma sociedade residente para efeitos fiscais no Reino Unido, relativamente às perdas de uma sucursal situada no mesmo território que era detida por intermédio de um grupo constituído pela sociedade-mãe e outras sociedades coreanas que possuía uma filial nos Países Baixos através da qual esta era detida.

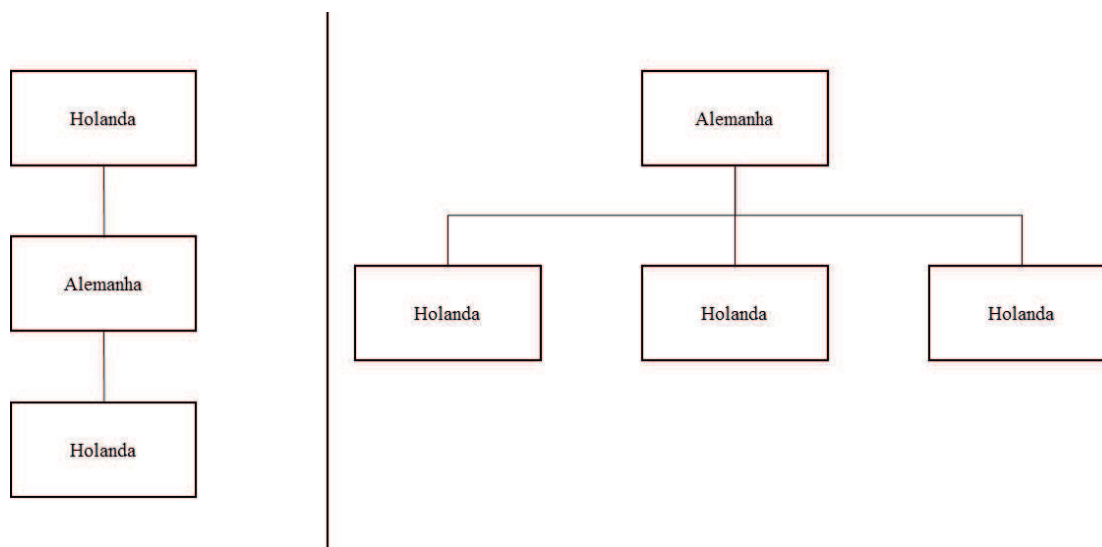
A Philips Electronics pretendia a dedução de parte dos prejuízos apurados pela sucursal, pedido que foi indeferido pelas autoridades fiscais britânicas pelo risco de dupla utilização dos prejuízos da sucursal britânica na esfera da filial neerlandesa.

O TJUE recordou que um regime como o em apreço torna menos atractivo o exercício do direito de estabelecimento.

Afirmando a comparabilidade das situações, o Tribunal decidiu que era contrário à liberdade de estabelecimento um regime em que a possibilidade de dedução dos prejuízos de uma sucursal de uma sociedade de outro E-M estivesse sujeita à condição de estes não serem utilizados no país de origem da sede quando o regime aplicável às filiais de sociedades sediadas noutros E-M não exige igual requisito.

²⁵ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126440&doclang=PT>.

3.2 O Acórdão SCA Group Holding - Processos apensos C-39/13, C-40/13 e C-41/13, 12 de Junho de 2014²⁶



O Acórdão trata de dois processos a correr por apenso: Processos C-39/13 e C-41/13 relativos à possibilidade de constituição de uma unidade fiscal por uma sociedade-mãe residente num Estado-Membro que detém subfiliais residentes através de uma ou mais filiais não residente e Processo C-40/2013 relativo a um conjunto de sociedades-irmãs que pretendem constituir uma unidade fiscal, encontrando-se a sua sociedade-mãe fora do Estado-Membro em que estas são residentes.

O regime de grupo neerlandês permite que se uma sociedade detiver uma participação superior a 95% do capital noutra, seja cobrado imposto sobre as sociedades como se de um único sujeito passivo se tratasse. Para tal todos os sujeitos passivos deverão estar sediados nos Países Baixos ou possuírem um estabelecimento estável neste.

Processos C-39/13 e C-41/13

A Administração Tributária indeferiu as pretensões da SCA e da MSA (sociedades-mãe residentes nos Países Baixos) por afirmar que o regime de constituição de uma unidade fiscal aplicável aos grupos de sociedades, não será aplicável no caso de existirem sociedades intermédias sediadas noutros Estados-Membros através das quais as participações nas filiais residentes nos Países Baixos são detidas.

²⁶ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153585&doclang=PT>.

Ao TJUE coube no presente caso analisar se se opunha à liberdade de estabelecimento a legislação de um E-M que permite a constituição de uma unidade fiscal por uma sociedade dominante que detém através de uma sociedade intermédia residente participações em subfiliais residentes, mas não permite a constituição de uma unidade fiscal no caso de a sociedade intermédia não ser residente no mesmo país que a sociedade dominante e as subfiliais.

O Tribunal começou por considerar que existia uma restrição à liberdade de estabelecimento tanto da perspectiva da sociedade-mãe neerlandesa como da perspectiva da filial situada na Alemanha, uma vez que estamos perante uma desigualdade de tratamento. Na primeira perspectiva a Advogada Geral (em diante “AG”)²⁷ baseou-se no entendimento levado a cabo pelo Tribunal nos Acs. X Holding e Papillon para concluir que deveria ser feito uma distinção no caso uma vez que neste, não é apenas a filial não residente que fica excluída da possibilidade de participar no grupo fiscal, mas também as subfiliais residentes, que tratando-se de uma situação puramente interna não estariam excluídas. Na perspectiva da filial, existe também uma desigualdade de tratamento, uma vez que se esta tivesse optado por se estabelecer nos Países Baixos através de um estabelecimento estável e não de uma filial, não lhe seria vedada a possibilidade de esta ser incluída no grupo fiscal segundo a legislação neerlandesa, questão semelhante já analisada no Acórdão Philips Electronics.

Quanto à existência de uma justificação à restrição, o Tribunal lembra que há que atender ao fim visado pela norma ou à existência de razões imperiosas de interesse geral.

No caso, o TJUE afirma que o fim visado pela norma é permitir que ocorra uma consolidação fiscal de resultados numa sociedade-mãe que disponha de filiais e subfiliais aproveitando-se os benefícios que daí decorrem, de forma semelhante a uma sociedade que possui vários estabelecimentos. Assim, à semelhança do caso Papillon, sendo esse o fim da norma, é legítima a sua prossecução tanto no caso de a sociedade intermédia residente no mesmo Estado-Membro das demais, como no caso de não o ser.

Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral, designadamente a preservação da coerência do sistema fiscal e a prevenção da dupla compensação de prejuízos, o Tribunal refere novamente o Ac. Papillon, uma vez que neste estava em causa

²⁷ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=148406&doclang=PT>.

a existência de umnexo directo entre a transferência de prejuízos entre as sociedades do grupo e a neutralização das operações internas, motivo pelo qual a existência de uma sociedade intermédia “quebrava” a coerência do sistema fiscal, na medida em que as operações com esta não poderiam ser neutralizadas e os prejuízos fiscais corriam o risco de ser duplamente utilizados. Afirmo o Tribunal porém que o caso em análise é distinto: uma vez que a forma que o direito neerlandês adoptou para neutralizar as operações internas foi a existência de um regime de *participation exemption* aplicável aos grupos de sociedades, isto é, os ganhos e perdas decorrentes da detenção, alienação ou aquisição de participações não concorrem para a formação do lucro tributável do grupo, à sociedade-mãe nunca será possível deduzir os prejuízos das suas participadas. Relativamente à preservação da coerência do sistema fiscal, este também não é posto em causa, uma vez que ao contrário de no Ac. Papillon, no Processo C-39/13 e C-41/13 não se pretende que a sociedade intermédia, situada noutra E-M, seja parte da unidade fiscal neerlandesa.

Processo C-40/13

O Tribunal afirma que permitindo a legislação dos Países Baixos que uma sociedade residente beneficie juntamente com as suas filiais residentes das vantagens do regime de grupo neerlandês mas não permitindo a uma sociedade não residente que as suas filiais residentes beneficiem deste regime, nos encontramos perante uma restrição à liberdade de estabelecimento. A AG do Processo afirma²⁸ que há que observar que à sociedade-mãe é criada “uma desvantagem, mas sobretudo na medida em que não pode beneficiar da possibilidade de, pelo menos, as suas filiais neerlandesas constituírem uma unidade fiscal”.

No que toca à existência de justificação para tal restrição, o Tribunal apela novamente ao fim visado pela norma que, no caso, sendo a possibilidade de um grupo de sociedades ser considerado como um único sujeito passivo para efeitos da sua tributação, constitui um fim passível de ser atingido no caso, independentemente de a sociedade-mãe ser residente ou não no mesmo E-M que as filiais que pretendem que lhes seja aplicável o regime.

Na sua intervenção, um dos países opôs-se, afirmando que de acordo com o sistema neerlandês, tal objectivo não é passível de ser alcançado uma vez que a consolidação se dá na esfera da sociedade-mãe. A AG desvalorizou tal argumento, afirmando que, tal

²⁸ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=148406&doclang=PT>.

como referido pela Comissão, a sociedade onde haveria lugar a consolidação constitui uma questão de cariz puramente técnico, e que a própria relação de domínio se mantém, todavia na esfera de uma sociedade que está sediada fora do E-M.

Relativamente à salvaguarda da repartição das competências fiscais entre Estados-Membros, esta não é posta em causa uma vez que o regime tem no caso por objecto apenas sociedades sediadas nos Países Baixos. A AG relembra também que o risco de dupla utilização de prejuízos fiscais não é uma justificação que possa ser considerada autonomamente e que tratando-se de sociedade-irmãs, uma vez que não detém participações umas nas outras, não se coloca a questão da neutralidade fiscal das operações entre si.

Assim, a AG conclui: “No caso de uma sociedade-mãe estrangeira, a liberdade de estabelecimento apenas garante, por isso, que a sociedade-mãe estrangeira pode beneficiar, pelo menos no que respeita às sociedades-irmãs residentes, das vantagens da legislação fiscal neerlandesa, quando ela própria não pode participar na unidade fiscal.”

3.3 Apreciação da posição tomada pelo TJUE nos Acórdãos em causa

Na temática da tributação dos grupos de sociedades, o TJUE tem-se pronunciado de forma por vezes pouco consistente e até contraditória.

O Tribunal chegou a considerar que as justificações à restrição que se encontrava a analisar deveriam ser analisadas em conjunto e que apenas verificadas em simultâneo esta se poderia dar por fundamentada. Outras vezes o Tribunal aprecia as justificações isoladamente.²⁹ As justificações admitidas à liberdade de estabelecimento prendem-se sempre com as temáticas do perigo de evasão fiscal, perda de soberania fiscal, risco de permitir ao contribuinte decidir em que Estado quer sujeitar rendimento a tributação ou aproveitamento indevido de benefícios derivados dos regimes de tributação de grupos.

As restrições encontram-se por vezes justificadas sem referência ao teste de proporcionalidade, outras, a inobservância da aplicação da medida menos gravosa leva a que o Tribunal julgue a causa como desconforme à liberdade de estabelecimento apesar de toda a fundamentação anterior levar a crer que as restrições da legislação interna encontram justificação.

A jurisprudência do TJUE nesta matéria acaba por se revelar uma análise que, pretendendo-se caso a caso, acaba por em algumas situações perder uma linha condutora de argumentação face às decisões emitidas anteriormente.

Quanto às justificações

1 Risco de evasão fiscal

O risco de evasão fiscal foi considerada no caso M&S, na medida em que permitir a dedução dos prejuízos sofridos por filiais situadas noutra E-M na esfera da sociedade-mãe criaria oportunidade para a existência de um “tráfico de prejuízos”, isto é, possibilidade de transferência dos prejuízos de filiais para sociedades sediadas em Estados-Membros com uma taxa de imposto superior.

No acórdão Oy AA, o risco de evasão fiscal foi considerado na perspectiva de que permitir uma transferência de lucros de uma filial para uma sociedade-mãe sediada

²⁹ Vide DA SILVA, Bruno, “From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-border Group Taxation in the European Union”, Intertax, Volume 39, capítulo 5, Kluwer International BV, The Netherlands, 2011.

noutro E-M, acarretaria o risco de permitir que através de expedientes artificiais fossem transferidos lucros para sociedades de um grupo sediadas em E-M com tributação inferior ou que não tributassem de todo tal rendimento. Esta justificação foi porém vista, pela AG³⁰, como indissociável da repartição do poder tributário entre os Estados.

No acórdão Papillon, o facto de a subsidiária, ainda que detida através de uma sociedade intermédia situada noutro E-M, ser residente para efeitos fiscais no mesmo E-M que a sociedade-mãe, levou o Tribunal a considerar que não existia um verdadeiro risco de evasão fiscal, uma vez que os prejuízos eram gerados no país da sede da última.

O TJUE aprecia por vezes este risco à luz de a norma prever especificamente como fim o combate à evasão fiscal, no caso de não o fazer, considera que o motivo não pode ser invocado. Porém no Acórdão Oy AA, o Tribunal não analisou este argumento neste sentido, limitando-se a retirar dos factos a justificação.

No acórdão SCA Holding, o risco de evasão fiscal foi chamado à colação por parte do Governo neerlandês. Aqui o Tribunal analisou que a restrição presente na norma em causa não era motivada por um objectivo específico de luta contra expedientes puramente artificiais motivo pelo qual a justificação não encontrava acolhimento.

Este tipo de incoerência na análise levada a cabo pelo Tribunal é de criticar uma vez que sendo o objectivo das suas decisões a correcta aplicação do Direito pelos tribunais dos Estados-Membros, a incursão por caminhos opostos para retirar destes o mesmo resultado não produz o efeito esclarecedor que os Tribunais esperam das suas decisões.

2 Coerência do sistema fiscal

Relativamente à coerência do sistema fiscal como elemento justificativo de uma restrição à liberdade de estabelecimento, esta baseia-se na existência de uma ligação directa entre um benefício fiscal e uma correspondente compensação através de um

³⁰ Disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63883&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=404755>.

determinado tributo, com um claro pendor na finalidade económica da norma em causa.³¹

No Acórdão M&S o AG³² analisou esta justificação, não tendo semelhante análise sido realizada directamente pelo TJUE. Tendo a sua jurisprudência vindo a oscilar entre a necessidade de se verificar ou não uma relação relativamente à mesma pessoa e ao mesmo tributo³³, Poiares Maduro nas suas conclusões afirmou que a coerência do sistema deveria ser aferida com base na finalidade económica da regulamentação fiscal enquanto critério para a existência de relação directa entre um benefício fiscal e a cobrança de certo tributo.

No Acórdão Oy AA, a coerência do sistema fiscal foi analisada pela AG³⁴, na medida em que para a dedução do gasto ser considerada na Finlândia, teria de haver o direito de tributar os rendimentos da sociedade-mãe, não tendo esta de se verificar relativamente ao mesmo contribuinte e tributo. Esta afirma, à semelhança do defendido por Poiares Maduro, que haverá que partir do objectivo do regime nacional, não sendo a medida justificada se o objectivo for alcançável de outro modo.

No Acórdão Papillon, por sua vez, o TJUE chegou à conclusão que existindo uma sociedade intermédia que detinha a filial em causa, “o nexo directo existente no regime de tributação pelo lucro consolidado entre as vantagens fiscais e a neutralização das operações internas do grupo seria destruído, o que afectaria a coerência do referido regime.” Assim, neste caso, e na medida em que o sociedade intermédia não estaria abrangida pelo regime em causa por se encontrar situada noutra

³¹ Para mais desenvolvimentos relativamente a esta questão *vide*

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21365/1/Vasco%20Nuno%20Coelho%20Martins%20Lima.pdf>.

³² Disponível para consulta electrónica em

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59651&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=404959>.

³³ *Vide* Acórdão Manninen disponível para consulta electrónica em

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionId=9ea7d2dc30dd50eed63c12b549aeb14ef384cdb7145.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQa3n0?text=&docid=49454&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11723>.

³⁴ Disponível para consulta electrónica em

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63883&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=750900>.

E-M, o Tribunal considerou que a neutralidade pretendida pelo regime de grupo francês era posta em causa.

No caso Philips Electronics, o Tribunal reafirma a existência de uma “simetria entre o direito de tributação dos lucros e a faculdade de dedução das perdas”, todavia não é esta posta em causa, uma vez que as perdas sofridas pela sucursal haviam sido incorridas no mesmo E-M que a sociedade que as pretende utilizar.

No Acórdão SCA Holding o TJUE lembrou a decisão do Acórdão Papillon, afirmando que, para a coerência do sistema fiscal ser uma justificação aceite, teria de ser posto em causa um sistema em que fosse concedido um benefício (neutralidade das operações internas) com a consequente liquidação de certo tributo (no caso a tributação pelo lucro consolidado), que no caso permitia evitar a dupla utilização dos prejuízos entre as sociedades residentes. Ora numa interessante linha jurisprudencial, o TJUE afirma que a coerência do sistema fiscal não é posta em causa uma vez que inexistente um nexo directo entre a concessão de uma vantagem e a liquidação de um tributo. Procurando ir ao fundo dos factos e não obstante a decisão tomada sobre um caso aparentemente semelhante no Acórdão Papillon, o TJUE afirma que porque o regime neerlandês prevê um regime de *participation exemption* em que a sociedade-mãe não pode nunca deduzir os prejuízos das participações nas filiais, a coerência não está em causa.

3 Preservação da repartição do poder tributário dos Estados

Este argumento prende-se com o princípio da territorialidade sob o qual se rege o Direito Fiscal, que leva a que as normas de dado E-M, em certas circunstâncias, apenas devam ser aplicadas às sociedades sediadas nesse E-M, tanto no que refere aos prejuízos como aos lucros.³⁵

O TJUE pronunciou-se no Ac. M&S afirmando ser esta uma justificação plausível, uma vez que permitir que uma sociedade escolhesse o E-M de dedução dos prejuízos de uma sua filial permitiria que a matéria colectável num dado Estado fosse aumentada e em outro diminuída segundo a livre vontade dessa sociedade.

³⁵ Vide GOSH, Julian, “Principles of the Internal Market and Direct Taxation”, Key Haven Publications PLC, 2007.

No Acórdão Oy AA este argumento foi igualmente considerado uma vez que segundo o TJUE, permitir a uma sociedade deduzir uma transferência realizada a favor de uma sociedade situada noutra Estado-Membro equivaleria a permitir-lhe seleccionar o Estado em que os seus lucros estariam sujeitos a tributação ou até não serem sujeitos de todo.

No Acórdão X Holding a justificação foi considerada pelo TJUE, que concluiu que permitir a uma sociedade constituir um grupo com uma filial não residente equivaleria a permitir escolher onde e quando seriam utilizados prejuízos fiscais desta, à margem da repartição do poder tributário existente entre Estados.

No Acórdão SCA Holding a AG afirmou não estar este em causa relativamente à constituição da unidade fiscal entre as sociedades irmãs, uma vez que as sociedades se encontram situadas todas no mesmo Estado. Assim, o poder tributário em causa seria só e unicamente respeitante a um E-M, motivo pelo qual esta não seria uma justificação possível para a restrição em causa.

Este argumento é amplamente utilizado pelos E-M quando se pronunciam, uma vez que esta justificação toca no ponto mais sensível da temática em causa para estes: a sua soberania fiscal.

4 Risco de dupla utilização de prejuízos

Esta justificação diz respeito ao risco de os prejuízos gerados por uma dada filial serem utilizados em mais de uma das sociedades de nível superior da cadeia societária.

Esta pode ser apreciada a nível interno, que se encontra na dependência de o Estado em causa fazer uso de mecanismos que evitem a sua ocorrência, e a nível externo, que decorre de os prejuízos serem, por exemplo, considerados reportáveis na esfera de uma sociedade do grupo no mesmo E-M e na esfera de outra situada num diferente E-M por diferenças de legislação entre países.

Esta justificação já foi analisada em alguns acórdãos como não tendo autonomia face à justificação da preservação da repartição dos poderes tributários e que é apenas

invocável quando a legislação nacional preveja o seu combate de forma coerente e sistemática.³⁶

No Acórdão SCA Holding a AG retoma esta linha de visão; todavia não se abstém de verificar se neste caso esta estaria em causa. Assim e de modo muito pertinente conclui que não seria a recusa da possibilidade de constituição de um grupo de sociedades o meio adequado a evitar o risco de dupla utilização de prejuízos. Efectivamente, mesmo não sendo concedida à MSA e SCA a referida possibilidade de constituírem um grupo com as suas filiais residentes, os prejuízos destas poderiam ser utilizados posteriormente e a filial intermédia apresentar depreciações no seu património em consequência deste facto.

³⁶ Argumentação utilizada nos casos Oy AA e Philips Electronics.

Parte IV

4.1 A influência do Acórdão SCA Group Holding na legislação interna

O CIRC passou a prever, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro³⁷, baseadas na decisão tomada pelo TJUE no Ac. Papillon, a possibilidade de uma sociedade residente integrar um grupo ao qual é aplicado o RETGS no caso de a participação nesta ser detida, directa ou indirectamente, através de uma sociedade sediada noutro E-M (ou no EEE se existir obrigação de cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE), desde que detida, em pelo menos 75%, pela sociedade dominante ou através de sociedades residentes em território português detidas pela dominante.

Assim, cabe-nos analisar o impacto que a decisão levada a cabo no Processo C-40/13, relativo à consolidação horizontal, teve e poderá vir a ter, na ordem interna.

A 31 de Dezembro, foi publicada a Lei n.º 82-C/2014³⁸, que adequa o regime especial de tributação dos grupos de sociedades à decisão tomada pelo TJUE no Processo C-40/13. Foi assim aditado o art. 69.º-A do CIRC, sob a epígrafe “Sociedade dominante com sede ou direcção efectiva noutro Estado-Membro da União Europeia ou do EEE”. O regime em causa vem permitir que sejam formados “grupos de sociedades horizontais” em que a sociedade-mãe não é incluída no regime e se encontra sediada fora do território português. A sua aplicação destina-se aos períodos de tributação iniciados em ou após 1 de Janeiro de 2015.

De acordo com o art. 69.º-A, para que a sociedade residente noutro E-M seja considerada dominante do grupo ao qual é aplicado o RETGS, esta deverá cumprir os seguintes requisitos:

- i) Estar sujeita e não isenta de um imposto referido no art. 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de Novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ao IRC;

³⁷ Disponível para consulta electrónica em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/7C883D2E-7D27-41DD-AD16-CA659BBADD82/0/Lei_2_2014.pdf.

³⁸ Disponível para consulta electrónica em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/ABAAB8CE-41A5-4ECA-9886-D7AB52519FD1/0/Lei_82C_2014.pdf.

- ii) Adotar a forma de sociedade de responsabilidade limitada (à semelhança do estabelecido no regime previsto no art. 69º);
- iii) No que refere ao período mínimo de detenção das participações, este é de um ano, com referência à data em que se pretende que seja iniciada a aplicação do regime;
- iv) A sociedade não poderá ter renunciado à aplicação do regime nos três anos anteriores face à data em que se inicia a sua aplicação;
- v) À semelhança do estabelecido no regime comum presente no art. 69.º do CIRC, a lei estabelece um requisito negativo para que a sociedade em causa possa ser considerada dominante: a sociedade não poder ser considerada dominada, em pelo menos 75% do seu capital com mais de 50% dos direitos de voto, por outra sociedade sediada em Portugal. A verificar-se esta situação, a sociedade seria considerada dominada pela sociedade portuguesa, motivo pelo qual estaria excluída à partida a sua qualificação como sociedade dominante do RETGS;
- vi) Quando detenha um estabelecimento estável em território português através do qual sejam detidas as participações nas sociedades dominadas e não se verifique relativamente a este nenhuma das situações previstas nas als. a) e c) a d) do art. 69.º n.º 4. O legislador procurou neste caso acautelar situações em que se pretendesse beneficiar do regime por motivos artificiais, designadamente com o objectivo de deduzir prejuízos fiscais anteriores.

No caso de estarem cumpridos os requisitos de ordem subjectiva dos n.ºs 3 e 4 do art. 69.º, o presente regime é de aplicação a todas as sociedades sediadas em território português e ao estabelecimento estável através do qual sejam detidas as participações. Caberá a uma das sociedades, ou ao estabelecimento estável situado em Portugal, o cumprimento das obrigações declarativas do novo grupo em Portugal, designadamente, a comunicação à AT da opção pelo regime, da alteração da estrutura do grupo e da cessação ou renúncia à sua aplicação. Esta comunicação deverá ser feita através da declaração prevista no art. 118.º, respeitados os prazos estabelecidos no n.º 7 do art. 69.º para cada um dos fins pretendidos.

Por fim o artigo estabelece que em tudo o que se não encontrar previsto no art. 69.º-A, encontrará aplicação o estabelecido pelo art. 69.º do CIRC.

Haverá agora que analisar em maior detalhe as questões práticas suscitadas pelo novo regime.

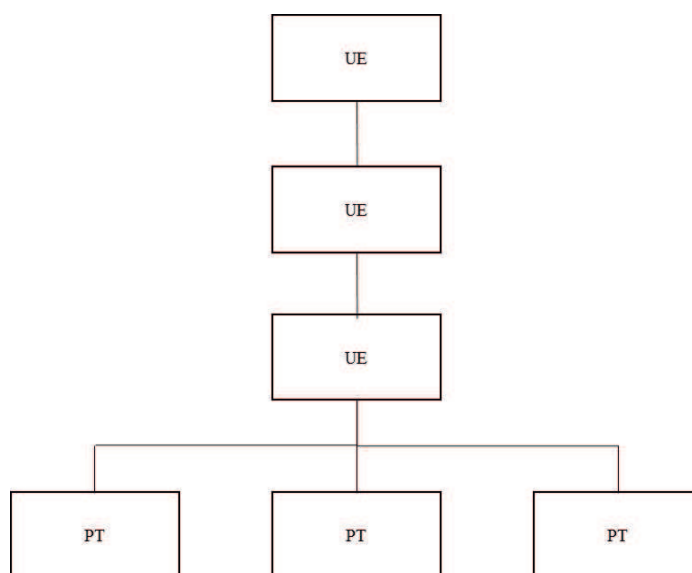
4.2 Questões práticas decorrentes do novo regime

1. Sociedade dominante

A primeira questão que se poderá colocar relativamente ao art. 69.º-A é a seguinte: Qual é a sociedade dominante no grupo no caso de existir uma cadeia sucessiva de sociedades sediadas fora de Portugal através da qual são detidas as sociedades dominadas?

Isto é, uma relação de participação mínima de 75% verificada num período de pelo menos um ano terá de ser aferida em relação a todas as sociedades da cadeia, mesmo às que não fazem parte do perímetro de aplicação do RETGS horizontal?

Não dando a redacção do art. 69.º-A resposta a esta questão, imagine-se o caso de um conjunto de sociedades sediadas na UE que detêm em Portugal um conjunto de sociedades a que pretende aplicar o RETGS, sendo que todas as sociedades são detidas em mais de 75% e há mais de um ano:



Faria sentido que a AT tivesse de verificar anualmente se ocorreram alterações na titularidade do capital de sociedades situadas noutras jurisdições para efeitos de aplicação do regime de tributação dos grupos de sociedades português? Todavia não

poderão ser criadas situações potencialmente nefastas através das alterações na cadeia de sociedades acima da primeira sociedade situada na UE?

A resposta só poderá ser uma de duas: ou deverá ser considerada sociedade dominante a sociedade sediada na UE que se encontra no último nível da cadeia de sociedades sediadas na UE, ou deverá ser sociedade dominante a primeira sociedade situada fora da Portugal, dentro da cadeia de sociedades situadas fora do território.

Por um lado temos a hipótese de considerar dominante a sociedade que se encontra no último nível da cadeia de sociedades, o que é mais fidedigno em termos de ser esta a efectiva sociedade-mãe do grupo sediada na UE que não dominada por outra sociedade acima de si. Por outro lado, temos a hipótese de considerar a primeira sociedade-mãe situada na UE, na medida em que é esta, directamente, a sociedade dominante das sociedades sediadas em Portugal. A consideração de sociedades de nível intermédio só se justificará na medida em que seja esta a última situada na UE. Na vigência do art. 69.º no período anterior à entrada em vigor do art. 69.º-A, a participação detida pela sociedade dominante tinha de ser aferida relativamente “ao capital de outra ou outras sociedades ditas dominadas”, isto é, apenas relativamente às sociedades residentes em Portugal, uma vez que só poderiam ser consideradas dominadas, para efeitos de aplicação do RETGS, as sociedades com residência fiscal neste país, ainda que detidas indirectamente através de sociedades residentes noutro Estado-Membro da UE ou do EEE, uma vez que estas últimas estariam excluídas do âmbito de aplicação territorial deste. Assim, dentro deste espírito a sociedade a considerar deveria ser a primeira da cadeia.

Refira-se ainda que a verificação do período mínimo de um ano de detenção das participações e o nível de participação mínimo de 75% do capital, a aferir relativamente a todas as sociedades sediadas fora da UE é uma solução que acarreta consigo custos administrativos e dificuldade práticas. Imagine-se o caso de a AT ter de assegurar, para todas as sociedades com estruturas mais complexas, que as vendas, aquisições e fusões entre sociedades fora do país cumpriram os requisitos elencados para que o RETGS pudesse encontrar aplicação. Sendo tal necessário, a aplicação do RETGS ficaria prejudicada por alterações na cadeia de sociedades situadas na UE, de tal modo que a estrutura não poderia ser implementada ou alterada se os requisitos não se encontrassem cumpridos. Seria especialmente penoso para um conjunto de sociedades com uma sociedade-mãe em comum e que cumprisse todos os requisitos necessário para a aplicação do regime, ver-se-lhe vedada a possibilidade de beneficiar

do regime, por a sua sociedade-avó ter decidido, por razões de cariz estratégico, adquirir outra sociedade que se situe no patamar intermédio entre esta e a sociedade-mãe das sediadas em Portugal.

Considerar a primeira sociedade sediada na UE como sociedade-mãe do RETGS horizontal apresenta-se como a solução mais prática e de simples aferição.

Segundo a informação disponibilizada no *site* da AT³⁹, em 2012, o número de declarações submetidas em Portugal cujo regime de tributação correspondia ao dos grupos de sociedades ascendia às 3495, número com tendência para aumentar, de acordo com a evolução verificada.

Tomar como sociedade dominante do RETGS horizontal a primeira sociedade sediada fora de Portugal, significa, sobretudo, aliviar eventuais constrangimentos burocráticos relacionados com a aferição da percentagem mínima de participação de capital e respectivo período de detenção, o que se pode tornar bastante moroso o processo no caso de estruturas complexas. Apesar de os Estados Membros disporem de instrumentos de cooperação reforçada no âmbito da assistência mútua no domínio dos impostos directos⁴⁰, exigir que tal controlo de cumprimento de requisitos se encontrasse na dependência de elementos verificados e comunicados pelas Autoridades Tributárias dos demais Estados Membros poderia criar atrasos ou insuficiências de informação para efeitos da aplicação do mesmo.

Parece-nos, após o que foi dito, que a sociedade dominante do grupo abrangido pelo RETGS horizontal deverá ser a primeira sociedade que se encontre situada na UE.

A Direcção de Serviços de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (doravante, “DSIRC”) veio através da Circular n.º5/2015 de 31 de Março⁴¹ esclarecer o seu entendimento relativamente a alguns temas relacionados com o art. 69.º e 69.º-A.

Um dos temas abordados é o conceito de sociedade dominante ao abrigo do art. 69.º-A, pelo que de acordo com a referida Circular, “não é exigido que a sociedade dominante na UE ou no EEE não seja considerada dominada por nenhuma outra sociedade também residente noutro Estado-Membro da UE ou do EEE”, acabando por

³⁹ Disponível em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/estatisticas_ir/.

⁴⁰ Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de Fevereiro, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade que revogou a Diretiva 77/799/CEE, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2013.

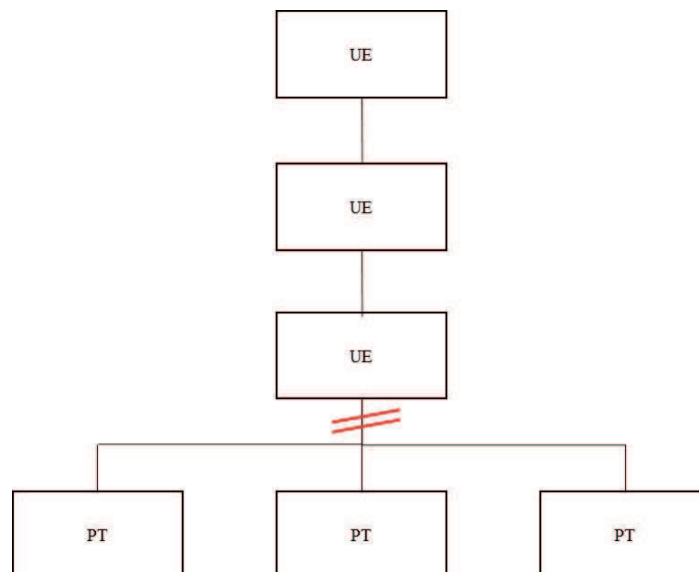
⁴¹ Disponível para consulta electrónica em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BFC73926-5FD3-4CFB-8E1F-224E4A6C89EE/0/Circular_5_2015.pdf.

concluir que será considerada dominante do RETGS a primeira sociedade do grupo que se encontre fora de Portugal.

Ora embora tenhamos chegado à mesma solução para o problema em causa, haverá que relembrar a infelicidade de a resolução para questões deste nível continuarem a ser dadas por circulares interpretativas com um pressuposto efeito meramente interno de esclarecimento para os órgãos hierarquicamente inferiores da correcta aplicação do Direito⁴².

2. Alienação da primeira sociedade situada na EU

Na decorrência dos comentários tecidos no que respeita à sociedade a ser considerada dominante para efeitos de aplicação do regime, imagine-se o seguinte caso: A configuração societária anterior mantém-se e a dada altura a sociedade-avó decide alienar a sociedade dominante do RETGS horizontal mas pretende manter na estrutura as sociedades sediadas em Portugal:



O art. 69.º-A remete “em tudo o que não estiver previsto” no artigo em causa, para o art. 69.º. O art. 69.º trata dos casos em que a sociedade dominante passa a dominada por outra sociedade e dos casos em que ocorrem fusões entre sociedades que já

⁴² Vide GAMA, João Taborda da, “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas”, Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, vol.3, 2011

pertenciam a um RETGS e sociedades que a este não pertenciam. Mas, e se a sociedade dominante da sociedade dominante do RETGS quiser manter a estrutura societária em Portugal mas não a sua sociedade-mãe?

Passarão as sociedades portuguesas a serem consideradas dominadas pela sua antiga sociedade-avó para efeitos de aplicação do RETGS?

O art. 69.º afirma que o RETGS deixa de poder ser aplicável nos casos de “a) Deixe de se verificar algum dos requisitos referidos no n.º 3 relativamente à sociedade dominante, sem prejuízo dos casos em que seja exercida a opção prevista no n.º 10” e “b) Se verifique alguma das situações referidas nas alíneas a), b), d) ou g) do n.º 4 relativamente à sociedade dominante”. Imagine-se que na situação em causa, nenhum dos requisitos é posto em causa. Nem sequer a sociedade dominante que se pretende que seja alienada é considerada dominada de outra sociedade residente em território português que reúna os requisitos para ser qualificada como dominante. A sociedade-avó pretende apenas manter o grupo de sociedades com a configuração preexistente mas sem a intermediação da sua anterior sociedade-mãe. Não haverá motivos para ser legítima a preservação deste grupo tal como existia anteriormente? Ou deverão os prejuízos apurados pelo grupo ser perdidos totalmente, mesmo no caso de a sociedade acima da anterior sociedade dominante cumprir desde o início da aplicação do regime os requisitos do art. 69.º-A para ser considerada dominante?

Entendemos que a situação merecerá uma ponderação casuística, uma vez que a sociedade dominante não faz parte do RETGS, isto é, não contribui para a formação do lucro tributável ou prejuízo fiscal do grupo, não paga derrama estadual ou municipal em Portugal nem possui certos gastos seus sujeitos a T.A no país: haverá motivos para considerar que a mudança da sociedade dominante da sociedade-mãe para a sociedade-avó na UE será justificação para obstar à manutenção de um RETGS horizontal?

3. Existência de um estabelecimento estável

Outra questão que se coloca relativamente ao novo regime é sobre a obrigatoriedade da existência de um estabelecimento estável em Portugal, ou se é esta uma opção.

O objecto do RETGS foi sempre e apenas a possibilidade de consolidar na esfera de uma única entidade os resultados das suas filiais, enquanto entidades com personalidade jurídica e património autónomos.

Os estabelecimentos estáveis, por sua vez, correspondem, na expressão empregue no art. 5.º do CIRC, a “qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola”, designadamente a uma sucursal. As sucursais, comumente designadas como “um braço do mesmo corpo”, num sentido figurativo da relação que estas possuem com a sua casa mãe, são entidades desprovidas de personalidade jurídica. Por que motivo terá o legislador passado a prever a inclusão dos estabelecimentos estáveis nos grupos possivelmente abrangidos pelo RETGS?

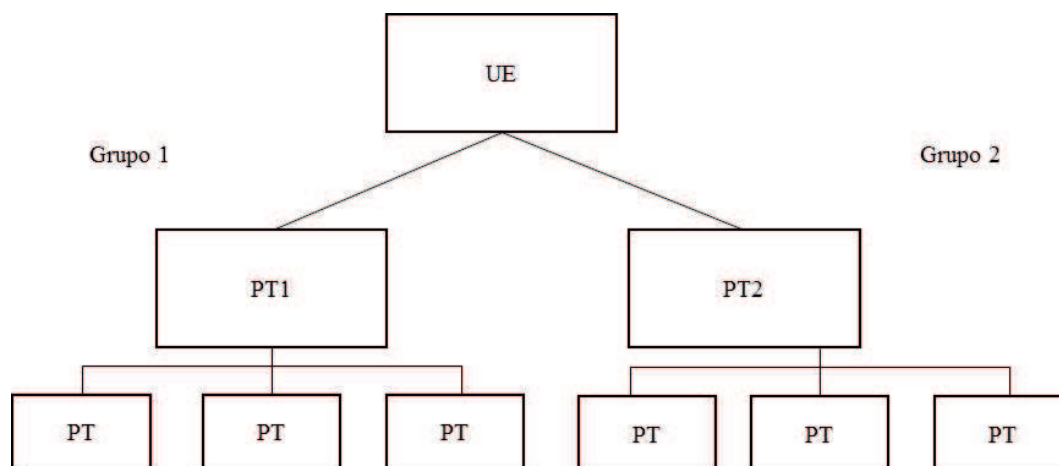
Terá pretendido o legislador exigir que as sociedades dominadas em Portugal sejam detidas por um estabelecimento estável residente da sociedade-mãe?

A Circular n.º 5/2015 não veio esclarecer esta questão. No nosso entender, a opção do legislador de incluir um estabelecimento estável como membro de um grupo ao qual é aplicável o RETGS, será isso mesmo, uma opção. Esta poder-se-á dever ao facto de muitos dos regimes de tributação de grupos de sociedades na Europa preverem a opção de incluir no perímetro do grupo os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes através do qual é desenvolvida uma actividade nesse território (no Acórdão que suscitou a alteração legislativa o próprio regime neerlandês o prevê) ou do facto de o TJUE em jurisprudência firmada⁴³ afirmar a comparabilidade entre a situação das filiais e dos estabelecimentos estáveis para efeitos de alcançar os objectivos previstos pelos regimes de tributação dos grupos de sociedades.

⁴³ Vide a título de exemplo, o Acórdão Saint Gobain ZN disponível para consulta electrónica em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db9b70085d62b94324af67a7a6395b39c5e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNaNf0?text=&docid=44717&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7062>.

4. Aplicação do novo RETGS a grupos preexistentes

Imagine-se que os pressupostos anteriores se mantêm e que a sociedade residente na UE que detém em Portugal dois grupos de sociedades com RETGS distintos:



A primeira questão que se pode colocar neste âmbito é: se a nova sociedade dominante residente na UE pretender constituir um único grupo de sociedades através da eliminação das actuais sociedades dominantes (imagine-se que sociedades gestoras de participações sociais) e da junção dos dois grupos de sociedades preexistentes num só, terá de dissolver os grupos preexistentes?

A Circular n.º 5/2015 veio dar resposta a esta questão afirmando que a nova sociedade dominante “pode optar, nos termos do n.º 10 do art. 69.º (...) pela continuidade de aplicação do RETGS a qualquer um dos grupos preexistentes, devendo comunicar (...) a inclusão, neste, das entidades pertencentes ao outro ou outros grupo preexistentes”.

A solução encontra-se dentro do espírito da solução proposta para as questões que se colocam no âmbito do n.º 10 do art. 69.º, isto é, casos de sociedades dominantes que passam a ser consideradas dominadas por outras sociedades dominantes, gerando-se o caso de grupos adquiridos e grupos adquirentes, que a AT veio esclarecer na presente Circular.

Haverá agora que analisar se na prática poderá ser ou não vantajoso para dois grupos com a mesma sociedade dominante na UE a junção num só grupo.

Imagine-se que o Grupo 1 apresenta a seguinte situação:

- Prejuízos fiscais reportáveis e prevê que assim continue nos anos vindouros;
- Aplica a regra da limitação à dedutibilidade dos GFL numa base individual, apresentando algumas sociedades um EBITDA ajustado positivo superior a €1M;
- As sociedades com EBITDAs ajustados positivos possuem $GFL > €1M$;
- As demais sociedades apresentam um EBITDA ajustado negativo pelo que só podem deduzir os GFL até ao limite de €1M;

Imagine-se que o Grupo 2 apresenta:

- Prejuízos fiscais reportáveis, lucro tributável no último ano e prevê apurar lucro nos anos seguintes;
- Este optou, em 2014, pela aplicação da limitação à dedutibilidade dos GFL numa base consolidada.
- As empresas com $GFL > €1M$ beneficiam do cálculo do limite numa base agregada;

À partida, se a sociedade dominante situada na UE optar pela constituição de um único grupo, de acordo com o disposto no art. 69.º-A do CIRC, poderá beneficiar do facto de:

1. Os prejuízos fiscais anteriores das sociedades do primeiro grupo poderem ser deduzidos até ao limite do lucro tributável que eventualmente o Grupo apurar;
2. Poder abater a totalidade dos prejuízos que as sociedades do anterior Grupo 1 apurem já no âmbito do novo RETGS ao lucro tributável que as sociedades do anterior Grupo 2 venham a apurar.

Porém haverá que atender ao facto de até ao final do 3.º mês em que pretende aplicar o novo regime, a sociedade escolhida como dominante ter de optar pela aplicação da limitação à dedutibilidade dos GFL numa base consolidada ou individual.

Supondo que é feita a opção pelo seu cálculo numa base consolidada, e se algumas sociedades do Grupo 1 apresentarem em 2015 EBITDAs ajustados negativos (sendo essa a tendência revelada nos anos anteriores), o “maior dos dois limites” ficará prejudicado uma vez que o EBITDA ajustado das várias sociedades que compõem o Grupo 1 produzirá um impacto negativo ao nível do novo Grupo, existindo EBITDAs ajustados positivos que são contrabalançados por EBITDAs ajustado negativos. A

opção pela aplicação do referido limite numa base consolidado não será neste caso a melhor opção.

Outra questão prender-se-ia com as taxas de T.A.

Imagine-se o seguinte:

- A maioria das sociedades do anterior Grupo 1 apresentam prejuízo nos anos vindouros;
- A maioria das sociedades do anterior Grupo 2 apresentam lucro tributável nos anos vindouros e despesas sujeitas a T.A.

De acordo com a regra prevista no art. 88.º nº 14 do CIRC, os sujeitos passivos que possuam despesas sujeitas a T.A num período em que apresentem prejuízo fiscal, deverão elevar as taxas de T.A aplicáveis em 10 pontos percentuais.

Supondo que o novo Grupo apura prejuízo fiscal, a AT tem-se vindo a pronunciar nesta temática relativamente aos grupos de sociedades, no sentido de que a aplicação do aumento em 10 pontos percentuais é de aplicação ao prejuízo apurado pelo grupo, independentemente de haver sociedades a apurar lucro.

Deste modo, as sociedades do anterior Grupo 2 veriam as taxas de T.A aplicáveis ao seu caso agravadas em 10 pontos percentuais, independentemente de a título individual as empresas apresentarem lucro.

Concluindo, a opção pela aplicação do novo RETGS a grupos de sociedades preexistentes necessita de uma análise casuística, na medida em que os benefícios que aparentemente podem resultar da combinação de grupos preexistentes com lucro e com prejuízo fiscal, poderão, na prática, não contrapesar outras decorrências desta opção, nomeadamente no que respeita à limitação da dedutibilidade dos GFL e da aplicação das taxas de T.A.

Conclusão

Os regimes de tributação de grupos de sociedades pretendem atribuir uma vantagem no plano fiscal às estruturas societárias que se organizam através da constituição de filiais de uma única entidade, por uma de três vias: regimes em que é efectuada a soma algébrica de lucros e prejuízos das várias entidades numa só, consolidação fiscal através de eliminação de operações internas sendo o grupo o único sujeito passivo e regimes de transferência de prejuízos em que cada entidade é um sujeito passivo podendo ser transferidos prejuízos entre entidades do grupo.

No regime português, para além da forma de cálculo do lucro tributável que permite agregar lucros e prejuízos das diferentes sociedades como se de uma única entidade se tratasse é possível deduzir prejuízos fiscais apurados pelas sociedades do grupo relativos a períodos anteriores e contemporâneos da aplicação do regime, sendo esta a sua principal vantagem.

A nível transfronteiriço, o território europeu possui um conjunto de factores de atractividade, assegurados pela liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE, que justificam que as empresas se expandam para além do seu país de origem, criando grupos de sociedades que colocam em contacto diferentes jurisdições.

Embora a tributação directa se encontre fora das atribuições do Tribunal de Justiça da União Europeia, este foi chamado a pronunciar-se, a título prejudicial, em diversos casos cujo objecto se prendia com a tributação dos grupos de sociedades numa perspectiva transfronteiriça.

Muitas vezes as empresas que possuem filiais em outros países pretendem que essas sejam incluídas no regime de tributação de grupos, pois tencionam beneficiar de especificidades do regime interno relativamente às suas filiais transfronteiriças ou querem deduzir prejuízos de filiais residentes mas detidas através de filiais não residentes.

No Acórdão SCA Holding de 12 de Junho de 2014, o Tribunal declarou ser contrária à liberdade de estabelecimento a legislação de um Estado-Membro que não permitisse a constituição de um grupo de sociedades entre sociedades sediadas no mesmo Estado-Membro apesar de a sociedade intermédia se situar fora deste e entre sociedades “irmãs”

situadas no mesmo Estado-Membro, encontrando-se a sua sociedade dominante fora desse Estado.

Para tal, o Tribunal baseou-se numa conjugação inédita entre a jurisprudência do Ac. X Holding, em que considerou não ser contrária à liberdade de estabelecimento a legislação que proíbe a aplicação de um regime de tributação de grupo de sociedades a uma sociedade residente e à sua filial não residente, e o Ac. Papillon, em que considerou contrária à liberdade de estabelecimento a legislação que proíbe a aplicação de um regime de tributação de grupo de sociedades a uma sociedade que detém outra sociedade residente no mesmo Estado-Membro através de uma sociedade não residente.

A verdadeira inovação do Acórdão em causa respeita à possibilidade de constituição de grupos de sociedades entre filiais cuja sociedade dominante comum esteja situada noutro Estado-Membro, equiparando o TJUE pela primeira vez as situações de integração vertical e horizontal.⁴⁴

O Tribunal analisou esta possibilidade à luz do facto de nos termos da legislação interna as sociedades-irmãs não poderem, por si só, constituir grupos de sociedades e, de no caso concreto, parte das sociedades terem uma sociedade intermédia situada noutro E-M de modo a que apenas possuam em comum uma sociedade-mãe de forma indirecta.

À semelhança do decidido no Ac. Papillon, o Tribunal desconsidera o facto de nos termos da legislação em causa não ser possível constituir grupos de sociedades sem incluir a sociedade intermédia bem como não ser possível a sua constituição sem a inclusão da sociedade-mãe. A comparabilidade da situação encontra-se na possibilidade de beneficiar do regime, objectivo ao alcance de ambas as estruturas societárias.

No Acórdão SCA Holding, o TJUE declara as situações de integração vertical e horizontal num contexto europeu como equiparáveis às situações meramente internas, todavia deixa claro que o caminho a seguir pela jurisprudência sobre a tributação dos grupos de sociedades será aquele que respeite a repartição do poder de tributação entre Estados-

⁴⁴ Vide TRACANA, Dinis, “Do Papillon ao SCA Holding- A tributação de grupos na União Europeia”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, nº 2, Ano VII, 2014.

Membros, acabando este por ser o ponto mais sensível uma vez que directamente relacionado com a preservação de soberania e arrecadação de receita por cada Estado.

Enquanto a proposta da CCCTB⁴⁵ se apresenta de difícil implementação dado os seus elevados custos de transição e incerteza a si associados, o risco de evasão fiscal e criação de esquemas puramente artificiais continuarão a merecer igualmente relevo na pronúncia do TJUE sobre o tema, uma vez que são as diferenças entre as legislações dos 28 E-M que conduzem muitas vezes a situações de abuso fiscal.

A conseqüente necessidade de alteração das legislações internas para adaptação à recente decisão do TJUE cria um certo nível de dubiedade nas implicações práticas que tal mudança trará para as sociedades que pretendam constituir filiais em Portugal ou que aí possuam filiais, às quais desejem aplicar o novo regime.

No que concerne ao impacto da decisão no processo C-40/13, a AT pronunciou-se através da Circular n.º5/2015 sobre questões relativas a grupos preexistentes e à identidade da sociedade dominante.

Porém continua a ser difícil concluir de forma inequívoca quanto a outras questões levantadas pela nova regra: deverá o novo grupo dissolver-se se a sociedade-mãe da sociedade dominante situada na UE a decidir alienar mas pretender manter o grupo de sociedades situado em Portugal? Será necessário ou opcional a existência de um EE em Portugal através do qual as participações são detidas?

Relativamente aos benefícios do novo regime, a aplicação do regime do art. 69º-A é uma opção, devendo, tal como procurei expor acima, ser ponderado tendo em consideração a especial situação de cada grupo de sociedades. Apesar de este ser mais abrangente que o regime do art. 69º, tudo dependerá das vantagens que em concreto um novo grupo de sociedades ou uma junção de grupos de sociedades preexistentes consigam retirar deste, face à situação em que se encontravam anteriormente. Para tal, deverá ser ponderada uma previsão de lucros ou prejuízos, o impacto da regra da dedutibilidade dos gastos de financiamento, a existência de gastos sujeitos a T.A, a limitação à utilização de prejuízos

⁴⁵ A Common Consolidated Corporate Tax Base é um conjunto de regras para o cálculo do lucro tributável de modo a que empresas sediadas em diferentes E-M da UE apenas tivessem de cumprir com um sistema europeu de regras.

anteriores e a necessidade de cumprimento de obrigações acessórias, tais como o pedido de manutenção de prejuízos.

Bibliografia

ANTUNES, José A, Engrácia, “Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária”, 2ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2002

DA SILVA, Bruno, “From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-border Group Taxation in the European Union”, Intertax, Volume 39, capítulo 5, Kluwer International BV, The Netherlands, 2011

DUNNING, John H., “Multinational Enterprises and the Global Economy”, 1993

FREIRE, Adriano, “Estratégia- Sucesso em Portugal”, Verbo, 2008

FREIRE, Paula Vaz, “Mercado Interno e União Económica e Monetária- Lições de Direito Económico da União Europeia”, AAFDL, 2013

GAMA, João Taborda da, “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas”, Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, vol.3, 2011

GOSH, Julian, “Principles of the Internal Market and Direct Taxation”, Key Haven Publications PLC, 2007

NABAIS, José Casalta, “Liberdade de gestão fiscal das empresas”, em *Fiscalidade*, 2010, nº44

QUADROS, Fausto de, “Direito da União Europeia”, Almedina, 2013

TRACANA, Dinis, “Do Papillon ao SCA Holding- A tributação de grupos na União Europeia”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, nº 2, Ano VII, 2014

VENTURA, Raúl, “Grupos de sociedades, Uma introdução comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, Janeiro-Abril 1981

Listagem de Acórdãos

Acórdãos e Conclusões do Advogado(a) Geral, disponíveis para consulta electrónica em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/:

Acórdão Cadbury Schweppes

Acórdão Centros

Acórdão do STA Processo nº 0234/12

Acórdão Marks & Spencer

Acórdão Oy AA

Acórdão Papillon

Acórdão Philips Electronics

Acórdão Saint Gobain ZN

Acórdão SCA Group Holding - Processos apensos C-39/13, C-40/13 e C-41/13

Acórdão X Holding