

CIRCULAR

N. Pinto Fernandes, M. Faustino & J. Durão, Consultores Fiscais, Lda.

EDITORIAL

Em 3 de fevereiro último, o Jornal de Negócios noticiava que o Fisco, por iniciativa do SEAF, ultimava uma Circular “para garantir que os benefícios fiscais não caducaram”. Era uma notícia aparentemente estranha. Mas tinha razão de ser. Um conjunto alargado de benefícios fiscais temporários e cuja vigência, face à regra de caducidade imposta pelo n.º 1 do artigo 3.º do EBF, deveria ter sido prorrogada, pelo menos por um ano como acontecera com os restantes, não o fora no OE para 2017. O que deixou os contribuintes preocupados.

Chegados ao fim de abril não há notícias de tal Circular. As dúvidas adensam-se. Da AT, nem oficial, nem oficiosa, se conhece qualquer posição sobre a matéria. Palavras, como soi dizer-se, levam o vento. E a lei, no seu eterno devir, é cruel: não parece possível descortinar nas várias hipóteses normativas do artigo 8.º do Código Civil, que trata da cessação da vigência da lei, nenhuma em que se enquadre a hipotética defesa, de um contribuinte indefeso, da aplicação, em 2017, dos benefícios fiscais não prorrogados.

Não se contesta a boa-fé de quem terá entendido que não se tornava necessário prorrogar a vigência de tais benefícios fiscais. O único problema aqui em causa é o da defesa individual das garantias do contribuinte, singular ou coletivo, perante o entendimento individual de um agente do fisco que, não estando vinculado a qualquer posição oficial, considere que um desses benefícios não é aplicável, faz uma correção retirando o respetivo efeito e a sua atuação, cuja legitimidade se não pode contestar, acaba numa liquidação adicional de imposto.

Gostaríamos de saber o que, neste caso e em sua defesa, pode legalmente o contribuinte invocar.

A DEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS FINANCEIROS

1. O Decreto-lei n.º 5/96, de 29 de janeiro, aditou ao Código do IRC o então artigo 57.º-C, com a epígrafe “Subcapitalização”. Nos termos do referido artigo, quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existissem relações especiais, fosse excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não eram dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.
2. Na sua génese esteve a necessidade de adoção de regras para evitar uma das práticas correntes de evasão fiscal internacional e que consistem no endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais têm relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável dessas sociedades, utilizando assim de modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos.
3. Com esta norma protegia-se a base tributável em território português evitando que, com a instalação de filiais subcapitalizadas, as empresas multinacionais beneficiassem da referida diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos.
4. E, como se refere no preâmbulo do citado diploma, com inspiração em soluções consagradas pelas legislações estrangeiras em matéria de subcapitalização, recorreu-se à definição de um coeficiente de endividamento, tido como normal para a generalidade das empresas, que, uma vez ultrapassado, originava que a parte dos juros correspondentes às dívidas em excesso fosse qualificada, para efeitos de tributação, como lucros distribuídos. Dessa requalificação decorria, portanto, a não aceitação dessa parte dos juros como encargos dedutíveis para a determinação do lucro tributável do devedor, relativamente ao período em que foi ultrapassado o coeficiente de endividamento.
5. Com algumas alterações entretanto introduzidas, este normativo vigorou até 2012, já que com a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, foi dada nova redação ao artigo 67.º do Código do IRC, agora com a epígrafe “Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento”, o que indicia, desde logo, uma mudança estrutural do normativo.
6. Com efeito, enquanto o normativo anterior se aplicava apenas nas relações com empresas de outros Estados, esta norma passou a consagrar uma cláusula que, com carácter geral, afeta a dedução dos encargos financeiros, independentemente da operação de financiamento ter sido efetuada ou não com entidade com a qual existam relações especiais e, quer se trate de entidade residente ou não residente.
7. Esta mudança, foi justificada no Relatório do Orçamento do Estado para 2013, referindo-se aí que o Governo pretende limitar a possibilidade de dedução de gastos de financiamento das empresas “De forma a corrigir gradualmente, o excesso de endividamento no tecido empresarial português e à semelhança de regimes existentes em outros Estados-Membros, nomeadamente a Alemanha e a Espanha...”.
8. Ora, o excesso de endividamento também pode ser corrigido através de medidas de fomento da capitalização das empresas, nomeadamente da remuneração convencional do capital social e, nesta perspetiva, talvez se

Novas Fiscais

Depósito do instrumento de ratificação da **Convenção relativa à Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal**, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1988, conforme revista pelo Protocolo de Revisão à Convenção adotado em Paris, em 27 de maio de 2010:

. **Barbados:** Aviso n.º 39/2017 - DR n.º 80/2017, Série I de 24/04;

. **República das Seicheles:** Aviso n.º 37/2017 - DR n.º 79/2017, Série I de 21/04;

. **República da Indonésia:** Aviso n.º 38/2017 - DR n.º 79/2017, Série I de 21/4;

. **República do Chile:** Aviso n.º 35/2017 - DR n.º 76/2017, Série I de 18/04;

. **República da Bulgária:** Aviso n.º 36/2017 - DR n.º 76/2017, Série I de 18/04;

. **República do Nauru:** Aviso n.º 32/2017 - DR n.º 75/2017, Série I de 17/04;

. **República Popular da China:** Aviso n.º 33/2017 - DR n.º 75/2017, Série I de 17/04;

. **Santa Lúcia:** Aviso n.º 34/2017 - DR n.º 75/2017, Série I de 21/04

Decreto Legislativo Regional n.º 11/2017/M, de 13/04 - Aprova o valor da retribuição mínima mensal garantida para vigorar na Região Autónoma da Madeira.

Decreto do PR n.º 31/2017, de 3/04 - Ratifica o Protocolo que altera a Convenção entre Portugal e a França para evitar a dupla tributação e estabelecer regras de assistência administrativa recíproca em matéria de impostos sobre o rendimento (assinada em 14 de janeiro de 1971), assinado em 25 de agosto de 2016

Resolução da AR n.º 58/2017, de 3/04 - Aprova o Protocolo que altera a Convenção entre Portugal e a França para evitar a dupla tributação e estabelecer regras de assistência administrativa recíproca em matéria de impostos sobre o rendimento (assinada em 14 de janeiro de 1971), assinado em 25 de agosto de 2016

Ofício Circulado n.º 20195/2017 - 19/04 - IRC - Taxas de derrama incidentes sobre o Lucro tributável do período fiscal de 2016.

possa duvidar da finalidade desta norma que parece resultar fundamentalmente de uma preocupação com a erosão da base tributável, constituindo, portanto, mais uma medida restritiva da dedução de gastos necessários para a obtenção de rendimentos sujeitos a imposto.

9. Com efeito, nos termos da atual redação do artigo 67.º do Código do IRC, os gastos de financiamento líquidos agora só concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites:

a) (euro) 1 000 000; ou

b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

10. Seria de esperar que, introduzidas estas limitações à dedução dos encargos financeiros transversais a todos os sujeitos passivos, desaparecessem as discussões em torno da dedução dos encargos financeiros enquanto gastos associados à obtenção de rendimentos sujeitos a imposto, tanto mais que se verificou uma evolução sensível na formulação do artigo 23.º do Código do IRC na reforma ocorrida em 2014.

11. Surpreendentemente assim não sucedeu e continuamos a assistir a correções, desconsiderando gastos (encargos financeiros) que revestem assumidamente natureza empresarial, como sucede no caso de financiamento de participadas, inclusivamente, através de prestações suplementares.

12. E se analisarmos os argumentos que reiteradamente são apresentados pela Inspeção Tributária, somos reconduzidos para o artigo 23.º do Código do IRC, invocando-se que os encargos financeiros só podem ser deduzidos se existirem os correlativos proveitos financeiros.

13. Ora, essa ligação não pode colher, como a Jurisprudência recente vem reconhecendo – vide Decisão Arbitral do CAAD, de 18.05.2016, no Processo 695/2015-T, que se transcreve na parte relevante: “Como já se disse, a existência de risco na atividade empresarial implica que, em variadas circunstâncias, os gastos não originem proveitos, sendo os investimentos não lucrativos. O custo deve evidenciar um propósito ou um intuito de obtenção de rendimento, ou de manutenção da fonte produtora, e isso basta para a respetiva dedutibilidade. Exigir um teste adicional de um obrigatório nexo de causalidade com proveitos não decorre da lei, nem a doutrina o sustenta, e a jurisprudência também dele se afastou”.

14. Para além disso, não distingue o que são empréstimos, que podem ser remunerados, de prestações suplementares, que, por natureza, não são remuneradas, isto é, não se distingue entre o que devem ser custos da participada e custos do acionista.

15. Ora, a necessidade de distinção entre empréstimos e entradas de capital já remonta ao Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979, quando reconhece que “Dado que, tanto por razões fiscais como por razões de outra ordem, um empréstimo pode encobrir uma entrada de capital, importa distinguir um do outro. Quando se estabelece que uma operação financeira constitui uma contribuição para o capital social de uma empresa, daí resulta que não é devido qualquer juro”.

16. Assim, as prestações suplementares na medida em que estão sujeitas, nos termos do artigo 213.º do Código das Sociedades Comerciais, a restrições quanto à sua restituição, são consideradas, em termos contabilísticos como uma componente do capital próprio (Conta 53 – Outros instrumentos de capital próprio), colocando os sócios que as realizam perante uma situação jurídica muito próxima da obrigação de realização do capital social subscrito

17. E, na medida em que revestem uma natureza que as aproxima do capital social, não vencem juros, como expressamente determina o n.º 5 do artigo 210.º do Código das Sociedades Comerciais, que possam constituir proveitos financeiros do participante.

18. Por isso, parece que a alteração destas normas tributárias não trouxe clarificação no relacionamento entre autoridade tributária e sujeitos passivos e apenas terá servido para restringir a dedução dos encargos financeiros, aumentando a base tributável das empresas num contexto em que apenas se proclama a redução da taxa do IRC!