

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA

INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

A TRIBUTAÇÃO DE GRUPOS DE SOCIEDADES EM REGIME
DE *CASH POOLING*: EM ESPECIAL A DEDUTIBILIDADE DE
GASTOS FINANCEIROS

Inês Gouveia Rodrigues

Lisboa, janeiro de 2022

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA

INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

Mestrado em Fiscalidade

A TRIBUTAÇÃO DE GRUPOS DE SOCIEDADES EM REGIME
DE *CASH POOLING*: EM ESPECIAL A DEDUTIBILIDADE DE
GASTOS FINANCEIROS

Inês Gouveia Rodrigues

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica de Professor Doutor Paulo da Costa Nogueira, Professor Adjunto em Direito.

Constituição do Júri:

Presidente Professora Doutora Clotilde Celorico Palma

Vogal Professor Especialista Amândio Silva

Vogal Professor Doutor Paulo Nogueira Costa

Lisboa, janeiro de 2022

Aos meus Pais

Agradecimentos

O trabalho que se segue resultou de um processo de investigação, resiliência e compromisso. O mesmo não seria concretizável sem um conjunto de intervenientes que possibilitaram o seu término, e para com os quais dedico um sincero agradecimento.

Ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, por me ter proporcionado todas as condições e recursos necessários para terminar esta etapa académica.

Ao Professor Doutor Paulo Nogueira da Costa, pelo trabalho de dedicação na orientação desta dissertação, entusiasmo e transmissão de motivação que me disponibilizou, e sem os quais não seria possível concluir este trabalho.

À Victor José & Associados, em especial ao meu colega Eduardo Rêgo, pelo entusiasmo, pela atenção dedicada, e pela flexibilidade proporcionada, que permitiram o meu progresso.

Aos meus pais, José Francisco e Helena, por quem sinto um respeito e amor profundo, por serem o meu porto de abrigo, o exemplo de resiliência, serenidade e trabalho árduo. Serei eternamente agradecida pelo vosso amor incondicional.

Por fim, e não menos importante, ao meu irmão, Francisco, ao meu amor, João, à minha família e aos meus amigos, pela força e paciência que me proporcionaram e que me permitiu ultrapassar esta etapa do meu percurso académico.

Resumo

A revolução industrial exigiu às empresas grandes concentrações de capitais, de ativos, força laboral e outros recursos, que implicou que as mesmas refletissem e procurassem soluções para responder à produção em massa. Surge assim a organização das sociedades em grupo como ferramenta para colmatar esta problemática e em simultâneo permitir uma diversificação de atividades. Por grupo de sociedades entende-se várias sociedades juridicamente independentes entre si que se encontram sob uma unidade de direção económica. Ao longo dos séculos XX e XXI os grupos de sociedades têm vindo a tornar-se numa das formas de organização mais recorrentes, situação potenciada pelas inúmeras vantagens associadas à mesma. A gestão centralizada de tesouraria surge como uma das políticas da unidade de direção económica e permite que as sociedades obtenham condições vantajosas de financiamento Intra grupo. Contudo, face aos juros e os demais encargos resultantes destes financiamentos, várias têm sido as contestações entre contribuintes e Autoridade Tributária relativamente à dedutibilidade destes gastos.

Neste âmbito, surge a seguinte proposta que tem por objeto “A Tributação de grupos de sociedades em regime de *Cash Pooling*: em especial a dedutibilidade de gastos financeiros”. O desenvolvimento desta temática terá por base dois métodos de investigação: analisar-se-á a revisão da literatura mais relevante, de forma a ilustrar o interesse prático, que culminará no estudo empírico; e análise crítica da jurisprudência sobre o tema.

Palavras-Chave: Tributação de Grupos de Sociedades, *Cash Pooling*, Dedutibilidade de Gastos Financeiros, Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas.

Abstract

The industrial revolution required companies to have large concentrations of capital, assets, labour and other resources, which implied that they had to reflect and seek solutions to respond to mass production. The organisation of companies in groups arose as a tool to overcome this problem and simultaneously allow for a diversification of activities. A group of companies means several companies legally independent of each other which are under single economic management. Throughout the 20th and 21st centuries, corporate groups have become one of the most recurrent forms of organisation, a situation enhanced by the numerous advantages associated with it. Cash Pooling emerges as one of the policies of the economic management unit and allows the companies to obtain advantageous intra-group financing conditions. However, because of the interest and other charges resulting from these financings, there have been several disputes between taxpayers and the Tax Authority regarding the deductibility of these expenses.

In this context, the following proposal has arisen, the subject of which is "The taxation of groups of companies under a cash pooling regime: in particular, the deductibility of financial expenses". The development of this theme will be based on two research methods: a review of the most relevant literature to illustrate the practical interest, which will culminate in the empirical study and a critical analysis of the jurisprudence on the subject.

Key-words: Taxation of Groups of Companies, Cash Pooling, Deductibility of financial expenses, Corporate Income Tax.

Índice

Lista de Abreviaturas	viii
1. Introdução	1
1.1 Relevância do Tema proposto	1
1.2 Estrutura e Metodologia	1
2. Revisão Literatura	3
2.1 Grupos de Sociedades	3
2.1.1 Conceito de Grupo de Sociedades	3
2.1.1.1 Abordagem Societária	4
2.1.1.2 Abordagem Contabilística	5
2.1.1.3 Abordagem Fiscal	7
2.1.1.4 Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades (RETGS)	9
2.2 Regime de <i>Cash Pooling</i>	13
2.2.1 Modalidades de <i>Cash Pooling</i>	14
2.2.1.1 <i>Cash Concentration</i>	14
2.2.1.2 <i>Notional Cash Pooling</i>	15
2.2.2 Delimitação das operações de <i>Cash Pooling</i>	16
2.2.3 Determinação do princípio da Plena Concorrência nas operações de <i>Cash Pooling</i>	17
2.2.4 Admissibilidade das Operações de <i>Cash Pooling</i> em Portugal	19
2.2.5 Regimes aplicados às operações de <i>Cash Pooling</i> ao Nível Europeu	20
2.2.5.1 França	20
2.2.5.2 Alemanha	21
2.2.5.3 Espanha	22
2.2.5.4 Itália	24
2.2.5.5 Aspectos Conclusivos	25
2.2.6 Operações de <i>Cash Pooling</i> e Subcapitalização	26

2.3	Dedutibilidade de gastos de natureza financeira	27
2.3.1	Dedutibilidade Geral do artigo 23º, do CIRC	27
2.3.1.1	Redação do artigo antes da Lei de Reforma ao CIRC.....	28
2.3.1.2	Redação do artigo depois da Lei de Reforma ao CIRC	29
2.3.1.3	Aceitação de gastos pelo artigo 23.º e os rendimentos não tributados do artigo 51.º	31
2.3.1.4	A prova documental dos gastos para efeitos de auditoria	33
2.3.1.5	A Aceitação dos gastos de natureza financeira	34
2.3.2	Limitação à dedutibilidade de gastos financeiros líquidos	35
2.3.3	European Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD).....	38
3.	Estudo de Caso.....	41
3.1	Acórdão Arbitral n.º 8/2019-T, do CAAD.....	41
3.1.1	Factos Provados.....	41
3.1.2	Alegações da Requerente	42
3.1.3	Alegações da Requerida	43
3.1.4	Apreciação do Tribunal quanto aos factos	44
3.1.4.1	Aplicabilidade do artigo 23.º, do CIRC	44
3.1.4.2	Aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC	46
3.1.5	Decisão do Tribunal	47
3.2	Comentário Crítico ao Acórdão	47
3.2.1	Natureza das operações de suprimentos e respetiva aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC.....	47
3.2.2	Conceito de indispensabilidade presente no artigo 23.º, do CIRC.....	51
3.2.3	Conjuação dos termos previstos no artigo 23.º do CIRC e do artigo 51.º, do mesmo diploma.....	53
3.3	Comparação jurisprudencial.....	55

3.3.1	Natureza das operações de suprimentos.....	55
3.3.2	Quanto ao conceito de indispensabilidade na redação do artigo 23.º, e a conjugação com o artigo 51.º, do CIRC.....	57
4.	Conclusão.....	61
	Referências Bibliográficas	65
	Referências Legislativas	68
	Referências Jurisprudenciais.....	69

Lista de Abreviaturas

AT – Autoridade Tributária

ATAD – *Anti-Tax Avoidance Directive*

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CRP – Constituição da República Portuguesa

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

EBITDA – *Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortisation*

UE – União Europeia

LGT – Lei Geral Tributária

NCRF – Normas Contabilísticas e de Relato Financeiro

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económicos

RETGS – Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RTLIC – Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado

SGPS – Sociedades Gestoras de Participações Sociais

SNC – Sistema de Normalização Contabilística

STA – Supremo Tribunal Administrativo

1. Introdução

1.1 Relevância do Tema proposto

A diversificação e complexidade das atividades económicas levou a que as empresas se estruturassem em grupos, situação potenciada pela globalização de mercados e obtenção de uma maior competitividade. A procura da otimização dos recursos financeiros de tesouraria das empresas incluídas no grupo, resultou no surgimento de operações de gestão centralizada de tesouraria – *Cash Pooling*.

O sistema de *Cash Pooling* substancializa-se num serviço financeiro de gestão integrada da tesouraria entre empresas do mesmo grupo, através do qual são utilizados os excedentes e as carências de tesouraria para conceder e ceder créditos entre si. Traduz-se num instrumento de otimização de recursos financeiros, que possibilita a disseminação do risco e maior independência face a financiamentos externos. Os grupos de sociedades ao adotarem este sistema encontram-se numa situação privilegiada em contexto de crise económica, não só pela otimização da gestão de tesouraria como também pela obtenção/concessão de financiamentos (transferência de saldos entre as contas das sociedades participantes para a conta da sociedade centralizadora e vice-versa).

São precisamente os empréstimos entre empresas do mesmo grupo, num regime de *Cash Pooling*, e respetivos encargos financeiros, associados às contraprestações dos mesmos, que têm originado um conflito entre os sujeitos passivos e a Autoridade Tributária (AT), no que diz respeito à interpretação da aplicabilidade dos artigos 23º e 67º, do Código sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC). São ou não gastos de financiamento os juros suportados no âmbito de um contrato de suprimentos entre empresas do mesmo Grupo? Se sim, são ou não aplicados os artigos 23º e 67º do CIRC? Qual é natureza dos financiamentos Intra grupo?

São estas questões que se pretende desmistificar.

1.2 Estrutura e Metodologia

A seguinte dissertação estrutura-se em duas partes, fulcrais ao trabalho de investigação que apresentamos.

Numa primeira parte, procedemos à análise da Revisão de Literatura nas três áreas científicas mais relevantes sobre o tema: grupos de sociedades e as suas diferentes abordagens contabilística, fiscal e societária; o regime de *Cash Pooling*, as suas modalidades e a sua admissibilidade no regime jurídico português; bem como a dedutibilidade de gastos financeiros e a sua respetiva limitação no sistema fiscal português.

Numa segunda parte, procedemos ao estudo de caso do Acórdão Arbitral n.º 8/2019-T, do CAAD, através de uma breve exposição dos factos do Acórdão, do respetivo comentário crítico dos três temas que considerámos mais relevantes para a investigação: a natureza das operações de suprimentos e respetiva aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC; o conceito de indispensabilidade presente no artigo 23.º, do CIRC; e a conjugação dos termos previstos no artigo 23.º do CIRC e do artigo 51.º, do mesmo diploma. Terminámos esta parte através de uma comparação jurisprudencial entre o acórdão exposto e outros pertinentes que se debruçaram sobre os temas criticados.

Por fim, apresentamos as principais conclusões fruto das análises acima identificadas, bem como a identificação de temas para os quais existe a possibilidade de desenvolvimentos de trabalhos futuros.

2. Revisão Literatura

2.1 Grupos de Sociedades

2.1.1 Conceito de Grupo de Sociedades

A empresa, durante muitos séculos caracterizou-se pela sua exploração individual, por um comerciante singular ou pequeno empresário. Situação que mais tarde, nos finais do século XVIII e inícios do século XIX, se alterou em consequência da Revolução Industrial. Surge assim o fenómeno da concentração empresarial, que se materializa na empresa coletiva, explorada por uma pessoa jurídica – a sociedade comercial.

O fenómeno da globalização económica, iniciado em meados do século XX, tal como explica Antunes (2005), permitiu a «internacionalização e interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre, revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial do volume das transações comerciais e financeiras, progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional», que por sua vez resultou na reorganização da estrutura empresarial– surgem os grupos de sociedades.

Para fazer face a estas novas problemáticas, as empresas iniciaram um processo de crescimento exterior aos seus limites estruturais, através, por exemplo, da aquisição de participações noutras sociedades e de contratos que conferem o controlo a terceiros.

Antunes (p.35) define grupo de sociedade como

«um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas) se encontram subordinadas a uma direção económica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe)».

Os grupos de sociedade caracterizam-se assim: (i) pela independência jurídica das suas sociedades integrantes, (ii) pela dependência económica das sociedades-filhas face à sociedade-mãe e (iii) a organização do grupo através da unidade de direção económica.

As sociedades são juridicamente independentes dado que preservam a sua autonomia patrimonial bem como organizativa, e atuam sob a mesma unidade de direção económica uma vez que se submetem à estratégia e interesse do grupo, que são evidentemente formuladas pela sociedade dominante. Razão pela qual a ordem jurídica não atribui personalidade jurídica autónoma ao grupo.

A direção unitária, segundo Nunes (2001) reflete o elemento crucial de toda a noção de grupo, e traduz-se no facto de as políticas comerciais, financeiras, fiscais e de gestão serem efetivamente levadas a cabo pela sociedade-mãe, mesmo que cada uma das sociedades integrantes do grupo detenha formalmente o poder para a definição das mesmas. Na prática, a sociedade dominante pode definir para o grupo as estratégias de vendas a seguir, a imagem de marca, os serviços centrais de promoção, a centralização dos fluxos financeiros – *Cash Pooling* -, diretrizes e procedimentos comuns.

Esta reorganização assume uma posição vantajosa em três planos distintos: no plano financeiro possibilita uma concentração mais elevada de capitais e ativos patrimoniais; ao nível organizativo, proporciona maior força laboral e gestão centralizada; ao nível legal, permite a segregação do risco da atividade empresarial e uma maior estabilidade, quando comparada com outras estruturas empresariais. Nas palavras de Correia (1998), algumas destas vantagens concretizam-se no aumento da quota de mercado em determinado segmento ou produto; na realização de economias de escala; na diversificação de atividades; no acesso facilitado a matérias-primas/mercadorias da sua indústria/comércio; na obtenção de financiamentos a longo prazo, o qual que as sociedades-filhas, por si só, não conseguiriam obter nas mesmas condições vantajosas que a sociedade-mãe consegue.

2.1.1.1 Abordagem Societária

A regulação dos grupos de sociedades encontra-se exposta no Código das Sociedades Comerciais (CSC), e distingue quatro tipos de relações entre sociedades coligadas: (i) relações de simples participação (artigos 483.º a 484.º do CSC); (ii) relações de participações recíprocas (artigo 485.º do CSC); (iii) relações de domínio (artigo 486.º do CSC); e relações de grupo, que incluem as situações de domínio total, contrato de grupo paritário e contrato de subordinação (artigos 488.º a 508.º, do CSC).

Considera-se uma relação de simples participação entre sociedades quando «uma delas é titular de quotas ou ações da outra em montante igual ou superior a 10% do capital desta» e não se enquadre em nenhuma das outras relações previstas no artigo 482.º, do CSC.

As relações de participações recíprocas ocorrem quando duas sociedades detêm, pelo menos, 10% do capital social uma da outra.

Conforme o artigo 486.º, n.º 1, do CSC, considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando «uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades

ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante».

As normas das sociedades em relação de grupo dispostas a partir do artigo 488.º, CSC abordam questões jurídicas relativas aos três tipos de relações:

(i) Relações em grupo por domínio total (inicial ou superveniente)

As relações de grupo por domínio total inicial ocorrem quando uma sociedade anónima é, desde o seu início, totalmente detida por um dos seguintes tipos de sociedades: anónimas, por quotas ou comanditas por ações (conforme artigo 488.º, CSC).

O domínio total superveniente existe quando uma sociedade é detida, diretamente ou nos termos do artigo 483.º, n.º 2, do CSC, por uma única sociedade, exceto se a assembleia geral da segunda tomar, nos seis meses seguintes à existência do domínio total, as deliberações previstas no artigo 489.º, n.º 2, do CSC (dissolução da sociedade dependente, alienação de quotas ou ações da sociedade dependente ou manutenção da situação existente).

(ii) Relações em grupo por contrato de grupo paritário

O contrato de grupo paritário pode ser realizado entre pelo menos duas sociedades, que não sejam dependentes entre si nem de outras sociedades, no qual aceitam mutuamente subordinar-se a uma direção unitária e comum (conforme o artigo 492.º, do CSC).

(iii) Relações em grupo por contrato de subordinação

Os contratos de subordinação são aqueles em que uma sociedade submete a sua gestão à direção de uma outra sociedade, que pode ou não ser sua dominante (Conforme artigo 493.º, do CSC).

2.1.1.2 Abordagem Contabilística

Em termos contabilísticos a consolidação de grupos surge como uma solução para refletir, da forma mais adequada e fiável, aos utilizadores da informação financeira, a realidade de uma sociedade enquanto membro de um grupo, como se de uma só unidade se tratasse.

Em Portugal, foi instituído pelo Governo o Decreto-Lei nº158/2009, de 13 de julho, o modelo nacional de normalização contabilística para as empresas – Sistema de Normalização Contabilística (SNC) – no qual se encontram prescritos os diversos tratamentos contabilísticos das empresas comerciais e industriais, através das Normas Contabilísticas e

de Relato Financeiro (NCRF). Nos termos do artigo 6.º do referido Decreto-Lei, existe a obrigatoriedade de elaboração de contas consolidadas sempre que, independentemente da titularidade do capital, se verifique que:

- (i) uma sociedade exerça efetivamente ou exista a possibilidade de influência dominante ou controlo sob outra;
- (ii) uma sociedade, sendo titular de capital:
 - a. detenha a maioria dos direitos de voto de outra (exceto se se comprovar que esses direitos não confirmam controlo) ou disponha, por si só ou conforme acordo com outros titulares do capital, a maioria dos direitos de voto dos titulares do capital da sociedade dominada;
 - b. tenha o direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de gestão, e detenha os poderes de gerir as políticas financeiras e operações de uma outra sociedade;
 - c. exerça, quer por força de um contrato quer por cláusula do contrato social, uma influência dominante;
 - d. detenha, no mínimo, 20% dos direitos de voto e a maioria dos titulares do órgão de gestão de uma entidade, na qual possa exercer a gestão das políticas financeiras e operacionais.

A NCRF 14 – Concentrações de atividades empresariais – e a NCRF 15 – Investimento em subsidiárias e Consolidação –, consideram a existência de um grupo quando «uma entidade, a adquirente, obtém o controlo de uma ou mais atividades empresariais diferentes, as adquiridas». As Normas definem ainda *controlo* como «o poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade ou de uma atividade económica a fim de obter benefícios das mesmas», que se materializa aquando da aquisição de mais de metade dos direitos de voto de outra entidade. Nos termos das normas mencionadas caso a sociedade-mãe detenha controlo de uma ou várias subsidiárias deverá proceder à consolidação das suas contas, isto é, as demonstrações financeiras de um grupo de sociedades devem ser apresentadas como se se tratasse apenas de uma entidade económica. Desta forma, no procedimento de consolidação das demonstrações financeiras das sociedades que integram um grupo, são somados todos os ativos, passivos, capital próprio, rendimentos e ganhos, gastos e perdas semelhantes.

No caso da adoção da IFRS 10 – Demonstrações Financeiras Consolidadas – o conceito de controlo, segundo Cini (2013), baseia-se na existência de três elementos: (i) poder sobre a sociedade investida; (ii) exposição ou direitos a rendimentos variáveis resultantes do envolvimento com a investida; (iii) habilidade de controlar a sociedade investida de forma a influenciar o retorno financeiro. O poder define-se com base nos direitos de voto e na sua capacidade de influenciar as atividades relevantes da investida.

2.1.1.3 Abordagem Fiscal

Em Portugal, a regulamentação das sociedades coligadas, publicada no CSC fomentou uma análise das consequências fiscais provenientes da consideração dos grupos. O legislador, através do Decreto de Lei n.º 414/87, de 31 de dezembro, reconhece a possibilidade (mediante autorização do Ministro das Finanças) de tributar o lucro tributável e o rendimento global do conjunto das sociedades interligadas, e assim compensar resultados negativos de umas sociedades com os resultados positivos de outras.

Segundo Nunes (2001), o regime de tributação conjunta pretende transpor a individualidade jurídica de cada uma das sociedades que compõem o grupo e tributar o rendimento como se de uma única sociedade se tratasse. Apresenta ainda como fundamentos fiscais da tributação conjunta os seguintes:

- **Observar o princípio da neutralidade fiscal**

Com respeito a este princípio, a tributação do rendimento de uma sociedade individual deve aproximar-se à carga tributária que incide sobre um grupo de sociedades. Quer isto dizer que o sistema fiscal deve ser neutro quanto à estrutura organizativa e quanto à forma que o titular de uma empresa escolhe para se estruturar na realização de uma determinada atividade. O direito fiscal deve procurar não interferir na determinação da forma jurídica adotada pelas sociedades, provocando desvirtuamentos de natureza fiscal. Importa por isso identificar e tributar o rendimento real das sociedades, que nos casos da organização em grupo só se consegue efetuar através da consolidação dos resultados.

Adicionalmente a tributação conjunta potencia a atividade económica das sociedades, na medida em que elimina as desvantagens «da não neutralidade do regime (...) de tributação separada dos grupos», não interferindo no combate à concorrência fiscal prejudicial.

– **Respeitar o princípio da capacidade contributiva como concretização do princípio da igualdade**

A capacidade contributiva dos grupos assenta no rendimento real produzido pela unidade económica que formam e não pelo rendimento individual de cada uma das sociedades que o integram. A tributação conjunta do grupo permite concretizar o princípio da igualdade (Conforme artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa [CRP]) na medida em que efetua um tratamento fiscal igual quer as sociedades se organizem em grupo ou não.

– **Evitar a dupla tributação económica de dividendos**

A tributação dos grupos realiza-se pelo apuramento de um único resultado (o do grupo), que gera respetivamente uma única liquidação. Este regime permite assim evitar totalmente a dupla tributação de dividendos distribuídos entre as sociedades que constituem o grupo, dado que o rendimento seria de outra forma sujeito à tributação em cascata.

– **Evitar o recurso a meios fraudulentos de evasão fiscal**

O regime de tributação conjunta permite que as sociedades integradas compensem resultados negativos com resultados positivos, e ainda que sejam desconsideradas, ao nível fiscal, as operações realizadas entre si. Possibilita assim «uma adequada gestão fiscal, efetuada com um grau razoável de segurança e previsibilidade», que conseqüentemente cria condições que desincentivam o recurso a técnicas fraudulentas de evasão fiscal, nomeadamente em termos de preços de transferência.

Assim, diferentes modelos de tributação conjunta dos grupos de sociedades surgiram, nomeadamente: (i) o regime tributário assente na teoria da unidade; (ii) o regime de separação, e (iii) o *Organschaft* alemão. Estes modelos foram evoluindo a adaptando-se às diferentes realidades empresariais, sendo a base dos atuais regimes tributários implementados por toda a Europa.

De acordo com o regime tributário da teoria da unidade, a autonomia jurídica das sociedades é desconsiderada e prevalece a consideração do grupo como uma unidade económica, a fim de calcular apenas uma só matéria coletável, que será tributada e liquidada uma única vez. Este modelo apenas é considerado ao nível do imposto sobre o rendimento, sendo que a sua aplicação é excluída noutro tipo de impostos, tais como os de consumo. O modelo permite que as operações internas realizadas entre as sociedades do grupo sejam desconsideradas, em termos fiscais, e ainda a compensação de resultados negativos de umas sociedades pelos

resultados positivos de outras. A sociedade-mãe fica assim encarregue de apresentar a declaração conjunta de rendimentos. Segundo Nunes (2001) este regime inspirou a maioria dos modelos adotados por países da União Europeia (UE), tais como Portugal – o atual Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades (REGTS) –, Espanha, França, Dinamarca, entre outros.

O regime de separação «limita-se a permitir que os resultados das várias sociedades do grupo, apurados com total independência e de acordo com as regras gerais, sejam compensados para efeitos de determinação da dívida fiscal». Neste modelo são consideradas, ao nível fiscal, as operações realizadas Intra grupo e a sua aplicação encontra-se restringida ao imposto sobre o rendimento. O Reino Unido, a Irlanda, a Suécia e a Finlândia são alguns dos exemplos que implementaram um regime semelhante.

O modelo *Organshaft* é o único de aplicação obrigatória, quando determinado grupo de sociedades preenche os requisitos definidos por lei. Neste modelo, as sociedades dominadas transferem os lucros e prejuízos para a dominante, na titularidade da sociedade-mãe. Apura-se apenas uma matéria coletável que dará lugar, por dua vez, a uma só dívida fiscal e respetiva liquidação. O modelo pode ser ainda aplicado a outro tipo de impostos, tais como o IVA.

Portugal adota, atualmente, um modelo de tributação de agregação de contas, que gera apenas um lucro tributável, nos termos da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

2.1.1.4 Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades (RETGS)

O RETGS surge como uma evolução do primeiro regime de consolidação fiscal – Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado (RTLCL) – em Portugal, cuja aprovação ocorreu em dezembro de 2000, pela Lei n.º 30-G/2000. De entre as várias alterações ao regime anterior, evidencia-se o facto de o apuramento do lucro tributável do grupo não obedecer às normas de consolidação de contas, concretizando-se pela soma algébrica dos resultados fiscais de cada sociedade que integra o grupo.

O regime caracteriza-se pelo seu carácter facultativo, deixando a sua aplicação à ponderação do grupo (conforme o artigo 69.º, n.º 1, do CIRC). Por esta razão, a aplicação do RETGS efetua-se automaticamente, mediante comunicação à AT pela sociedade dominante, através do envio da declaração de modelo oficial (n.º 7, do artigo 69.º, CIRC). A sua aplicação resulta

da verificação cumulativa de um conjunto de requisitos, nomeadamente da existência de um grupo fiscal.

2.1.1.4.1 Noção de Grupo Fiscal

A aplicação do RETGS, previsto no artigo n.º 69, do CIRC, encontra-se sujeita à seguinte noção de grupos de sociedades: «uma sociedade, dita dominante, detém, direta ou indiretamente, 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». Este conceito fundamenta-se em dois critérios cumulativos – a participação social e o direito de voto – constituindo-se por isso numa visão mais restrita dos grupos de sociedades quando comparado com a noção existente no direito societário e na normalização contabilística. Tal como analisado anteriormente, o direito societário amplia o conceito para as sociedades em relação de domínio total ou grupos com base em contratos de subordinação ou de grupo paritário. A perspetiva fiscal limita o acesso à aplicação do regime a um conjunto específico de sociedades que, segundo Almeida, Belo e Rodrigues (2019) apesar de constituir um instrumento de manipulação das estruturas societárias no combate à evasão/elisão fiscal, traduz-se num obstáculo à liberdade de organização das empresas. Existe, portanto, um caminho a percorrer para que a aplicação do RETGS inclua por inteiro a realidade económica dos grupos de sociedades.

2.1.1.4.2 Determinação do lucro tributável e dedução de gastos de financiamento

A determinação do lucro tributável encontra-se prevista no artigo 70.º do CIRC, sendo o lucro do grupo apurado pela sociedade dominante, o qual consiste na soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais, apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades integrantes do grupo, corrigido da aplicação do n.º 5 do artigo 67.º do CIRC.

A aplicação que consta no artigo 67.º do CIRC, relativa à dedutibilidade de gastos de financiamento, surge com o objetivo de, segundo o Ministério das Finanças (2012), «promover a redução do endividamento excessivo da economia e [a] mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através de dívida». Entende-se gastos de financiamento, conforme o n.º 12, do artigo 67.º, do CIRC,

como os juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos, ou quaisquer importâncias devidas ou imputadas à remuneração de capitais alheios, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos no âmbito da obtenção de empréstimos, encargos financeiros relacionadas com locações financeiras, depreciações ou amortizações de custos de empréstimos obtidos, diferenças cambiais relativas a empréstimos obtidos, comissões de garantia, taxas de negociação bem como todos os gastos similares relacionados com a obtenção de empréstimos.

A aplicação destas regras veio permitir que o cálculo desses gastos fosse apurado em termos agregados, no contexto do REGTS, à consideração da sociedade dominante, não tendo por isso carácter obrigatório. Nos termos deste cálculo agregado salienta-se:

- O limite aos gastos de financiamento líquidos a deduzir ao lucro tributável corresponde ao menor dos seguintes valores: 1 milhão de euros ou 30% da soma algébrica dos *Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortisation* (EBITDA) fiscal das várias sociedades do grupo;
- Os gastos de financiamento líquidos das sociedades dos grupos de períodos anteriores à aplicação do regime e ainda não deduzidos só poderão ser deduzidos até ao limite correspondente à sociedade a que respeitam, calculado individualmente;
- A parte do limite não utilizado por sociedades do grupo, em períodos anteriores à aplicação do regime apenas poderá ser acrescida ao montante máximo dedutível dos gastos de financiamento líquidos das sociedades a que digam respeitam, calculados individualmente;
- Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo, bem como parte do limite não utilizado, de períodos de tributação anteriores em que o regime seja aplicável, só podem ser utilizados pelo grupo, independentemente da saída de um ou mais sociedades integrantes.

Assim, a situação financeira de cada grupo terá de ser tida em conta aquando da reflexão pela opção mais vantajosa: utilizar a regra geral e calcular os limites de dedutibilidade ao nível individual de cada sociedade integrante ou utilizar as regras especiais dos grupos fiscais e ter em conta o resultado fiscal consolidado do grupo.

2.1.1.4.3 Regime Participation Exemption

O regime de *Participation Exemption*, introduzido pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, traduziu-se num recurso importante para proporcionar um ambiente tributável mais favorável ao investimento, nomeadamente à internacionalização dos grupos de sociedades. O regime previsto no artigo 51.º, do CIRC, consiste num convite à importação de dividendos na medida em que permite realizar investimentos noutras sociedades, independentemente da sua localização, sem que os lucros e reservas resultantes desses investimentos concorram para a determinação do lucro tributável. Claro está que a sua aplicação depende da verificação de certos requisitos, tais como uma participação (direta ou indireta) não inferior a 10% na sociedade que distribui os lucros/reservas, cuja titularidade tem de ser mantida ininterruptamente durante o ano anterior à distribuição do rendimento, ou, caso seja detida há menos de 1 ano, terá de ser mantida até completar esse período. Não poderá ainda o sujeito passivo estar abrangido pelo regime de transparência fiscal (previsto no artigo 6.º, do CIRC), a entidade distribuidora de lucros/reservas deve ser sujeita e não isenta de IRC (ou qualquer outro imposto semelhante a este, sujeito a uma taxa não inferior a 60% à taxa de IRC) bem como não deve ser residente ou deter domicílio em país, território ou região fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças. Os grupos de sociedades ficam mais propensos ao alargamento da sua atuação em termos geográficos, dos seus negócios e consequentes lucros. Para além de possibilitar estruturas operacionais a custos mais reduzidos, os grupos deixam de ter a necessidade de deter em território estrangeiro sociedades aí residentes, com o fim de realizar investimentos internacionais.

2.2 Regime de *Cash Pooling*

A gestão centralizada de tesouraria – *Cash Pooling* – surge como uma das políticas da unidade de direção económica, que caracteriza a organização das sociedades em grupos. Tornou-se num dos principais recursos dos agentes económicos para aumentar a competitividade, nomeadamente através da obtenção de condições vantajosas de financiamento Intra grupo.

O sistema de *Cash Pooling* substancializa-se num serviço financeiro de gestão integrada da tesouraria entre empresas do mesmo grupo, através do qual são utilizados os excedentes e as carências de tesouraria para conceder e aceder a créditos entre si, bem como entre entidades terceiras – nomeadamente instituições bancárias. Na prática, é realizado um acordo entre as sociedades em relação de grupo, entre o Centro de Tesouraria (que pode ou não coincidir com a sociedade dominante), e uma instituição bancária, no qual os seus saldos individuais são consolidados constituindo apenas um único saldo bancário. Com base nesse saldo, são calculados juros a receber (quando o saldo é positivo) ou é emitido um crédito bancário e os respetivo juros a suportar são calculados (caso o saldo seja negativo).

Traduz-se num instrumento de otimização de recursos financeiros, que possibilita uma gestão mais eficaz da liquidez das empresas, como consequência da redução da dependência de financiamentos externos; o ganho de rendimentos extra provenientes de saldos bancários positivos; a redução de custos de financiamento, como consequência da eliminação do *spread* bancário incluído nos juros a pagar ou a receber em cada um dos saldos bancários individuais das contas membro; e a redução geral dos custos de transações bancárias.

Adicionalmente, os grupos de sociedades ao adotarem este sistema encontram-se numa situação privilegiada em contexto de crise económica, não só pela otimização da gestão de tesouraria como também pela maior facilidade na obtenção/concessão de financiamentos Intra grupos (transferência de saldos entre as contas das sociedades participantes para a conta da sociedade centralizadora e vice-versa). Segundo Santos (2010), o recurso a *Cash Pooling* permite ainda reduzir custos e aumentar ganhos relacionados com serviços bancários, aumentar a capacidade de negociação com a banca e, conseqüentemente, obter taxas de juros mais eficientes, bem como melhorar resultados financeiros.

Resumindo, existem quatro fatores chave que conduzem os grupos de sociedades a recorrer ao sistema de *Cash Pooling*, são eles: (i) centralização da gestão de tesouraria e do poder de

decisão sobre questões financeiras; (ii) beneficiar de taxas de juros mais vantajosas sobre depósitos e empréstimos; (iii) atingir menores custos sobre transações bancárias e (iv) obter benefícios das operações de *cash pooling* provenientes da diferença entre taxas de juros devedores e credoras.

As sociedades podem optar por dois tipos de contratos de *Cash Pooling*: *Cash Concentration* e *Notional Cash Pooling*.

2.2.1 Modalidades de *Cash Pooling*

2.2.1.1 *Cash Concentration*

O modelo de *Cash Concentration*, também apelidado de *Physical Pooling* ou *Zero Balance Cash Pooling*, permite que os saldos bancários credores de cada sociedade participante sejam automaticamente transferidos para a conta bancária do *Cash Pool leader* (conta centralizadora) e assim aproximar o saldo bancário a zero das contas cedentes. Às sociedades que apresentem saldos bancários devedores são-lhes automaticamente transferidos fluxos monetários da conta central, de forma que o seu saldo individual se aproxime ao valor zero. Segundo Chand (2016), esta modalidade subdivide-se em dois diferentes métodos, o método de *zero balancing* e o método de *target balancing*. A única diferença entre os dois métodos prende-se com o seguinte: no primeiro, tem-se como objetivo que saldos credores das contas participantes atinjam o valor zero, enquanto no segundo, define-se um saldo credor diferente de zero das contas participantes, e todo o saldo que exceda esse montante é transferido para a conta central.

Chand (p. 39) define ainda duas funções que o *Cash Pool leader* pode tomar, isto é, pode agir como entidade prestadora de serviços financeiros em conjunto com uma entidade bancária externa ou pode agir como se de uma instituição bancária interna se tratasse (*in-house bank structure*). Na primeira função, o *Cash Pool leader* contrata com uma instituição bancária serviços de gestão de tesouraria. Com base no saldo bancário da conta agregadora, o banco determina se há juros a pagar ou a receber do *Cash Pool leader*. O que essencialmente difere da segunda função é operar com capital de risco limitado. Na segunda função, o *Cash Pool leader* assume riscos, gere ativos e age como se se tratasse de uma instituição bancária externa. Quer isto dizer que, é responsável por planear as necessidades financeiras do grupo, desenvolver o conceito de *cash pooling* a aplicar e a sua respetiva implementação, nomeadamente negociar o próprio contrato, as taxas de juros, os

empréstimos Intra grupo, coordenar as transações e gerir compensações internas de posições credoras e devedoras. No que diz respeito ao risco, o *Cash Pool leader* assume não só o capital em risco como também o risco associado às taxas de juros e às taxas de câmbio. Tal como referido anteriormente, a diferença fundamental entre as duas funções tem que ver com o risco assumido, que se prende pelo facto de, na primeira função, os participantes deterem contas junto de um banco externo enquanto, na segunda função, essas contas são detidas junto do *Cash Pool leader*, conseqüentemente nos depósitos realizados entre estas duas últimas entidades é assumido um risco de crédito mais elevado. Os contratos de *Cash Pooling*, devido à sua complexidade poderão ser definidos numa destas perspetivas ou numa fusão das duas.

A grande vantagem desta modalidade é que as transferências reais de fundos Intra grupo permitem obter taxas de juros mais vantajosas nos momentos de concessão e obtenção de créditos.

2.2.1.2 *Notional Cash Pooling*

Ao contrário da modalidade anterior, a *Notional Cash Pooling* não recorre a transferências efetivas de fundos entre a contas das sociedades participantes e a conta central. Segundo Rebouta (2005), com «a Notional cash pooling, dá-se o equivalente a uma fusão virtual de saldos de contas para cálculo de juros, ou seja, os fundos não são movidos, mas a Instituição financeira (o Banco) combinará os saldos das diferentes contas bancárias e cobrará/pagará juros pelo somatório agregado dos saldos». Trata-se por isso de um saldo virtual, que agrega todos os saldos das diferentes contas bancárias, no entanto só é considerado o seu valor consolidado no momento de apuramento dos juros, credores ou devedores, por parte da instituição bancária. Adicionalmente, o banco pode requerer garantias cruzadas entre os participantes a fim de possibilitar o direito de compensação entre contas, em caso de necessidade.

Esta modalidade diferencia-se da anterior não só pela compensação virtual de saldos, como também pelo facto de as sociedades participantes manterem a titularidade das suas contas bancárias e não se verificar um sistema de co-propriedade. Além disso, segundo Rebouta (p. 5) esta modalidade favorece as sociedades em regime de grupo, dado que às sociedades que apresentem saldos devedores (negativos) são lhes cedidos juros pelas sociedades com saldos credores (positivos), considerando que o Banco corrige os juros em função do saldo bancário

global. Além disso, espera-se que, pelo facto de as transferências não se efetivarem, os custos de gerir esta modalidade sejam menores face à modalidade anterior. Relativamente às poucas funções exercidas pelo *Cash Pool leader*, uma vez que o banco desempenha os principais papéis, existe pouco valor acrescentado a refletir pelo centralizador na ótica dos preços Intra grupo.

Em resumo, a adoção da *Notional Cash Pooling* tanto pode resultar num ganho ou perda para as sociedades participantes dado que se encontra sujeito ao resultado do saldo bancário consolidado que, ao ser positivo, gera juros credores, e, que ao ser negativo, gera juros devedores. De salientar que no caso de serem gerados benefícios globais para o grupo, como resultado da otimização da sua posição financeira e/ou da eliminação do spread bancário, deve ser tido em conta a contribuição de cada um dos participantes para tal situação.

2.2.2 Delimitação das operações de *Cash Pooling*

Dada a complexidade por detrás das operações de *Cash Pooling*, importa que os contratos sejam definidos com precisão e tenham em conta todo o contexto em que as transações decorrem, dado que este instrumento não se encontra padronizado e pode depender de factos particulares de cada grupo de empresas. O Guia de Preços de Transferência para transações financeiras da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE) (2020) define um conjunto de operações que se espera ocorrer no âmbito dos contratos de *cash pooling*, nomeadamente:

- (i) providenciar liquidez ao grupo de sociedades, através da transferência das posições credores e devedoras individuais de cada membro, como estratégia global do grupo para o benefício de todos os participantes;
- (ii) possibilitar um conjunto de benefícios para os membros, para além das taxas de juros mais vantajosas (cada participante espera obter uma posição global melhor do que àquela que teria caso não optasse por integrar o sistema);
- (iii) aumentar as poupanças e os ganhos, como resultado das sinergias Intra grupo;

Importa, por estes motivos, definir para cada contrato: a natureza dos benefícios ou prejuízos obtidos bem como o seu montante, e ainda como dividir o benefício/prejuízo entre cada membro do grupo. Por exemplo, o benefício resultante da redução das taxas de juros devedores ou o aumento das taxas de juros credores, deverá ser alvo de análise, na medida

em que se deverá definir como se remunerará cada membro que contribuiu para a vantagem obtida, bem como qual a remuneração a pagar ao *Cash Pool leader* pelas funções desempenhadas. Outra situação a definir no âmbito dos contratos de *Cash Pooling* é o prazo dos depósitos devedores e credores, uma vez que a natureza destas operações de liquidez é de curto prazo, mas pode ocorrer que os mesmos se transformem em empréstimos de longo prazo. Neste sentido, deve-se procurar definir no contrato qual o prazo em que os empréstimos deixam de ser considerados como *Cash Pooling* e são considerados empréstimos de longo prazo.

O Guia da OCDE (p. 25) apresenta ainda umas das maiores dificuldades para as autoridades tributárias relativamente a contratos de *cash pooling*: aceder a informação suficiente que possibilite confirmar a posição do sujeito passivo (normalmente o *Cash Pool leader*) quando os participantes do grupo residam em diferentes jurisdições fiscais. Recomenda, por este motivo, que os grupos internacionais de sociedades incluam, na documentação relativa a preços de transferência, informação adequada sobre a estrutura do *cash pooling* bem como as remunerações atribuídas a cada participante.

Finalmente, salienta-se a importância da análise dos riscos inerentes aos contratos de *Cash Pooling*, particularmente o risco de liquidez e o risco de crédito. O risco de liquidez surge da diferença entre a maturidade dos saldos credores e devedores dos membros do *Cash Pool*, pelo que se deverá analisar a tomada de decisão relativamente às transferências, a fim de uma adequada gestão do risco. O risco de crédito surge da incapacidade dos membros, com saldos devedores, reembolsar as transferências recebidas, pelo que deve ficar definido no contrato qual dos membros do grupo assume funções de controlo e tem capacidade financeira para suportar o risco de crédito inerente ao *Cash Pooling*.

2.2.3 Determinação do princípio da Plena Concorrência nas operações de *Cash Pooling*

As operações de *cash pooling* entre empresas do mesmo grupo, devido à sua natureza, implicam algumas questões relacionadas com o regime de preços de transferência, pelo que as mesmas devem cumprir o princípio fundamental deste regime: o princípio da plena concorrência (*arms-length principle*).

Segundo Machado e Nogueira da Costa (2016), o princípio em análise define que «os preços de transferências entre sujeitos passivos do mesmo grupo devem ser fixados pelo valor de

mercado», quer isto dizer que as transações devem ocorrer pelos mesmos preços praticados quando as entidades que negociam não possuem qualquer tipo de relação especial. Os autores Machado e Nogueira da Costa (p. 205) referem ainda que subjacente a este princípio «está a ideia de que os desvios às leis do mercado constituem distorções económicas que devem ser neutralizadas», uma vez que a fixação de preços sem considerar os preços praticados pelo mercado constitui um benefício comercial bem como fiscal para os grupos de empresas, permitindo que a concorrência de mercado seja deturpada.

No contexto dos contratos de *cash pooling*, existem duas operações específicas para as quais se deve analisar o cumprimento do princípio:

- remuneração das funções de *cash pool leader*;
- remuneração dos membros do *cash pooling*;

A remuneração do *cash pool leader* depende das funções desempenhas, do risco assumindo e dos ativos utilizados. Tal como mencionado anteriormente, a entidade centralizadora da tesouraria pode exercer funções semelhantes a uma instituição bancária interna ao grupo ou apenas agir como entidade prestadora de serviços financeiros em conjunto com uma entidade bancária externa. Na primeira função a entidade assume riscos que vão além do papel normal de gestão da tesouraria, pelo que a remuneração do pool leader deve refletir um preço justo e superior (como por exemplo: a diferença de spread entre os empréstimos credores e devedores) quando comparado com serviços desempenhados na segunda função. O preço a fixar para a remuneração em análise deve cumprir com o princípio da plena concorrência, pelo que se denota a importância de formular um contrato no qual estas funções e as suas respetivas remunerações sejam explícitas.

A remuneração dos membros do *cash pooling* deve ser calculada com base nas taxas de juro aplicáveis, em conformidade com o princípio da plena concorrência, às posições de crédito ou débito que os membros apresentem. À semelhança da entidade centralizadoras, também a remuneração dos membros depende das funções desempenhadas e dos ativos e riscos assumidos por cada um deles. Quanto à determinação de taxas de juros que estejam em conformidade com o princípio, sempre que possível, devem-se ter como referência as taxas de juros que o banco, com que o cash pool leader negocia, pratica.

2.2.4 Admissibilidade das Operações de *Cash Pooling* em Portugal

As operações de *Cash Pooling* realizadas por um centro de gestão de tesouraria substancializam-se em operações de crédito, tais como empréstimos, adiantamentos, descobertos ou operações de compensação Intra grupos, independentemente do prazo definido. Em Portugal, à semelhança de outros países europeus, não existe nenhum regime legal formulado para legislar estas operações, por este motivo Santos (2010) refere que «[a]inda que a lei portuguesa não preveja regras fiscais especificamente aplicáveis ao cash pooling, um correcto enquadramento fiscal é decisivo para evitar exposição a riscos e a custos adicionais inesperados». Contudo, pela sua natureza, as operações deverão ser enquadradas à luz do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, bem como do CSC.

O RGICSF prevê que as operações de concessão de crédito para e entre sociedades comerciais sejam restritas apenas a Instituições de Crédito e outras entidades financeiras habilitadas para tal, conforme o artigo 4.º-A. No entanto, atesta a legalidade das operações de *Cash Pooling* na medida em que, pela alínea d), n.º 2, do artigo 9.º, exclui do conceito de concessão de crédito as operações de gestão de tesouraria que decorram entre sociedades que se encontrem em relação de domínio ou grupo. Esta exclusão tem especial importância na modalidade de *Cash Concentration*, na qual são efetivadas concessões de crédito entre as empresas do grupo, mas que não se afiguram como tal devido à relação de domínio ou grupo. Segundo o CSC, a partir do artigo 488.º, as sociedades em relação de grupo são aquelas cuja relação de participação é de 100% (domínio total), para efeitos de constituição inicial, ou que pode subsequentemente à sua constituição ser reduzida a 90%, e ambas as sociedades, a dominante e a dominada, têm de ter sede em Portugal. Adicionalmente o artigo 486.º do CSC, considera que duas sociedades estão em relação de domínio quando a dominante:

- exerce uma influência significativa sobre a dominada;
- detém uma participação maioritária do capital;
- dispõe de mais de metade dos votos;
- pode designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

Pelo que daqui se conclui que na inexistência de quaisquer relações de participações ou na sua existência, mas que não cumpre os requisitos referidos no CSC, as operações de *Cash Pooling* não são legalmente admitidas.

Segundo Geraldès (2014), vários são os desafios provenientes da falta de um regime jurídico específico aplicável às operações de *Cash Pooling*, nomeadamente:

- a inexistência de uma definição legal do conceito de *cash pooling*;
- a natureza das operações;
- os modelos de *cash pooling* admitidos no ordenamento jurídico português;
- a fiscalização das operações por parte da Administração Tributária.

Conclui-se, portanto, que desde que as operações sejam realizadas por sociedades portuguesas, que se encontrem em relação de domínio ou grupo, mesmo que não sejam instituições de crédito, as operações serão aceites. No entanto, a visão jurídica destas operações não deixa de ser muito turva quanto aos limites, definições e fiscalizações.

2.2.5 Regimes aplicados às operações de *Cash Pooling* ao Nível Europeu

As operações de *Cash Pooling* não estão padronizadas ao nível internacional, pelo que a jurisdição de cada país difere. Neste sentido segue-se uma análise breve das legislações jurídico-fiscais ao nível europeu, desenvolvido pelos serviços jurídicos da CMS Law (2017).

2.2.5.1 França

Em França, o enquadramento legal das operações consiste em regras impostas pela regulação ao nível bancário (*Code monétaire et financier*) e pelo regime das sociedades comerciais.

A regulamentação monetário-financeira atesta a legalidade das operações de *cash pooling* entre empresas que mantenham relações entre si, em particular através de participações financeiras, que garantam um efetivo controlo sobre as mesmas. Possibilita assim, à semelhança da lei portuguesa, que este tipo de operações não se encontre exclusivamente reservado para as instituições bancárias.

O regime francês das sociedades comerciais considera três requisitos fundamentais na base de um acordo de *cash pooling*, nomeadamente:

- as empresas francesas necessitam de possuir ativos adequados e suficientes para participarem num sistema de *cash pooling*;

- possibilidade de o contrato de *cash pooling* necessitar de autorização do Conselho de Administração para se realizar, conforme a secção L 225-38 do Código de Comércio (*Code de Commerce*);
- garantia de que o contrato de *cash pooling* é do interesse das empresas, e do grupo em que participam.

Adicionalmente, os trâmites legais do ordenamento jurídico francês indicam determinados riscos quanto às responsabilidades criminais e civis, a ter em conta pela Administração das empresas, tais como abuso de poder, quando o contrato de *cash pooling* vai de encontro aos interesses da própria empresa; abuso dos ativos empresariais, quando a direção utiliza de má-fé os ativos e fundos da empresa, não tendo em conta os interesses da mesma; risco de disponibilizar informação ao mercado pouco transparentes (o contrato de *cash pooling* pode dissimular uma posição financeira de dependência de uma sociedade subsidiária face à empresa-mãe); e risco de insolvência e liquidação compulsiva, decorrente da incerteza quanto à propriedade dos fundos monetários, uma vez que a fusão dos mesmos, pelo sistema de *cash pooling*, pode conduzir a um processo de insolvência instaurado contra uma empresa e estender-se às restantes. Para que estes riscos sejam reduzidos, aconselha-se que a formalização dos contratos tenha em atenção a escolha de uma entidade centralizadora, seja reduzido a escrito e inclua cláusulas específicas que definam taxas de juros a remunerar, duração do contrato e circunstâncias de exclusão das operações de *cash pooling*.

2.2.5.2 Alemanha

À semelhança de Portugal, não existe um regime específico alemão que regule as operações de *cash pooling*, contudo o país apresenta requisitos rigorosos relativamente ao capital mínimo das sociedades e proteção da liquidez financeira das empresas, de forma a mitigar os riscos de responsabilidade civil e criminal da Administração.

As sociedades participantes das operações de *Cash Pooling* devem reger-se pelos princípios de manutenção de capital, presentes no código das sociedades comerciais alemão (HGB). De acordo com esses princípios, a Administração deve assegurar-se do seguinte: os ativos da empresa (tais como transferências de fundos monetários), necessários à preservação do capital social, não podem ser distribuídos aos seus acionistas, caso contrário verifica-se a existência de uma situação patrimonial negativa. Nesta condição, algumas operações de *cash pooling* são limitadas, nomeadamente os empréstimos a acionistas (inclusive as

transferências de *zero balancing*) só são permitidos caso o montante seja totalmente recuperável. Adicionalmente, cada administração dos participantes do sistema de *cash pooling* são responsáveis quando a empresa apresenta endividamento excessivo ou situação de insolvência. No que diz respeito à proteção da liquidez financeira, a administração é solidariamente responsável por qualquer pagamento a terceiros, quando esses pagamentos resultem ou contribuam para a situação de insolvência da empresa ou tenham sido realizados enquanto a empresa apresentava uma situação patrimonial negativa.

As empresas devem ainda ter em conta duas outras situações de risco elevado, a distribuição camuflada de lucros e o aumento de capitais. Os lucros só devem ser distribuídos aos acionistas, mediante deliberação formal dos mesmos e em conformidade com as disposições legais, não devendo as transferências realizadas no âmbito do *cash pooling* constituir uma distribuição de lucros. O capital social inicial deve ser totalmente disponibilizado à empresa e a administração é criminalmente responsável por registos comerciais de aumentos de capital, quando não se verifique que são capazes de dispor da contribuição de capital de forma livre e definitiva.

As empresas alemãs participantes no sistema de *cash pool* não requerem aprovação das autoridades de supervisão bancária nem uma licença específica para as operações de *cash pooling*, desde que se verifique que apenas empresas relacionadas (sociedades participadas) integram o sistema.

A modalidade de *cash concentration* pode implicar o pagamento/remuneração de juros a empresas participadas, pelo que esses montantes se encontram sujeitos às regras fiscais que recaem sobre os juros – tributação de juros obtidos através de empréstimos Intra grupo e dedutibilidade dos gastos de financiamento.

2.2.5.3 Espanha

As operações de *cash pooling* em Espanha são regulamentadas ao nível monetário-financeiro e pelo regime das sociedades comerciais. À semelhança dos países anteriores, estas operações não são reservadas exclusivamente às instituições financeiras, pelo que também não existe necessidade de autorizações especiais para participar no regime de *cash pooling*. Contudo, as empresas residentes em Espanha são obrigadas a notificar o Banco de Espanha relativamente a operações realizadas com empresas não residentes no país, tais como transferências bancárias, créditos e débitos em contas bancárias ou contas Intra grupo.

No que respeita ao regime das sociedades comerciais, os contratos de *cash pooling* estão sujeitos às seguintes limitações:

- para que as operações sejam legalmente admissíveis devem constar nos estatutos da empresa como uma das atividades a desenvolver no âmbito do seu objeto social. As operações de *cash pooling* são admitidas como uma atividade complementar para desenvolver a atividade principal da empresa;
- a administração da empresa deve desempenhar as suas funções com diligência e prudência, de forma a agir com base nos melhores interesses para a empresa. Caso a administração não tenha em conta estes princípios é responsável perante os acionistas e outros credores, por qualquer perda que resulte do desempenho das suas funções. Adicionalmente, caso a administração desempenhe as suas funções de forma fraudulenta e desleal para com os interesses da empresa (como por exemplo: falsificação de informação financeira, ou gerir a empresa com bases em interesses pessoais ou que beneficiem terceiros e prejudiquem os acionistas), é criminalmente responsável pelos atos desenvolvidos;
- O regime de responsabilidade dos administradores de empresas (*Business judgement rule*) é aplicado na lei espanhola, pelo que, a fim de proteger os administradores da responsabilidade solidária, cada administrador das empresas participantes no contrato deve ter acesso a toda a informação que lhes dê capacidade para formular uma opinião sobre a situação financeira do *cash pool leader* e do grupo como um todo.

Ao nível fiscal, deve-se ter em atenção as seguintes características:

- quando o *pool leader* é uma entidade residente em território espanhol, caso aplique a modalidade de *cash concentration* e opere como se de uma instituição bancária interna se tratasse, a remuneração (associada às transferências físicas de fundos) que recebe das participantes são tratados como juros. Caso aplique a modalidade de *cash concentration* e opere como entidade prestadora de serviços financeiros em conjunto com uma entidade bancária externa, as remunerações serão tratadas como taxas de gestão do contrato de *cash pooling*;
- Quando pelo menos um dos participantes é uma entidade residente em Espanha, todas as operações desenvolvidas no âmbito do contrato e qualquer remuneração recebida ou paga (juros ou taxas de gestão) devem seguir o princípio da plena concorrência;

- À semelhança do regime português, também a dedutibilidade dos gastos financeiros é limitada. Geralmente, os gastos relacionados com financiamentos obtidos, que excedam 30% do resultado operacional, não são aceites como gastos dedutíveis;
- As operações de *cash pooling* descritas anteriormente – fundos, juros e taxas de gestão recebidas ou pagas – estão sujeitas a regras rígidas de preços de transferências, pelo que em caso de incumprimento das mesmas a autoridade tributária de Espanha tem legitimidade para proceder às correções que considerar necessárias para que as operações estejam em conformidade com o princípio da plena concorrência e o lucro seja corretamente tributado, podendo ainda aplicar multas e outras penalidades;
- O pagamento de juros efetuado por uma empresa residente em território espanhol não está sujeito a retenção na fonte, caso o beneficiário dos mesmos resida em território europeu. Caso contrário, é aplicada uma taxa de retenção de 19% (que pode ser reduzida quando se apliquem acordos de dupla tributação).

2.2.5.4 Itália

Itália não dispõe, à semelhança de Portugal e dos restantes países, nenhum regime específico que regule as operações de *cash pooling*. No entanto, os contratos de *cash pooling* podem acionar a aplicação de leis do regime das sociedades comerciais, que regulam determinados temas como empréstimos Intra grupo ou assistência financeira.

Para serem legalmente admissíveis, as operações de *cash pooling* devem constar nos estatutos da empresa como uma das atividades permitidas a exercer no desenvolvimento do objeto social da mesma. Adicionalmente, as empresas residentes em território italiano encontram-se proibidas de assinar contratos, nos quais se encontre previsto apoios financeiros às empresas do grupo (do qual fazem parte), sem que esses apoios tenham contrapartidas remuneráveis de retorno. Quando aplicada esta lei aos contratos de *cash pooling*, estes devem prever uma cláusula que defina que qualquer transferência realizada Intra grupo deve estar associada uma adequada remuneração, mesmo que indireta. O não cumprimento desta lei implica que a administração da empresa seja responsável por qualquer prejuízo causado à empresa, aos acionistas e outros credores, bem como a anulação legal do contrato.

O contrato deve ainda prever, quando uma empresa italiana efetue operações no âmbito do *cash pool*, um término fácil e uma recuperação célere dos fundos investidos nas empresas do grupo. Por este motivo, a administração das empresas italianas devem ponderar o seguinte:

se existe interesse que justifique a entrada num sistema de *cash pooling* e quais as circunstâncias e condições necessárias para a assinatura do contrato de *cash pooling*.

Relativamente aos requisitos do capital mínimo das sociedades, são especialmente relevantes os artigos definidos no Código Civil Italiano (artigos 2467 e 2497), nos quais se prevê as condições de realização dos empréstimos concedidos a uma empresa italiana pela sua empresa-mãe. Em contextos de contratos de *cash pooling*, quando a empresa italiana se encontra em processo de insolvência, e o seu rácio dívida/capital se encontra desequilibrado ou a situação financeira da mesma exige uma entrada de capital, o direito dos acionistas ao reembolso dos fundos emprestados perde a prioridade, face a outras dívidas que a sociedade italiana detenha.

Quanto às regras de excesso de endividamento das empresas, a administração deve ter em conta o risco da empresa italiana não ser capaz de recuperar os montantes que contribuiu para o sistema de *cash pooling*. A fim de mitigar este problema deve-se limitar o montante dos fundos a transferir ao sistema de *cash pooling*.

Segundo o Banco de Itália, a gestão da liquidez da tesouraria, entre empresas do mesmo grupo efetuada pelo *cash pool leader*, a fim de otimizar a liquidez do grupo como um todo, não é considerada como um serviço prestado, pelo que não é necessária qualquer autorização ou comunicação para uma empresa assumir funções de conta centralizadora de tesouraria. Adicionalmente, qualquer transferência, acima de 15.000 euros, efetuada no âmbito dos contratos de *cash pooling*, através de bancos ou instituições financeiras italianas são sujeitos ao reporte por essas mesmas entidades ao Banco de Itália.

2.2.5.5 Aspetos Conclusivos

A análise dos enquadramentos legais anteriormente mencionados, permite identificar que, de forma geral, apesar da inexistência de um regime específico que regule as operações de *cash pooling*, os sistemas jurídicos recorrem a regras e condições rigorosas para que as mesmas sejam legalmente admissíveis e se efetuem em conformidade com a lei, nomeadamente ao nível monetário-financeiro, ao nível dos regimes das sociedades comerciais e ao nível fiscal. Estas restrições evidenciam que, ao nível europeu, os Estados-membros se preocupam em mitigar situações de incumprimento legal e fiscal, tais como a fraude fiscal ou a não conformidade com o princípio da plena concorrência. Contudo, os países beneficiariam do

desenvolvimento de um regime específico que regule de forma mais harmoniosa e esclarecedora os sistemas de *cash pooling* na Europa.

2.2.6 Operações de *Cash Pooling* e Subcapitalização

O CIRC, no âmbito das normas anti abuso, prevê limites ao endividamento excessivo das sociedades com as quais mantenham relações especiais, com o objetivo de fazer face à distribuição de lucros em forma de juros. De forma geral, o tratamento fiscal dado aos juros tende a ser mais favorável quando comparado com o tratamento fiscal da distribuição de dividendos, pelo que o legislador impõe uma limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento aquando da determinação do lucro tributável das empresas.

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 25 de novembro de 1998, processo nº 22681, entende-se por sobre-endividamento o «recurso excessivo a capitais terceiros face aos capitais próprios como forma de financiamento das sociedades».

Quer isto dizer que os créditos concedidos entre empresas de um grupo no âmbito de contratos de *Cash Pooling* também estarão sujeitos às regras de subcapitalização definidas no artigo 67.º, do CIRC, tema a analisar com maior profundidade no próximo capítulo.

2.3 Dedutibilidade de gastos de natureza financeira

2.3.1 Dedutibilidade Geral do artigo 23º, do CIRC

O artigo 23.º, do CIRC, estabelece o princípio geral da aceitação fiscal de gastos incorridos pelas empresas, nomeadamente o n.º 1 prevê que são dedutíveis ao lucro tributável «todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC». Os restantes números do artigo estruturam-se da seguinte forma: o n.º 2 disponibiliza exemplos de gastos que se enquadram no conceito de gastos dedutíveis, sem prejuízo de outras regulamentações específicas sobre os mesmos no CIRC; o n.º 3 determina que os gastos dedutíveis devem estar documentalmente comprovados; o n.º 4 enumera os elementos que devem constar no documento comprovativo do número anterior; o n.º 6 impõe a obrigatoriedade do documento comprovativo assumir a forma de fatura, quando o prestador de serviços ou fornecedor de bens esteja obrigado à emissão da mesma; e o n.º 7 possibilita a dedução dos gastos respeitantes a ações preferenciais sem voto classificadas como passivo financeiro de acordo com a normalização contabilística em vigor.

O propósito deste artigo surge da necessidade de «salvaguardar o interesse público subjacente à tributação» (Martins, Sá e Taborda et al., 2020, p.51), impondo por esse motivo regulamentação quanto à consideração fiscal dos gastos (e dos rendimentos). Por este motivo se justificam as possíveis diferenças entre o lucro tributável e o lucro contabilístico. Tal como o artigo 17.º, n.º 1 do CIRC estabelece, o lucro tributável surge da «soma algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas nesse resultado, determinados com base na contabilidade», incluindo ainda possíveis correções presentes neste código. A tributação das empresas deverá incidir sobre o seu rendimento real – artigo 104.º, n.º 2, da CRP – e, adicionalmente, ter em conta a capacidade contributiva dos sujeitos passivos (artigo 4.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária [LGT]), pelo que determinados gastos – aqueles que se afastem do escopo social da empresa – devem ver a sua dedutibilidade afastada.

Este artigo, alvo de extensa litigância tributária, sofreu uma mudança relevante, após a reforma do IRC de 2013, tema abordado em continuação.

2.3.1.1 Redação do artigo antes da Lei de Reforma ao CIRC

Até à Lei da Reforma ao CIRC – Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro – imperava na aceitação fiscal de gastos o critério da indispensabilidade, isto é, a dedutibilidade dos gastos dependia da comprovação dos mesmos como indispensáveis à obtenção de rendimentos sujeitos a impostos ou para a manutenção da fonte produtora. Este critério esteve na base de diversas litigâncias tributárias, essencialmente pelo seu carácter subjetivo (o conceito de indispensabilidade pode não ser igual para um gestor da empresa e para um inspetor tributário), situação que viabilizou, à autoridade tributária, o poder de desconsiderar gastos, por via de juízos de razoabilidade. Segundo Martins et al. (2020), deste critério surgiram duas perspetivas: uma mais restrita, que implicava o vínculo entre gastos suportados e rendimentos obtidos, para que os primeiros usufruíssem da dedutibilidade; outra mais ampla, que implicava uma ligação entre os gastos incorridos e o objeto social da empresa, com vista à obtenção de rendimento (mesmo que não se comprovasse posteriormente a sua efetiva contribuição para essa obtenção).

A interpretação doutrinal deste artigo foi intensamente desenvolvida por Tavares (1999) – cuja citação é recorrente até aos dias de hoje – e resultou em três diferentes entendimentos:

- Conceito de indispensabilidade como a ligação necessária entre gastos suportados e rendimentos obtidos, mantendo-se a tese da absoluta necessidade de um gasto para obter rendimento, a fim da sua aceitação fiscal;
- Conceito de indispensabilidade com o significado de conveniência, isto é, são aceites como gastos dedutíveis aqueles que se apresentem como convenientes para a empresa;
- Conceito de indispensabilidade como a ligação dos gastos incorridos e a prossecução do escopo social da empresa. Os gastos surgem no ato de gestão da empresa, em função do seu objeto societário.

O autor refere ainda que, no seu entender, apenas uma das interpretações se encontra correta, tal como se evidencia de seguida:

- A primeira interpretação é recusada pela violação do princípio da capacidade contributiva, dado que permite a desconsideração fiscal de gastos realmente suportados no interesse da empresa. Tavares (p.132) considera ainda que esta interpretação permitia, no limite, desconsiderar fiscalmente gastos incorridos, relacionados com negócios que posteriormente

se revelaram prejudiciais (investimentos que apresentem prejuízos ou rendimentos inferiores ao estimado). A Lei Fiscal não deve influenciar a estratégia empresarial adotada e deve permitir o direito ao «erro do dono do negócio» (Tavares et al, 1999, p.133);

- A segunda interpretação é também recusada pelo facto de o conceito de conveniência ser demasiado amplo e frágil, possibilitando que a autoridade tributária influencie as opções económicas das empresas;

- A terceira interpretação é a solução mais correta, que aproxima as categorias económicas e fiscais, por esse motivo os gastos indispensáveis são aqueles que são suportados no interesse social da empresa, isto é, que visem, em última análise, gerar lucros, quer direta ou indiretamente (mesmo que, posteriormente, a obtenção de rendimentos não se verifique).

A Comissão de Reforma do IRC – constituída pelo Despacho n.º 66-A/2013, de 2 de janeiro, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais – com o propósito de realizar uma «revisão geral das bases legais fundamentais do sistema da tributação das empresas» e promover não só uma simplificação do IRC bem como uma redução da litigância tributária, propôs diversas alterações ao CIRC, nomeadamente ao artigo 23.º. A proposta da Comissão tinha o intuito de aproximar a lei às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais e assim «clarificar a interpretação de um conceito que ocupa[va] um papel essencial no sistema jurídico-tributário, e que se encontra[va] na base de um volume considerável de conflitos fiscais – a dedutibilidade dos gastos incorridos pelas empresas». A proposta materializou-se na seguinte alteração ao artigo 23.º, n.º 1: «[p]ara a determinação do lucro tributável, são dedutíveis os gastos relacionados com a atividade do sujeito passivo por este incorridos ou suportados», acolhendo a tese da relação entre os gastos incorridos e o escopo societário do sujeito passivo, para se verificar uma posterior dedutibilidade dos mesmos. Contudo, a Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro – a lei que introduziu as alterações finais ao CIRC – não consagrou a proposta da Comissão, tal como se evidencia no subcapítulo seguinte.

2.3.1.2 Redação do artigo depois da Lei de Reforma ao CIRC

No seguimento da significativa litigância e a conseqüente proposta da Comissão, a Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, contemplou a seguinte alteração à redação do artigo 23.º, n.º 1: «[p]ara a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC». Segundo Martins (2015), três motivos poderão ter influenciado o afastamento da redação que

constava na proposta da comissão para a redação final descrita na Lei n.º 2/2014: limitação da ação inspetiva e da capacidade de fiscalizar a natureza fiscal dos gastos suportados; «a negociação política e análise parlamentar do texto da proposta (Martins et al., 2015, p.109); facilitação da dedução fiscal de gastos.

Existe então uma questão a colocar: qual foi efetivamente a mudança concretizada na dedutibilidade fiscal de gastos, com as alterações ao artigo 23.º?

Conforme Martins et al. (2020) explicita, a esta questão existem duas perspetivas em confronto:

- Uma tese defende que muito pouco mudou entre a antiga e a atual redação do artigo. O princípio da indispensabilidade não se mantém literalmente, mas a redação permite que a AT o aplique na sua ação de inspeção e fiscalização, verificando-se o conceito de indispensabilidade de um gasto para obter rendimentos, a fim de se possibilitar a sua dedução.
- Uma outra perspetiva defende que nesta versão do artigo, o elemento central trata-se da finalidade/objetivo com que os gastos são incorridos, ou seja, «apenas obriga a que os gastos sejam incorridos ou suportados visando um propósito [...] de obtenção ou garantia de rendimento» (Martins et al, 2020, p. 61).

Na opinião do autor, verifica-se uma redução significativa da causalidade entre os gastos suportados e os rendimentos obtidos, e conseqüentemente afasta-se a tese de que os gastos têm de ser imprescindíveis para usufruir da dedutibilidade fiscal. Assim, os gastos devem ser incorridos no âmbito do interesse social da empresa, a fim de obter ou garantir rendimentos, sem que o resultado final se traduza numa efetiva obtenção de lucros ou rendimentos. O autor define ainda o conceito de “interesse societário” como «todo o tipo de atividade que, desenvolvida no contexto dos fins empresariais, contribua direta ou indiretamente para gerar rendimento, do qual possa resultar, ainda que potencialmente, um excedente económico» (Martins et al, 2020, p. 64).

No mesmo sentido, Marques (2016, p.42) partilha uma visão semelhante quanto à interpretação da alteração à redação do artigo em análise:

«[...] a dedutibilidade fiscal dos gastos depende de um juízo quanto à sua afectação ao interesse societário [...] que, no fundo, se circunscreve no propósito de obtenção de

rendimentos ou ganhos ‘resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória’ (artigo 20.º, n.º 1)».

Conclui-se assim que a aceção económica se prioriza face ao conceito de indispensabilidade, promovendo uma conciliação mais eficiente com o princípio da tributação das empresas pelo rendimento real (tal como plasmado no artigo 104.º, n.º 2 da CRP).

2.3.1.3 Aceitação de gastos pelo artigo 23.º e os rendimentos não tributados do artigo 51.º

Ainda analisando a redação do artigo, é de salientar a referência a rendimentos sujeitos a IRC, como requisito para deduzir fiscalmente os gastos e perdas incorridos. O que remete para a seguinte questão: serão dedutíveis os gastos suportados no âmbito da obtenção de rendimentos que se encontram sujeitos ao IRC, mas dele isentos? Esta questão tem gerado alguma discórdia entre a AT e os sujeitos passivos, nomeadamente quanto ao regime de *participation exemption* que, tal como analisado em capítulos anteriores, se caracteriza pela não concorrência, para a determinação do lucro tributável, dos lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC (residentes ou com direção efetiva no território português). De facto, os juros suportados para financiar participações em empresas que usufruam deste regime têm vindo a ser desconsiderados fiscalmente pela AT. O processo n.º 8/2019-T, de 18/03/2019, do CAAD (p.7) – analisado em futuros capítulos – ilustra, entre outras temáticas, a opinião da AT quanto à não dedutibilidade dos gastos por via de estes não contribuírem para a obtenção de rendimento tributável:

«os rendimentos e gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicado o regime contido nos art.º s 51.º e 51.º C do C.I.R.C., vulgarmente designado por regime da *participation exemption* [...] tendo apenas resultados tributados de natureza financeira (juros) e no caso das suas participações financeiras detidas se enquadrarem no regime antes referido, e bem assim apurando-se valores de gastos de financiamento líquidos, o seu EBITDA corrigido, tenderá sempre para zero, não havendo assim, qualquer valor a deduzir relativo a gastos de financiamento líquidos apurados, estes, não geram qualquer rendimento tributável, estando a sua dedutibilidade vedada por força do disposto no nº1 do art.º 23.º do CIRC».

Deste excerto, pode-se concluir que, segundo a opinião da AT, os juros incorridos não foram compensados por rendimentos tributáveis, pelo que não cumprem as condições estabelecidas

no artigo 23.º do CIRC (ligação entre gastos suportados e rendimentos sujeitos a imposto), não podendo usufruir da dedutibilidade dos mesmos face ao lucro tributável.

Ora, para analisar esta questão deveremos ter em conta o objetivo com que o regime de *participation exemption* foi criado – segundo a Comissão de Reforma do IRC. A proposta de criação do regime assentou na tributação pelo princípio da territorialidade, a fim de eliminar a dupla tributação económica, ao nível nacional e internacional, e recorreu à técnica da isenção para evitar que o mesmo rendimento fosse tributado mais do que uma vez. A proposta seguiu uma linha mais abrangente de eliminação da dupla tributação, quer pelo seu carácter universal (aplicação do regime ao investimento independentemente do país ou região em que este se materialize) quer pelo seu carácter horizontal (aplicação do regime à distribuição de lucros e reservas, e mais-valias), a fim de acompanhar os regimes mais competitivos aplicáveis na Europa. Quanto aos encargos financeiros (incorridos para aquisição de participações sociais qualificadas), a comissão não efetuou qualquer proposta de regras especiais de limitação, uma vez que o artigo 67.º (alvo de proposta de alterações pela Comissão, no mesmo Relatório) já servia esse efeito. A Comissão propôs ainda a eliminação do artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), bem como a extinção do regime jurídico-societário das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS), previsto, no então, Decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro.

É opinião de Martins que «[...] tendo-se eliminado o regime fiscal das SGPS, não deve o artigo 23.º servir para o ‘recuperar’; recusando a dedução de juros por se tratar de financiamentos de ativos que geram rendimentos que não se integram no lucro tributável» (Martins et al, 2020, p. 81).

Já na opinião de Portugal (2004), para analisar este tema devemos entender primeiramente qual o conceito de rendimentos sujeitos a impostos. O autor defende que o legislador quando menciona a sujeição ao imposto se refere «ao conjunto de operações abrangidas pelas respectivas normas de incidência, mesmo que tais operações venham posteriormente a ser abrangidas por uma qualquer norma de isenção» (Portugal et al., 2004, p. 97). Caso contrário, o legislador teria feito a distinção entre sujeição e isenção, tal como é identificável no artigo 54.º, n.º 1, do CIRC - «Os gastos comprovadamente indispensáveis à obtenção dos rendimentos (...) não sujeitos ou isentos de IRC» – pelo que não se pode presumir que o direito fiscal confunde as duas situações, ou abarca no conceito de sujeição a respetiva isenção ao imposto. Assume-se, por esta via, que o artigo 23.º não pode ser um meio para

vedar a dedutibilidade de gastos pelo facto de terem sido incorridos para a obtenção de rendimentos isentos de IRC.

2.3.1.4 A prova documental dos gastos para efeitos de auditoria

A aceitação fiscal dos gastos depende ainda de um outro critério: o da comprovação. São esclarecidos nos n.ºs 3 a 6, do artigo 23.º, do CIRC os requisitos formais que os documentos de comprovação devem cumprir. O n.º 3 do artigo impõe a obrigatoriedade da comprovação documental, o n.º 4 determina os elementos mínimos que devem constar nesse documento e o n.º 6 impõe que esse documento deve assumir a forma de fatura quando o fornecedor seja sujeito passivo de IVA.

Segundo Marques (2016), mais relevante do que fazer prova em sentido estrito é a atividade de comprovar os factos declarados pelos contribuintes, não só pela satisfação do interesse público e pela descoberta da verdade material (artigo 58.º, da LGT), como também pelo apuramento do rendimento real. Assim, o ónus probatório assume um carácter essencial na aceitação dos gastos pelo artigo 23.º, não só porque permite demonstrar a efetividade do gasto incorrido como também a sua ligação ao escopo societário da empresa, possibilitando a consequente dedutibilidade fiscal.

Quanto ao tipo de prova, Sarmiento explicita que «[h]oje é consensual na doutrina e na jurisprudência que a exigência de uma prova documental não se resum[e] à exigência de uma fatura» (Sarmiento et al, 2019, p. 32). Nomeadamente, o processo n.º 01632/13, de 22/01/2014, do STA, considerou que, apesar o artigo 23.º, do CIRC fazer depender a dedutibilidade dos gastos da sua comprovação documental, caso o sujeito passivo não disponha do respetivo lançamento contabilístico e documento externo de suporte, poderá ser comprovada a ocorrência do gasto (bem como da sua afetação ao escopo societário) por outros meios de prova.

De forma semelhante Portugal (2004), apesar de considerar como meio de prova mais relevante a documentação (em especial os documentos externos como as faturas, recibos e notas de débito), conclui que a jurisprudência permitiu formular a seguinte interpretação quanto conceito de documento de comprovação: as faturas não são equiparadas a documentos justificativos dos gastos, isto é, a prova documental «não se confunde nem se esgota na exigência de factura» (Portugal et al., 2004, p.195). Quanto à admissibilidade de meios de prova alternativos, o autor conclui que a prova documental não é única passível de ser

admissível, caso contrário estar-se-ia a sacrificar o princípio da capacidade contributiva relativamente a gastos efetivamente incorridos e no âmbito do interesse da sociedade.

Martins et al. (2020) acrescenta, no entanto, que relativamente aos meios de prova alternativos estes devem ser bastantes ao ponto de não invocarem qualquer tipo de dúvida sobre a ocorrência dos gastos, em particular as características materiais das operações em análise.

2.3.1.5 A Aceitação dos gastos de natureza financeira

O artigo 23.º, n.º 2 do CIRC enumera, na alínea c), os gastos de natureza financeira abrangidos pela dedutibilidade fiscal do número anterior: «juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efetivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado». A aceitação fiscal dos gastos financeiros é um tema fortemente debatido, tendo em conta a influência da fiscalidade nas operações de financiamento das empresas, que «deriva da falta de neutralidade no tratamento tributário dos rendimentos do capital próprio e da dívida» (Martins et al., 2020, p.65). De facto, a questão em análise ocorre na maioria dos sistemas fiscais, em que os gastos com juros de financiamentos externos veem permitida a sua dedutibilidade, ao contrário do que acontece com os dividendos/lucros distribuídos aos acionistas/sócios. A distribuição de dividendos apresenta uma desvantagem face aos juros de financiamentos externos, pelo que determina a escolha das empresas na gestão do seu endividamento. A distinção no tratamento fiscal entre os rendimentos de financiamentos e do capital próprio reside no facto de os juros serem considerados gastos inerentes ao negócio - «costs of doing business» (Mooij et al., 2012, p. 496) – enquanto os retornos do capital próprio são considerados rendimentos inerentes ao negócio - «equity returns reflect business income» (Mooij et al., 2012, p. 496).

Martins et al. (2020) explicita que na prática a falta de neutralidade se traduz na influência da escolha: das formas jurídicas das empresas, das suas reorganizações societárias, dos instrumentos financeiros a utilizar, como também do momento em que se devem realizar estas operações. Por outro lado, segundo Sarmiento (2019), a desvantagem fiscal é tão significativa que as empresas experienciam um efeito que denomina como um “apetite pela dívida”, que se traduz numa maior utilização de instrumentos financeiros externos.

Contudo, apesar desta vantagem fiscal, a aceitação dos gastos de natureza financeira tem vindo a ser limitada pelos mais diversos sistemas fiscais, a fim de se prevenir práticas fiscais abusivas e reduzir o endividamento excessivo. A alteração ao artigo 67.º, do CIRC, (no âmbito da reforma fiscal ao CIRC de 2014) veio precisamente ilustrar esta situação, limitando significativamente os montantes de gastos financeiros a deduzir ao lucro tributável.

2.3.2 Limitação à dedutibilidade de gastos financeiros líquidos

A limitação à dedutibilidade de gastos financeiros surge como uma solução ao confronto entre duas teses:

- A vantagem fiscal dos juros de financiamentos face à distribuição de dividendos, que se sustenta no facto dos primeiros serem considerados custos inerentes ao próprio negócio, enquanto os segundos são rendimentos obtidos através do negócio;
- O direito fiscal não deve interferir nem influenciar a estratégia empresarial adotada, nomeadamente no tipo de financiamento a utilizar.

Segundo Mooij (2012) várias podem ser as soluções a adotar para eliminar a falta de neutralidade fiscal relativa ao tema em análise, defendendo que existem duas possíveis direções: não permitir a dedução fiscal de juros (que incluem as medidas atuais de restrição à dedutibilidade), ou, possibilitar a dedução de uma remuneração convencional do capital próprio. Martins et al. (2020) encontra ainda uma terceira opção:

«manter, como princípio geral, a dedutibilidade dos juros, e introduzir cláusulas anti abusivas, como a subcapitalização ou a aplicação das regras dos preços de transferência, sempre que se entenda que as escolhas financeiras têm efeitos tendencialmente abusivos».

Atualmente, as normas de limitação à dedutibilidade dos gastos têm uma maior adesão, por partes dos governos europeus, face às antigas normas de subcapitalização, tal como analisamos em seguida.

A Alemanha foi pioneira na aplicação de normas de limitação da dedução fiscal de gastos financeiros, desenvolvendo regras de subcapitalização ainda em 1994. Em 2008, este sistema foi substituído pelas atuais regras de limite da dedução dos encargos financeiros em função de 30% do EBITDA ou pelo limite máximo de 3 milhões, dos dois o maior. Itália e Finlândia são exemplos de países que adotaram regras semelhantes, utilizando a limitação quantitativa em função do EBITDA. Segundo Sarmiento (2019) este tipo de normas teve um grande

incremento após a crise financeira de 2008, que resultou num endividamento excessivo de muitos bancos e empresas, e no limite levou à insolvência de muitas destas entidades. A Holanda adotou desde cedo *base erosion rules*, tal como a restrição à dedutibilidade de juros suportados em empréstimos de sociedades do mesmo grupo, caso esse empréstimo estivesse relacionado com as seguintes transações: pagamento de dividendos, contribuições para o capital ou compra de ações. Tendo em 2019, introduzido a *earning stripping interest limitation rule* (limitação da dedução dos juros financeiros em função de 30% do EBITDA, ou no limite máximo de 1 milhão de euros, dos dois o maior). Outro país que tardou algum tempo a acompanhar a tendência da dedução dos gastos financeiros em função de 30% EBITDA foi os Estados Unidos, cuja introdução remete para o ano de 2017, após a reforma fiscal implementada.

Portugal não foi exceção na aplicação destas normas, tendo desenvolvido em 1996 (através do decreto-lei n.º 5/96 de 29 de janeiro) um regime de subcapitalização que visava essencialmente, segundo Sarmiento (2019), limitar o valor dos juros dedutíveis ao lucro tributável, quanto o credor desses juros tinha uma relação especial com a empresa contribuinte (por exemplo: uma participação financeira). Tendo em conta essa relação, desde que o sujeito passivo demonstrasse que o endividamento incorrido era semelhante a um endividamento externo (nomeadamente um financiamento contraído no mercado bancário), o regime em questão não se aplicava.

Mais tarde, no Relatório do Orçamento de Estado de 2013, propôs-se a substituição do regime de subcapitalização pelo novo regime de limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento, refletido no atual artigo 67.º, do CIRC. A introdução desta limitação surge como uma forma de «(...) promover a redução do endividamento excessivo da economia e (...) mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através de dívida», destinada a grandes empresas que apresentem níveis de endividamento considerados excessivos, e assim salvaguardar as micro, pequenas e médias empresas (que compõe a maior parte do tecido empresarial português). Segundo Martins et al. (2020), a norma consagrada no artigo em análise limitou «o impacto fiscal das várias operações e instrumentos financeiros» (Martins et al., 2020, p. 295), como permitiu ainda duas vantagens para o Estado: eliminar (ou pelo menos reduzir) a vantagem fiscal do endividamento externo, e aumentar a receita fiscal.

A atual redação do artigo 67.º, do CIRC permite a dedutibilidade dos gastos financeiros até ao maior limite das seguintes condições: (i) um milhão de euros; ou (ii) 30% do EBITDA. Quanto ao motivo por se ter feito depender a dedutibilidade dos gastos financeiros do EBITDA, Martins et al. (2020) explica que, como uma parte considerável dos financiamentos se encontra relacionado com investimentos (ativos não correntes), para não se penalizar significativamente a quantia a deduzir, fez-se depender a dedutibilidade de um resultado, ao qual ainda não foram deduzidas as respetivas depreciações desses ativos. Quanto à questão analisada no subcapítulo anterior – a falta de neutralidade no tratamento fiscal dos rendimentos da dívida e do capital próprio – há que destacar que a introdução do artigo 67.º, não eliminou por completo a mesma, uma vez que:

- As empresas de reduzida dimensão veem a totalidade dos seus gastos financeiros a ser passível de dedução ao lucro tributável (que decorre do facto de o montante dos gastos não atingirem nenhum dos limites estabelecidos no artigo);
- As empresas de maior dimensão, cujos gastos ultrapassam os limites estabelecidos no artigo, veem uma parte relevante dos mesmos a serem indeferidos de dedução ao lucro tributável, apesar de terem sido contraídos no âmbito do escopo societário, pelo que permanece a questão se estas empresas estão de facto a serem tributadas pelo seu rendimento real.

Relativamente aos grupos de sociedades, a reforma do IRC de 2014 resultou numa nova redação do artigo 67.º, que permitiu ter em conta os grupos económicos na dedução dos gastos financeiros, que até então era efetuada apenas ao nível individual. A redação anterior potenciou várias situações de prejuízo para os grupos de sociedades, nomeadamente para as sociedades que tinham um EBITDA negativo e apresentavam gastos de financiamento (que viram a sua dedução indeferida), e para as sociedades que detinham um EBITDA negativo, mas não apresentavam gastos de financiamento (não tenho por isso qualquer montante a deduzir). A mudança em análise materializou-se na nova redação do n.º 5, do artigo 67.º, do CIRC que, segundo a Comissão pretendeu «desencorajar comportamentos de substituição e reorganizações motivadas exclusivamente pela necessidade de adaptar a realidade empresarial às suas diretrizes». Portugal alinhou desta forma as normas com as leis fiscais aplicadas na Europa e permitiu criar um ambiente mais favorável de competição para as empresas portuguesas no mercado internacional. Em termos práticos, segundo Martins et al. (2020), a nova redação permitiu adicionalmente evitar que, entre as sociedades que compõe

um grupo, ocorra a transferência de dívidas para as empresas que apresentem um EBITDA elevado.

2.3.3 European Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)

Após três anos da instituição do novo regime de dedutibilidade de gastos, em janeiro de 2016, a Comissão Europeia apresenta a *Anti-Tax Avoidance Package*, da qual faz parte a Diretiva Anti Evasão Fiscal ou a *Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)*, que viria mais tarde a ser aprovada em julho do mesmo ano. O objetivo desta Diretiva é providenciar um nível mínimo de proteção contra planejamento fiscal agressivo no mercado interno europeu e assegurar que as recomendações do projeto *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, nomeadamente a ação 4 do Reporte Final de 2015, elaborado pela OCDE, são implementadas de forma harmonizada na União Europeia. A *ATAD* apresenta um conjunto de regras harmonizadas nas seguintes áreas: limitações à dedutibilidade de juros, tributação de saída, regra geral anti abuso, regras de sociedades estrangeiras controladas, e combate às assimetrias híbridas.

Segundo a União Europeia (2016), os grupos de empresas a fim de reduzirem a sua coleta tributável recorrem cada vez mais a práticas de evasão fiscal, que se materializam em pagamentos excessivos de juros, pelo que «[a] regra relativa à limitação dos juros é necessária para desencorajar essas práticas limitando a dedutibilidade dos gastos excessivos com empréstimos obtidos por parte dos contribuintes» (União Europeia et. al, 2016, p. 2). A Diretiva surge como uma delimitação para situações em que, por exemplo, num grupo de sociedades se contrai um financiamento intra grupo, de forma que a sociedade que contrai a dívida se localize numa jurisdição fiscal com uma taxa elevada de imposto sobre pessoas coletivas, em que os gastos incorridos com esses financiamentos sejam deduzidos e a empresa mãe, que cede o empréstimo, esteja sediada numa jurisdição fiscal com uma taxa de imposto menor, reduzindo de forma geral o imposto a pagar do grupo.

A *ATAD*, no artigo 2.º apresenta um conjunto de definições essenciais à Diretiva, nomeadamente a definição de gastos com empréstimos obtidos, que ultrapassa a abordagem simplista de juros de financiamento. Assim, a Diretiva entende como gastos de financiamento os seguintes: «(...) gastos de juros relativos a todas as formas de dívida, outros gastos economicamente equivalentes a juros e despesas suportadas em ligação com a obtenção de financiamento na aceção do direito nacional, nomeadamente, mas não exclusivamente, pagamentos no âmbito de empréstimos participativos, juros imputados sobre instrumentos,

tais como obrigações convertíveis e obrigações de cupão zero, montantes ao abrigo de mecanismos de financiamento alternativos, tais como o sistema financeiro islâmico, o elemento de gasto financeiro dos pagamentos da locação financeira, os juros capitalizados incluídos no valor do balanço de um ativo relacionado, ou a amortização de juros capitalizados, montantes calculados por referência ao retorno de um financiamento no âmbito das regras em matéria de preços de transferência, se aplicável, montantes de juros nocionais no âmbito de instrumentos derivados ou de mecanismos de cobertura do risco relacionados com empréstimos contraídos por uma entidade, determinados ganhos e perdas cambiais relativos a empréstimos contraídos e instrumentos ligados à obtenção de financiamento, comissões de garantia para mecanismos de financiamento, taxas de negociação e gastos similares relativos à obtenção de empréstimos de fundos». O artigo n.º 2, acrescenta ainda na alínea 2) a definição de gastos excessivos com empréstimos obtidos: «(...) o excedente dos gastos dedutíveis de empréstimos obtidos suportados por um contribuinte relativamente aos rendimentos de juros tributáveis e outros rendimentos tributáveis economicamente equivalentes recebidos pelo contribuinte de acordo com o direito nacional».

O artigo 4.º da *ATAD* expõe as regras mínimas definidas para a limitação de gastos financeiros, às quais os Estados Membros estão vinculados, no entanto cada um dos Estados tem a liberdade de definir regras mais restritas quanto à limitação destes gastos.

O n.º 1 do artigo refere a regra primordial da limitação da dedução dos gastos financeiros através do rácio de 30% dos mesmos face aos resultados dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA). O EBITDA configura nesta Diretiva o critério basilar para limitar a dedução destes gastos. Adicionalmente, no n.º 1 do artigo possibilita-se que, no cálculo do EBITDA e respetivos gastos excessivos de financiamento, seja equiparado a contribuinte qualquer entidade de um grupo de sociedades, determinando-se por esse motivo um rácio de grupo.

O n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva exclui para efeitos de cálculo do EBITDA os rendimentos isentos de imposto.

O n.º 3 do artigo, permite derrogar o rácio estabelecido no n.º 1, do mesmo artigo, possibilitando que o sujeito passivo deduza os gastos de financiamento no limite máximo e fixo de 3 milhões de euros.

O n.º 4 deste artigo surge como uma regra transitória, na medida em que excluí os gastos financeiros de empréstimos concluídos antes de 17 de junho de 2016 da aplicação da regra de limitação, não se verificando a exclusão a qualquer modificação subsequente de tais empréstimos.

O n.º 5 do artigo 4.º, apresenta exceções à aplicação da regra definida no n.º 1, para os contribuintes que sejam membros de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira, como por exemplo a plena dedução dos gastos excessivos de financiamentos, caso demonstre que o rácio entre o seu capital próprio e o total de ativos é igual ou superior ao rácio equivalente do grupo, entre outros requisitos.

O n.º 6 do artigo permite que cada Estado-Membro defina regras relativamente ao reporte dos gastos excessivos de financiamentos que não podem ser deduzidos no período de tributação em curso, nomeadamente: reportar estes gastos para exercícios posteriores, sem limite de tempo; reportar estes gastos para exercícios posteriores, sem limite de tempo e a exercícios anteriores (até um máximo de 3 anos); ou reportar estes gastos para exercícios posteriores, sem limite de tempo e a capacidade de dedução de juros não utilizada até um máximo de 5 anos.

De forma geral, a diretiva apresenta regras menos restritivas quando comparadas com o artigo 67.º, atualmente utilizado pelo governo português para fazer face à limitação de juros financeiros. Quanto à transposição das regras da *ATAD* para as normas nacionais, o n.º 12 do artigo 67.º viu a definição do conceito de gastos financeiros a ser ampliada, em linha com a definição abrangente presente na alínea a), do artigo n.º 2, da Diretiva, nomeadamente quanto às depreciações/amortizações de custos de empréstimos obtidos, capitalizados no custo de aquisição de ativos. Até à transposição da diretiva, a recuperação fiscal destes juros realizava-se através dos gastos com depreciações do exercício (passíveis de dedução ao lucro tributável). A recuperação fiscal passou a realizar-se pela regra da dedutibilidade de gastos financeiros, após as alterações ao artigo 67.º, no seguimento da *ATAD*. Segundo Martins et al. (2020), uma vantagem desta mudança é a redução dos efeitos da aplicação das regras de dedutibilidade como consequência da afetação de juros a ativos de vida útil mais longa, isto é, à medida que a depreciação do ativo vai sendo registada no período, também os respetivos juros (inicialmente capitalizados) são considerados fiscalmente, em vez de serem totalmente deduzidos de uma vez só e assim, arriscar que uma parte não seja aceite (pelos termos dos limites à dedução estabelecidos no artigo em análise).

3. Estudo de Caso

3.1 Acórdão Arbitral n.º 8/2019-T, do CAAD

A 18 de março de 2019, foi formado o Tribunal Arbitral do CAAD, constituído pelos árbitros Fernanda Maçãs (Presidente), Cristiana Maria Leitão Campos e Cristina Aragão, a pedido da Requerente A...SGPS, S.A. (entidade/sociedade A), nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, e a Requerida trata-se da Autoridade Tributária. A entidade A requereu:

- (i) a anulação da liquidação de IRC n.º 2018 (datada de 16 de agosto de 2018), com referência ao exercício de 2014, no montante de 443.506,78 euros;
- (ii) a indemnização por prestação indevida de garantia.

3.1.1 Factos Provados

O tribunal julgou como provados os seguintes factos:

- A entidade A trata-se de uma sociedade anónima, cujo objeto social corresponde à gestão de participações sociais das sociedades que integram o Grupo C (que operam no sector farmacêutico e partilham recursos tais como as instalações, os serviços administrativos e informáticos);
- A sociedade A encontra-se sujeito ao RETGS desde o início do exercício de 2007 e é a sociedade dominante do Grupo C;
- A partir de 2011, o Grupo C adotou o sistema de *Cash Pooling*, na modalidade *Cash Concentration*, e a sociedade A assume o papel de conta centralizadora do sistema, assegurando por esse motivo a gestão dos fluxos financeiros de todas as outras sociedades;
- O grupo, no exercício de 2014, era constituído pelas seguintes sociedades (para além da dominante): D..., S.A.; E..., S.A.; F...Lda.; G...S.A.; B...SGPS, S.A. (entidade/sociedade B); H...S.A.; I...Lda.; e J...S.A.;
- A sociedade B trata-se igualmente de uma sociedade anónima, cujo objeto social é a gestão das participações sociais das seguintes sociedades estrangeiras: H...Ltda.

- (sociedade de direito brasileiro), e K...Lda. e M...Lda. (sociedades de direito moçambicano);
- A sociedade A concedeu empréstimos, sob a forma de suprimentos, à sociedade B, com prestação remuneratória à taxa de 7%;
 - Em 2017, a AT procedeu a uma inspeção tributária à entidade B, que resultou na desconsideração fiscal de gastos líquidos de financiamento, no montante de 1.589.925,59 euros, com base nos termos previstos no artigo 67.º, n.º 1, alínea a), do CIRC, conjugado com o artigo 23.º, n.º 1 do mesmo código;
 - O montante de gastos líquidos de financiamento, conforme o balancete analítico da sociedade, decompõe-se pela soma algébrica dos seguintes registos contabilísticos:
 - 1) Diferenças de câmbio desfavoráveis (#6887) = - 69.553,08 euros;
 - 2) Juros suportados Intra grupo (#69183) = - 1.539.532,61 euros;
 - 3) Despesas serviços bancários (#69881) = - 289,76 euros;
 - 4) Outros juros obtidos (#791881) = 19.449,86 euros
 - O montante expresso em 2) corresponde aos juros suportados pela sociedade B, no âmbito dos suprimentos realizados pela Requerente;
 - As correções à sociedade B totalizaram 443.506,78 euros (imposto devido), que consequentemente se refletiu nos resultados do grupo C;
 - A Requerente foi notificada para o exercício de audição, cujo direito não exerceu, bem como não realizou o pagamento do imposto devido, pelo que se instaurou uma execução fiscal. Na sequência destes acontecimentos a entidade A apresentou uma garantia bancária.

3.1.2 Alegações da Requerente

A requerente, quanto aos motivos que a conduziram a realizar um pedido ao tribunal arbitral, alega o seguinte:

- Falta de fundamentação do ato tributário em análise, como resultado de carência de base fatural, devendo por isso ser anulado por violar os termos dispostos nos seguintes artigos: art. 62.º do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira; art. 77.º da LGT; art. 125.º, n.º 2, do Código de Procedimento Administrativo; e art. 268.º, n.º 3 da CRP;

- Aplicação incorreta do regime de limitação da dedutibilidade de gastos líquidos de financiamento, previsto no artigo 67.º, do CIRC;
- Carência de apreciação dos factos à luz dos termos previstos no artigo 23.º-A, n.º 1, alínea m), do CIRC;
- Incorreta interpretação da AT sobre os artigos 23.º, 51.º e 51.º-C, do CIRC;
- Violação dos princípios da tributação pelo rendimento real e da capacidade contributiva.

Quanto à correção efetuada pela AT, no seguimento do Relatório de Inspeção Tributária, alega o seguinte:

- O montante apurado na alínea 2), dos factos provados pelo Tribunal, corresponde a juros apurados ao nível interno do grupo (mera imputação Intra grupo), não constituindo por esse motivo encargos financeiros pagos a entidades terceiras (financiamento por capital alheio), pelo que a respetiva dedutibilidade não deve ser limitada pelo disposto no artigo 67.º do CIRC;
- O propósito da contratualização dos suprimentos Intra grupo decorre do sistema de *Cash Pooling*, a fim de se evitar que as sociedades integrantes recorrem a financiamento externo, não sendo aplicáveis os termos previstos nos artigos 23.º e 57.º, do CIRC;
- O artigo 67.º do CIRC constitui uma norma anti abuso, pelo que o ónus da prova respeita à AT, ou seja, deve a AT demonstrar que estão reunidos os pressupostos de aplicação deste artigo, nomeadamente demonstrar estar na presença de um endividamento excessivo com fim abusivo.

3.1.3 Alegações da Requerida

O principal motivo de desconsideração fiscal dos gastos líquidos de financiamento, por parte da AT, deve-se às irregularidades detetadas quanto à aplicação do disposto nos artigos 67.º e 23.º, do CIRC. A AT fundamenta essas irregularidades com dois argumentos:

- A ausência de uma atividade económica direta desenvolvida pela sociedade B, decorrente do facto de a sua atividade se caracterizar pela gestão de participações sociais (cujos rendimentos, presentes na “conta 79”, foram deduzidos na determinação dos gastos financeiros líquidos) e apresentar rendimento tributável que apenas diz respeito a rendimentos financeiros (“conta 78 – Outros rendimentos e

ganhos”). Ora, segundo a interpretação da AT do artigo 23.º, do CIRC, a aceitação dos gastos encontra-se dependente da verificação de que os mesmos foram incorridos no âmbito do objeto social da sociedade. Pelo que, caracterizando a sociedade B pela ausência de uma atividade económica direta, os gastos líquidos de financiamento não foram suportados com vista à prossecução do interesse da mesma, não sendo por essa razão passíveis de aceitação fiscal;

- Exclusão de tributação do rendimento auferido pela sociedade B, através da aplicação do regime de *participation exemption*, previsto nos artigos 51.º a 51.º-C. A AT recorre ao n.º 13, do artigo 67.º, do CIRC (no qual o legislador afastou do conceito de EBITDA, através da sua correção, os rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime de *participation exemption*), conjugado com o artigo 23.º do mesmo diploma (no qual se prevê que os gastos devem ser incorridos na obtenção de rendimento sujeito a IRC). A aceitação dos gastos é vedada pelo fato dos rendimentos em análise não serem tributáveis.

Quanto à alegação da entidade A, sobre os juros dos suprimentos suportados pela sociedade B não serem encargos financeiros relacionados com a obtenção e capitais alheios, a AT considera que: o que distingue o financiamento por capital alheio e por capital próprio é, entre outros elementos, a contrapartida fixa de remuneração. No caso dos juros em apreço, estes são calculados com base numa taxa fixa de 7%, constituindo por esse motivo uma contraprestação remuneratória, relacionada com empréstimos sob a forma de suprimentos, efetuados pelo seu acionista (sociedade A). Assim sendo, os encargos estão relacionados com a obtenção de capitais alheios e estão sujeitos à limitação da dedutibilidade prevista no artigo 67.º, do CIRC.

3.1.4 Apreciação do Tribunal quanto aos factos

O tribunal arbitral expressou o seu entendimento quanto à matéria de direito, nomeadamente: quanto à aplicabilidade do artigo 23.º, do CIRC, e quanto à aplicabilidade doo artigo 67.º do CIRC e à natureza da cláusula anti abuso do mesmo artigo. Em continuação expõe-se as considerações do tribunal.

3.1.4.1 Aplicabilidade do artigo 23.º, do CIRC

O tribunal estruturou a sua opinião em três diferentes pontos:

– Quanto à natureza dos suprimentos

O tribunal considera que, no âmbito da aplicação do artigo 67.º, o facto que importa é a existência de importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, independentemente da natureza ou modalidade que o financiamento assuma. Encaixam-se neste conceito os suprimentos, que embora sendo mútuos, feitos pelos sócios à sociedade, caracterizam-se pelo facto de a personalidade dos sócios ser distinta da personalidade jurídica da sociedade, e assim o sócio assume-se como um credor desta última. Apesar do sistema de *Cash Pooling* em que o grupo opera, já existia jurisprudência à data deste processo, que afirmava que a modalidade de *Cash Concentration* é essencialmente um meio de financiamento. O tribunal citou ainda José Fernando Abreu Rebouta, quanto à opinião de que as operações de transferências de saldos entre contas das sociedades integrantes do sistema de *Cash Pooling* consubstanciam-se em financiamentos concedidos e obtidos. Estando na presença de uma concessão de crédito da sociedade dominante A à sociedade B, com uma contraprestação remuneratória fixa à taxa de 7%, o tribunal é da opinião que os juros que decorrem deste financiamento constituem uma remuneração de capitais alheios.

– Quanto ao conceito de indispensabilidade presente na redação do artigo

É lembrado pelo tribunal que, tanto a doutrina como a jurisprudência têm adotado o entendimento de que está completamente afastada a relação casualística entre custos incorridos e proveitos obtidos, em que a aceitação fiscal dos primeiros dependia da sua indispensabilidade para obter os segundos. Este entendimento tem sido continuamente substituído pelo parecer de que a aceitação fiscal dos gastos depende se os mesmos se inscrevem no âmbito da atividade da sociedade e foram incorridos no interesse desta, e não na prossecução de objetivos alheios, tais como os dos sócios. O conceito de indispensabilidade deve por isso ser interpretado com base neste último parecer. Quanto à atividade das SGPS, o tribunal considera que o seu único objeto social é a gestão de participações sociais, que engloba naturalmente intervenções como a aquisição de participações, operações de administração, por parte da participante, a fim de valorizar o ativo adquirido, financiamento desse ativo e a sua eventual alienação. Daqui se conclui que o financiamento de uma participada, para garantir a sustentabilidade financeira do ativo adquirido, constitui uma atividade que se encaixa no objeto social da participante, e os encargos (juros) que daí decorrem encaixam-se, por sua vez, no escopo societário das SGPS. Por este motivo o tribunal é da opinião que os gastos com juros em análise preenchem os

requisitos em que assenta a interpretação de indispensabilidade presente no artigo 23.º, do CIRC.

– Quanto aos rendimentos excluídos de tributação e os gastos incorridos para os obter

Apesar de opiniões a favor da restrição fiscal da aceitação de gastos incorridos para obter rendimentos excluídos de tributação pelo regime de *participation exemption*, tidas em conta na análise do caso em apreço, o tribunal defende que, na redação do artigo 23.º, ao fazer-se referência à expressão «rendimentos sujeitos a IRC» não se pode interpretar a mesma como uma fórmula que abrange a globalidade das situações de não tributação, incluindo a isenção, dado que:

- Resultado do artigo 4.º do EBF que os rendimentos não sujeitos a um imposto são aqueles que não se incluem no seu âmbito de incidência objetiva;
- Ao longo do CIRC são inúmeras as situações em que o legislador distingue os conceitos de não sujeição e de isenção, não podendo por esse motivo a isenção pertencer ao conceito de não sujeição. Alguns exemplos expostos pelo tribunal são: o n.º 3, do artigo 53.º, que refere «entidades residentes em território português, sujeitas e não isentas de IRC»; n.º 3, do artigo 14.º, que menciona «entidade residente em território português, sujeita e não isenta de IRC»; ou a alínea a), do n.º 7, do artigo 73.º que faz referência a «Sociedades com sede ou direcção efectiva em território português sujeitas e não isentas de IRC».

Por estes motivos, o tribunal é da opinião de que os rendimentos obtidos pela sociedade B estão sujeitos a IRC, dado que se enquadram no seu âmbito de incidência (nomeadamente nos artigos 3.º, 4.º e 20.º, do CIRC), mesmo que a tributação venha a ser excluída pelo regime previsto nos artigos 51.º a 51.º- C.

3.1.4.2 Aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC

O tribunal interpreta o artigo 67.º, do CIRC como uma norma instituída com o objetivo de evitar uma prática de evasão fiscal internacional, através do endividamento excessivo de sociedades face a entidades com as quais tenha relações especiais (nomeadamente as participações sociais). Apesar da inovação estabelecida no artigo com o regime de limitação da dedutibilidade de gastos líquidos de financiamento, o tribunal relembra que para esses limites serem aplicados, é necessário que os gastos sejam primeiramente analisados pelo crivo do artigo 23.º, do CIRC. Caso os requisitos previstos no artigo 23.º sejam preenchidos

e os gastos sejam fiscalmente aceites, é que há lugar à limitação da dedutibilidade dos mesmos, pelo artigo 67.º, do CIRC.

Quanto à natureza de cláusula anti abuso consagrada neste artigo – alegação realizada pela requerente de que o artigo 67.º constitui uma norma anti abuso, pelo que cabe à AT a demonstração de que existiu um endividamento excessivo com intuito abusivo – o tribunal é da opinião de que o ónus da prova do intuito abusivo só é exigido no âmbito do regime jurídico da cláusula anti abuso (artigo 38.º, n.º 2 da LGT e artigo 63.º, n.º3, do Código de Procedimento e de Processo Tributário), e que no caso em apreço o artigo em análise constitui um regime jurídico especial, com critérios numéricos fixados pelo legislador, pelo que à requerente não assiste qualquer razão.

3.1.5 Decisão do Tribunal

O tribunal arbitral julgou parcialmente procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação de IRC, no que se refere à desconsideração por parte da AT dos gastos dedutíveis que excedam o limite de 1 milhão de euros, ou seja, o montante de 589.925,59 euros e consequentemente anular parcialmente a liquidação impugnada. Adicionalmente a AT e a requerida foram condenadas ao pagamento das custas do processo, na proporção do respetivo decaimento.

3.2 Comentário Crítico ao Acórdão

O comentário crítico ao acórdão estrutura-se na análise de três temas: (i) natureza das operações de suprimentos e respetiva aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC; (ii) conceito de indispensabilidade do artigo 23.º, do CIRC; e (iii) conjugação dos termos previstos no n.º 1, do artigo 23.º, do CIRC, com o artigo 51.º, do mesmo diploma.

3.2.1 Natureza das operações de suprimentos e respetiva aplicabilidade do artigo 67.º, do CIRC

A requerente alegou que não considerava os juros pagos pela sociedade B, no âmbito dos suprimentos realizados por si à segunda sociedade, como encargos financeiros pagos a entidades terceiras. Não constituindo, por esse motivo, uma forma de financiamento através de capital alheio, mas sim uma mera imputação Intra grupo. Consequentemente, considerava que estes encargos não se encaixavam nos termos dispostos do artigo 67.º, do CIRC. Este

tema foi também alvo de análise pelo tribunal arbitral, que não concordou com a interpretação da requente, pelos motivos enunciados no subcapítulo anterior.

No meu parecer, há então que analisar duas questões:

- São as transferências, no âmbito do regime de *cash pooling*, entre sociedades do mesmo grupo, uma forma de financiamento?
- Se sim, qual a natureza do financiamento através de suprimentos entre sociedades do mesmo grupo, em regime de *cash pooling*? Constituem ou não um meio de financiamento por capital alheio?

Tal como analisado no primeiro capítulo desta dissertação, o conceito de grupos de sociedades contempla a autonomia jurídica de cada uma das sociedades participantes (visão partilhada pelo tribunal). De facto, em termos jurídicos as sociedades gozam de independência entre si. Contudo, relembro as palavras de Antunes (2005), trata-se de uma independência formal, uma vez que se subordinam a uma única direção económica, cujo papel é normalmente executado pela sociedade dominante. Ou seja, apesar de, na forma, as sociedades se assumirem como juridicamente autónomas, na substância o grupo age como se de uma só empresa se tratasse, nomeadamente ao nível da estratégia económica, financeira, fiscal, administrativa e comercial. Relembro ainda as palavras de Nunes (2001) quando referiu que o elemento central da noção de grupo de sociedades é precisamente a direção unitária que explicitiei anteriormente. Tendo ainda em conta a legalidade das operações de *cash pooling*, nomeadamente os empréstimos e outras operações de compensação Intra grupo, recorro que estas foram excluídas do conceito de concessão de crédito (previsto no RGICSF), pelo facto de constituírem operações de gestão de tesouraria que ocorrem entre sociedades que têm uma relação de domínio ou grupo.

Na prática, as sociedades que operam em regime de grupo e em sistema de *cash pooling*, não realizaram mais do que uma simples imputação Intra grupo, que merece ser interpretada, no mínimo, como um financiamento através de fundos próprios.

Seguidamente, importa distinguir os dois conceitos que aqui se discutem: capital próprio e capital alheio.

Na perspetiva contabilística, segundo a Estrutura Conceptual desenvolvida pelo SNC, define-se capital próprio como o interesse residual nos ativos da entidade depois de deduzir todos

os seus passivos. Ou seja, o capital próprio representa o património líquido depois de satisfeitas todas as obrigações a pagar (passivos) e direitos a receber (ativos). Enquanto o capital consubstancia numa visão líquida do património, o ativo configura-se como o património bruto de uma sociedade, no entanto são tratados de forma distinta no relato contabilístico-financeiro: no balanço, o património bruto é identificado no “lado” do ativo, e o património líquido é identificado no “lado” do passivo e capital próprio. A leitura do balanço permite-nos, portanto, entender como foi aplicado concretamente os meios de financiamento colocados à disposição, no ativo, e de que forma a entidade se financiou – através de capital alheio, que constitui para todos os efeitos um passivo da entidade, ou capital próprio. Isto quer dizer que, na visão contabilística, o património a reverter aos sócios, em caso de liquidação da sociedade, resultará do valor líquido do ativo depois de todas as obrigações satisfeitas, nomeadamente as dívidas de financiamento através de capital alheio.

Na perspetiva jurídica, segundo o CSC e Pinto (2002), os capitais próprios distinguem-se dos alheios em função de três critérios: a sua origem, a liberdade do seu reembolso (ou não), e a sua retribuição (ou não). Quanto à sua origem, o capital próprio de uma sociedade provém dos seus sócios, através da realização de entradas ou prestações acessórias ou suplementares, e o capital alheio provém de entidades alheias à sociedade, e normalmente constitui-se sob a forma de financiamento bancário ou pela emissão de obrigações. Quanto ao reembolso, o capital próprio diz-se permanente ou duradouro, uma vez que está sujeito ao regime jurídico da conservação do capital social, pelo que a sua restituição aos sócios não pode ser efetuada de forma livre. A distribuição de lucros aos sócios encontra-se ainda dependente de deliberação prévia por parte dos mesmos e, caso o património líquido seja inferior ou se torne inferior, por via dessa distribuição, à soma do capital social e das reservas legais, a deliberação não é permitida (artigos 31.º e 32.º, do CSC). Por outro lado, o capital alheio tem um carácter transitório, durante um período certo de tempo, e a sua restituição à entidade terceira que o concedeu é efetuada sem quaisquer restrições. Ao contrário do capital próprio o capital alheio não está sujeito ao regime de conservação do capital social, ou seja, até em casos em que o património líquido seja inferior à soma do capital social e respetivas reservas, o fornecedor pode ser reembolsado. Adicionalmente, os sócios só serão reembolsados depois de todas as dívidas de capital alheio sejam satisfeitas. Quanto à sua retribuição, o capital

alheio está associado a uma retribuição certa através do vencimento de juros, com taxa definida, e o capital próprio não é retribuído de forma certa.

São evidentes as diferenças e semelhanças entre perspetivas contabilísticas e jurídicas dos mesmos conceitos – capital próprio e alheio -, que podem gerar situações de confusão tal como ocorreu no caso em apreço. Neste sentido, Pinto (p.52) procurou desenvolver um conceito jurídico-material, «baseado na função desempenhada pelos meios de financiamento, e não na forma jurídica (...) que assumem». O autor defende que a perspetiva contabilístico-formal dos conceitos pode produzir uma imagem distorcida da situação financeira, na medida em que: inscreve os suprimentos no passivo quando estes desempenham a função de substituição de capital próprio e são igualmente responsáveis pelas dívidas sociais da sociedade, só podendo ser restituídos (segundo o artigo n.º 245.º do CSC, n.º 3) depois de inteiramente satisfeitas as dívidas para com terceiros. Ou seja, a perspetiva contabilística apenas reflete a configuração formal dos suprimentos, não refletindo a sua verdadeira natureza jurídica (substância) de capital próprio. Contudo, não podemos omitir que os suprimentos assumem igualmente características de capital alheio, daí a complexidade do tema. O autor (p.54) invoca como solução à análise desta problemática o conceito desenvolvido pela doutrina alemã de “capital quase-próprio”, que se refere ao capital que, na forma, configura-se como capital alheio, mas, na substância, possui igualmente características de capital próprio, nomeadamente a responsabilidade pelas dívidas sociais da sociedade. Karsten Schmidt (2017, citado por Pinto, 2002) – jurista que influenciou o desenvolvimento do conceito – defende que nestes casos pode-se equiparar capital alheio a capital próprio, através de um contrato celebrado entre um credor e a sociedade, no qual os créditos concedidos por uma entidade alheia são tratados como fundos próprios da sociedade, quando comparados com os restantes credores sociais (nomeadamente se contratualizarem que o credor não efetue ou não exija o reembolso dos créditos aos sócios durante um determinado período de tempo.

Em termos fiscais, não posso deixar de fazer as seguintes referências:

- Caso os suprimentos sejam considerados capital alheio, então os juros retribuídos serão gastos do exercício e podem ser deduzidos até à proporção definida no artigo 67.º, do IRC;

- Caso os suprimentos sejam considerados capital próprio, os juros atribuídos aos sócios podem ser considerados como distribuição de lucros, pelo que deverão ser tributados na medida prescrita do CIRC, e voltamos à questão anteriormente enunciada neste trabalho – a vantagem fiscal dos juros de financiamento face aos dividendos distribuídos, usufruindo os primeiros de uma dedução parcial aos resultados do período, enquanto os segundos vêm essa dedução inteiramente restringida. Esta vantagem, por sua vez influencia a forma de financiamento das sociedades.

Mais, a tributação de um grupo que opera nas condições descritas não pode deixar de respeitar os princípios da neutralidade fiscal e da capacidade contributiva do grupo como um todo, caso contrário corre o risco de não tributar o mesmo pelo seu rendimento real. Ora, para ilustrar esta situação explicito o seguinte: a sociedade A aufere os juros suportados pela sociedade B, que constituem o seu rendimento tributável. Este rendimento em termos fiscais é totalmente tributado, enquanto a sociedade B vê os encargos financeiros que suportou a serem fiscalmente limitados. Por que motivo a mesma operação em termos fiscais é analisada de forma distinta? Porquê é que o rendimento da sociedade A é considerado na sua totalidade em termos fiscais, mas a sociedade B vê uma parte dos gastos dedutíveis a serem desconsiderados? Estamos perante um desvirtuamento fiscal que não tem em conta o rendimento real do grupo nem respeita a neutralidade fiscal que deve assistir à tributação de grupos.

Por estes motivos, no caso em apreço considero que os suprimentos realizados pela requerente – sociedade A – à sociedade filha B, constitui um meio de financiamento, através de fundos próprios que adota, simultaneamente, características de capital próprio e capital alheio. Quanto ao seu tratamento fiscal, parece-me que o mesmo ainda dita de forma significativa as escolhas de financiamento por parte dos administradores de empresas.

3.2.2 Conceito de indispensabilidade presente no artigo 23.º, do CIRC

A AT alegou que os gastos relativos a juros de suprimentos suportados pela sociedade B não poderiam ser aceites pelo facto de não se verificar uma ligação casual entre os mesmos e os rendimentos tributáveis, obtidos pela sociedade. À data dos factos em apreço a sociedade B apenas detinha como rendimentos tributáveis aqueles que estavam registados na “conta 78 – Outros rendimentos e ganhos”, relacionados com correções a exercícios anteriores e

indeminizações laborais, uma vez que os rendimentos da “conta 79 – Juros, dividendos e outros rendimentos similares” já tinham sido deduzidos aquando da determinação dos gastos financeiros líquidos (tal como exemplificado no subcapítulo 4.2.1 Factos Provados). Por este motivo, a AT alegou ainda que a sociedade B carecia de uma atividade económica direta.

Ora, a AT invoca na interpretação do n.º 1, do artigo 23.º, do CIRC a verificação de uma ligação de causalidade, ainda que indireta, entre a realização do gasto e a obtenção do rendimento a auferir. Esta interpretação, no meu parecer, assenta ou pelo menos recorre a um princípio já há muito debatido – o da indispensabilidade. O princípio da indispensabilidade, até à reforma de IRC de 2014, imperava na redação do artigo 23.º, do CIRC e dada a longa litigância sobre este conceito a redação do artigo foi alterada, após a reforma mencionada. A nova redação excluiu o conceito literal de indispensabilidade, e surgiu uma nova interpretação sobre a aceitação fiscal de gastos, que se baseou essencialmente na ligação entre gastos incorridos e o objeto social da respetiva sociedade. Os gastos deixaram de ser vistos como literalmente indispensáveis à obtenção de determinado rendimento e a sua aceitação passou a depender de dois fatores: se foram incorridos no âmbito da atividade social desenvolvida pela sociedade e se foram incorridos no interesse dessa sociedade e não na prossecução de fins alheios (nomeadamente dos sócios). Tal como o tribunal arbitral lembrou, tanto no entendimento da doutrina como da jurisprudência «está completamente arredada a visão finalista, segundo a qual se exigiria uma relação de causa efeito, do tipo *conditio sine qua non*, entre custos e proveitos», que se tinha do conceito de indispensabilidade. Pelo que formulo as seguintes questões: por que razão a AT recorre continuamente ao conceito literal de indispensabilidade que já há tanto tempo se viu arredado do artigo 23.º, do CIRC? Apesar da doutrina e jurisprudência tomarem um entendimento distinto, na prática a interpretação do artigo foi alterado após a nova redação?

Relembro a proposta, da Comissão de Reforma do IRC de 2013, à nova redação do artigo 23.º, do CIRC: «[p]ara a determinação do lucro tributável, são dedutíveis os gastos relacionados com a atividade do sujeito passivo por este incorridos ou suportados». A proposta não deixava dúvidas: retirou-se definitivamente (e não só no sentido literal) o conceito de indispensabilidade. Este afastamento reforçou-se ainda pela instituição literal da nova interpretação, quando se redigiu que os gastos deveriam estar relacionados com a atividade do sujeito passivo. Para não dizer que acolhia a mesma linha de pensamento que a doutrina e jurisprudência acolheram sobre o tema. Contudo, esta proposta nunca passou mais

do que uma proposta, e a Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, não contemplou esta redação. O resultado da redação final do n.º 1, do artigo 23.º, do CIRC está à vista, pelo menos o caso em apreço reflete a presença, ainda que indireta, do requisito da indispensabilidade para a dedutibilidade dos gastos fiscais, que segue continuamente a ser utilizado como argumento pelo Autoridade Tributária e Aduaneira. No meu parecer a redação proposta pela Comissão poderia ser um meio para terminar, por completo, a litigância que decorre até aos dias de hoje, como também um instrumento de clarificação sobre a dedutibilidade fiscal de gastos.

3.2.3 Conjugação dos termos previstos no artigo 23.º do CIRC e do artigo 51.º, do mesmo diploma

No caso em apreço uma das alegações da AT para a desconsideração fiscal de gastos de financiamento líquidos da sociedade B baseou-se no facto de terem sido incorridos para obter rendimentos que se encontram excluídos de tributação em sede IRC, uma vez que os seus rendimentos privilegiam da isenção prevista nos termos do artigo 51.º a 51.º- C do CIRC – o regime de *participation exemption*.

No meu entender, a análise da aceitação fiscal de gastos incorridos no âmbito da obtenção de rendimentos isentos de tributação, deve ser realizada através de duas perspetivas: a interpretação literal dos termos dispostos no n.º 1, do artigo 23.º, do CIRC e a perspetiva prática da aceitação fiscal de gastos incorridos para obter rendimentos não tributáveis.

Quanto à primeira interpretação, no caso em apreço a opinião da AT confronta-se com o parecer do tribunal arbitral. As alegações da AT baseiam-se na interpretação da expressão «para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC», presente da redação do artigo, equiparando no conceito de “rendimento não tributado” os rendimentos que não estão sujeitos ao imposto e aqueles que, mesmo estando sujeitos ao imposto, estão dele isentos (como é o caso). Tal como o tribunal lembrou, este conceito está longe do objetivo do legislador, que ao longo do código foi, por várias vezes, fazendo a distinção entre sujeição e isenção. Para além de que, tal como o tribunal enunciou, o próprio EBF apresenta um conceito formal do conceito de “rendimentos não sujeitos a impostos” – aqueles que não são tributados por não se incluírem no âmbito de incidência objetiva do imposto. De forma nenhuma, no caso em apreço, trata-se desta situação. Os rendimentos da sociedade B, relacionados com a distribuição de juros e dividendos por parte das suas participadas, encontram-se sujeitos a IRC, mas privilegiam da sua isenção através do regime de

participation exemption, previsto no diploma. Conclui-o por estes motivos que a AT faz uma interpretação errónea dos termos previstos no n.º 1 do artigo 23.º, do CIRC.

Quanto à segunda interpretação, o que nos interessa é a análise prática da decisão do tribunal quando aceita a dedução fiscal de gastos incorridos para obter rendimentos que estão isentos de IRC. Primeiramente, há que relembrar que os rendimentos não são tributados, através do regime de *participation exemption*, a fim de evitar a dupla tributação do mesmo rendimento, em territórios diferentes. Este rendimento é sim tributado à saída, no momento de distribuição de lucros e dividendos por parte das participadas. De seguida analisemos a seguinte situação hipotética:

- A sociedade B apresentou nos últimos cinco anos prejuízos fiscais, derivados do facto do seu rendimento principal estar isento de tributação e os gastos que apresenta serem (na sua maioria) aceites. No ano N+1, a sociedade B vende uma das participações sociais que detinha, cujo rendimento não se encontra isento de IRC, sendo por isso tributável, tendo pela primeira vez em cinco anos lucro tributável. A esse lucro são passíveis de dedução os prejuízos obtidos nos últimos cinco anos.

Ora, uma sociedade que normalmente, pelo regime onde se enquadra, não contribui para a obtenção de receita fiscal vê os gastos em que incorre a serem continuamente aceites e ainda, quando finalmente contribui para a obtenção de receita fiscal, privilegia da dedução dos prejuízos obtidos em anos anteriores. Em qualquer uma das situações a AT sai lesada, ou não obtém receita ou quando obtém ainda a vê ser objeto de redução. Neste ponto, não consigo deixar de dar razão a Freitas Pereira (2013) quando invoca que estamos perante uma erosão da receita fiscal, e que de facto seria coerente restringir a aceitação fiscal dos gastos perante o regime de *participation exemption*.

Mas não sou completamente alheia à realidade das empresas e do seu rendimento real, bem como ao objetivo do legislador. De facto, a sociedade B incorreu em custos necessários à prossecução da sua atividade e a não aceitação dos mesmos ao nível fiscal pode causar uma violação do princípio da tributação pelo rendimento real. Contudo, apesar de me parecer que a desconsideração fiscal destes gastos seria o melhor instrumento para impedir a falta de neutralidade fiscal que resulta da sua aceitação quando foram suportados para obter rendimentos que não geram tributação, não posso deixar de considerar o seguinte: o regime de *participation exemption* não é nada mais do que um convite à importação de dividendos, concedendo o legislador um privilégio – isenção de tributação – às participações que

contribuam para o desenvolvimento económico do país, não só por aumentar a visibilidade da economia do país nos mercados estrangeiros (e surgir como hipótese estratégica à localização de sedes de empresas) como também fomentar diretamente o investimento em atividades económicas internas. É por este motivo que o Estado está disposto a abdicar de uma parte da receita fiscal, caso contrário não faria sentido implementar este regime.

3.3 Comparação jurisprudencial

Na análise de jurisprudência procurou-se investigar quais as correntes de pensamento em vigor quanto às questões anteriormente mencionadas, tal como se apresenta em continuação.

3.3.1 Natureza das operações de suprimentos

Através da análise jurisprudencial parece-me hoje consensual que as operações de *cash pooling* entre empresas do mesmo grupo representam operações de financiamento, tanto na perspetiva da arbitragem tributária (CAAD) como na perspetiva do STA. A decisão do processo n.º 277/2018-T, do CAAD, considera que para todos os efeitos o *cash pooling* «(...) é um meio de financiamento», na mesma linha os processos n.º 06/11.4BESNT 0436/16, do STA, e n.º 277/2020-T, do CAAD, avaliaram que as operações de transferência de saldos entre empresas do mesmo grupo «(...) não podem deixar de consubstanciar financiamentos concedidos através da realização de operações de tesouraria». Claro está que estes julgamentos se referem à modalidade de *Cash Concentration*, em que ocorre uma transferência física de fundos entre contas, tal como o processo n.º 279/2020-T, do CAAD, evidencia «[c]onsubstanciando o “cash pooling concentration” ou “zero balancing”, também designado de “real cash pooling”, uma modalidade de concessão/obtenção de financiamento através de operações de tesouraria».

Apesar de ser consensual que estas operações são uma modalidade de financiamento, o mesmo não se pode dizer quanto à questão da natureza destas operações, trata-se de financiamento através de capital próprio ou de capital alheio? Tal como ilustra o processo n.º 10776/15.5T8PRT.P1, do Tribunal de Relação do Porto, quando faz referencia a Pinto (2002) ao considerar que «(...) o capital alheio combina-se, tantas vezes com o capital próprio, como acontece quando um sócio realiza um empréstimo ou difere créditos, misturando a qualidade de sócio com a de credor» ou quando menciona que « (...) apenas devem ser sujeitos ao regime especial do contrato de suprimento os créditos que desempenhem na sociedade “a

função económica de substituição do capital próprio”, mas como o seu apuramento nem sempre se revela capaz foi encontrado um critério, mais facilmente reconhecível e que o CSC considera ser a “permanência dos créditos dos sócios na sociedade”. A permanência é, portanto, um elemento objetivo muito relevante, assente no tempo de duração dos créditos e indicador de que a entrega do sócio, que passou para a disponibilidade da sociedade, não foi feita de forma transitória, antes preenche as finalidades próprias de uma entrada de capital, os fins semelhantes aos do capital». Por outro lado, o processo alvo de análise neste capítulo – n.º 8/2019-T, do CAAD – não deixa margem para dúvidas quanto à natureza dos suprimentos: «(...) os créditos ou empréstimos feitos pelos sócios às sociedades não podem deixar de ter a natureza de capitais alheios, porquanto, a personalidade dos sócios é diferente da personalidade jurídica da sociedade. Estamos a falar de pessoas jurídicas distintas, não oferecendo dúvida que, no caso de suprimentos feitos pelo sócio à sociedade, este assume, para todos os efeitos, a posição de credor daquela». A análise dos suprimentos pode ser realizada em três planos distintos: contabilístico, fiscal e jurídico. Ao nível contabilístico os suprimentos são considerados como passivo (e não como capital próprio) para a sociedade (B) e ativo para o sócio (sociedade A), no entanto se as sociedades pertencerem a um grupo poderão estar sujeitas à consolidação voluntária ou obrigatória das contas. Na ótica do grupo, o passivo é balanceado pelo ativo e a dívida/crédito a receber esgota-se na sua esfera. O mesmo ocorre ao nível fiscal, quando ocorre consolidação fiscal. Estes dois planos conferem ao grupo a possibilidade de apresentarem as suas contas e serem tributados como se de uma só sociedade se tratasse. No plano jurídico o mesmo não ocorre, tal como a jurisprudência ilustra não subsistem dúvidas quanto à existência de personalidades jurídicas distintas, os sócios e as sociedades. Existe por isso uma lacuna entre o conceito jurídico e o conceito contabilístico-fiscal de grupos de sociedades. Na forma são entidades jurídicas distintas (tratando-se os suprimentos de financiamento através de capital alheio) e na substância o grupo de sociedades representa uma só entidade para efeitos contabilístico-fiscais (tratando-se os suprimentos de financiamento através de capital próprio). Contudo, o plano que prevalece em tribunal é o jurídico e tal como o processo n.º 450/2018-T, do CAAD, refere «[d]e um modo geral aplica-se o princípio de que cada sociedade de um grupo empresarial é uma entidade jurídica separada e independente com deveres impostos pela legislação aplicável às sociedades comerciais» Apesar do Tribunal, no caso em análise, considerar que «[q]ualquer desvio a este princípio deverá ser excepcional e devidamente fundamentado do ponto de vista económico» afirma que a aplicação desta regra não faz sentido quando através

de uma «análise holística apoiada nos princípios da primazia da substância sobre a forma e da consideração da substância económica das transacções – essenciais à interpretação e aplicação das normas fiscais – justificar a configuração, no caso concreto, de uma solução de sentido diferente». Que me parecer ser o caso da limitação de gastos de financiamento provenientes de um financiamento Intra grupo.

3.3.2 Quanto ao conceito de indispensabilidade na redação do artigo 23.º, e a conjugação com o artigo 51.º, do CIRC

A jurisprudência esclarece qualquer dúvida quanto ao conceito de indispensabilidade, tal como o processo n.º 0372/16, de 15 de novembro de 2017, do STA, evidencia: «[c]onsideramos definitivamente arredada uma visão finalística da indispensabilidade (enquanto requisito para que os custos sejam aceites como custos fiscais), segundo a qual se exigiria uma relação de causa efeito, do tipo *conditio sine qua non*, entre custos e proveitos, de modo que apenas possam ser considerados dedutíveis os custos em relação aos quais seja possível estabelecer uma conexão objectiva com os proveitos». Surge, portanto, uma nova interpretação do artigo 23.º do CIRC que se distancia do conceito literal de indispensabilidade, na qual: o nexos entre gastos incorridos e o escopo societário é primordial na aceitação dos gastos e o processo de controlo dos gastos por parte da AT é alterado.

A aceitação fiscal dos gastos passa a depender no facto de os mesmos terem sido incorridos na prossecução da atividade social da empresa, tal como o Tribunal do processo n.º 0372/16, do STA refere «(...) nos termos do (...) art. 23.º do CIRC, serão considerados gastos fiscais todos aqueles encargos que sejam assumidos de acordo com um propósito empresarial, ou seja, no interesse da empresa e tendo em vista a prossecução do respectivo objecto social. A utilização daquele preceito legal para desconsiderar fiscalmente um custo efectivamente suportado circunscreve-se às situações de confusão entre o património empresarial e o património pessoal dos sócios, bem como àquelas em que a empresa, em detrimento do seu património, pretende beneficiar terceiros». Na lógica do tribunal o critério de desconsideração de gastos prende-se com a prossecução de objetivos que ultrapassem a esfera do escopo societário e encaixem na esfera pessoal dos sócios. O conceito de indispensabilidade passa então a configurar uma ligação casuística entre os gastos incorridos e a atividade produtiva da empresa. Neste sentido, defende o Tribunal do processo n.º 01402/17, de 27 de junho de 2018, do STA, que «(...) um custo ou perda será aceite

fiscalmente caso, num juízo reportado ao momento em que foi efectuado, seja adequado à estrutura produtiva da empresa e à obtenção de lucros, ainda que se venha a revelar uma operação económica infrutífera ou economicamente ruínosa, e a AT apenas pode desconsiderar os que não se inscrevem no âmbito da actividade do contribuinte e foram contraídos, não no interesse deste, mas para a prossecução de objectivos alheios (...)). O Tribunal do processo n.º 0571/13 partilha desta visão, referindo que «(...) o conceito a que se reporta o artº 23º do CIRC tem sido ligado aos custos incorridos no interesse da empresa ou suportado no âmbito das actividades decorrentes ao seu escopo societário. Só quando os custos resultarem de decisões que não preencham tais requisitos é que deverão ser desconsiderados (...)). Ainda neste âmbito, o tribunal do processo n.º 585/2014-T, de 13 de fevereiro de 2015, do CAAD, apresenta uma análise interessante do conceito de “atividade” de uma empresa defendendo que «(...) não se esgota no conjunto de operações produtivas ou operacionais(...)), sendo também «(...) o conjunto de operações que têm por propósito a realização de investimentos ou a alienação de ativos, a aquisição de participações financeiras e sua posterior alienação, a aplicação de liquidez em investimentos ou títulos de curto prazo e sua gestão, os recebimentos e pagamentos resultantes de rendimentos e gastos operacionais ou não operacionais, e muitas outras(...)). Por este motivo, o Tribunal considera os gastos dedutíveis são todos aqueles que se traduzem em operações que tenham um «(...) propósito, um intuito de obtenção de rendimento ou a finalidade de manter o potencial de uma fonte produtora de rendimento». No caso concreto dos gastos com juros suportados no âmbito de financiamentos obtidos, o Tribunal refere que a sua aceitação fiscal «(...) dependerá do facto dos financiamentos contribuírem para, segundo regras normais de gestão, incrementar a expectativa de benefícios futuros ou para manter a fonte produtora». Ou seja, mais uma vez a política de gestão aplicada na empresa e a prossecução do escopo societário são critérios determinantes na consideração fiscal dos gastos das empresas. Também o Tribunal, no processo n.º 0473/13, refere que os encargos, suportados na contração de um financiamento para uma sociedade conceder empréstimos não remunerados a uma sua participada (integrada no mesmo grupo de sociedades), não veem restringida a sua dedutibilidade uma vez que «(...) estão conexonados com a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora da empresa participante que contraiu os empréstimos e pagou os encargos financeiros correspondentes. A lógica empresarial e de grupo de empresas frequentemente aconselhará que os empréstimos sejam contratualizados pela empresa dominante, tendencialmente aquela que, pela sua dimensão e prestígio, se encontra

melhor posicionada para os obter junto das instituições bancárias com condições mais favoráveis. Nada na lei comercial o impede, competindo a análise desse procedimento às próprias empresas do grupo, sem que a Administração Tributária se possa imiscuir em tal opção empresarial, por o direito fiscal não impor comportamento diverso». Mais uma vez, em linha com a jurisprudência, o que releva para a dedutibilidade dos gastos de financiamento é o destino dado aos financiamentos obtidos pela sociedade contraente, no caso em apreço como um grupo de sociedades se comporta como um todo unitário, deve-se analisar se a contração do financiamento seguiu os objetivos do grupo e não de outros que lhe sejam alheios, para que os juros suportados sejam aceites.

O processo de consideração dos gastos fiscais altera-se uma vez que a AT deixa de ter fundamentos para, por um lado, desconsiderar gastos incorridos que não geraram diretamente rendimentos obtidos (como é o caso de negócios que resultem em prejuízos) e, por outro lado, utilizar o artigo 23.º, do CIRC, como uma medida fiscal anti abuso. Citando uma vez mais o Tribunal do processo n.º 0372/16 do STA, «a AT só deverá desconsiderar como custos fiscais os que claramente não tenham potencialidade para gerar incremento dos ganhos (...)», e recorre à doutrina de Vítor Faveiro para evidenciar de que a AT não pode adotar o papel de gestor e classificar a indispensabilidade pela boa ou má gestão de uma empresa. O Tribunal do processo n.º 0473/13, de 21 de fevereiro de 2018, do STA, defende a mesma visão argumentando que «[o] direito fiscal não pode desconsiderar um custo porque entende que a respectiva assumpção foi um mau acto de gestão, como também não pode considerar um custo apenas porque entende que foi um bom acto de gestão», e vai mais longe quando defende que «[o] direito fiscal nada tem a ver com a gestão das empresas e relativamente a ela tem de manter apenas uma conduta de neutralidade». Conclui-se que a política de gestão de uma empresa, mesmo quando resulte em negócios ruinosos, não pode ser um critério para desconsiderar os gastos incorridos na operação em causa. Por outro lado, o processo n.º 695/2015, de 18 de maio de 2016, do CAAD, sustenta que o artigo 23.º do CIRC «(...) não deve ser aplicado sistematicamente como uma cláusula anti abuso; pois ele contém, antes de mais, uma condição geral a respeitar para a dedutibilidade dos gastos», pelo que a AT não se pode servir do artigo para desconsiderar gastos sem qualquer fundamentação fiscal.

Relativamente, à conjugação da interpretação dos artigos 23.º e 51.º, do CIRC, o Tribunal do processo n.º 177/2019-T, de 19 de setembro de 2019, do CAAD, refere, entre vários argumentos também enunciados no processo n.º 8/2019-T, a intenção propositada do

legislador ao não mencionar rendimentos isentos de IRC na redação do art.º 23.º, enumerando todos os artigos ao longo do código em que o legislador frisou a distinção entre rendimentos sujeitos (que posteriormente podem vir a ser isentos) e aqueles que não são sujeitos ao imposto, concluindo que «(...) o artigo 23.º, n.º 1, do CIRC, na redação de 2014, não permite afastar a dedutibilidade de gastos de financiamento sujeitos a IRC, mesmo que haja a possibilidade de vir a ser excluída a tributação por aplicação do regime dos artigos 51.º e 51.º-C do CIRC».

4. Conclusão

A organização em grupos foi um fenómeno, simultaneamente, revolucionário e natural na forma das sociedades se estruturarem. Revolucionário, na medida em que materializou a globalização económica, permitindo a total internacionalização e interdependência de mercados através de várias empresas que, organizadas em grupo, passaram a atuar em diferentes mercados internacionais e a abranger diferentes áreas económicas, como se de uma empresa só se tratasse. Natural, uma vez que era o passo seguinte no processo de crescimento empresarial, na tentativa de se aumentar: o volume de transações, a força laboral, a concentração de ativos e capitais disponíveis, no fundo, aumentar a receita obtida.

Um grupo de sociedades ilustra a organização de um conjunto de sociedades que são juridicamente independentes entre si, que atuam sob a mesma unidade de direção económica e que são economicamente dependentes da sociedade-mãe. No fundo agem como se de uma só empresa se tratasse, definindo por esse motivo a estratégia à qual todas se submetem, atuando no interesse último do grupo e não em interesses individuais.

No entanto, ao longo da dissertação ficou claro que o conceito de grupo de sociedades não é homogéneo nas diferentes áreas de estudo, nomeadamente ao nível das três áreas que aqui nos interessam: jurídica, fiscal e contabilística.

Na perspetiva jurídica, segundo o CSC, existem quatro tipos de organização em grupo: (i) relações de simples participação; (ii) relações de participações recíprocas; (iii) relações de domínio; e (iv) relações de grupo. Todas elas partilham de uma característica comum: as sociedades integrantes são juridicamente independentes, representando por isso entidades individuais, apesar de atuarem sob a estratégia do grupo.

Na perspetiva contabilística, tenta-se refletir, através do relato consolidado das demonstrações financeiras, a realidade financeira do grupo, como se o mesmo se tratasse de uma só unidade empresarial. A tentativa de refletir, de forma fíável e adequada, a realidade do grupo aos utilizadores da informação financeira sobrepõe-se à independência jurídica que cada uma das sociedades dispõe.

Também a perspetiva fiscal transpõe a individualidade jurídica das sociedades participantes no grupo e privilegia a tributação do grupo como uma única unidade, permitindo compensar resultados negativos de uma sociedade com resultados positivo de outras e que as operações

internas sejam desconsideradas. Privilegia-se ainda o cumprimento do princípio da neutralidade fiscal, não existindo um tratamento fiscal que favoreça uma das formas de estruturação das sociedades – individual ou em grupo.

No âmbito da unidade de direção económica que caracteriza os grupos de sociedade, surge uma política de tesouraria que centraliza a sua gestão numa das sociedades participantes no grupo, geralmente a sociedade-mãe, ou, por outras palavras, surge o sistema de *Cash Pooling*. Este sistema configura-se como um serviço financeiro de gestão de tesouraria entre empresas integrantes de um grupo, no qual são transferidos os excedentes e as carências de crédito para um único saldo – do *Cash Pool leader*. O sistema de *Cash Pooling* materializa-se num contrato entre as sociedades do grupo, o *Cash Pool leader* e uma instituição bancária, através do qual é definido que cada um dos saldos bancários individuais são consolidados num único. Os juros a receber ou a suportar, no âmbito de depósitos a prazo (ou outras aplicações bancárias) e financiamentos bancários, respetivamente, são calculado através desse único saldo bancário. Uma das grandes vantagens para o grupo prende-se com as condições vantajosas de financiamento, tanto ao nível interno como ao nível externo (financiamentos bancários e outras instituições financeiras), pelo que é um recurso valioso no que diz respeito à competitividade de mercado.

Atualmente existem duas modalidades disponíveis – *Cash Concentration* ou *Notional Cash Pooling* – sendo que as principais diferenças têm que ver com: a transferência efetiva de fundos e a titularidade dos saldos bancários. Enquanto a modalidade de *Cash Concentration* privilegia de taxas de juros mais vantajosas na concessão e obtenção de crédito (devido às transferências efetivas de fundos Intra grupo), a modalidade de *Notional Cash Pooling* permite reduzir custos de gestão do sistema, ceder juros às sociedades que apresentem saldos bancários negativos, através dos saldos positivos das sociedades que apresentem um saldo positivo.

Os sistemas de *Cash Pooling* na Europa, pela sua complexidade, são caracterizados pela inexistência de um regime específico que regule as operações. No entanto, denota-se que os Estados-Membros se preocupam em delimitar a legalidade das operações que decorrem do sistema, nomeadamente ao nível do cumprimento do princípio da plena concorrência ou fraude fiscal. Claro está que seria muito benéfico, ao nível europeu, o desenvolvimento de um regime específico, capaz de esclarecer a legalidade das várias operações que ocorrem no âmbito do sistema, e assim definir um tratamento fiscal harmonizado.

Quanto aos juros suportados em financiamentos Intra grupo que ocorrem neste sistema, são igualmente sujeitos ao cumprimento da limitação da dedutibilidade fiscal de gastos, previsto no artigo 67.º, do CIRC, uma vez que se configuram na natureza de juros de capital alheio.

A diferença entre as três perspetivas anteriormente abordadas evidencia-se precisamente ao nível dos financiamentos Intra grupo, nomeadamente no que diz respeito à natureza dos mesmos. Enquanto a perspetiva jurídica, privilegia a independência jurídica, e por esse motivo considera que os financiamentos Intra grupo configuram capital alheio, a perspetiva fiscal e contabilística, ao interpretarem a visão de um grupo de sociedades pela substância sob a forma, consideram que estes financiamentos configuram fundos próprios, e estas transações são fiscalmente e contabilisticamente desconsideradas (rendimento na sociedade-mãe e gasto na sociedade-filha, pelo que no âmbito da consolidação, ambos se anulam). Contudo, na prática, a natureza destes financiamentos configurar-se como capital alheio, uma vez que ao nível jurisprudencial, tal como ilustrado na comparação jurisprudencial, a visão jurídica dos financiamentos transpõe todas as outras análises. Apesar desta conclusão não deixo de questionar o tratamento fiscal dado a estes financiamentos, sobretudo no que respeita à neutralidade fiscal. Enquanto o rendimento proveniente de juros, obtidos no âmbito destes financiamentos, é inteiramente aceite ao nível fiscal, o mesmo já não ocorre quanto aos gastos com juros suportados no mesmo âmbito, pelo que ao nível da consolidação fiscal do grupo a tributação não é neutra, não trata a operação como uma mera imputação Intra grupo, devendo por isso constituir uma futura análise nas próximas reformas ao IRC.

A aceitação fiscal dos gastos, nos quais se inclui os de natureza financeira, surge, portanto, como um tema de debate (até aos dias hoje), nomeadamente no que diz respeito: (i) ao conceito de indispensabilidade e (ii) aos gastos incorridos no âmbito de rendimentos não tributados em sede de IRC.

O conceito de indispensabilidade, presente na anterior redação do artigo 23.º, do CIRC, prescrevia que a aceitação fiscal de gastos (e conseqüentemente a sua dedução) dependia da comprovação dos mesmos como indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a IRC. Quer isto dizer que, até à reforma de IRC de 2014, os gastos incorridos para serem passíveis de dedução teriam de necessariamente de gerar ou manter rendimentos, pelo que se afastavam aqueles que eram suportados e (devido a várias outros fatores) geravam prejuízos ou negócios ruinosos. Apesar da visão finalista deste conceito estar afastada já há mais de 10 anos pela doutrina e jurisprudência, a AT continua recorrentemente a utilizar-se desta

argumentação para desconsiderar gastos fiscais. O que me leva a questionar se as alterações à anterior redação do artigo foram suficientes para afastar o conceito de indispensabilidade. Parece-me que há ainda um trabalho futuro a realizar quanto à redação do artigo, nomeadamente uma alteração que vá ao encontro da proposta da Comissão de Reforma de IRC de 2013 – em que a aceitação fiscal dependa somente da relação entre gastos incorridos e a atividade da empresa. Claro está que a proposta da Comissão não se encontra isenta de riscos, nomeadamente quanto à possibilidade de algumas empresas alterarem ou incluírem no seu escopo societário vários códigos de classificação das atividades económicas.

Quanto aos gastos incorridos para obter rendimentos sujeitos e isentos a IRC – os rendimentos gerados no âmbito do regime de *participation exemption* – a jurisprudência restringe-se exclusivamente à análise da redação do artigo, deixando de lado a análise à receita fiscal que se perde com a adoção do regime. Os grupos de sociedades incluem não só sociedades nacionais como internacionais, e a pensar em sociedades que se localizem em jurisdições fiscais distintas o legislador desenvolveu o regime de *participation exemption* que isenta os lucros e reservas distribuídos pelas sociedades-filhas (não residentes em território português) às sociedades-mães residentes em Portugal. Em última análise, este regime pretende evitar a dupla tributação do mesmo rendimento e constitui um convite à importação de dividendos. No entanto, a outra face desta isenção não pode deixar de ser tida em conta, isto é, a erosão da receita fiscal portuguesa. De facto, constata-se, para além da redução da receita fiscal, uma falta de neutralidade fiscal. Os rendimentos de uma sociedade, em condições de aplicar o regime de *participation exemption*, são totalmente isentos de tributação, e simultaneamente, os gastos em que incorre são, até ao limite estabelecido no artigo 67.º, do CIRC, aceites fiscalmente. Pelo que o governo português é duplamente prejudicado: de forma geral não tributa esses rendimentos e quando a sociedade apresente lucro tributável (por consequência de operações sujeitas a tributação) vê a receita fiscal a ser reduzida pela dedução de prejuízos fiscais de anos anteriores. Mas a análise desta temática não se extingue aqui, nenhum governo se permite abdicar de receita fiscal caso não tenha uma moeda de troca. E a moeda de troca é o desenvolvimento económico, o aumento da visibilidade da economia portuguesa nos mercados estrangeiros, e o investimento direto em atividades económicas internas que a importação de dividendos possibilita.

Referências Bibliográficas

- Almeida, Z.M., Belo, L.M., & Rodrigues, P.A. (2019). A tributação dos Grupos de Sociedades: um Regime em Evolução. *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 1(1),13-14.
- Antunes, J.E. (2005). Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. *Revista Direito GV* 2,1(2), 32-33.
- Antunes, J.E. (2002). Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, p 54.
- Chand, V. (2016). Transfer Pricing Aspects of Cash Pooling Arrangements in Light of the BEPS Action Plan. *International Transfer Pricing Journal*, 23(1), 38-47.
- Cini, G. (2013). *The control concept in IFRS 10 – 10 thing investment managers need to know*. Malta: Deloitte Malta.
- Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (2013). Relatório final – Uma reforma do IRC orientada para a competitividade, o crescimento e o emprego. Lisboa
- Correira, L. B. (1988), "Grupos de Sociedades", in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, pp. 377-399, Coimbra, Almedina
- Deloitte Global (2021). EU Anti-Tax Avoidance Directive – Implementation of interest expense limitation rule. Disponível em <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/tax/articles/atad-survey.html>
- Estevão, N. F, (2014). *A tributação dos grupos de sociedades à luz da mais recente jurisprudência do TJUE* (Tese de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, Lisboa, Portugal). Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/23426>
- Freitas Pereira, H. (2013). Aumento da competitividade fiscal, com efeitos no investimento e emprego, ou simples erosão das receitas fiscais? *Jornal de Negócios*. Disponível em https://www.jornaldenegocios.pt/economia/impostos/irc/reforma-do-irc/detalhe/aumento_da_competitividade_fiscal_com_efeitos_no_investimento_e_em_prego_ou_simples_erosao_das_receitas_fiscais

- Geraldes, D.D.N. (2014). *Cash Pooling em Portugal: Desafios jurídico-fiscais* (Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito, Lisboa, Portugal). Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/20171>.
- Limited, E.Y.G. (2020) *Worldwide Corporate Tax Guide 2020*. United Kingdom: EYGM Limited. Disponível em https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide-2020
- Loureiro, C.T, Ereio, J.T. (2011). A Relação De Domínio Ou De Grupo Como Pressuposto De Facto Para A Aplicação Das Normas Do CSC – O Âmbito Espacial Em Particular. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 30, 46 – 61.
- Machado, J.E., Nogueira da Costa, P. (2016). *Manual de Direito Fiscal: perspectiva multinível* (3ª ed.). Lisboa: Almedina.
- Marques, R. (2016). Fusões e participações: da dedutibilidade dos encargos financeiros em sede de IRC. *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, Abril-Junho 2016 (nº73), 42-47.
- Martins, A. (2015). A dedutibilidade dos gastos e a nova redação do artigo 23.º, n.º 1, do CIRC: uma nota. *Revista de Finanças Publicas e Direito Fiscal*, 8 (1), 95-114.
- Martins, A., Sá, C., Taborda, D. (2020). *A Dedutibilidade de Gastos no IRC: Uma análise económico-fiscal* (1.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Martins, J.M. (2014). (Des)Vantagens do Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (Tese de mestrado, Instituto Superior Politécnico do Porto, Porto, Portugal). Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.22/5146>
- Mooij, R.A. (2012) *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*. *Fiscal Studies*, 33 (4), 489-512.
- Nunes, G. A. (2001). *Tributação dos Grupos de Sociedades pelo Lucro Consolidado em Sede de IRC* (1ª ed.). Coimbra: Livraria Almedina – Coimbra.
- OECD (2020), *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10*, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm.
- Pinto, A.M. (2002). *Do Contrato de Suprimento – O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio* (1ª ed.). Coimbra: Livraria Almedia.

- Portugal, A.M. (2004). A dedutibilidade dos custos na jurisprudência fiscal portuguesa (1.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Rebouta, J.F. (2005). *Contextualização Fiscal da Gestão Centralizada de Tesouraria (cash pooling) em Ambiente Internacional* (Tese Pós Graduação, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, Portugal). Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:I0mQVPFO5EEJ:https://www.cije.up.pt/download-file/129+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>
- Santos, F.F. (2010) Estruturas de "Cash Pooling", uma forma alternativa de valorizar recursos. *Revista Fiscal, Fevereiro* (2), 7-8.
- Sarmiento, J.M. (2019). Dedução de encargos financeiros em IRC. In J.M.S. Miguel (Ed.). *Tributação do Rendimento: IRC-2019* (pp.26-52). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_IRC2019.pdf
- Scheenstra, E. (2017). *Cash Pooling. CMS Cash Pooling brochure (Fourth Edition)*. Amsterdam: CMS Legal Services EEIG
- Tavares, T. (1999). Da relação da dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas: algumas reflexões ao nível dos custos. *Ciência Técnica e Fiscal*, outubro-dezembro (n. °396), 130-155.
- Wamser, G. (2014). The Impact of Thin-Capitalization Rules on External Debt Usage –A Propensity Score Matching Approach. *Oxford Bulletin Of Economics And Statistics*, 76 (5), 766-767.
- Xavier, E.M. (2018). *O Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades em Sede de IRC: Prós e contras da sua aplicação* (Tese de mestrado, Universidade do Algarve – Escola Superior de Gestão, Hotelaria e Turismo, Algarve, Portugal). Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.1/12564>

Referências Legislativas

Decreto-lei n.º 262/86. D.R. I Série. 201 (02-09-1986) 179-180.

Decreto-lei n.º 158/2009. D.R. I Série. 133 (13-07-2009) 4377-4378.

Decreto-lei n.º 442-B/88, D.R. I Série. 277 (30-11-1988).

Decreto-lei n.º 2/2014, D.R. I Série. 11 (16-01-2014) 261.

Lei n.º 30-G/2000, D.R. I Série. 299 (29-12-2020).

Decreto-lei n.º 298/92. D.R. I Série-A. 301(31-12-1992)

Decreto n.º 5/96, D.R. I Série-A. 24 (29-01-1996).

Despacho n.º 66-A/2013. D.R. II Série. 1 (02-01-2013)

Ministério das Finanças (2012). Relatório Orçamento do Estado para 2013, Lisboa.

Conselho da União Europeia (2016). Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016. Jornal Oficial da União Europeia.

Referências Jurisprudenciais

- Acórdão de 25 de novembro de 1998, Processo 22681, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 22 de janeiro de 2014, Processo 01632/13, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 13 de fevereiro de 2015, Processo 585/2014-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 15 de novembro de 2017, Processo 0372/16, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 21 de fevereiro de 2018, Processo 0473/13, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, Processo 01206/17, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 27 de junho de 2018, Processo 01402/17, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 16 de novembro de 2018, Processo 70/2018-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 28 de novembro de 2018, Processo 06/11.4BESNT 0436/16, Supremo Tribunal Administrativo
- Acórdão de 11 de fevereiro de 2019, Processo 277/2018-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 18 de março de 2019, Processo 8/2019-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 11 de abril de 2019, Processo 450/2018-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 29 de abril de 2019, Processo 10776/15.5T8PRT.P1, Tribunal da Relação do Porto
- Acórdão de 19 de setembro de 2019, Processo 177/2019-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 06 de outubro de 2020, Processo 277/2020-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária
- Acórdão de 3 de novembro de 2020, Processo 279/2020-T, Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária