

A Transferência de Residência Fiscal de Sociedades em IRC¹

António Castro Caldas

Advogado

Jardim, Sampaio, Caldas e Associados

Resumo

A emigração de sociedades residentes em Portugal, por tal se entendendo a transferência de sede e de local de direcção efectiva para o estrangeiro, não dá origem a qualquer tributação em sede de IRC, uma vez que as normas potencialmente aplicáveis do Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Colectivas não o permitem, como se procurará demonstrar.

Os mesmos argumentos serão aplicáveis à cessação de actividade de um estabelecimento estável e consequente repatriamento de activos.

Abstract

The emigration of Portuguese resident companies, meaning the transfer of head office and of the place of effective management abroad, does not originate any IRC taxation, as the potentially applicable IRC Code rules do not allow it, as it is deemed to be demonstrated.

The same arguments are applicable to the closing of a permanent establishment and consequent remittance of assets to the head office.

1. Introdução

O presente estudo pretende contribuir para a análise das consequências fiscais, ou da falta delas, da transferência de Portugal para o estrangeiro da residência fiscal de sociedades, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC). Apesar de se poder afirmar que esta temática é

¹ o presente texto foi elaborado antes da disponibilização da proposta de Lei de Orçamento de Estado para 2004. Do art. 30º, n.º 3, da referida proposta consta uma autorização legislativa que, aquando da sua putativa aprovação, autorizará o Governo a incluir no lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC determinadas componentes positivas ou negativas verificadas na cessação de actividade decorrente da transferência de sede e direcção efectiva de sociedades para fora do território nacional ou na cessação de actividade de um estabelecimento estável.

O presente trabalho ficará prejudicado na medida da aprovação daquela Lei de autorização legislativa e consequente concretização, o que, de certa forma, demonstra a acuidade do tema tratado.

Em qualquer caso, no pressuposto daquela aprovação e concretização legal, este trabalho verá a sua utilidade reduzida, de acordo com as regras de aplicação da Lei no tempo.

pacífica, e que, por esse motivo, a emigração de sociedades não levanta problemas de maior, será útil desenvolver um pouco o tema, bem como levantar algumas questões relacionadas com a falta de regulamentação específica. Por outro lado, a matéria reveste-se de interesse acrescido face à cada vez maior mobilidade de pessoas (singulares e colectivas) dentro da União Europeia. Levantam-se também algumas questões ao nível da regulamentação fiscal (interna e comunitária) das fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções, quando relacionada com a possibilidade de transferência de residência, sobre as quais será útil tecer algumas considerações.

O presente estudo apenas abordará a questão do conceito de residência fiscal de forma sumária e instrumental em relação à questão da transferência de residência.

2. Residência Fiscal

Estatui o art. 2º, n.º 1, al. a), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC) que são sujeitos passivos de IRC *“as sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas colectivas de direito público ou privado, com sede e direcção efectiva em território português;...”*. Sobre estes sujeitos passivos incide uma obrigação ilimitada de imposto, nos termos do art. 3º, n.º 1, al. a), e 4º, n.º 1, do CIRC, ou seja, todo o seu lucro, independentemente do local de origem, está sujeito a imposto.

O CIRC estabelece, assim, dois elementos de conexão alternativos ², a sede ou a direcção efectiva, bastando que se localize um desses elementos em Portugal para que seja imposta à sociedade uma obrigação ilimitada de imposto ³.

Para efeitos de aplicação da Convenção Modelo OCDE, a *tie breaker rule* quando se verifique a dupla residência de sociedades determina a aplicação do critério da direcção efectiva (*“effective management”*) ⁴, pelo que o critério adoptado pelo CIRC cederá perante as disposições semelhantes contidas nos Acordos celebrados por Portugal.

² Francisco Sousa da Câmara, *A Dupla Residência à Luz das Convenções de Dupla Tributação*, in CTF, n.º 403, págs. 80 e ss, e William T. Cunningham, *O Conceito de Residência das Pessoas Colectivas na Legislação e na Prática Fiscais Portuguesas*, in Fisco, n.º 69.

³ Cfr. Francisco Sousa da Câmara, *ob. cit.*, e William T. Cunningham, *ob. cit.*, para uma abordagem dos complexos problemas que se suscitam com a questão do conceito de direcção efectiva.

⁴ Art. 4º, n.º 3, e respectivos comentários.

Voltando ao CIRC, para os sujeitos passivos sem sede ou direcção efectiva em território português, a sua obrigação de imposto é limitada, i.e., apenas incidirá IRC sobre os lucros obtidos em Portugal (art. 4º, n.º 2). Para o efeito, consideram-se obtidos em Portugal os rendimentos imputáveis a estabelecimento estável aqui situados, bem como os restantes rendimentos referidos no n.º 3 do art. 4º, quando não exista estabelecimento estável.

Como é evidente, podem-se dar diversas alterações ao nível dos elementos de conexão, como a transferência de sede, de direcção efectiva, de ambas, ou o facto de deixar de existir um estabelecimento estável em território nacional.

De ora em diante, quando se referir a emigração de sociedades ou transferência de residência fiscal, estar-se-á a referir a circunstância de deixarem de se verificar em Portugal a sede e a direcção efectiva. i.e., à transferência efectiva de residência fiscal, salvo indicação em contrário.

3. No Direito Comercial

No plano comercial, a emigração de sociedades é genericamente admitida pelo Código das Sociedades Comerciais, no seu art. 3º, n.º 5, que estatui: *“A sociedade que tenha sede efectiva em Portugal pode transferi-la para outro país, mantendo a sua personalidade jurídica, se a lei desse país nisso convier”*.

A conclusão óbvia a retirar é a de que as sociedades com sede em Portugal estão, de uma maneira geral, autorizadas a emigrar. Tal emigração não traz consequências de maior ao nível do Direito Comercial, embora a opção pudesse ter sido outra, a de impor a dissolução e liquidação da sociedade, e a subsequente constituição de uma nova sociedade no país de destino, como é regra em alguns países.

A transferência não extingue a personalidade jurídica da sociedade que emigra, nos termos do referido art. 3º, n.º 5, do CSC, e do art. 33º, n.º 3, do Código Civil, quando a lei do país de destino nisso convier. Por outro lado, não sendo imposta a dissolução da sociedade, também não poderá ser imposta a liquidação da mesma. De facto, o art. 146º do CSC dispõe no sentido de que apenas as sociedades dissolvidas entrarão imediatamente em liquidação. Não existindo dissolução (como estatui o art. 3º, n.º 5, do CSC), não existem razões para impor a liquidação da sociedade. Parece, assim, clara a afirmação de que a transferência de sede efectiva para o estrangeiro não impõe a liquidação da sociedade, nos termos da legislação comercial aplicável.

4. No Direito Comunitário

Ao nível do direito comunitário, nomeadamente no que diz respeito aos arts. 43º e 48º do Tratado CE, sobre a liberdade de estabelecimento de pessoas singulares e colectivas, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem vindo a proferir algumas decisões sobre a questão da emigração de sociedades e de pessoas singulares. No entanto, com excepção de algumas referências particulares à mudança de sede de sociedades dentro da UE, não existe regulamentação específica, encontrando-se em preparação uma Directiva sobre o assunto.

Merece destaque, ao nível da jurisprudência comunitária, o acórdão Daily Mail⁵, que tratou especificamente da mudança de residência de uma sociedade com sede no Reino Unido para a Holanda. O TJCE acabou por entender que as normas que instituíram a liberdade de estabelecimento “*não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um estado membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado Membro*”.

Mais tarde, no acórdão Centros⁶, esta jurisprudência veio, de algum modo, a sofrer uma inflexão, tendo este acórdão considerado lícita a constituição de uma sociedade com sede num Estado Membro, estando a sua direcção efectiva localizada noutra Estado Membro, não ficando, assim, tal sociedade sujeita às normas que impunham um capital social mínimo do Estado Membro da direcção efectiva.

5. No Direito Fiscal

5.1 Transferência de residência

A sujeição a uma obrigação ilimitada de imposto impõe a conclusão evidente de que o Estado poderá tributar todos os rendimentos de um sujeito passivo residente até à cessação de actividade de tal sujeito passivo. Quando tal cessação de actividade se deva à dissolução do sujeito passivo, naturalmente que não faria sentido manter tal poder tributário. Já quando a cessação de actividade se deva à transferência da sede e da direcção efectiva para o estrangeiro, poder-se-ia considerar, como fazem numerosos outros

⁵ C – 81/87

⁶ C – 212/97

Estados, que existe um fenómeno tributável, decorrente do facto de o Estado da residência perder o poder de tributar reservas ocultas da sociedade e mais valias não realizadas, em virtude de a sociedade deixar de estar sujeita a uma obrigação ilimitada de imposto. Quanto às mais valias, o problema coloca-se ainda com mais pertinência, na medida em que os ganhos anteriores poderão não ter sido tributados na sua integralidade, ou não tributados de todo, em virtude de diversas disposições internas que assim o prevejam.

Não seria, assim, desprovida de senso a ideia de tributar “à saída” ganhos em relação aos quais tenha anteriormente sido concedido um benefício, diferimento de tributação ou exclusão de tributação dependentes da verificação de determinadas condições, na medida em que o direito de tributar tais ganhos poderá perder-se na sequência da emigração. Veja-se o regime de tributação de mais valias: quando haja reinvestimento dos valores de realização, o ganho apenas será considerado em metade do seu valor. Ou o regime aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais, em que, quando reunidas determinadas condições, a operação não originará qualquer tributação. Nestes casos, como em outros, os ganhos não são imediatamente tributados, por razões que se prendem, por exemplo e no caso das fusões, com motivos de ordem extra fiscal, como sejam a competitividade ou a optimização de recursos das empresas, pelo que foi entendido pelo legislador comunitário eliminar os possíveis entraves fiscais a tais operações.

No entanto, a expectativa de tributar tais ganhos posteriormente mantém-se. Sucede que, perdendo o sujeito passivo em causa a qualidade de residente em território português, a sua obrigação de imposto deixa de ser ilimitada, nos termos expostos. Quando tal facto se verificasse, não causaria choque que, pelo menos quanto a ganhos como os referidos, e na medida em que os tais ganhos não tenham sido anteriormente tributados por diversas razões, o legislador optasse por entender que a perda do direito de tributar esses rendimentos impusesse a consideração da perda de residência como fenómeno tributável. Desta forma, passar-se-á a analisar qual a possibilidade de tributação em casos destes.

5.2 Soluções possíveis

Da leitura do CIRC, não se encontra qualquer norma que determine expressamente a incidência de imposto sobre quaisquer valores aquando da perda de residência. Tal circunstância pode dever-se a um de três motivos:

- O legislador entendeu serem hipóteses teóricas, que não sucederiam na prática;
- As normas do CIRC permitem, *per si*, tributar o facto;
- O legislador português optou por não tributar o facto.

Quanto à primeira hipótese, será pertinente lembrar que já foi colocada a hipótese de sociedades portuguesas emigrarem, em virtude de uma alteração legislativa que alterou o regime de tributação das mais valias. Tal intenção não foi concretizada, em virtude de uma posterior alteração legislativa, que afastou a hipótese. No entanto, esse caso teve a virtude de esclarecer que a transferência de residência fiscal não é uma hipótese académica e, por outro lado, de ter suscitado diversas reacções da Administração Fiscal, que anunciou que se preparava para dificultar a operação. A operação não foi levada a cabo, pelo que o teste à anunciada reacção da Administração Fiscal não foi levado a cabo. Por outro lado, o próprio CIRC, nos artigos 8º, n.º 5, al. a), e 15º, n.º 1, al. c), 1), refere que a sede e direcção efectiva podem deixar de situar-se em território nacional. Assim, tais situações podem ocorrer, como o próprio legislador reconhece.

No que diz respeito à possibilidade de o CIRC permitir, na sua actual redacção, tributar a transferência de residência, seria necessário encontrar uma, ou mais, normas que permitissem a tributação, uma vez que em termos contabilísticos a operação parece não ter reflexos que se possam reconduzir a lucros tributáveis.

Já foi apontado o actual art. 8º, n.º 5., al. a) ⁷, como norma legitimadora da tributação nestas situações. M. H. de Freitas Pereira, a propósito do regime fiscal das cisões ⁸, parece considerar o referido artigo (ao tempo, o art. 7º, n.º 5, al. c)) como idóneo para o efeito: *“Assinale-se que o regime especial aplicável aos sócios é apenas um regime de diferimento de tributação. Por isso mesmo, se o sócio, sendo residente em território português à data da cisão, vier a perder essa qualidade o diferimento cessa e há lugar à*

⁷ “5 - Para efeitos deste Código, a cessação da actividade ocorre: a) Relativamente às sociedades com sede ou direcção efectiva em território português, na data do encerramento da liquidação, ou na data da fusão ou cisão, quanto às sociedades extintas em consequência desta, ou na data em que a sede ou direcção efectiva deixem de se situar em território português (...)”

⁸ M.H. de Freitas Pereira, “Consequências fiscais das cisões”, in CTF n.º 375, pág. 92.

tributação do valor que tinha deixado de ser tributado [cf. alínea b) do n.º 9 e n.º 10 do Código do IRS e alínea b) do n.º 4 e alínea a) do n.º 5, ambos do art. 7º do Código do IRC]”. No entanto, o preceito referido não parece conter qualquer norma de incidência fiscal. Aliás, parece mais correcto retirar da norma o sentido exactamente contrário, como adiante se explicará.

Assim, da análise feita ao CIRC, seriam potencialmente aplicáveis as normas relativas à liquidação de sociedades ou à tributação de mais valias.

Quanto às normas respeitantes à liquidação de sociedades, cumpre lembrar, antes de mais, que o Código das Sociedades Comerciais não impõe qualquer liquidação do património da sociedade que transfira para o estrangeiro a sua direcção efectiva, na medida em que a sociedade não será dissolvida, mantendo-se intacta a sua personalidade jurídica; daqui decorre, à partida, o não apuramento de quaisquer resultados para efeitos fiscais.

Naturalmente que, quando a operação de transferência seja acompanhada da dissolução da sociedade portuguesa e constituição de uma nova sociedade no estrangeiro, por opção dos intervenientes, haverá necessariamente lugar à liquidação. Não é esta, no entanto, a hipótese em análise.

Poder-se-ia argumentar no sentido de que terá que existir uma liquidação imposta pela lei fiscal, na medida em que se poderia considerar que deixa de existir um sujeito passivo (com obrigação ilimitada de imposto) para existir outro (com obrigação limitada de imposto), para o qual são transmitidos activos, sendo, por esse motivo, imposta a liquidação e o conseqüente apuramento de resultados fiscais.

No entanto, não decorre de preceito algum do CIRC a necessidade de uma “liquidação fiscal”. Por outro lado, o intérprete da norma fiscal, quando esta empregue termos próprios de outros ramos de direito, deverá interpretar tais termos no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei, nos termos do art. 11º da Lei Geral Tributária. Sendo o conceito de liquidação próprio do direito societário, face a este preceito, não seria fácil sustentar que a liquidação poderia ter por origem outro facto que não a dissolução da sociedade (ou outro facto que, nos termos da lei comercial, assim o imponha), na medida em que é esta a circunstância que, no plano do CSC, dá origem à liquidação. Não se poderá, desta forma, sustentar sem dificuldade a existência de uma “liquidação fiscal”.

Por outro lado, o art. 15º, n.º 1, al. c), 1), estatui que a matéria colectável de entidades não residentes com estabelecimento estável em território nacional é determinada pela dedução ao lucro imputável a esse estabelecimento estável dos prejuízos fiscais, incluindo os anteriores à cessação de actividade por virtude de deixarem de situar-se em território português a sede e a direcção efectiva, na medida em que lhe sejam imputáveis. Deste preceito parece decorrer que o legislador fiscal assume, de alguma forma, uma continuidade na sujeição a imposto (quando permaneça em território nacional um estabelecimento estável), donde decorre a não consideração de dois sujeitos passivos diferentes. Por outro lado, este preceito não se refere em lado algum à necessidade de liquidação em caso de cessação de actividade em virtude da emigração da sociedade. Pareceria, desta forma, abusiva a interpretação dos preceitos do CIRC no sentido de estes revelarem uma intencionalidade de impor tal liquidação.

Em todo o caso, se as normas respeitantes à liquidação de sociedades fossem aplicáveis, teria certamente o legislador estabelecido expressamente que assim seria, não deixando tal possibilidade sujeita a interpretações casuístas. As normas que regulam a tributação de sociedades em liquidação e a respectiva partilha (arts. 73º e ss. do CIRC) não se referem à necessidade de proceder à liquidação dos bens de uma sociedade que perca a sua qualidade de residente em Portugal, o que, só por si, teria que ser suficiente para não aplicar o regime a estas situações.

No entanto, argumento mais esclarecedor decorre do art. 8º, n. 5, al. a), do CIRC, que estipula que a cessação de actividade ocorre “*Relativamente às sociedades com sede ou direcção efectiva em território português, na data do encerramento da liquidação, ou na data da fusão ou cisão, quanto às sociedades extintas em consequência desta, ou na data em que a sede ou direcção efectiva deixem de se situar em território português (...)*”. Deste preceito, que enuncia, por um lado, a liquidação e, por outro, o facto de deixar de se situar em território nacional a sede e direcção efectiva dos sujeitos passivos, como factos determinantes da cessação de actividade, resulta com clareza que se tratam de situações distintas. Caso assim não fosse, i.e., se o legislador fiscal pretendesse, mesmo que implicitamente, impor a liquidação do património de sujeitos passivos que perdessem a qualidade de residentes, não teria sentido a necessidade de distinguir as duas situações como geradoras da cessação da actividade, bastando-lhe estabelecer que a cessação da actividade ocorreria aquando do encerramento da liquidação, fosse em virtude da dissolução ou da circunstância de deixarem de se situar em território nacional a sede e a direcção efectiva.

Parece, assim, claro, que não haverá qualquer liquidação do património, ou, sequer, equiparação a liquidação, das sociedades que emigram.

Outra linha de raciocínio poderia conduzir à conclusão de que existiria uma realização de mais valias aquando da emigração, nos termos do art. 43º e ss. do CIRC. No entanto, não parece que assim seja. Em primeiro lugar, não são consideradas para efeitos fiscais as mais valias potenciais ou latentes, nos termos do art. 21º, al. b). Por outro lado, não existe qualquer ganho, que é um facto determinante para a consideração de uma mais valia. Não existe também qualquer transmissão onerosa, seja a que título for, de um elemento do activo imobilizado, ou um qualquer sinistro ou afectação permanente de tal elemento a fins alheios à actividade exercida. Não se poderá afirmar, sem mais, que, pelo simples facto de deixar de se situar em Portugal a sede e direcção efectiva, ocorra alguma das situações descritas.

Mas admitamos que assim não é, i.e., que o regime de realização de mais valias seria, em abstracto, aplicável. O valor de realização da mais valia teria, necessariamente, que ser determinado nos termos do n.º 3 do art. 43º. Ora, percorrendo o elenco constante de tal dispositivo, não se encontra qualquer alínea à qual se possa subsumir a situação em análise. Mesmo que se entendesse como aplicável o critério residual constante da alínea f) desse artigo (que considera como valor de realização, nos casos não expressamente previstos, o valor da respectiva contraprestação), sucede que, no caso em análise, não existe qualquer contraprestação, pelo que não seria possível determinar o valor de realização nem, conseqüentemente, qualquer mais valia.

Poder-se-ia, a custo, entender que seria aplicável o art. 74º do CIRC, para efeitos de determinação do valor de realização de uma eventual mais valia, que estatui que *“Na determinação do resultado da liquidação, havendo partilha dos bens patrimoniais pelos sócios, considera-se como valor de realização daqueles o valor de mercado”*. Para além do facto das normas respeitantes à liquidação não serem aplicáveis, segundo o entendimento que se sufraga, não parece que o preceito possa ser aplicável sem mais, sob pena de se aplicar uma norma fiscal de incidência por analogia, não acompanhada de quaisquer elementos do CIRC que nos permitam afirmar, sequer, que o legislador pretendeu cobrar qualquer “imposto de saída”, o que, como se passará a desenvolver, não parece ser admissível.

Apenas pelo recurso à analogia é que as normas respeitantes à liquidação de sociedades e à realização de mais valias poderiam ser aplicáveis.

Independentemente da posição que se tome quanto à admissibilidade de tal forma de aplicação de normas de incidência fiscal, não contendo o CIRC qualquer disposição que possa levar à conclusão de que o legislador pretende tributar a emigração de sociedades, dificilmente poderia o intérprete sentir-se autorizado a aplicar um regime que nunca se refere a uma eventual tributação nestes casos.

O mesmo se diga, com mais cautela, quanto à possível tentação de aplicação da cláusula geral anti-abuso vertida no art. 38º, n.º 2 da Lei Geral Tributária. Como refere Saldanha Sanches, *“cabendo sempre ao legislador fiscal a prévia demonstração de uma inequívoca vontade de tributação de certas operações, quando o legislador fiscal cria uma tributação fragmentária e incompleta, como sucede entre nós com a tributação das mais-valias, a fraude à lei não pode ter lugar: ela exige uma intencionalidade inequívoca do ordenamento jurídico-tributário expressa com clareza na lei”*⁹. Aqui, nem se coloca a questão de estarmos perante uma *“tributação fragmentária e incompleta”*, mas sim perante uma aparente intenção de não tributar. Assim, na ausência de qualquer preceito, como se espera demonstrar, que permita tributar à saída mais-valias não realizadas ou reservas ocultas, ou que permita sequer subentender qualquer intenção semelhante, não deverá ter aplicação o art. 38º, n.º 2, da Lei Geral Tributária.

Por outro lado, caso a norma fosse aplicável, o acto a desconsiderar seria a transferência de residência fiscal, assim sujeitando novamente a imposto todos os lucros obtidos pela sociedade após a emigração, e não apenas reservas ocultas ou mais valias nessa altura realizadas, o que iria muito além do pretendido pela norma.

No entanto, não se esgotam por aqui os argumentos no sentido da não existência de um “imposto de saída”. Se o legislador, de facto, pretendesse tributar as mais valias não realizadas aquando da emigração de sociedades, teria, necessariamente, de excluir ou minorar a incidência fiscal sobre a posterior realização efectiva da mais valia, sob pena de nos encontrarmos perante uma dupla tributação de difícil (se não nenhuma) justificação. Imaginemos que a sociedade que transfere a sua residência fiscal para o estrangeiro era proprietária de um imóvel em Portugal. A perda de residência determinaria um ganho

⁹ Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Coimbra 2002, pág. 121.

ficcionalizado no momento da emigração. Assumamos que a mais valia seria a resultante da diferença entre o valor de aquisição e o valor de mercado à altura da cessação de actividade (única solução razoável para o caso), que seria, nesse momento, tributada. Aquando da posterior venda do imóvel, realizando-se, efectivamente, uma mais valia, o ganho seria novamente tributado, pela diferença entre o mesmo valor de aquisição e o valor da contraprestação, nos termos do art. 4º, n.º 3, al. a), e 10º, n.º 4, al. a), do CIRS, aplicável em virtude dos arts. 3º, n.º 1, al. d), e 51º, n.º 1, do CIRC, não existindo qualquer norma que permitisse excluir de tributação ou que conferisse qualquer crédito de imposto sobre a realização efectiva da mais valia ¹⁰.

Mais grave ainda, assumindo que o país para o qual a sociedade emigrou tributa os rendimentos dos sujeitos passivos aí sujeitos a imposto independentemente do local de obtenção de tais rendimentos (tal como o CIRC – art. 4º, n.º 1) e que, tal como a legislação portuguesa, também não contenha qualquer norma que preveja a imigração de sociedades, poderíamos estar perante uma tripla tributação ¹¹.

Tal situação não teria justificação possível, pelo que, na ausência de solução para a mesma, tudo leva à conclusão, uma vez mais, de que o legislador nacional não pretende tributar as situações em estudo.

Por outro lado, se assim fosse (i.e., se existisse imposto), não faria sentido que existisse um “imposto de saída” quando os elementos do activo e passivo da sociedade que emigra ficassem afectos a um estabelecimento estável em Portugal. Neste caso, a emigração não teria qualquer consequência ao nível fiscal, uma vez que não se verificaria a perda de receitas fiscais (desde que todos os activos ficassem de facto afectos a um estabelecimento estável). Ao não prever tal situação o CIRC conduz, necessariamente e mais uma vez, à conclusão de que não é intenção do legislador fiscal português tributar o facto, na medida em que, se pretendesse tributar, teria que ter previsto uma forma de evitar a dupla tributação aquando da realização efectiva das mais valias.

¹⁰ No relatório “*Taxation Caused by or after a Change of Residence*”, in *Tax Notes International*, 2000, n.º 7, de Sanford H. Golberg e outros (entre os quais Kees Van Raad), que se debruça sobre a mudança de residência de pessoas singulares, são analisadas as diversas formas de evitar a dupla tributação causada pela tributação “à saída” de mais valias não realizadas e pela realização efectiva das mais valias adoptadas por alguns Estados que cobram “exit tax”.

¹¹ Na ausência de Convenção para evitar a Dupla Tributação eventualmente aplicável.

Sufraga-se, assim, do entendimento de Francisco Sousa da Câmara de que “(...) não é possível equiparar a transferência da sede e direcção efectiva a uma transmissão de activos ou a uma dissolução e liquidação de sociedade.”¹², e de William T. Cunningham de que “Com efeito, parece não serem aplicáveis à situação em análise as regras previstas no art. 42º do Código do IRC relativas à determinação de mais valias na afectação de imobilizado a fins alheios à empresa, ou no artigo 67º do mesmo Código, que prevê as consequências fiscais da liquidação de sociedades. Na ausência de tal equiparação, parece ser deste modo possível a “migração” de sociedades residentes em Portugal sem consequências fiscais negativas. A legislação vigente não impede a referida migração, nem procura cobrar um “imposto de saída” a fim de compensar a perda de impostos futuros”¹³.

Parece claro, como se espera ter demonstrado, que não existe qualquer “imposto de saída” para as sociedades residentes para efeitos fiscais em Portugal.

5.3 Cessação de actividade de Estabelecimento estável

Os mesmos argumentos terão que ser aplicáveis à cessação de actividade de um estabelecimento estável, especialmente no caso em que estejamos perante estabelecimentos estáveis de natureza pessoal, em que não haja instalação fixa¹⁴, com o consequente repatriamento para a sociedade titular do estabelecimento estável dos respectivos elementos.

A única norma que se refere expressamente ao caso é o art. 5º, n.º 8, al. b), relativo ao período de tributação, que não parece ter a virtualidade de sujeitar a imposto o repatriamento dos elementos que compõem o estabelecimento estável.

Quanto às normas respeitantes à liquidação de sociedades, a sua não aplicabilidade é ainda mais clara do que o supra referido.

¹² *Ob. cit.*, pág. 97

¹³ *Ob. cit.*, pág. 8

¹⁴ Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional”, Coimbra, 1993, págs. 260 e ss, sobre o conceito de estabelecimento estável, instalação fixa e estabelecimentos pessoais.

De facto, no plano do direito societário, a liquidação de património situado em Portugal detido por sociedades estrangeiras apenas está prevista para o caso de tais sociedades não darem cumprimento ao art. 4º, n.º 1, do CSC (art. 4º, n.º 3, do CSC) ¹⁵.

Por outro lado, os arts. 73º a 76º do CIRC não se referem em lado algum à eventual liquidação do património afecto a estabelecimentos estáveis. Pelo contrário, o art. 76º apenas impõe a aplicação dos preceitos à liquidação de pessoas colectivas que não sejam sociedades. Ora, não se podendo considerar que um estabelecimento estável tenha personalidade jurídica independente da sociedade titular do mesmo, consistindo o estabelecimento estável apenas num património autónomo ¹⁶, não existirá aqui nenhuma pessoa colectiva a liquidar ¹⁷.

Por outro lado, as normas relativas às mais valias também não seriam aplicáveis, pelas razões supra aduzidas.

Assim, o repatriamento de elementos que compunham um estabelecimento estável, aquando da cessação de actividade do mesmo, independentemente do tipo (pessoal ou real), não parece originar qualquer tributação.

5.4 Consequências e conclusões

Da ausência de um “imposto de saída” decorrem algumas consequências.

A primeira é a de que permanecendo em Portugal um estabelecimento estável da sociedade que emigrou, não fica prejudicado de forma significativa o poder tributário do Estado Português, na medida em que os activos da sociedade fiquem afectos a tal estabelecimento estável. Poderá, no entanto, não se verificar tal permanência.

Por outro lado, existirão casos em que a transferência de residência fiscal resulta numa vantagem fiscal, como no apontado por William T. Cunningham ¹⁸, que consiste na possibilidade de uma sociedade

¹⁵ Raúl Ventura, “*Dissolução e Liquidação de Sociedades*”, Coimbra, 1987, pág. 232.

¹⁶ Saldanha Sanches, *ob. cit.*, pág. 256, e Alberto Xavier, *ob. cit.*, pág. 278.

¹⁷ Francisco Sousa da Câmara e Miguel-Angel Caballero, “*Corporate Taxation – Portugal*”, ponto 8.4.2.6., disponível na base de dados “European Taxation”, in <http://euro-online.ibfd.org/>.

¹⁸ *Ob. cit.*, pág. 9.

portuguesa, ao verificar que a maior parte dos seus lucros são gerados no estrangeiro, evitar a tributação sobre o *world wide income* em Portugal, mediante a transferência da sua residência para uma jurisdição fiscal mais favorável, mormente, para uma jurisdição fiscal que conste da Portaria 1272/2001, de 9 de Novembro.

Outro caso será o de uma sociedade que recebeu, na sequência de uma fusão de uma sociedade sua afiliada, participações da sociedade beneficiária da fusão (arts. 67º e ss. do CIRC). Nos termos do art. 70º do CIRC, reunidas as condições de aplicação do regime, não há lugar ao apuramento de qualquer ganho decorrente da atribuição de participações aos sócios das sociedades fundidas. Este não apuramento prende-se com a circunstância de existir uma expectativa de, posteriormente, tributar o ganho decorrente a alienação efectiva de tais participações, ocorrendo a tributação nessa altura, como, aliás, é permitido pela Directiva 90/434/CEE no seu artigo 8º, n.º 2. Ora, perdendo o sócio sujeito passivo de IRC a qualidade de residente em território nacional, não se vislumbra maneira de tributar a posterior alienação quando as participações sociais recebidas em troca sejam representativas do capital social de uma sociedade sem sede ou direcção efectiva em Portugal¹⁹. Neste caso, passando a sociedade que emigrou a estar sujeita apenas a uma obrigação limitada de imposto (i.e., apenas incidirá IRC sobre os lucros obtidos em Portugal, nos termos do art. 4º, n.º 3, do CIRC), não incidirá imposto sobre tal alienação, na medida em que não existe qualquer elemento de conexão com o território nacional.

Mesmo no que diz respeito aos ganhos obtidos em Portugal sem ser por intermédio de um estabelecimento estável, por força do disposto no art. 4º, n. 3, do CIRC, poderá, à partida, ser aplicável uma Convenção para evitar a Dupla Tributação²⁰, que, se seguir a Convenção Modelo OCDE, conterà disposição semelhante à do art. 13º da Convenção Modelo. Tal normativo permite que os ganhos decorrentes da alienação de imóveis sejam tributados no Estado da Residência e da Fonte, em simultâneo, mas reserva o direito de tributação de mais valias decorrentes de alienação de partes sociais para o Estado da Residência²¹. Por outro lado, poderia ainda ser aplicável o art. 26º do EBF, que isenta de imposto as mais valias respeitantes a partes sociais, outros valores mobiliários, warrants autónomos

¹⁹ Assumindo que não é aplicável a disposição anti abuso do art. 67º, n.º 10, do CIRC. Em todo o caso, a transferência de sede e direcção efectiva, e a conseqüente transferência de residência fiscal, para o estrangeiro pode ser motivada por razões económicas válidas.

²⁰ Portugal já celebrou ADT's com todos os Estados Membros do UE, no cumprimento do art. Portugal, no cumprimento do art. 293º do Tratado da CE.

²¹ Art. 13º, n.º 5º. A tributação de mais valias decorrentes da alienação de partes sociais que devam mais de 50% do seu valor a imóveis situados no Estado que não o da residências também pode ser levada a cabo nesse Estado (art. 13º, n.º 4).

emitidos por entidades residentes em território Português e negociados em mercados regulamentados de bolsa, realizadas por entidades ou pessoas singulares que não tenham domicílio em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual as mesmas sejam imputáveis, em determinadas condições, como seria o caso.

O mesmo se diga quanto à cessação de actividade de um estabelecimento estável que tenha permanecido em território nacional após uma operação de fusão ou cisão entre sociedades de Estados Membros. O art. 68º do CIRC exige, para a não consideração de resultados decorrentes da operação na esfera das sociedades contribuidoras e beneficiárias, que os elementos transmitidos em sequência da operação fiquem afectos a estabelecimento estável situado em território português. Ora, a cessação de actividade de tal estabelecimento estável, e conseqüente repatriamento dos elementos que lhe estavam afectos, não dará origem ao apuramento de quaisquer resultados, pelos mesmos motivos apontados para a transferência de residência das sociedades, ficando, assim, seriamente prejudicada a salvaguarda do direito de tributar do Estado, pois, desta forma, poderá ser efectuada uma fusão ou operação similar, deixando posteriormente de se verificar qualquer elemento de conexão com o território português, sem que sobre tal facto incida qualquer imposto.

Para o caso específico das fusões, cisões e permutas de partes sociais, assinala-se que o CIRS contém uma norma de incidência que permite a tributação da mais valia não realizada, pelo valor real das acções recebidas, aquando da perda de residência de uma pessoa singular que tenha recebido partes sociais em sequência de uma destas operações. Por alguma razão, não sentiu o legislador necessidade de introduzir preceito similar no CIRC. Assim sendo, e na sequência do supra exposto, não incidirá qualquer IRC sobre a mais valia não realizada aquando da perda de residência, nem sobre a efectiva realização da mais valia.

A solução é estranha, em face da aplicação do regime das fusões, mas a única possível, face à lei em vigor.

Poderá também verificar-se a hipótese mais prosaica de uma sociedade emigrar, mesmo que temporariamente, apenas com o propósito de realizar mais valias, situação que também não está prevista na lei.

Mesmo com o possível recurso à aplicação de cláusulas anti abuso, como seja o caso da cláusula geral do art. 38º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, ou o do art. 67º, n.º 10, do CIRC (para o caso específico das fusões), com o conseqüente processo próprio (art. 63º do Código de Procedimento e Processo

Tributário), teria o legislador que ter acautelado de forma mais prudente os efeitos da perda de residência, de forma a não ter que ser necessário o recurso a tais disposições, que apenas indirectamente resolveriam o problema (caso aplicáveis – como se referiu, a interpretação do art. 38º, n.º 2, da Lei Geral Tributária como idóneo para a desconsideração da operação não parece ser viável).

Portugal é o único país da UE ²² que não prevê alguma forma de tributação aquando da emigração de sociedades. A França, Alemanha, Luxemburgo, Bélgica, Grécia, Áustria e Suécia, quando uma sociedade perca a qualidade de residente, ou consideram como rendimentos das sociedades que emigrem os valores que resultassem da aplicação das regras respeitantes a liquidação de sociedades, ou impõem a liquidação efectiva do património da sociedade que emigra. Na Dinamarca, ficciona-se a venda de todos os activos da sociedade a valores de mercado, com excepção dos que fiquem afectos a estabelecimento estável que permaneça em território dinamarquês, tal como em Itália. Nos Países Baixos, quando a transferência de residência seja acompanhada de transferência de activos para o estrangeiro, equipara-se tal transferência a uma venda a valores de mercado ²³. A Irlanda também equipara a operação a uma venda a valores de mercado, excepto quanto aos elementos que fiquem afectos a estabelecimento estável localizado no seu território. Em Espanha, serão tributadas as mais valias não realizadas, excepto quando digam respeito a elementos que fiquem afectos a estabelecimento estável. A Finlândia impõe a distribuição dos bens da sociedade aos sócios ou a liquidação da sociedade, em alternativa. Por fim, a legislação do Reino Unido contém uma cláusula anti abuso, que permite equiparar a transferência dos activos à realização de um ganho de capital, quando a emigração seja levada a cabo com intuítos de evasão fiscal.

É, assim, ainda maior a perplexidade face à circunstância de todos os outros Estados Membros da UE preverem a situação, verificando-se “ *que a lei fiscal portuguesa é bem mais generosa do que as restantes legislações europeias, posto que não se limita a assegurar neutralidade fiscal à operação, com base no princípio da continuidade, uma vez que não despoleta a tributação nos casos em que os activos não fiquem afectos a um estabelecimento estável em Portugal*”²⁴.

²² De acordo com a informação disponível na base de dados “*European Taxation*”.

²³ No artigo “*Lower court Decides on Taxation of Hidden Reserves upon the Emigration of a Dutch Company*”, de Marc A. de Louw, in “*European Taxation*”, Dezembro de 1998, é descrito um exemplo prático da aplicação da norma que, à altura, era aplicável a estas situações. Tal norma veio, entretanto, a ser alterada no sentido enunciado.

²⁴ Francisco Sousa da Câmara, *ob. cit.*, pág. 96.

Pode colocar-se a questão de saber se tais formas de tributação são compatíveis com o Direito Comunitário, nomeadamente, com a liberdade de estabelecimento.

Ao nível da tributação de pessoas singulares, encontra-se, neste momento, a aguardar apreciação o processo C-9/02, em que é posta em causa a norma francesa que permite ao Estado tributar mais valias não realizadas aquando da mudança de domicílio fiscal de uma pessoa singular, por violação do princípio de liberdade de estabelecimento, tendo o Advogado-Geral Jean Mischo, nas suas conclusões, proposto a seguinte resposta à pergunta formulada: *“O artigo 52º do Tratado CE (que passou, após alteração a artigo 43º CE) opõe-se a uma legislação nacional, tal como a que está em causa no processo principal, que prevê, a cargo de todos os contribuintes que transferem o seu domicílio fiscal para outro Estado-Membro, um mecanismo de tributação imediata das mais valias não realizadas”* ²⁵ ²⁶.

É, desta forma, possível que a imposição de tributação na emigração de sociedades por parte de alguns Estados Membros venha a ser considerada pelo TJCE como desconforme com a liberdade de estabelecimento.

Em jeito de conclusão, e voltando novamente à ausência de regulamentação interna, a opção pela não cobrança, em geral, de um “imposto de saída” terá que ser considerada legítima. Porém, especialmente em casos como os expostos, não se afigura como possível que a Administração Fiscal (ou mesmo os Tribunais Fiscais) assumam uma posição passiva perante a operação e não tente, de alguma forma, reagir no sentido de dificultar a transferência. Sucede que os dispositivos ao seu dispor não são adequados para o efeito, como se espera ter demonstrado.

Mesmo nos casos em que apenas se verifique a transferência de sede, e não da direcção efectiva, mantendo-se a sociedade, face ao IRC, sujeita a uma obrigação ilimitada de imposto, a qualificação da sociedade como residente em Portugal pela aplicação do critério de conexão da direcção efectiva se torna difícil, face à jurisprudência comunitária estabelecida no Acórdão Centros.

²⁵ O TJCE já se pronunciou por diversas vezes quanto a questões semelhantes. No entanto, no que diz respeito a sociedades, apenas se conhecem os Acórdãos Daily Mail e Centros, que não tratam especificamente dos efeitos fiscais. No acórdão Daily Mail estava em causa a possibilidade de um Estado Membro poder impedir a transferência da sede da administração, em virtude de uma norma de natureza fiscal que impunha a obtenção de autorização para a emigração, e não a tributação causada por tal facto.

²⁶ Antoine Valat, *“Preliminary Ruling Requested from the ECJ as to whether the French Exit Tax is Compatible with the Freedom of Establishment”*, in *European Taxation*, Maio de 2002.