

O “EXIT TAX” NO CÓDIGO DO IRC

António Castro Caldas¹

Resumo:

A figura do “*exit tax*” foi introduzida no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas. De acordo com as normas aplicáveis, uma sociedade que transfira a sua residência fiscal para o estrangeiro, será tributada pelo valor de mercado dos elementos patrimoniais à data da cessão. Aplicam-se regras similares à cessação de actividade de um estabelecimento estável ou da transferência de elementos patrimoniais afectos a um estabelecimento estável para o estrangeiro. Neste artigo procede-se à análise das normas correspondentes.

An “exit tax” was introduced in the Portuguese Corporate Income Tax Code. According to the applicable provisions, a company that transfers its tax residence abroad will be taxed on the market value of its assets. Similar provisions apply to the termination of a permanent establishment or the repatriation of assets by a permanent establishment. Furthermore, the shareholders will also be taxed as effect of the transfer of tax residence. The corresponding provisions are analysed in this article.

Índice:

1. Introdução
2. Quadro legal anterior a 2006
3. Quadro legal vigente
 - 3.1. Transferência de residência - artigo 76.º-A
 - 3.1.1. Âmbito de aplicação e destinatários
 - 3.1.2. Qualificação dos rendimentos obtidos pela sociedade
 - 3.1.3. Caso especial de afectação dos elementos patrimoniais a um estabelecimento estável
 - 3.1.4 Norma anti-abuso
 - 3.1.5. Apuramento de ganhos ou perdas após a transferência de residência

¹ Uría Menéndez e ISG

- 3.2. Cessação de actividade de estabelecimento estável e transferência de elementos patrimoniais afectos a estabelecimento estável - artigo 76.º-B
- 3.3. Regime aplicável aos sócios - artigo 76.º-C
- 3.4. Conformidade dos artigos 76.º-A a 76.º-C com o Direito Comunitário

1. INTRODUÇÃO

Os artigos 76.º-A a 76.º-C do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“IRC”)² vieram introduzir no ordenamento jurídico português a figura do “*exit tax*”. A Subsecção V-A do Código do IRC (“Transferência de residência de uma sociedade para o estrangeiro e cessação de actividade de entidades não residentes”), que trata desta matéria, encontra-se integrada na secção VI (“Disposições comuns e diversas”) do Capítulo III (“Determinação da Matéria Tributável”) do Código, tendo sido criada pelo Orçamento do Estado para o ano de 2006, aprovado pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (“OE2006”).

Embora estas disposições já tenham um período de vigência considerável, ainda não foi (tanto quanto é do nosso conhecimento) elaborado qualquer estudo aprofundado sobre este tema. Desta forma, e tendo em conta o interesse e actualidade da matéria, pretende-se, com o presente texto, proceder à análise dessas normas.

Este tipo de figura já havia sido anteriormente adoptada pela maior parte dos ordenamentos jurídico-fiscais europeus, mas, com excepção de algumas normas isoladas, que adiante se abordarão, apenas foi introduzida no ordenamento jurídico-fiscal português com o OE2006.

De uma maneira geral, os chamados “*exit taxes*” visam tributar ganhos potenciais ou latentes relativos a elementos patrimoniais de determinado sujeito passivo no momento em que, em virtude de uma alteração na residência fiscal desse sujeito passivo, este deixe de estar sujeito a imposto no Estado da residência de origem pelos seus rendimentos obtidos a nível global (ou seja, no momento em que a matéria tributável deixa de ser constituída pelo “*world wide income*”), modificando-se o poder que cabia a esse Estado de tributar tais ganhos aquando da sua efectiva

² Salvo indicação em sentido contrário, todos os preceitos legais referidos neste texto sem indicação do diploma em que se inserem dizem respeito ao Código do IRC.

concretização futura.

Esta figura tem, em princípio, a dupla função de “*proteger as receitas fiscais do Estado de residência, penalizando a mudança de sede ou fenómeno análogo, pela erecção de uma “muralha fiscal” apenas transponível pelo pagamento prévio do imposto sobre os ganhos de capital potenciais (mais-valias latentes) que se consideram ficticiamente realizados pelo próprio acto de deslocalização*”³ e também de funcionar como norma anti-abuso de aplicação automática (assim evitando situações em que, por intermédio da mudança de residência de determinada entidade, um ganho obtido pela entidade em questão não seja objecto de tributação efectiva em Portugal ou em qualquer outro Estado)⁴.

O estudo e a análise desta figura e das normas legais que a implementaram no ordenamento jurídico português reveste-se, no nosso entendimento, não só de indiscutível utilidade, tendo em conta a cada vez maior mobilidade das empresas (tanto por razões de competitividade fiscal como por outras, como sejam a mera reorganização ou a deslocação de instalações produtivas), mas também de manifesto interesse teórico, em virtude das interessantes questões que se colocam.

Para mais, Portugal foi recentemente instado pela Comissão Europeia a alterar a sua legislação sobre tributação à saída (Processo 2007/2365), em virtude de ter considerado que “*esta tributação imediata penaliza as empresas que pretendem sair de Portugal (...) ou transferir activos para o estrangeiro, na medida em que lhes reserva um tratamento menos favorável em comparação com o que é dado às empresas que permanecem no país ou transferem os seus activos internamente. Em consequência, as regras em questão tendem a dissuadir as empresas de exercerem a liberdade de estabelecimento, pelo que restringem a aplicação do artigo 43.º do Tratado CE e a correspondente disposição do Acordo EEE*”.

Acresce que a Comissão Europeia já propôs (COM (2006) 825) que os Estados-Membros coordenem a sua legislação respeitante a “*exit taxes*” no sentido de tornar “*as suas regras em matéria de tributação à saída compatíveis com as exigências do direito comunitário e com a legislação de cada um dos Estados-Membros*”, tendo tal intenção sido reforçada pelo Conselho

³ XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, 2007, págs. 399 e ss.

⁴ SALDANHA SANCHES, J.L.: *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006, págs. 327 e ss, e 352 e ss..

da União Europeia em Dezembro de 2008 (Resolução de 2 de Dezembro de 2008).

O facto de esta figura estar a ser objecto de crescente análise e discussão no âmbito das instituições da União Europeia bem demonstra a actualidade do tema.

No presente trabalho procurar-se-á, para além de lembrar o enquadramento legal prévio às alterações legislativas levadas a cabo pelo OE2006, dar a conhecer as principais características desta figura, por um lado, e, por outro, abordar os vários problemas colocados pela introdução da figura no ordenamento jurídico português.

2. QUADRO LEGAL ANTERIOR A 2006

Anteriormente à entrada em vigor do OE2006, nenhuma disposição constante do Código do IRC permitia, no nosso entender, a imposição de qualquer tipo de tributação aquando da transferência de residência fiscal da sede de um sujeito passivo de IRC para o estrangeiro (ou seja, aquando da “emigração” de uma sociedade)⁵.

De facto, de nenhum preceito do Código do IRC se podia retirar a existência de qualquer norma de incidência que pudesse ser apta a determinar a tributação nestes casos⁶.

No Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“IRS”), no entanto, já se encontrava uma norma que consistia numa aproximação ao “*exit tax*”, aplicável aos casos em que uma pessoa singular, que tivesse recebido partes sociais aquando de uma operação de fusão, cisão ou permuta de partes sociais ao abrigo do regime da neutralidade fiscal e que, em consequência, não houvesse sofrido qualquer tributação pela diferença entre o valor das partes sociais antigas e o valor das partes sociais novas, perdesse a qualidade de residente em território nacional.

Nestas situações, estabelece (e estabelecia à data) o Código do IRS (artigo 10.º, n.ºs 8, 9 e 10) que

⁵ Neste sentido, CUNNINGHAM, William: “O Conceito de Residência das Pessoas Colectiva na Legislação e na Prática Fiscais Portuguesas”, *Fisco*, 69, 1994, págs. 3 e ss., SOUSA DA CÂMARA, Francisco: “A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 403, 2001, págs. 80 e ss., CUNHA RODRIGUES, Nuno: “A propósito da proposta de 14.ª Directiva das Sociedades Comerciais: a transferência internacional da sede”, *Fiscalidade*, 22, 2005, págs. 61 e ss., e, do autor, “A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC”, *Fiscalidade*, 15, 2003, págs. 27 e ss. Em sentido contrário, FREITAS PEREIRA, M.H., “Consequências fiscais das cisões”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 375, 1994, pág. 92.

⁶ Cfr., neste sentido, SOUSA CÂMARA, *ob. cit.*, e CUNNINGHAM, *ob. cit.*, e, em sentido contrário, FREITAS PEREIRA, *ob. cit.*. Note-se que a posição de FREITAS PEREIRA é isolada, não sendo conhecida pelo autor qualquer outra posição em sentido idêntico.

há lugar ao apuramento de uma mais valia, no ano da perda da residência, correspondente à diferença entre o valor real das acções recebidas e o valor de aquisição das antigas⁷.

Ainda assim, a verdade é que não existia qualquer norma de conteúdo semelhante para efeitos de IRC.

Ou seja, da lei não decorria a existência de qualquer “*exit tax*”, o que, de resto, era confirmado pela maioria da doutrina existente.

Embora tal ausência pudesse decorrer da mera generosidade da legislação portuguesa (pelo menos quando comparada com a maioria dos sistemas fiscais europeus), principalmente nos casos em que, a montante, tivesse sido atribuído um benefício ou uma exclusão de tributação (como nos casos de fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais em que, por aplicação do regime da neutralidade fiscal, se tivesse verificado um diferimento de tributação de mais-valias), a verdade é que parece ter sido entendido que a inexistência de normas de incidência com estas características correspondia a uma efectiva lacuna na lei, o que terá consistido na razão aparente pela qual no Orçamento do Estado para o ano de 2004 (“OE 2004”), aprovado pela Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro (cfr. artigo 31.º), era conferida uma autorização legislativa ao Governo para alterar os Códigos do IRS e do IRC para que estes passassem a prever que:

“a) Na determinação do lucro tributável do exercício da cessação de actividade, por transferência da sede e direcção efectiva de sociedades para fora do território português, devem considerar-se como componentes positivas ou negativas as diferenças verificadas entre os valores de mercado e os respectivos valores contabilísticos fiscalmente aceites dos elementos patrimoniais, excepto quando tais elementos fiquem afectos a um estabelecimento estável situado em território português da mesma entidade, podendo, nesse caso, ser aplicável o disposto no artigo 68.º;

b) O disposto na primeira parte da alínea anterior deve igualmente considerar-se aplicável, com as necessárias adaptações, na determinação do lucro tributável imputável a um estabelecimento estável de uma entidade não residente situado em território português no exercício em que cesse

⁷ Note-se que a validade desta norma em face do quadro legal europeu parece estar totalmente posta em causa, tendo em conta a doutrina decorrente do ⁵acórdão⁵ do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*) e C-470/04 (N).

totalmente o exercício da sua actividade em território português ou quando se trate de elementos patrimoniais que, estando previamente afectos a um estabelecimento estável situado em território português, sejam transferidos para o estrangeiro;

c) Consideram-se como mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos ou perdas que sejam apurados nas partes do capital de uma sociedade à data em que tiver lugar a transferência da sede e direcção efectiva para fora do território português”.

Embora tal autorização legislativa tivesse acabado por caducar, o OE2006 veio, finalmente, introduzir o “*exit tax*” no ordenamento jurídico-fiscal português, mais concretamente para efeitos de IRC⁸, nos termos que se passarão a expor.

3. QUADRO LEGAL VIGENTE

Neste capítulo, serão abordados separadamente os artigos 76.º-A, 76.º-B e 76.º-C, do Código do IRC.

Antes dessa análise, cumpre ainda referir, a título preliminar, que o artigo 64.º do OE2006, que criou as normas referidas, pretendia, nas palavras do legislador, proceder à transposição da Directiva n.º 2005/19/CE, do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, que veio alterar a Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e entradas de activos e permutas de partes sociais, no sentido de harmonizar a tributação da transferência de sede de Sociedades Europeias ou Sociedades Cooperativas Europeias.

Assim, um intérprete mais apressado poderia daqui concluir que a introdução de um “*exit tax*” decorreria de imposição comunitária.

Não obstante, não é essa a realidade (independentemente daquilo que o legislador terá querido sugerir). O que a mencionada Directiva proíbe (não o impondo de forma alguma) é a cobrança de imposto gerada por transferências de sede de Sociedades Europeias ou Sociedades Cooperativas Europeias em determinadas circunstâncias, tendo obviamente por destinatários directos, em nosso

⁸ Embora a autorização legislativa do OE 2004 tivesse também sido conferida para efeitos de IRS, não foi introduzido qualquer “*exit tax*” neste imposto, possivelmente em virtude da jurisprudência europeia que entretanto se formou de forma absolutamente clara para pessoas singulares - cfr. acórdão⁵ do TJCE C-9/02 (Lasteyrie du Saillant) e C-470/04 (N).

entender, os Estados-Membros que cobravam impostos com estas características, o que, recorde-se, não era o caso de Portugal.

Assim sendo, a Directiva em questão não carecia de qualquer tipo de transposição em Portugal (na parte respeitante às transferências de sede), na medida em que, pura e simplesmente, não era cobrado qualquer imposto a este respeito.

Em conclusão, o novo regime tem origem exclusiva na decisão do legislador interno e não decorre de qualquer imposição comunitária, ao contrário do sugerido pela letra do OE2006.

3.1. Transferência de residência - artigo 76.º-A

Nos termos da actual redacção do n.º 1 do artigo 76.º-A do CIRC, *“Para a determinação do lucro tributável do exercício da cessação de actividade de entidade com sede ou direcção efectiva em território português, incluindo a Sociedade Europeia e a Sociedade Cooperativa Europeia, por virtude de a sede e a direcção efectiva deixarem de se situar neste território, constituem componentes positivas ou negativas as diferenças entre os valores de mercado e os valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais à data da cessação”*.

3.1.1. Âmbito de aplicação e destinatários

O primeiro apontamento a retirar da norma consiste na circunstância de a sua aplicação depender da transferência simultânea da sede e da direcção efectiva, como consequência lógica do critério alternativo adoptado pelo legislador português para efeitos de qualificação de uma entidade como residente em território nacional. Com efeito, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, al. a) e al. b), são sujeitos passivos de IRC as entidades que possuam em território nacional sede ou direcção efectiva⁹.

Assim, não faria sentido aplicar o artigo 76.º-A a uma entidade que, tendo sede e direcção efectiva em território nacional, transferisse apenas uma delas (sede ou direcção efectiva) para o estrangeiro, uma vez que, nesse caso, a entidade continuaria sujeita a imposto em território nacional por aqui permanecer um dos elementos de

⁹ Note-se, no entanto, que esta norma terá necessariamente que ceder quando seja aplicável uma CDT, em virtude das normas próprias que estes contêm em matéria de conflito de normas relativos à residência.

conexão, não se modificando o poder tributário do Estado Português.

Refira-se, no entanto, que a aplicação da norma já não será isenta de dúvidas nos casos em que seja aplicável uma Convenção para evitar a Dupla Tributação (“CDT”) na qual se preveja como “*tie breaker rule*” para as situações de dupla residência de sociedades a regra que estabelece que as sociedades serão consideradas residentes do Estado no qual se encontre a respectiva direcção efectiva¹⁰. Com efeito, num caso em que apenas a direcção efectiva é transferida para o exterior, não haverá dúvida que, em face da CDT eventualmente aplicável e para efeitos da respectiva aplicação, a sociedade será considerada residente apenas desse Estado, ficando o poder tributário do Estado onde essa direcção originalmente se encontrava limitado aos rendimentos que, de acordo com essa mesma CDT, possam ser tributados no Estado da fonte. Assim, no que a esses dois Estados diz respeito, a tributação sobre o seu *world wide income* apenas poderá ser imposta no Estado da direcção efectiva¹¹.

Muito simplesmente, a transferência isolada da direcção efectiva não se encontra abrangida pela previsão legal do artigo 76.º-A, na medida em que, como vimos, esta exige que tanto a sede como a direcção efectiva deixem de se situar em território nacional. Se a previsão faz todo o sentido exclusivamente face à lei interna portuguesa, passa a ser inútil nos casos em que, face à aplicabilidade de uma CDT, uma sociedade transfira a sua direcção efectiva para o outro Estado Contratante.

Ainda no que diz respeito aos destinatários da norma, o artigo 76.º-A aplica-se a todos os sujeitos passivos de IRC, independentemente do regime de tributação a que se

¹⁰ Cfr. artigo 4.º, n.º 3, da Convenção Modelo da OCDE, na qual se estabelece que nos casos em que uma sociedade seja considerada como residente de ambos os Estados Partes em virtude das respectivas normas internas de incidência subjectiva, a mesma será considerada apenas residente do Estado no qual se localize a sua direcção efectiva. A propósito das questões relacionadas com a dupla nacionalidade das sociedades, ver SOUSA DA CÂMARA, Francisco: “A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação”, *ob. cit.*

¹¹ Evidentemente que, continuando a sociedade a ser residente de acordo com a lei interna, o facto de ser transferida a direcção efectiva para outro Estado é irrelevante para a aplicação de uma CDT com um terceiro Estado (*i.e.*, com um Estado para o qual não seja transferida a direcção efectiva, mas no qual a sociedade continue a obter rendimentos), uma vez que, para esses efeitos, a sociedade apenas será considerada residente de em Portugal, de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, da CMOCDE, não chegando, em princípio, a ser activada a *tie breaker rule*, já que muito dificilmente essa sociedade se poderá considerar residente simultaneamente em Portugal e nesse terceiro Estado. Cfr, a propósito de situações triangulares na aplicação de tratados, SOUSA DA CÂMARA, Francisco: “A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação”, *ob. cit.*

encontrem sujeitos e de quaisquer isenções de que possam beneficiar.

Em particular, a norma aplicar-se-á a Sociedades Europeias ou Sociedades Cooperativas Europeias. Nos termos do Regulamento (CE) N.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da Sociedade Europeia, e do Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), este tipo de entidades podem transferir a sua sede para outro Estado-Membro da União Europeia sem que tal implique a sua dissolução ou a criação de uma nova pessoa colectiva¹².

A isto acresce que tal transferência também não deverá ser proibida ou dificultada por normas de natureza fiscal. A este respeito, referem os considerandos da Directiva n.º 2005/19/CE, do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005 (que, recorde-se, foi pretensamente transposta pelos artigos em análise), o seguinte:

“(6) A transferência da sede de uma sociedade constitui um modo de exercer a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 43.º e 48.º do Tratado. Não são transferidos quaisquer activos e a sociedade e os respectivos sócios não obtêm quaisquer rendimentos, lucros ou mais-valias com essa transferência. A decisão da sociedade de proceder a uma reorganização das suas actividades transferindo a sua sede não deverá ser entravada por normas fiscais discriminatórias ou por outras restrições, desvantagens ou distorções resultantes de legislações fiscais nacionais contrárias ao direito comunitário. A transferência da sede de uma SE ou SCE de um Estado-Membro para outro nem sempre implica que a SE ou a SCE deixe de ter residência fiscal no primeiro Estado-Membro. A residência fiscal da SE ou da SCE continua a ser determinada pela legislação nacional e pelas convenções fiscais.

(7) A transferência da sede de uma empresa, ou um acontecimento conexo, que implique a mudança de residência fiscal, poderá dar lugar a tributação no Estado-Membro de onde a sede é transferida. A tributação poderá também ocorrer no caso de a transferência da sede, ou um acontecimento conexo, não implicar uma mudança

¹² O que já era possível quanto a sociedades de nacionalidade portuguesa, mas não em todos os ordenamentos jurídicos europeus.

de residência fiscal. Para atender a essa eventualidade no que toca à SE ou SCE, foi introduzida na Directiva 90/434/CEE uma série de novas regras. No caso em que, após a transferência da sede, os activos da SE ou da SCE permaneçam efectivamente afectos a um estabelecimento estável pertencente à SE ou à SCE e situado no Estado-Membro de onde a sede foi transferida, o referido estabelecimento estável deverá poder beneficiar de vantagens similares às previstas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º da Directiva 90/434/CEE. Esses artigos referem-se às provisões e reservas isentas de imposto e à assunção dos prejuízos. Além disso, de acordo com os princípios do Tratado, convém excluir a tributação dos sócios aquando da transferência da sede. Atendendo a que os Estados-Membros são obrigados, por força do disposto no Tratado, a tomar todas as medidas necessárias para abolir a dupla tributação, não é necessário estabelecer, nesta fase, regras comuns sobre a residência fiscal da SE ou da SCE”.

3.1.2. Qualificação dos rendimentos obtidos pela sociedade

Como se pode ler na transcrição da norma *supra*, no caso de transferência de residência fiscal para o estrangeiro, “*constituem componentes positivas ou negativas as diferenças entre os valores de mercado e os valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais à data da cessação*”.

Desta forma, considera-se, para efeitos desta norma, que, no exercício da cessação de actividade, o sujeito passivo realiza todo o seu património a valores de mercado, sendo os correspondentes resultados tributados à taxa de IRC aplicável.

No entanto, o preceito em questão não qualifica que tipo de rendimento se deve considerar como tendo sido obtido em face dos resultados apurados. Tal qualificação não é despicienda e permitiria resolver algumas dúvidas decorrentes da forma vaga como a norma está redigida. Com efeito, e a título de exemplo, poderão existir dúvidas sobre a qualificação da componente positiva ou negativa determinada nos termos da norma respeitante a elementos do activo imobilizado, na medida em que, do ponto de vista teórico, poderemos estar perante uma mais-valia ou menos-valia ou perante um

tipo de facto tributário atípico¹³, ao qual poderiam não ser aplicáveis as normas de determinação da mais-valia tributável (pense-se, por exemplo, nos coeficientes de desvalorização monetária). Por outro lado, também não decorre de forma expressa da lei, também a título de exemplo, que uma isenção que seria aplicável à transmissão onerosa de desses elementos (pense-se na isenção de IRC sobre as mais-valias obtidas com partes sociais de que beneficiam as sociedades gestoras de participações sociais) se possa aplicar nos casos do artigo 76.º-A.

Parece-nos que a interpretação mais razoável da lei é no sentido de os ganhos presumidos aquando da transferência de residência fiscal deverem ser determinados nos termos que seriam aplicáveis à transmissão onerosa dos elementos patrimoniais em questão, pois é essa a solução que decorre da *ratio legis* presumível do preceito. Não obstante, não nos parece que se possam considerar, do ponto de vista conceptual, esses ganhos como mais-valias ou proveitos relativos a vendas de produtos, pois na realidade, não ocorre qualquer transmissão (onerosa ou não). Desta forma, parece-nos que este tipo de rendimento deverá considerar-se como um tipo tributário autónomo, sem prejuízo de a sua determinação dever ser efectuada nos termos que seriam aplicáveis à sua transmissão onerosa¹⁴.

De acordo com o mesmo raciocínio, deverão ser inteiramente aplicáveis as eventuais isenções de que beneficiaria a respectiva transmissão onerosa a terceiros.

3.1.3. Caso especial de afectação dos elementos patrimoniais a um estabelecimento estável

Os números 2, 3 e 4 do artigo 76.º-A têm a seguinte redacção:

“2 - O disposto no número anterior não se aplica aos elementos patrimoniais que permaneçam efectivamente afectos a um estabelecimento estável da mesma entidade e contribuam para o respectivo lucro tributável, desde que sejam observadas

¹³ *I.e.*, perante um rendimento não reconduzível a nenhum tipo de rendimento concreto, mas antes autónomo face a esses outros tipos.

¹⁴ Como consequência, e no que aos “valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais” de elementos do activo imobilizado diz respeito, deverá entender-se, na nossa opinião, que a lei se refere ao valor de aquisição corrigido nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do Código do IRC (*i.e.*, “o valor de aquisição deduzido das reintegrações ou amortizações praticadas”), actualizado nos termos do artigo 44.º, quando aplicável.

relativamente a esses elementos as condições estabelecidas pelo n.º 3 do artigo 68.º, com as necessárias adaptações.

3 - É aplicável à determinação do lucro tributável do estabelecimento estável, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 4 do artigo 68.º.

4 - Na situação referida no n.º 2, os prejuízos fiscais anteriores à cessação de actividade podem ser deduzidos ao lucro tributável imputável ao estabelecimento estável da entidade não residente, nos termos e condições do artigo 15.º”.

Dos preceitos *supra* transcritos decorre que, nos casos em que os elementos em questão fiquem afectos a um estabelecimento estável em Portugal da entidade que transferiu a sua residência fiscal para o exterior, não haverá qualquer tributação nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, sendo tal tributação diferida para o momento em que os correspondentes ganhos sejam efectivamente apurados (um pouco à semelhança do que ocorre nos casos de fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais)¹⁵. Com efeito, não seria razoável aplicar o n.º 1 do artigo 76.º-A nos casos em que o poder tributário do Estado Português não sofre qualquer alteração (uma vez que, como é sabido, os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes são, de uma maneira geral, tributados como se de entidades residentes se tratassem).

No entanto, para o efeito, o estabelecimento estável deverá, em virtude da remissão para o artigo 68.º, n.º 3, inscrever os elementos patrimoniais transmitidos na respectiva contabilidade com os mesmos valores que tinha na contabilidade da sociedade que transferiu a residência fiscal para o estrangeiro, devendo tais valores ser os que resultam da aplicação das disposições do Código do IRC ou de reavaliações feitas ao abrigo de legislação de carácter fiscal (à semelhança do que acontece nos casos de fusões, cisões, entradas de activos).

Neste caso, o lucro tributável do estabelecimento estável deverá ser apurado nos

¹⁵ A lei não esclarece como resolver os casos em que a sociedade que transfere a sua residência tenha um estabelecimento estável no estrangeiro. Como é óbvio, os elementos afectos a esse estabelecimento estável não poderão permanecer afectos ao estabelecimento estável que a sociedade, em virtude da transferência de residência, deva ter em Portugal. Assim, aparentemente, verificar-se-á sempre a tributação dos elementos patrimoniais afectos a esse estabelecimento estável estrangeiro por ocasião da transferência de residência.

termos do artigo 68.º, n.º 4¹⁶, aplicável *ex vi* artigo 76.º-A, n.º 3, ou seja, numa lógica de continuidade face à sociedade que transferiu a sua residência fiscal para o exterior. Pela mesma razão, de acordo com o n.º 4 do artigo 76.º-A, os prejuízos fiscais da sociedade anteriores à cessação poderão, na medida em que correspondam aos elementos patrimoniais afectos ao estabelecimento estável, ser deduzidos aos lucro tributável imputável a esse estabelecimento estável, nos termos e condições do artigo 15.º. Refira-se que esta solução já se encontrava anteriormente prevista no artigo 15.º, n.º 1, al. c), 1), sendo necessária autorização do director-geral dos impostos, mediante requerimento dos interessados entregue até ao fim do mês seguinte ao da data da cessação da actividade, devendo ser demonstrada a correspondência dos prejuízos com os elementos afectos ao estabelecimento estável.

3.1.4. Norma anti-abuso

Por fim, estabelece o n.º 5 do artigo 76.º-A que “*O regime especial estabelecido nos n.ºs 2, 3 e 4 não se aplica nos casos estabelecidos no n.º 10 do artigo 67.º do CIRC*” no qual, por sua vez, se prevê, a propósito do regime especial aplicável a fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais, o seguinte:

“O regime especial estabelecido não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das

¹⁶ Nos termos deste preceito, o lucro tributável de uma sociedade beneficiária numa fusão, cisão ou entrada de activos deverá ser apurado tendo em conta o seguinte: “a) O apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos é feito como se não tivesse havido fusão, cisão ou entrada de activos; b) As reintegrações ou amortizações sobre os elementos do activo imobilizado transferidos são efectuados de acordo com o regime que vinha sendo seguido nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora; c) As provisões que foram transferidas têm, para efeitos fiscais, o regime que lhes era aplicável nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora.”

sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”.

Este número não constava da versão inicial da norma, tendo sido aditado pelo artigo 99.º da Lei n.º 53-A/2006 de 29 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2007 (“OE2007”).

Assim, caso se verifique que a transferência de residência fiscal para o estrangeiro não é feita por razões economicamente válidas, o facto de os elementos patrimoniais dessa sociedade ficarem afectos a um estabelecimento estável será irrelevante, sendo aplicável o n.º 1 do artigo 76.º-A independentemente desse facto.

A norma em questão consiste claramente numa norma anti-abuso (à semelhança do que a administração tributária já considerou a propósito do artigo 67.º, n.º 10, no Despacho da Direcção de Serviços de IRC de 17/1/2004, proferido no âmbito do processo 771/2002), pelo que deverá ser aplicada de acordo com o procedimento previsto no artigo 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário.

Com efeito, nos termos desse preceito, *“Consideram-se disposições antiabuso, para os efeitos do presente Código, quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos”.*

O procedimento referido deverá ser aberto no prazo de três anos, como se estabelece no n.º 3 do referido artigo 63.º, e depende de audição prévia do contribuinte.

Deve salientar-se que, ainda nos termos do artigo 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário, as disposições anti-abuso não serão aplicáveis quando o contribuinte tenha solicitado à administração tributária informação vinculativa sobre os factos que a tiverem fundamentado e tal pedido não tenha sido objecto de decisão no prazo de seis meses.

3.1.5. Apuramento de ganhos ou perdas após a transferência de residência

A lei não refere o modo de determinação dos ganhos respeitantes aos elementos

patrimoniais referidos na norma obtidos após a transferência de residência fiscal fora dos casos em que tais elementos fiquem afectos a um estabelecimento estável. Naturalmente, que esta questão apenas tem interesse prático nos casos em que o Estado Português mantenha o poder de tributar esses ganhos de acordo com a CDT eventualmente aplicável. Com efeito, caso esses ganhos sejam considerados como rendimentos que, de acordo com essa CDT, apenas possam ser tributados no Estado da residência (por se tratarem, por exemplo, de mais-valias mobiliárias ou serem considerados como “lucros das empresas” ou “outros rendimentos” para efeitos das cláusulas equivalentes aos artigos 7.º e 21.º da Convenção Modelo da OCDE (“CMOCDE”)), o Estado português não poderá tributar tais ganhos.

No entanto, relativamente a rendimentos que possam ser tributados em Portugal (nos casos em que existam normas internas de incidência objectiva e territorial aplicáveis e em que não seja aplicável uma CDT ou que, sendo aplicável uma CDT, a mesma permita a tributação de tais rendimentos em Portugal ou em que, pura e simplesmente, não é accionada a protecção conferida pela CDT), a lei não esclarece qual o impacto da tributação que se verificou aquando da transferência de residência.

Assim, fica a dúvida sobre qual o valor de aquisição a considerar para efeitos da determinação de uma mais-valia futura sujeita a imposto.

Como é evidente, qualquer solução que não tenha em conta o facto de já ter sido anteriormente tributado um ganho com base no valor de mercado do correspondente elemento patrimonial será profundamente injusta. Com efeito, caso se considere como valor de aquisição para efeitos do apuramento de uma mais-valia o valor efectivo de aquisição, ignorando o facto de o sujeito passivo já ter sido anteriormente tributado com base no valor de mercado à data da transferência, este pagará imposto duas vezes sobre o mesmo montante (*i.e.*, sobre a diferença entre o valor de aquisição e o valor de mercado), assim se verificando uma dupla tributação de difícil ou nenhuma justificação.

Qualquer tributação neste caso seria claramente excessiva e de constitucionalidade questionável face ao princípio da capacidade contributiva.

Assim, e embora tal não decorra de forma expressa da lei, não poderá deixar de se considerar como valor de aquisição, neste tipo de casos, o valor de mercado sobre o qual tenha incidido anteriormente imposto nos termos do artigo 76.º-A.

A lei também não esclarece o que ocorre caso, num momento posterior à transferência de residência, seja apurado uma mais-valia decorrente de uma venda por um preço inferior ao valor de mercado ou mesmo uma menos-valia. Nestes casos, seria da mais elementar justiça, tendo em conta a *ratio legis* presumível da norma, que o Estado Português procedesse ao reembolso do imposto que se verificasse ter sido cobrado em excesso no momento da cessação de actividade, na medida em que não corresponde a um ganho efectivo. No entanto, também quanto a este ponto o legislador optou por não esclarecer qual a solução. A este respeito, dir-se-á apenas que, na ausência de uma norma que o preveja, não se vislumbra como seja possível recuperar o imposto que se verificou *a posteriori* ser excessivo.

O que nos parece certo é que, em face destas dúvidas, se deve concluir que a introdução de um “*exit tax*” foi efectuada de forma apressada e deveria ter sido acompanhada de normas que evitassem os resultados absurdos que das normas em questão decorrem.

Na nossa opinião, e embora não constitua o objecto do presente artigo propor alterações legislativas, dir-se-á apenas que, nos casos em que o poder do Estado Português de tributar os ganhos com os elementos patrimoniais se mantém, nos parece possível encarar uma de duas soluções alternativas *de jure constituendo* (pelo menos para os casos em que o Estado Português mantém o poder de tributar os rendimentos obtidos após a transferência): (i) diferir a tributação para o momento do respectivo apuramento, sendo a base tributável e a taxa aplicável determinadas como se a sociedade não tivesse transferido a sua residência fiscal para o estrangeiro¹⁷ ou (ii) imputar o imposto pago aquando da transferência de residência ao imposto devido em

¹⁷ O que, reconhecemos, poderá ser de difícil aplicação nos casos em que o Estado Português perde o direito de tributar esses ganhos de acordo com uma CDT, para além de se poderem verificar dificuldades ao nível do controlo do apuramento do ganho.

função do apuramento do ganho, a título de crédito de imposto, havendo lugar ao reembolso do excesso, quando aplicável, devendo também a base tributável e a taxa aplicável ser determinadas como se a sociedade não tivesse transferido a sua residência fiscal para o estrangeiro.

Por fim, refira-se ainda que, posteriormente à transferência de residência, o Estado de acolhimento poderá tributar os ganhos obtidos com os elementos que foram anteriormente tributados em Portugal. Neste caso, poderão existir situações em que a eventual dupla tributação de ganhos relativos aos elementos transmitidos (causada pela cumulação da tributação à saída em Portugal com a posterior tributação aquando da obtenção efectiva do ganho no Estado da sede) poderá não ser eliminada ou sequer atenuada, uma vez que tal possibilidade depende da legislação do Estado de acolhimento.

3.2. Cessação de actividade de estabelecimento estável e transferência de elementos patrimoniais afectos a estabelecimento estável - artigo 76.º-B

Estabelece o artigo 76.º-B o seguinte:

“O disposto no n.º 1 do artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, na determinação do lucro tributável imputável a um estabelecimento estável de entidade não residente situado em território português, quando ocorra:

- a) A cessação de actividade em território português;*
- b) A transferência, por qualquer título material ou jurídico, para fora do território português de elementos patrimoniais que se encontrem afectos ao estabelecimento estável”.*

Como resulta da transcrição, trata esta norma do caso de cessação de actividade de um estabelecimento estável ou da transferência para o estrangeiro dos elementos afectos ao mesmo. De acordo com a experiência do autor, e tal como seria expectável, estas situações verificam-se com muito mais frequência do que as tratadas em 3.1.

Desta forma, caso se verifique alguma das circunstâncias referidas no artigo 76.º-B, serão consideradas, para efeitos de apuramento do lucro tributável do exercício em que ocorram, como *“componentes positivas ou negativas as diferenças entre os valores de mercado e os*

valores contabilísticos relevantes dos elementos patrimoniais à data da cessação”.

Esta norma vem preencher um vazio legislativo que existia a respeito do regime da neutralidade fiscal das operações de fusão, cisão ou entradas de activos, nos casos em que a aplicação do regime da neutralidade ficava dependente da afectação dos activos da sociedade contribuidora a um estabelecimento estável em território português. Com efeito, não estava prevista na lei qualquer consequência para a posterior cessação de actividade desse estabelecimento estável e consequente repatriamento daqueles activos (ou sequer para o mero repatriamento dos activos sem cessação de actividade). Assim, neste tipo de situações, a coerência do regime da neutralidade ficava claramente posta em causa, na medida em que este pressupõe um diferimento da tributação sobre esses activos para o momento do apuramento do respectivos ganhos efectivos, o que, nestes casos, nunca chegaria a ocorrer (nos casos em que o Estado Português perdia o poder de tributar esses ganhos).

A primeira dúvida que surge em face deste artigo consiste em saber se o mesmo será aplicável nos casos em que seja aplicável uma CDT e, em caso afirmativo, em que termos.

A este respeito, referem os Comentários à CMOCDE¹⁸ o seguinte:

“15. Vários Estados consideram ter havido realização de lucros tributáveis quando um bem - quer se trate de um stock de mercadorias ou não - que faça parte do activo de um estabelecimento estável situado no seu território é transferido para um estabelecimento estável ou para a sede central da mesma empresa situada noutra Estado. Ao abrigo do Artigo 7.º, esses Estados podem tributar os lucros que se considera terem sido gerados pela referida transferência, podendo os mesmos ser determinados como a seguir se refere. Nos casos em que essa transferência ocorre, sendo ou não permanente, coloca-se a questão de saber em que momento há realização de lucros tributáveis. Com efeito, na prática, quando estes bens têm um valor de mercado substancial e são susceptíveis de figurar no balanço do estabelecimento estável importador, ou de uma outra parte da empresa, para além do exercício durante o qual eles foram transferidos, a realização de lucros tributáveis não se

¹⁸ Parágrafo 15 do Comentário ao artigo 7.º.

verificará necessariamente, no que diz respeito ao conjunto da empresa, no exercício durante o qual ocorreu a transferência. Ora, o simples facto de estes bens saírem de uma jurisdição fiscal pode determinar a tributação das reservas latentes com eles conexas, uma vez que a noção de realização depende do direito interno dos países.

15.1. Quando os países em que operam os estabelecimentos estáveis tributam os lucros imputáveis às transferências internas, a partir do momento em que se verificam, mesmo quando a sua realização efectiva não ocorra senão num exercício comercial ulterior existirá obrigatoriamente um lapso de tempo entre o momento em que os impostos são pagos no estrangeiro e a imputação subjacente no país da sede da empresa. Este lapso de tempos origina um problema importante, designadamente quando um estabelecimento estável transfere activos fixos ou - no caso de liquidação - a totalidade dos bens de exploração para o resto da empresa de que faz parte. Nestes casos, incumbe ao país da sede da empresa procurar, caso a caso, uma solução bilateral com o país de saída quando existir um sério risco de sobre-tributação”.

Desta forma, face à CMOCDE, é claramente possível tributar as transferências de activos entre um estabelecimento estável e a sede central (mesmo que essas transferências ocorram em virtude da cessação de actividade do estabelecimento estável), devendo qualquer eventual dupla tributação que ocorra em virtude da posterior tributação da sua realização efectiva pelo Estado da sede ser por este resolvida.

Neste caso, e tal como ocorre nas situações referidas em 3.1.5, deverá ser tido em conta que poderão existir situações em que a eventual dupla tributação de ganhos relativos aos elementos transmitidos (causada pela cumulação da tributação à saída em Portugal com a posterior tributação aquando da obtenção efectiva do ganho no Estado da sede) poderá não ser eliminada ou sequer atenuada. Com efeito, nos casos em que o método para eliminar a dupla tributação seja o método da imputação¹⁹, o Estado da sede poderá²⁰ não permitir a utilização do crédito de imposto no ano da transferência dos activos, em virtude de nesse

¹⁹ Nos termos do qual o imposto pago no estrangeiro pode ser deduzido ao imposto a pagar no Estado da sede. Cfr. artigo 23.º-B da CMOCDE.

²⁰ Nomeadamente, nos casos em que a dupla tributação internacional seja eliminada ou atenuada em termos semelhantes aos estabelecidos no artigo 85.º do Código do IRC.

ano esse ganho não dar origem a qualquer imposto no Estado da sede, nem a imputação desse imposto no ano da obtenção efectiva do ganho, por não se permitir o “*carry forward*” do crédito de imposto.

Por fim, uma última nota para referir que, não sendo obviamente aplicáveis os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 76.º-A (que, recorde-se, tratam da possibilidade de os elementos patrimoniais de uma sociedade que transfere a sua residência para o estrangeiro ficarem afectos a um estabelecimento estável, o que, naturalmente, não tem aplicação no caso em concreto), não existe, nestes casos, qualquer possibilidade de diferir a tributação sobre os elementos patrimoniais em questão (o que, tal como se referiu em 3.1.5 *supra*, não faz sentido nos casos em que o Estado Português não perde o poder de tributar a posterior realização desses ganhos).

De resto, são aqui inteiramente aplicáveis as considerações tecidas em 3.1.2 e 3.1.5 *supra*.

3.3. Regime aplicável aos sócios - artigo 76.º-C

O artigo 76.º-C tem a seguinte redacção:

“1 - No exercício em que a sede e direcção efectiva deixem de se situar em território português, considera-se para efeitos de tributação dos sócios a diferença entre o valor do património líquido a essa data e o preço de aquisição que corresponderem às respectivas partes sociais, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 75.º

2 - Para efeitos do disposto no número anterior a avaliação dos elementos que integram o património é efectuada ao valor de mercado.

3 - A transferência de sede de uma sociedade europeia ou de sociedade cooperativa europeia não implica, por si mesma, a aplicação do disposto no n.º 1.”

Assim, nos termos deste artigo, os sócios das sociedade que transfiram a sua residência para o estrangeiro também serão tributados, neste caso pela diferença entre o valor de mercado do património líquido da sociedade e o preço de aquisição das partes sociais.

São aplicáveis, neste caso, os n.ºs 2 a 4 do artigo 75.º, que tratam da tributação na esfera dos sócios do resultado da partilha do património das sociedades liquidadas.

Esse regime tem as seguintes principais características: (i) apenas é tributado o rendimento correspondente à diferença positiva entre o valor dos activos recebidos na partilha e o valor de aquisição das partes sociais; (ii) esse rendimento é considerado como rendimento de aplicação de capitais até ao limite da diferença entre o valor que foi atribuído e o que, face à contabilidade da sociedade liquidada, corresponda a entradas efectivamente verificadas para a realização do capital, tendo o excesso a natureza de mais valia tributável (na prática, na maior parte dos casos, isto apenas se verifica nos casos em que as partes sociais tenham sido adquiridas por um valor inferior ao valor nominal); (iii) a diferença negativa entre o valor dos activos recebidos na partilha e o valor de aquisição é considerada como uma menos-valia, que apenas será dedutível quando as partes sociais tenham permanecido na titularidade do sujeito passivo durante os três anos imediatamente anteriores à data da dissolução; (iv) é aplicável à diferença considerada como rendimento de capitais o regime da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, nos termos dos n.ºs 1 e 8²¹ do artigo 46.º.

Assim, caso tais rendimentos sejam obtidos por sociedades residentes em território nacional (ou por estabelecimentos estáveis em Portugal de entidades não residentes), os mesmos serão deduzidos à matéria colectável de sujeitos passivos de IRC em 100% ou 50% (caso a entidade beneficiária esteja abrangida pelo regime da transparência fiscal, a participação tenha sido adquirida há menos de um ano ou ainda, como regra geral, caso a participação no capital da sociedade que distribui os lucros seja inferior a 10% e tenha um valor de aquisição inferior a €20.000.000²²).

Em qualquer caso, a *ratio legis* desta norma, na parte aplicável a entidades residentes em Portugal, é difícil de desvendar. Com efeito, caso uma sociedade participada por uma sociedade residente em Portugal transfira para o estrangeiro a sua residência fiscal, não se verifica qualquer alteração do poder tributário do Estado Português sobre os sócios daquela, que continuam residentes em território nacional e que, em conformidade, serão aqui

²¹ Na realidade, o n.º 3 do artigo 75.º remete para os n.ºs 1 e 7 do artigo 46.º. No entanto, a referência ao n.º 7 do artigo 46.º deverá considerar-se efectuada para o n.º 8 (que estabelece uma dedução de apenas 50% dos lucros distribuídos nos casos previstos nesse n.º), na medida em que este originalmente correspondia ao n.º 7.

²² Não se aplicando os requisitos da percentagem ou valor da participação a partes sociais detidas por SGPS.

tributados com base no seu *world wide income*, incluindo as mais-valias que venham a apurar em relação às partes sociais na sociedade que transferiu a sua residência fiscal para o estrangeiro. Nestes casos, a antecipação da tributação sobre esses ganhos não pode ser justificada face à dificuldade em tributar tais ganhos no futuro (*i.e.*, após a transferência), nem se vislumbra, à primeira vista, como se poderiam obter resultados abusivos com a transferência da residência da participada (a este respeito, recorde-se que esta também é tributada aquando da transferência, pelo que nem sequer se pode sustentar que o resultado abusivo se verificava na esfera da participada).

Assim sendo, parece tratar-se de uma norma de incidência completamente arbitrária, que não tem subjacente qualquer facto tributário relevante e revelador de qualquer capacidade contributiva, mas tão só a tentação do legislador de tributar este fenómeno. Desta forma, levantam-se sérias dúvidas sobre a constitucionalidade desta norma, na medida em que parece contender com os princípios da capacidade contributiva e, mais concretamente, da tributação pelo lucro real (recordando-se que quaisquer desvios a estes princípios deverão ser claramente justificados, o que não acontece manifestamente neste caso)²³.

Já quando os sócios sejam pessoas singulares residentes em território nacional, a transferência de residência de uma sociedade não despoletará qualquer tributação ao nível dos sócios, uma vez que não foi introduzida qualquer norma de incidência para o efeito²⁴, tendo, porventura, o legislador considerado que em sede de IRS o princípio da capacidade contributiva ficava mais claramente posto em causa ou que a jurisprudência comunitária a

²³ Ver, a respeito do princípio da capacidade contributiva e da tributação pelo lucro real, SALDANHA SANCHES, J.L.: *Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2007, págs. 227 e ss.. A propósito da tributação das empresas, refere o Prof. Saldanha Sanches (págs. 230 e 231) que o legislador constitucional “*Optou pela sua tributação fundamentalmente pelo lucro real, aquele que é obtido através da sua contabilidade. (...) Procura-se deste modo evitar a tentação administrativa do uso dos modos mais fáceis de tributação, excepto de forma limitada, com justificação específica (...). Levando mais longe este princípio, pode, pois, considerar-se que a tributação segundo o rendimento real, limitando necessariamente as derrogações legais deste princípio mesmo quando elas se justificam por razões de simplificação, é uma aplicação da capacidade contributiva às empresas. O lucro funciona como critério de quantificação. Numa palavra, elas deverão ser tributadas quando têm rendimento e na exacta medida desse rendimento*”.

²⁴ Recorde-se que em sede de IRS já se encontrava previsto que, nos casos de atribuição de acções em virtude de fusões, cisões ou permutas de partes sociais, se considerava apurada uma mais valia, no ano da perda da residência, correspondente à diferença entre o valor real das acções recebidas e o valor de aquisição das antigas.

respeito desta questão o proíbe de forma clara²⁵.

Da mesma forma, as pessoas singulares não residentes também não serão alvo de qualquer tributação por ausência de norma de incidência objectiva e territorial para o efeito.

A questão torna-se mais complexa quanto a sociedades não residentes e sem estabelecimento estável em território nacional. Nestes casos, coloca-se a dúvida de saber se se verificará qualquer tributação. Parece que não, desde logo porque (como decorre da aplicação conjunta dos artigos 3.º, n.º 1, alínea d), 15.º, n.º 1, alínea d), e 51.º, n.º 1) as entidades não residentes (que não sejam entidades sujeitas a IRS) são tributadas em IRC, mas tanto a incidência objectiva (*i.e.*, a definição do facto tributário) como a determinação da matéria colectável são determinadas nos termos do Código do IRS. Assim, não existindo no Código do IRS quaisquer normas que permitam a tributação nestes casos, como já referido, parece que as sociedades não residentes não serão tributadas caso uma sua participada transfira a sua residência fiscal de Portugal para o estrangeiro.

Acresce que nenhuma das alíneas do artigo 4.º, n.º 3, que determina os casos em que os rendimentos obtidos por não residentes se consideram obtidos em Portugal (*i.e.*, a incidência territorial do imposto), parece permitir, pelo menos de forma clara, a tributação em Portugal deste ganho presumido. Com efeito, nenhum dos elementos de conexão ali referidos parece aplicar-se a este caso. Em particular (e tendo em conta que, nos termos do artigo 75.º, aplicável *ex vi* artigo 76.º-C, o rendimento dos sócios deverá ser qualificado como um rendimento de aplicação de capitais), parece não se aplicar a alínea c) daquele preceito, na medida em que não existe qualquer “devedor” deste rendimento, nem a própria alínea b) (aos casos em que se apurem rendimentos que nos termos do art. 75.º devam ser considerados como mais-valias), na medida em que esta norma apenas permite tributar mais-valias obtidas com a transmissão onerosa de partes sociais representativas do capital social de sociedades com sede ou direcção efectiva em território português, o que não é manifestamente o caso (não ocorre qualquer “transmissão onerosa”) nem se verifica qualquer mais-valia resultante do valor atribuído aos sócios em resultado da partilha²⁶.

²⁵ Cfr. acórdão do TJCE C-9/02 (Lasteyrie du Saillant).

²⁶ Embora, em virtude da remissão que o artigo 76.º-C faz para o artigo 75.º, se possa defender entendimento contrário.

Assim, parece estar afastada a possibilidade de tributar os sócios que sejam sociedades não residentes caso uma sua participada transfira a sua residência fiscal de Portugal para o estrangeiro.

Poderá sustentar-se, em sentido contrário, que o próprio artigo 76.º-C constitui uma norma de incidência objectiva e territorial para entidades não residentes, entendimento com que, como decorre do que se tem vindo a dizer, não se concorda.

No entanto, mesmo neste caso, seria necessário determinar se, em face da CDT aplicável, aquele rendimento poderia ser tributado em Portugal, o que, desde já se refira, não nos parece possível (pelo menos nos casos em que seja aplicável uma CDT que siga a CMOCDE).

Com efeito, tendo em conta a natureza atípica deste tipo de rendimentos, constituindo os mesmos, em nosso entender, um tipo tributário autónomo, não parecendo ser possível qualificar os mesmos face à lei interna e para efeitos de aplicação de uma CDT²⁷ como mais-valias ou dividendos, é muito questionável que Portugal tenha o direito de tributar esses rendimentos quando seja aplicável uma CDT que sigam a CMOCDE.

3.4. Conformidade dos artigos 76.º-A a 76.º-C com o Direito Comunitário

Por fim, cumpre fazer uma referência, ainda que sumária face ao interesse da questão²⁸, à discussão que vindo a ser levada a cabo no âmbito da União Europeia a respeito da conformidade dos “*exit taxes*” com o Direito Comunitário²⁹.

Hoje em dia, é absolutamente claro que, pelo menos no que a pessoas singulares diz respeito, a existência de um imposto com as características do “*exit tax*” português é contrária ao Direito Comunitário (mas especificamente, ao direito da liberdade de estabelecimento).

Não obstante, parece-nos que é possível sustentar que a forma como a remissão é feita tem apenas por efeito indicar a forma de determinação dos rendimentos decorrentes da transmissão de residência e não a equiparação para todos os efeitos destes ganhos presumidos a rendimentos decorrentes da partilha do património da sociedade. Assim sendo, na ausência de remissão expressa do artigo 76.º-C para o artigo 4.º, poderá considerar-se que este último apenas se aplica nos casos expressamente previstos na sua letra, embora esta questão esteja longe de ser líquida.

²⁷ A propósito do problema da qualificação, conferir XAVIER, Alberto, *ob. cit.*, págs. 159 e ss.

²⁸ Deixamos uma análise mais detalhada da conformidade do “*exit tax*” com o Direito Comunitário para uma próxima oportunidade.

²⁹ A propósito desta questão, SALDANHA SANCHES, J.L.: *Os Limites ...*, *ob.cit.*

Com efeito, decidiu-se no acórdão C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*) que “O princípio da liberdade de estabelecimento constante do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro institua, para fins de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias ainda não realizadas, como o previsto no artigo 167.º bis do code général des impôts français, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado”.

Esta jurisprudência veio a ser desenvolvida no acórdão C-470/04 (N), nos termos do qual “1) Um cidadão comunitário, como o recorrente no processo principal, que reside, desde que transferiu o seu domicílio, num Estado-Membro e que detém a totalidade das acções de sociedades com sede noutra Estado-Membro pode invocar o artigo 43.º CE. 2) O artigo 43.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro institua um regime de tributação das mais-valias em caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado-Membro, como o que está em causa no processo principal, que sujeita a concessão de um diferimento do prazo de pagamento desse imposto à constituição de garantias e que não permite a dedução, por inteiro, das menos-valias susceptíveis de ocorrer posteriormente à transferência de domicílio do contribuinte em causa que não foram objecto de dedução no Estado-Membro de acolhimento. 3) Um obstáculo resultante da constituição de uma garantia exigida em violação do direito comunitário não pode ser eliminado com efeitos retroactivos pela simples extinção dessa garantia. A forma do acto com base no qual a garantia foi extinta não tem qualquer influência nesta apreciação. Quando o Estado-Membro preveja o pagamento de juros moratórios em caso de restituição de uma garantia exigida em violação do direito interno, esses juros também são devidos em caso de violação do direito comunitário. Além disso, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, de acordo com as orientações dadas pelo Tribunal de Justiça e observando os princípios da equivalência e da efectividade, a existência de responsabilidade do Estado-Membro em causa pelo prejuízo causado pela obrigação de prestar essa garantia”.

No entanto, quanto a pessoas colectivas, foi decidido pelo mesmo TJCE, no processo C-81/87 (*Daily Mail*) o seguinte:

“1) Os artigos 52.º e 58.º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, 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.

2) A Directiva 73/148 do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, deve ser interpretada no sentido de que as suas disposições não conferem a uma sociedade o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro”.

Não nos parece que este acórdão se possa aplicar às situações abrangidas pelo artigo 76.º-A (*i.e.*, transmissão cumulativa da sede e direcção efectiva). Com efeito, no acórdão *Daily Mail* apenas se discutiu se os entraves fiscais a uma transferência isolada de direcção efectiva (não acompanhada de uma transferência da sede) poderiam ser contrários ao princípio da liberdade de estabelecimento. A este respeito, o TJCE considerou nesta ocasião que esta liberdade apenas pode ser exercida por intermédio do estabelecimento noutra Estado-Membro de uma subsidiária, sucursal ou agência (e não apenas de uma mudança de direcção efectiva).

Assim, o TJCE nunca analisou a questão da conformidade para com o Direito Comunitário dos entraves fiscais que os Estados-Membros colocam à transferência cumulativa de sede e direcção efectiva.

A este respeito, a Comissão Europeia veio, na sua comunicação de 19 de Dezembro de 2006 (COM (2006) 825), esclarecer que, no seu entender, das decisões proferidas nos casos *Lasteyrie du Saillant* e *N*, embora respeitantes apenas aos casos concretos nelas decididos, resultam consequências para os “*exit taxes*” em geral, pelo que também as transferências de residência fiscal de sociedades devem poder ser efectuadas sem restrições da natureza fiscal³⁰.

³⁰ Nesta comunicação, os Estados-Membros são convidados a articular as disposições internas no que diz respeito às situações de dupla tributação e dupla não tributação causadas pela falta de harmonia das respectivas legislações de tributação à saída.

Da nossa parte, diremos apenas que, no caso Português, parece efectivamente existir um entrave à liberdade de estabelecimento de uma pessoa colectiva que aqui seja residente para efeitos fiscais, não nos parecendo que seja aplicável qualquer das justificações normalmente admitidas pelo TJCE para este tipo de restrições³¹.

Com efeito, e como já referido, Portugal foi recentemente instado pela Comissão Europeia a alterar a sua legislação sobre tributação à saída (Processo 2007/2365).

Por fim, o próprio Conselho da União Europeia adoptou uma Resolução, a 2 de Dezembro de 2008, na qual os Estados-Membros foram convidados a adoptar um conjunto de princípios orientadores em matéria de “*exit taxation*” no sentido de harmonizar esta figura.

Assim, e como se vê, a questão da conformidade de um “*exit tax*” como o Português com o Direito Comunitário poderá vir a ser posta frontalmente em causa no curto trecho.

³¹ Sendo relevante, em particular, referir que o TJCE não tem vindo a aceitar o argumento invocado pelos Estados-Membros de que as situações não abrangidas pelo âmbito da harmonização comunitária são regidas pelos Estados-Membros. Com efeito, o TJCE tem considerado que, embora as situações não regidas pela harmonização comunitária devam ser regidas pelos Estados-Membros, estes devem-no fazer no respeito pelos princípios estabelecidos no Tratado. Desta forma, o facto de actualmente apenas se encontrar harmonizada a tributação da transferência de residência de uma SE ou SCE não autoriza que os Estados-Membros possam, em ralação aos casos não abrangidos pela harmonização comunitária (ou seja, no caso de transferência de residência de outro tipo de sociedades), estabelecer restrições contrárias aos princípios gerais de Direito Comunitário, nomeadamente, ao princípio da liberdade de estabelecimento.