COORDENAÇÃO

João Taborda da Gama

CADERNOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA 2013

Ana Afonso de Almeida
António Castro Caldas
António Fernandes de Oliveira
António Queiroz Martins
Bruno Santiago
Catarina Breia
Cláudia Reis Duarte
Fernando Carreira de Araújo
Filipe Moura
Inês Frutuoso de Melo
Jaime Carvalho Esteves
João Espanha
Leendert Verschoor
Miguel Teixeira de Abreu
Patrícia Matos
Paulo Mendonça
Rui Rocha
Samuel Fernandes de Almeida
Tânia Carvalhais Pereira
Tiago Machado Graça
Tiago Soares Cardoso
Tomás Cantista Tavares

ALMEDINA

A Limitada Aplicabilidade do Regime de Preços de Transferência ao Financiamento do Sócio à Sociedade

FERNANDO CARREIRA DE ARAÚJO[1] & ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA[2]

Resumo: Esta reflexão propõe-se tratar do tema da aplicabilidade do regime dos preços de transferência, às relações de financiamento do sócio à sociedade, em especial quando os financiamentos não vençam juros. Tratar desse tema implica tentar responder a esta pergunta: que função, se é que alguma, tem o regime dos preços de transferência a desempenhar com respeito a operações de financiamento do sócio à sociedade? Ou, de outra perspectiva, o objectivo prosseguido pelo regime dos preços de transferência requer, e em que medida, a sua intervenção junto de operações de financiamento do sócio à sociedade? O título deste artigo representa a síntese, na sua máxima abstracção, da conclusão a que chegámos.

Palavras-chave: financiamentos do sócio à sociedade; financiamentos não remunerados à sociedade; preços de transferência.

Abstract: This article aims to review the applicability of transfer pricing regimes to the financing of the company by the shareholder, particularly when the financing is interest free. Dealing with this issue requires trying to answer the following question: what task, if any, can the transfer pricing regime fulfil vis a vis the financing

[1] Administrador Executivo da Portucel S.A
[2] Advogado.

of the company by the shareholder? From another perspective, the purpose of the transfer pricing rules require, and to what extent, its applicability to financing operations of the company by the shareholder? Our conclusion is that they have a limited role on these operations.

Keywords: financing of the company by the shareholder; interest free financing of the company; transfer pricing.

Índice: 1. O objectivo do regime dos preços de transferência 2. O sócio e a sociedade 3. O sócio, nessa qualidade, e a sociedade 4. O sócio, nessa qualidade, e o seu financiamento da sociedade 5. Quando financiar a sociedade se identifica com investir na sociedade 6. A condição da proporcionalidade no financiamento sem juro 7. O exacto alcance da expressão "financiamento não remunerado" e o sentido enganador que a mesma encerra 8. Equivalência entre os investimentos (i) via capital social, (ii) via prestações suplementares e via (iii) suprimentos não remunerados 9. O regime dos preços de transferência e as prestações suplementares e suprimentos 10. O estado actual do pensamento doutrinário sobre esta questão; conclusões

1. O objectivo do regime dos preços de transferência

A pergunta que aqui se faz tem por alvo um regime jurídico concreto, positivado na lei, por oposição a considerações de *lege ferenda* que se podem sempre fazer a propósito dos mais variados temas. Por exemplo, pode perguntar-se *qual deve ser* o objectivo do instituto da propriedade. E pode reformular-se a pergunta equacionando se não devem ser vários. O que por sua vez leva à pergunta, relacionada já com a fase seguinte da operacionalização (a tarefa mais difícil, onde tudo se joga, e onde o académico – ou intelectual – tranquilo, já nada tem a fazer se persistir em manter-se, impávido e sereno, sentado no trono imperial das certezas a que chegou em sede de descoberta dos objectivos), sobre como delimitá-los entre si, de modo a potenciar cada um deles de *per se* o mais possível, com o menor detrimento para os restantes. Tarefa muito difícil, que quem vive nas alturas do olimpo, da idealização a régua e esquadro, tende a ignorar, e por vezes a desprezar, com grande dano para os demais.

A nossa tarefa aqui é muito mais simples: descortinar, a partir da lei que existe, qual o ou os objectivos por si visados. E isso descobre-se olhando simplesmente à articulação entre previsão normativa, de um lado, e estatuição ou consequência jurídica (em sentido lato, regra de comportamento) instituída para essa previsão normativa, do outro.

No caso, a previsão normativa é, em traços largos, esta: transacções comerciais e financeiras, entre entidades que tenham relações *especiais*, no sentido (recorrendo à hipótese mais linear) de relações em que uma tenha o poder de exercer influência significativa nas decisões da outra (artigo 63.º, n.º 1, e n.º 4, do Código do IRC).

E a estatuição ou consequência jurídica, por sua vez, é esta: quando se verifique essa situação constante da previsão normativa, os termos das transacções entre as ditas entidades *relacionadas* – no sentido de entidades inseridas num contexto (legalmente tipificado) de existência de "poder exterior de influência nas decisões de uma ou ambas"[3] –, devem ser conformes aos termos que seriam praticados entre entidades independentes, em transacção comparável.

Da conjugação do que a nossa previsão tem de claramente específico (existência de relações especiais) com a estatuição aplicável a essa especialidade (agir como se não tivessem relações especiais) pode concluir-se que o objectivo dos preços de transferência é prevenir (ou expurgar) das transacções entre entidades relacionadas, e consequentemente dos seus resultados económicos sujeitos a tributação, o efeito do "poder de influência de uma entidade sobre as decisões da outra".

Objectivo que, por sua vez, se explica em razão da necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal tal como, classicamente, ele se vem aplicando às pessoas morais, *maxime* às sociedades: cada sociedade é uma unidade fiscal, um contribuinte, donde a conveniência de que, em substância, o feixe de interesses que justifica esse reconhecimento como unidade seja, efectivamente, assim perspectivado, e actuado pela sociedade no devir da sua actividade e relacionamento com outras (e para o direito fiscal, distintas) unidades fiscais.

[3] Que pode ser directo, ou indirecto, ou repousar inteiramente no poder de terceiro (*v.g.* a sociedade-mãe, comum às duas empresas partes na transacção, que usa a sua influência para que uma entre em transacção desvantajosa com a outra).

No plano interno, isso evita que transferências de lucros entre entidades relacionadas, programadas *fiscalmente*, frustrem a aplicabilidade de taxas progressivas, quando as haja[4], ou adiem, no limite sem horizonte temporal à vista, a tributação do lucro, ou parte dele, de uma determinada unidade fiscal, por absorção (fiscalmente falando) pelos prejuízos da sociedade beneficiada com a transacção[5].

No plano externo tem, ou pode ter-se eficientemente aplicada, a importante função de defender a base tributável com que legitimamente um país (uma jurisdição fiscal) deva poder contar, combatendo práticas das multinacionais, de desvio de lucros de zonas de tributação mais elevada para zonas de tributação menos elevadas, através, justamente, do modo como são planeadas e calibradas as transacções entre sociedades do grupo situadas em diferentes espaços fiscais.

Mas, atenção: não é a transferência de lucro ou de base tributável que em si mesma é, pode ou deve ser, combatida, pelo regime dos preços de transferência. Essa transferência de bases tributáveis entre jurisdições fiscais é inevitável num mundo de liberdade de comércio e de circulação de capitais. Se pago juro por financiamento que me é concedido lá fora, inevitavelmente vou transferir base tributável lá para fora. *Idem* para o pagamento pelo direito de usar determinado *software* que me permite escrever determinada peça processual ou este mesmo artigo. *Idem* para a matérias-primas ou recursos energéticos de que necessito para o meu processo produtivo e que só encontro lá fora, ou encontro mais barato lá fora. Etc.

Convém, portanto, distinguir o tema aqui em análise do (i) mero exercício das liberdades de comércio, de estabelecimento e de circulação de capitais e (ii) do facto de existir concorrência fiscal entre Estados soberanos. De resto, mesmo em Portugal existe diferença de taxas de imposto entre o Continente e as Regiões Autónomas[6] e existiu, num passado recente, um regime especial de interioridade cuja despesa fiscal em 2010 ascendeu a mais de 68,5 milhões de euros.

Prosseguindo, é só a transferência de base tributável (externa ou internamente) *no contexto da existência de relações especiais*, *i.e.*, no contexto em que uma das entidades intervenientes na transacção detém poder de influência sobre as decisões da outra (directamente ou por interposta pessoa: *v.g.* a sociedade-mãe de ambas), *e por causa dessas relações especiais*, que justifica e legitima, de acordo com as concepções do mundo actual (e portanto de acordo com as concepções do direito que este mundo actual escolheu e positivou), a reacção de recusa protagonizada pelo regime jurídico dos preços de transferência. Tudo isto serão banalidades, não se nega. Mas não faz dano a ninguém recordá-las.

2. O sócio e a sociedade

O sócio e a sua sociedade são o exemplo primeiro de entidades que se encontram em relações especiais: o sócio, a dimensão da sua participação *vis a vis* a dimensão da participação de outros sócios independentes o permitindo[7], tem poder de influência nas decisões da sociedade participada.

Para além da relação societária propriamente dita, o sócio pode ter com a sua sociedade relações comerciais semelhantes às tidas por qualquer terceiro sem essa qualidade de accionista. Pode comprar o que a sociedade vende. Ou pode vender aquilo de que a sociedade necessita. Pode, no caso

[4] É hoje o caso da tributação do rendimento das pessoas colectivas, que se faz a taxas de 25%, 26,5%, 29,5% e 31,5%, em razão da taxa base, da eventual aplicação (dependente do volume de rendimentos) da sobretaxa conhecida por derrama estadual ou da eventual aplicação (dependente da vontade dos municípios) de derramas municipais.

[5] Note-se que em alguns sistemas jurídicos a unidade fiscal pode não coincidir com a individualidade societária, como sucede em caso de previsão de regimes de tributação pelo lucro consolidado e variantes do mesmo, de que é exemplo o nosso RETGS (regime especial de tributação de grupos de sociedades). Nesses casos, a aplicabilidade do regime dos preços de transferência a transacções dentro do grupo perde utilidade prática enquanto se mantiver a tributação da unidade "grupo". Mas, evidentemente, mantém relevância nas transacções entre sociedades do grupo e entidades fora do grupo fiscal com quem possa haver relações especiais.

[6] Hoje já só com os Açores.

[7] Não vamos comentar o modo como a legislação portuguesa calibrou a dimensão a partir da qual a participação origina uma relação especial para efeitos do regime de preços de transferência, senão para muito brevemente dizer que a maior parte das vezes (especialmente no contexto português de pouca dispersão do capital social) uma simples participação de 10% nenhum poder confere ao sócio sobre as decisões da sociedade participada. Num tema relacionado, por outro lado, uma exigência (no sentido oposto) de participação de 90% para que fique aberta a possibilidade de tributação pelo lucro agregado das sociedades em relação de participação, parece demasiado em termos absolutos e comparativos.

de um banco accionista, conceder-lhe um empréstimo no decurso da sua actividade comercial normal, *i.e.*, na sua qualidade de banco, que não na sua também qualidade de accionista da sociedade mutuária, etc.

Mas se esse mesmo banco acudir a um aumento de capital, ou realizar prestações suplementares, ou (juntamente com todos os outros accionistas, para evitar entrar em hipótese mais cinzenta) realizar suprimentos em benefício da sociedade participada (*v.g.* não levantando toda ou parte dos lucros que haviam sido colocados à disposição na sequência de deliberação do órgão competente), nenhuma dúvida haverá, crê-se, de que age aqui, objectivamente, na sua qualidade de accionista[8], que não na sua qualidade de banco ou entidade activamente presente no comércio bancário.

A propósito desta distinção, o Centro de Estudos Fiscais, citando Osório de Castro, escreve no seu parecer n.º 53/09, de 30 de Julho de 2009 que é "(...) *quanto aos negócios jurídicos em que o sócio surja, não nessa veste, mas na de um terceiro,* [que] *a sociedade tem de tratá-lo* [e vice-versa, acrescenta-se], *então, como justamente trataria um terceiro ('at arm's length')* (cfr. pág. 11 e 12 do referido parecer).

Este fio condutor do separar de águas nesta matéria levou o Centro de Estudos Fiscais (CEF) a concluir, nesse seu parecer, que às operações entre sócio e sociedade, em que o primeiro contribua para os capitais próprios da segunda, se não aplica "(...) *em razão da sua natureza intrínseca* (...) *o regime dos preços de transferência previsto no artigo 58.º do Código do IRC*". Antecipa-se já que o traço divisor de fronteiras aqui em causa conduz, inexoravelmente, por identidade de razão, ao alargamento da conclusão do CEF: não é lógico e, valorativamente falando, possível ficar fechado na hipótese concreta das contribuições, pelo sócio, *para os capitais próprios* da sociedade, como se verá melhor ao longo deste trabalho.

Prosseguindo, a ideia chave da distinção básica ou fundamental começa precisamente por aqui: se a relação entre o sócio e a sociedade se reporta a uma transacção ou operação em que objectivamente falando (ou *ex ante*, em abstracto, se se quiser) é irrelevante a qualidade de sócio – ainda que,

[8] Sobre este ponto ver Alexandre Mota Pinto (Coimbra, 2002) Do Contrato de Suprimento – O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio, Almedina, 257 e segs. e, sobretudo para o que *supra* se tentou transmitir, 303 a 306 (onde se encontra também o exemplo do banco accionista; mas esse não é evidentemente o único relevante).

subjectivamente falando, (ou *ex post*, em concreto, se se quiser) essa qualidade possa ter influenciado os seus termos, ou até a sua própria existência – estamos perante as operações ou transacções, *comerciais ou financeiras*, a que se dirige o regime dos preços de transferência.

E no grupo de hipóteses inversas? É este que nos vai interessar a seguir.

3. O sócio, *nessa qualidade*, e a sociedade

A pergunta chave é se, e em que termos, se pode conceber a aplicação do regime dos preços de transferência a operações ou transacções em que, objectivamente falando, *ex ante*, ou em abstracto, a qualidade de sócio é relevante, ainda que subjectivamente falando, *ex post*, ou em concreto, essa qualidade possa não ter tido qualquer relevância nos termos da operação, acto ou transacção, ou sequer na sua existência.

A deliberação de distribuição de dividendos gera uma dívida da sociedade a que corresponde um crédito do sócio, desencadeando uma transferência de riqueza da sociedade para uma entidade consigo relacionada (que, na nossa hipótese, tem poder de influência sobre as decisões da sociedade participada). Está sujeita ao regime dos preços de transferência? Dir-se-á que não, sem mais indagações, porque não se está perante uma operação comercial ou financeira, tal como estas são perspectivadas pelos usos típicos da linguagem.

Está-se de acordo. Mas crê-se que a resposta em causa retira força adicional de uma razão mais profunda, e mais decisiva ainda, do ponto de vista da lógica e questões de concepção relativas ao regime dos preços de transferência.

A deliberação de distribuição de lucros, com as suas consequências económicas, é uma emanação do conteúdo funcional da posição jurídica e económica de accionista. Ela nada tem, ou pode ter, em si mesma, de desviante em contraste com um qualquer padrão de normalidade, que seria o da situação *comparável* protagonizada por *intervenientes sem relações especiais*, *i.e.*, no caso, sem a relação de um sócio com a sua sociedade. Pela razão simples de que ela não encontra comparáveis senão no mesmíssimo universo das relações entre sócio e sociedade.

Donde que não é suposto, não se espera, jurídica e economicamente falando, que essa deliberação seja ou possa ser adoptada despindo-se o sócio da sua condição de sócio. Ela só existe porque o sócio tem a condição de sócio e só encontra explicação ou justificação, em termos causais, nessa condição de sócio da sociedade, nessa *relação especial* entre o sócio e a sociedade.

Pode o sócio, é certo, rejeitar a aprovação da proposta de distribuição de lucros porque subjectivamente, *ex post*, ou em concreto, se despiu dessa condição[9], ou fez prevalecer uma outra. Mas, mesmo aí, o acto é insindicável do ponto de vista do regime dos preços de transferência por absoluta ausência de comparáveis relevantes: não há, entre entidades ditas independentes, operações comparáveis para contrastar com este acto de recusa de aprovação de uma distribuição de lucros[10].

Situação diferente é o sócio não acorrer a um aumento do capital, antes cedendo esse direito a terceiros, sem exigir qualquer contrapartida. Acrescente-se a este propósito que mesmo que haja relações especiais com esse terceiro, a ausência de contrapartida não é sequer indício de que a transacção se desvia do que seriam as condições *arm's length*. Inquestionavelmente não se desviará caso se verifique o pagamento de prémios de emissão (com respeito ao qual não haja razões para entender-se que foi manifestamente fixado abaixo do que devia), como ocorreu na Oferta Pública de Venda de acções da EDP Renováveis em que a EDP, mesmo não tendo vendido qualquer acção, registou um ganho nas suas contas superior a 400 milhões de euros[11]. E mesmo que o eventual prémio de emissão tenha sido manifestamente fixado abaixo do que devia, a cedência gratuita de direitos de subscrição pode não ser manifestação de qualquer favorecimento: pense-se nas condições financeiras (ou na estratégia de investimento orientada para uma maior diversificação do risco) de quem cede os direitos de subscrição e que, porventura, podem não aconselhar o acompanhamento dos restantes accionistas no aumento de capital, e o interesse (próprio) que poderá ter em *investir* (sendo o preço o abdicar de contrapartida) na escolha de quem há-de ir, no seu lugar, ao aumento de capital.

Outros actos ou operações há, que envolvem o sócio, nessa qualidade, e sociedade participada, que importa analisar com algum detalhe, e que constituem, aliás, o motivo deste artigo: o financiamento por parte do sócio à sociedade participada.

4. O sócio, *nessa qualidade*, e o seu financiamento da sociedade

Há modos típicos de um sócio, nessa qualidade, financiar a sua sociedade. Olhando à ordem jurídica portuguesa temos, desde logo, a subscrição de capital social, inicial ou em sede de um aumento, que por sua vez pode ou não implicar a entrega à sociedade de um prémio de emissão, para equiparar as posições entre os velhos e novos accionistas. Pode assim, em certos casos, a ausência (ou menor montante) do prémio de emissão ser uma van-

[9] Também em concreto, ou subjectivamente, se concebe que um acto de recusa de aprovação de uma deliberação de distribuição de lucros tenha tudo a ver (subjectivamente também) com a condição de sócio: por exemplo, o sócio que se preocupa com o longo prazo e que por causa disso entende no seu interesse subjectivo, enquanto sócio, não empurrar a sociedade participada para um estado de excessiva (no seu juízo) alavancagem financeira.

[10] Em teoria – e na prática, assim parece ocorrer nos Estados Unidos da América como medida anti-abuso distinta dos preços de transferência, explicável porventura pelo facto de neste país não se prever a eliminação da dupla tributação económica e de haver uma impessoalidade muito maior na relação entre accionista e sociedade, em razão da grande dispersão do capital –, poderia conceber-se um regime de preços de transferência especialmente desenhado para esta situação: sempre que sócio determinasse a sociedade a não distribuir-lhe lucros num contexto em que, nas mesmas circunstâncias, fosse normal que um qualquer outro sócio (diríamos, típico), não o fizesse, o sócio desalinhado com este padrão de normalidade seria tributado como se a distribuição de lucros tivesse ocorrido. Mas isto levantaria dificuldades operacionais tremendas (qual é o padrão de normalidade? As concretas circunstâncias do caso estão pressupostas nesse padrão de normalidade? E que concretas circunstâncias são essas, *i.e.*, o que levou o sócio a recusar a aprovação da proposta de distribuição de lucros?), para além de que não se vêem razões ponderosas para a fiscalidade se intrometer no exercício dos poderes e faculdades do sócio, enquanto tal, na sua relação com a sociedade. Tal como nas relações familiares (se o pai ajudar o filho a pagar os estudos do neto, há transferência de valores, mas nem por isso, tal como perspectivamos as fronteiras que se devem traçar à fiscalidade, deve haver qualquer apropriação de parte dessa transferência a título de tributo), há um mínimo de liberdade fiscal – de reserva de intimidade face, também, à fiscalidade, se se quiser – que deve ser mantida intocada nas relações entre o accionista e a sociedade

[11] Facto que levou inclusive à apresentação de um pedido de demissão pelo seu Presidente da Comissão de Auditoria, por tal ganho ter sido levado a resultados do exercício e não a reservas, como ocorreria hoje em resultado de alterações havidas nas normas internacionais de contabilidade.

tagem para o novo accionista, sujeita eventualmente às regras de preços de transferência, ou constituir uma liberalidade passível de tributação, *conceptualmente*[12], como variação patrimonial positiva em sede de IRC.

Depois, temos ainda a alternativa das prestações suplementares e a alternativa, do tipo aberto, que são as obrigações de prestações acessórias.

Temos ainda os suprimentos, ou seja, mútuos sujeitos a um regime especial em razão, precisamente, da qualidade de sócio, do mutuante à sociedade.

Pode ainda dar-se o caso de o sócio fazer mútuos de curto prazo à sociedade que simultaneamente não se qualifiquem como suprimentos, mas que ao mesmo tempo nada tenham que ver com quaisquer relações *comerciais* entre o sócio e a sociedade. Dito pela positiva, mútuos de curto prazo que tenham exclusivamente que ver com a qualidade de sócio, e que por isso haja que integrar no grupo sob análise.

Finalmente, poderia questionar-se se, numa emissão obrigacionista reservada a sócios, principalmente num contexto de obrigações convertíveis em acções, se estaria, ainda, perante um financiamento do sócio à sociedade, *nessa qualidade de sócio*, o mesmo ocorrendo com a situação de mero diferimento do vencimento de dívidas comerciais.

Como se perceberá melhor ao longo do desenvolvimento deste artigo, esta questão classificativa não tem, porém, qualquer interesse para o que aqui interessa abordar, pelo que se vai ignorá-la. Ela serviu apenas de pretexto para aqui deixar uma ilustração dos vários meios, modos ou caminhos pelos quais um sócio pode acudir ao financiamento da sua sociedade.

[12] Passível de tributação conceptualmente falando, dizemos, porque na prática da aplicação diária das leis fiscais a liberalidade tende a identificar-se com a ausência de contrapartida, por oposição à simplesmente "menor contrapartida". Não havendo, nesta última hipótese, reconhecimento de variação patrimonial positiva, haverá em contrapartida um valor de aquisição menor e, consequentemente, uma maior tributação aquando da realização ulterior do valor do activo adquirido.

5. Quando *financiar* a sociedade se identifica com *investir* na sociedade

É muito importante ter presente esta possível identidade entre (i) financiar a sociedade e (ii) investir na sociedade.

Eu posso utilizar € 1.000 para adquirir acções em mercado secundário e ninguém duvidará que fiz um investimento de € 1.000 em acções, num activo financeiro a que se dá o nome de acção.

Do mesmo modo, se em vez de adquirir em (investir via) mercado secundário, adquirir essas mesmas acções em mercado primário (*i.e.*, no momento inicial da constituição da sociedade ou em sede de aumento de capital), a caracterização da minha actuação como consistindo num investimento em acções permanece intocada. E, além disso, posso agora acrescentar que financiei directamente a sociedade[13].

E se em vez de colocar € 1.000 à disposição da sociedade, via subscrição de capital social, colocar estes mesmos € 1.000 à sua disposição, via prestações suplementares ou via suprimentos não remunerados[14] (duas vias juridicamente distintas, sujeitas a regimes jurídicos distintos), esta transferência (este financiamento) constituirá investimento criador exactamente das mesmas possibilidades de retorno ou compensação para o sócio que a alternativa do investimento via aumento de capital. Com a única diferença de que o caminho jurídico utilizado para concretizar esse investimento não foi a subscrição de capital social, mas, antes, a prestação suplementar ou o suprimento.

[13] As compras em mercado secundário não constituem financiamento directo da sociedade. Mas a dinâmica destas compras (deste investimento via mercado secundário) representa para a sociedade aberta ao público um factor crítico para a sua capacidade de captar investimentos/financiamentos directos concretizados via subscrição das suas emissões.

[14] A expressão "suprimento não remunerado" é, sobretudo quando usada no plano fiscal, altamente enganadora, como se verá adiante. Verificada a condição que se referirá a seguir, este investimento via suprimento sem juros" de *não*-remunerado nada tem como se mostrará melhor adiante. Acrescente-se que mesmo civilisticamente (ou jurídico-formalmente) falando, o ser ou não remunerado nada tem que ver com o ser ou não reembolsável, contrariamente ao que em tempos a Inspecção Geral de Finanças (IGF) e a comissão executiva da Comissão de Normalização Contabilística (CNC) (muito por sugestão da primeira) propuseram (cfr. o parecer da IGF, elaborado a pedido da CNC, de 14.10.1991, constante da Informação n.º 206/SJ/91-CJ, e o ofício n.º 8/97 da comissão executiva da CNC).

E com uma condição, que adiante será melhor analisada: que o sócio que realiza a prestação suplementar ou o suprimento dito "não remunerado" seja sócio único ou, não o sendo, seja acompanhado pelos demais sócios no investimento realizado por este particular caminho jurídico, na proporção da participação social de cada um na sociedade.

A mesma identidade existe, verificada que esteja esta *mesma condição*, num financiamento de curto prazo não remunerado, do sócio à sociedade, para acudir a dificuldade pontual de tesouraria[15].

Mais adiante retomar-se-á esta ideia, que é fundamental se se quer realmente perceber o papel que o regime dos preços de transferência pode ou não pode desempenhar, com respeito às operações de financiamento do sócio à sociedade, que se reconduzam a um investimento na mesma.

6. A condição da proporcionalidade no financiamento sem juro

Financiar, sem juros, é investir com propósitos lucrativos na sociedade, independentemente da via jurídica seguida para concretizar esse investimento, *desde que o potencial de retorno do mesmo aproveite ao sócio que o realiza*. Caso não aproveite, o sócio estará a financiar, mas não estará a investir com propósitos lucrativos.

Pegue-se no exemplo de um investimento na sociedade realizado através da subscrição de um aumento de capital (primeira hipótese de financiamento sem juro). No nosso exemplo, assuma-se que o prémio de emissão foi manifestamente mal calculado, para mais. Quer isto dizer que o investidor que, ainda assim, acuda ao aumento de capital estará a colocar meios financeiros ao dispor da sociedade cujos benefícios, quanto ao que nocionalmente seja imputável a esse excesso do prémio de emissão por si pago, não reverterão inteiramente para si. O mesmo pode ocorrer em caso de realização de capital com entrada de activos, sendo certo que do ponto de vista do direito comercial o que tem interessado salvaguardar é apenas que os activos entregues representem pelo menos o valor do capital subscrito, daí

[15] Se a dificuldade não for pontual, mas se prender antes com a questão mais estrutural ou permanente das necessidades de fundo de maneio, o financiamento, inicialmente pensado para ser de curto prazo, tenderá a transformar-se em suprimento.

a especial obrigação de existência de relatório de revisor oficial de contas, conforme artigo 28.º do Código das sociedades Comerciais.

Não reverterão para si na medida da diferença entre a totalidade da percentagem de participações na sociedade (100%) após o aumento de capital e a percentagem de participação com que este accionista venha a ficar após o aumento de capital.

Quem diz investimento via aumento de capital, diz investimento via prestação suplementar. Se o accionista ou quotista A, com 20% da sociedade, realizar uma prestação suplementar no valor de 100, e não for acompanhado pelos outros accionistas, estará a investir com propósitos lucrativos um montante de apenas 20. O benefício ou retorno que os outros 80 possam trazer aproveitará aos detentores dos restantes 80% do capital social, que podem ou não ser entidades relacionadas – aspecto, este último, relevante para saber se se está ou não perante operação vinculada, *i.e.*, sujeita ou não ao regime dos preços de transferência, como se verá melhor adiante.

Pelo contrário, se estes restantes accionistas investirem via prestações suplementares na mesma proporção, isto é, num montante de 400 (80% são quatro vezes 20%, donde 100 x 4 = 400), *a totalidade* dos 100 investidos pelo accionista A qualificam-se como investidos com propósito lucrativo.

Se, pegando agora numa hipótese "mista", os restantes accionistas investirem apenas 200, dos 100 investidos pelo accionista A, apenas 60 poderão ser tidos como investidos com propósito lucrativo (o remanescente beneficiará economicamente apenas a posição social dos restantes accionistas): 20% x 300 = 60. Outro modo, equivalente, de olhar para isto é dizer que se o investimento total de todos os accionistas é de 300, o A só devia ter entrado com 60, que é o que proporcionalmente corresponde à sua participação de apenas 20%.

Quem diz prestações suplementares, diz suprimentos ditos "não remunerados" ou outros mútuos do sócio à sociedade. Também aqui a resposta à pergunta "este financiamento é um investimento com propósito lucrativo?" depende da resposta a esta outra: é sócio único? E se não é, os outros sócios realizaram financiamento/investimento em montante comparável, no sentido de ponderado pelas percentagens de participações sociais de cada um?

Tratado que está o requisito da proporcionalidade, é chegado o momento de explorar melhor o alcance e significado da expressão "financiamento não remunerado".

7. O exacto alcance da expressão "financiamento não remunerado" e o sentido enganador que a mesma encerra

O que é um financiamento com remuneração? Numa perspectiva estritamente jurídica, no sentido civilístico do termo, diríamos, será aquele em que *por ocasião do financiamento* se acorda, como contrapartida do mesmo, numa determinada remuneração garantida, que apenas não será paga se o devedor se tornar entretanto insolvente. Digamos, pois, que o risco é de insolvência.

Um financiamento via subscrição de capital social não preenche, no nosso sistema jurídico, este requisito, este conceito estreito, jurídico formal, de financiamento oneroso. Com efeito, não há nenhuma vinculação jurídica, nem poderá haver, de pagamento de uma contrapartida por este financiamento. Daí que ao risco anterior de insolvência acresça o de inexistência de lucro e/ou de quota de liquidação.

E, no entanto, é sabido que este investimento via capital social visa a obtenção de uma remuneração, e em termos potenciais poderá gerar remuneração muito mais elevada que a do financiamento com contrapartida fixada à partida: a remuneração será uma função do sucesso empresarial da sociedade, e será recebida sob a forma de dividendos, de mais-valias (valorização da participação social) ou de quota de liquidação.

Para o direito fiscal em sede de tributação do rendimento, que na sua construção não usa apenas nem pode usar apenas os alicerces do direito civil (por ter funções e objectivos próprios), ambos os financiamentos (com e sem juros acordados[16]) se encaixam na mesmíssima categoria: a das aplicações de capital, ou investimentos, com causação empresarial, *i.e.*, com propósitos lucrativos.

Daí que, quando se usa (e será inevitável fazê-lo) a expressão "financiamento remunerado", se tenha de ter sempre presente, quando se atenda

[16] Não estamos a incluir nesta segunda categoria o caso particular das obrigações ditas de cupão zero em que, embora formalmente não haja juro, as emissões são feitas a desconto ou com ou prémio de reembolso, de modo que a diferença entre os montantes aplicados e os recebidos configura uma remuneração financeira pré-estabelecida/garantida. Refira-se que as obrigações de cupão zero são muito utilizadas noutros ordenamentos por razões fiscais, por permitirem o diferimento da tributação dos juros na esfera do investidor individual sem prejuízo para a sua imediata dedução na esfera do devedor.

à mesma perspectiva civilística dos "financiamentos com juros", que esta modalidade representa apenas um dos tipos ou espécies de financiamento integrantes da perspectiva, mais ampla, que interessa ao direito fiscal na sua construção considerar, unitariamente, em sede de tributação do rendimento: a categoria dos financiamentos/investimentos com intuito lucrativo/remuneratório.

É importante sublinhar este ponto, uma vez que a propósito de certos financiamento ditos, *civilisticamente falando* (perspectiva estreita), "não remunerados" (*i.e.*, sem remuneração garantida), se usa e abusa desta perspectiva mais estreita para, beneficiando da sua proximidade, *em termos de terminologia usada* ("não remunerado"), com as transacções animadas por um espírito de liberalidade, convencer quem de direito que o seu tratamento fiscal em sede de tributação do rendimento deveria ser diferente do dos financiamentos *civilisticamente ditos* "remunerados" (*i.e.*, com remuneração "garantida" ou pré-estabelecida). Diferença que, para quem usa desta sorte de tese, se materializaria na *não* aceitação de custos associados à realização do financiamento ou na correcção dos termos do financiamento, imputando-lhe um juro ao abrigo, precisamente, do regime dos preços de transferência.

Os financiamentos de que se tratará a seguir com mais pormenor – prestações suplementares e suprimentos – têm sofrido precisamente com a aplicação desta falácia. Já no financiamento/investimento pela via equivalente do capital social, esta falácia não consegue sequer à primeira vista funcionar, e por isso não se tem *sequer tentado* impô-la.

Estas três situações são, porém, iguais, como se mostrou *supra* introdutoriamente, demonstração que se completará na parte que se segue.

8. Equivalência entre os investimentos (i) via capital social, (ii) via prestações suplementares e via (iii) suprimentos não remunerados

A compra de partes de capital em mercado secundário representa um investimento com intuito lucrativo.

O mesmo se diga do investimento em participada que passe pelo reforço dos meios financeiros que esta usará na prossecução da sua actividade, por

outras vias ou a outros títulos: suprimentos, remunerados ou não, subscrição de obrigações, convertíveis ou não em acções, obrigações acessórias remuneradas ou não, prestações suplementares, aumentos de capital com ou sem prémio de emissão, etc. (tudo o mais que, nas suas relações, accionista/investidor e sociedade se possam lembrar de contratar ou instituir, ao abrigo do princípio da liberdade contratual – cfr. artigo 405.º do Código Civil).

Se o investimento em participadas for efectuado via capital social, originará partes de capital (com a sua parafernália jurídica de direitos e deveres, incluindo o direito de voto, o direito à informação, o dividendo, o potencial para realização de mais-valias em caso de exercício da faculdade de vender, etc.), e se for efectuado via prestações suplementares ou suprimentos ditos "não remunerados" (as outras duas hipóteses que aqui nos vão interessar especialmente) originará créditos ou expectativas de reembolso para o accionista. Refira-se ainda que mesmo no âmbito do instrumento de capital próprio que são as acções poderemos encontrar diferenças jurídicas e económicas de idêntico calibre, conforme se trate de acções ordinárias, preferenciais, remíveis, etc., a que correspondem eventualmente distintos regimes fiscais[17].

Só originam isso os suprimentos e prestações suplementares? Evidentemente que não. As prestações suplementares, ou os suprimentos sem juro, reforçam a capacidade financeira da participada e, com ela, potenciam os seus investimentos e actividades, pelo que têm indirectamente o mesmíssimo efeito económico para o accionista investidor que uma contribuição a título de capital social adicional: reforço da capacidade da participada para gerar retornos adicionais para o accionista, *i.e.*, reforço do potencial lucrativo do investimento do accionista na participada.

[17] A proximidade de funções de uma subscrição de capital com um suprimento não remunerado ou com uma prestação suplementar poderá aconselhar, de *jure condendo*, a que os activos daí resultantes para o sócio (parte de capital, e crédito ou expectativa de reembolso, respectivamente) sejam submetidos ao mesmo regime fiscal (saber depois se esse regime fiscal – *maxime* a indedutiblidade de menos-valias num leque alargado de situações – é aceitável ou até constitucionalmente admissível, é uma outra discussão ainda). Mas terá de ser o legislador a fazê-lo (como fez na Lei do Orçamento do Estado para 2006 em sede de alteração àquele que é hoje o n.º 3 do artigo 45.º do CIRC), e não o intérprete, situação a que infelizmente se tem assistido no que à AT respeita (mas não no que aos tribunais respeita).

Quer isto dizer que se 1000, investidos via capital social (que no imediato gera partes de capital adicionais) têm um potencial para gerar um retorno adicional de Y para o accionista, esses mesmíssimos 1000, investidos via prestações suplementares ou suprimentos sem juros (que no imediato geram crédito ou expectativa de reembolso) criarão *exactamente o mesmo* potencial de retorno adicional Y para o accionista investidor.

São, pois, investimentos com a mesmíssima causação empresarial, com a única diferença de que o primeiro cria novas partes de capital que diluem, em contrapartida, os direitos ao lucro que as partes de capital pré-existentes detinham (via decréscimo da representatividade percentual do capital social por partes destas últimas), enquanto o segundo mantém intacta a representatividade percentual das partes de capital pré-existentes, em termos (para o que aqui interessará) de direito aos lucros, agora alavancado (potenciado) pelos novos meios financeiros colocados, via prestações suplementares ou suprimentos, à disposição da sociedade participada.

Em suma, em termos de potencial de retorno para o accionista, as duas situações equivalem-se, desde que, evidentemente, o accionista não faça investimento que potencie também o aumento do retorno de outros accionistas, sem que estes contribuam para o referido investimento na proporção da sua participação na sociedade participada (cfr. a condição da proporcionalidade acima analisada).

Nesta última hipótese, *na medida em que* o investimento esteja a beneficiar também outros accionistas que se tenham mantido à margem, os encargos financeiros que hajam permitido ao accionista a realização do mesmo, por exemplo, carecerão em parte de causação empresarial, *i.e.*, não preencherão parcialmente o requisito da indispensabilidade para geração de rendimentos do accionista investidor, conforme jurisprudência dos nossos tribunais superiores[18] – com a ressalva de que tem aparentemente decidido em termos de "tudo ou nada" –, que não equacionam na sua fundamentação a matéria dos preços de transferência.

[18] Acórdão do TCA-Sul de 23.05.2006, proferido no processo n.º 01028/06, acórdão do STA de 12.07.2006, proferido no processo n.º 186/06 e acórdão do STA de 07.02.2007, proferido no processo n.º 01046/05.

Sobre isto, aliás, tem-se escrito, desenvolvidamente, doutrina altamente qualificada, como por exemplo o Professor (de economia) António Martins ("Uma nota sobre o conceito de fonte produtora constante do artigo 23.º do CIRC: sua relação com partes de capital e prestações acessórias" (Coimbra, 2008) Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano I, n.º 2, Almedina, 29 e segs.) ou, mais recentemente, Fernando Castro Silva e Miguel Cortez Pimentel ("A respeito da indispensabilidade dos gastos. O acórdão do STA de 7-2-2007", Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume IV, Coimbra Editora, 731 e segs.), mas nem sequer é questão que, bem vistas as coisas, requeira grandes desenvolvimentos.

Em suma, se o accionista reforça os meios da participada, seja a título de prestações suplementares, de suprimentos sem juros ou a título de capital social, com isso reforça o potencial lucrativo da mesma, donde a conclusão de que, qualquer destes investimentos aumenta indistintamente o potencial de ganhos para o accionista.

Aumenta, e exactamente no mesmo grau que investimento via capital social, *i.e.*, investimento no mesmo montante que dê origem a novas partes de capital (acções ou quotas) atribuídas ao accionista investidor.

As conclusões contrárias a isto, que vemos quase como uma evidência, são possibilitadas por uma falácia assente num desalinhamento conceptual que conduz inevitavelmente a falsas conclusões (no sentido filosófico do termo): substitui-se implicitamente o sujeito passivo de imposto (que é o eixo por referência ao qual haverá que aferir da susceptibilidade, em abstracto, de ganhos com o investimento efectuado) pelo concreto instrumento jurídico utilizado para realizar o investimento.

Com esta substituição, ou, se se quiser, com esta confusão de planos, é inevitável que quanto a um mesmíssimo investimento em termos quantitativos, com a mesmíssima capacidade de gerar retornos para aquele concreto sujeito passivo, se possa chegar à conclusão de que num caso, em que o investimento originou novas acções para o investidor, o mesmo tem causação empresarial (as novas acções geram dividendos e eventuais mais-valias em caso de venda, tudo se perspectivando como se o contribuinte se confundisse com essas novas acções), e no outro caso, em que não são atribuídas novas acções ao accionista (este coloca os novos meios financeiros à disposição da participada via prestações suplementares ou suprimentos) o investimento não teria causação empresarial porque não haveria dividendos ou eventuais mais-valias associadas, esquecendo-se que o contribuinte não se esgota no mero crédito de reembolso pela prestações suplementares, antes se define, também, pelo potencial de retorno acrescido respeitante às acções (partes de capital) que já vinha detendo, agora potenciado pelo recente financiamento adicional via suprimentos ou prestações suplementares.

Omite-se, pois, e está aqui a falácia, que o investimento via prestações suplementares ou suprimentos tem, indirectamente, o mesmíssimo potencial de retorno do investimento via capital social (que origina novas partes de capital), e pode mesmo, em caso de aquisição secundária (abaixo de par) gerar retorno directo. Na linguagem contabilística, é susceptível também de gerar benefícios económicos futuros em resultado de eventos passados – a realização de prestações suplementares. Daí que seja relevado como activo. A concluir-se em sentido contrário – ausência de retorno –, aliás, então as prestações suplementares seriam gasto no momento da sua concessão e não no da sua alienação (enquanto elemento integrante do cálculo do resultado dessa alienação). A mesma conclusão (de que é um activo e não um gasto) foi sancionada expressamente pelo legislador fiscal em 2006, ao alterar o n.º 3 do então artigo 42.º (hoje artigo 45.º) do Código do IRC, juntando ao mesmo grupo das perdas com a alienação de partes de capital (participações sociais) as perdas com (créditos pela realização de) prestações suplementares, com o fito de prescrever a sua dedução fiscal em apenas 50%[19] (cfr. Tomás Cantista Tavares (Coimbra, 2011) IRC e Contabilidade: da Realização ao Justo Valor, Almedina, 245 e segs).

[19] Refira-se aqui o entendimento da administração tributária – que não se acompanha – de que no caso de liquidação da sociedade beneficiária das prestações suplementares se aplicaria o artigo 41.º (anterior 39.º) do Código do IRC. Concorda-se que juridicamente se está perante crédito e não perante parte social ou parte de capital, mas não se concorda com a ideia de que a perda nesse crédito só seria dedutível à luz do regime dito de "créditos incobráveis". Acresce que até à liquidação da sociedade esta mesma AT diz que a qualificação já é outra: "partes de capital". Qualificação que não mereceu a concordância de tribunais arbitrais a funcionar junto do CAAD, conforme decisões proferidas nos processos n.º 9/2012-T e n.º 69/2012-T. Com estes dois movimentos em sentidos contrários, tenta a AT sujeitar estes créditos ao pior de dois mundos, incluindo afastar o regime aplicável à liquidação e partilha em que, que conforme decisão do TCA-Sul, as perdas são em princípio dedutíveis em 100%, não se lhes aplicando, designadamente, o já referido artigo 45.º (anterior 42.º), n.º 3, do CIRC (cfr. acórdão de 17.04.2012, proferido no proc. n.º 05315/12).

9. O regime dos preços de transferência e as prestações suplementares e suprimentos

No caso base acima apresentado, em que o accionista fornece capitais à sociedade de que é accionista único, utilizando a via dos suprimentos não remunerados ou das prestações suplementares, nenhuma correcção é legitimada pelo regime dos preços de transferência, o que, como vimos, será entendimento partilhado pela nossa jurisprudência. *Idem* para o accionista que fornece capitais do mesmo modo, juntamente com os outros accionistas e na proporção da percentagem de capital social detida (mais precisamente, na percentagem de direito aos lucros detida). É isso que poderá também contribuir para explicar o facto de a presunção inilidível introduzida em 1982 no extinto imposto de capitais (que de resto viria a ser julgada inconstitucional[20]), no sentido da existência de juros para os empréstimos da sociedade ao sócio, não ter sido estendida aos empréstimos do sócio à sociedade.

Com efeito, como se tentou mostrar, o investimento que, por este caminho jurídico, o accionista faz na sua sociedade tem economicamente o mesmo potencial lucrativo que o investimento concretizado pela via jurídica do capital social.

De outra perspectiva concorrente, a disponibilização de capitais sem remuneração (juros) especificamente associada, à sociedade participada cujos lucros revertem em termos finais para o accionista, é uma situação co-natural à posição jurídica e económica de accionista, que nada pode ter em si mesma, por definição, de desviante em relação a um qualquer padrão de normalidade, por referência a uma situação de ausência de relações especiais.

Para haver relações especiais é preciso que haja, em contraste, "relações gerais ou normais". Ora, na situação em causa não há comparável externo, não há comparável (situação igual) fora do tipo de relação (dita especial – do sócio com a sociedade) em causa, pelo que se pode dizer que esta situação não é, nem deixa de ser, susceptível de ser vivenciada em contexto de

[20] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/97, de 29.04.1997, proferido no processo n.º 63/96.

relações especiais. Ela só é vivenciável num único tipo de relação: a do sócio com a sua sociedade.

A relação de financiamento, sem remuneração, de terceiro com a sociedade não é comparável, evidentemente, *não é a mesma*, pela razão simples de que ao contrário do sócio esse terceiro não tem direito ao lucro (nem a intervir na vida da sociedade através do direito de voto, à informação, etc.), muito ou pouco, que os capitais disponibilizados possam vir a gerar. Inspirando-nos na crítica do Professor Rui Duarte Morais, que fala do regime dos preços de transferência como estando no fio da navalha no que à questão da sua constitucionalidade respeita – por exigirem um lucro normal quando a nossa lei fundamental prevê a tributação pelo lucro real (cfr. "Preços de transferência. O sistema fiscal no fio da navalha" (Coimbra, 2009) Revista de finanças públicas e direito fiscal, ano 2, número 1, Almedina, 135 e segs., especialmente 142 e segs.) –, diríamos que o lucro a que o accionista aspira quando empresta sem juros à sua sociedade (já) é lucro normal, pelo que a sua recusa como tal está inequivocamente fora da ténue ("no fio a navalha") plataforma constitucional em que poderá assentar este regime dos preços de transferência. A sua recusa, se admissível, teria de assentar em diferente racional.

Numa outra perspectiva ainda, não faz sentido neste caso expurgar das condições da transacção aquilo que tenha repousado no poder de influência de uma entidade sobre a outra (directamente ou por interposta pessoa – *v.g.* a sociedade-mãe no topo da pirâmide): os interesses finais de uma e outra entidade identificam-se, sendo que por desenho legal o interesse da sociedade na obtenção de lucro é instrumental – mera etapa intermédia – ao direito legal e interesse do accionista em se apropriar desse mesmo lucro. Donde que, as necessidades de uma, a sociedade, de obtenção de capitais para tentar obter tal lucro, sejam por definição necessidades também do accionista (enquanto tal) com vista a obter esse mesmo lucro.

Para finalizar, mesmo que conceptualmente se admitisse conceber a existência de relações especiais nesta situação (com a consequente necessidade de se admitir, simultaneamente, que haveria situações comparáveis, *i.e.*, iguais na essência, fora do universo das relações entre sócio e sociedade), sempre sobraria depois este obstáculo: era necessário encontrar termos diferentes em transacções comparáveis, em relações ditas normais (cfr. artigo

63.º, n.º 1, do CIRC), que traduzissem a "reprovação" dos termos em que decorreu esta operação de financiamento do sócio à sua sociedade, o que se assemelha em muito a uma caça ao gambuzino.

O caso é diferente, como se viu, quando o sócio financia uma sociedade que não é só sua e não é acompanhado, ou não é acompanhado na devida proporção, pelos outros accionistas. Esta situação é aparentada com uma situação em que o sócio suportasse os custos de subscrição de um aumento de capital que aproveitasse a, ou também a, outros sócios que ficariam titulares das, ou de parte das, novas acções.

Esta situação já não é, evidentemente, co-natural à posição jurídica e económica de accionista, já extravasa do que a posição de accionista permite e, sobretudo, explica e justifica economicamente falando. Nesta situação, o sócio benemérito dos outros sócios já não pode apelar à sua condição de sócio: a sua conduta ou comportamento já não flui logicamente da sua condição de sócio.

Será a correcção imposta pelo regime dos preços de transferência inevitável? A vida é muito rica em situações. Normalmente quanto maior se é economicamente (ou noutro qualquer plano), mais importante (por ser maior a durabilidade expectável do *ser* que é grande/forte, não pode viver como se o amanhã não existisse) e mais difícil (por ser maior a visibilidade desse *ser* grande/forte e maiores também os sentimentos negativos que por força do que é a natureza humana inevitavelmente suscitará) se torna salvaguardar a reputação. Daí que se concebam situações, por exemplo, em que um accionista não deixe de fornecer à empresa participada os meios necessários para esta solver todos os seus compromissos, mor das vezes através de cartas de conforto ou garantias a entidades bancárias para que estas financiem a participada, mas também fornecendo directamente liquidez, mesmo que os outros accionistas não o acompanhem, num contexto da mais pura racionalidade económica e empresarial inatacável do ponto de vista quer das regras sobre indispensabilidade do gasto, quer das regras sobre preços de transferência, no que à eventual ausência de remuneração respeita.

Mas caso se entenda dever haver correcção em aplicação do regime dos preços de transferência, como proceder? Duas opções se perfilam à partida: ou proceder a correcções na relação entre o sócio benemérito e a sociedade, na certeza de que as mesmas afectarão também indirectamente a posição dos accionistas beneficiados; ou actuar directamente ao nível da relação entre accionistas.

A primeira opção é a mais simples uma vez que envolve unicamente o sócio benemérito, de um lado, e a sociedade do outro. Mas pode fazer-se no quadro legal vigente? A letra da lei *que é* não parece impedi-lo, pelo menos quando aplicada mecanicamente: na medida em que a disponibilização de capitais à sociedade tenha beneficiado terceiros, a transacção nessa parte não é uma operação na qualidade de sócio, logo está sujeita às regras de preços de transferência (havendo, por exemplo, uma participação mínima de 10%), que por sua vez ditam que se olhe ao que faria um terceiro sem relações especiais com a sociedade. E, por outro lado, o facto de os outros sócios, com os quais o sócio benemérito pode não ter relações especiais de espécie alguma, serem beneficiários reflexos/últimos do financiamento deste, não parece capaz, nesta aplicação mecânica da letra da lei, de afastar esta aplicação do regime dos preços de transferência às relações entre este e a sociedade beneficiária do seu financiamento sem juros. Com efeito, em suporte desta tese pode trazer-se à colação que, quando se fala de sociedades, o benefício que tenham em transacções com entidade relacionada repercute-se sempre, também, na esfera dos *residual claimant*, que são os seus sócios.

Prosseguindo no aprofundamento desta primeira hipótese interpretativa, o que um terceiro (sem direito ao lucro ou quaisquer direitos de intervenção na sociedade próprios da qualidade de sócio) faria, seria exigir um juro, uma remuneração específica por essa disponibilização de capitais, *em princípio*[21] mais elevada no caso de um financiamento que gera um crédito com a subordinação legal do crédito associado à prestação suplementar do que, num financiamento que gera um crédito sujeito ao regime dos créditos por suprimentos.

Pegando no exemplo acima dado, se o accionista com 20% realiza suprimento não remunerado no montante de 100, num contexto em que os

[21] *Em princípio*, porque a vida é muito rica, e a vida e variedade de situações financeiras das empresas também. Se, por exemplo, a situação for má e as perspectivas de recuperação incertas, a distância entre a remuneração de um e outro crédito podem acabar por ser muito curtas.

outros accionistas o não acompanhem na proporção das respectivas participações sociais, nocionalmente falando, um montante de 80 desse suprimento beneficiará estes últimos. Se o accionista "benemérito" se ressarcisse, quanto a esta parte do suprimento, junto dos accionistas *free riders*, a remuneração seria apenas sobre esta parte do empréstimo, no montante de 80.

Mas, estando em causa a interposição da sociedade (ressarcimento junto da sociedade beneficiária directa do empréstimo), a imputação de um juro ao abrigo das regras de preços de transferência incidirá sobre a totalidade do empréstimo de 100. A razão, qualitativamente falando, é esta: a sociedade "pertence" em 20% ao accionista benemérito (ou mais responsável, hipótese sobretudo plausível para percentagens de participação mais elevadas), pelo que, nessa percentagem, qualquer juro que cobrasse à sociedade seria indirectamente encargo dele próprio, ao contrário do que sucederia caso o cobrasse directamente junto dos outros accionistas[22].

É preciso agora abordar a inevitável dúvida suscitada pela hipótese interpretativa em análise: quer isto dizer que o accionista com 99,99% terá de sujeitar a totalidade do seu empréstimo à sociedade a uma remuneração (juro), só porque quem detém apenas 0,01% da sociedade não o acompanhou num empréstimo não remunerado? Isto faz sentido? Matematicamente, ou em termos de lógica pura, a resposta é afirmativa, como se viu *supra*. Mas faz sentido juridicamente ou, se se quiser, valorativamente?

Não parece. O que poderá então estar mal, ou ter sido indevidamente omitido, na construção *supra*? Há uma dissociação, cuja importância não foi, no exercício efectuado até aqui, devidamente reconhecida, entre quem beneficia realmente com a acção do sócio benemérito (os sócios *free riders*) e a contraparte na transacção sujeita à correcção (a sociedade participada). É de suspeitar que o sócio dito benemérito, com 90% da sociedade, que lhe disponibiliza um empréstimo sem juros e que nenhuma relação especial tem com os outros sócios (que o não acompanham no empréstimo), agiu como agiu porque a redução de rendimento (o benefício para os outros sócios) lhe

[22] Este raciocínio já não se aplica quando esteja em causa aferir da dedutibilidade de encargos financeiros incorridos em conexão com o referido financiamento à sociedade pelo sócio benemérito. Aí volta a comandar a percentagem de capital detida (mais exactamente, o percentual de saque sobre os lucros da sociedade) em contraposição à percentagem detida pelos sócios *free riders*.

era indiferente ou porque queria que os outros sócios saíssem beneficiados? Ou, pelo contrário, é de concluir (*more likely than not*) que agiu como agiu (dada, justamente, a inexistência de relações especiais com os outros sócios) motivado por puro cálculo empresarial, que teve em conta exclusivamente os seus interesses individuais, designadamente o seu interesse económico (lucrativo) por referência à participação de 90% na sociedade em causa? Julga-se que esta última conclusão é que estará certa.

Dito de outro modo, por um lado na relação com a sociedade a comunhão de interesses com esta não origina redução de rendimento quando, do outro lado, está o sócio ou *residual claimant*; e, por outro lado, na relação com os outros sócios não há qualquer comunhão de interesses (não há relações especiais) que justifique a suspeita de comportamento (que objectivamente beneficia esses outros sócios) determinado por uma (justamente inexistente) comunhão de interesses.

Já se entre accionista benemérito e accionistas *free riders* existirem relações especiais, quererá isso dizer que alguma comunhão de interesses legalmente relevante haverá (directa, ou indirectamente, *v.g.* ao nível de uma sociedade mãe comum) pelo que, à luz daquilo que são os objectivos e razão de existir das regras de preços de transferência, nenhuma razão haverá[23] para não as aplicar: passa a estar legitimada a suspeita de que o seu comportamento, que objectivamente beneficia esses outros sócios, foi determinado pela comunhão de interesses com estes existente. E então, valerá o que *supra* se referiu relativamente ao operar da correcção ao nível da relação entre sócio benemérito e sociedade: a totalidade do seu empréstimo sem juros terá de ser sujeita ao regime dos preços de transferência.

Faça-se agora um parêntesis para mencionar um cenário factual diferente: e se o accionista benemérito emprestasse, sem juros, 80 aos sócios *free riders*, na condição de que estes os aplicassem num empréstimo à sociedade, sujeito às mesmas condições? As consequências fiscais, neste cenário, passam a situar-se ao nível das relações directas com estes outros sócios (com risco de crédito específico, só por coincidência similar ao da sociedade) e envolveriam apenas o referido montante de 80. Mas, aqui, a situação é

[23] Abstraímo-nos aqui de analisar a bondade da solução legal no que respeita ao conteúdo (manifestamente exagerado) da tipificação das situações ditas de "relações especiais".

substancialmente diferente: os sócios *free riders* seriam menos *free riders*, na exacta medida em que assumiriam um passivo (embora não onerado com juros) de 80.

Prosseguindo, e se em vez de um suprimento, tiver sido efectuada uma prestação suplementar? A lei não impede que estas sejam remuneradas? Impede (artigo 210.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais). E esta norma proibitiva, para esta concreta e específica operação, não prevalece sobre a regra, de carácter geral, que impõe que com respeito a todas as operações e transacções efectuadas no contexto de existência de relações especiais, sejam *contratados, e aceites e praticados* termos e condições idênticas aos que seriam adoptados por entidades sem relações especiais? Parece prevalecer e, assim, impedir o ajustamento que decorreria da tributação de juros a imputar ao accionista e da correspondente dedução dos mesmos na esfera da sociedade.

Este conflito mostra bem que, para além de a *prescrição normativa* em sede de preços de transferência ter ido muito além do que os seus objectivos legitimariam, ao impor-se, com manifesto excesso, à vontade das partes, fora também da esfera fiscal, tal excesso, se pode virar contra a prossecução dos próprios objectivos da norma em causa: tivesse o legislador restringido a imposição à esfera fiscal ("correcção de preço *meramente* para efeitos fiscais") e nenhum conflito existiria nem, consequentemente, ficaria bloqueada a aplicação do regime (fiscal) dos preços de transferência, em caso de conflito com outras áreas da ordem jurídica.

E o que dizer do ajustamento secundário: será que ao receber os lucros na quota-parte dos juros em que a sociedade não incorreu (só incorreu nocionalmente, para efeitos de correcção), devem os mesmos continuar a ser tributados como dividendos[24]? E quanto ao ganho extra pela dedução fiscal dos juros imputados à participada? Não há previsão de ajustamentos secundários no regime português dos preços de transferência. É chegado o momento de tratar da segunda opção: correcção ao nível da relação entre accionistas. Julgamos que não pode ser feita, não havendo transacção ou

[24] De idênticas dificuldades padecia o regime de subcapitalização (de aplicação restrita ao financiamento accionista e equiparável), em que os juros correspondentes ao endividamento considerado excessivo não eram requalificados como dividendos, mas aí não se lidava com a questão adicional relativa à alteração do seu montante.

operação entre o sócio benemérito e os outros accionistas. Entre accionista e sociedade há uma transacção, pelo que nenhuma se está a ficcionar. Entre sócios nenhuma transacção existe, na hipótese aqui em análise, e nenhuma o regime dos preços de transferência está autorizado a ficcionar[25]. Para além disso, conceber-se que aos outros sócios fosse imputado um juro, porventura dedutível fiscalmente, seria premiá-los ainda mais pela sua passividade e aumentar o prejuízo para o sócio benemérito (que deixava de poder, sequer, beneficiar, ainda que, apenas reflexamente, da dedução fiscal do juro, ao nível da sociedade de que é sócio, na proporção da sua participação social).

10. O estado actual do pensamento doutrinário sobre esta questão; conclusões

Quisemos, propositadamente, explicar a nossa tese e retirar da mesma as conclusões que se impõem, abstraindo-nos do estado actual do pensamento doutrinário dominante sobre o tema, a bem da clareza da exposição: era fundamental afastar ruídos e distorções que sempre acompanham e escoltam as ideias dominantes.

Mas agora, percorrido que foi todo o caminho necessário para se perceber sem pré-concepções, preconceitos, dogmas e mitos, o que realmente o regime dos preços de transferência exige, pode exigir e deve exigir, nas relações de financiamento (de investimento, portanto, verificada a condição acima analisada) entre sócio, nessa qualidade, e sociedade, pode-se e deve-se fazer, agora necessariamente com outra segurança e em terreno com outra firmeza, a revisão crítica do estado desta questão nos *fora* dominantes.

O pensamento doutrinário sobre esta questão, não só local, mas sobretudo a nível mundial (de onde vêm as ideias e construções jurídicas nesta matéria dos preços de transferência), está ainda muito agarrado a formas

[25] Sobre a posição adoptada a propósito de respeitar e tratar de lidar com a transacção tal como esta efectivamente ocorreu (operação real) nas Orientações da OCDE sobre preços de transferência, vejam-se os seus parágrafos 1.36 e 1.37 na versão de 1995 e os parágrafos 1.64 e 1.65 na versão de 2010. Não vai ser possível entrar aqui em mais desenvolvimentos deste tema, que é tratado na tese de doutoramento de Andreas Bullen, adiante citada.

e fórmulas: capitalizou sociedade via aumento do capital social? Não se aplicam preços de transferência. A forma de capitalização pelo sócio foi a de um empréstimo sem juros ou com juro favorável para a sociedade[26]? Aplicam-se os preços de transferência. A não ser que – e aqui começam as costumadas matizações e mitigações, orientadas por critérios sem uma base intelectual consistente –, em substância, se possa defender que o empréstimo é um sucedâneo do que deveria ser o capital social ou, mais latamente, os níveis de capitais próprios (*equity*) da sociedade ou empresa em causa.

Comece-se pelas Orientações da OCDE sobre preços de transferência (versão de 2010). Esta é a fonte doutrinária primária (por sua vez fortemente inspirada na experiência – pioneira – norte-americana) na temática dos preços de transferência, o centro difusor do pensamento dominante nesta área.

A única menção especificamente dirigida a financiamentos pelo sócio à sociedade encontra-se no parágrafo 1.65. Curiosamente, o exemplo dado prende-se apenas com a hipótese de ignorar o juro cobrado pelo sócio à sociedade, quando, nos dizeres da orientação, numa situação de plena concorrência (*arm's length*)[27] não fosse expectável, atendendo às circunstâncias económicas da sociedade, que a operação fosse estruturada dessa maneira. Nesse caso, dizem as Orientações, a operação poderá ser tratada como uma subscrição de capital, *i.e.*, para o que aqui exclusivamente nos interessa agora, como um financiamento sem juros.

A hipótese que nos interessaria aqui ver tratada – empréstimo sem juros do sócio à sociedade – não é especificamente tratada nestas Orientações da OCDE. Mas isso não impede que – fora a tal situação em que seria expectável numa situação de plena concorrência (cuja existência seria em

[26] *It goes without saying* que se o sócio e a sociedade estipulam um juro acima do juro de mercado, evidentemente se podem e devem aplicar as regras de preços de transferência: o sócio que cobra um juro usurário ou exagerado à sociedade está a agir *desligadamente* da sua condição de sócio e interesse de sócio enquanto tal, está apenas a explorar para fins pessoais (se reside nele directamente o poder de influenciar a transacção), para *fins não societários*, não co-naturais ao estatuto de sócio, a sua posição societária.

[27] Onde se vai buscar o referencial de plena concorrência (*i.e.*, não manchado por "relações especiais") quando esteja em causa ponderar, como sugerem as orientações, a perspectivação de uma subscrição de capital no lugar de um empréstimo sem juros? A isto não respondem, porque não tem resposta, as Orientações da OCDE em análise.

si mesma uma impossibilidade conceptual[28]) que o financiamento fosse disponibilizado a título de subscrição de capital – a doutrina (e a prática das administrações fiscais de todos os dias) entenda que tais transacções estão genericamente sujeitas ao regime dos preços de transferência.

Essa sujeição seria uma decorrência de o empréstimo sem juros do sócio à sociedade ser uma transacção comercial ou financeira entre entidades com relações especiais.

Paula Rosado Pereira (Coimbra, 2010), por exemplo, *in* Princípios do Direito Fiscal Internacional – do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, Almedina, a propósito da teoria da independência absoluta do estabelecimento estável nas relações (dentro da mesma pessoa jurídica) entre este e (vamos chamar-lhe assim) os escritórios centrais ou casa-mãe, fala da relevação fiscal dos juros acordados entre estes dois níveis dentro da empresa (pág. 158), sendo de notar a usual ausência de referência à hipótese de inexistência de juros, o mesmo ocorrendo quando a pág. 164 alude genericamente (num contexto que não é apenas o da relação sócio/sociedade) ao preço de plena concorrência que deverá ser utilizado nas relações financeiras e comerciais entre empresas relacionadas. Finalmente, mais à frente, na pág. 178, quando elenca algumas matérias em que pode haver especiais dificuldades na aplicação do método da plena concorrência (royalties, cedência de know-how, etc.[29]) não há também qualquer alusão a empréstimos sem juros (em vez de aumento de capital, por exemplo) do sócio à sua sociedade.

Jens Wittendorff reconhecido especialista, internacionalmente, na área dos preços de transferência, sendo de destacar a sua obra (2010) *Transfer Princing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Wolters Kluwer, *Series on International Taxation*, 35, escreve o seguinte na pág. 158 da citada obra, com referência a um caso fiscal – *Statoil*

[28] Estamos a pensar em termos de grandes linhas. Não nos interessa especular (de modo circular, fechado) que à luz de uma definição de relações especiais convencionalmente escolhida que não apanha participações abaixo de 10%, seria porventura teoricamente possível, justamente em relações de participação abaixo de 10%, encontrar um referencial de plena concorrência adequado.

[29] Em linha com as Orientações da OCDE sobre preços de transferência, que dedicam um capítulo especial – o VI – exclusivamente dedicado aos activos intangíveis.

Angola – julgado na Noruega, que o tribunal acabou por decidir com base na *assimilação, para efeitos do regime dos preços de transferência,* de um empréstimo do accionista sem juros, a uma contribuição do mesmo para os capitais próprios da participada (neste último caso via capital social, por exemplo):

"*In this case a Norwegian parent company had provided an interest-free loan to a Norwegian subsidiary which carried on the business of oil extraction abroad. At the same time a low-taxed Belgian sister company had provided an interest bearing loan to the* [same] *subsidiary. On the basis of this, the tax authorities taxed the parent company on imputed interest in accordance with the transfer pricing provision in section (...). The main argument of the taxpayer before de Supreme Court was that a transfer pricing adjustment could not be made, as the subsidiary lacked the capacity to borrow. The reduction of the parent company's income was thus not caused by the community of interest* [sublinhado nosso. O erro – em que se deixa também cair o contribuinte – está em partir-se do princípio de que há uma redução do rendimento, quando o que há é um reforço do investimento com vista a futuro rendimento, tal como ocorre com o capital social inicial ou adicional]. *Subsidiarily it was argued that as the subsidiary company did not have the ability to pay interest on both loans, it should be the loan from the parent company that was interest free. The sister company had no interest in the subsidiary other than the loan.*

According to the tax authorities, when applying the arm's length test, the community of interest between the parent and subsidiary should be disregarded. On the other hand, the concerted arrangement between the parent and the low-taxed sister company should not be disregarded. It was only the community of interest between these two companies that could explain why the parent company had agreed to extend the interest free-loan. "The majority of the Supreme Court reasoned that the subsidiary could not have obtained the disputed loan from a third party. On the basis of this, the freedom from interest payments was justified by business reasons and was not a result of the community of interest. (...) Because of the ownership interest [do accionista com respeito à subsidiária], *only the parent company was found to have a business interest in providing an interest-free loan to the subsidiary* [sublinhado nosso]. *For this reason the judge giving the first judgment (paragraph 51) held: 'Against this background, the interest-free loan provided by Statoil ASA appear to take the form of a substitute for an equity contribution. The provision of credit was not based on any expectation of receiving interest, but was exclusively based on the business interest of Statoil ASA* [accionista ou empresa-mãe] *in the activities carried on by Statoil Angola* [sociedade participada ou subsidiária]. *In my view there is thus no basis for determining any imputed income from this loan (...)".*

Este caso representa uma importante evolução nesta matéria, mas ainda está, no modo de argumentar e raciocinar, condicionado pela ideia de que à partida, como regra, um empréstimo do sócio à sociedade vencerá juros por aplicação das regras sobre preços de transferência. Defendendo a prevalência absoluta desta ideia temos a administração fiscal. E depois temos o contribuinte, que não contraria propriamente essa ideia base ou de partida. Apenas suaviza a suposta regra geral apelando à ideia de que seria um empréstimo substitutivo de *equity*. E, finalmente, o tribunal, que acabou por considerar não ser de imputar qualquer juro, mas que não resiste, também, a fazer apelo à ideia de empréstimo substitutivo de uma contribuição de capital.

Tribunal ao qual não escapou, no entanto, aquilo que verdadeiramente justifica, e justifica em regra (por oposição a excepção) a não imputação de qualquer juro a um empréstimo não remunerado do sócio à sua sociedade: o *business interest*, para o sócio, deste empréstimo, decorrente do seu *ownership interest* sobre o beneficiário do mesmo. Efectivamente, como se tentou mostrar, caso o sócio seja accionista único ou seja acompanhado, no empréstimo sem juros, pelos outros accionistas, na proporção das respectivas percentagens de participação no capital social, tal empréstimo sem juros tem um potencial de retorno, que é semelhante ao de uma subscrição adicional de capital social.

Andreas Bullen (2011, *Arm's Length Transaction Structures – Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, IBFD Doctoral Series, 20) sintetiza, assim, o regime norueguês: "[i]*n essence, the domestic Norwegian arm's length provision provides that if a taxpayer's income has been reduced as a result of its community of interest with another person, the taxpayer's income shall be determined "as if community had not existed""* (pág. 295). Este é de facto o objectivo das correcções promovidas pelos regimes de preços de transferência um pouco por todo o

mundo. O ponto está em que o *taxpayer income* na hipótese que nos ocupa *has not been reduced as a result of its community of interest with another person*", na exacta medida e pelas mesmas razões que o não é quando a via seguida para fazer chegar os meios financeiros à sociedade é a subscrição de capital social (como se tentou mostrar *supra*).

A propósito do mesmo caso *Statoil Angola* este Autor relata que nenhum juro foi imputado, ao abrigo dos preços de transferência, ao empréstimo da empresa-mãe (accionista) à sua participada porque esta não tinha capacidade para obter esses meios junto de terceiros e, por isso, estes seriam um *equity substitute*, por sua vez inteiramente justificado em razão da sua proveniência: a empresa-mãe/accionista (*op. cit.* pág. 298). Recorrendo a um outro caso (*Nycomed*) o autor descreve, ainda mais, esta variação sobre a justificação para o afastamento de qualquer correcção: "[a]*s the Court saw it, the parent's company income could not be considered to have been "reduced" because of the non-charging of interest, if the subsidiary's financial situation was so weak that the possibility of debt financing was totally excluded*" (pág. 363). Esta variante justificativa tem a desvantagem adicional de entrar por caminhos que não têm robustez sequer ao nível da lógica interna ou no circuito fechado em que operam: o facto de a subsidiária estar muito mal não elimina a (alegada) redução de rendimento do sócio quando não cobra juros no financiamento à sua participada; muito pelo contrário, num certo sentido que é bem material e inteiramente real.

Em geral, ao menos esta excepção (não imputação de juros ao accionista se a participada não estava em condições de contrair empréstimo junto de terceiros) é seguida um pouco por todo o mundo. E os critérios para apurar se o financiamento do accionista se deve tratar (a esta e outras luzes) como *debt* (que deve vencer juro) ou como *equity* (que não deve vencer juro) privilegiam, em geral, a substância sobre a forma. Com esta limitação, comum a todos: ignoram justamente a substância quando omitem que um empréstimo sem juros do accionista único (por exemplo) é, em substância, economicamente equiparável a uma subscrição de capital adicional. Digamos que há uma procura da substância, mas dentro de uma restrição formal inicial (consciente ou inconsciente), que impede depois que aquela substância seja efectivamente alcançada, originando-se então um jogo de regras complexas, inevitavelmente com muito de artificial, e que se move em movimentos

circulares que não alcançam o núcleo, que não alcançam, julgamos, o essencial deste tema. Para uma visão mais detalhada consulte-se ANUSCHKA BAKKER e MARC M. LEVEY (EDS.) (2012) *Transfer Pricing and Intra-Group Financing*, IBFD. É de notar que quatro dos países referenciados nessa obra nem sequer a costumada excepção aplicam: o Japão (onde, pelo contrário, se considera ser de imputar um juro tanto mais elevado quanto pior for a situação da sociedade – págs. 344 e segs.), o México (pág. 397), a África do Sul (pág. 465) e a Suiça (pág. 490).

De notar é, ainda, alguma incoerência ou contradição de certos sistemas fiscais que, por um lado, se esforçam por erguer limitações à dedução de juros cobrados pelos accionistas nos empréstimos que fazem às suas participadas e, por outro lado, em geral, não aceitam que esses mesmos accionistas se abstenham de cobrar juros justamente nos empréstimos que fazem às suas participadas. Veja-se o caso francês (cfr. CAROLINE SILBERZTEIN e EVELYNE BAGDASSARIAN, Chapter 6 – France (2012) *Transfer Pricing and Intra-Group Financing*, IBFD, 212 e segs. e 220 e segs.) que tem como curiosidade fazer-se valer hoje de um caso de financiamento a uma participada portuguesa pela via das prestações suplementares, para ilustrar um tipo de situação em que é legítimo não cobrar juros numa disponibilização de capitais à participada (CAROLINE SILBERZTEIN (...), *op. cit.*, pág. 223).

Um outro ponto (relacionado justamente com a limitação da dedução de juros cobrados em empréstimos à participada) que importa introduzir como pretexto para falar de um outro, é o da *thin capitalization*, ou subcapitalização, da participada. A Noruega é um dos pouco países que trata este tema como uma questão de preços de transferência (ANDREAS BULLEN (2011), 450). Uma outra excepção notória é (desde há uns anos) o Reino Unido (cfr. NICK FOSTER-TAYLOR, LAURA HOYLAND e BELEMA OBUOFORIBO, Chapter 16 – United Kingdom (2012) *Transfer Pricing and Intra-Group Financing*, IBFD, 509). Na generalidade dos países e, não obstante a abertura que foi sendo acolhida pelos documentos produzidos pela OCDE no sentido de alguma assimilação do tema da subcapitalização ao tema dos preços de transferência (*v.g.*, para além do *Report on Thin Capitalization* – de 1986 –, o parágrafo 1 do comentário ao artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE), o panorama não é esse. Em geral, as regras sobre subcapitalização estão separadas das regras sobre preços de transferência: as

primeiras limitam a dedução de juros pela sociedade participada que os suporta, independentemente de serem ou não *arm's length*; as segundas intervêm ao nível da verificação da conformidade do *quantum* dos juros com comparáveis praticados entre entidades independentes entre si.

Ora, como contraponto ao tema da subcapitalização temos o da sobrecapitalização, que aqui interessa assinalar uma vez que o tipo empréstimo sem juros que aqui nos interessa, especialmente, tratar é um substituto, justamente, do capital social (e a prestação suplementar é-o de modo mais perfeito ainda, dada a sua contabilização, à semelhança do capital social, em rubrica do capital próprio).

Esta dita excessiva capitalização da empresa via capitais próprios (*fat capitalization*), tem subjacente a ideia de que a participada estaria capaz de se endividar mais, como alternativa ao capital próprio de que foi dotada, pelo que haveria como que uma "insuficiência de endividamento" (cfr. JAIME CARVALHO ESTEVES (Coimbra, 2011) "Da (ir)relevância da "fat capitalizaton" de uma "sociedade instrumental"", Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, Vol. IV, 783 e segs.). Em razão do enviesamento dos sistemas fiscais em favor do financiamento por capitais alheios, consubstanciado na dedução fiscal dos correspondentes juros suportados, maximizar a rentabilidade dos capitais próprios parece ser para a doutrina (incluindo a administrativa) uma não-questão, ou uma questão ausente[30]. Seja por entender, neste caso, não estarmos perante uma operação comercial ou financeira, ou tão-somente por perder mais do que ganha em termos de receita tributária (no caso das administrações ficais) caso se desafie este *status quo*. Nesta questão julgamos que esteve muito bem o tribunal arbitral que julgou o processo n.º 76/2012-T, ao concluir que não há suporte legal nas regras de preços de transferência para restringir a liberdade do contribuinte quanto aos tipos de operações comerciais ou financeiras que entenda realizar com entidades com quem mantenha relações especiais. Os requisitos de que depende a recusa dos efeitos fiscais das

[30] Entre as excepções estão Pasquale Pistone (Linde, 2008) *Outbond Investments and Interest Deduction: an Era of Fat Cap in European International Tax Law?*, *Common Consolidated Tax Base*, e Jaime Carvalho Esteves (Coimbra, 2011), *op. cit.*, em artigo inspirado nos factos em causa no acórdão proferido por tribunal arbitral (fiscal) no processo n.º 76/2012-T.

operações efectivamente realizadas serão os da cláusula geral anti-abuso, constante do artigo 38.º da Lei Geral Tributária, e não os dos preços de transferência.

Isto não quer dizer que a sobrecapitalização ou *fat capitalization* não possa e deva ser equacionada e pensada pelo legislador e pela doutrina. Num mundo sem fronteiras económicas, mas em que as fronteiras fiscais em sede de impostos sobre o rendimento continuam a ser a norma, muito planeamento fiscal legítimo passará, justamente, pela escolha entre dívida ou *equity*, por sua vez influenciada pelas consequências fiscais de uma ou outra opção, por sua vez influenciadas pelas respostas (díspares) de cada sistema fiscal em concreto, por sua vez muitas vezes calibradas pelos países, com o objectivo de oferecerem vantagens competitivas ao nível da fiscalidade (concorrência fiscal entre países). Estes são problemas complexos que idealmente seriam resolvidos, de modo coordenado, pelas diversas jurisdições fiscais, e que, na ausência dessa coordenação, terão de ser fiscalizados pelas cláusulas gerais anti-abuso ou por cláusulas porventura mais especializadas que, com inteligência e proporcionalidade, defendam o melhor possível, sem prejuízo para os compromissos internacionais e europeus do Estado português e, sem prejuízo para a vantagem competitiva das empresas nacionais, a receita fiscal em sede de imposto sobre o rendimento que o Estado português julgue fundamentadamente dever caber-lhe. Os preços de transferência, porém, é que não servem para lidar com isto (nem com muitas outras coisas).

É tempo de terminar, sublinhando em jeito de conclusão que a ausência de ponderação específica das relações de financiamento na direcção sócio-sociedade tem permitido que as administrações fiscais se sintam autorizadas a tratar *também* os financiamentos *sem juros* (à excepção, por razões que se apoiam em diferenças puramente formais, como se pensa ter mostrado *supra*, dos que assumem a forma de subscrição de capital ou de contribuição – mas quanto a estas, nem sempre – suplementar ou equiparável) como sendo operações susceptíveis de correcção ao abrigo do regime dos preços de transferência.

Ora, não é assim (e não é assim também, por maioria de razão, com respeito a transacções com juro, mas a taxa abaixo do que um não-sócio exigiria à sociedade). Não é assim, fazendo uma síntese da principal ideia que

se tentou transmitir neste artigo, quando esse financiamento seja efectuado na qualidade de sócio, o que por sua vez se verifica quando não há outros sócios ou, havendo-os, todos acompanham o movimento de financiamento (investimento adicional na sociedade) na proporção das percentagens de capital (partes de capital) por cada um detidas. E não é assim não só *de jure condendo* mas, também, julga-se, pelo menos no que a Portugal respeita, *de jure constituto*.