CIÊNCIA E TÉCNICA FISCAL

Janeiro · Junho de 2006 · [n.º 417]

CENTRO DE ESTUDOS FISCAIS
DIRECÇÃO-GERAL DOS IMPOSTOS

Pro rata Revisitado: Actividade Económica, Actividade Acessória e Dedução do IVA na Jurisprudência do TJCE

J. L. SALDANHA SANCHES
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

JOÃO TABORDA DA GAMA
Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

ÍNDICE: 1. O problema; 2. A dedução do IVA em empresas com actividade isenta e actividade tributada; 3. Neutralidade, isenção parcial e concorrência; 4. O sentido da afectação real e do *pro-rata* no IVA; 5. A detenção de participações sociais e o direito à dedução; 6. A actividade financeira com carácter acessório; 7. O conceito de actividade económica e a jurisprudência do Tribunal de Justiça; 7.1. O problema nos casos *Polysar* (1991) e *Sofitam* (1993); 7.2. Actividade económica e prestação onerosa; 8. A importância do caso EDM (2004); 8.1. O conceito de actividade económica a uma nova luz; 8.2. As receitas provenientes de venda de acções e a sua caracterização perante o IVA; 8.3. O conceito de actividade acessória no caso EDM; 8.4. A actividade acessória e os empréstimos concedidos às empresas que integram o grupo; 9. Do caso *BBL* (2004) ao caso *Kretztechnik* (2005); 10. Problemas actuais de regulação do direito de dedução.

Ciência e Técnica Fiscal, 2006, n.º 417, 101-130

1. O PROBLEMA

A construção de um sistema de regras que concretize o princípio da neutralidade do IVA no caso de entidades com actividade financeira isenta deste imposto é um dos mais espinhosos problemas com que se tem deparado o Tribunal de Justiça das Comunidades.

A relação princípio/regra tem aqui um papel central.

O princípio é inequívoco: o sujeito passivo que realiza operações isentas e operações tributadas não deve suportar o IVA conexo com as operações tributadas, nem deduzir o IVA conexo com as operações isentas.

As regras devem concretizar este princípio: ao construir a fracção que define a percentagem do *pro rata*, é preciso decidir que receitas vão para o denominador e que receitas vão para o numerador. Num sujeito passivo que só faz operações sujeitas, o numerador é igual ao denominador (i.e. o dividendo é igual ao divisor) e o *pro rata* é igual a um; todo o IVA suportado pelo sujeito passivo pode ser deduzido.

Se há operações isentas, estas vão para o divisor e não para o dividendo, o que tem como consequência que a proporção do IVA dedutível desce na razão directa do volume das receitas das operações isentas que vão para o divisor.

Contudo, "operação" é um conceito tão vasto que significa tudo e não significa nada: a fruição passiva de uma carteira de títulos que conduza ao pagamento de dividendos a um sujeito passivo será uma "operação"? Teremos, neste caso – i.e. numa situação em que os dividendos entram, ano após ano, no património do sujeito passivo, que se limita a colher a receita proveniente de um investimento já realizado – uma operação isenta de IVA?

Para responder a esta pergunta, temos de definir com mais precisão, pela negativa, o que é uma operação sujeita a IVA mas dele isenta. Vejamos: o *accipiens* tem uma relação jurídica com o *solvens* que consiste apenas no direito de receber um pagamento. Que neste tipo de relação jurídica não há uma obrigação de liquidar IVA, não há qualquer dúvida. Mas estaremos aqui perante uma operação isenta de IVA, ou, indo ainda mais longe, não teremos sequer a actividade económica que deva ser considerada no esquema IVA? Na verdade, se não houver actividade nestes termos, os dividendos não vão sequer para o divisor e a dedução será maior.

A resposta do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a esta questão é hoje clara, tendo sido alcançada em virtude de uma cadeia de casos onde o princípio foi sendo sucessivamente testado até à definição da regra actual. Hoje, a questão já não se coloca apenas em relação aos dividendos: desde o caso EDM que também as mais-valias não devem entrar para o divisor da fracção de contabilização do direito à dedução.

Toda esta evolução das decisões do Tribunal de Justiça criou um sério problema de regulamentação para o legislador português, ainda que este pareça dele não se ter apercebido.

2. A DEDUÇÃO DO IVA EM EMPRESAS COM ACTIVIDADE ISENTA E ACTIVIDADE TRIBUTADA

Quando uma empresa leva a cabo, simultaneamente, actividades que estão sujeitas a IVA mas que dele estão isentas (como sucede com a banca quando recebe depósitos e concede empréstimos) e actividades sujeitas a IVA (como sucede com a venda, por um banco, de artigos de colecção), coloca-se a questão de saber qual o montante da dedução de IVA a que vai ter direito.

Por exemplo, no balcão X do banco Y, temos simultaneamente a recepção de depósitos e a concessão de empréstimos, e as tais actividades sujeitas a IVA e dele não isentas. Existem custos próprios de cada uma das actividades, mas existem ainda custos comuns a ambas as actividades, como é o caso da factura da electricidade daquela dependência bancária, que suporta IVA. Este exemplo aplica-se, *mutatis mutandis*, a todo o tipo de empresas nesta situação, nomeadamente a uma *holding*.

Mesmo com apurados registos contabilísticos, não é fácil saber qual a parte do custo da electricidade (logo, do IVA da electricidade) que

deve ser imputada à actividade isenta, e qual a parte que deve ser imputada à actividade sujeita; acresce que, mesmo quando discriminados os registos pela contabilidade, o seu controlo pela Administração implicará sempre dificuldades efectivas.

Para resolver este quebra-cabeças, criou-se o sistema do *pro rata* ou da proporcionalidade, previsto no sistema do IVA desde logo pela Sexta Directiva no seu artigo 19.°, que se traduz numa fracção da qual constam:

- *no numerador, o montante total do volume de negócios anual, líquido do imposto sobre o valor acrescentado, relativo às operações que conferem direito à dedução (...)*
- *no denominador, o montante total do volume de negócios anual, líquido do imposto sobre o valor acrescentado, relativo às operações incluídas no numerador e às operações que não conferem direito à dedução*[1].

Ou seja, no nosso caso, se a actividade desse balcão bancário consistir, por exemplo, em 30% de actividade sujeita a IVA e 70% de actividade isenta, então a empresa tem direito à dedução de 30% do IVA suportado.

Esquecendo o exemplo do balcão (que é útil pedagogicamente para perceber o mecanismo) e olhando para a empresa na sua totalidade, a proporção é obtida por meio da uma divisão muito simples: o total das operações tributadas e das operações à taxa zero (dividendo ou numerador da fracção) é dividido pela soma do numerador com as operações isentas (divisor ou denominador) – obtemos, assim, um *ratio*

[1] Estamos a usar termos aritméticos, que constam da Directiva, de significado inequívoco: contudo, por uma questão de clarificação da argumentação, utilizámos a maior parte das vezes dividendo em vez de numerador e divisor em vez de denominador. Note-se que em português arcaico o divisor era também referido como o *partidor*. Também por razões de clarificação, recordamos que fracção quer dizer divisão. E se merece a pena ser tão minucioso nestas questões, é apenas porque, como juristas, raras vezes temos de recorrer ao raciocínio matemático, mesmo quando tão simples como este.

(5/10, por exemplo). Como o dividendo é sempre menor que o divisor, o *ratio* é sempre menor que um. Multiplicando o total do IVA suportado por esse número, sempre menor do que um, determina-se a parte do IVA suportado que se pode deduzir.

No nosso último exemplo, tínhamos um *pro rata* de 50%, ou 0.5, o que significa que pode ser deduzido metade do IVA suportado.

É um critério possível e simples; repetindo: numa fracção, colocamos no dividendo (numerador) as receitas tributadas e sujeitas a taxa zero, e no divisor (denominador) as receitas totais e as isentas e as não isentas. Quanto mais forem as receitas isentas, menor será o *ratio* (proporção) e por isso menor será a dedução e o eventual reembolso.

Este critério levanta, contudo, o problema de saber o que são receitas isentas ou, mais rigorosamente, quais são as operações sujeitas a IVA e dele isentas relevantes para o divisor da referida fracção.

A concessão de crédito, por exemplo, é uma delas: a actividade do balcão no qual o cliente vai negociar com o banco um crédito para a compra de habitação implica, como vimos, uma constante oneração em IVA (electricidade, telefones, cafés, despesas várias) que não pode – em virtude do sistema de *isenção parcial*[2] – ser dedutível, devendo por isso a receita desta actividade isenta ir para o divisor (denominador). A lei pretende que não haja a possibilidade de deduzir o IVA ligado a esta actividade, tratando o banco como consumidor final.

Mas será que todas as receitas do banco devem ir para o divisor? O que fazer com as receitas que decorrem de a sociedade ter direito a uma remuneração que provém não de uma actividade económica no sentido próprio do termo em IVA, mas sim da mera fruição (em princípio sem actividade) de investimentos financeiros?

[2] Para a distinção entre estes diversos tipos de isenção, J. XAVIER DE BASTO, "A tributação do consumo e a sua coordenação internacional: lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Europeia", *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 164, 1991, pp. 132-171. Estamos, neste caso, perante as falsas isenções ou isenções parciais. Sobre este conceito, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de direito fiscal* 2, Coimbra, 2002, p. 302.

De facto, o regime do *pro rata* não levanta grandes problemas quando há *actividade económica* sujeita a IVA e dele isenta, no sentido de operações realizadas para obter ganhos com base numa estrutura que contém custos de IVA. O balcão bancário por meio do qual se procede à concessão de empréstimos e à recepção de depósitos tem custos de IVA, custos esses que não podem ser deduzidos – logo, as receitas desta actividade vão para o divisor.

Até aqui, o sistema IVA, tal como foi criado pela Sexta Directiva, é claro.

Mas teremos também *actividade económica* no sentido que o IVA dá a esta expressão quando temos receitas que são de mera fruição e que, por isso, não contêm IVA? Note-se, não contêm IVA, porque não resultam de uma *actividade*, sendo antes o resultado de um *investimento*.

Como dissemos, se tais receitas forem incluídas no divisor, vão baixar a taxa do *pro rata* e prejudicar a empresa, pois a percentagem do IVA que poderá ser deduzido será menor; o sistema de isenção parcial tem um custo para o sujeito passivo que foi isento: porque está isento, deve suportar IVA, sem possibilidade de dedução – é essa a lógica do sistema.

Mas que fazer, então, perante receitas que não têm IVA, como os rendimentos de participações financeiras, os juros de obrigações ou empréstimos, ou os dividendos de acções de sociedades?

Nestes casos, não há uma *actividade*: se a sociedade X ou o banco Y obtêm receitas que têm como fonte títulos antes adquiridos e que produzem rendimentos, não temos aqui quaisquer custos de IVA que devam ser suportados[3]. Se um banco recebe dividendos, este direito resulta do seu direito de propriedade das acções: é uma pura receita de capital recebida por lhe ser devida e que o dispensa de qualquer

[3] Abordámos estas questões em J. L. SALDANHA SANCHES, "O Direito ao reembolso do IVA: o caso da detenção de participações sociais", in *Estudos jurídicos e económicos em memória do Prof. Doutor João Lumbrales*, Coimbra, 2000, pp. 395-409, que seguimos de perto em trechos do presente texto.

actividade subsequente à aquisição dos títulos. É, em termos fiscais, uma receita líquida de quaisquer custos e como tal é tratada, por exemplo, no Código do IRS, que não admite deduções específicas aos rendimentos de capital.

Temos, assim, uma distinção vital entre rendimentos brutos, obtidos mediante a assunção de vários custos que têm IVA, e rendimentos líquidos, que os não contêm.

Contudo, se estas receitas vierem engrossar o divisor, ou seja, se forem tratadas como as receitas de operações que têm IVA que não pode ser deduzido, vão bulir com a dedução do IVA das actividades sujeitas, reduzindo a percentagem do *pro rata*, sendo que este IVA deveria, na lógica do sistema, poder ser deduzido.

A empresa que tem participações financeiras e actividade económica directa, quando coloca no divisor da operação do *pro rata* as receitas de operações isentas, perde a proporção do direito à dedução do IVA que a lei procura que ela perca. Mas se colocar também nesse mesmo divisor receitas de não-operações como a mera fruição de dividendos, está a perder o direito a uma parte da dedução que devia obter, criando uma manifesta desigualdade entre empresas que têm maiores ou menores carteiras de títulos. Nestes casos, semelhante modo de computar o direito à dedução pode tornar-se uma restrição inadmissível do exercício desse mesmo direito.

Foi essa situação que o legislador comunitário na Sexta Directiva não resolveu e que o legislador nacional (como era inevitável, uma vez que as decisões fundamentais estão na Directiva) também deixou por resolver, criando assim um problema que só a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem resolvido com princípios que devem orientar as soluções adoptadas pelas administrações e jurisdições de cada um dos Estados-Membros.

Procurámos, nesta breve introdução, dar uma panorâmica geral da situação. Passemos agora a tratar de forma mais rigorosa e completa os problemas que acima abordámos de modo introdutório.

3. NEUTRALIDADE, ISENÇÃO PARCIAL E CONCORRÊNCIA

Como é sabido, o IVA nasceu como uma forma de resolução da contradição entre a necessidade de criar um imposto sobre o consumo mais abrangente que o imposto de transacções monofásico – como o que vigorou em Portugal até 1986 e que incidia apenas sobre uma fase do circuito produtivo – e os problemas de aplicação que rodeavam o imposto de transacções polifásico.

O primeiro, o imposto de transacções monofásico, tinha de ser abandonado por dar origem a um menor rendimento fiscal e por excluir da tributação o que dela não deveria ser excluído (era o caso, por exemplo, dos serviços); o segundo, o imposto de transacções polifásico, teve de ser abandonado por não ter a neutralidade que deve acompanhar a tributação do consumo: sendo um imposto aplicado nas várias fases da produção, favorecia a concentração vertical das empresas[4]. Na verdade, com este imposto, suprimindo uma fase no processo de produção, por meio de uma concentração vertical que levava a que fases de produção antes separadas passassem a estar integradas na mesma empresa, reduzia-se a carga fiscal.

A neutralidade fiscal do imposto foi conseguida por meio da atribuição às empresas – que são o sujeito passivo do IVA quanto aos deveres de liquidação, cobrança e entrega do imposto ao Estado – de um crédito fiscal em relação ao IVA que elas próprias vão suportando, i.e. um crédito fiscal relativo aos bens e serviços que adquirem e que estão onerados com IVA.

Assim, nas deduções e reembolsos do IVA – como operações destinadas a assegurar a neutralidade do imposto em relação à concorrência entre as empresas[5], que era distorcida no imposto sobre o consumo polifásico ou em cascata – a empresa pode deduzir todas as onerações de IVA que suportou nas suas actividades tributadas.

[4] Sobre o processo de criação deste imposto, ver J. XAVIER DE BASTO, "A tributação do consumo e a sua coordenação internacional: lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Europeia", *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 164, 1991, pp. 32-43.

[5] Neste sentido, v. H. STADIE, "Probleme der Vorsteuer", in *Umsatzsteuer in nationaler und europäischer Sicht*, 1990, p. 179.

Passando para a questão da dimensão do direito à dedução: no caso da dedução normal, feita mediante a cobrança do IVA ao consumidor final, temos um direito pleno à dedução, porque, neste caso, a empresa está inteiramente no circuito IVA, pois tudo o que compra tem IVA e tudo o que vende tem IVA, tendo por isso direito à dedução de todo o imposto suportado.

Mas se estamos perante uma isenção simples ou incompleta (i.e. se não se tratar de uma isenção completa ou de taxa zero), embora a operação em si esteja isenta, o sujeito passivo não pode desonerar-se das múltiplas onerações de IVA que foi sofrendo até prestar o serviço ou alienar o bem; a isenção diz respeito apenas a algumas operações, e essas operações, como já dissemos, suportaram a montante onerações de IVA que a isenção incompleta não lhes permite deduzir. Tal oneração em IVA, desejada pela lei, constitui o preço – ou a desvantagem – ligado ao funcionamento deste regime de isenção, e o IVA vai funcionar aqui como um custo oculto suportado pelo consumidor final.

No caso da banca e da actividade financeira, recuando perante a complexidade da sua tributação em IVA (nomeadamente da actividade de prestação de crédito), o legislador do IVA isentou estas actividades. Isto deu aos bancos (e, indirectamente, a todos aqueles que recorrem ao crédito) a vantagem de fornecer um serviço por um preço mais baixo do que aquele que cobrariam aos seus clientes se a actividade fosse tributada. No entanto, como as isenções são distorções ao sistema IVA, a isenção limita-se ao valor acrescentado por essa actividade. Quando a empresa compra bens ou adquire serviços no exterior do perímetro formado pela empresa, suporta IVA, mas não tem aqui o direito à dedução se essas despesas estiverem em conexão com o produto ou serviço isento que vai colocar no mercado.

A concessão de crédito não é hoje, contudo, a única actividade da banca, logo, para poder concorrer em condições de igualdade com as demais empresas relativamente a essas outras actividades não isentas

que também leva a cabo, deve poder exonerar-se do IVA suportado por causa dessas mesmas actividades. Só assim se consegue que seja verdadeiramente neutral o IVA suportado para produzir ou vender bens sujeitos mas não isentos.

4. O SENTIDO DA AFECTAÇÃO REAL E DO *PRO RATA* NO IVA

Os problemas ligados à quantificação do direito à dedução e ao reembolso tornam-se mais claros se passarmos rapidamente pelos dois modos de a efectuar, uma vez que, em consequência do modo especial como funcionam as isenções do IVA quando há actividade isenta e actividade tributada, há um direito parcial à dedução.

Para definir os limites desta dedução, fundamentais para a quantificação de um eventual reembolso, a Sexta Directiva criou dois regimes possíveis orientados pelo princípio do destino económico das despesas suportadas pela empresa[6].

Temos, assim, duas hipóteses de actuação: para determinar os limites da dedução, a empresa pode proceder a uma separação *ex ante* ou a uma separação *ex post* entre actividades sujeitas ao regime geral e actividades isentas de IVA.

Na separação *ex ante*, utiliza-se o regime dito da *afectação real*: nos casos em que a separação e distinção é possível, a contabilidade da empresa vai distinguir entre as despesas conexas com as actividades onde há tributação em IVA e as despesas que têm uma conexão com produções isentas. É um critério que pode ser facilmente aplicado, por exemplo, numa empresa de construção civil: de um lado estão as obras isentas de IVA, de outro lado as obras tributadas. Neste caso, existe uma separação física entre actividades que facilita a tarefa da contabilidade – uma coisa são os custos dos tijolos da obra X (isenta), outra, os custos dos tijolos da obra Y (sujeita, porque a empresa renunciou à isenção).

Deste modo, imputando aos produtos tributados as despesas que

[6] BIRKENFELD, *Das grosse Umsatzsteuer-Handbuch*, vol. I, Köln, p. 185.

com eles estão relacionadas, cria-se uma zona dentro da empresa (perspectiva real) onde se pode proceder à dedução integral do IVA que foi suportado.

Na separação *ex post*, o sistema é diferente e menos rigoroso: vai ser efectuado um *pro rata*, i.e. um cálculo de proporcionalidade, entre as diversas receitas da empresa. Como não podemos separar com rigor, em termos de informação contabilística, a área isenta da área tributada (o balcão do banco onde se concedem empréstimos é também o local onde se vendem faqueiros), vamos recorrer à presunção de que a relação entre ambas vai corresponder à proporção das receitas geradas por cada uma das actividades[7]. Em princípio, e como regra de cálculo, o IVA suportado pela entidade isenta na sua actividade económica deve ser equivalente à receita gerada por essa mesma actividade. Não é um cálculo exacto, mas uma maior aproximação à realidade não pode ser obtida.

Assim, se por exemplo metade das receitas provém de actividades isentas, então, em princípio, metade das despesas não deve ser sujeita à dedução do IVA que suportaram, pois pressupõe-se que metade das despesas está ligada às receitas de actividades isentas.

Uma vez que não existe uma outra forma de separar o que deve ser deduzido do que não deve ser deduzido, a lei limita-se a estabelecer uma presunção com base em regras da experiência comum.

É isto que, entre nós, e na esteira do já citado artigo 19.° da Directiva, determina o n.° 1 do artigo 23.° do Código do IVA: *quando o sujeito passivo, no exercício da sua actividade, efectue transmissões de bens e prestações de serviços, parte das quais não confira direito à dedução, o imposto suportado nas aquisições é dedutível apenas na percentagem correspondente ao montante anual de operações que dêem lugar a dedução.*

O fim da norma é claro: encontrar um modo de afastar da dedução os custos de IVA respeitantes a actividades isentas, de forma a limitar

[7] J. SILVÉRIO MATEUS, "Regime e natureza do direito a dedução no imposto sobre o valor acrescentado", *Fisco*, 12/13, 1989, pp. 34-35.

o alcance da dedução e a adequá-lo ao modo de funcionamento do sistema IVA.

5. A DETENÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E O DIREITO A DEDUÇÃO

Os problemas relativos à detenção de participações sociais por uma empresa sujeita a IVA, ou parcialmente sujeita a IVA, podem ser clarificados quando comparamos as sociedades *holding* puras, no sentido de sociedades gestoras de participações sociais da lei portuguesa, com as sociedades que também detêm acções, mas que têm actividade económica directa: os *holdings* mistos.

O conceito de *holding* usa-se para designar aquelas sociedades que têm por objecto a gestão de uma carteira de participações detidas no capital de outras sociedades[8]. Se temos uma sociedade *holding* que apenas tem essa actividade (*holding* pura, ou sociedade gestora de participações sociais da lei portuguesa), i.e. que apenas detém títulos, temos uma sociedade que está isenta de IVA e que não tem direito a qualquer dedução – o que pouco a afecta, uma vez que a sua actividade de mera gestão de carteira tem pouco IVA a montante.

Deste modo, a quantificação das deduções coloca-se não para as sociedades *holding* e apenas *holding*, mas sobretudo para sociedades que, para além de possuírem uma carteira de títulos e de auferirem os rendimentos ligados a essa carteira, têm também actividade económica directa (actividade económica no sentido do IVA).

Temos, assim, três situações possíveis: i) actividade económica directa que suporta IVA e que pode estar sujeita ou isenta; ii) actividade financeira enquanto concessão de crédito, que está sempre isenta; iii) pura actividade financeira no sentido da detenção de participações, que, como veremos, está fora do sistema IVA.

Tanto a Sexta Directiva como o nosso Código do IVA intuíram estes problemas de delimitação, como veremos no próximo ponto.

[8] J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária* 2.ª ed., Coimbra, 2002, p. 88.

6. A ACTIVIDADE FINANCEIRA COM CARÁCTER ACESSÓRIO

Tratando da dedução, o Código do IVA definiu, no n.º 5 do seu artigo 23.º, a seguinte regra para o seu cálculo: "*no cálculo referido no número anterior não serão, no entanto, incluídas (...) as operações imobiliárias ou financeiras* **que tenham um carácter acessório** *em relação à actividade exercida pelo sujeito passivo*".

É uma norma adequada para a situação de empresas que, juntamente com a sua actividade principal, recorram a imobilizações financeiras como forma de constituir reservas de fruição, ou, mais simplesmente, como forma de conseguir a maior rendibilidade possível para as suas disponibilidades de caixa ou para outros fundos disponíveis.

Em suma, estão aqui em causa actividades financeiras que não impliquem custos efectivos para a empresa (ou, mais rigorosamente, que quase não impliquem, pois haverá sempre alguns), por serem operações concretizadas mediante a simples aquisição de serviços oferecidos por empresas financeiras e que, por isso mesmo, mantêm uma ligação nula ou insignificante com o que podemos designar como custos gerais da empresa, tendo pouca importância quantitativa no conjunto das suas receitas. É esta a interpretação que a Administração faz do conceito[9].

Contudo, para que esta norma possa ser aplicada de forma adequada à situação de empresas como a banca ou *holdings* mistos, é necessário uma outra interpretação do conceito de *actividade financeira com carácter acessório*.

De facto, não temos uma actividade *acessória* apenas quando essas receitas são pouco importantes em termos quantitativos; para uma correcta interpretação da lei portuguesa e da Sexta Directiva, temos de considerar que estamos perante receitas acessórias sempre que estamos perante receitas de não-operações, sem IVA incorporado que

[9] V. os argumentos da Administração Fiscal vertidos, por exemplo, no caso EDM citado e identificado *infra* (8.).

deva ser suportado pela sociedade parcialmente isenta. Em tal situação, se caírem no âmbito da Sexta Directiva, este tipo de receitas tem necessariamente carácter acessório.

O critério de distinção não pode ser, assim, o volume das receitas, mas o facto de serem receitas que, por não terem IVA incorporado – por quase não terem custos – não devem entrar no cálculo do *pro rata*.

É essa situação de estrutura dos custos, i.e. do IVA efectivamente suportado e do peso dos custos da actividade financeira nos custos globais da empresa, que deve ser determinante para a interpretação do conceito "*operações imobiliárias ou financeiras que tenham um carácter acessório*".

De que índices poderemos então partir para realizar esta qualificação relativamente a uma actividade que dá origem a uma parte maior ou menor das receitas de muitas empresas?

A Administração fiscal tende a considerar que se tais receitas são importantes para a empresa, se têm algum significado dentro de um certo exercício, independentemente das condições concretas da sua obtenção, não podem ser consideradas acessórias. A Administração atende não ao custo efectivo da receita, mas apenas ao seu volume.

O que deve ser feito é, contudo, procurar um critério material que nos permita encontrar um *pro rata* tal que assegure a dedução de todo o IVA suportado na actividade tributada, mas apenas nessa. Como veremos, a posição – que podemos apelidar de quantitativa – da nossa Administração fiscal é inteiramente incompatível com a posição definida a este respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. De resto, tudo isto foi clarificado no caso de uma empresa portuguesa – o caso EDM – que analisaremos mais à frente[10], depois de desenvolvermos o conceito de actividade económica tal como foi definido antes daquele caso pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

[10] *Infra* (8.).

7. O CONCEITO DE ACTIVIDADE ECONÓMICA E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7.1. O PROBLEMA NOS CASOS POLYSAR (1991) E SOFITAM (1993)

O IVA, como já vimos, incide sobre a *actividade económica*. Podemos ter uma actividade económica sujeita a IVA ou uma actividade económica isenta, mas, como pressuposto da sujeição e da isenção, temos uma *actividade económica*.

Numa fase inicial de aplicação deste imposto, pareceria que *actividade económica* corresponderia a qualquer actividade com um fim lucrativo; se não tivéssemos de atender a questões de quantificação da dedução, poderia aceitar-se que a mera detenção de acções fosse uma actividade económica. Contudo, esta concepção conduziria a resultados inaceitáveis: quanto mais elevada fosse a percentagem de receitas que um banco ou outra sociedade comercial tivesse em resultado da mera fruição de títulos financeiros, menos IVA poderia deduzir da actividade sujeita.

Vejamos a seguinte hipótese:

a. A sociedade A aufere um montante de 100 de transacções ou serviços da actividade isenta e 100 da actividade sujeita; temos, assim, no dividendo 100, no divisor 100+100 e a *ratio* de dedução será 0,5 ou 50%:

$$\frac{100}{100 + 100} = 0{,}5$$

b. A sociedade B aufere 100 de actividade isenta, 100 de actividade sujeita e 100 de rendimentos de acções:

$$\frac{100}{100 + 100 + 100} = 0{,}33$$

O IVA suportado por ambas e que deve ser deduzido (aquele que está ligado a actividade sujeita e que implica custos de IVA) devia ser o mesmo. No entanto, no caso b, o *ratio* da dedução é de apenas 33,3%. Não tem sentido e corresponde ao tratamento desigual do que é igual.

Colocado perante a questão de saber se rendimentos de mera fruição financeira deveriam ser ou não colocados no divisor da fracção, o Tribunal de Justiça encontrou uma primeira solução para este problema com base na interpretação do conceito de *actividade económica* em termos de IVA.

Tudo parte, assim, da definição de *actividade económica* que encontramos no n.º 2 do artigo 4.º da Sexta Directiva. O n.º 1 do mesmo artigo começa por definir sujeito passivo como o que exerce actividade económica. O n.º 2 diz-nos que actividades económicas são "*todas as actividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, incluindo as actividades extractivas, agrícolas e as das profissões liberais ou equiparadas*".

A definição é intencionalmente abrangente, mas deverá ela incluir a percepção de dividendos de acções?

A jurisprudência comunitária (que é a relevante, uma vez que a fonte originária destas questões é a Sexta Directiva) teve de se defrontar pela primeira vez com estes problemas no caso *Polysar*[11], em que estávamos perante um *holding* puro, tendo o Tribunal considerado que a detenção de participações financeiras sem intervenção na gestão de outras empresas não constitui *actividade económica*, não existindo, por isso, direito a qualquer dedução.

Num outro caso, o caso *Sofitam*[12], a propósito do direito à dedução de um *holding* misto que tinha quantificado o seu reembolso do IVA suportado sem levar em conta os dividendos que tinha recebido,

[11] Caso *Polysar*, C-60/90, de 20 de Junho de 1991, EC rep., 1991, I-03111.
[12] Caso *Sofitam*, C-333/91, de 22 de Junho de 1993, EC rep., 1993, I-03513. Também conhecido como caso *Satam*, nome anterior da parte.

o Tribunal de Justiça decidiu que a percepção de dividendos não entra no campo de aplicação do IVA e que, por isso, os dividendos são estranhos ao sistema do direito à dedução.

"*Ambos os acórdãos*" – escreve TERESA LEMOS – "*assentam no princípio de que um holding não exerce actividade económica e não é por conseguinte sujeito passivo do IVA, pelo simples facto de deter participações financeiras em outras empresas, desde que não interfira na gestão destas últimas*"[13].

No centro de tudo isto, como veio a ser reafirmado em sucessivos acórdãos, está o conceito de *actividade económica*, interpretado no mesmo sentido em que, na linguagem das empresas, se distingue entre sociedades operacionais – com actividade económica em sentido próprio – e sociedades de controlo – que se limitam a deter participações sociais. Como é óbvio, a detenção de acções é uma actividade económica; só não o é na perspectiva do IVA por não implicar custos de IVA.

Do mesmo modo, a compra e venda de acções dá origem a um rendimento empresarial se for feita reiteradamente por uma pessoa singular e a meras mais-valias se for praticada de forma esporádica e ocasional. Em ambos os casos há, materialmente, actividade económica, tal como na percepção de dividendos, que constituem um rendimento de capital se forem recebidos por uma pessoa singular.

Há sempre actividade económica, mas com um tratamento distinto nos diferentes impostos.

7.2 ACTIVIDADE ECONÓMICA E PRESTAÇÃO ONEROSA

O conceito de actividade económica é um conceito que procura distinguir, de um ângulo material ou substancial, entre actividades que em princípio exigem *inputs* sujeitos a IVA e actividades que os não exigem. Contudo, ele pode ser completado e clarificado se atendermos à natureza *complementar* ou autónoma da natureza da relação

[13] M. T. LEMOS, "IVA: direito à dedução dos *holdings* – a jurisprudência comunitária", *Fisco*, 61, 1994, p. 50.

jurídica. Se a relação jurídica tem um sinalagma prestação/dívida, temos uma situação; se a relação jurídica tem um sinalagma direito/ /dívida, sem novos deveres de prestação, a situação é outra.

Foi nesta perspectiva que foi tratado um outro problema de qualificação de receitas que se colocou no caso *First National Bank of Chicago*[14], quando o Tribunal tratou a questão da prestação de serviços, tendo decidido que se temos uma prestação de serviços isenta de IVA, temos uma receita que deve entrar para o divisor da fórmula do *pro rata*, já que a prestação de serviços é uma prestação onerosa.

Mas quando é que temos uma *prestação onerosa?*

Reafirmando e aprofundando uma decisão anterior, o Tribunal de Justiça decidiu que "*uma prestação de serviços só é efectuada 'a título oneroso', na acepção do artigo 2.°, ponto 1, da Sexta Directiva, e só é assim tributável, se existir entre o prestador e o beneficiário uma relação jurídica durante a qual são transaccionadas prestações recíprocas, constituindo a retribuição recebida pelo prestador o contravalor efectivo do serviço fornecido ao beneficiário*"[15].

O conceito de *prestação onerosa* pode ser assim usado para completar o conceito de *actividade económica*: os rendimentos de acções não são uma receita sujeita a IVA, porque não são uma contrapartida por um serviço prestado, mas um rendimento de capital – e não é possível colocar rendimentos de capital de mera fruição no divisor da fórmula do *pro rata* – uma vez que estamos perante rendimentos que são o produto de uma actividade passada, ou seja, rendimentos fundados. A existência de uma fonte de onde brota um rendimento que pode ser consumido (no caso de uma pessoa singular) ou utilizado para os seus fins próprios (no caso de uma sociedade comercial) é uma das características de um rendimento de capital. Tal rendimento será periódico

[14] Caso *First National Bank of Chicago*, C-172/96, de 14 de Julho de 1998, EC rep., 1998, I-04387.
[15] C-172/96, n.° 26.

se a fonte for conservada[16], não exigindo, por isso, actividade para ser adquirido ou prestação onerosa como condição jurídica de obtenção.

8. A IMPORTÂNCIA DO CASO EDM (2004)

8.1 O CONCEITO DE ACTIVIDADE ECONÓMICA A UMA NOVA LUZ

O problema do tratamento dos dividendos em IVA e das consequências das soluções adoptadas na quantificação do direito à dedução do IVA suportado surgiu com particular nitidez no caso de uma empresa portuguesa, a Empresa de Desenvolvimento Mineiro, SGPS[17], com a vantagem adicional de que foram as normas do Código do IVA português e a sua aplicação pela nossa Administração tributária que sofreram o exame do Tribunal de Justiça.

A importância da decisão provém, principalmente, do facto de, no caso da EDM, a inclusão das suas receitas financeiras no divisor do *ratio* conduzir a resultados particularmente chocantes. A EDM era uma empresa materialmente pública que, em resultado de uma decisão política, se tinha tornado durante algum tempo a *holding* pública do sector mineiro. Quando uma nova política para o sector a fez alienar as participações que detinha, a EDM ficou numa situação em que, se juntasse estas receitas ao divisor do seu *pro rata*, ficaria impossibilitada de obter parte significativa das deduções do IVA ligado à actividade mineira – que é muito. Este é um caso típico de *holding* impura e das distorções que a inclusão de receitas financeiras é susceptível de provocar no cálculo da dedução, aqui fortemente potenciadas pela distância existente entre o carácter de pura fruição dos

[16] Sobre este teste da conservação da fonte na primeira literatura sobre rendimento de capital, v. K. HOLMES, *The Concept of Income – A Multi-Disciplinary Analysis*, Amsterdam, 2001, p. 85 e ss.
[17] C-77/01 de 29 de Abril de 2004, OJ C 118, 30.04.2004, 6. Sobre este caso, v. P. NOIRET CUNHA, "O direito a dedução do IVA nas sociedades holding – a propósito do acórdão Empresa de Desenvolvimento Mineiro, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias", *Fiscalidade*, 18, 2004, pp. 67-93 e W. REISS, "EDM: Umsatzsteuer bei Beteiligungs – und Wertpapierverausserüng durch Holdingsgesellschaften", *IStR*, 13, 2004.

rendimentos financeiros (sem custos de IVA, fora do sistema IVA ou apenas acessórios) e o IVA necessariamente contido na actividade mineira.

Não poderia ser mais forte o contraste entre os dois tipos de actividade que, por força da lei, passou a desempenhar simultaneamente: "*a prospecção, a pesquisa, extracção, beneficiação e processamento de substâncias minerais metálicas e não metálicas, bem como a comercialização das mesmas e dos produtos e subprodutos resultantes do seu tratamento*" e "*a gestão de participações sociais cuja titularidade lhe pertença ou cujos poderes de gestão lhe hajam sido confiados por contrato em sociedades que tenham por objecto as actividades referidas na alínea a)*"[18].

De facto, ao incluir os rendimentos desta última actividade no divisor do *pro rata*, em especial as receitas extraordinárias ligadas a mais-valias de venda de acções (que também tinha realizado por indicação do accionista Estado), destruía-se qualquer possibilidade efectiva de dedução.

Perante isto, o Tribunal de Justiça começa por reafirmar a jurisprudência já estabelecida: "*a este respeito, há que, à partida, recordar que é jurisprudência assente que a mera aquisição e simples detenção de participações sociais não devem ser consideradas actividades económicas, na acepção da Sexta Directiva, que confiram ao seu autor a qualidade de sujeito passivo. Com efeito, uma exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência não constitui uma exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, porque o eventual dividendo, fruto de tal participação, resulta da simples propriedade do bem e não é a contrapartida de qualquer actividade económica na acepção da mesma directiva (v. acórdãos já referidos Harnas & Helm, n.° 15, bem como Floridienne e Berginvest, n.° 21). Assim, se estas actividades não constituem em si mesmas uma actividade económica na acepção da referida directiva, o mesmo sucede em relação às que consistem em ceder tais participações (v. acórdãos Wellcome Trust, já referido, n.° 33, e de 26 de Junho de 2003, KapHag, C-442/01, Colect., p. I-6851, n.os 38 e 40)*"[19].

[18] C-77/01, ponto 14.

O Tribunal de Justiça distingue, desta forma, entre a "*exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência*", que será a *actividade económica* no sentido do IVA de que temos vindo a falar, e um rendimento "*que resulta da simples propriedade do bem e não é a contrapartida de qualquer actividade económica*".

Só os primeiros contam para efeitos de IVA e só estes devem por isso fazer parte da fracção. O argumento é ainda formal, mas, como veremos adiante, vai substancializar-se para efeitos de determinação do conceito de actividade acessória, uma vez que a questão de fundo é a ausência nas receitas de mera fruição de qualquer IVA suportado a montante, ou, como já dissemos, o seu carácter insignificante (por exemplo, a sociedade sabe que um dividendo está à sua disposição e dá instruções ao seu banco sobre a conta para a qual este deve ser transferido – o IVA que aqui temos é o que está contido nessa chamada telefónica).

8.2. AS RECEITAS PROVENIENTES DE VENDA DE ACÇÕES E A SUA CARACTERIZAÇÃO PERANTE O IVA

Com importância igual à da inclusão dos dividendos no *pro rata*, no caso EDM tínhamos as receitas provenientes da venda de acções por parte desta empresa, receitas que, como vimos, iriam pelo seu volume inutilizar por completo o seu direito à dedução.

Em busca de um critério formal para definir o enquadramento dessas receitas no sistema IVA, o Tribunal procura um critério de distinção que não nos parece muito convincente: "*uma empresa que realiza actividades que consistam na simples venda de acções e doutros títulos negociáveis, como participações em fundos de investimento, deve ser considerada, em relação às referidas actividades, como limitando-se a*

[19] C-77/01, n.° 57.

gerir uma carteira de investimentos à semelhança de um investidor privado"[20].

A distinção entre investimento em títulos como actividade empresarial e investimento em títulos como actividade privada é menos segura do que a distinção entre actividade económica e mera fruição[21]. A questão subjacente parece ser essencialmente a mesma: a da ausência de *inputs* de IVA que possam ser imputados a esta operação, uma situação que é especialmente clara no caso de uma alienação episódica de títulos detidos por uma sociedade comercial – ou em qualquer outro caso de um *windfall gain*.

Podemos, no entanto, ter uma situação completamente distinta, uma vez que, em muitos casos, as mais-valias já não são hoje, como afirmava a doutrina tradicional, um rendimento obtido sem esforço. Por exemplo, no caso de uma empresa se dedicar à realização de mais-valias como actividade principal, estamos perante uma actividade económica em que haverá fortes custos de IVA que não devem ser deduzidos.

8.3 O CONCEITO DE ACTIVIDADE ACESSORIA NO CASO EDM

O conceito de actividade acessória contido no Código do IVA tem a sua fonte normativa na Sexta Directiva[22]. Regulamentando o *pro rata*, o n.° 2 do artigo 19.° determina que "*não é igualmente tomado em consideração o montante do volume de negócios relativo às operações acessórias imobiliárias e financeiras ou às operações referidas em B, d), do artigo 13.° quando se trate de operações acessórias*".

[20] C-77/01, n.° 60.

[21] As dificuldades da distinção são as mesmas que existem na qualificação da actividade de um privado como compra e venda empresarial de acções, ou como mera administração de um património, v. W. REISS, "EDM: Umsatzsteuer bei Beteiligungs – und Wertpapierverausserüng durch Holdingsgesellschaften", *IStR*, 13, 2004, p. 453.

[22] Sobre um conceito de acessoriedade entre locação de um imóvel e de lugares de garagem, através do conceito de ligação estreita v. J. TABORDA DA GAMA, "Sujeito a reboque: breve nota sobre o IVA na locação de imóveis com lugares de estacionamento", *CTF*, 414, 2005, p. 165 e ss.

Mas o que devemos entender por *operações acessórias*[23]?

Já vimos que, para a Administração Fiscal portuguesa, isto significa operações *pouco significativas*[24]. Será isto sustentável? O caso EDM demonstra precisamente o contrário, ou seja, que é pelo seu volume, pelo seu significado, que as receitas financeiras podem distorcer completamente o sistema de deduções do IVA, afastando a neutralidade desejada. No entanto, essas receitas financeiras, se são dividendos, não são actividades económicas; se são mais-valias (pelo menos mais-valias ocasionais, como no caso da EDM), também não.

Falta encontrar um conceito de operações acessórias que sirva como uma espécie de cláusula de salvaguarda, evitando a distorção do sistema do *pro rata* que faz com que receitas sem IVA vão parar ao divisor da fracção.

Em conclusões juntas ao processo EDM, a Comissão Europeia sustenta que "*o facto de o rendimento resultante das operações financeiras da EDM ser superior ao resultante da sua actividade principal não permite afastar o conceito de operação acessória*"; pelo contrário, "*a inclusão das operações financeiras no denominador da fracção utilizada para calcular o pro rata de dedução teria justamente como consequência falsear o cálculo desta e, consequentemente, pôr em causa a neutralidade do IVA. Por isso, actividades que não se integram no âmbito das actividades profissionais habituais desta empresa devem ser consideradas operações acessórias na acepção do artigo 19.°, n.° 2, da Sexta Directiva, independentemente dos lucros que geram*"[25]. O critério sugerido pela Comissão é, assim, o da habitualidade.

Todo o regime das deduções e da quantificação do reembolso está condicionado pelo princípio da neutralidade do IVA, essencial para a igualdade entre as empresas. Assim, se estas têm receitas privadas (como as qualificou o Tribunal de Justiça ao tratar das mais-valias da

[23] Sobre isto, H.-F. LANGE, "Das Recht auf Vorsteuerabzug", *DStR*, 42, 2004, p. 1778.

[24] *Supra* (6.).

[25] C-77/01, n.° 46.

EDM), no sentido de serem receitas de mera fruição que devem ser ignoradas na quantificação do *pro rata*, estas receitas devem ser qualificadas como estando fora do sistema do IVA.

Foi também esta a posição seguida pelo Tribunal de Justiça para qualificar certas operações financeiras (que se devem, neste caso, considerar dentro do sistema do IVA) como tendo carácter meramente acessório, devendo por isso estar ausentes do divisor da fracção: "*a não inclusão de determinadas operações acessórias no denominador da fracção utilizada para o cálculo do pro rata de dedução, em conformidade com o artigo 19.°, n.° 2, segundo período, da Sexta Directiva, visa neutralizar os efeitos negativos para o sujeito passivo desta consequência inerente ao referido cálculo, para evitar que estas operações falseiem este último e assegurar, assim, o respeito do objectivo de neutralidade que o sistema comum de IVA garante*"[26].

O único critério para saber se uma certa actividade é ou não acessória é, por isso, determinar até que ponto as receitas que origina implicam a utilização de bens ou serviços contendo IVA: "*no cálculo do pro rata da dedução previsto nos artigos 17.° e 19.° da Sexta Directiva 77/388*", diz o Tribunal de Justiça na parte decisória do seu acórdão, "*estas operações devem ser consideradas operações acessórias na acepção do artigo 19.°, n.° 2, segundo período, da mesma directiva, na medida em que apenas impliquem uma utilização muito limitada de bens ou de serviços pelos quais o imposto sobre o valor acrescentado é devido; embora a amplitude dos rendimentos gerados pelas operações financeiras abrangidas pelo âmbito de aplicação da Sexta Directiva 77/388 possa constituir um indício de que estas operações não devem ser consideradas acessórias na acepção da referida disposição, o facto de serem gerados por essas operações rendimentos superiores aos produzidos pela actividade indicada como principal pela empresa em causa não pode, por si só, excluir a qualificação destas de "operações acessórias*". Assim, "*incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se as operações em causa no processo*

[26] C-77/01, n.° 75.

principal implicam apenas uma utilização muito limitada de bens e de serviços pelos quais o imposto sobre o valor acrescentado é devido"[27].

O Tribunal de Justiça acaba por construir o conceito de actividade acessória na base do mesmo princípio que subjaz ao conceito de actividade económica: em ambos os casos, temos uma situação em que não há IVA imputável à receita e, por isso, esta não pode ir para o divisor do *pro rata*. Ao Tribunal nacional fica a caber a determinação de uma situação de facto: têm ou não tais receitas conteúdos IVA?

8.4. A ACTIVIDADE ACESSÓRIA E OS EMPRÉSTIMOS CONCEDIDOS ÀS EMPRESAS QUE INTEGRAM O GRUPO

Com um conceito de actividade acessória tão próximo do conceito de receita sem actividade económica, o Tribunal de Justiça pôde tratar os juros dos empréstimos às empresas do grupo através de um princípio não coincidente com o que tinha sido aplicado num caso anterior, sem que disso tenha resultado qualquer consequência prática.

No caso *Floridienne*[28], o Tribunal tinha decidido que não havia necessariamente uma relação entre a concessão de empréstimos por uma *holding* às sociedades do grupo e os serviços de gestão a estas prestados, uma vez que os empréstimos não eram "*um prolongamento directo, permanente e necessário desta prestação de serviços*"[29]. Por esta razão, "*os juros de tais empréstimos devem, pelo contrário, ser considerados como o resultado da simples propriedade do bem e são, por isso, estranhos ao sistema da dedução*"[30].

Se fossem rendimentos que constituíssem o prolongamento directo de uma actividade sujeita a IVA, deveriam ser considerados para efei-

[27] C-77/01, n.° 1.
[28] Caso *Floridienne SA / Berginvest SA*, C-142/99, de 1 de Novembro de 2001, Rec. 2000, I-9567.
[29] C-142/99, n.° 29.
[30] Sobre este caso, J. HEY, "Die Entwicklung des EG-Mehrwertsteuerrechts in den Jahren 2000 und 2001", *EuZW* [Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht], 2002, p. 613.

tos de IVA, como tinha concluído o Tribunal de Justiça sobre os juros resultantes de depósitos bancários de uma agência de proprietários de imóveis[31].

No caso EDM, ainda que se invoque a jurisprudência anterior, a decisão vai neste sentido e não na do caso *Floridienne*[32]: "*em contrapartida, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os juros recebidos por uma holding a título de remuneração dos empréstimos concedidos às suas participadas não podem ser excluídos do âmbito de aplicação do IVA, uma vez que o pagamento desses juros não resulta da simples propriedade do bem mas constitui a contrapartida de uma colocação de capital à disposição de terceiros (v., neste sentido, acórdão Régie Dauphinoise, já referido, n.º 17)*".

No entanto, ao tratar esta receita como receita acessória, o Tribunal de Justiça acaba por reconhecer que receitas financeiras como estas não podem ser tratadas como receitas a incorporar no *pro rata*, mesmo sendo provenientes, em consequência da óptica formal usada pelo Tribunal de Justiça, de operações sujeitas a IVA (neste caso a prestação de serviços da *holding* às participadas). Porém, tal decisão de não incorporação fica sujeita a uma condição: o Tribunal nacional deverá averiguar se tais receitas têm ou não – e em que montante – IVA incorporado.

Uma questão que pode ser difícil: se uma *holding* mista negoceia com a banca a obtenção de empréstimos que depois atribui como suprimentos às suas participadas recebendo juros, serão estes juros receitas acessórias?

Como o juro cobrado às participadas vai ser normalmente igual ao

[31] Caso *Régie Dauphinoise*, C-306/94, de 11 de Julho de 1996, EC rep., 1996, I-03695.
[32] Sobre esta mudança oculta de jurisprudência, v. R. A. WOLF, "EDM: New guidance from Luxembourg", *VAT MONITOR*, 2004, p. 251 e também E. KORF, "Umsatzsteuer Kostenabzug Holding", *DB*, 2002, p. 1238; E. KORF, "Unternehmen Holdinggesellschaft", *DB*, 2001, p. 298; U. GRÜNWALD, "Umfang der Unternehmereigenschaft einer Holding – Die nichtunternehmerische Sphäre: Phantom oder Realität", *DStR*, 33, 2005, p. 1377.

juro da banca mais um qualquer *spread*, o volume das receitas, se for integrado no divisor, só por ser reduzido é que não vai eliminar grande parte dos reembolsos possíveis para a sociedade-mãe. Poderá, contudo, não ser assim se a *holding* se limitar a distribuir pelas suas participadas a liquidez que tem em excesso: neste caso, o volume dos juros obtidos sem IVA significativo pode distorcer o sistema de deduções.

9. DO CASO BBL (2004) AO CASO KRETZTECHNIK (2005)

No recentíssimo caso *Kretztechnik*[33], de 26 Maio de 2005, o Tribunal voltou a afirmar, com meridiana clareza, que "*é jurisprudência assente que a mera aquisição e a simples detenção de participações sociais não devem ser consideradas actividades económicas na acepção da Sexta Directiva. Com efeito, a simples tomada de participações financeiras noutras empresas não constitui exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, dado que os eventuais dividendos, fruto de tal participação, resultam da simples propriedade do bem e não são contrapartida de nenhuma actividade económica na acepção da mesma directiva*"[34].

"*Embora a "exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo" constitua um conceito muito amplo*" –, escreve o Advogado-Geral JACOBS nas conclusões deste caso – "*não abrange a mera aquisição e detenção de acções, pois qualquer eventual dividendo, fruto dessa participação, resulta da simples propriedade do bem*", acrescentando que "*este raciocínio assentou na jurisprudência preexistente do Tribunal da qual constituiu, como referiu o Governo dinamarquês, o desenvolvimento lógico*"[35].

O caso *Kretztechnik* é apenas o culminar da jurisprudência surgida desde o caso EDM; senão vejamos:

[33] Caso *Kretztechnik*, C-465/03, de 26 de Maio de 2005.
[34] C-465/03, n.º 19.
[35] Ponto 38 da Opinião do Advogado-Geral JACOBS de 24/2/05.

Ainda em 2004, foi decidido o caso *Banque Bruxelles Lambert, S.A.* (*BBL*) contra o Estado belga[36]. Nas conclusões, o Advogado-Geral MIGUEL MADURO, sintetizando a jurisprudência do Tribunal, reafirma que foi consolidada a doutrina segundo a qual "*em matéria de aplicações financeiras o simples e exercício de um direito de propriedade pelo seu titular não pode ser considerado em si mesmo uma actividade económica*"[37], referindo-se à doutrina fixada no caso *Wellcome Trust*[38]. No caso *BBL*, o Tribunal voltou a dizer, como sempre, "*que importa além disso recordar que, de acordo com jurisprudência assente, a mera aquisição e detenção de participações sociais não deve ser considerada uma actividade económica, na acepção da Sexta Directiva, conferindo ao seu autor a qualidade de sujeito passivo. Com efeito, a simples tomada de participações financeiras noutras empresas não constitui a exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, dado que os eventuais dividendos, fruto de tal participação, resultam da simples propriedade do bem e não são contrapartida de nenhuma actividade económica na acepção da mesma directiva*"[39].

Estamos, pois, perante um ponto assente em matéria de IVA, que não deixa qualquer margem de decisão às administrações fiscais nacionais, as quais têm, hoje mais do que nunca, o dever de acatamento de princípios e regras contidos de forma tão clara na jurisprudência comunitária. É, assim, insustentável qualquer tentativa – a que não raro se tem assistido – de incluir os dividendos e outros resultados financeiros de mera fruição no cálculo do *pro rata*.

10. PROBLEMAS ACTUAIS DE REGULAÇÃO DO DIREITO DE DEDUÇÃO

Recorrendo, *mutatis mutandis*, a um conceito de SCHUMPETER, podemos afirmar que o Tribunal de Justiça, como todos os tribunais

[36] Caso *BBL*, C – 8/03, de 21 de Outubro de 2004, Rec. 2004, I-10157.
[37] Ponto 9, das suas conclusões, apresentadas em 18/5/05.
[38] Caso *Wellcome Trust*, C-155/94, de 20 de Junho de 1996.
[39] C-8/03, n.º 38.

com uma actividade materialmente constituinte, cria normas apenas pela *destruição criativa* de normas já existentes; por exemplo, ao impedir a inclusão das mais-valias no divisor do *pro rata* no caso dos *holdings* mistos, criou uma norma jurídica através da destruição da necessidade da sua inclusão. No entanto, como actua como um decisor que tem no conteúdo essencial da sua decisão a recusa da compatibilidade (ou validade comunitária) de uma certa norma de um ordenamento nacional com o Direito Comunitário, só implicitamente criou a norma substitutiva, não procedendo, porque lhe não competia, à regulação da situação novamente criada.

A consequência desta nova situação é que o vazio legal resultante da decisão pode dar origem a um daqueles comportamentos abusivos na fronteira entre a fraude e a evitação fiscais: configuremos, por exemplo, a actuação de um *holding* misto (e qualquer empresa que detenha participações sociais é um *holding* misto) que desempenhe uma actividade intensa de compra e venda de acções, o que necessariamente implica significativos *inputs* com IVA que, por não se destrinçarem dos *inputs* das actividades sujeitas, vão ser deduzidos.

O Tribunal de Justiça parece pressupor nas suas decisões que os *inputs* de IVA conexos com a percepção de dividendos ou a realização de mais-valias serão sempre de montante insignificante e, por isso, desprezável. Seria o caso da EDM, mas não de todos os casos possíveis.

Na verdade, se houver um regime mais favorável de dedução de IVAs suportados no caso de *holdings* mistos, tal situação constitui a violação do princípio segundo o qual a forma jurídica adoptada (ou não adoptada) pelo sujeito passivo não deve ter influência para efeitos da oneração em IVA[40].

Todas estas questões foram já há muito colocadas – mesmo antes do acórdão EDM – por XAVIER DE BASTO, quando afirmou que "*os dividendos não entram seguramente no denominador do pro rata – é*

[40] Sobre este ponto, W. REISS, "EDM: Umsatzsteuer bei Beteiligungs – und Wertpapierverausserüng durch Holdingsgesellschaften", *IStR*, 13, 2004, p. 454.

essa a interpretação do direito comunitário que o TCE estabeleceu – mas isso não significa que não tenha de haver, relativamente aos dividendos, uma regulação do direito a deduzir"[41].

Tal regulação encontra-se em Portugal inteiramente ausente, uma vez que a Administração Fiscal não aceita a afectação ou imputação real nos *holdings* mistos. Depois das decisões do Tribunal de Justiça, o *pro rata* dá-lhes uma vantagem fiscal, uma vez que os possíveis conteúdos de IVA das operações fora do sistema IVA deixam de contar para o cálculo da dedução.

Por esta razão, para XAVIER DE BASTO/ODETE OLIVEIRA, a solução deste problema passa, apesar das dificuldades da solução, pela "*afectação real ou uma chave de repartição objectiva*"[42], de modo a que se possa distinguir com clareza entre o IVA que deve ser objecto de dedução e o IVA que não deve ser objecto de dedução.

Esta proposta já figurava no Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, presidida por SILVA LOPES, mas depois do acórdão EDM – que reafirmou a exclusão dos dividendos, alargou esse regime às mais-valias e considerou os juros como actividade financeira acessória – tornou-se muito mais urgente.

De facto, tal regulação é necessária, sob pena de os reembolsos do IVA, ou a menor entrega, se tornarem uma receita indevida para actividades isentas e de encontrarmos – agora a desfavor do Estado – uma distorção no sistema tão intensa como a que encontraríamos se os dividendos continuassem a ser incluídos no divisor do *pro rata*.

[41] J. XAVIER DE BASTO / M. O. OLIVEIRA, "O direito à dedução do IVA nas sociedades *holding*", *Fiscalidade*, 6, 2001, pp. 9-10. O mesmo tema foi tratado por A. B. NEVES, "O IVA e as SGPS – breve reflexão", *Fisco*, 93/94, 2001; no entanto, constitui apenas uma redução rudimentar de um parecer anteriormente elaborado por XAVIER DE BASTO e posteriormente desenvolvido no artigo já citado.

[42] J. XAVIER DE BASTO / M. O. OLIVEIRA, "O direito à dedução do IVA nas sociedades *holdings*", *Fiscalidade*, 6, 2001, p. 28.

REGIMES SIMPLIFICADOS DE TRIBUTAÇÃO DOS RENDIMENTOS PROFISSIONAIS E EMPRESARIAIS – OBJECTIVOS, MODALIDADES E EXPERIÊNCIAS[*]

JOSÉ C. GOMES SANTOS
Investigador-Economista do CEF/DGCI

SUSANA S. RODRIGUES
Inspectora de Finanças Superior da IGF/MFAP

[*] O trabalho agora publicado tem por base uma adaptação da parte geral de estudo intitulado «*A Reforma da Tributação das Pequenas Actividades Empresariais em Moçambique*», elaborado pelos autores no âmbito de um projecto de cooperação técnica com este país.

Ciência e Técnica Fiscal, 2006, n.º 417, 131-153