

# ESTUDOS JURÍDICOS E ECONÓMICOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JOÃO LUMBRALES

Oferta do Instituto Europeu da  
Faculdade de Direito de Lisboa  
à Biblioteca da Faculdade

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
fundada em 1917

## *PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 217 977 053/54 — Telecópia 217 950 303

## *EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO*



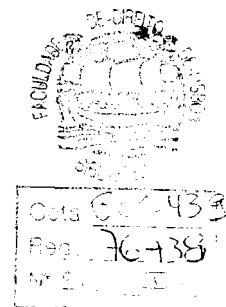
COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Amado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal  
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Julho de 2000



FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2000

# O DIREITO AO REEMBOLSO DO IVA: O CASO DA DETENÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

JOSÉ LUÍS SALDANHA SANCHES

**Sumário:** 1. Colocação do problema. 2. O funcionamento das isenções no IVA. 3. A formulação do princípio do reembolso. 4. O sentido da afectação real e da definição de um pro-rata no IVA. 5. A detenção de participações sociais e o direito ao reembolso. 6. A actividade financeira com carácter acessório. 7. A posição da administração fiscal. 8. O caso softitam e as suas consequências: a percepção de dividendos. 9. A propriedade de obrigações e os seus juros: o caso Harinas. 10. Os critérios materiais da solução deste problema. 11. Conclusão

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O modo de funcionamento do Imposto sobre o Valor Acrescentado com a sua atribuição de um direito ao sujeito passivo, e apenas ao sujeito passivo, de um crédito que pode transformar-se em reembolso pelo imposto já suportado coloca problemas de difícil solução em certos casos de miscigenação: as situações em que actividades tributadas se conjugam com actividades isentas ou com receitas (nalguns casos nem mesmo se pode falar, como veremos, de actividades) não sujeitas a tributação.

Particularmente no caso das actividades financeiras: quando existe uma actividade sujeita a IVA dentro da actividade financeira que pode ser objecto de uma organização autónoma a separação entre as duas actividades pode facilmente ser feita separando-se o que está sujeito a IVA daquilo que está isento.

O problema surge quando existem dificuldades para realizar essa diferenciação: quando, por exemplo, uma empresa age como *holding* de outras empresas pode ter receitas da actividade sujeita a IVA e outras receitas de uma actividade de gestão de participações sociais que dificilmente pode ser separada da que está sujeita a IVA. Sendo por isso difícil encontrar um adequado regime de quantificação do crédito de imposto.

## 2. O FUNCIONAMENTO DAS ISENÇÕES NO IVA

O IVA é um imposto de criação recente: incidindo sobre o valor acrescentado, com uma utilização sistemática de conceitos económicos e contabilísticos

ainda mal assimilados pelo direito, cria especiais dificuldades à sua interpretação e aplicação pelos juristas. Embora seja a estes, particularmente como decisores judiciais, que caiba sempre a última palavra nos litígios que podem resultar da sua aplicação.

Por essa razão, para que possamos definir as regras de realização de reembolsos quando há actividades isentas ou fora do âmbito de aplicação deste imposto importa começar por analisar o conceito de isenção e o conceito de reembolso no IVA.

Uma vez que as isenções neste imposto têm aspectos claramente diferenciados dos princípios gerais das isenções tributárias.

E dessas especiais características das isenções resultam importantes consequências para o regime dos reembolsos do IVA.

E a razão principal para a especificidade destas isenções é a cisão completa que encontramos neste imposto entre o contribuinte de direito e o contribuinte de facto.

E se esta cisão é uma cisão completa é porque neste imposto sobre o consumo, não só todos os deveres de cooperação estão a cargo do sujeito passivo, (o contribuinte de direito) mas também porque este dispõe de um mecanismo destinado a permitir a repercussão plena do imposto sobre o contribuinte de facto.

Que deste modo, embora não seja formalmente o sujeito passivo do imposto, é o seu destinatário económico: o IVA, como imposto de consumo que é, foi criado para onerar apenas o consumidor final.

Isso vai dar às isenções de IVA que são reguladas pelo direito comunitário, para se conseguir uma base de incidência uniforme em todos os membros da União Europeia, características muito especiais: criando-lhes uma configuração que se não confunde com as isenções fiscais dos demais impostos.

No IVA temos isenções parciais que abrangem uma certa actividade mas que, por serem especiais, não permitem a dedução do IVA suportado por causa dessa actividade: isenções de tal modo parciais, no sentido do benefício efectivo que concedem ao contribuinte, que são por vezes acompanhadas por um regime de opção que confere o “direito de optar pela tributação”.

Em confronto com as isenções completas que implicam um direito ao reembolso da totalidade do imposto suportado anteriormente – a chamada isenção com taxa zero (1).

E as características especiais das isenções do IVA em relação às dos demais impostos surgem com muita nitidez no caso e que o sujeito passivo pode optar

(1) Para a distinção entre estes diversos tipos de isenção 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, 132-171 (1991).

pela tributação – o que configura um verdadeiro direito de renúncia (2) – e as situações em que existe uma taxa zero: para operar desta forma uma verdadeira isenção.

Havendo apenas na chamada taxa zero o direito de se ser reembolsado da totalidade do IVA suportado no processo de produção. Só esta pode por isso ser considerada como uma efectiva isenção por permitir a exoneração completa do imposto suportado.

O que nos conduz à conclusão que existe uma estreita conexão entre o tipo de isenção contido na lei e os limites por esta traçados ao direito ao reembolso do imposto anteriormente suportado.

### 3. A FORMULAÇÃO DO PRINCÍPIO DO REEMBOLSO

Como é sabido o IVA nasceu como um forma de resolução da contradição entre a necessidade de criar um imposto do 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 consumo monofásico, tinha que ser abandonado por ter um menor rendimento e por excluir de tributação o que dela não devia ser excluído: como sucedia com os serviços.

O segundo, o imposto de transacções polifásico, teve que 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 (3).

Suprimindo uma fase no processo de produção, por meio de uma concentração vertical que levava a que duas fases de produção antes separadas passassem a estar integrada na mesma empresa, reduzia-se a carga fiscal. Por se eliminar o que era anteriormente uma transacção entre duas empresas.

Mas para conseguir 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 as próprias vão suportando. Um crédito fiscal relativo aos bens e serviços onerados que adquirem e que estão onerados com IVA.

(2) Tais isenções não são verdadeiras isenções não são em muitos casos verdadeiras isenções no sentido de redução de tributação por razões de natureza económica e social. Mas apenas, meramente na área financeira, exclusões de tributação por razões de mera praticabilidade.

(3) Sobre o processo de criação deste imposto ver XAVIER DE BASTO, *A Tributação*, ... 32-43.

Por isso, nos reembolsos do IVA, como operação destinada a assegurar a neutralidade do imposto em relação à concorrência entre as empresas <sup>(4)</sup> que era distorcida no imposto sobre o consumo polifásico ou em cascata a empresa, esta pode ser reembolsada de todas as operações de IVA que suportou nas suas actividades tributadas.

Sublinhemos, nas suas actividades tributadas: e é reembolsada, normalmente, porque tem um poder-dever para cobrar o imposto àqueles a quem vende bens ou fornece serviços.

E daqui partimos para a questão da dimensão do direito ao reembolso: se uma certa operação é tributada com a chamada taxa zero o sujeito passivo tem o direito a um reembolso que vai abranger todas as operações de IVA que podem ser imputadas ao produto final. É o que sucede, por exemplo, nas exportações que devem abandonar o espaço europeu sem qualquer operação em IVA.

No caso do reembolso normal, feito mediante a cobrança do IVA ao consumidor final temos um direito pleno ao reembolso porque, neste caso, a empresa está inteiramente no circuito IVA: tudo o que compra tem IVA e tudo o que vende também o tem. E por isso tem o direito ao reembolso de todo o imposto suportado.

Mas se tem a isenção simples ou incompleta, se não for a isenção completa ou de taxa zero, embora a operação em si esteja isenta, o sujeito passivo não pode desonerar-se das múltiplas operações de IVA que foi sofrendo até prestar o serviço ou produzir o bem que vai alienar: a isenção diz respeito apenas a algumas operações e essas operações vão suportar a jusante operações de IVA que a isenção incompleta não permite deduzir.

A empresa que se dedica à actividade do ensino (um bem de mérito que não paga IVA) tem a vantagem de poder fornecer um serviço por um preço mais baixo do que aquele que iria cobrar aos seus clientes se a actividade fosse tributada: mas como as isenções são distorções ao sistema IVA a isenção limita-se ao valor acrescentado por essa actividade.

Quando ela compra bens ou adquire serviços no exterior no exterior do perímetro formado pela empresa ela vai suportar IVA. E não tem direito a qualquer reembolso se essas despesas forem as suas despesas normais: isto é, se forem despesas que estão em conexão com o produto isento que ela vai colocar no mercado.

<sup>(4)</sup> Neste sentido v. STADIE, *Probleme der Vorsteuer*, in *Umsatzsteuer in Nationaler und europäischer Sicht* (Köln 1990).

#### 4. O SENTIDO DA AFECTAÇÃO REAL E DA DEFINIÇÃO DE UM PRO-RATA NO IVA

Em consequência do modo especial como funcionam as isenções do IVA quando há actividade isenta e uma actividade tributada há um direito parcial ao reembolso.

Para definir os limites desta dedução (para quantificar o reembolso) foram criados dois regimes possíveis de determinação da quantia que pode ser reembolsada.

Limites de dedução que implicam uma partilha das despesas suportadas que deve ser orientadas pelo princípio do destino económico das despesas suportadas pela empresa <sup>(5)</sup>

E temos duas hipóteses de actuação: para determinar os limites do reembolso a empresa pode proceder a uma separação *ex ante* ou *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 do IVA e as despesas que têm uma conexão com produções isentas.

Imputando aos produtos tributados as despesas que com elas estão relacionadas: cria-se assim uma zona dentro da empresa (perspectiva real) onde se pode proceder à dedução integral do IVA que foi suportado.

O banco ao aceitar depósitos e conceder crédito tem uma actividade isenta de IVA; mas pode praticar um actividade de consultadoria financeira, que suporta IVA.

E nesse caso vai ser reembolsado do IVA suportado nos custos específicos (ou custos afectos) apenas àquela actividade. É um problema de contabilidade analítica que permite determinar com algum rigor os custos específicos de cada actividade da empresa.

Na separação *ex post*, o sistema é diferente e menos rigoroso: vai ser efectuado um *pro-rata*, um cálculo de proporcionalidade, entre as diversas receitas da empresa.

Numa proporção em que se vai presumir que as receitas de actividades isentas contribuem em igual proporção para as despesas da empresa <sup>(6)</sup>.

E por isso, se por exemplo metade das receitas são de actividades isentas

<sup>(5)</sup> BIRKENFELD, *Das grosse Umsatzsteuer Handbuch* (Köln 1992), V, 185.

<sup>(6)</sup> Sobre o modo de funcionamento destes dois sistemas v. SILVÉRIO MATEUS, *Regime e Natureza do Direito à Dedução no Imposto sobre o Valor Acrescentado*, FISCO n.º 12-13, 1989, 34-35.

então, em princípio, metade das despesas não devem ser sujeitas à dedução do IVA que suportaram. Porque se pressupõe que metade das despesas estão ligadas às receitas de actividades isentas.

Uma vez que não existe uma outra forma de separar o que deve ser reembolsado do que não deve ser reembolsado a lei limita-se a estabelecer uma presunção.

É isto que determina o n.º 1 do artigo 23.º do CIVA:

“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 do reembolso os custos de IVA respeitantes a actividades isentas.

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

## 5. A DETENÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E O DIREITO AO REEMBOLSO

A actividade financeira enquanto tal está isenta de IVA e por isso está excluída a dedução de quaisquer despesas com ela relacionadas. Mas já a actividade de detenção de participações, que em si mesma pode ser considerada como uma pura actividade financeira, está quase sempre misturada com outras actividades que, por serem sujeitas a imposto, têm direito à dedução do IVA suportado nas despesas que lhe são conexas.

E por isso a delimitação área isenta/área tributada coloca vários problemas: a importância desta delimitação e tanto maior quanto o grupo de sociedades vem ocupar o espaço que antes pertencia à normal sociedade comercial (7) e quando a detenção de partes sociais – a actividade *holding* – se torna a forma mais importante da organização dos grupos de sociedades (8).

Foi esta forma societária que foi recebida entre nós primeira sob a forma de “sociedades de controlo” (Decreto-Lei n.º 271/72) e actualmente às Sociedades Gestoras Participações Sociais (SGPS, Decreto-Lei n.º 495/98, de 30

(7) ENGRÁCIA ANTUNES - *Os Grupos de Sociedades - Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária* (Coimbra 1993), 13. E veja-se na introdução a esta obra 3-18 a síntese histórica económica dos movimentos sociais que conduzem a esta situação

(8) Para a evolução deste conceito v. LÜTTER, *Erscheinungsformen und die für dieses Buch massgebenden Rechtsbegriff der Holding*, LÜTTER, *Holdinghandbuch*, 3.ª ed. (Köln 1998).

de Dezembro) como instrumento jurídico de estruturação dos grupos de sociedades (9).

As sociedades *holding* podem ter várias formas jurídicas e com várias posições e funções dentro de um grupo de sociedades: pode mesmo afirmar-se que é um conceito independente da específica forma jurídica (10). Podemos ter, e temos com muita frequência, uma situação de *holding* de participações sociais sem que tenhamos uma SGPS que deve preencher os estritos requisitos previstos na lei.

E na perspectiva que nos interessa há dois tipos de forma de detenção de participações sociais que devem ser consideradas:

Que regime para o IVA e o seus reembolsos quando estamos perante uma sociedade que tem actividade económica directa mas também procede à gestão das suas participações sociais?

Que regime para o IVA e seus reembolsos quando a detenção de participações é feita por uma sociedade de gestão de participações sociais que, nos termos dos poderes que lhe são conferidos na regulamentação da sua actividade, procede à gestão das suas participações sociais (11)?

Na verdade se estamos perante a mera detenção das acções e participações nenhum problema se coloca: não há actividade sujeita a IVA nem reembolso. E for uma actividade de mera fruição-detenção não há, em princípios, despesas significativas e por isso há uma limitada incidência do IVA.

O problema existe quanto temos um *holding* misto que faz a gestão e suporta IVA. Ou um empresa sujeita a IVA que é também detentora de participações sociais.

## 6. A ACTIVIDADE FINANCEIRA COM CARÁCTER ACESSÓRIO

Para uma parte desta questão há uma parcial resposta legal.

Prevê o n.º 5 do artigo 23.º do CIVA sempre a propósito das regras de cálculo do reembolso:

“No cálculo referido no número anterior não serão, no entanto, incluídas [...] nem as operações imobiliárias ou financeiras que tenham um carácter *accessório* em relação à actividade exercida pelo sujeito passivo”.

(9) ENGRÁCIA ANTUNES - *Os Grupos...* (1993), 61-64.

(10) KRFT, *Rechtsformen und Entstehung der Holding*, in LÜTTER, *Holdinghandbuch* (1998). EMERICH-SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht*, 6.ª ed. (München 1997), 31-32.

(11) Esta última situação é muitas vezes o resultado de uma reorganização, com separação de funções, dentro de um grupo de empresas. Ver a análise desta evolução (vom Stammhaus zur Managementholding) in KRAFT, *Rechtsformen...* (1998), 60-63.

Já sabemos que actividade financeira pela sua natureza de actividade de difícil tributação em IVA não está abrangida pela incidência deste imposto.

O que vai implicar, para as empresas que têm como objecto social a actividade financeira a impossibilidade de deduzir todos os custos conexos com a sua actividade.

Mas juntamente com a actividade financeira como fim principal da empresa encontramos também com frequência o recurso a imobilizações financeiras por parte das empresas 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 que estão disponíveis.

Em suma, actividades financeiras que não impliquem (ou, mais rigorosamente, quase não impliquem pois há sempre alguns) custos efectivos para a empresa, uma vez que são 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.

Ou resultam de uma situação especial que faz com que uma certa sociedade comercial seja titular de acções ou outros activos financeiros. Sempre sem que dêem origem a despesas.

E são os custos suportados pela empresa que têm uma efectiva incidência em relação ao IVA que por esta é suportado. O IVA é inerente aos custos.

E é precisamente essa situação de estrutura dos custos e do IVA efectivamente suportado, 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".

E por isso tais receitas deverão ser excluídas do cálculo do *pro-rata* do IVA.

Se procurarmos as razões de inclusão ou exclusão de certas receitas no denominador do *pro-rata* teremos que considerar o princípio legal de afectação económica das despesas

Trata-se pois de saber o que será "actividade financeira com carácter acessório". E de que índices podemos partir para realizar esta qualificação para uma actividade que dá origem a uma parte maior ou menor das receitas de muitas empresas.

Ou, noutros termos, saber se o facto destas operações terem porventura uma maior participação, neste ou naquele exercício, nas receitas globais de uma empresa que as receitas que podem ser consideradas normais, lhe retiram a natureza de receitas acessórias. Não devendo por isso ser incluídas no denominador do *pro-rata*.

Uma vez que a Administração fiscal tende a considerar que se tais receitas são importantes para a empresa, se têm algum significado dentro de um certo exer-

cício, independentemente das condições concretas da sua obtenção, não podem ser consideradas acessórias.

Atendendo não ao custo efectivo da receita mas apenas ao seu volume.

## 7. A POSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL

Confrontada com estes problemas a Administração fiscal definiu a sua posição numa longa e bem fundamentada resposta a um consulta de uma empresa interessada <sup>(12)</sup>.

Procedendo à análise da actividade das SGPS no modelo seguido pela lei portuguesa Administração fiscal conclui que a actividade de detenção de participações está isenta de IVA.

E a de gestão dessas mesmas participações, que a lei das SGPS aceita como sua actividade típica está sujeita a IVA.

Começando a seguir os problemas de delimitação:

Tratando da questão essencial do que vai e do que não vai para o denominador do *pro-rata*.

Considerando que a possibilidade que lhes dá a lei de investir no mercado de capitais através de colocações temporárias de "pequenas participações" lhe vai proporcionar receitas que devem ser colocadas no referido denominador. Não a considerando por isso como receitas acessórias mesmo se forem de escassa importância.

Apesar de reconhecer com isso se vão penalizar "as SGPS em confronto com as sociedades directamente comerciais ou industriais": uma vez que estas empresas, que no caso de terem estas receitas as serão ser consideradas como acessórias, não prejudicando o seu direito ao reembolso.

Mas as penalizações que esta posição da Administração fiscal acarreta às SGPS não ficam por aqui:

Para distinguir a parte isenta da não isenta, pareceria adequado o método da afectação real que permitiria isolar a actividade de gestão das demais actividades.

Mas isto não é também aceite pela Administração fiscal.

Considerando que "a gestão da carteira de participações permanente exige normalmente o recurso a um apurado "Know-how" de gestão que preste um auxílio (serviço) efectivo às unidades participadas podendo afirmar-se que as prestações de serviços técnicos de administração e gestão são indissociáveis da

<sup>(12)</sup> Informação com despacho concordante do subdirector geral de 94-07-22, Inf. n.º 1933 do SIVA.

própria gestão da carteira de títulos” conclui que “não é aconselhável permitir às SGPS a opção pelo método da afectação real”.

Perante dificuldades objectivas de controlo e por considerar as actividades como possuindo uma incindibilidade pessoal, a Administração fiscal reage impedindo a adopção do meio em princípio mais exacto para quantificar o direito ao reembolso.

Se juntarmos a estas considerações gerais o facto de que quando existem receitas importantes de aplicações financeiras (juros, dividendos ou ganhos de alienação) mesmo em empresas de actividade económica directa a Administração fiscal tender para as não considerar acessórias, podemos concluir que as posições administrativas estão demasiado condicionadas pelo factor receita.

Tomando necessário procurar outros critérios para um melhor enquadramento da questão.

O que felizmente tem sido feito pela jurisprudência comunitária.

## 8. O CASO SOFITAM E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS: A PERCEPÇÃO DE DIVIDENDOS

A jurisprudência comunitária (e a jurisprudência comunitária uma vez que a fonte originária destas questões é a VI Directiva) teve de se defrontar com estes problemas a propósito do direito à dedução de um *holding* misto que tinha efectuado o seu direito à dedução do imposto suportados sem levar em conta os dividendos que tinha recebido.

Num outro caso, o caso Polysar, 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. E que por isso não existia qualquer direito a um reembolso.

Mas aqui a conclusão é que se é esta a situação o *holding* não é sujeito económico e não tem direito à dedução.

“Ambos os acórdãos, escreve TERESA LEMOS <sup>(13)</sup>, assentam no princípio 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”.

Mas isto conduz a diferentes soluções uma vez que no caso SOFITAM, que tinha actividades sujeitas a IVA, o tribunal veio considerar no seu conside-

rando n.º 13 que os dividendos não entram no campo de aplicação do IVA e que por isso “não devem figurar no denominador do *pro-rata*”.

Sob pena de conduzirem à pura e simples anulação do direito à dedução da empresa.

E a mesma doutrina veio a ser reafirmada no caso First National Bank of Chicago (1998-07-14 proc. C-172/96) quando o tribunal decidiu que:

“Quanto ao carácter oneroso de uma prestação de serviços, o Tribunal de Justiça já declarou que uma prestação de serviços só é efectuada «a título oneroso», na acepção do artigo 2.º, 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 <sup>(14)</sup>. O que torna assim impossível a colocação de rendimentos de capital no denominador da fórmula do *pro-rata*.

E temos aqui um argumento de natureza puramente formal – receber dividendos não é actividade económica no sentido IVA – que resolve a questão.

E que como é óbvio, no presente caso, resolve inteiramente que questão de saber se se podem ou não pôr os rendimentos de capital no denominador da *pro-rata*. Mas deixa por resolver o problema, uma vez que se furta à definição de um princípio geral, das outras receitas também indevidamente colocadas no denominador.

## 9. A PROPRIEDADE DE OBRIGAÇÕES E OS SEUS JUROS: O CASO HARNAS

Um problema do mesmo tipo foi colocado a propósito de uma empresa que recebia juros de obrigações.

Neste caso tratava-se de saber se a propriedade de obrigações constituía ou não uma actividade económica no sentido IVA, com as necessárias consequências no reembolso do IVA suportado <sup>(15)</sup>.

Tendo o tribunal decidido:

“O artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme, deve ser inter-

<sup>(13)</sup> Acórdão de 3 de Março de 1994, Tolsma, C-16/93, Colect., p. I-743, n.º 14.

<sup>(14)</sup> Proc. C-80/95, HARNAS & HELM CV - STAATSSECRETARIS VAN FINANCIEN 6 2 1997.

<sup>(15)</sup> TERESA LEMOS, *Anotação ao acórdão SOFITAM*, FISCO n.º 61 (1994), 50.

pretado no sentido de que a simples aquisição e detenção de obrigações que não sirvam outra actividade empresarial, bem como a fruição de rendimentos delas resultante, não devem ser consideradas actividades económicas que conferem ao autor de tais operações a qualidade de sujeito passivo».

No caso de existir isenção há sujeição. E da sujeição com isenção parcial resulta um direito ao reembolso limitado.

No caso de exclusão tributária nenhuns efeitos se produzem.

Como sucede quando não estamos perante operações isentas, mas sim perante relações financeiras que não estão sujeitas ao IVA e que por isso não devem ser incluídas no cálculo do *pro-rata*. Mais uma vez com um argumento formal.

Mas tendo subjacente a questão substancial da ausência de despesas conexas com o recebimento de juros de obrigações.

## 10. OS CRITÉRIOS MATERIAIS DA SOLUÇÃO DESTE PROBLEMA

Podemos assim concluir com segurança que os critérios utilizados pela Administração fiscal para quantificar o direito ao reembolso do IVA dos *holdings* mistos ou de empresas com actividade de detenção de participações que são sujeitos passivos conduzem a soluções inaceitáveis. E soluções já rejeitadas pela jurisprudência comunitária.

Nomeadamente a inclusão de dividendos ou receitas de capital em que existe fruição e não contrapartida no mecanismo de dedução IVA uma vez que aqui não perante operações tributadas com um regime de isenção mas sim perante situações em que não transmissão de bens ou prestações de serviços.

Tal como sucede com a simples obtenção de juros em consequência de um empréstimo.

Mas que regime podemos encontrar para alienações que estariam em princípio sujeitas mas que estão isentas como a alienação de acções? Temos uma alienação e por isso teríamos IVA. Só se não verifica a tributação porque temos uma isenção prevista na alínea *f*) do n.º 28 do artigo 8.º do Código do IVA.

A solução para este problema só pode ser encontrada no princípio defendido pelo Avocat Générale do Tribunal das Comunidades sobre o regime de reembolso de IVA de um sujeito passivo que efectuava também operações isentas, no caso Régie Dauphinoise Cabinet A. Forest SARL <sup>(16)</sup>.

Tratava-se de saber se “os proveitos financeiros recebidos por uma empresa de administração de imóveis a título de remuneração das aplicações, efectuadas

por sua própria conta, de fundos pagos pelos proprietários ou locatários devem ser incluídos no denominador da fracção que serve para o cálculo do *pro rata* de dedução”.

O tribunal, para analisar este caso, volta ao caso SOFITAM:

“Contrariamente à percepção de dividendos por uma sociedade *holding* a propósito da qual o Tribunal de Justiça considerou, no acórdão de 22 de Junho de 1993, Sofitam, que, não constituindo a contrapartida de qualquer actividade económica, não entrava no âmbito de aplicação do IVA, *os juros recebidos por uma empresa de administração de imóveis a título de remuneração das aplicações, efectuadas por sua própria conta, dos fundos pagos pelos proprietários ou locatários, não podem ser excluídos do âmbito de aplicação do IVA, uma vez que o pagamento dos juros não resulta da simples propriedade do bem mas constitui a contrapartida de uma colocação de um capital à disposição de terceiros*”.

Estamos perante uma actividade – empréstimos de fundos aos bancos que remuneram o empréstimo - que se fosse realizado por quem não fosse sujeito passivo estaria fora da incidência do IVA.

Mas neste caso esta actividade “*constitui o prolongamento directo, permanente e necessário da actividade tributável, pelo que esse administrador age na qualidade de sujeito passivo quando efectua tais aplicações*”.

E foi esse carácter de essencialidade da operação para a empresa conduziu o tribunal a aceitar a sua sujeição a IVA.

Mas ao mesmo tempo o advogado-geral avança um critério material para a solução deste e de outros problemas:

“1) Se uma empresa sujeita ao imposto sobre o valor acrescentado obtiver rendimentos da aplicação de capitais de clientes, que são postos à sua disposição no quadro da sua actividade económica, o seu direito à dedução é, em princípio, afectado, porque estes rendimentos entram no âmbito de aplicação da Sexta Directiva e, assim, também podem, em princípio, ser incluídos no cálculo a que se refere o artigo 19.º, n.º 1, da Sexta Directiva IVA.

2) Estes rendimentos não devem ser considerados no denominador do *pro rata* porque, na condição de apenas exigirem poucos gastos administrativos, se trata de operações acessórias na aceção do artigo 19.º, n.º 2, segunda parte, da Sexta Directiva. Este é o caso:

- se as operações acessórias não fizerem directamente parte da actividade económica do empresário, embora tenham ainda uma certa relação com essa actividade;

- se exigirem apenas uma parte insignificante dos meios utilizados para a própria actividade económica da empresa e, deste modo, reduzirem injustificadamente o montante da dedução;

Quinta Secção, 15 de Fevereiro de 1996”.

<sup>(16)</sup> Proc. C-306/94, 11 de Julho de 1996.



Ou seja, se uma empresa aceita por exemplo a proposta do seu banco para transformar as suas disponibilidades de caixa em títulos de tesouro esta actividade é uma actividade financeira acessória, dado o carácter “*insignificante dos meios utilizados*” na operação. Independentemente da relação entre estas receitas e as receitas normais da empresa.

E para clarificar esta questão consideremos a seguinte hipótese.

A sociedade Alves & Comp., que se vai dedicar à actividade de grossista de mercearias, constitui-se com o capital de quinhentos mil contos.

No ano inicial da sua actividade dedica-se à procura de um terreno para o seu armazém sem o conseguir encontrar; tem um escritório, diversas actividades preparatórias e vai suportando diversos custos de IVA.

Entretanto aplica o seu capital disponível em acções que vende com razoável mais-valia e em obrigações que lhe dão um juro.

No fim do ano na sua conta de resultados podemos ter 50.000 contos de mais valias, 10.000 contos de juros e 3.000 contos de outras receitas.

Será que deve realizar o pro-rata e perder quase totalmente o direito ao reembolso?

Parece-nos evidente que não: se as despesas ligadas aos ganhos financeiros forem importantes então a questão poderia resolver-se com um sistema de afectação real em relação às actividades que suportam IVA para manter a neutralidade do imposto e impedir o favorecimento da detenção de títulos por empresas com actividade directa (se os proveitos não forem considerados pela Administração fiscal como demasiado elevados para poderem ser considerados acessórios) em relação ao *holding* <sup>(17)</sup>.

Mas não pode aceitar-se é que a equiparação de receitas que têm efectivos custos e por isso suportam IVA e de outras que com custos próximos do zero (vendas de acções) sejam equiparadas reduzindo quase a nada a possibilidade dos reembolsos que garantem a neutralidade deste imposto.

E é este princípio que encontramos no IRS para se permitir ou não permitir a dedução de custos ligados com ganhos financeiros.

Se uma qualquer pessoa singular, sujeito passivo de IRS, obtém ganhos financeiros como ganhos de fruição (compra acções ou obrigações e recebe os rendimentos) é tributado em rendimentos de capital (categoria E).

E não pode deduzir quaisquer despesas. Porque a lei pressupõe muito correctamente que as eventuais despesas (compra de jornais financeiros) são insignificantes em relação aos ganhos.

Enquanto se exercer com habitualidade a actividade de compra e venda de

acções será tributado por rendimentos comerciais: podendo deduzir as suas despesas.

## II. CONCLUSÃO

As dificuldades na solução deste problema partem directamente da vocação para a abrangência e para a totalidade que caracterizam o IVA: um imposto que reage mal às excepções sendo a excepção no caso a actividade financeira.

A justiça da tributação e a neutralidade do imposto exigem que na solução dada a este problema se evitem as manipulações fiscais do contribuinte que, segundo a Administração fiscal, a afectação real poderia permitir mas também a anulação do direito ao reembolso que a colocação de certas receitas no denominador do *pro-rata* iria provocar.

Apesar do seu peso financeiro não ter qualquer contrapartida em despesas efectuadas para as obter.

A jurisprudência comunitária, no seu esboço de solução, está a criar uma conceito material para a actividade financeira acessória: que, para efeitos de reembolso, tem que ser definida apenas em função das despesas efectivas que implica para as empresa e não em função de qualquer outro critério.

<sup>(17)</sup> É o que propõe TERESA LEMOS, *Anotação ao acórdão SOFITAM*, FISCO n.º 61 (1994), 53.