

impugnação da operação por parte dos accionistas, julgamos poder-se concluir que a protecção dos demais accionistas, no âmbito *específico* da assistência financeira, não irá assumir relevância para além da proibição de «redução dos activos líquidos» e da obrigação de constituição de uma reserva indisponível.

Conclusão

Em face do exposto, no que respeita a directrizes para aplicação do art. 322.º, n.º 1, pensamos poder concluir-se que esta deverá basear-se numa interpretação tendencialmente restritiva dessa disposição. De um modo geral, será de exigir que a assistência financeira seja o «motivo determinante e comum a todos os intervenientes da operação» para que esta possa subsumir-se na previsão normativa. De igual modo, a aplicação analógica, sendo admissível, deverá pautar-se por um paralelo inquestionável entre as situações analisadas. Tudo tendo presente os dois fins da norma identificados e que um deles não será de índole a justificar a proibição. É à luz destes critérios que nos propomos analisar alguns exemplos na segunda parte deste artigo.

BERNARDO ABREU MOTA (*)

AS MEDIDAS DE CARÁCTER FISCAL CONSTANTES DO ORÇAMENTO RECTIFICATIVO

No passado dia 29 de Julho, foi publicada a Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho, designada de Orçamento Rectificativo («OR»), através da qual se procedeu à implementação de medidas denominadas de combate à fraude e à evasão e de reforço da eficiência fiscal, bem como à alteração da legislação fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS»), de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas («IRC») e de Imposto do Selo.

Tendo em conta o impacto que poderão ter, quer junto dos agentes económicos quer junto dos particulares, propomo-nos aqui descrever o conteúdo das principais medidas e alterações implementadas, bem como comentar os seus objectivos e consequências.

Regime excepcional de regularização tributária de elementos patrimoniais

Inserido no plano de combate à fraude e à evasão e de reforço da eficiência fiscal, foi criado um regime excepcional de regularização tributária de elementos patrimoniais, o qual prevê especiais vantagens para os sujeitos passivos, pessoas singulares, proprietários de elementos patrimoniais que não se encontrassem em território português a 31 de Dezembro de 2004 e que procedam à regularização da sua situação fiscal nos termos previstos.

Consideram-se, para este efeito, elementos patrimoniais elegíveis os depósitos, certificados de depósitos, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros, incluindo apólices de seguro do ramo «Vida» ligados a fundos de investimento e operações de capitalização do ramo «Vida».

Assim, de acordo com este regime, por contrapartida do pagamento de um valor equivalente a 5% dos capitais em causa, as pessoas singulares que mantenham fora de Portugal activos financeiros que tenham gerado rendimentos que não foram, conforme obriga a lei, declarados para efeitos de tributação em IRS podem beneficiar da (i) extinção das obrigações tributárias exigíveis em relação àqueles rendimentos, respeitantes a períodos de tributação que tenham terminado até 31 de Dezembro de 2004 bem como (ii) da exclusão da responsabilidade por infracções tributárias resultantes da ocultação ou alteração de factos ou valores nas declarações apresentadas à Administração fiscal.

Uma outra consequência importante traduz-se no facto da declaração e pagamento referidos constituírem prova suficiente para efeitos do regime português de manifestações de fortuna previsto na Lei Geral Tributária e nos termos do qual o contribuinte deverá provar que os sinais exteriores de riqueza não conformes com o rendimento declarado têm outra fonte.

Note-se que o regime agora implementado não exige que os elementos patrimoniais sejam efectivamente transferidos para território português ao contrário, aliás, do exigido em outros países onde foram implementados regimes semelhantes. De facto, os elementos patrimoniais poderão permanecer no território onde se encontrem, passando, contudo, os respectivos rendimentos a ser objecto de declaração e inclusão nas respectivas declarações anuais de IRS.

Refira-se ainda que relativamente aos activos que consistam em títulos do Estado português ou

* Advogado do Departamento de Direito Financeiro de Uría Menéndez (Lisboa).

outros, desde que reinvestidos em títulos do Estado Português até à data da regularização, beneficiam de uma redução para metade da taxa acima referida (i.e. 2,5%).

Por forma a beneficiar deste regime especial, os contribuintes interessados terão, até ao dia 16 de Dezembro de 2005, de proceder, junto do Banco de Portugal ou de qualquer outro Banco estabelecido em Portugal, ao pagamento conforme acima referido, preenchendo, também, uma declaração que comprovará, para todos os efeitos, a adesão ao regime.

De referir, a este propósito, que a adesão acima referida é mantida sob sigilo, não sendo efectuada pelas instituições bancárias intervenientes qualquer comunicação à administração fiscal.

Por último, importa notar que a não adesão ao regime implicará, em relação aos elementos patrimoniais não declarados, omitidos ou inexactos, a majoração em 50% do imposto devido pelos respectivos rendimentos.

Em nosso entendimento, está em causa mais uma medida que visa a arrecadação de receita de uma forma rápida e fácil.

Na verdade, não obstante os recentes desenvolvimentos na coordenação e troca de informações entre as administrações fiscais, nomeadamente, através do previsto na denominada Directiva da Poupança, esta medida visa atrair capitais colocados no exterior ou pelo menos a sua regularização e que dificilmente seriam objecto de detecção e consequente tributação.

Pensamos, contudo, que tal medida não terá o alcance esperado em virtude do montante a pagar - 5% sobre o valor dos elementos patrimoniais - ser manifestamente elevado quando o que está em causa é a tributação do rendimento gerado por aqueles elementos e não do próprio património. Acresce que, como é sabido, na generalidade dos casos estarão em causa capitais avultados.

Por outro lado —ainda que tenha ficado expresso na lei que as instituições bancárias guardarão sigilo sobre as adesões verificadas— pensamos que existirá sempre alguma relutância por parte dos contribuintes em se identificarem como sendo proprietários de elementos patrimoniais no estrangeiro não declarados.

Por fim, entendemos que a percepção por parte dos contribuintes em geral do risco de que podem estar a correr ao não regularizar elementos patrimoniais

mantidos no exterior não é muito elevada, embora se deva também admitir que o cada vez maior número de notícias dando nota do aumento da sofisticação da máquina fiscal, bem como da troca de informações entre as várias administrações fiscais poderá mudar as atitudes.

Exclusão de tributação de mais-valias realizadas com a alienação de acções detidas por mais de doze meses: introdução de norma anti-abuso

Uma alteração introduzida com o OR que consideramos poder ter um impacto importante junto dos contribuintes traduziu-se na limitação à exclusão de tributação, prevista no Código do IRS, para as acções detidas por sujeitos passivos por mais de doze meses. Na verdade, até à entrada em vigor desta alteração, a mera detenção de partes de capital em sociedades anónimas por um período superior a doze meses era condição suficiente para as eventuais mais-valias realizadas com a respectiva alienação ficarem excluídas de tributação.

Com a limitação agora introduzida, a referida exclusão de tributação deixa de ser aplicável quando o activo da sociedade emitente das acções em causa seja constituído, directa ou indirectamente, em mais de 50 % por bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em território português.

Pensamos que esta limitação visa a aproximação ao regime de isenção de IRS ou IRC aplicável às mais-valias realizadas com a alienação de partes de capital por pessoas singulares e colectivas não residentes, regime esse que também prevê uma norma anti-abuso semelhante.

Em todo o caso, importa mencionar que não tendo sido instituído qualquer regime transitório, abre-se caminho a que esta norma possa suscitar a tributação das mais-valias realizadas mediante a alienação de acções de sociedades que preencham os requisitos legais mas cuja aquisição tenha ocorrido em data anterior à entrada em vigor do OR. De facto, pensamos estar claramente diante um caso de frustração de legítimas expectativas dos contribuintes sendo possível ainda discutir se estaremos perante um caso de retroactividade ilegítima.

Acresce que um outro aspecto relevante prende-se com o facto de nada se estabelecer na lei quanto ao momento relevante para determinar se o activo da sociedade constituído por imóveis ultrapassa 50% do total podendo, desta forma, questionar-se se será

o termo do exercício anterior ao da alienação das acções, o momento da própria alienação ou mesmo um outro momento, antevendo-se, por isso, alguns problemas práticos.

Crédito de imposto por dupla tributação internacional: limitação à sua utilização

Uma outra medida relevante introduzida em sede de IRS e IRC e que, a nosso ver, vem diminuir as garantias dos contribuintes traduziu-se na previsão de uma limitação no regime de crédito de imposto por dupla tributação internacional.

Na verdade, de acordo com o CIRS e o CIRC, os contribuintes que auferiram rendimentos fora de Portugal, ficam em virtude do princípio do rendimento mundial —e independentemente da tributação no país da fonte dos rendimentos— sujeitos a tributação em Portugal, tendo, contudo, direito a um crédito de imposto por dupla tributação internacional.

E sempre que não fosse possível deduzir aquele crédito de imposto por insuficiência de colecta era permitido o reporte do crédito até ao final dos cinco anos seguintes. Contudo, com a limitação agora introduzida, deixa de ser possível o reporte do crédito não deduzido no respectivo exercício, pelo que deixa de ser eliminada ou reduzida a dupla tributação jurídica internacional nos casos de ausência de colecta nesse exercício.

Entendemos que se trata de mais uma medida introduzida com o fito de arrecadar receitas para o Estado em claro detrimento das garantias dos contribuintes e que em nosso entendimento não encontra outra justificação.

Dedução de prejuízos fiscais: nova limitação

Outra medida, introduzida em sede de IRC, com óbvia relevância para os agentes económicos tem que ver com o aumento das restrições na possibilidade de dedução de prejuízos fiscais. Assim, de acordo com a limitação agora introduzida, a possibilidade de dedução de prejuízos, dentro do actual prazo de reporte de seis anos, cessará quando se verificar a alteração da titularidade de, pelo menos, 50 % do capital social ou da maioria dos direitos de voto da entidade a que respeita.

Trata-se de mais uma norma anti-abuso que pretende evitar condutas consideradas ilegítimas por parte dos agentes económicos. Não obstante con-

siderarmos esta medida claramente exagerada, o facto de ser possível requerer ao Ministro das Finanças, em requerimento apresentado para o efeito, a sua não aplicação, vem de alguma forma salvaguardar os casos em que se está perante verdadeiras operações. Contudo, ainda assim, o ónus decorrente da apresentação do requerimento bem como da justificação das operações fica do lado dos agentes económicos, ficando assim a respectiva apreciação no poder discricionário da administração fiscal.

Imposto do Selo: reposição da tributação das transmissões gratuitas de valores monetários

Uma medida relevante implementada em sede de Imposto do Selo traduziu-se na reposição da tributação das transmissões gratuitas —entre vivos e por morte— de valores monetários, em especial dos depósitos à ordem ou a prazo junto das instituições de crédito.

Trata-se de mais uma medida que teve por único objectivo a arrecadação de receita.

Importa, contudo, referir que esta reposição de tributação não prejudica a isenção de imposto de selo aplicável às transmissões gratuitas de que o cônjuge, descendentes ou ascendentes forem beneficiários.

Não obstante, entendemos que esta medida terá um especial impacto junto das instituições bancárias pois impõe importantes obrigações de fiscalização do pagamento do imposto.

De facto, de acordo com esta alteração, impede-se o levantamento de quaisquer depósitos objecto de transmissão gratuita sem que se mostre pago o Imposto do Selo devido (ou existência de isenção).

Refira-se ainda que, em caso de inobservância, a instituição a quem os depósitos foram confiados passa a ser solidariamente responsável pelo pagamento do imposto, responsabilidade essa extensiva aos próprios administradores ou directores responsáveis pelas decisões.

Entendemos estar diante de mais um caso em que o Estado, demitindo-se da sua função de controlo e fiscalização, remete esse papel para os agentes económicos, com a agravante de criação de um regime de responsabilidade no caso de falhas no processo.

Combate à denominada «lavagem de dividendos»

Por último, importa fazer referência às medidas previstas para combater ou evitar a denominada «lavagem de dividendos» e que, embora tenham sido aprovadas meras autorizações legislativas, não deixarão de ter impacto no futuro.

Na verdade, este fenómeno consiste na obtenção de mais-valias resultantes da diferença entre a taxa de IRS ou IRC que é aplicada aos investidores residentes e não residentes. Tendo em conta que, actualmente, os investidores não residentes pagam uma taxa mais elevada sobre os dividendos recebidos, estes tendem a passar, antes da distribuição dos lucros, as suas posições accionistas para empresas com domicílio em Portugal.

Assim, ficou o Governo autorizado a legislar no sentido de:

(i) harmonizar a taxa de retenção na fonte de IRS e IRC aplicável a residentes e a não residentes com o limite de 25 % por forma a eliminar a actual diferença; (ii) repor o carácter definitivo da retenção de IRS sobre dividendos recebidos por pessoas singulares residentes em Portugal mantendo-se a possibilidade de opção pelo englobamento; (iii) estabelecer uma taxa especial de tributação para os «dividendos de fonte externa» recebidos por pessoas singulares residentes em Portugal, a qual deverá ser idêntica à taxa de retenção na fonte, acima referida, sobre dividendos; (iv) prever uma tributação autónoma para os «dividendos de fonte interna ou externa» decorrentes de participações detidas durante um período inferior a um ano por sujeitos passivos de IRC residentes em Portugal que beneficiem de isenção relativamente a rendimentos de capitais; e (v) por fim, eliminar a dispensa de retenção na fonte de IRC sobre dividendos correspondentes a participações detidas durante um período inferior a um ano.

As medidas acima elencadas vão, em nosso entendimento, para além do simples combate ao fenómeno referido. De facto, constatamos que as mesmas visam de igual forma a redução de benefícios previstos —isenções e dispensas de retenção na fonte— e que a nosso ver espelham a lógica de actuação do actual programa legislativo.

Em conclusão, consideramos que as medidas implementadas com o OR visam, no essencial, o aumento da eficácia da máquina administrativa de cobrança de impostos a par do combate a práticas evasivas

reconhecendo-se, porém, e uma vez mais, a incapacidade da administração fiscal de combater tais práticas através dos mecanismos já previstos na legislação fiscal em vigor.

MIGUEL DURHAM AGRELLOS (*)

LATINOAMÉRICA

EL RÉGIMEN DE DETERMINADAS SITUACIONES DE INFRACAPITALIZACIÓN DE SOCIEDADES EN VIGOR EN MÉXICO. EFECTO EN LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS

Esta nota analiza el régimen, que ha entrado recientemente en vigor (se ha incluido en la Ley del Impuesto sobre la Renta a partir del ejercicio 2005), de las situaciones de infracapitalización, fenómeno al que también se refieren en México con el término, de clara influencia anglosajona, de «capitalización delgada». El motivo de este breve estudio son los importantes efectos que pueda tener este cambio legislativo en las filiales de empresas españolas que operan en México al poder afectar de forma negativa a su actual estructura financiera.

Finalidad del régimen general de la infracapitalización

Este nuevo régimen de infracapitalización se aprobó mediante la publicación, el 1 de diciembre de 2004 en el Diario oficial de la Federación, del Decreto por el cual se derogaban, modificaban y añadían determinadas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

La finalidad perseguida por el legislador mexicano no parece irrazonable: restringir la deducción de intereses a los sujetos pasivos del impuesto o contribuyentes que a través del recurso a operaciones de endeudamiento lo que realmente pretenden es: (i) reducir la base imponible del impuesto sobre la renta; o (ii) recolocar beneficios fiscales de una empresa mexicana a otra. En definitiva, este nuevo régimen reflejaría la voluntad del legislador mexicano de que las empresas funcionen con márgenes de

* Abogado do Departamento de Direito Fiscal de Uría Menéndez (Porto).