

AUXÍLIOS FISCAIS: A COMUNICAÇÃO DA
COMISSÃO 2016/C 2062/01

TAX & BUSINESS

INTRODUÇÃO

Foi publicada a 19 de Julho de 2016 no Jornal Oficial da União Europeia a Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, na qual se inclui uma secção especialmente dedicada a matérias fiscais. Num quadro em que a matéria de auxílios estatais e a interacção do direito da concorrência com o direito fiscal ganham força, torna-se cada vez mais pertinente (re)visitar e analisar benefícios fiscais e decisões fiscais vinculativas antecipadas em que um sujeito passivo deposite confiança jurídica, presentes, passadas ou futuras.



A presente Informação destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta. Não deve servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Informação não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte contacto@rffadvogados.pt.

Esta Informação é enviada nos termos dos artigos 22.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, relativa ao envio de correio electrónico não solicitado. Caso pretenda ser removido da nossa base de dados e evitar futuras comunicações semelhantes, por favor envie um email com "Remover" para o endereço email_newsletter@rffadvogados.com.

ENQUADRAMENTO

Foi publicada a 19 de Julho de 2016 no Jornal Oficial da União Europeia a comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (2016/C 262/01).

O TFUE define auxílio de estado como uma vantagem, sob qualquer forma, conferida numa base selectiva às empresas por parte das autoridades públicas nacionais.

Tendo em vista promover determinadas actividades económicas ou proteger empresas nacionais, a concessão destes apoios estatais pode distorcer a concorrência entre empresas nos estados-membros, motivo pelo qual a política europeia nesta matéria, proíbe, de uma forma geral, os auxílios estatais – no âmbito do Tratado que institui a União Europeia (TUE).

No que se refere à utilização de instrumentos específicos de auxílio, tendo por base o conceito definido directamente pelo Tratado e densificado

pela jurisprudência europeia, a Comissão pretende prestar esclarecimentos adicionais respeitantes à noção de auxílio estatal, mormente quanto a certas temáticas de natureza fiscal.

Tomando em consideração as questões específicas relativas às medidas fiscais, a presente Informação fará referência às sociedades cooperativas, organismos de investimento colectivo, amnistias fiscais e decisões fiscais, e aborda, ainda, a questão dos acordos de transacção fiscal, das regras de amortização/depreciação, do regime fiscal de base fixa para actividades específicas, das regras anti-abuso e dos impostos especiais de consumo, seguindo-se síntese com as conclusões.

AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

A Comissão entende que as sociedades cooperativas não estão abrangidas pelo âmbito das regras em matéria de auxílio estatal desde que: i) actuem de acordo com os interesses económicos dos seus membros; ii) as relações com os membros não sejam puramente comerciais; iii) os membros participem

activamente na gestão da empresa; e iv) os membros tenham direito à distribuição equitativa dos resultados do desempenho económico.

O cumprimento dos critérios identificados torna-as em verdadeiras sociedades cooperativas, sujeitas a princípios de funcionamento que as distinguem de outros operadores económicos.

Contudo, no entender da Comissão, a medida que aplica a tributação reduzida deverá ser proporcional e estar em conformidade com os princípios orientadores do sistema fiscal do Estado-Membro.

Caso se conclua que a sociedade cooperativa é comparável a empresa comercial, deverá a mesma ser sujeita a análise trifásica (sistema de referência/derrogação/justificação), de forma a apreciar a selectividade material para a aplicação da medida que atenua os encargos normais das empresas.

i) Organismos de investimento colectivo

A aplicação de um regime fiscal aos organismos de investimento colectivo¹, que actuam como intermediários entre o investidor e o objecto do investimento, deve assentar na prevenção da dupla tributação económica.

Com efeito, a Comissão entende que os Estados-Membros devem assegurar a neutralidade fiscal, tratando os contribuintes da mesma forma, quer invistam directamente em activos (como títulos de dívida), quer indirectamente através de organismos de investimento colectivo, garantindo dessa forma uma carga fiscal idêntica, independentemente do veículo utilizado.

O tratamento de um tal organismo como um sujeito passivo autónomo, e não como patamar de investimento, faria incidir uma tributação adicional sobre qualquer rendimento ou lucro obtido pelo veículo intermediário.

¹ Quer sob forma contratual (fundos comuns de investimento geridos por sociedade gestora), quer na forma de Trust (*unit trust*), que sob forma estatutária (sociedades de investimento).

Esta disposição é aplicável, em particular, a organismos de investimento colectivo que: permitem a fundos de investimento reinvestir os lucros brutos ou ilíquidos (opção essa que não existiria em caso de investimento directo), ou àqueles que, localizados num Estado-Membro, têm mais do que um regime legal aplicável a fundos.

ii) Amnistias fiscais

A Comissão entende que para as amnistias fiscais não revestirem um carácter discriminatório devem cumprir com as seguintes condições: i) serem abertas a qualquer empresa independentemente do sector, dimensão, ou pendência de dívidas fiscais; ii) não implicarem qualquer selectividade a favor de certa empresa ou sector; iii) não existir da parte da administração fiscal, qualquer intervenção na concessão ou na intensidade da medida que aplica.

Poderão ser ainda consideradas medidas de carácter geral se assegurarem o cumprimento de um princípio geral de direito.

iii) Decisões fiscais vinculativas antecipadas

As decisões fiscais estabelecem previamente a aplicação de um regime fiscal comum a um caso concreto, visando garantir não só a previsibilidade da aplicação do dispositivo legal, bem como assegurar o princípio da plena concorrência e da segurança jurídica. Neste quadro, incluem-se nas decisões fiscais visadas, no caso português, as informações vinculativas, os acordos prévios de preços de transferência e contractos fiscais (por exemplo, de benefícios fiscais).

Contudo, a Comissão sublinha que as decisões fiscais podem proporcionar uma vantagem selectiva caso: i) haja lugar à aplicação de um imposto reduzido por aplicação errada da lei nacional; ii) a decisão através da qual as empresas alcancem um benefício financeiro não esteja à disposição de empresas na mesma situação legal e factual; e iii) a decisão seja mais favorável para um contribuinte do que para qualquer outro, em particular quando proporciona preços

de transferência muito vantajosos ou, estando disponíveis métodos mais directos de cálculo, permita o uso de métodos indirectos para determinar o lucro tributável,

Quanto ao ponto ii, o acesso limitado a decisões fiscais prévias, não conduz a uma vantagem selectiva se as decisões que as alcançam não proporcionem um benefício financeiro.

OS ACORDOS DE TRANSACÇÃO FISCAL

Apesar da Comissão reconhecer a importância dos acordos de transacção fiscal, que evitam litígios jurídicos prolongados e asseguram uma recuperação rápida do imposto devido, não deixa de prestar atenção aos acordos que concedem um benefício injustificados ao contribuinte.

Considera que uma transacção entre a administração fiscal e o contribuinte pode incluir uma vantagem selectiva se:

- i) dessa concessão, que aplica um tratamento fiscal mais favorável, resultar uma situação desproporcional entre contribuintes em situação factual e

jurídica semelhante; e ii) o acordo em questão se revelar contrário às disposições fiscais, dando lugar a um montante de imposto menor, fora de um intervalo de variação razoável.

i) Regras de amortização/depreciação

A Comissão considera que as medidas de índole fiscal puramente técnicas, tais como as regras de amortização/depreciação, poderão ser consideradas como auxílios estatais quando os incentivos à depreciação (tais como prazos mais curtos, casos de depreciação antecipada etc.) não se basearem nos princípios orientadores das regras de depreciação em causa.

ii) Regime fiscal de base fixa para actividades específicas

A Comissão entende que a utilização de um regime de bases fixas para actividades específicas não será considerado selectivo se, em média, tal regime não tenha por efeito diminuir a carga fiscal para determinados tipos de empresas de pequena dimensão ou ligadas a determinado sector de

actividade (agricultura, pescas etc.) em relação a outras excluídas do seu âmbito de aplicação, não implicando vantagem para uma subcategoria de beneficiários.

iii) Regras anti abuso

Uma regra anti abuso não deverá permitir excepções que sejam contrários ao seu objectivo, podendo ser justificadas como formas de prevenir a elisão fiscal. Contudo, tais regras serão consideradas selectivas se prevenirem derrogação para empresas ou operações específicas.

iv) Impostos especiais de consumo

Estando esta categoria de impostos harmonizada a nível da União, a sua redução sem a autorização necessária poderá conduzir a um auxílio estatal ilegal quer para a empresa que vende o produto, quer para a empresa que utiliza o produto como meio de produção.

CONCLUSÕES

É notória a crescente preocupação da Comissão em potenciar aos Estados Membros a máxima captação de

rendimento ou lucro fiscal, ainda que contra a vontade destes, sob a égide do direito da Europeu da Concorrência e da força que os Tratados Europeus conferem aos mecanismos à disposição da Comissão Europeia.

Verifica-se que a Comissão está disposta a utilizar as regras em matéria de auxílio de estado como opção secundária, mas mais forte, relativamente às normas de evasão fiscal, caso estas não consigam assegurar que grupos multinacionais de empresas sejam taxados da mesma maneira do que empresas independentes. Parte da força das regras em matéria de auxílio de estado advém dos potenciais efeitos, designadamente, a imposição de recuperação do benefício ilegalmente concedido, ainda que agindo de acordo uma informação vinculativa, podendo a retroactividade desta imposição estender-se até 10 anos, para além de eventual responsabilidade de gestores e consultores.

Neste processo, a Comissão Europeia tem vindo, ainda, a criar a sua própria definição do Princípio da Livre Concorrência (arm's length principle),

que tem aplicação na tributação directa, indirecta (preços de transferência) e aduaneira (avaliações), especialmente no âmbito de transacções entre sociedades relacionadas ou intra-grupo. Neste sentido, a Comissão Europeia tem desenvolvido árduos esforços (com várias investigações e casos pendentes nos tribunais europeus) no sentido de certos parâmetros que, no quadro Europeu, se imporiam sobre as demais áreas, assim podendo vir a ter um alcance superior ao das regras ou standards promovidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Mundial do Comércio (OMC).

Neste quadro, é importante efectuar uma análise da legislação fiscal, presente, passada e futura, e, bem assim, de eventuais informações vinculativas, orientações administrativas ou acordos prévios de preços de transferência em que um sujeito passivo tenha confiado até agora e de acordo com o quadro jurídico estritamente nacional.

Lisboa, 18 de Agosto de 2016

Rogério M. Fernandes Ferreira
José Pinto Santos
Jorge Lopes de Sousa