



O IVA E AS SOCIEDADES HOLDING PORTUGUESAS

Mariana Gouveia de Oliveira

“O regime das deduções instituído visa libertar o empresário do ónus do IVA, devido ou pago, no âmbito de todas as suas atividades económicas. O sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado garante, por conseguinte, a perfeita neutralidade quanto à carga fiscal de todas as atividades económicas, quaisquer que sejam os fins ou resultados dessas atividades, na condição de estarem elas próprias, sujeitas ao IVA”.¹

INTRODUÇÃO

O sistema comum é definido pelo artigo 1.º n.º 2 da 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006 (Diretiva IVA) como um *“imposto geral sobre o consumo exatamente proporcional ao preço dos bens e serviços, seja qual for o número de operações ocorridas no processo de produção e de distribuição anterior ao estágio de tributação.*

Em cada operação, o IVA, calculado sobre o preço do bem ou serviço à taxa aplicável ao referido bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto que tenha incidido diretamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço.”

· Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Associada Sénior na Abreu Advogados, Lisboa. A autora agradece a Maria Dulce Soares e Sara Soares, o precioso apoio dado para a elaboração do presente texto.

¹ Acórdão do TJUE de 21 de Setembro de 1999, no caso *Rompelman*, Processo n.º 268/83

Ou seja, o IVA é um imposto que visa tributar consumos finais, ou “consumos privados”.

Assim, o IVA europeu, *permanecendo um imposto sobre o consumo privado*, é estruturado como um imposto plurifásico, mas um imposto plurifásico que pretende eliminar totalmente o ónus do IVA em todos os consumos produtivos.

Como é sabido, foram vários os tipos de impostos gerais sobre o consumo adotados ao longo dos anos por diversos Estados, desde impostos monofásicos a plurifásicos, e dentre estes, diversos impostos com efeitos cumulativos ou em cascata. Surgiu então o IVA que tem vindo a ser adotado em todo o mundo, por ser um imposto sobre o consumo que, funcionando em termos ótimos, não gera distorções no funcionamento dos mercados e permite a arrecadação de receita de forma eficaz – i.e., o IVA tem-se disseminado por ser um imposto simultaneamente *neutro* em termos da estruturação do tecido económico e *eficaz* na recolha de receita tributária.

Essa neutralidade decorre do facto de, sendo um imposto plurifásico², não gerar efeitos cumulativos, na medida em que onera apenas os consumos finais e não o consumo produtivo – os operadores económicos, devem libertar-se sempre do “ónus do IVA” por via do exercício do direito à dedução.

O direito à dedução reveste-se então de uma importância fulcral em qualquer sistema de IVA, sendo este direito que assegura que o imposto a pagar se mostre independente da forma escolhida pelos operadores económicos para o exercício da sua atividade e a respectiva organização³.

É sabido, no entanto, que a neutralidade caracterizadora do IVA resulta perturbada sempre que se impede a dedução do imposto suportado. Por essa razão, as limitações do direito à dedução devem ser sempre vistas como uma exceção à regra, um entorse do sistema.

² E conseqüentemente, mais eficiente em termos de receita tributária.

³ O Acórdão do TJUE de 21 de Setembro de 1999, no caso *Rompelman*, Processo n.º 268/83, vem afirmar que “o regime das deduções instituído visa libertar o empresário do ónus do IVA, devido ou pago, no âmbito de todas as suas atividades económicas. O sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado garante, por conseguinte, a perfeita neutralidade quanto à carga fiscal de todas as atividades económicas, quaisquer que sejam os fins ou resultados dessas atividades, na condição de estarem elas próprias, sujeitas ao IVA”.

O DIREITO À DEDUÇÃO

Conforme já foi dito, o IVA é um imposto geral sobre o consumo que visa tributar a utilização final de bens e serviços, *i.e.*, a sua utilização pelo consumidor final. Quer isto dizer que, apenas excecionalmente, poderão os elos intermédios da cadeia económica – os operadores económicos, sujeitos passivos de IVA – suportar o encargo do imposto⁴. Com efeito, estes apenas o deverão suportar quando atuem eles próprios como consumidores finais ou quando utilizem os bens e serviços adquiridos para a prestação de serviços ou vendas de bens isentos sem direito à dedução.

O princípio essencial da dedutibilidade do IVA determina que, em cada transação, o IVA calculado sobre o preço do bem ou do serviço à taxa aplicável, é exigível com prévia dedução do montante do imposto que tenha incidido diretamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço. Este princípio, inicialmente consagrado pelo artigo 2.º da Diretiva 67/227/CEE de 11 de Abril de 1967, foi mantido através das várias alterações legislativas ocorridas nesta matéria, designadamente pelo artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, que veio substituir a Sexta Diretiva do IVA (Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977).

A matéria do direito à dedução do IVA, anteriormente regulada pelos artigos 17.º a 20.º da Sexta Diretiva do IVA, encontra-se hoje disciplinada nos artigos 167.º a 192.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006 (doravante designada “Diretiva IVA”).

Estabelece o artigo 168.º que o direito à dedução do IVA existirá sempre que os bens e os serviços consumidos pelo sujeito passivo a montante sejam utilizados por este nas operações realizadas a jusante que sejam tributáveis – ou aquelas que, sendo isentas, confirmam ainda assim direito à dedução –, assim se excluindo as operações

⁴ Neste sentido, cf. BEN TERRA e JULIE KAJUS – «A Guide To the European VAT Directives, Introduction to European VAT 2009, Volume 1», in IBFD 2009, p.996 em que se refere “*Final consumers of any goods or services are necessarily physical persons. Any goods or services acquired by legal persons have to viewed as inputs to the activities in which they are engaged*”. Numa tradução livre: “*Os consumidores finais de quaisquer bens ou serviços são necessariamente pessoas singulares. Quaisquer bens ou serviços adquiridos por pessoas coletivas têm de ser vistas como inputs das atividades por elas desenvolvidas*”.

isentas que não conferem direito à dedução, bem como aquelas que não se incluem no campo de incidência do IVA⁵.

São dois os tipos de limitações do direito à dedução tipicamente identificados: por um lado a isenções incompletas, que não conferem direito à dedução e, por outro, a realização de operações fora do campo do IVA, i.e. operações que não decorrerem do exercício de uma atividade económica e que, como tal, não se encontram sujeitas a IVA.

Ora, a *ratio* da limitação do direito à dedução em um e outro caso, é totalmente diversa.

As isenções incompletas são verdadeiros entorses do sistema, sendo descritas por alguns autores com o pecado originário do IVA Europeu.

Estas isenções incompletas, que na lei portuguesa se encontram previstas no artigo 9.º do CIVA, não são verdadeiros desagravamentos, mas antes meras interrupções do circuito do IVA, antecipando o estágio final de tributação para um elo intermédio da cadeia económica. Nestas isenções, o credor tributário abdica apenas da receita derivada do valor acrescentado na prestação isenta, arrecadando a receita devida pelo valor acrescentado a jusante (o que decorre do facto de o sujeito passivo que realiza a operação isenta ter de suportar efetivamente o ónus do IVA, porquanto não lhe é reconhecido o direito à dedução).

Diferentemente, a limitação do direito à dedução decorrente da realização de operações fora de campo *não é*, na verdade, uma *limitação* do direito à dedução. No caso da realização de operações fora de campo, o direito à dedução não existe porque estamos perante um consumo final e não um consumo produtivo. É, pois, a própria estrutura do sistema IVA que dita a não dedutibilidade do IVA suportado a montante (ou nos inputs) de operações não tributáveis.

⁵ Não nos referiremos aqui às operações que, de acordo com as regras de localização, não sejam consideradas localizadas em Portugal e portanto não estão sujeitas a imposto neste território mas que seriam tributáveis na hipótese de serem realizadas em território português e, conseqüentemente, confeririam direito à dedução.

Ou seja, a permitir-se a dedução do IVA no caso da realização de operações fora do campo, estar-se-ia a permitir a dedução do IVA pelo consumidor final, e com isso, o desagramento total do consumo que se pretende tributar.

Assim, as situações de consumos mistos no que respeita a operações fora de campo, diz respeito, maioritariamente, a operações realizadas por pessoas singulares, as quais realizam consumos privados a par de eventuais consumos produtivos.

Surge então a questão: e quando estamos a falar de uma empresa estruturada sob a forma de uma pessoa coletiva? Faz sentido falar de consumos privados? Ou será que as operações fora de campo realizadas por uma empresa se encontram ainda indiretamente ligadas à atividade económica?

Estas questões têm sido longamente debatidas na doutrina e jurisprudência nacional e europeia e encontram um o seu campo de teste por excelência na análise das atividades das sociedades holding relacionadas com a aquisição, manutenção e alienação de participações sociais.

No caso português, as sociedades holding mostram-se especialmente interessantes dado a posição da Administração fiscal segundo a qual a atividade principal de uma SGPS é necessariamente uma atividade fora do campo ou isenta sem direito à dedução, sendo-lhes reconhecido o direito à dedução do IVA suportado apenas em termos residuais.

O QUE É UMA ATIVIDADE ECONÓMICA PARA EFEITOS DE IVA

Os artigos 4.º, n.º 2 da Sexta Diretiva e 9.º, n.º 1 da Diretiva IVA fazem corresponder ao conceito de atividade económica, todas as atividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, incluindo as atividades extrativas, agrícolas e as das profissões liberais ou equiparadas. Assim, têm os Acórdãos do TJUE sido unânimes em considerar que a simples tomada, detenção e alienação de participações sociais e outros ativos financeiros não constitui uma atividade económica na aceção relevante para efeitos de IVA, considerando que “*a simples aquisição e detenção de obrigações que não sirvam outra atividade empresarial, bem como a fruição de rendimentos delas resultantes, não devem ser consideradas atividades económicas que conferem ao autor de tais operações a qualidade de sujeito passivo*”.⁶ Na verdade, nestes casos estamos perante a mera fruição de um ativo e não perante a sua exploração.

Por esse razão “deve recordar-se a jurisprudência segundo a qual não tem a qualidade de sujeito passivo do IVA e não tem direito à dedução segundo o artigo 17.º da Sexta Diretiva uma sociedade holding cujo único objeto é a tomada de participações em outras empresas, com ressalva dos direitos que a dita sociedade holding detenha na sua qualidade de sócia ou acionista” (sublinhado nosso).⁷

No essencial, o TJUE considera que não constitui uma atividade económica em si mesma a exploração de capital com o objetivo de dele retirar receitas, seja sob a forma de dividendos ou de juros que resultem da simples propriedade do bem. O mesmo Tribunal estabelece ainda que não estaremos perante uma atividade económica quando as operações ocorram a título ocasional ou quando a sociedade gestora se limite a gerir os investimentos a exemplo dum *investidor privado*.

Não obstante se encontrar estabelecida a regra segundo a qual as meras aquisição e detenção de ações e participações não constituem uma atividade económica para

⁶ Acórdão TJUE de 6 de Fevereiro de 1997 *Harnas & Helm*, Processo n.º C-80/95, parágrafo 20.

⁷ Acórdão do TJUE de 22 de Junho de 1993, no caso *Sofitam SA*, Processo n.º C-333/91, parágrafo 12.

efeitos de IVA, a situação será distinta, de acordo com o entendimento que vem sendo sancionado pelo TJUE⁸, verificado que esteja um dos três seguintes cenários:

- (i) a aquisição ou a detenção de participações ser acompanhada pela *interferência direta ou indireta na gestão* das sociedades participadas, na medida em que tal interferência implique a *realização de transações sujeitas a IVA*, nos termos dos artigos 2.º da Sexta Diretiva e da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006;
- (ii) a aquisição ou a detenção de participações ser efetuada no quadro de uma *atividade comercial*; ou
- (iii) a aquisição ou a detenção de participações constituir o *prolongamento direto, permanente e necessário da atividade tributável*.

Deste modo, a questão fundamental que importa resolver nesta matéria, é a exata delimitação do conceito de atividade económica, porquanto apenas serão sujeitos passivos de imposto, as entidades que exerçam de modo independente uma atividade económica, seja qual for o fim ou resultado dessa atividade.

Esta questão assumirá fundamental acuidade no caso das *holdings* ativas⁹ que percebem dividendos por força da detenção de participações sociais por si geridas,

⁸ Assim, cf. Acórdão do TJUE de 20 de Junho de 1991, no caso *Polysar*, Processo n.º C-60/90, parágrafo 14, no qual se pode ler que “a situação é diferente quando a participação é acompanhada pela interferência direta ou indireta na gestão das sociedades em que se verificou a tomada de participação, sem prejuízo dos direitos que o detentor das participações tenha na qualidade de acionista ou de sócio”; o Acórdão do TJUE de 20 de Junho de 1996, no caso *Wellcome Trust*, Processo n.º C-155/94, parágrafo 35, nos termos do qual “resulta (...) do artigo 13., parte B, alínea d), n. 5, da Diretiva que as operações relativas às ações, participações em sociedades ou associações, obrigações e demais títulos podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do IVA. É esse nomeadamente o caso quando tais operações são efetuadas no quadro de uma atividade comercial de negociação de títulos ou para efetuar uma interferência direta ou indireta na gestão das sociedades em que se verificou a tomada de participação” (sublinhado nosso); o Acórdão do TJUE de 27 de Setembro de 2001, no caso *Cibo Participations SA*, Processo n.º C-16/00, parágrafo 20, onde se afirma que “O Tribunal de Justiça declarou que a situação é diferente quando a participação é acompanhada pela interferência direta ou indireta na gestão das sociedades em que se verificou a tomada de participações, sem prejuízo dos direitos que o detentor das participações tenha na qualidade de acionista ou de sócio (...). Decorre do n.º 19 do acórdão *Floridienne e Berginvest*, já referido, que se deve considerar como atividade económica (...) a interferência na gestão das filiais, na medida em que implique transações sujeitas a IVA nos termos do artigo 2.º dessa Diretiva, tais como o fornecimento de serviços administrativos, financeiros, comerciais e técnicos por uma holding como a *Cibo* às suas filiais” (sublinhado nosso); no mesmo sentido, cf. o Acórdão do TJUE de 11 de Julho de 1996, no caso *Régie Dauphinoise*, Processo n.º C-306/94, parágrafo 17, bem como o Acórdão do TJUE de 14 de Novembro de 2000, no caso *Floridienne SA e Berginvest SA*, Processo n.º C-142/99, parágrafo 17.

⁹ Também chamadas *holdings mistas*, no sentido em que desenvolvem uma atividade económica tributável em sede de IVA, paralelamente às suas funções de detentoras de participações sociais,

prestando, para além disso, serviços – designadamente, de administração e gestão – às suas participadas.

Ora, da sucessiva jurisprudência do TJUE parece que podemos retirar, no que respeita ao conceito de atividade económica, que, por um lado, a exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência constitui uma atividade económica e que, por outro, a simples propriedade de um bem que gera um rendimento não pode ser tido como uma contrapartida de qualquer atividade económica para efeitos de IVA.

O QUE SÃO AFINAL AS SGPS?

Antes de prosseguir é fundamental saber afinal o que são as SGPS e como elas se devem enquadrar face ao conceito de atividade económica para efeitos de IVA.

Na verdade, o conceito de sociedade *holding* é utilizado a nível internacional para designar realidades muito heterogéneas, podendo abarcar, tanto sociedades que se limitam a gerir passivamente carteiras de títulos, numa lógica de repartição de risco, como sociedades que apenas detêm participações de controlo e que intervêm ativamente na gestão das suas participadas, prestando-lhes ou não serviços remunerados.

Entre outras modalidades, é usual distinguir-se entre a *holding pura* e a *holding mista* e entre a *holding financeira* e a *holding de direção*. No primeiro caso, o critério usado refere-se ao carácter exclusivo do seu objeto social, permitindo distinguir entre a *holding pura*, dedicada unicamente à detenção de participações sociais e a *holding mista*, cujo objeto social abrange igualmente atividades de natureza comercial e industrial. Já o segundo daqueles critérios, atinente ao fim a que se destina a gestão das participações sociais, importa a diferenciação entre a *holding de direção*, que visa, mais do que a mera detenção de participações sociais, o enquadramento e direção das

realizando assim operações tributáveis e operações fora do campo de sujeição.

sociedades participadas, e a denominada *holding financeira*, direcionada apenas à rentabilização do investimento concentrado nas participações¹⁰.

Ora, de acordo com o disposto pelo artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro (e sucessivas alterações), as SGPS têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas. A participação no capital de outras sociedades será considerada como forma indireta de o exercício de uma atividade económica, nos termos do artigo 1.º, n.ºs 2 e 3 do referido diploma, uma vez verificados dois requisitos cumulativos: por um lado, o carácter *não ocasional* da participação, *i.e.*, a conservação da propriedade da mesma por período superior a um ano; por outro, a detenção de, pelo menos, 10% do capital, ao qual esteja associado o direito de voto da sociedade participada (isolada ou conjuntamente com participações de outras sociedades em que a SGPS esteja em posição de domínio).

Em face do exposto, é comum a qualificação da SGPS como *holding pura*, na medida em que se encontra limitada quanto ao seu objeto social, estando impossibilitada desenvolver diretamente, e a par da gestão de participações sociais, atividades económicas de natureza comercial, industrial, financeira ou outra que não as prestações de serviços previstas e autorizadas pelo artigo 4.º e 5.º do seu regime jurídico¹¹.

Por outro, a SGPS deverá qualificar-se como uma *holding de direção*, alcançando, através da respetiva atividade, mais do que a mera detenção de participações sociais¹².

De facto, foi nestes termos que veio o legislador concretizar o propósito, enunciado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, de qualificar como *indiretas* as participações que, não concedendo à SGPS uma posição de controlo na participada – por não implicarem uma posição de domínio da primeira sobre esta – tão-pouco se limitam a representar uma mera aplicação de capital. Pelo contrário: tais

¹⁰Cf. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS – «A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há mais de um ano», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Janeiro/Dezembro 2010, pp. 1-3; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, – «As Sociedades Gestoras...», p. 79.

¹¹ Cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, – «As Sociedades Gestoras...», pp. 99 e 100.

¹² Cf. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 3; J. A. ENGRÁCIA ANTUNES – *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 62 e 63.

participações implicam uma intervenção e presença ativas da SGPS na sociedade participada.

Por ser uma *holding de direção* a SGPS pode, nos termos do artigo 4.º e 5.º do seu regime jurídico, prestar serviços técnicos de administração e gestão, serviços de tesouraria e concessão de crédito a todas ou algumas das sociedades em que possua participações indiretas com as restrições estabelecidas na lei.

Em suma, poder-se-á afirmar o seguinte: a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de uma atividade económica, constitui o único objeto social que, aos olhos da lei, poderá qualquer SGPS ter. Por este motivo, são estas equiparadas a *holdings puras*. Contudo, esta qualificação não obsta a que a respetiva atividade ultrapasse a mera aquisição, detenção e alienação de participações sociais, pelo que se afigura perfeitamente possível o exercício de uma atividade económica por uma SGPS, relacionada com a gestão das participações sociais que esta detém nos termos permitidos pela lei.

De notar porém que, a qualificação como *holding pura* ou *mista* parece não encontrar integral correspondência com os mesmos conceitos utilizados no âmbito da jurisprudência do TJUE.

De facto, e concentrando a nossa atenção na distinção entre aqueles dois tipos de *holdings*, há que reconhecer o diferente *fim* do critério utilizado no contexto societário e comunitário.

Com efeito, no contexto comunitário, a questão fundamental a analisar é a de saber se a *holding* é um sujeito passivo de IVA, i.e., se desenvolve uma atividade económica, analisando-se para tanto se, para além da simples detenção de participações sociais, é praticada alguma atividade de produção, comercialização ou prestação de serviços, designadamente, de prestação de serviços às participadas.

Caso a sua atuação seja meramente passiva, tratar-se-á de uma sociedade que não exerce uma atividade económica para efeitos de IVA, uma vez que os dividendos e os juros que auferem consubstanciam meros frutos resultantes da propriedade de um bem e não os proveitos decorrentes da sua exploração económica, pelo que a sociedade em

causa *não será considerada sujeito passivo* para efeitos de IVA. Estamos a falar de entidades que, em termos económicos, não consubstanciam verdadeiras empresas mas apenas veículos de detenção e organização de grupos económicos.

Diferentemente, uma sociedade holding que intervenha ativamente na gestão das suas participadas, tendo como resultado a realização de outputs tributáveis, deve ser considerada como uma entidade que exerce uma atividade económica, assumindo a qualidade de sujeito passivo de IVA.

Embora o regime legal das SGPS não obste à existência de holdings meramente passivas, decorre do seu regime legal e do preâmbulo do DL 495/88 de 30 de Dezembro, que o legislador português pretendeu criar um quadro legal para a criação de SGPS ativas, que gerissem de forma “centralizada e especializada” as suas participadas. Conforme refere o legislador, as participações a ser detidas pelas SGPS, “*não se traduzem, no entanto, numa mera aplicação de capitais, assumindo antes uma presença e intervenção ativas, como sócias da referida sociedade participada.*”

Com efeito, o seu objeto social único é de gestão – e não de mera detenção – de participações sociais, o que é reforçado pelo facto de ser a própria lei a reconhecer-lhe competência para a prestação de serviços de gestão às participadas¹³, daí resultando o exercício de uma atividade económica para efeitos de IVA. Assim, para efeitos da qualificação de uma SGPS como sujeito passivo e da sua atividade como económica, poderá ser estabelecida uma estreita ligação entre o conceito de *holdings puras e mistas* que tem sido suscitado perante o TJUE, e aquilo que a doutrina nacional vem designando de *holdings financeiras* ou de *direção*.

Assim, teremos de concluir que as SGPS portuguesas podem ser qualificadas como holdings passivas (geralmente referidas como holdings puras, na jurisprudência comunitária) ou ativas. Quando sejam ativas, o facto de o seu objeto social único ser “a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas” não deve relevar de forma alguma na aferição do direito à dedução do IVA, que deve ser avaliado de acordo com os critérios gerais.

¹³ Cf. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro.

Nesse sentido, decidiu expressamente o TJUE no recente acórdão *Portugal Telecom*¹⁴, em que foi chamado a analisar o direito à dedução de uma SGPS portuguesa que, no âmbito do desenvolvimento de uma atividade de prestação de serviços técnicos e de administração às suas participadas, lhes refatura (com IVA) os custos incorridos com a aquisição de serviços de consultoria e outros, em que conclui “[c]aso seja de considerar que todos os serviços adquiridos a montante têm um nexo direto e imediato com operações económicas a jusante com direito a dedução, o sujeito passivo em causa teria o direito, ao abrigo do artigo 17.º, n.º 2, da Sexta Diretiva, de deduzir a integralidade do IVA que tenha onerado a aquisição a montante dos serviços em causa no processo principal. Este direito a dedução não pode ser limitado pelo simples facto de a regulamentação nacional, em razão do objeto social das referidas sociedades ou da sua atividade geral, qualificar as operações tributadas de acessórias da sua atividade principal”

Vamos então centrar a nossa análise nas SGPS que desenvolvem uma atividade económica e que se consideram sujeitos passivos de IVA, considerando as seguintes questões:

- a) Uma SGPS que se qualifique como sujeito passivo de IVA, realiza ainda assim operações fora de campo?
- b) Como se pode alocar o direito à dedução do IVA entre operações tributáveis e operações fora do campo?

A. Uma SGPS que se qualifique como sujeito passivo de IVA, realiza ainda assim operações fora de campo?

A questão que se coloca prende-se com o seguinte: se uma SGPS intervém ativamente na gestão das suas participadas, realizando operações tributáveis, será que ainda assim realiza operações fora de campo, no que concerne a essas mesmas participações sociais?

É comummente aceite que as sociedades holding podem ter um estatuto *duplo*¹⁵ para efeitos de IVA (sujeito passivo e consumidor final) ou, por outra, podem ser *sujeitos*

¹⁴ Acórdão TJUE de 6 de Setembro de 2012, *Portugal Telecom SGPS, S.A.*, Processo n.º C-496/11

¹⁵ *Dual VAT position*, na terminologia adoptada por AD VAN DOESUM E GERT-JAN NORDEN, “The right

passivos parciais de IVA, porquanto podem estar envolvidas em atividades tributáveis (designadamente as prestações de serviços às participadas) e em atividades não económicas (mera detenção e fruição de participações sociais). Se é bem verdade que assim é, não deixa de ser importante delimitar o alcance de tal afirmação.

Com efeito, atenta a natureza mista das SGPS, que podem desenvolver ou não atividades económicas, é bem possível que uma SGPS detenha um determinado conjunto de participações sociais de forma passiva, e outras tantas de forma ativa, intervindo na sua gestão através da realização de prestações de serviços tributáveis e tributadas. Nestes casos, a SGPS será um *sujeito passivo parcial*.

Situação diversa será aquela em que a SGPS intervém ativamente em todas as suas participadas, gerindo de forma centralizada um grupo económico.

Nestes casos, parece-nos difícil sustentar que estamos ainda perante um *sujeito passivo parcial*, ou pelo menos que tal qualificação possa ter qualquer tipo de impacto a nível do direito à dedução do IVA, porquanto nestes casos a detenção das participações sociais não é um fim em si mesmo, mas um instrumento do desenvolvimento de uma atividade tributável, o que leva o TJUE a tendencialmente considerar as operações realizadas sobre as referidas participações sociais como *prolongamento direto, permanente e necessário da atividade tributável*.

B. Como se pode alocar o direito à dedução do IVA entre operações tributáveis e operações fora do campo?

Vejam os então quais os critérios estabelecidos para a aferição do direito à dedução do IVA.

Conforme já referido, o direito à dedução do IVA suportado na aquisição de bens ou serviços só é reconhecido na medida em que esses inputs se relacionem com outputs tributáveis e, num segundo nível, na medida em que esses outputs sejam efetivamente tributados (ou beneficiem de isenção completa).

Assim, a primeira triagem passa exatamente por determinar se os inputs são alocados a uma atividade sujeita a IVA ou não.

to deduct under EU VAT” publicada na *International VAT Monitor*, Setembro/ Outubro 2011, IBFD.

Tendo em conta a jurisprudência comunitária e a Diretiva do IVA, podemos então diferenciar 3 testes¹⁶¹⁷:

1. IVA suportado em inputs diretamente relacionados com outputs tributáveis;
2. IVA suportado em inputs diretamente relacionados com uma das atividades económicas prosseguidas;
3. IVA suportado em custos gerais da atividade económica.

Analisemos então os três testes:

1. IVA suportado em inputs diretamente relacionados com outputs tributáveis

O primeiro teste resulta diretamente de uma interpretação literal do n.º 2 (segundo parágrafo) do artigo 1.º da Diretiva IVA. Prevê esta norma uma exigência quanto à ligação entre os custos suportados nos *inputs* e os preços dos bens e serviços, nos seguintes termos: “*em cada transação, o imposto sobre o valor acrescentado, calculado sobre o preço do bem ou do serviço à taxa que for aplicável a esse bem ou serviço, será exigível com dedução prévia do montante do imposto sobre o valor acrescentado que onerou diretamente o custo dos diversos elementos constitutivos do preço*”.

Como bem explicam Xavier de Basto e Maria Odete Oliveira, não está em causa aferir se existe uma ligação material já que a operação poderá ainda não ter ocorrido, relembrando que a dedução do imposto é financeira e não física.¹⁸

Mas mais, conforme resulta da jurisprudência do TJUE, poderemos estar também perante outputs que já tenham ocorrido no passado ou que, por razões externas, não se

¹⁶ Nesta matéria seguimos de perto AD VAN DOESUM E GERT-JAN NORDEN, “The right to deduct under EU VAT” publicada na *International VAT Monitor*, Setembro/ Outubro 2011, IBFD. Mais comumente, a doutrina distingue apenas dois níveis de análise: a existência de um *direct link* entre inputs e outputs tributáveis (“*direct and imediate link to particular output transactions*” e a existência de um *direct link* entre os inputs e o conjunto da atividade tributável do sujeito passivo (“*direct and imediate link with the taxable person’s economic activity as a whole or a clearly defined part of that economic activity*”).

¹⁷ Estes mesmos testes igualmente aplicação para efeitos de alocação dos inputs a operações sujeitas não isentas e a operações sujeitas mas isentas sem direito à dedução (no caso de sujeitos passivos mistos, ou devedores parciais).

¹⁸ Cf. JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO e MARIA ODETE OLIVEIRA— «Desfazendo mal-entendidos ...», p. 44.

cheguem a verificar. Em qualquer caso, estamos a falar de uma relação direta e imediata entre o input e o output passado, presente ou futuro.

Seria o caso de uma SGPS que incorresse em custos diretamente relacionados com a prestação de serviços a uma sua participada, por exemplo, com a contratação de um prestador de serviços que ficasse estritamente alocado a uma participada e cujos custos fossem faturados com IVA a essa mesma participada.

Nestes casos, parece-nos haver um *direct link* entre o IVA suportado nos inputs e os outputs tributados da SGPS. O IVA assim suportado deveria ser integralmente deduzido¹⁹.

2. IVA suportado em inputs diretamente relacionados com uma das atividades económicas prosseguidas

Quando não exista um *direct link* entre os inputs e os outputs tributados, ainda assim pode ser reconhecido o direito integral à dedução do IVA se for estabelecido um *direct link* entre os inputs e um conjunto delimitado de atividades económicas tributadas.

Esta conclusão emana da jurisprudência resultante do Acórdão *Abbey National*²⁰. Neste processo, estava em causa a dedutibilidade do IVA incorrido pela Abbey National, sujeito passivo que realizava simultaneamente operações tributadas e operações isentas sem direito à dedução, e que se encontravam diretamente connexionadas com a transmissão de uma universalidade de bens e direitos (na sigla inglesa TOGC) que constituía uma unidade de negócios sujeita e não isenta. Neste caso, o TJUE considerou que “*se os diversos serviços adquiridos pelo transmitente a fim de realizar a transmissão apresentam uma relação direta e imediata com uma parte claramente delimitada das suas atividades económicas, de modo que os custos dos referidos serviços fazem parte das despesas gerais inerentes à referida parte da empresa, e que todas as operações incluídas nessa parte da empresa estão sujeitas ao*

¹⁹ Situação idêntica foi recentemente analisada pelo TJUE no já citado processo Portugal Telecom, que será objeto de análise infra.

²⁰ Acórdão de 22.02.2001, proc. C-408/98.

imposto sobre o valor acrescentado, este sujeito passivo pode deduzir a totalidade do imposto sobre o valor acrescentado que onerou as despesas que efetuou para adquirir os referidos serviços e da jurisprudência comunitárias, pode retirar-se a conclusão que o IVA será dedutível caso exista uma relação direta e imediata- direct link- com a atividade económica desenvolvida, excluindo-se o direito à dedução quando esteja em causa imposto suportado no exercício de uma atividade não sujeita a IVA.”

Apesar de neste caso estar em discussão a determinação do direito à dedução entre uma atividade sujeita e tributada e uma atividade sujeita e isenta sem direito à dedução, não parecem existir razões que obstem à aplicação deste raciocínio na distinção entre os inputs relacionados diretamente com a atividade tributada e a atividade não tributada.

Nestes casos, na nossa opinião, deverá ser reconhecido o direito à dedução integral do IVA suportado.

3. IVA suportado em custos gerais da atividade económica

Por fim, de acordo com a jurisprudência do TJUE, na ausência de um *direct link* com os outputs tributados (individualmente ou com o conjunto da atividade tributada), há ainda que aferir se o direito à dedução dos bens e serviços adquiridos deverá ainda ser reconhecido sempre que as despesas efetuadas com a sua aquisição se qualifiquem como despesas gerais da atividade e integrem os elementos constitutivos do preço das operações realizadas pelos sujeitos passivos que conferem direito à dedução

Especialmente no que se refere aos serviços adquiridos por uma *holding*, pronunciou-se o TJUE no Acórdão *Cibo*²¹.

Considerou o TJUE que não se verifica uma relação direta e imediata entre os vários serviços adquiridos por uma *holding* no quadro da tomada de participação numa filial e uma ou várias operações a jusante que confirmam direito à dedução, já que o montante do IVA pago pela sociedade relativamente às despesas efetuadas com os

²¹ Cf. Acórdão do TJUE de 27 de Setembro de 2001, no caso *Cibo Participations SA*, Processo n.º C-16/00.

serviços em causa não onera diretamente o preço das operações a jusante que conferem direito à dedução.

No entanto, concluiu igualmente o TJUE que os custos dos serviços adquiridos – em concreto, estavam em causa prestações de serviços de auditoria de sociedades, intervenção no quadro da negociação do preço de aquisição de ações, montagem da tomada de controlo das sociedades em matéria jurídica e fiscal – se enquadram nas *despesas gerais do sujeito passivo* e são, enquanto tais, *elementos constitutivos do preço dos produtos de uma empresa*. Assim, afirma o Aresto em causa que esses serviços têm uma *relação direta e imediata com o conjunto da atividade do sujeito passivo*.

Esta questão do reconhecimento do direito à dedução quando os custos incorridos com os serviços adquiridos fazem parte dos custos gerais do sujeito passivo e são, enquanto tais, *elementos constitutivos do preços dos produtos* – sendo, portanto, possível *estabelecer uma relação direta e imediata com o conjunto da atividade económica do sujeito passivo* – havia já sido aludida no Acórdão *Midland Bank*²², tendo vindo igualmente a ser discutida nos Acórdãos *Kretztechnik*²³, *SFK*²⁴ e *Portugal Telecom*²⁵.

Sobre este último critério, parece-nos ser importante salientar que a sua verificação deve implicar uma dupla análise: por um lado a análise de uma relação funcional, i.e., a existência de uma ligação funcional/causal entre o input e a atividade tributável do sujeito passivo e, por outro, uma relação económica, i.e., um reflexo ao nível do preço dos outputs.

Com efeito, a adoção do critério económico puro não parece ser um critério rigoroso no estabelecimento de uma conexão entre os inputs e os outputs, porquanto a fixação do preço resulta de um conjunto de fatores externos (desde logo, o jogo da procura e da oferta) que poderão resultar na não repercussão de determinados custos no preço. Por outro lado, num mercado em que exista alguma margem na fixação do preço, o critério económico poderá ser facilmente manipulado pelo sujeito passivo, que pode

²² Cf. Acórdão do TJUE de 08 de Junho de 2000, no caso *Midland Bank plc*, Processo n.º C-98/98.

²³ Cf. Acórdão do TJUE de 26 de Maio de 2005, no caso *Kretztechnik AG*, Processo n.º C-465/03.

²⁴ Cf. Acórdão do TJUE de 29 de Outubro de 2009, no caso *SFK*, Processo n.º C-29/08.

²⁵ Cf. Acórdão do TJUE de 6 de Setembro de 2012, no caso *Portugal Telecom*, Processo n.º C-496/11.

artificialmente alocar determinado custo aos preços praticados. Assim, entendemos que se deverá partir de uma análise simultaneamente funcional e económica, que afere se os inputs se relacionam com a “manutenção da fonte produtora” da atividade tributável, à semelhança do critério utilizado para efeitos de aferição dos gastos dedutíveis em sede de IRC e se esses custos são suscetíveis de se projetarem na formação dos preços dos outputs tributáveis (ainda que no caso concreto, por vicissitudes externas, se acabem por não repercutir efetivamente).

Em suma, apenas em resposta a este terceiro teste, poderemos concluir pela existência de inputs de utilização mista. Nestes casos, *e apenas nestes casos*, será necessário encontrar uma chave de alocação dos *inputs* aos *outputs* sujeitos e não sujeitos. Para tanto, não podemos procurar resposta diretamente na Diretiva IVA, a qual não estabelece regras para a repartição do IVA suportado entre as atividades sujeitas e não sujeitas, mas apenas entre operações sujeitas que conferem direito à dedução e operações isentas que não conferem esse direito²⁶. Contudo, os Estados Membros, na definição dos métodos de dedução e de repartição *devem ter em conta a finalidade e a economia da Sexta Diretiva 77/388 e, a esse título, prever um modo de cálculo que reflita objetivamente a parte de imputação real das despesas a montante a cada uma destas duas atividades*²⁷. ”²⁸

No caso português, tais normas encontram-se previstas no artigo 23.º n.º 1 al. a) e n.º 2, que estabelece uma regra da afetação real. Este regime tem sido alvo de ajustadas críticas, dado os elevados custos de cumprimento e grau de incerteza criado pelo regime legal e doutrina administrativa que, avançando várias chaves de repartição, deixa grande margem de apreciação subjetiva. Embora seja de louvar a busca de um método de dedução tão próximo quanto possível da imputação real dos inputs de cada uma das atividades, cabe notar que, conforme tem sido reconhecido pela jurisprudência comunitária e doutrina, as atividades não económicas, em especial das

²⁶ Cf. JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO e MARIA ODETE OLIVEIRA – «Desfazendo mal-entendidos ...», p. 41.

²⁷ Acórdão Portugal Telecom citado.

²⁸ No caso português, tais normas encontram-se previstas no artigo 23.º n.º 1 al. a) e n.º 2, que estabelece uma regra da afetação real. Este regime tem sido alvo de ajustadas críticas, dado os elevados custos de cumprimento e grau de incerteza. Cfr. ALEXANDRA MARTINS, “As operações relativas a participações sociais e o direito à dedução do IVA. A Jurisprudência SKF”, em *Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, vol. IV, Coimbra Editora.

holdings, são consumidoras de recursos insignificantes. Conforme ensinam XAVIER DE BASTO e MARIA ODETE OLIVEIRA, referindo-se aos custos da atividade de simples receção de dividendos, “*Suspeitamos que tem aplicação bastante restrita, já que serão poucos os inputs produtivos reservados às acima referidas operações que não relevam das atividades económicas previstas no n.º1 do artigo 2.*”²⁹ ³⁰ E que chave de repartição poderá refletir de forma ajustada os custos de funcionamento de uma “atividade” meramente passiva? Acresce que, para além dos custos excessivos de cumprimento, este regime tem dado azo a frequentes litígios, dado a elevada margem de discricionariedade na definição das chaves de repartição, em especial quando a AT parte do pressuposto que a atividade das SGPS apenas residualmente pode conferir direito à dedução.

Acresce ainda que, conforme do Acórdão *SKF*, o TJUE parece admitir que, ainda que estejamos perante despesas gerais e na presença de atividades tributada e isentas, o direito à dedução poderá ser reconhecido na íntegra, desde que os custos sejam incorporados nos preços dos bens. Senão vejamos:

No Acórdão *SFK* deram-se por assentes os seguintes factos com relevância para o tema:

- (i) A SKF é a sociedade-mãe de um grupo industrial com atividades em vários países, que presta serviços remunerados de gestão, administração e política comercial às suas filiais.
- (ii) A SKF pretende reestruturar o grupo e, nesse contexto, ceder a atividade de uma das suas filiais que detém a 100%, alienando a totalidade das respetivas ações. Além disso irá transmitir a sua participação de 26,5% no capital de uma outra sociedade.
- (iii) O motivo das cessões é a realização de capital como forma de permitir o financiamento de outras atividades do grupo.
- (iv) Para proceder às cessões, a SFK pretendia recorrer a serviços especializados de avaliação de títulos, de assistência de negociações e de consultoria

²⁹ cf. JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO e MARIA ODETE OLIVEIRA – «Desfazendo mal-entendidos ...», p. 66.

³⁰ Veja-se, neste sentido, as Conclusões do Advogado-Geral Walter Van Gerven no Acórdão *Sofitam SA*; cf. JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO e MARIA ODETE OLIVEIRA – «O direito à dedução do IVA nas sociedades holding», *in* Fiscalidade n.º 6, p. 31.

especializada para a redação de contratos. A prestação destes serviços está sujeita a IVA.

No caso concreto, o TJUE começou por admitir que uma transmissão de ações pode ser equiparada à transmissão da universalidade total ou parcial de uma empresa (*Transfer of a Going Concern – TOGC*), na aceção do artigo 19.º, primeiro parágrafo, da Diretiva do IVA. Tal qualificação conduziria³¹ a que esta operação não configurasse uma operação tributável em IVA e que, não obstante, conferisse o direito à dedução do IVA na medida em que a atividade transmitida fosse uma atividade tributada.

Não dispondo de elementos suficientes para concluir se a atividade em causa se poderia qualificar como TOGC, o TJUE analisou ainda a qualificação da transmissão de ações fora desse contexto.

Assim, considerou que a transmissão, pela sociedade-mãe, da totalidade das ações detidas na filial e na sociedade controlada, com vista à reestruturação do grupo de sociedades, “*pode ser considerada uma operação de obtenção de receitas com carácter permanente de atividades que excedem o quadro da simples venda de ações “obtenção de receitas com carácter permanente. Esta operação apresenta um nexo direto com a organização da atividade exercida pelo grupo e constitui assim o prolongamento direto, permanente e necessário da atividade tributável do sujeito passivo.”* Deste modo, o TJUE afastou a venda das ações da qualificação de mera atividade incidental, fora do campo do IVA.

Sendo a alienação das ações considerada uma atividade económica, ter-se-á de concluir que é uma atividade económica isenta, ao abrigo do artigo 135 n.º 1 al. f) da Diretiva IVA, pelo que, em regra, o IVA suportado nos *inputs* que se encontrem numa relação direta e imediata com a realização da referida operação isenta não deveria ser dedutível.

Mas o TJUE vai mais longe: socorrendo-se do princípio da neutralidade fiscal – princípio fundamental do sistema comum do IVA – o TJUE argumenta que prestações de serviços semelhantes, e portanto concorrentes, não deverão ser tratadas de modo

³¹ Desde que o Estado-Membro em causa tenha optado pela faculdade prevista nessas disposições.

diferente do ponto de vista do IVA. Deste modo, afirmou que não poderá, por um lado, recusar-se o direito à dedução de IVA pago a montante por despesas de consultoria ligadas a uma transmissão de ações isenta em razão da envolvimento na gestão da sociedade cujas ações são cedidas e, por outro, admitir este direito à dedução para as mesmas despesas, se ligadas a uma transmissão que se situa fora do âmbito da aplicação do IVA. Na verdade, o facto de estarem em causa despesas gerais do sujeito passivo levaria a um tratamento fiscal diferente de operações objetivamente semelhantes.

Contudo, na parte decisória do Acórdão, o TJUE acaba por decidir de forma ambígua: por um lado, admite em termos abstratos a possível dedutibilidade do IVA suportado em despesas gerais que apresentem um *direct link* com a atividade tributada do sujeito passivo³². Mais parece admitir a sua *dedutibilidade integral*, referindo-se apenas ao artigo 17.º n.º 1 e 2, da Sexta Diretiva 77/388, conforme alterada pela Diretiva 95/7, e ao artigo 168.º da Diretiva 2006/112, sem fazer qualquer referência às normas que regula a dedução proporcional para o caso de IVA suportado em inputs mistos (n.º 5 do referido artigo 17.º ou ao artigo 173.º e seguintes da Diretiva do 2006/112).

Por outro lado, o Tribunal admite que possa não haver direito à dedução se “*as despesas realizadas (...) fazem parte unicamente dos elementos constitutivos do preço das operações abrangidas pelas atividades económicas do sujeito passivo*”, deixando ao Tribunal nacional a decisão sobre esta matéria³³.

³² Na suas Conclusões, o Advogado-Geral Paolo Mengozzi aponta o tratamento mais favorável que parece ser atribuído às operações de transmissão de participações que escapam ao âmbito de aplicação do IVA relativamente àquelas que, ainda que caiam no referido âmbito de aplicação, estão isentas de tributação em sede de IVA por força das disposições das Diretivas comunitárias. Na verdade, enquanto a dedução de prestações adquiridas para realizar uma operação que escape ao campo de aplicação do IVA pode ocorrer quando se considere que essas prestações têm uma relação direta e imediata com a atividade económica geral do sujeito passivo, pelo contrário, o IVA que recaiu sobre as prestações adquiridas para realizar uma operação isenta não pode ser deduzido, referindo o Advogado-Geral que “*conferir o direito deduzir o IVA pago a montante nos casos em que a operação que suportou o custo tem uma relação direta e imediata com uma operação de transmissão de participações a jusante que cai no âmbito da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), ponto 5 da Sexta Diretiva, levaria à criação jurisprudencial de uma nova possibilidade de dedução do IVA pago a montante*”.

³³ De acordo com a informação disponível, o Supremo Tribunal Administrativo Sueco terá recusado totalmente a dedutibilidade do IVA no que diz respeito aos custos relacionados com a negociação de contratos, com base na existência de *direct link* com a operação isenta. O Tribunal, com base em argumentos formais, ter-se-á recusado a apreciar as restantes questões, como sejam a dedutibilidade do IVA relativa aos custos com consultoria e serviços da banca de investimento, e a questão da transmissão de uma universalidade de bens e direitos.

CONCLUSÕES

Face ao supra exposto, o que dizer no caso das SGPS portuguesas, que se mostrem efetivamente envolvidas na gestão das suas participadas, faturando com IVA as prestações de serviços respetivas? Podem deduzir integralmente o IVA que suportam?

Conforme já ficou claramente expresso, uma SGPS que se dedique efetivamente à gestão ativa das suas participadas, é um operador económico, um sujeito passivo do IVA.

No desenvolvimento da sua atividade tributável, a SGPS poderá suportar IVA em inputs diretamente relacionados com a sua atividade de gestão das participadas, como seja o IVA suportado em serviços de consultoria jurídica à gestão, bem como custos gerais de funcionamento.

Ora, quanto aos primeiros, atenta a natureza tributável do output, parecem não subsistir dúvidas quanto à existência do direito à dedução. Sobre esta matéria, e apreciando o caso concreto das SGPS, o TJUE já clarificou que, o facto de as SGPS terem como objeto exclusivo “a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta do exercício de atividades económicas” não pode limitar o direito à dedução que decorra do exercício de atividades tributadas.

Também no que diz respeito às despesas que não se encontrem numa relação direta e imediata com os outputs tributados sendo no entanto despesas gerais da atividade da SGPS deve ser reconhecido o direito à dedução do IVA, porquanto:

- a) A SGPS é um operador económico e como tal não é, à partida, susceptível de realizar consumos privados. Os seus consumos serão produtivos e como tal não deverá suportar o IVA;
- b) As operações conexas com a sua atividade tributada, designadamente, as operações sobre as participações sociais (entre as quais a venda), são operações também elas tributadas, porquanto constituem o prolongamento directo, permanente e necessário da atividade tributável. De outro modo, uma SGPS que se envolva ativamente na gestão das suas participadas, terá que

considerar como operações tributáveis aquelas operações que as holdings passivas realizam fora de campo³⁴;

- c) Mesmo no caso em que a SGPS realize operações isentas (como a venda de ações) o direito à dedução do IVA suportado em despesas gerais de funcionamento poderá não ser limitado, de acordo com a jurisprudência do Acórdão *SKF*.

³⁴ Sobre este aspeto, é importante clarificar que tal não significa que, por exemplo, os dividendos devam ser incluídos nos cálculos do pro-rata, sob pena de transmutarmos o IVA num imposto sobre o rendimento.