

Processo C-182/08

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

contra

Finanzamt München II

(pedido de decisão prejudicial
apresentado pelo Bundesfinanzhof)

«Liberdade de estabelecimento e livre circulação de capitais — Imposto sobre as sociedades — Aquisição de participações sociais de uma sociedade de capitais — Requisitos da tomada em consideração, para a determinação da matéria colectável do adquirente, da depreciação das participações sociais devido à distribuição de dividendos»

Conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 9 de Julho de 2009 . . . I - 8596
Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 17 de Setembro de 2009 I - 8632

Sumário do acórdão

- 1. Livre circulação de capitais — Disposições do Tratado — Âmbito de aplicação*
[Tratado CE, artigos 52.º e 73.º B (actuais artigos 43.º CE e 56.º CE)]
- 2. Livre circulação de capitais — Restrições — Legislação fiscal — Imposto sobre as sociedades*
[Tratado CE, artigo 73.º B (actual artigo 56.º CE)]

1. Uma legislação de um Estado-Membro nos termos da qual a depreciação das participações sociais devida à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável de um contribuinte residente, quando este tiver adquirido participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, ao passo que, em caso de aquisição dessas participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente, deve ser examinada exclusivamente à luz da livre circulação de capitais. Com efeito, sendo o objectivo da legislação em causa impedir os sócios não residentes de beneficiarem de uma vantagem fiscal indevida, gerada directamente pelas cessões de participações que podem nomeadamente ser efectuadas unicamente com o objectivo de beneficiar da referida vantagem, e não com o objectivo de exercer a liberdade de estabelecimento ou consequentemente o exercício dessa liberdade, há que considerar que o aspecto desta legislação relativo à livre circulação de capitais prevalece sobre o ligado à liberdade de estabelecimento. Por conseguinte, partindo do princípio de que a referida legislação tenha efeitos restritivos sobre a liberdade de estabelecimento, tais efeitos são uma consequência inelutável de um eventual entrave à liberdade de circulação de capitais e não justificam, assim, uma apreciação autónoma da mesma legislação à luz do artigo 52.º do Tratado CE.

(cf. n.ºs 50-52)

2. O artigo 73.º B do Tratado CE (actual artigo 56.º CE) deve ser interpretado no

sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado Membro nos termos da qual a depreciação de participações sociais devida à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável de um contribuinte residente quando este tiver adquirido participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, ao passo que, em caso de aquisição de participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente. Esta conclusão aplica-se nos casos em que tal regulamentação não ultrapassa aquilo que é necessário para salvaguardar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados Membros, bem como para evitar os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se essa regulamentação se limita ao que é necessário para alcançar esses objectivos.

Com efeito, o facto de conceder, a um contribuinte residente, a possibilidade de deduzir dos seus lucros tributáveis as perdas relativas à amortização parcial acima referida, unicamente em caso de aquisição de participações a um sócio residente torna, na verdade, as participações dos não residentes menos atractivas e, por conseguinte, é susceptível de dissuadir o referido contribuinte residente de as adquirir. Essa diferença de tratamento pode também dissuadir os investidores não residentes de adquirirem participações na sociedade residente e de constituir para

a referida sociedade um obstáculo à obtenção de capitais provenientes dos outros Estados-Membros, de forma que essa legislação constitui uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 73.º B do Tratado.

A referida diferença de tratamento não reflecte uma diferença de situações objectiva dos sócios residentes, porque, no que diz respeito às perdas que resultam de uma amortização parcial das participações sociais detidas numa sociedade residente, esses sócios estão numa situação comparável independentemente de se tratar de participações adquiridas a um residente ou adquiridas a um não residente. Com efeito, a distribuição dos lucros diminui o valor de uma participação social, independentemente de ser previamente adquirida a um residente ou a um não residente, e, em ambos os casos, essa diminuição de valor é suportada pelo sócio residente.

Por outro lado, não existindo um nexo directo entre a vantagem fiscal em causa e a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto, a legislação em causa não pode ser justificada pela necessidade de preservar a coerência do regime fiscal de imputação integral. A este respeito, as desvantagens decorrentes da referida legislação são directamente suportadas pelo sócio residente que adquiriu as referidas participações a um não residente. Para esse sócio residente, a impossibilidade de deduzir dos seus lucros tributáveis as perdas referentes à amortização parcial das participações detidas na sociedade residente, quando a diminuição do valor das participações

resulta da distribuição do lucro, não é compensada por uma vantagem fiscal.

Todavia, tal legislação pode ser justificada pela necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, porque as operações diferentes da distribuição de dividendos, que permitem ao sócio não residente beneficiar do mesmo resultado do ponto de vista económico que obteria se lhe fosse concedido o benefício do crédito de imposto sobre as sociedades pago pela sociedade cujas participações detém, poderiam comprometer da mesma forma a possibilidade de o Estado de residência da referida sociedade exercer o seu direito de tributar um lucro gerado por uma actividade económica exercida no seu território. Ao limitar o direito de um novo sócio deduzir dos seus lucros tributáveis o montante das perdas ocasionadas pela depreciação das participações sociais em causa, na medida em que estas não excedam o montante bloqueado, que corresponde à diferença entre o preço de aquisição pago pelo sócio residente e o valor nominal das participações, esta legislação é susceptível de evitar práticas cuja única finalidade é beneficiar o sócio não residente de um crédito fiscal correspondente ao imposto sobre as sociedades pago pela sociedade residente. Além disso, o aumento da matéria tributável do novo sócio residente, decorrente da referida limitação, destina-se a evitar que os lucros normalmente tributáveis no Estado-Membro em causa sejam transferidos, como parte da mais-valia realizada pelo antigo sócio não residente correspondente ao crédito fiscal indevido, sem serem tributados neste Estado-Membro. Tal legislação é, por conseguinte, adequada

para alcançar os objectivos de salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e de impedir expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objectivo é a obtenção de uma vantagem fiscal.

No entanto, deve ser verificado se essa legislação não ultrapassa o que é necessário para alcançar os objectivos assim prosseguidos. A este respeito, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, na medida em que o cálculo do montante bloqueado se baseia nos custos de aquisição das participações em questão, as consequências da referida regulamentação não ultrapassam as que são necessárias para assegurar que o montante equivalente ao crédito fiscal não seja indevidamente concedido ao sócio não residente. Com efeito, não pode ser excluído que as participações sociais sejam cedidas por um valor superior ao seu valor nominal por razões diferentes da que consiste em fazer beneficiar o sócio de um crédito fiscal correspondente ao imposto sobre as sociedades pago pela sociedade residente, ou, de qualquer modo, que os lucros não distribuídos bem como a possibilidade de beneficiar de um crédito fiscal referente às referidas participações constituam apenas a componente do preço de venda dessas participações. Por outro lado, a tomada em consideração do montante bloqueado e o aumento da matéria colectável do sócio residente têm consequências também em relação a outras tributações a que o referido sócio pode estar sujeito, nomeadamente em relação ao cálculo do imposto profissional por este devido, consequências que ultrapassam o que é

necessário para alcançar os objectivos prosseguidos pela legislação.

Compete também ao órgão jurisdicional nacional verificar se a aplicação da limitação da tomada em consideração da depreciação das participações sociais devido à distribuição dos dividendos a partir do ano da aquisição das referidas participações sociais e durante os nove anos seguintes, como é previsto pela legislação, não ultrapassa o que é necessário para que sejam alcançados os objectivos prosseguidos. Por último, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, uma medida que prossegue um objectivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal, deve permitir ao órgão jurisdicional nacional proceder a um exame casuístico que tome em consideração as particularidades de cada situação concreta, baseando-se em elementos objectivos, para ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas em causa.

Na medida em que a legislação não permite que se limite a sua aplicação aos expedientes puramente artificiais, determinados

com fundamento em elementos objectivos, mas visa todos os casos em que o contribuinte residente adquiriu participações numa sociedade residente a um sócio não residente a um preço que, seja qual for a razão, excede o valor nominal dessas participações sociais, os efeitos dessa legislação ultrapassam o que é necessário para alcançar o objectivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados

unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.

(cf. n.ºs 56-59, 73-74, 78, 80-81, 84, 88, 91-94, 96-102 e disp.)