

Meio: Expresso

Data: 20/09/2022

Exclusivo

ECONOMIA

Advogados alertam que imposto sobre ganhos das empresas de energia pode ser inconstitucional



SABarton / Getty Images

Um “confisco”, uma medida “intolerável”, uma iniciativa que levanta “problemas jurídicos” e pode até violar a Constituição. O Expresso ouviu vários advogados sobre a proposta da Comissão Europeia para tributar os lucros inesperados das empresas de energia

20 SETEMBRO 2022 21:32



Miguel Prado

A proposta da Comissão Europeia é aparentemente simples: as empresas de petróleo, gás e carvão deverão ser sujeitas, de forma temporária, a um imposto de 33% sobre os ganhos de 2022 que excedam em 20% os resultados obtidos nos três anos anteriores. Bruxelas chama-lhe “contribuição solidária”, sem nunca qualificar a medida como um *windfall tax* (imposto sobre lucros inesperados). Mas seja qual for o nome, a avançar esta iniciativa poderá acabar nos tribunais. Vários advogados consultados pelo Expresso manifestaram reservas sobre a legalidade desta medida.

O ministro do Ambiente, Duarte Cordeiro, [já havia avançado esta segunda-feira que Portugal apoiará as propostas da Comissão Europeia](#), sublinhando, contudo, que o país já consegue efeitos similares àqueles que são pretendidos por Bruxelas por outras vias. E [o primeiro-ministro, António Costa, reiterou esta terça-feira essa posição](#). Contudo, a concretização da medida cria sérias dúvidas a vários advogados especialistas na área fiscal.

Patrick Dewerbe, sócio da área fiscal da sociedade CMS, começa por contextualizar que a proposta da Comissão Europeia configura um imposto e não uma taxa. “Estamos perante um imposto, uma vez que não apresenta o elemento característico da taxa, que é a obtenção de uma contrapartida para quem a suporta”, enquadra. O advogado Rogério Fernandes Ferreira acrescenta que “é um imposto acessório, mais concretamente, um novo adiçãoamento, que incidirá sobre a matéria coletável [resultados] do IRC”.

Diogo Ortigão Ramos, advogado especialista em direito fiscal, concorda que se enquadra no regime dos impostos, mas desvaloriza a classificação, chamando antes a atenção para a forma como no mundo dos impostos se vão criando exceções. “Penso que estamos no alvor de um constitucionalismo fiscal multinível em que as categorias tributárias dos vários Estados-membros já não terão grande utilidade num mundo que tende a ser, ele próprio, um constante estado de exceção”, observa.

A criação deste novo imposto sobre algumas empresas de energia suscita reservas aos vários advogados que o Expresso ouviu. “A introdução de uma proposta desta natureza levanta alguns problemas de natureza jurídica, o primeiro dos quais decorre da qualificação desta medida, que é claramente um imposto (e não uma contribuição), seguindo a tradição dos *windfall profit taxes* que se iniciou na década de 80 do século XX, com o *crude oil windfall profit tax* (EUA) – que, diga-se, não teve resultados particularmente animadores”, aponta Filipe de Vasconcelos Fernandes, assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e consultor sénior na sociedade de advogados VdA.

A BASE DE COMPARAÇÃO

Especialista em economia e fiscalidade da energia, Filipe de Vasconcelos Fernandes nota que “a Comissão acaba por querer “camuflar” esta suposta “contribuição de solidariedade temporária” como se estivesse em causa uma simples medida regulatória (daí a terminologia “contribuição”), mas depois adota uma base de tributação que é, em tudo, própria da tributação do rendimento (lucro)”. Por outro lado, acrescenta o consultor da VdA, “fica por explicar a razão pela qual a média relevante para a determinação do “excesso” se inicia em janeiro de 2019”.

Este é um ponto também sublinhado por Rogério Fernandes Ferreira. “Os três anos anteriores coincidem com o período de influência da Covid-19, em que muitas empresas viram os seus resultados diminuídos, também, por força das medidas adotadas pelo próprio governo, de encerramento de estabelecimentos, limitações a deslocações, proibição de determinadas atividades, etc. Neste ano de 2022, pelo menos parcialmente, e nos próximos é expectável que as empresas e a economia em geral estejam, justamente, a tentar recuperar dos efeitos de tais medidas (impostas pelo Governo) e, portanto, é discutível em que medida é que os 20% acima dos resultados médios dos três anos anteriores, correspondem, efetivamente, a lucros que ultrapassam a “normalidade”.

O secretário-geral da Apetro – Associação Portuguesa das Empresas Petrolíferas, António Comprido, [já havia sublinhado esta preocupação](#) em entrevista ao DN e à TSF. “Ficamos logo preocupados quando a proposta diz que a base de comparação é o triénio 2019-2021, ou seja, a altura da pandemia, em que os lucros das empresas foram muito abaixo do que é historicamente aceitável. (...) O período de referência não pode ser 2019-2021 porque isso é ir buscar uma referência que não corresponde minimamente à realidade”, observou.

AS DÚVIDAS DOS ADVOGADOS

Patrick Dewerbe, da CMS, nota também, sobre a proposta da Comissão Europeia, que “um imposto extraordinário apresenta, desde logo, um desafio que se prende com a concretização do conceito de lucros excessivos e a identificação, em concreto, dos setores de atividade e das empresas que beneficiam daqueles lucros”.

Dewerbe aponta para a possível inconstitucionalidade desta medida. “O risco de violação do princípio constitucional da igualdade é flagrante. Antevejo um aumento da litigância fiscal ligada esta matéria”, diz ao Expresso o advogado.

O sócio da área fiscal da CMS nota, ainda, que as empresas de energia já contribuem, no plano tributário, quando os seus lucros aumentam, uma vez que estão sujeitas a IRC, tributação autónoma, derrama estadual, derrama municipal e Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético (embora a CESE incida sobre os ativos das empresas de energia e não sobre os seus resultados).

“Perante uma tributação tão complexa das empresas do setor energético, a introdução de um imposto extraordinário seria intolerável porque iria aumentar a complexidade e o nível de tributação, que já são muito elevados. Acresce que, se as empresas do setor energético têm lucros extraordinários, suportam mais IRC (incluindo derrama estadual), contribuindo, deste modo, para receita fiscal adicional”, nota Patrick Dewerbe, recordando ainda que “em Portugal sempre que se introduz uma tributação extraordinária, para vigorar apenas temporariamente, verificamos que rapidamente se torna ordinária e permanente”.

Tal como Dewerbe, Rogério Fernandes Ferreira questiona a constitucionalidade deste *windfall tax* proposto pela Comissão. A “contribuição solidária” desenhada em Bruxelas será passível de cobrança em Portugal? “Poderá não ser, porque será retroativa sobre os resultados e a nossa CRP [Constituição da República Portuguesa] não o admite, seria inconstitucional. É a solução que, de alguma forma, Itália adotou, mas que não pode ocorrer em Portugal nos mesmos termos”, defende Rogério Fernandes Ferreira.

O advogado nota ainda que, para que Portugal possa implementar este imposto sobre as empresas de energia, “haverá que justificar, fundamentada e objetivamente, a violação da regra da igualdade, demonstrando que a situação é desigual em relação a outras empresas do mesmo sector e de outros sectores que tenham (ou tenham tido) também lucros inesperados, mas que não ficam sujeitas ao novo agravamento”.

“Nesta sede, haverá, também, questões de auxílios do Estado aos setores que não ficam sujeitos, até porque os próprios auxílios do Estado podem revelar-se perversos e transferir as empresas “beneficiárias”, de determinados setores, para o âmbito de aplicação destes novos impostos sobre estes lucros ditos extraordinários ou inesperados”, acrescenta Rogério Fernandes Ferreira.

Diogo Ortigão Ramos acrescenta a este debate uma série de dúvidas, notando que este imposto temporário, a ser abordado por 27 administrações tributárias distintas, “estaria condenado ao caos”. O especialista em direito fiscal começa por questionar se o Artigo 122 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (que foi utilizado pela primeira vez em 2020, para adotar medidas extraordinárias para fazer face à pandemia) “também é apto à criação de instrumentos fiscais”.

“Se sim, qual o seu enquadramento à luz das regras que regem o Orçamento da UE? E como pode ser compatível um imposto excecional sobre o lucro, aprovado no âmbito de um procedimento baseado na maioria e não na regra da unanimidade, com as constituições fiscais dos vários Estados-Membros, nomeadamente, em matéria de representatividade democrática?”, pergunta. “E como se articularia a base de incidência uniforme, ainda que a título transitório, com as normas internas sobretudo no plano da administração, cobrança e garantias dos contribuintes?”, questiona ainda Diogo Ortigão Ramos.

O IMPOSTO É COMPATÍVEL COM A CESE?

Ao longo dos últimos anos, sempre que são acusadas de ter elevados lucros, à custa das faturas de energia dos consumidores, as empresas deste setor, em Portugal, têm lembrado que, além dos impostos que todas as outras empresas pagam, estão sujeitas à CESE. Esta contribuição, que foi lançada no final de 2013, quando Portugal ainda estava sob assistência da *troika*, era para ser temporária. Vai em quase uma década de aplicação. Consiste na cobrança de uma taxa sobre os ativos das empresas de energia em Portugal, e não sobre o resultado gerado. Mas será o novo *windfall tax* proposto pela Comissão compatível com a CESE?

Diogo Ortigão Ramos nota que a proposta da Comissão Europeia prevê que a contribuição solidária “seja arrecadada independentemente de outras figuras equiparáveis, já em vigor nos Estados-membros, sob pena de o seu carácter excecional e a sua efetividade não surtirem o efeito pretendido”. Além disso, “a constar de regulamento do Conselho, como antecipado, a mesma será obrigatória para todos os Estados-Membros”, acrescenta o advogado.

Rogério Fernandes Ferreira concorda que do ponto de vista técnico o facto de Portugal já ter a CESE não impede a cobrança da nova “contribuição solidária” no setor energético. “Mas como a CESE não é apurada tendo em conta o rendimento real das empresas, mas sim sobre o valor de alguns dos seus ativos, já tem um enorme efeito sobre a liquidez e os resultados das empresas a ela sujeitos. Assim, a discriminação, em razão de um imposto mais, além da contribuição extraordinária, gera uma situação dificilmente justificável e que a encaminha para o confisco”, alerta.

Já Filipe de Vasconcelos Fernandes prefere realçar potenciais dúvidas que nasceriam de uma coabitação da CESE e da “contribuição solidária” nas contas de algumas empresas. Uma delas será saber se o montante da “contribuição solidária” seria dedutível ao lucro tributável em sede de IRC. E outra questão seria saber se os pagamentos da própria CESE poderiam ser deduzidos aos resultados que contam para o apuramento da “contribuição solidária”.

A QUESTÃO DISTINTA DO LIMITE AOS PRODUTORES DE ELETRICIDADE

A proposta deste imposto especial sobre os ganhos inesperados das empresas de petróleo, gás e carvão não foi a única iniciativa de Bruxelas a agitar o setor energético nas últimas semanas. A Comissão propôs igualmente uma limitação dos ganhos de alguns produtores de eletricidade, nomeadamente os que têm tecnologias inframarginais, isto é, que têm custos de produção sistematicamente inferiores aos das tecnologias que marcam o preço no mercado grossista de eletricidade.

O preço do mercado grossista disparou nos últimos meses, pela Europa fora, devido à escalada do preço do gás natural, levando as centrais de ciclo combinado (alimentadas a gás) a cobrar mais pela eletricidade produzida. Estas centrais têm tido um papel preponderante nos preços grossistas, e o desenho de mercado em vigor leva a que todas as outras tecnologias sejam remuneradas pelo preço cobrado pelas tecnologias que ditam o preço de fecho de cada hora. E assim, muitos produtores de energias renováveis (mas também centrais nucleares) vão beneficiando de preços historicamente elevados da energia elétrica.

O Governo português tem argumentado que a proposta de limitação aos produtores de eletricidade com as ditas tecnologias inframarginais visa um objetivo que Portugal e Espanha já alcançaram na prática com o mecanismo ibérico que entrou em vigor em junho. Esse mecanismo cria um preço de referência para o gás natural que é artificialmente baixo, induzindo preços de eletricidade mais baixos por parte das centrais a gás, e assim diminuindo as receitas extra que os outros produtores poderiam ganhar se o mecanismo não existisse.

Mas será o limite proposto pela Comissão (180 euros por MWh) passível de ser aplicado em Portugal, considerando que por cá já existe o mecanismo ibérico?

“Entendemos que sim”, aponta Manuel Cassiano Neves, sócio da CMS especializado na área da energia. “Curioso será perceber como o Governo irá aplicar este mecanismo a nível nacional, assim que seja aprovado pelo Conselho Europeu e vincule os Estados-membros, e quais os instrumentos que implementará para redistribuir os ganhos que as tecnologias inframarginais tenham acima do *cap* [limite] fixado”, nota o advogado.