

“RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS” –
NEUTRALIDADE FISCAL

Iolanda Andrade

Mestrado em Direito Fiscal



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Orientador:

Dr. João Gama

Universidade Católica Portuguesa

(Agosto de 2014)

Índice

Introdução.....	4
Relevância do tema.....	5
Capítulo 1	6
1.1. Neutralidade fiscal.....	6
1.2. “Razões económicas válidas”	9
1.3. Motivos da fusão vs. objetivos da fusão	12
Capítulo 2	14
2. Acórdãos relevantes.....	14
2.1. Acórdão Foggia.....	14
2.2. Acórdão Leur Bloem	17
2.3. Conclusões a retirar dos acórdãos	20
Capítulo 3	24
3. Questão jurídica	24
3.1. Reconhecimento da neutralidade fiscal	24
3.2. Legalidade e interpretações fraudulentas do conceito "razões económicas válidas"	25
Conclusão	31
Bibliografia.....	33

Abreviaturas

Al - alínea

AT – Administração Tributária

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Pág – Página

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCA Sul – Tribunal Central Administrativo Sul

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

Com este trabalho propomo-nos estudar a análise e sentido da expressão “razões económicas válidas”, nomeadamente no que diz respeito ao regime da neutralidade fiscal nas operações de fusões.

O conceito de “razões económicas válidas” surge na legislação portuguesa no artigo 73.º n.º 10 do Código do IRC, juntamente com o regime das fusões de sociedades¹.

A Diretiva 90/434/CEE², transposta para o ordenamento português pelo artigo 73.º n.º 10 do Código de IRC, refere que o regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos não se aplica quando o principal objetivo, ou um dos principais objetivos, seja a evasão fiscal, o que se verifica sempre que “as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como, a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam (...)”. É, pois, com referência a este conceito vago e indeterminado³ das “razões económicas válidas”, transposto da Diretiva 90/434/CEE, que se desenrola o presente trabalho, bem como no estudo do uso abusivo e fraudulento dessa mesma expressão e que, neste sentido, releva o regime da neutralidade fiscal, como iremos explicar melhor adiante.

Para o efeito, e por ser um tema sem definição clara no nosso ordenamento e na União Europeia, irá ser realizada a análise de acórdãos para melhor compreender o conceito e o sentido que tem sido dado à expressão “razões económicas válidas” pelos Tribunais Portugueses e Europeus.

¹ A noção de fusão pode ser definida de acordo com o artigo 97.º n.º1 do CSC, neste sentido “duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião numa só.”

² Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

³ Segundo o acórdão STA 232/12 de 16-01-2013 ponto 17, caberá à AT o preenchimento do conceito “razões económicas válidas” pelo facto deste conceito ser um conceito indeterminado.

Relevância do tema

A expressão “razões económicas válidas” para efeitos de neutralidade fiscal é da maior importância tanto na perspectiva do contribuinte, como na ótica dos tribunais.

Uma vez percebido e definido o conceito da expressão “razões económicas válidas” e sua aplicação, irá ser possível, que os contribuintes não façam diferentes interpretações da expressão, que levam hoje em dia a um uso abusivo da mesma com o objetivo de retirarem benefícios ou vantagens fiscais que a própria norma reconhece aos casos de fusão (como seja a transmissibilidade dos prejuízos fiscais). Um conceito mais preciso na lei desta mesma expressão levaria também a que os tribunais conhecessem melhor a aplicabilidade deste conceito que, em si, é muito vago e que pode levar, se já não levou, a decisões menos justas no âmbito da temática.

Capítulo 1

1.1. Neutralidade fiscal

O princípio da neutralidade fiscal encontra-se sugerido no artigo 81º da CRP⁴ e revela-se no facto de “o Estado estar obrigado a não provocar e a obstar que outros provoquem distorções na concorrência, cuja defesa como vimos, constitui mesmo uma incumbência prioritária do Estado português.”⁵

A formulação de uma instrução da AT em 2002⁶ reforçou a ideia de que, com a concessão da autorização que estava ligada à fusão, deva ser feita prova que a operação de fusão segue “razões económicas válidas”⁷, devendo para este efeito a respetiva autorização ser acompanhada de vários documentos, sendo um deles “um estudo demonstrativo das vantagens económicas da operação de fusão”.

A este respeito, vem consagrado no artigo 52º CIRC o princípio da dedução dos prejuízos fiscais, que refere resumidamente que os prejuízos fiscais apurados num ano podem ser deduzidos ao lucro tributável dos 12 períodos seguintes. Assim sendo, “se o prejuízo de determinado exercício puder ser compensado pelo lucro do período seguinte, a ‘compensação’ será feita integralmente neste ano. Se não, no decurso dos exercícios subsequentes dentro do referido limite temporal, findo o qual os prejuízos ainda não ‘compensados’ não poderão, mais, ser deduzidos.”⁸ É com referência a estes prejuízos fiscais que pode vir a ser realizado o requerimento para transmissão destes prejuízos para a nova sociedade, com o duplo objetivo de não se perderem os prejuízos fiscais da anterior sociedade, bem como de poder deduzir esses prejuízos fiscais aos lucros posteriores da nova

⁴ “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

⁵ Cfr “Por um Estado Fiscal suportável – Estudos de Direito Fiscal”, José Casalta Nabais, Almedina, 2005, pág. 384.

⁶ Cfr Circular 6/2002, de 02-04-2002.

⁷ A demonstração de que a fusão está a ser realizada por “razões económicas válidas”, está pendente, segundo a Circular 6/2002, de 02-04-2002, do fornecimento dos seguintes elementos: i) cópia do projeto de fusão; ii) estudo demonstrativo das vantagens económicas da operação de fusão; iii) cópia do parecer do ROC independente; iv) cópia do pedido de registo da operação na Conservatória do Registo Comercial competente; v) informação sobre os lucros previsíveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante para os seis exercícios da operação; vi) cópia dos balanços e das demonstrações de resultados de todas as sociedades envolvidas na operação referentes aos três exercícios anteriores ao da operação; e vii) cópia dos balanços e das demonstrações de resultados previsíveis para os três exercícios seguintes ao da operação da nova sociedade ou da sociedade incorporante.

⁸ Rui Duarte Morais, “Apontamentos ao IRC”, 2007, pág. 165.

sociedade, uma vez que o legislador, ao permitir tal transmissão de prejuízos numa operação de fusão, atribui à nova sociedade um objetivo de continuidade societária. Este objetivo de continuação societária conduz ao princípio da neutralidade fiscal, que passamos a explicar.

Poderá dizer-se que no que se refere à matéria fiscal, o princípio da neutralidade aplica-se a variadas áreas⁹, porém importa salientar quanto às fusões que “o legislador apenas considera que o regime de neutralidade fiscal não é aplicável, quando se conclua que as operações tiveram como principal objectivo ou como principais objectivos a evasão fiscal, designadamente quando as operações não foram realizadas por razões económicas válidas”¹⁰.

A necessidade de transformação das empresas levou a que, tanto a fusão, como a cisão, surgissem no mercado societário. No âmbito da fusão devem prevalecer várias ideias e princípios como a neutralidade fiscal. É importante salientar que a neutralidade fiscal pressupõe que “tais operações não deverão ter consequências fiscais, na medida em que a actividade empresarial continua, ainda que sob novas formas jurídicas.”¹¹ É o que sucede na fusão, onde ocorre uma transferência global do património de uma das sociedades para a outra, ou onde ocorre constituição de uma nova sociedade e se transferem a globalidade dos patrimónios das duas anteriores sociedades¹².

Assim, optou-se pela realização de um regime normativo para as fusões, estruturado por um regime de neutralidade fiscal, de modo a que as operações de fusão não tenham “consequências fiscais”¹³, uma vez que a actividade empresarial continua na forma de uma nova empresa, gerada por duas anteriores empresas. Nas palavras de Teresa Gil de Oliveira Braga¹⁴ “esta neutralidade reclama que o ordenamento jurídico-tributário não tenha influência nas decisões das empresas sobre estas operações. No entanto, numa perspectiva prática, a neutralidade acaba por ser percebida como um incentivo às reestruturações. Isto porque as

⁹ Neste sentido, podemos referir os auxílios de Estado que nas palavras de José Casalta Nabais fazem com que “a concessão de auxílios de Estado por via fiscal, tal como os auxílios financeiros directos, apenas será admitida se e na medida em que não provoque distorções significativas à concorrência”, in “Por um Estado Fiscal suportável – Estudos de Direito Fiscal”, Almedina, 2005, pág. 385.

¹⁰ Despacho P 2890/2007, de 13-03-2012.

¹¹ Rui Duarte Morais, “Apontamentos ao IRC”, Almedina, 2007, pág. 167.

¹² Neste sentido, veja-se o artigo 73.º n.º1 CIRC, onde se pode encontrar as modalidades de fusão, à luz do nosso ordenamento.

¹³ J. Bilau “Tratamento fiscal das fusões de sociedades”, *Jornal Técnico de Contas e da Empresa*, 364, 1996, pp. 19 e ss.

¹⁴ Teresa Gil de Oliveira Braga, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões”, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*, 2012, n.º 49, pág. 49 e 50.

mesmas não originam tributação desde que esteja assegurado que as mais-valias latentes sejam tributadas num momento posterior”¹⁵.

Desde logo, no preâmbulo¹⁶ do CIRC, é referido que a tributação dos lucros tem que estar a par com as alterações societárias, e deve obedecer aos princípios da equidade e eficiência¹⁷. O preâmbulo do CIRC refere ainda que a subdivisão do código em que há maior necessidade das normas seguirem o regime da neutralidade é nas operações de fusões e cisões de sociedades. Menciona o referido preâmbulo que “a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial não devem ser dificultados, mas antes incentivados, pelo que (...) criam-se condições para que aquelas operações não encontrem qualquer obstáculo fiscal à sua efetivação, desde que, pela forma como se processam, esteja garantido que apenas visam um adequado redimensionamento das ‘unidades económicas.’”¹⁸

A neutralidade fiscal deve, pois, promover a inexistência de entraves no tecido empresarial para a criação de empresas dos mais diversos tipos desde que, claro está, esse tipo de sociedade esteja tipificado na lei. A neutralidade fiscal deve levar ainda a que seja acessível às sociedades um vasto leque de operações, desde que igualmente tipificados na lei. No entanto, este conjunto diverso de operações que é oferecido pelo nosso ordenamento jurídico, que permite às empresas que se reagrupem da forma que queiram à luz do ordenamento português, faz com que ocorram casos de abuso, nomeadamente através da criação de estruturas artificiais concebidas apenas com o intuito de beneficiar de vantagens económicas. No caso das fusões falamos, entre outros, da transmissão dos prejuízos fiscais para a nova sociedade, apenas ocorrendo a operação de fusão com este intuito: o de transmitir os prejuízos fiscais de uma das anteriores sociedades.

¹⁵ Neste sentido veja-se o preâmbulo da Diretiva 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990: “Considerando que o regime de adiamento, até à sua realização efectiva, da tributação das mais-valias relativas aos bens transferidos, aplicado aos bens que estejam afectos a esse estabelecimento estável, permite evitar a tributação das mais-valias correspondentes, garantindo ao mesmo tempo a sua tributação posterior pelo Estado da sociedade contribuidora, no momento da sua realização.”

¹⁶ CIRC, Preâmbulo nº11.

¹⁷ É nosso entendimento que o princípio da equidade e da eficiência relaciona-se com o facto do Estado de direito ter que ser à partida justo, ou seja, a tributação dos lucros deve ser igual para situações iguais e eficiente, de modo, a que se concretize em receita para o Estado.

¹⁸ Sobre o assunto veja-se também o preâmbulo da Diretiva 90/434/CEE: “Considerando que as fusões, as cisões, as entradas de activos e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum; que essas operações não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.”

Neste sentido, e a título exemplificativo, uma sociedade com alguns prejuízos fiscais poderá fundir-se com uma sociedade que tenha muitos lucros com o único objetivo de compensar os lucros desta última, mediante fusão com a sociedade que tem prejuízos fiscais. Deste modo, a sociedade lucrativa irá agora poder deduzir, através da transmissão dos prejuízos fiscais da primeira sociedade, os prejuízos fiscais desta mesma sociedade.

Por este motivo, foi necessária a criação de normas anti-abuso, como seja a do requerimento de manutenção dos prejuízos fiscais, no qual a sociedade interessada deverá pedir ao membro do Governo da área das Finanças a autorização à transmissão dos prejuízos fiscais, ainda não deduzidos do lucro tributável, para a sociedade da qual irá resultar a fusão ou da qual resultou a fusão.¹⁹ Deste modo, através de uma análise mais detalhada da motivação da fusão e da transmissão dos prejuízos fiscais por parte do membro do Governo responsável pela área das finanças, estimula-se uma decisão mais criteriosa, desmotivando situações de abuso ou de aproveitamento puramente fiscal. Outra medida anti-abuso que ganhou importância com o rearranjo das empresas e com a desvalorização do princípio da neutralidade fiscal foi a criação da norma prevista no artigo 73.º n.º10 CIRC, nomeadamente no que se refere à imposição de que a operação de fusão tenha que ser realizada por “razões económicas válidas”.

1.2. “Razões económicas válidas”

A Diretiva 90/343/CEE desde logo nos refere a possibilidade dos Estados-Membros poderem aplicar ou recusar²⁰ os benefícios das disposições atribuídas pela referida Diretiva criando, neste sentido, um pressuposto através do seu artigo 11º n.º1 al. a)²¹: os Estados-Membros podem recusar a aplicação do disposto na Diretiva quando a operação que estiver em causa, nomeadamente uma operação de fusão, tenha como principal objetivo a fraude ou evasão

¹⁹ Artigo 74.º n.º6 CIRC.

²⁰ A Diretiva atribui aos Estados-Membros a possibilidade de negar a sua aplicação quando a operação aparente ter um objetivo fraudulento ou de evasão fiscal, tal como refere Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione, Raffaele Russo, “Fundamentals of International Tax Planning”, IBFD Publications, Raffaele Russo Ed. 2007, pág. 26 e 27. É ainda adiantado na obra referida, que os objetivos da Diretiva são os de criar com a Comunidade condições análogas às existentes no mercado ou ordenamento interno, e ao mesmo tempo salvaguardar os interesses financeiros de cada Estado-Membro.

²¹ Neste sentido, veja-se o preâmbulo da Diretiva 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990: “considerando que é necessário prever a faculdade de os Estados-Membros recusarem o benefício da aplicação da presente directiva sempre que a operação de fusão, de cisão, de entrada de activos ou de permuta de acções tenha como objectivo a fraude ou a evasão fiscais”.

fiscal. De modo a evitar constituir presunção de que o objetivo desta reorganização empresarial seja a fraude, e de evitar que a operação não seja realizada por “razões económicas válidas”, deverá proceder-se à análise da respetiva fusão, verificando-se caso a caso se se está perante uma reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação.

O objetivo desta liberdade de aplicação pelo Estado-Membro dada pelo legislador na Diretiva vai, pois, no sentido de cada Estado-Membro poder optar pela prova ou não da autenticidade do motivo da operação de fusão, isto é, do Estado-Membro poder comprovar que a fusão foi, ou não, realizada por “razões económicas válidas”. Isto significa que os Estados-Membros, ao optarem pela aplicação dos benefícios especificados na Diretiva 90/434/CEE e, conseqüentemente, ao optarem pelo regime das fusões no seu ordenamento jurídico, têm também o ónus de demonstração de que a operação foi realizada por “razões económicas válidas”, tendo por isso, o dever de dispor de um sistema onde seja prevenida a fraude no âmbito das fusões.

A Diretiva prevê esta liberdade de aplicação ou não da mesma, uma vez que o Estado-Membro que opte pela adoção, no seu ordenamento, do regime das fusões abrangido na Diretiva, terá de expor se determinada operação de fusão não se concretizou por “razões económicas válidas”. Caso a operação não seja realizada nesse sentido, o contribuinte terá no entanto, a possibilidade de demonstrar que a mesma não tem objetivos de fraude ou evasão fiscal.²²

Esta “prevenção” dos Estados-Membros, que é composta pela aceitação da transmissibilidade dos prejuízos fiscais foca-se essencialmente na existência de um requerimento e respetivo “despacho” do membro do governo responsável pela área das finanças a aceitar a respetiva transmissão dos prejuízos fiscais.

Esta opção atribuída pela Diretiva vai no sentido de caber às Autoridades fiscais do Estado-Membro o direito de fazer uma avaliação ou averiguação se a operação foi realizada por “razões económicas válidas” sendo que, no caso de estas não existirem, e havendo uma

²² Veja-se, Teresa Gil de Oliveira Braga, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões”, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*, 2012, nº 49, pág. 49.

presunção de fraude, o contribuinte deverá, tal como já referimos, fazer prova de que de facto não existiu fraude.

Sendo assim, os Estados-Membros, que optem pela aplicação das normas da Diretiva devem fazer uma análise casuística e unitária do que motivou a operação de fusão, especialmente no caso de existir transmissibilidade de prejuízos fiscais para a nova sociedade, de modo a verificar se existe um objetivo fraudulento.

Para aferir se existem “razões económicas válidas” o contribuinte no projeto de fusão deverá explicar as mesmas, referindo em que sentido a fusão irá prosseguir um objetivo com “razões económicas válidas”. Sendo assim, é no âmbito do projeto de fusão que se esclarecem os objetivos da fusão. É também no projeto de fusão que é possível aferir se a mesma poderá prosseguir ou não. Além do projeto de fusão necessitar de uma referência às suas “razões económicas válidas”, o requerimento de transmissão dos prejuízos fiscais realizado ao membro do Governo, responsável pela área das finanças, também carece da devida explicação, que indique e explicita que a operação de fusão foi motivada por “razões económicas válidas”. Uma vez provado que a operação de fusão segue as devidas “razões económicas válidas”, bem como uma postura de neutralidade, haverá lugar a deferimento da transmissibilidade dos prejuízos fiscais para a nova sociedade proveniente da fusão, como adiante teremos oportunidade de explicar melhor.

Relembramos que medidas anti-abuso como as que versam sobre esta matéria surgiram pelo facto das operações de reestruturação de sociedades, como é o caso das operações de fusão, poderem levar a rearranjos das sociedades com o único objetivo de beneficiar de certo tratamento fiscal.

Podemos, portanto, concluir que, para o legislador relativamente a uma operação de fusão, a inexistência de “razões económicas válidas” levará a que no caso em apreço ocorra uma presunção de fraude ou evasão fiscais. E este entendimento é perfeitamente aceitável, uma vez que especialmente entre sociedades do mesmo grupo é muito fácil existirem apenas objetivos fiscais e que, deste modo, a operação não prossiga “razões económicas válidas”.

Finalmente, uma vez concluído que não respeitando as “razões económicas válidas” poderá existir a presunção de que a operação em causa tem como principal objetivo a fraude ou

evasão fiscais, e uma vez que a neutralidade fiscal pressupõe que o ordenamento jurídico de um Estado-Membro esteja desenhado no sentido de não levar a obstáculos a este tipo de operações, poderá afirmar-se, de acordo com Saldanha Sanches²³, que quando uma operação não seja realizada por “razões económicas válidas”, deixa de haver neutralidade fiscal.

1.3. Motivos da fusão vs. objetivos da fusão

Os motivos de uma operação de fusão não se devem confundir com os objetivos dessa operação de fusão²⁴.

Normalmente os motivos da fusão estão relacionados com a simplificação da estrutura societária do grupo e com a facilitação da gestão e racionalização dos meios financeiros e administrativos. Esta simplificação levará a grandes vantagens económicas para ambas as sociedades e à otimização dos custos operacionais e dos custos disponíveis que poderão permitir igualmente a criação de uma estrutura mais competitiva no âmbito do mercado em que as sociedades intervêm, nomeadamente alcançando-se uma maior eficiência nas atividades das duas sociedades, em especial quando os negócios das mesmas forem equivalentes. Os motivos de uma operação de fusão estão desta forma extremamente ligados à redução de várias obrigações legais e dos custos inerentes à manutenção de duas sociedades autónomas, designadamente em termos administrativos e de obrigações fiscais, e podem vir a traduzir uma política de grandes vantagens legais, fiscais e administrativas da atividade a desenvolver pelas sociedades.

Os objetivos da fusão podem ser da mesma forma que os motivos da fusão, pela reestruturação societária, a concentração numa só sociedade dos meios humanos e materiais, a detenção de apenas uma estrutura financeira e administrativa, e a criação de uma gestão mais eficaz e menos dispendiosa, com respetiva racionalização dos meios disponíveis e uma explicação exaustiva do que a operação de fusão visa prosseguir.

Apesar de que os motivos e os objetivos de uma operação de fusão possam, por vezes, ser os mesmos, uma vez que ambos irão levar à reestruturação de duas sociedades numa só, à

²³ J. L. Saldanha Sanches, “Fusão inversa e neutralidade (da Administração) Fiscal” pág. 34.

²⁴ Neste mesmo sentido, Teresa Gil de Oliveira Braga, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões”, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*, 2012, nº 49.

racionalização de custos e à diminuição de encargos fiscais, é quanto à averiguação da existência de “razões económicas válidas” que é possível que os objetivos da operação de fusão pesem mais, no sentido em que através destes poderá verificar-se se existe a finalidade de realizar uma operação de fusão ou de puro aproveitamento fiscal.

Assim, e uma vez que as operações de fusão são normalmente motivadas (motivo) pela diminuição de encargos fiscais podem, sem embargo, ter objetivos e finalidades que proponham que determinada operação de fusão tenha sentido, que seja legal, e que vá além dos benefícios fiscais. Neste caso, a operação seria classificada como uma operação realizada por “razões económicas válidas”. O mesmo já não sucederia no caso oposto, onde uma operação de fusão que não obstante ser motivada pela diminuição de encargos fiscais estivesse completamente desprovida de outro objetivo ou finalidade, além do motivo fiscal.

Poderá pois concluir-se que uma operação de fusão poderá ser motivada e determinada por razões fiscais, porém uma vez analisados os objetivos da mesma, se as razões fiscais forem o único objetivo da operação, a mesma não seguirá “razões económicas válidas”.

Capítulo 2

2. Acórdãos relevantes

2.1. Acórdão Foggia²⁵

O referido acórdão diz respeito a uma operação de fusão em que a Foggia – SGPS, sociedade de direito português, que atua no âmbito da gestão de participações, incorporou três sociedades gestoras de participações sociais que pertenciam ao mesmo grupo.

O requerimento para transmissão dos prejuízos fiscais para a nova sociedade foi realizado e enviado ao membro do Governo²⁶ porém, a autorização para transmissão dos prejuízos fiscais não foi concedida nesta operação de fusão pelo facto do Secretário de Estado ter considerado que a operação de fusão em questão não tinha interesse económico, isto porque a sociedade que detinha os prejuízos fiscais já não tinha uma carteira de participações, nem tinha obtido rendimentos, apenas tinha investido em títulos e tinha apresentado uma menos-valia fiscal de 2 milhões de euros, sem que o Secretário de Estado entendesse a razão para tal menos-valia.

Do indeferimento da transmissibilidade dos prejuízos fiscais desta sociedade, seguiu-se uma ação administrativa especial intentada pela Foggia no TCA Sul, e respetivo recurso para o STA, com o objetivo de anular o despacho de indeferimento dos prejuízos fiscais atribuído pelo Secretário de Estado e de forma a ser autorizada a transmissão dos prejuízos fiscais. Na decisão de reenvio do TCA Sul para o STA, fica expressa a ideia de que a norma da transmissibilidade dos prejuízos fiscais foi pensada pelo legislador no sentido de existir um poder de apreciação discricionário do membro do Governo, no que refere à aferição de existir para essa operação de fusão “razões económicas válidas” à realização da mesma. No entanto, o STA ficou com dúvidas quanto à apreciação que o Secretário de Estado fez do termo “razões económicas válidas” e submeteu ao Tribunal de Justiça.

²⁵ Acórdão do TJUE de 10 de novembro de 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, no Processo C-126/10.

²⁶ Tal como previsto no artigo 75.º n.º 5 do CIRC.

Para este efeito, o STA levantou uma questão quanto ao sentido da aceção do artigo 11º n.º 1 al. a)²⁷ da Diretiva 90/434/CEE e outra relativa ao sentido da norma: a possibilidade de considerar pela inexistência de “razões económicas válidas”, quando a sociedade incorporada não desenvolva atividade, não detenha participações financeiras, transmita elevados prejuízos e, no entanto, tenha um efeito positivo quanto à estrutura de custos do grupo.

Refere o acórdão que apesar de se tratar de uma questão meramente interna²⁸²⁹, o Tribunal de Justiça³⁰ é competente para responder às questões do STA uma vez que “existe um interesse manifesto da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam interpretados de maneira uniforme”³¹³².

Depois de concluída a competência do Tribunal de Justiça, o acórdão refere que o conceito de “razões económicas válidas” vai além da tentativa de obter um benefício fiscal.

Sendo assim, considera-se no referido acórdão que uma operação de fusão por permuta de ações que vise apenas este objetivo – o “proveito” de certos benefícios -, não pode constituir uma “razão económica válida”. No entanto, é possível em contrário existirem “razões económicas válidas” numa operação de fusão que reflita vários objetivos, entre os quais

²⁷ “1- Os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todos ou parte das disposições dos títulos II, III, IV e IV-B se for evidente que a fusão, cisão, cisão parcial, entrada de activos, permuta de acções ou transferência da sede de uma SE ou SCE:

a) Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto de uma das operações referidas no artigo 1.º não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como principais objectivos a fraude ou evasão fiscais;”

²⁸ De referir a este respeito que a Diretiva 90/434/CEE, tem como objetivo não penalizar as operações de fusão realizadas entre Estados-Membros diferentes, em relação às operações de fusão internas, e não de dirimir conflitos meramente internos. Desde logo, no seu título faz referência ao facto de a Diretiva regular o regime das fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

²⁹ Se se trata de litígio meramente interno então é legítimo duvidar que o seu âmbito esteja abrangido pela Diretiva.

³⁰ Segundo o artigo 267.º do TFUE, o TJUE é competente para decidir a título prejudicial sobre a i) interpretação dos Tratados; ii) sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União, sendo que “sempre que uma questão dessa natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal”.

³¹ Acórdão Foggia ponto 21.

³² O objetivo é que sejam evitadas distorções da concorrência e discriminações entre cidadãos, daí que nos casos de direito da União, seja possível interpretação do Tribunal de Justiça, cuja interpretação fica limitada à análise da interpretação da remissão do direito da União. Assim, é o órgão jurisdicional de reenvio, neste caso o STA que deve fornecer ao Tribunal de Justiça todos os elementos de interpretação que se relacionem com o direito da União, e é com base nestes elementos que o Tribunal de Justiça irá tomar a sua posição.

objetivos fiscais, desde que façam sentido no plano da fusão³³ (está claro à luz de uma possível análise global da operação pelas Autoridades Fiscais)³⁴.

O acórdão em questão faz alusão ainda ao facto de, quando uma operação de fusão tenha como único objetivo obter um benefício fiscal e não seja efetuada por “razões económicas válidas”, ser possível presumir que essa operação tem como principal objetivo a fraude ou evasão fiscal.

De acordo com o artigo 73.º n.º10 do CIRC, transposto do artigo 11.º n.º1 da Diretiva, a alusão aos termos “reestruturação” e “racionalização” das operações realizadas com o propósito de virem a ter “razões económicas válidas” para a fusão, ganham interesse. Assim, tem-se neste acórdão que, a fim da operação de fusão ser viável, não basta existir um efeito positivo na estrutura de custos, que resulta na redução de encargos administrativos e de gestão do grupo na sequência da fusão por incorporação, uma vez que se o objetivo for apenas o de obter um benefício puramente fiscal, a operação de reestruturação e de racionalização não pode constituir uma “razão económica válida”.³⁵

É neste sentido que o acórdão refere que “as autoridades nacionais não se podem limitar a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Com efeito, a instituição de uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal sem ter em conta a questão de saber se existe ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e poria em causa o objectivo prosseguido pela Directiva 80/434.”³⁶

Para averiguar se a operação de fusão tem um objetivo puramente fiscal que leva, por sua vez, à evasão fiscal, apela-se no referido acórdão à análise global dos elementos,

³³ Ponto 35 do acórdão Foggia.

³⁴ No nosso entendimento, o contribuinte deverá sempre analisar se de um ponto de vista da AT, a operação de fusão terá mais objetivos relativos à reestruturação societária ou se a operação de fusão apenas procura atingir benefícios fiscais.

³⁵ É este o sentido e âmbito da necessidade de um juízo e análise do membro do Governo responsável pela área das finanças, para avaliar se aquela operação está ou não a ser realizada por “razões económicas válidas”. O referido conceito não depende pois, de estar apenas prevista uma redução dos encargos administrativos e de gestão - que já são reduzidos com o efeito de todas as fusões -, mas também de outros aspetos a verificar através da avaliação do membro do Governo responsável pela área das finanças, no momento de aferição da manutenção dos prejuízos fiscais.

³⁶ Ponto 37 do Acórdão Foggia – Processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011.

nomeadamente ao facto de, à data da operação de fusão, a sociedade incorporante já não exercer nenhuma atividade de gestão, não deter nenhuma participação financeira, não exercer nenhuma atividade e, por isso, não entrar com quaisquer ativos próprios na sociedade que incorpora e, avaliar-se-á por fim, se os prejuízos fiscais a transmitir são muito elevados.

Por fim, o acórdão conclui que poderá ser presunção de que a operação não é efetuada por “razões económicas válidas”, o facto de, à data da operação, a sociedade que vai ser incorporada não exercer qualquer atividade, não deter qualquer participação financeira e transferir apenas os seus elevados prejuízos fiscais de origem indeterminada, mesmo que para o grupo signifique uma redução de custos. Nesse caso, caberá ao órgão jurisdicional avaliar se estão presentes presunções de fraude ou de evasão fiscais, no âmbito do artigo 11º nº1 al. a) da Diretiva 90/434.

2.2. Acórdão Leur Bloem³⁷

A Leur Bloem é a única acionista e diretora de duas sociedades privadas de direito neerlandês e pretende adquirir ações de uma sociedade terceira holding, sendo o pagamento realizado por permuta com as ações das duas primeiras sociedades, tornando-se assim a Leur Bloem acionista indireta destas duas sociedades.

Foi requerido à AT neerlandesa pela Leur Bloem que a referida operação fosse considerada como sendo uma “fusão por permuta de ações”³⁸, uma vez que a operação, depois de adquirido este “estatuto”, poderia beneficiar da isenção de imposto sobre a mais-valia realizada na cessão de ações e abriria ainda a possibilidade de compensação das perdas na entidade fiscal, agora criada.

No entanto, o pedido foi indeferido uma vez que o *inspecteur*³⁹ não classificou desta forma a operação. Deste modo, a Leur Bloem decidiu pela interposição de recurso da decisão do *inspecteur*, tendo considerado que a operação retratava uma operação de fusão por

³⁷ Acórdão do TJUE de 17 de julho de 1997, A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2, no processo C-28/95.

³⁸ Ponto 7 do Acórdão Leur Bloem.

³⁹ O *inspecteur* em França é a pessoa encarregada de verificar se a operação de fusão pode beneficiar dos benefícios aplicáveis às operações de fusão, nomeadamente da transmissibilidade dos prejuízos fiscais, à semelhança do membro do Governo, responsável pela área das finanças, no nosso ordenamento.

estabelecer uma cooperação entre as sociedades, enquanto que o *inspecteur*, por sua vez, sustentava que a operação não tinha como objetivo reunir as empresas de um modo financeiro e económico, dado que as empresas já tinham o mesmo diretor e um único acionista.

Sobre este assunto, o tribunal de reenvio declarou novamente que o objetivo principal da Diretiva é a “eliminação das disposições de ordem fiscal que penalizam designadamente as fusões e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes relativamente às operações envolvendo sociedades de um único Estado-Membro.”⁴⁰

Após este entendimento surgem várias questões quanto ao facto do tribunal ser ou não competente, concluindo-se pela competência do Tribunal de Justiça para interpretação do direito comunitário quando este rege diretamente a situação em causa, uma vez que o legislador nacional, ao optar pela transposição da Diretiva, quis aplicar às situações nacionais o mesmo tratamento que está descrito na Diretiva.⁴¹

Na aceção do órgão jurisdicional de reenvio concluíram-se os seguintes entendimentos quanto às diversas questões suscitadas:

- o facto da sociedade adquirente não explorar uma empresa ou a acionista única, pessoa singular, diretora das sociedades adquiridas, se tornar a única acionista e diretora da nova sociedade, não faz com que fique impedido que a operação se qualifique como permuta de ações;
- a Diretiva incentiva a que os Estados-Membros não apliquem o previsto na Diretiva, incluindo os benefícios fiscais, quando a operação de fusão tenha como principal objetivo a fraude ou a evasão fiscal;
- o artigo 11º nº1 al. a) da Diretiva pressupõe que cada Estado-Membro preveja no seu ordenamento uma presunção de fraude ou de evasão fiscal, nomeadamente através da averiguação dos objetivos da fusão, que deve ser realizada por “razões económicas válidas” como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que participam na operação;

⁴⁰ Ponto 12 do Acórdão Leur Bloem.

⁴¹ Entendimento que vai de acordo com o contemplado na Diretiva 90/434/CEE.

Neste sentido, diz-se que as autoridades competentes devem verificar o objetivo da operação, não devendo nunca limitar-se à aplicação de critérios gerais determinados, mas sim avaliando a operação através de uma análise detalhada e global.

Por este motivo, uma fusão ou reestruturação feita sob a forma de uma permuta de ações que implica uma sociedade holding novamente criada, que não possui qualquer empresa ou a reestruturação jurídica das sociedades, pode ser considerada como sendo efetuada por “razões económicas válidas”. O mesmo sucedendo para o caso de uma fusão por permuta de ações, que se destina a criar uma estrutura societária apenas por um certo período de tempo e, mesmo que este possa ser um índice de fraude ou evasão fiscal, que a operação possa vir a ser considerada realizada por “razões económicas válidas”.

Verifica-se no referido acórdão que quando não existam disposições comunitárias específicas relativamente à interpretação do artigo 11º nº1 al. a) da Diretiva, competirá aos Estados-Membros a aplicação das modalidades que vão ao encontro da Diretiva, de acordo com o princípio da proporcionalidade⁴²⁴³⁴⁴.

Considera, portanto, a decisão deste acórdão que “o objectivo prosseguido pela directiva é o de instaurar regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional. Este mesmo considerando prevê também que as fusões, as cisões, as entradas de activos e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros. É apenas quando a operação em causa tenha por objectivo a fraude ou a evasão fiscais que, nos termos do artigo 11º, bem como do último considerando da directiva, os Estados-Membros podem recusar a aplicação desta última”⁴⁵

⁴² Segundo o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 8/1996 (Diário da República, 2.ª série, de 26 de setembro de 1996) “O princípio da proporcionalidade implica que a Administração, no uso de poderes discricionários, deva prosseguir o interesse público em termos de justa medida, isto é, escolhendo as soluções de que decorram menos gravames, sacrifícios ou perturbações para a posição jurídica dos administrados.”

⁴³ O artigo 266º nº2 CRP dispõe que “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

⁴⁴ De acordo com o artigo 5º nº 2 do CPA “As decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos a realizar”.

⁴⁵ Ponto 45 do Acórdão Leur Bloem.

Por fim, é questionado neste acórdão se a compensação fiscal horizontal das perdas entre as sociedades que participam na operação constitui uma “razão económica válida” à luz da Diretiva das fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de partes sociais. Neste âmbito, foi considerado pelo acórdão que a Diretiva não faz a exigência de que a sociedade adquirente explore uma empresa, nem que haja uma relação duradoura no sentido económico ou financeiro da mesma entidade relativamente às duas anteriores sociedades, nem que haja mais do que uma pessoa singular, com o objetivo de não existir apenas uma pessoa singular acionista e diretora das sociedades adquiridas.

Adicionalmente, o referido acórdão afere também⁴⁶ para o artigo 11º da Diretiva 90/434/CEE, que propõe que “o conceito de ‘razões económicas válidas’ vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal. Assim, uma operação de fusão por permuta de acções que apenas visasse atingir esse objectivo não podia constituir uma razão económica válida na acepção desse artigo”.

Conclui o acórdão que “o artigo 11º da directiva deve ser interpretado no sentido de que, para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação. Essa apreciação deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional. Em conformidade com o artigo 11º., nº. 1, alínea a), da directiva, os Estados-Membros podem prever que o facto da operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhe determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade.”

2.3. Conclusões a retirar dos acórdãos

O acórdão Foggia alude essencialmente para o facto da tentativa de obter um benefício fiscal, não poder, só por si, ser considerada como não prosseguindo o objetivo da operação de fusão.

⁴⁶ Tal como o acórdão Foggia.

No entanto, segundo o acórdão, se for somente esse o objetivo da fusão então à partida será considerada a operação como tendo um objetivo de fraude ou evasão fiscal, caindo a operação no abuso de direito⁴⁷, pois o objetivo único da mesma é o de vir a ser favorecido de certos benefícios.

Relevante neste acórdão é o facto de que relativamente ao conceito de “razões económicas válidas”, a admitir constantemente que a redução de custos e encargos administrativos e de gestão são suficientes para considerar que uma operação de fusão é realizada por “razões económicas válidas”, o artigo 73.º n.º10 e o artigo 11º n.º1 al. a) da Diretiva 90/434/CEE ficariam desprovidos de sentido. Por este motivo, à expressão “razões económicas válidas” reuniu-se a análise dos Estados-Membros em aceitar ou recusar o benefício, de modo a não prejudicar os interesses financeiros desses Estados-Membros. Saliente-se que a Diretiva, e posterior transposição para o ordenamento português, foi realizada no sentido de o Estado-Membro deter um poder discricionário sobre a aplicação da Diretiva, nomeadamente quando o Estado-Membro considere que estas operações de fusão podem vir a prosseguir um objetivo de fraude ou evasão fiscais. Assim, quando a Diretiva entrou em vigor, os Estados-Membros tiveram a oportunidade de fazer uma avaliação de como o regime aplicado nesta Diretiva viria a ser transposto para o seu ordenamento e, em caso do regime vir a ter nesse ordenamento jurídico um objetivo (maioritário) de fraude ou evasão fiscal, os Estados-Membros que considerassem vir a ter esse risco poderiam por força da própria Diretiva não a transpor para o respetivo ordenamento.

Alude-se ainda no acórdão Foggia, ao facto de ser necessário uma análise global da operação para classificá-lo como prosseguindo, ou não, uma “razão económica válida”. Retiram-se do acórdão alguns pontos-chave que costumam ser utilizados comumente pelos tribunais para averiguar se o propósito da operação segue a análise da “razão económica válida”, como seja a estrutura dos custos ser diminuída com a operação de fusão e o aliar deste à respetiva redução de encargos administrativos e de gestão do grupo. Além destes critérios, apela-se num sentido negativo da expressão “razões económicas válidas” à análise de, à data da fusão, a sociedade que vai incorporar já não exercer nenhuma atividade de gestão, não deter nenhuma participação financeira, não exercer nenhuma atividade e por isso não entrar com

⁴⁷ No nosso entendimento, o abuso de direito é aqui retratado como descrevendo operações realizadas não com um objetivo societário, mas sim com o único objetivo de usufruir abusivamente de benefícios previstos pela legislação, uma vez que as normas não podem ser alargadas a práticas abusivas

quaisquer ativos próprios na sociedade que incorpora e ainda o facto de os prejuízos fiscais a transmitir serem muito elevados.

Por sua vez, o acórdão Leur Bloem vai em sentido semelhante ao acórdão Foggia, ao referir que se deve analisar caso a caso o objetivo prosseguido com a operação de fusão que está em causa, não se devendo fazer uma norma geral para classificar a operação de fusão como sendo abusiva, e com a possibilidade de levar à fraude ou à evasão fiscal. Neste sentido, refere-se que o conceito de “razões económicas válidas”, na aceção do referido acórdão, vai além do aproveitamento do benefício fiscal, ou seja, quando uma operação de fusão vise apenas atingir um benefício fiscal, não poderá constituir uma “razão económica válida” para a validação da operação de fusão.

Por este motivo, fica esclarecido no acórdão Leur Bloem que não se pode classificar uma operação de fusão como abusiva só pelo simples facto de existir na empresa adquirida uma única acionista e diretora, nem pelo facto de a sociedade que adquire ir explorar a empresa adquirente por um período pouco duradouro. Ou somente pelo facto da empresa estar a prosseguir também objetivos fiscais, uma vez que pode prosseguir vários objetivos com a operação de fusão, desde que o benefício fiscal seja só um dos objetivos e não a totalidade ou a quase totalidade dos objetivos a prosseguir.

Os dois acórdãos referidos, com especial incisão no acórdão Foggia⁴⁸, fazem apelo a que a expressão “razões económicas válidas” seja entendida à luz da AT, de acordo com os entendimentos da Diretiva e das decisões dos tribunais Europeus⁴⁹. Deste modo, para verificar se a operação de fusão visa “razões económicas válidas”, as autoridades nacionais do Estado-Membro, não devem limitar-se a critérios gerais e pré-determinados, mas sim devem proceder a uma avaliação casuística do caso concreto.

⁴⁸ Isto sucedeu quando o STA submeteu à apreciação do TJUE a interpretação do conceito “razões económicas válidas”, e foi confirmada a competência do TJUE.

⁴⁹ Neste sentido veja-se o ponto 12 do acórdão Andersen og Jensen Aps vs. Skatteministeriet, no processo C-43/00, de 15 de janeiro de 2002, onde se refere que “apesar de o litígio no processo principal se inscrever num contexto puramente nacional, o seu resultado depende da interpretação das normas comunitárias”. Refere ainda o dito acórdão no seu ponto 17 que quando um determinado Estado-Membro opte pela transposição da Diretiva para o direito nacional e decida pela aplicação do mesmo tratamento às situações internas e as regidas pela Diretiva, significará que o legislador desse Estado-Membro estará a alinhar ao direito comunitário as normas que regem as situações puramente internas. Daí que em caso de dúvida sobre direito da União, o órgão jurisdicional de reenvio desse Estado-Membro pode sempre colocar a questão ao Tribunal de Justiça.

Esta avaliação individual, leva a que cada Estado-Membro seja responsável pela prossecução do regime das fusões, que seja responsável pelo controlo da verificação das “razões económicas válidas” em cada operação de fusão e, finalmente, que tal leve a uma desmotivação do contribuinte relativamente ao procedimento destas operações para aproveitamento dos benefícios existentes neste regime.

Capítulo 3

3. Questão jurídica

3.1. Reconhecimento da neutralidade fiscal

Na prática, o reconhecimento da neutralidade fiscal vai ser despoletado com o processo de projeto de fusão. Através do projeto de fusão, a sociedade explica discriminadamente a modalidade de fusão, os motivos, os objetivos da operação de fusão e faz a prova da existência de “razões económicas válidas”⁵⁰. Assim, é através do projeto de fusão que a sociedade, ou neste caso o contribuinte que age em nome da sociedade, irá descrever porque é que a operação de fusão tem uma natureza e intenção neutral, e em que sentido segue o conceito das “razões económicas válidas. De seguida, irá proceder-se ao registo comercial da fusão na devida Conservatória.

De acordo com o artigo 74.º n.º 3 do CIRC⁵¹, transposto igualmente da Diretiva⁵², o regime especial aplicável às operações de fusão leva a que exista um regime de continuidade contabilística. Neste sentido, “o reconhecimento da neutralidade fiscal numa fusão foi criado para evitar que activos que passam de uma sociedade para outra, com adiamento da tributação da mais-valia, pudessem ser reavaliados na nova sociedade no momento da entrada – se assim fosse, numa posterior alienação, já não haveria mais-valia. Este requisito impede que uma fusão neutral seja uma forma de step-up de activos”.⁵³

⁵⁰ Neste sentido, veja-se o artigo 98º CSC n.º 1, onde estão previstos os elementos necessários para o perfeito conhecimento do facto de que a operação tem objetivos jurídicos e económicos. Releva para o nosso estudo as alíneas a) e b) do artigo mencionado, onde se refere que o projeto de fusão deve conter a modalidade, os motivos, as condições e os objetivos da fusão, em relação a todas as sociedades que estão a participar, e o tipo, a firma, a sede, o montante do capital e o número de matrícula no registo comercial de cada uma das sociedades, assim como, a sede e a firma da sociedade resultante da fusão.

⁵¹ Artigo 74.º n.º3 do CIRC: “3- A aplicação do regime especial determina que a sociedade beneficiária mantenha, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora antes da realização das operações, considerando-se que tais valores são os que resultam da aplicação das disposições deste Código ou de reavaliações efetuadas ao abrigo da legislação de carácter fiscal.”

⁵² Segundo o Despacho 1675/2004-XV, de 16-97-2004, no seu ponto 10, vem referido que “deve reter-se que o regime de neutralidade fiscal não é resultado da livre opção do legislador nacional, mas o produto de uma imposição comunitária consubstanciada na Directiva n.º 90/434/CE, de 23 de Julho, cuja aplicação só pode ser afastada caso se verifique qualquer das circunstâncias referidas no seu art. 11º, no caso a operação ter como principal objectivo ou contar entre os seus principais objectivos a fraude ou evasão fiscal, constituindo presunção de tal a operação não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participem na operação.”

⁵³ De acordo com a opinião de J. L. Saldanha Sanches, “Fusão inversa e neutralidade (da Administração Fiscal)”, pág. 34 e 35

Verificados os pressupostos da norma do CIRC é reconhecida a neutralidade da operação de fusão. Como refere Saldanha Sanches⁵⁴ “quanto aos *pressupostos*, ou requisitos entretanto verificáveis, o acto de reconhecimento da isenção já se pronunciou e a fusão é, a partir daí, neutral – produz todos os seus efeitos enquanto se cumpram os futuros requisitos que encontramos na lei. Quais? Os requisitos quanto ao tratamento contabilístico da fusão, previstos no artigo 68.º, n.º3, do Código do IRC (atual artigo 74.º CIRC), os requisitos quanto à transmissibilidade de prejuízos previstos no artigo 69.º (atual artigo 75.º CIRC) e, com menos intensidade, todos os deveres de cooperação que decorrem da fusão, previstos principalmente no actual artigo 72.º do Código do IRC (atual artigo 78.º CIRC)”

3.2. Legalidade e interpretações fraudulentas do conceito "razões económicas válidas"

Temos referido a Diretiva 90/434/CEE e o seu regime aplicável às fusões, uma vez que sem a existência de um regime comunitário não existiria transposição para as normas internas. Sendo assim, Portugal, ao contrário de outros países como a Alemanha⁵⁵ ou a Holanda⁵⁶, decidiu transpôr para o sistema português o regime aplicável às fusões, nomeadamente na transposição da expressão “razões económicas válidas” para que, através do conceito, se verifique se a fusão tem como objetivo a fraude ou evasão fiscais. Portugal decidiu também pela transposição da transmissibilidade dos prejuízos fiscais no caso de operações de fusão.

A prova de que existem “razões económicas válidas” para efeitos de operações de fusão, pode, à luz do nosso ordenamento, vir a ser necessária em duas fases, sendo a primeira na altura do projeto de fusão, projeto este necessário para o registo comercial da operação de fusão na Conservatória⁵⁷, e a segunda, quando haja prejuízos fiscais a transmitir, ou seja, no momento do requerimento de transmissibilidade dos prejuízos fiscais da anterior sociedade para a sociedade adquirente.

⁵⁴ J. L. Saldanha Sanches, “Fusão inversa e neutralidade (da Administração) Fiscal”, pág. 34

⁵⁵ Neste sentido, segundo Teresa Gil de Oliveira Braga, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões”, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*, 2012, n.º 49, pág. 49, refere que o sistema alemão não transpôs para o seu ordenamento, por exemplo, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais no caso de uma operação de fusão, quer nas reorganizações internas, quer nas reorganizações transfronteiriças, indo do mesmo modo, de acordo com o artigo 6.º da Diretiva, que dá a possibilidade/liberdade de escolha aos Estados-Membros de optarem pela transmissibilidade ou não transmissibilidade dos prejuízos fiscais em caso de fusão, desde que obedeam ao princípio da não discriminação entre operações de fusão internas e transfronteiriças.

⁵⁶ A autora Teresa Braga faz também referência ao regime holandês e ao facto de a transmissibilidade dos prejuízos fiscais na Holanda só ser admitido em certos casos restritos, e com regras detalhadas da lei.

⁵⁷ De acordo com o artigo 100.º n.º1 do CSC, o projeto de fusão deve ser registado, e publicado de imediato.

A primeira fase onde o contribuinte deve explicar detalhadamente as “razões económicas válidas” que levaram à operação de fusão é a fase do projeto de fusão. No fundo, as “razões económicas válidas” que devem ser consideradas no projeto de fusão são o leque de razões viáveis à operação de fusão, nomeadamente a compilação dos objetivos que a operação prossegue, como seja as razões de gestão, de racionalização, diminuição da estrutura financeira e administrativa, o facto da fusão levar à concentração dos meios e recursos numa só entidade e, finalmente, o porquê da atividade fazer mais sentido no âmbito de uma fusão entre sociedades, do que entre sociedades separadas. Pode ser explicado que a operação de fusão está a ser realizada por “razões económicas válidas”, por exemplo pelo facto de que com a operação de fusão irá ocorrer neutralização dos efeitos negativos que seriam gerados pela manutenção de duplicação de estruturas, ou diminuição dos custos associados à manutenção de duas sociedades ou, ainda, fazendo prova de que com a sinergia das duas atividades e respetiva sinergia da natureza administrativa, financeira e funcional será possível levar a uma melhoria da competitividade e da qualidade do serviço prestado aos clientes.

Na segunda fase, que é a do requerimento de transmissão dos prejuízos fiscais, que só sucede, claro está, quando existirem prejuízos a transmitir de uma sociedade para a nova sociedade que se gerou com a operação de fusão, haverá maior incidência na explicação dos motivos e da forma pelos quais a operação de fusão prossegue “razões económicas válidas”. Neste requerimento é comum anexar o projeto de fusão realizado na altura do registo, de modo a ter mais informação que comprove que o objetivo da fusão prossegue os objetivos previstos nas normas internas e comunitárias para a transmissibilidade dos prejuízos fiscais.

I) Objetivo do conceito “razões económicas válidas” no nosso ordenamento

Para que uma fusão seja realizada de acordo com o nosso ordenamento - ou seja, para que a fusão seja aceite à luz do nosso ordenamento e possa beneficiar do regime especial aplicável às fusões que está previsto, e detenha em si “razões económicas válidas” não assumindo carácter ou objetivo de fraude ou evasão fiscal -, o contribuinte em nome da sociedade fará o projeto de fusão, justificando e fazendo prova da:

- 1) sujeição de ambas as sociedades ao mesmo regime de tributação em IRC;

- 2) reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que irão dar origem á fusão.

Deste modo, e não havendo prova dos dois pontos acima referidos, o regime das fusões não se aplica.

Segundo Teresa Oliveira⁵⁸, o legislador no nosso ordenamento jurídico “impõe que se faça a prova de que a reestruturação se encontra sustentada por ‘razões económicas válidas’, caso contrário, não estão verificados os pressupostos da aplicação do regime das fusões, nem assim, se obterá a autorização para transmitir os prejuízos fiscais. A Diretiva não vai, no entanto, no mesmo sentido, uma vez que “para os efeitos de negar os benefícios nela previstos, nos quais não se inscreve a transmissibilidade de prejuízos, é à administração fiscal que cabe fazer a demonstração.”

Assim, parece poder afirmar-se que uma operação de fusão vai de acordo com o citado no nosso ordenamento jurídico, isto é, à partida uma operação de fusão não tem carácter ou objetivo de fraude ou evasão fiscal, quando seja realizada por “razões económicas válidas”, conceito que o legislador concretiza como a reestruturação ou a racionalização das atividades que nela participam. Para isso, é necessário que a operação em causa siga um caminho de racionalização e de sinergia das anteriores atividades e que, como já se referiu, não seja realizada apenas com o intuito de obter um benefício fiscal.

II) Interpretações fraudulentas do conceito "razões económicas válidas"

Quanto às “razões económicas válidas” o ordenamento português, no seu artigo 73.º nº 10 do CIRC⁵⁹, refere que todo o regime das fusões descrito na subsecção IV da seção VI do CIRC

⁵⁸ Teresa Gil de Oliveira Braga, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*”, 2012, nº 49, pág. 49

⁵⁹ Artigo 73.º nº10 CIRC: “10- O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.”

não se aplica, quando as operações relativas à fusão tiverem como principal objetivo a evasão fiscal, que se pressupõe verificado nas duas situações descritas na norma referida:

- 1) Quando as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC;
- 2) Quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam.

O conceito de “razões económicas válidas” é, no entanto, um conceito muito vago e indeterminado⁶⁰, não existindo até à data, tanto no ordenamento português como no europeu, qualquer definição da expressão. Existe, ainda, pouca jurisprudência⁶¹ a referir o conceito e por esta razão já foi necessário um pedido de reenvio ao TJUE⁶², da abrangência e amplitude da expressão.

Por este motivo é que a Diretiva 90/434/CEE deixa ao critério dos Estados-Membros a liberdade de decidir entre a sua transposição ou não transposição, visto que a possibilidade de fraude ou evasão fiscal é grande nas operações de fusão. Os Estados-Membros têm também a capacidade de optar por especificidades das normas relativas a operações de fusão, tais como, no caso das transmissões de prejuízos fiscais, ter que ser feito um pedido ao membro do Governo responsável pela área das finanças. Isto porque o legislador português, no momento da transposição da Diretiva, considerou que, sem um mecanismo de aprovação e avaliação específica do caso concreto, anterior à permissão de fusão, levaria a que ocorressem, no caso de transmissão dos prejuízos fiscais para uma nova sociedade, rearranjos fraudulentos por parte das sociedades, somente com esse intuito.

O sentido da transmissibilidade dos prejuízos fiscais está muito interligado ao conceito de “razões económicas válidas”, uma vez que para a permissão da transmissão dos prejuízos fiscais provenientes de uma das sociedades que irão resultar em operação de fusão, será

⁶⁰ No entanto, “segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça (...), existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar”, de acordo com o ponto nº 18 do Acórdão Andersen og Jensen Aps e Skatteministeriet, Processo C-43/00, que afere para o acórdão Leur Bloem ponto nº 32.

⁶¹ Tal como sabemos, a jurisprudência é uma fonte de direito.

⁶² No Caso Foggia.

necessário, como já referido, uma aceitação do membro do Governo responsável pela área das finanças.

Para esse efeito, será também necessária a formulação de um projeto de fusão que explicita toda a intenção das sociedades em fazer a operação de fusão. Dentro desta intenção terá que ser explicado os motivos e objetivos da mesma, como já anteriormente referido, e também terá que ser explicitado se a operação tem um objetivo neutral e está conforme com o princípio da neutralidade. Importa nesta secção referir que além de tudo o que já foi dito, será de extrema importância ficar evidenciado no projeto de fusão se a operação de fusão possui “razões económicas válidas”. Caso este conceito não fique provado no projeto de fusão, levará a considerar que a operação de fusão está a ser realizada com o único objetivo de a nova sociedade vir a deduzir os prejuízos fiscais da anterior sociedade⁶³ e, por isso, fique provado que a operação de fusão não tem conteúdo de “reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades”⁶⁴.

Foi este motivo que levou à necessidade da previsão da norma do artigo 73.º n.º10 CIRC e à transposição do conceito “razões económicas válidas”, que é admitida na maioria da jurisprudência como sendo uma norma anti-abuso⁶⁵, pelo facto de levar a que o contribuinte preveja que numa transmissão de prejuízos fiscais provenientes de uma operação de fusão, terá que provar as “razões económicas válidas” que levaram a essa operação. Relembre-se que o objetivo da previsão deste conceito tanto ao nível Comunitário, como ao nível interno,

⁶³ Neste sentido, veja-se o Despacho 3137/2003, de 18-12-2003, que refere que “com o requisito de que a fusão tem de ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes trata-se precisamente de explicitar que a dedução dos prejuízos fiscais não pode constituir o motivo relevante para a operação, ou seja, exige-se que a operação possua razões económicas próprias, e não meramente fiscais, sendo aquelas objecto de prévia apreciação administrativa. Nestes termos, pode mesmo afirmar-se que a exigência legal de que a fusão tenha por motivação razões económicas válidas dirige-se, na sua essência, a excluir do regime as operações que visem apenas, ou principalmente, conseguir uma vantagem fiscal.”

⁶⁴ Segundo artigo 73.º n.º 10 CIRC .

⁶⁵ O objetivo de uma cláusula anti abuso é o de prevenir que haja um aproveitamento do contribuinte no sentido da manipulação das normas jurídicas. Neste sentido, veja-se Sérgio Vasques “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2011.

⁶⁶ Para este efeito veja-se o acórdão do CAAD 14/2011-T, de 04-01-2012, no seu ponto 46 “46. A propósito de um eventual comportamento abusivo, o Tribunal Arbitral deliberou em despacho interlocutório, por maioria, o seguinte: “O disposto no n.º 10 do artigo 67.º do CIRC (atual artigo 73.º, n.º 10) constitui uma norma antiabuso – como se pode concluir tanto face aos parâmetros do direito fiscal nacional, como do direito da União Europeia, pois que é idêntica a redação das respetivas normas (cfr. o artigo 11 da Diretiva n.º 90/434/CEE de 23 de Julho de 1990, que permite a recusa do regime de neutralidade quando haja abuso, e sendo exemplo deste a ausência de razões económicas válidas; cfr. também o Caso Foggia, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 10 de Novembro de 2011, processo n.º C-126/10, in Jornal Oficial da União Europeia, de 28 de Janeiro de 2012, e jurisprudência assente do mesmo Tribunal citada nesse mesmo Caso Foggia).

foi o de prevenir que, com este conceito, o contribuinte esteja precavido de suporte à prova de que a operação de fusão prossegue efetivamente, “razões económicas válidas”.

Conclusão

A neutralidade das operações de fusão assume importância no que respeita ao conceito de “razões económicas válidas”, pois à partida, e segundo a jurisprudência apresentada no presente estudo, uma fusão que vá no sentido de uma operação realizada por “razões económicas válidas” é sempre neutral.

Portugal optou pela transposição da Diretiva 90/434/CEE mantendo, no entanto, uma posição cautelosa quanto à manutenção dos prejuízos fiscais para a nova sociedade: é necessário que o contribuinte faça o pedido de transmissão de prejuízos fiscais ao membro do Governo, responsável pela área das finanças, com a respetiva demonstração dos motivos, objetivos e alcance da fusão, demonstrando ainda para este efeito, no projeto de fusão se a mesma está a ser realizada por “razões económicas válidas” para que haja uma posterior análise da operação de fusão e, conseqüentemente, lhe seja concedida ou negada a transmissão dos prejuízos fiscais, por despacho do membro do Governo, responsável pela área das finanças. O objetivo é evitar o abuso da norma transposta da Diretiva para o ordenamento português.

Considera-se, então, que a não concessão da transmissibilidade dos prejuízos fiscais de uma sociedade para a nova sociedade deve ser provada pela AT, nomeadamente o facto dessa operação de fusão não estar a ser realizada por “razões económicas válidas”. Porém, o pedido de transmissibilidade dos prejuízos fiscais e seus objetivos com a referência às “razões económicas válidas” que motivaram a operação de fusão, deve ser provada pelo contribuinte, quer no projeto de fusão, quer no requerimento de transmissão dos prejuízos fiscais.

Poderá igualmente afirmar-se que, segundo as normas do ordenamento português, existem “razões económicas válidas” quando a fusão se insira numa estratégia de reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que nelas participavam e, portanto, na observância do princípio da neutralidade e da continuação da atividade, por meios legais, fiscais e na prossecução de atividades de gestão menos dispendiosas e mais concentradas.

Por fim, é possível afirmar que, a provar-se que a operação de fusão tem como principais objetivos a fraude ou a evasão fiscais, estará automaticamente provada que a operação não demonstra “razões económicas válidas” e que, portanto, o contribuinte não poderá beneficiar do regime das fusões.

O conceito “razões económicas válidas” mantém-se no entanto como um conceito vago e indeterminado e com interpretações âmbguas, que dão lugar a dúvidas de interpretação e a pedidos de entendimento ao TJUE.

Entendendo que as grandes limitações desta expressão pouco clara são a falta de uma definição expressa da mesma, consideramos que através da fomentação de uma opinião mais unificada e fortalecida na comunidade, seja possível evitar a fraude, promover clareza e evitar o contorno da lei. Deste modo, entendemos que a solução para este problema passa pela continuação da interpretação de jurisprudência, de modo a descortinar em que sentido o TJUE tem vindo a aplicar a expressão “razões económicas válidas”.

No futuro, e num plano europeu, a solução passará pela previsão de uma definição clara na lei do conceito “razões económicas válidas”, ou pela simples alteração da mesma para um conceito preciso. Em Portugal e, a manter-se a expressão comunitária, a solução poderá passar pela emissão de uma circular⁶⁷, com o entendimento da AT ou pelo menos algumas diretrizes que justifiquem a expressão “razões económicas válidas”.

⁶⁷ Uma circular não tem força vinculativa, no sentido em que não podem ser utilizadas pelo Tribunal para tomada de uma decisão judicial, mas têm como objetivo principal uniformizar a aplicação da lei, onde a lei estiver menos clara. Neste sentido, servem de diretrizes ao contribuinte e à AT de como se deve regular certa norma. Neste sentido veja-se o artigo de João Taborda Gama, “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas...”

Bibliografia

Casalta Nabais, José, *“Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de direito fiscal”*, Almedina 2005.

Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione, Raffaele Russo, *“Fundamentals of International Tax Planning”*, IBFD Publications, Raffaele Russo Ed. 2007.

J. Bilau *“Tratamento fiscal das fusões de sociedades”*, Jornal Técnico de Contas e da Empresa, 364

J. L. Saldanha Sanches, *“Fusão inversa e neutralidade (da Administração) Fiscal”*

João Tabora Gama, *“Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas...”*

Rui Duarte Morais, *“Apontamentos ao IRC”*, Coimbra Editora 2007

Sérgio Vasques, in *“Manual de Direito Fiscal”*, Almedina Editora, 2011.

Teresa Gil de Oliveira Braga, *“A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões”*, in *Fiscalidade - Revista de direito e gestão fiscal*, 2012, nº 49.

Jurisprudência

Acórdão do TJUE de 17 de julho de 1997, A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, no processo C-28/95.

Acórdão do TJUE, de 15 de janeiro de 2002, Andersen og Jensen Aps vs. Skatteministeriet, no processo C-43/00

Acórdão do TJUE de 10 de novembro de 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, no Processo C-126/10.

Acórdão do STA 232/12 de 16-01-2013, relator Francisco Rothes

Acórdão do CAAD 14/2011-T, de 04-01-2012, relator João Menezes Leitão

Circulares e Despachos

Circular 6/2002, de 02-04-2002.

Despacho P 2890/2007, de 13-03-2012.

Despacho 1675/2004-XV, de 16-97-2004

Despacho 3137/2003, de 18-12-2003

Outros

Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 8/1996 (Diário da República, 2.ª série, de 26 de Setembro de 1996)