

Conceito de razões económicas válidas – análise do seu desenvolvimento ao nível europeu e aproximação ao modelo norte-americano



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Dissertação final de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa para a obtenção do
grau de Mestre por Sara Oliveira de Almeida sob orientação do Sr. Dr. Rui
Camacho Palma

Lisboa

30 de Junho de 2015

Índice

Abreviaturas	3
Introdução	4
Parte I	6
1. Conceito de razões económicas válidas	6
1.1. – Contextualização	6
1.2. – Breve introdução à Directiva Fusões e Aquisições	8
1.3. – Análise da evolução da jurisprudência	11
1.3.1. – Leur Bloem	11
1.3.2. – Kofoed.....	14
1.3.3. – Foggia	16
1.3.4. – Zwijnenburg.....	22
1.4. – Conceito no âmbito europeu.....	25
Parte II	26
2. – Aproximação ao sistema norte-americano	26
2.1. – Breve introdução.....	26
2.2. – Jurisprudência.....	29
2.2.1. – Gregory v. Helvening.....	29
2.2.2. – Frank Lyon v. United States	31
2.3. – A doutrina da substância económica – questões	33
Conclusões	36
Referências bibliográficas	39

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

CSC - Código das Sociedades Comerciais

EM - Estado-Membro

SE - Secretário de Estado

STA - Supremo Tribunal Administrativo

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

Introdução

Na actual conjuntura, a Europa vê, cada vez mais, a necessidade de se afirmar como competitiva e unitária no sentido de se tornar mais atractiva e de ter uma posição de relevo a nível internacional.

Um dos objectivos da Directiva 2009/133/CE, de 19 de Outubro de 2009, cuja redacção inicial remonta a 1990, é exactamente esta necessidade de afirmação e unidade e de uma atitude mais capaz, empreendedora e de acordo com o Mercado Único.

No entanto, numa era em que impera a procura do melhor resultado fiscal possível e em que as empresas estão orientadas para o menor gasto fiscal possível, aumenta o risco de fraude e evasão fiscal, fazendo, por consequência, aumentar os esforços legislativos para diminuir estes casos.

Uma das formas de colmatar eventuais utilizações abusivas da Directiva é exactamente a sua norma anti-abuso prevista no artigo 15º que permite aos EM recusar a aplicação dos benefícios previstos na Directiva quando haja indícios de fraude ou evasão fiscais. Para tal, usa-se o conceito de razões económicas válidas como presunção do comportamento abusivo e é exactamente esse conceito que nos propomos a analisar nesta tese. Isto é, vamos analisar em que circunstância a ausência de razões económicas válidas deve implicar a recusa de aplicação da Directiva.

Para atingirmos este objectivo, começaremos por analisar na I Parte a Directiva e a sua evolução, a norma anti-abuso prevista no artigo 15º e a evolução do conceito de razões comerciais válidas na jurisprudência, com especial detalhe no caso do Ac. Foggia que vem densificar a análise do conceito.

Na II Parte, e por uma questão de evolução e crítica à análise do conceito, vamos analisar o conceito de substância económica no ordenamento norte-americano, analisando para o efeito alguma jurisprudência e explicando o caminho percorrido pela jurisprudência norte-americana e a sua dualidade na análise do abuso, fazendo, por um lado, referência ao crivo do *business purpose* e, por outro, ao das razões económicas válidas.

Por fim, apresentamos as nossas conclusões focando o que nos parece ser a evolução do conceito e uma boa forma de encontrar novas abordagens ao que tem vindo a ser a opinião do TJUE.

Parte I

1. Conceito de razões económicas válidas

1.1. – Contextualização

Como forma de introduzir a Directiva¹ que vamos analisar ao longo desta dissertação, parece-nos relevante começar por distinguir alguns conceitos tratados, nomeadamente, relativos às reorganizações societárias.

Para começar, cumpre mencionar o conceito de fusão². A fusão consiste na reunião de uma ou mais sociedades numa só (conforme estabelece o n.º1 do art. 97.º do CSC). As fusões podem ser internas ou transfronteiriças, dependendo da proveniência das sociedades em reunião³.

A fusão pode operar por incorporação ou concentração. No primeiro caso, a fusão opera pela transferência do património da sociedade incorporada, ou das sociedades incorporadas – ou seja, todos os seus activos e passivos – por ocasião da sua dissolução sem liquidação, para a sociedade incorporante. Em contrapartida, são entregues aos sócios ou accionistas da sociedade ou sociedades incorporadas quotas ou acções representativas do seu capital social, com base no valor que tenha sido negociado entre ambas e, “eventualmente, uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico” dos títulos sociais. No segundo caso, transfere-se o património das empresas fundidas para uma nova empresa, atribuindo-se aos sócios ou accionistas da nova empresa as respectivas partes do capital social que tenham ficado acordadas no âmbito das negociações e, “eventualmente, uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico” dos títulos sociais.

¹ Referimo-nos aqui à Directiva 2009/133/CE, de 19 de Outubro de 2009 cuja análise vai ocupar esta dissertação.

² Vd. Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Almedina, pp. 896 e ss.

³ Cfr. art. 117.º-A a 117.º-L do CSC.

Ou seja, a fusão por incorporação funciona com o seguinte esquema:

$$A + B = B,$$

Ao passo que a fusão por concentração funciona com o seguinte esquema:

$$A + B = C.$$

De seguida importa referir o conceito de “cisão”, que se consubstancia numa separação patrimonial de uma sociedade originando duas ou mais sociedades, conforme refere o artigo 118.º do CSC. Refere ainda a Directiva que a cisão compreende a operação pela qual uma “sociedade transfere, por altura da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para duas ou mais sociedades já existentes ou novas, mediante a atribuição aos seus sócios, de acordo com uma regra de proporcionalidade, de títulos representativos de capital social das sociedades beneficiárias da entrada e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos.”

A cisão parcial, por outro lado, dá-se não por ocasião da dissolução mas sim pela transferência de um ou mais ramos da sua actividade para uma nova sociedade ou para uma sociedade já existente, aplicando-se o mesmo princípio quanto à transferência de títulos e de quantias em dinheiro.

Por entrada de activos compreende-se a operação pela qual “uma sociedade transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade, mediante entrega de títulos representativos do capital da sociedade beneficiária da entrada”.

Por fim, por permuta de acções deve entender-se a operação pela qual uma sociedade adquire acções de outra, ficando assim com a maioria dos direitos de voto, ou a operação pela qual uma sociedade que, já detendo participação maioritária, adquire novas participações numa segunda sociedade mediante a atribuição aos sócios da segunda sociedade de títulos representativos da primeira e eventualmente de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos.”

1.2. – Breve introdução à Directiva Fusões e Aquisições

A transformação da estrutura societária é um meio de exercício da liberdade de estabelecimento⁴.

Para além de constituir uma forma de exercício de uma liberdade fundamental, a reestruturação societária através da fusão ou cisão de sociedades vem especificamente consagrada na Directiva 2009/133/CE, de 19 de Outubro de 2009, que veio substituir a Directiva 90/434/CE, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às operações de fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de EM diferentes e à transferência da sede de uma “Sociedade Europeia” (SE) ou de uma “Sociedade Cooperativa Europeia” (SCE)⁵.

A Directiva é criada para estabelecer, na União Europeia, condições análogas às que existiriam se o processo de reestruturação fosse efectuado ao nível interno, fazendo assim face a quaisquer entraves, restrições ou desvantagens que pudessem resultar das disposições internas de cada estado membro⁶.

Neste sentido, criaram-se regras fiscais neutras com o objectivo de permitir às empresas adaptarem-se às exigências do mercado comum, reforçando a sua competitividade ao nível internacional⁷.

⁴ Ac. C-411/03 de 13 de Maio de 2005 refere que “ as operações de fusão transfronteiriças tal como as outras operações de transformação de sociedades (...) constituem formas particulares de exercício da liberdade de estabelecimento”.

⁵ Sobre as diferenças relativas às actualizações da Directiva, bem como relativamente à sua aplicação pelos EM, leia-se o Ernst & Young, Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive as amended); Ben Terra e Petter Mattel, European Tax Law, 5ª Edição, Países Baixos, Kluwer Law International, 2008, pp. 131 e ss..

⁶ Cfr. considerando 2.

⁷ Cfr. considerando 3 da Directiva e Ac. de 17 de Julho de 1997, Leur Bloem, Processo C-28/95, nº45.

A criação de regras comuns às reestruturações previstas na Directiva afasta eventuais diferenças de regimes internos e passa para o momento da realização efectiva, o momento da tributação de rendimento, lucro e mais-valias, desde que determinadas condições sejam reunidas⁸, assegurando, no entanto, a preservação dos poderes de tributação dos EM.

A Directiva aplica-se apenas a determinado tipo de sociedades, nomeadamente as enumeradas na parte A do anexo I⁹; que sejam consideradas como tendo o seu domicílio fiscal num EM e que nos termos de um acordo de dupla tributação não tenham o seu domicílio fiscal fora da comunidade¹⁰; e que estejam sujeitas a um dos impostos referidos na parte B do anexo A, isto é, impostos sobre o rendimento¹¹.

A Directiva prevê a possibilidade dos EM recusarem a aplicação dos benefícios previstos na Directiva quando a operação tenha como objectivo, ou um dos objectivos, a fraude ou evasão fiscais¹². Cria-se assim uma disposição anti-abuso a ser transposta pelos EM que, tal como referimos anteriormente, é a disposição que nos propomos a analisar¹³.

Refere o artigo 15.º da Directiva que os Estados Membros (EM) podem recusar aplicar o regime da Directiva quando seja claro que a operação de reorganização não seja

⁸ Cfr. considerando 7.

⁹ Cfr. artigo 3º, alínea a)

¹⁰ Cfr. artigo 3º alínea b)

¹¹ Cfr. artigo 3º, alínea c)

¹² Este artigo constava, inicialmente do art. 11, nº1, alínea a) da primeira versão da Directiva 90/434/EEC do Conselho, de 23 de Julho de 1990.

¹³ Sobre do tema do abuso no direito fiscal europeu, tendo por base a análise da jurisprudência do TJUE, cfr. Confédération Fiscale Européene, Opinion Statement of the CFE ECJ Task Force on the Concept of Abuse in European Law, based on the Judgements of the European court of Justice Delivered in the Field of Tax Law - November 2007. (Disponível em http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/cfe-opinion-statement-on-abuse-in-european-law_nov-2007_0.pdf. Consultado pela última vez em 5 de Abril de 2015); Ben Terra e Peter Wattel, *European Tax Law*, cit., pp. 548, ss.

executada por razões económicas válidas, como “a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscal”.

Pese embora o facto de o direito europeu prever como princípio geral a proibição do abuso, a Directiva apresenta uma norma específica anti-abuso no já referido artigo. A norma anti-abuso pode ser transposta pelos EM para o seu ordenamento interno para além de uma cláusula geral que já existe internamente. Assim, nos termos da Directiva, havendo razões económicas válidas, são afastados os indícios de fraude e evasão fiscal.

Podemos considerar que o conceito de razões económicas válidas constitui um conceito de direito europeu, pelo que, em última análise, a interpretação deste conceito compete ao TJUE, conforme tem sido feito pela jurisprudência¹⁴.

É essencial, para uma análise conceptual, analisar o tratamento do conceito pelo TJUE, nomeadamente através de diferentes acórdãos.

¹⁴ Nomeadamente pelo Ac. Leur-Bloem e Foggia, sendo este último o cerne da nossa análise e o que mais desenvolve o artigo 15º da Directiva.

1.3. – Análise da evolução da jurisprudência

1.3.1. – Leur Bloem

A Senhora Leur Bloem é accionista única de duas sociedades privadas holandesas e pretendia adquirir acções de uma terceira sociedade holding. Para tal, Leur Bloem pretendia efectuar o pagamento através da permuta de acções das suas duas sociedades. Esta permuta de acções fazia com que a Senhora Leur Bloem ficasse, indirectamente, accionista única das primeiras sociedades.

A Lei holandesa previa que, num caso de operação de fusão por permuta de acções, poderia beneficiar-se de uma isenção de imposto sobre mais-valias.

Face ao exposto, Leur Bloem pediu à autoridade tributária holandesa que a operação em questão fosse considerada uma fusão¹⁵, no entanto, estas consideraram que não se tratava de uma operação de fusão.

¹⁵ Nos termos do artigo 14º da lei sobre os rendimentos holandesa, “Existe fusão de sociedades quando: a) uma sociedade estabelecida nos Países Baixos adquire, mediante entrega das suas próprias acções ou títulos participativos, com eventual pagamento de uma compensação, algumas acções de outra sociedade estabelecida nos Países Baixos que lhe permitem exercer mais de metade dos direitos de voto nesta última sociedade, a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessa sociedade e a de outra numa mesma entidade; b) uma sociedade estabelecida num Estado-Membro das Comunidades Europeias adquire, mediante entrega das suas próprias acções ou títulos participativos, com eventual pagamento de uma compensação, algumas acções de outra sociedade estabelecida noutra Estado-Membro das Comunidades Europeias que lhe permitem exercer mais de metade dos direitos de voto nesta última sociedade, a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessa sociedade e a de outra numa mesma entidade.»

Leur Bloem interpôs recurso, argumentando que a operação visa uma cooperação mais estreita entre as sociedades, ao que a administração tributária holandesa contrapõe argumentando que a operação não tem um objectivo financeiro e económico, uma vez que as entidades já existiam e tinham a mesma accionista e directora. O tribunal holandês considerou que no caso em análise seria necessário interpretar uma norma que transpunha a Directiva e, face a isto, foi feita a seguinte questão prejudicial ao TJUE:

“Constitui uma razão económica válida para a permuta de acções (...) o facto de a referida permuta se efectuar para realizar uma compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades participantes?”

O TJUE responde dizendo que o regime da Directiva aplica-se “indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entrada de activos e de permutas de acções independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais”. Apesar de parecer indicar que a Directiva é aplicada independentemente da existência de intuito fraudulento, o Tribunal não desenvolve a questão, ficando por tratar uma aproximação ao conceito de razões económicas válidas.

O essencial a retirar do Acórdão prende-se com a forma como deve aferir-se a existência de fraude ou evasão fiscal. Refere o TJUE que os EM não devem limitar-se a aplicar critérios gerais pré-determinados, devendo antes observar a operação como um todo, fazendo uma análise casuística como é referido no parágrafo 41 do Acórdão¹⁶. Tendo sempre por base o princípio da proporcionalidade na transposição da norma anti-abuso da Directiva para o seu ordenamento, o que aconteceu no caso português uma vez que a transposição para a ordem interna inclui a definição exacta do texto da Directiva.

Por fim, o Acórdão lembra que um mecanismo de reorganização não pode, por si só, constituir um elemento determinante para a ausência de razões económicas válidas, dando para tal vários exemplos: a criação de uma nova sociedade holding que não

¹⁶ “ (...) para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Segundo uma jurisprudência constante, essa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional (...)”

possui qualquer empresa, a reestruturação económica de sociedade que anteriormente já formava uma entidade do ponto de vista económico e financeiro ou até a criação de estruturas por tempo limitado¹⁷.

Assim, elementos como os referidos podem ser importantes para apurar a existência de motivos económicos válidos mas não são suficientes¹⁸, *per si*, para apurar se estamos perante uma prática abusiva do direito, sendo sempre necessária uma análise do todo da operação para que se conclua pela existência, ou não, de indícios de fraude ou evasão fiscal. Esta linha de argumentação é retomada pelo caso Foggia, conforme iremos analisar de seguida.

¹⁷ Cfr. nº 42 do Ac. que sustenta o seguinte: “ Todavia, nenhum desses elementos pode ser considerado, em si mesmo, decisivo. Com efeito, uma fusão ou uma reestruturação feita sob a forma de uma permuta de acções que implica uma sociedade *holding* novamente criada, que não possui assim nenhuma empresa, pode ser considerada como tendo sido efectuada por razões economicamente válidas. Do mesmo modo, tais fundamentos podem tornar necessária a reestruturação jurídica das sociedades que formam já uma entidade de um ponto de vista económico e financeiro. Também não se pode excluir, mesmo que isso possa constituir um indício de fraude ou de evasão fiscais, que uma fusão por permuta de acções que se destina a criar uma estrutura determinada por um período limitado, e não de modo duradouro, possa ter sido efectuada por razões economicamente válidas.”

¹⁸ Conforme refere o TJUE nos nºs 47 e 48 do Ac., “ a simples procura de um benefício puramente fiscal” não constitui uma razão económica porque “c) o conceito de razão económica válida, na acepção do artigo 11.º da directiva, deve ser interpretado como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas”.

1.3.2. – Kofoed

No caso do processo C-321-05 de 5 de Julho de 2007, o senhor Kofoed e o senhor Toft dão origem a um litígio no TJUE na sequência de uma operação de permuta de acções na Dinamarca.

O senhor Kofoed e o senhor Toft detinham, em partes iguais, uma sociedade de responsabilidade limitada de direito dinamarquês e em 1993 adquirem, cada um, uma das duas acções de uma sociedade de direito irlandês.

Após um aumento de capital da sociedade de direito irlandês, Kofoed e Toft permutam as suas acções na primeira sociedade por acções nesta.

O primeiro indicou na sua declaração de rendimentos a permuta de acções como sendo isenta de imposto. A administração dinamarquesa não concorda alegando que a operação em análise não podia beneficiar da isenção ao abrigo da Directiva.

O senhor Kofoed contestou a decisão em tribunal e este dirigiu a seguinte questão prejudicial ao TJUE:

“O artigo 2.º, alínea d), da Directiva 90/434/CEE [...] deve ser interpretado no sentido de que não se verifica uma 'permuta de acções', na acepção desta Directiva, se os participantes nessa permuta, a par do acordo de permuta e sem contraírem uma obrigação jurídica, derem a entender a sua intenção comum de, na primeira assembleia-geral da sociedade adquirente a seguir à permuta, votarem uma distribuição de lucros superior a 10% do valor nominal dos títulos que foram entregues no âmbito dessa permuta e se esses lucros forem efectivamente distribuídos?”

Quanto à questão de saber se se trata de uma permuta de acções enquadrável no âmbito da Directiva, o TJUE responde afirmativamente. No entanto, a questão que nos interessa analisar será a referida na segunda metade, ou seja, saber se poderá a Administração Tributária reagir a um eventual abuso de direito, ainda que não tenha transposto para o seu ordenamento a norma anti-abuso da Directiva¹⁹.

¹⁹ Cfr. nº 23 do Ac.

A Advogada-Geral²⁰ refere que existem indícios que podem justificar a aplicação da norma anti-abuso do artigo 11º à época²¹.

O tribunal vem invocar que a norma da Directiva não foi transposta, no entanto, e referindo novamente as conclusões da Advogada-Geral, refere que “compete portanto ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se existe, no direito dinamarquês, uma disposição ou um princípio geral segundo o qual é proibido o abuso de direito ou outras disposições sobre a fraude ou evasão fiscais que possam ser objecto de interpretação conforme com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a)”, o que significa que, caso as normas internas sejam conformes com a norma anti-abuso da Directiva, poderá a mesma ser invocada pelo EM.

²⁰ cfr. n.º 59 das suas conclusões

²¹ Actual art. 15.º da Directiva.

1.3.3. – Foggia

O Acórdão C-126/10 de 10 de Novembro de 2011²² vem dar resposta a algumas das dúvidas existentes relativas ao conceito de razões económicas válidas suscitadas pelas anteriores abordagens do TJUE.

O acórdão, ao invés de inovar, vem essencialmente esclarecer, tornando segura uma análise da Directiva. Este esclarecimento nota-se, nomeadamente, quando se julga desnecessária a apresentação de conclusões do advogado-geral, por exemplo.

A Foggia – SGPS, uma sociedade de direito português, realizou, em 2003, uma operação de fusão na qual incorporou três sociedades gestoras de participações de participações sociais do mesmo grupo. A Foggia era uma sociedade gestora de participações sociais e o mesmo acontecia com as sociedades incorporadas.

Na sequência da incorporação a Foggia, dirigiu, nos termos do artigo 69, n.º1 do CIRC à época aplicável²³, um pedido ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais no sentido de obter autorização para a dedução dos prejuízos fiscais das sociedades incorporadas, prejuízos esses, ocorridos entre 1997 e 2002 nos seus eventuais lucros tributáveis.

O Secretário de Estado deferiu o pedido relativamente a duas das três sociedades, indeferindo o pedido relativamente à sociedade Riguardiana – SGPS, S.A., argumentando que a operação de fusão não apresentava um interesse económico válido.

O entendimento do Secretário de Estado baseava-se na actividade recente da Riguardiana, dado que a empresa deixou de ter uma carteira de participações, não obtendo rendimentos e limitando-se a investir em títulos. Por consequência, apresentou em 2002 uma declaração anual com uma menos-valia de 2 milhões de euros. Assim, apesar de poder haver uma redução de custos administrativos como consequência da

²² Sobre o Acórdão veja-se EU Tax Centre, “ECJ Foggia - SGPS case (C-126/10) decision”, *Euro Tax Flash*, nº 173, 17 de Novembro de 2011. (Disponível em: http://foreigners.textovirtual.com/apef/459/Decisao%20do%20TJUE_Caso%20Foggia%20SGPS.pdf?1322499291, Consultado pela última vez em 30 de Abril de 2015).

²³ Que corresponde ao actual art. 75.º, n.º1 do CIRC.

fusão, o Secretário de Estado considerou que tal não era suficiente para haver interesse económico válido por parte da Foggia.

Tendo a Foggia recorrido da decisão e tendo o processo chegado ao STA, o mesmo decidiu suspender a instância, colocando duas questões prejudiciais ao TJUE:

“1) Qual o sentido e alcance do disposto no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 [...], nomeadamente qual o conteúdo do conceito ‘razões económicas válidas’ e do conceito ‘reestruturação ou racionalização das actividades’ de sociedades participantes em operações abrangidas pela Directiva 90/434 [...]?”

2) É compatível com essa norma comunitária o entendimento perfilhado pela Administração Tributária no sentido de ausência de razões económicas graves que justificassem o pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais formulado pela sociedade incorporante, para o que considerou não ser evidente, na perspectiva da sociedade incorporante, o interesse económico da incorporação, tendo em conta que a sociedade incorporada não desenvolveu qualquer actividade como sociedade gestora de participações sociais nem detinha participações financeiras, dessa forma apenas transmitindo elevados prejuízos, não obstante ter considerado que a fusão era susceptível de consubstanciar um efeito positivo em termos de estrutura de custos do grupo?”

O tribunal começa por esclarecer que, ainda que esteja em causa uma reorganização interna e a aplicação de uma norma interna, a norma em questão compreende a transposição de uma norma da Directiva 90/434, aplicando-se simultaneamente, quer às situações puramente internas, quer às situações transfronteiriças, fazendo referência a jurisprudência anterior²⁴.

O Tribunal refere, depois, que a Directiva deve aplicar-se quando a reorganização tenha fundamentos financeiros, económicos ou puramente fiscais²⁵. No entanto, estes são

²⁴ cfr. n.º 21 do acórdão.

²⁵ Citando o TJUE a este propósito o acórdão Leur-Bloem, n.º 26 e o Acórdão Koefoed, n.º 30.

importantes para que as autoridades fiscais dos Estados-Membros apliquem as disposições anti-abuso da Directiva²⁶.

O artigo 11.º, n.º1, alínea a) da Directiva, (actual artigo 15.º) permitia aos Estados-Membros a recusa da aplicação dos benefícios permitidos pelas disposições da mesma, sempre que a operação de reorganização tenha como objectivo a fraude e evasão fiscais, nomeadamente pela ausência de razões económicas válidas como a reestruturação ou a racionalização da actividade das sociedades incluídas na operação²⁷.

Como já referimos no âmbito da análise do Caso Leur-Bloem²⁸, o TJUE já se pronunciou quanto ao conceito de “razões económicas válidas”, nomeadamente referindo que o conceito vai para além da mera obtenção de um benefício fiscal, isto é, se o objectivo da operação visa apenas e somente este benefício, não estamos perante uma razão económica válida. Assim, para que se apure uma razão económica válida, o tribunal considera que o objectivo fiscal não deve ser o preponderante da operação, devendo a mesma assentar em diversos objectivos.

Para que se chegue à conclusão de que não havia razões económicas válidas a fundamentar a operação é necessário que se faça uma análise da reorganização no seu todo, não havendo lugar à utilização de critérios gerais mas antes de uma análise casuística²⁹. Esta questão da análise do todo é também consequência de uma dúvida que surge com a forma como o SE analisa toda a situação, isto é, após a avaliação do mesmo à operação surge a dúvida sobre se o conceito de razões económicas válidas deve ser avaliado do ponto de vista da sociedade incorporada ou da sociedade incorporante. Apesar de não haver uma resposta concreta sobre este tema por parte do TJUE, há sempre uma referência ao todo da operação ao longo do acórdão. De resto, tratando-se de uma norma anti-abuso da Directiva Fusões e Aquisições, visando a mesma facilitar a reorganização societária, parece-nos que a análise à reorganização deve ser feita na perspectiva quer do incorporante, quer do incorporado, não colocando em causa o

²⁶ Citando o TJUE a este respeito o Acórdão *Modehuis A. Zwijnenburg*, n.º 42.

²⁷ Conforme referido no acórdão *Leur-Bloem*, n.º 38 e 39.

²⁸ Cfr. n.º 47 do acórdão.

²⁹ Cfr. n.º 34 do acórdão. Referido no acórdão *Leur-Bloem*, n.º 47.

objectivo final da Directiva de simplificar este tipo de operação de reorganização e de tornar as empresas europeias mais competitivas.

O Tribunal exemplifica esta análise casuística com a argumentação do Secretário de Estado quando refere que a empresa já não exercia qualquer actividade de gestão própria à data da operação, no entanto, refere de seguida que a utilização deste argumento não deve ser decisiva³⁰.

Não obstante poder considerar-se que a operação não foi efectuada por razões económicas válidas mas apenas com o objectivo de usar os prejuízos fiscais acumulados da sociedade incorporada, não pode excluir-se que “uma fusão por incorporação de uma sociedade com tais prejuízos possa prosseguir razões económicas válidas”, na medida em que a própria Directiva prevê que os prejuízos fiscais ainda não deduzidos pela sociedade incorporada sejam utilizados pela sociedade incorporante.

O STA baseia-se nos conceitos de “reestruturação” e de “racionalização” para se interrogar se o efeito positivo ao nível da redução de custos administrativos, ou de gestão, pode constituir uma razão económica válida na acepção da Directiva. O TJUE refere³¹ que a norma anti-abuso da Directiva deve ter uma interpretação estrita. Com efeito, quando a norma refere “tais como operações de reestruturação ou racionalização”, estas são exemplos de razões económicas válidas e devem ser interpretados como indo além da mera procura de um benefício exclusivamente fiscal³².

No caso em análise, o TJUE considera que a reorganização e reestruturação têm um papel marginal face à utilização de prejuízos fiscais que ascendem a dois milhões de euros. É esta uma novidade trazida pelo Foggia que acaba por sustentar que se os motivos da reorganização não eram, já por si, suficientes para sustentar a existência de razões económicas válidas, a existência de um montante tão avultado de prejuízos e o facto de estes serem injustificados é considerado pelo TJUE motivo para a existência de

³⁰ Cfr. n.º 39 do acórdão.

³¹ Baseando-se no acórdão *Modehuis A. Zwijnenburg*, n.º 44 e 46.

³² Cfr. *Leur-Bloem*, n.º 47.

indícios de fraude e evasão fiscais³³. Com efeito, consideramos que a questão seria analisada da mesma forma caso os prejuízos avultados fossem justificados. Apesar do TJUE referir que o facto de a sociedade não ter qualquer actividade à data da reestruturação não é um factor essencial para a decisão, parece-nos que, na sequência da abordagem que foi feita pelo TJUE, seria este o argumento para a existência de indícios de fraude e evasão fiscais. No entanto, não nos parece coerente nem tão pouco correcto, havendo prejuízos justificados, e havendo uma operação de reestruturação que envolve uma empresa nessa situação, que se siga esse entendimento pois nada há no espírito da norma aplicável que nos diga que os prejuízos usados podem ser mais ou menos avultados, e argumentar neste sentido poderia ser contraproducente por limitar um direito estabelecido das sociedades de se reorganizarem da forma que acharem mais conveniente. No entanto, é este um dos pontos que abordaremos na nossa análise crítica em jeito de conclusão.

Há associado a qualquer operação de reorganização uma redução de encargos, pelo que, se se considerasse que tal era suficiente para sustentar a existência de motivos económicos válidos, a norma da Directiva ficaria esvaziada de conteúdo, havendo sempre razão económica associada mesmo no caso de se tratar de uma operação cujo objectivo seria a fraude ou evasão fiscais.

Neste caso é fundamental olhar aos requisitos da norma que proíbe o abuso, isto é, que passos devem ser percorridos e que questões devem ser colocadas? Para analisar a existência de abuso é necessário analisar os vários elementos da norma: elemento de

³³ Cfr. n.º 49 “se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objectivos da operação projectada, especialmente os objectivos fiscais, a regra enunciada no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 ficaria desprovida da sua razão de ser, que consiste em salvaguardar os interesses financeiros dos Estados-Membros, prevendo, em conformidade com o nono considerando da referida directiva, a faculdade de estes recusarem o benefício da aplicação das disposições previstas pela directiva em caso de fraude ou de evasão fiscais”.

meio, elemento intelectual e elemento resultado. O elemento de meio prende-se com a operação em si e a sua inclusão no regime de neutralidade fiscal, o elemento intelectual prende-se com o facto de a operação ser essencialmente motivação na base da operação e o elemento resultado pelo uso das vantagens que daí decorrem. Ora, atendendo ao facto de estarmos perante agentes económicos este resultado deve ser entendido como um resultado económico. Assim, não será admissível pensarmos na reorganização apenas com uma base fiscal mas antes como uma operação capaz de mudar e melhorar a situação dos agentes envolvidos, tornando-os mais competitivos no mercado porque, independentemente da carga fiscal existente, o benefício que a Directiva é, exactamente, o de tornar os agentes económicos mais competitivos, retirando aquilo que podia ser um entrave, através do regime da neutralidade fiscal.

Obviamente que poderíamos colocar a questão de saber se o objectivo da redução de impostos como fundamento económico não poderia ser um fim bastante, no entanto, parece-nos que estaria a falhar o cumprimento do elemento intelectual da norma, deitando por terra a sua aplicação.

1.3.4. – Zwijnenburg

O Acórdão Zwijnenburg relativo ao caso C-352/08 de 20 de Maio de 2010, vem introduzir uma nova questão relativa ao conceito de razões económicas válidas não tratado pelo caso Foggia anteriormente referido, que se consubstancia na questão de saber se a exigência de razões económicas válidas deve abranger apenas o objectivo final da operação, ou, por outro lado, deve também abranger os instrumentos usados para atingir esse objectivo, no entanto, o TJUE acabou por não aprofundar esta questão respondendo apenas à questão prejudicial colocada no sentido de que, a Directiva devia aplicar-se ainda que o meio usado tenha sido artificial.

A Zwijnenburg explorava um estabelecimento de pronto-a-vestir em dois imóveis situados na mesma rua, sendo o primeiro no n.º17 da referida rua e o segundo no n.º 19. O imóvel do n.º 17 pertencia à Zwijnenburg Beheer, uma sociedade holding detida por L.E. Zwijnenburg e a sua esposa (de ora em diante, “os pais”), ao passo que o imóvel do n.º 19 era detido pelo filho do casal. Ambos eram arrendados à Zwijnenburg para a exploração do pronto-a-vestir.

Por uma questão de sucessão do negócio familiar, e com o objectivo de evitar o pagamento de impostos sobre a transmissão do espaço comercial pertencente aos pais para o filho, a família decidiu efectuar a operação através de uma fusão de sociedades.

Efectuado o pedido às autoridades fiscais holandesas para a aplicação dos benefícios fiscais relativos às fusões, estas recusaram alegando que o objectivo principal da operação era evitar a cobrança de imposto sobre as transmissões³⁴.

A Zwijnenburg, não satisfeita, recorreu da decisão para tribunal. O Tribunal considerou que apesar da operação, os pais continuavam a ter interesse na empresa, ou seja, que a operação foi feita com o objectivo de evitar consequências fiscais relativas ao imposto sobre as transmissões.

Dada esta conclusão, o órgão jurisdicional veio fazer a seguinte questão prejudicial:

³⁴ Cfr. n.º 21 a 24 do Ac.

«O artigo 11.º, n.º 1, alínea a)³⁵, da Directiva 90/434/CEE [...] deve ser interpretado no sentido de que os benefícios nela previstos podem ser recusados ao sujeito passivo, no caso de um conjunto de operações ter por objectivo evitar a tributação em sede de um imposto diferente daqueles a que se referem os benefícios estabelecidos pela Directiva?»

Quanto a esta questão, a Advogada-Geral, nas suas conclusões³⁶ afirma que “é frequente dispor de uma série de possibilidades legalmente admissíveis para a concretização de um projecto empresarial legítimo, algumas das quais serão mais vantajosas em termos fiscais do que outras. O facto de as partes terem optado pela solução mais vantajosa em termos fiscais não pode, por si só, fundamentar a acusação de evasão fiscal na acepção do artigo 11.º, n.º1, alínea a), da Directiva 90/434”, ou seja, a Zwijnenburg apenas tinha recorrido às possibilidades que tinha à disposição para fazer a melhor escolha possível para chegar ao seu objectivo, não havendo assim motivo para presumir que se tratava de uma operação cujo fim era a fraude ou evasão fiscal nos termos da Directiva.

O TJUE, no entanto, não se pronuncia sobre a questão levantada pela Advogada-Geral, escolhendo analisar a questão por outra perspectiva, referindo que a norma anti-abuso do actual artigo 15.º deve aplicar-se, apenas, aos impostos previstos na Directiva³⁷, fazendo uma leitura estrita da norma.

Assim, com esta questão, não é claro se na análise do conceito de razões económicas válidas, basta que as razões que levam à operação tenham um propósito económico ou se, para além da razão subjacente à operação realizada, o meio usado para obter o resultado pretendido beba também dos mesmos pressupostos.

Parece-nos que deve ser dada aos sujeitos a possibilidade de fazerem a melhor escolha possível de entre as opções que a lei permite. Assim, faz sentido que o conceito de

³⁵ Actual artigo 15º, n.º1, a) da Directiva.

³⁶ Cfr. nº 43 das conclusões da Advogada-Geral.

³⁷ Cfr. nº 47 do Ac., “a dita disposição limita-se, assim, claramente, à matéria de fusões de sociedades e de outras operações de reorganização com elas conexas e aplica-se unicamente aos impostos gerados por estas operações.”

razões económicas válidas seja observado na análise do fim da operação, indo esta ideia contrariar o que defendeu a Administração Fiscal no caso Zwijnenburg.

1.4. – Conceito no âmbito europeu

O conceito europeu de razões económicas válidas foi sendo desenvolvido ao longo das várias apreciações do TJUE, nomeadamente com o caso Foggia.

De referir que fica à responsabilidade de cada EM transpor, ou não, a norma anti-abuso, como de resto já referimos anteriormente. Esta transposição do artigo 15.º da Directiva está, necessariamente, relacionada com a interpretação de cada país sobre o conceito de abuso. Continua, no entanto, a faltar um conceito europeu de fraude e evasão fiscal, o que torna esta transposição um elemento muito próprio de cada estado.

Posta a apreciação sobre a jurisprudência do TJUE relativa ao conceito de razões económicas válidas, resta analisar como deve ser o conceito entendido e interpretado pelos tribunais de cada EM.

Como é referido no Ac. Leur-Bloem, uma vez aplicada a Directiva por cada EM, esta deve ser aplicada de acordo com os conceitos europeus, quer às situações puramente internas, quer às situações em que, de facto, há lugar a uma operação europeia. Assim, não há lugar a situações de eventual discriminação entre questões internas e europeias, aplicando-se o regime indistintamente.

O conceito de razões económicas válidas é seguramente aplicado quando os EM aplicam o equivalente ao artigo 15.º da Directiva existente nas suas jurisdições, mas a aplicação vai além disso uma vez que, sempre que é aplicada, o conceito poderá ser usado.

Pode discutir-se se o conceito deve ir além da aplicação das normas transpostas da Directiva, no entanto, o conceito de razões económicas válidas deve, em princípio, ser aplicado apenas no âmbito das reestruturações societárias previstas no referido diploma. Com efeito, como referimos na análise do Ac. Zwijnenburg, deve haver lugar a uma interpretação estrita do conceito de inexistência de razões económicas válidas, caso contrário, haveria um efeito castrador às reestruturações e ao comportamentos dos *players* no plano europeu, indo contra o objectivo da harmonização legislativa que é, em última análise promover uma economia mais competitiva.

Parte II

2. – Aproximação ao sistema norte-americano

2.1. – Breve introdução

A dificuldade fundamental, no que toca ao abuso na modalidade de fraude e evasão fiscal nas operações levadas a cabo pelos sujeitos passivos, é perceber quais são as acções legítimas e quais as não legítimas. A razão essencial para que tal aconteça prende-se essencialmente com as disposições legais e a forma como estão pensadas³⁸. A título de exemplo, se uma norma criada para que haja arrecadação de imposto por parte do Estado coloca como critério, para que haja lugar ao seu pagamento, determinado patamar de rendimento, essa norma irá promover um comportamento por parte dos sujeitos no sentido de não alcançarem esse rendimento. No fundo, toda a norma que pretende promover determinado comportamento ou taxar determinada actividade, terá sempre consequências nos agentes económicos e poderá até criar certas ineficiências.

É exactamente pela lei não se centrar nos proveitos mas ter outros objectivos que há uma maior dificuldade em identificar o abuso. Num sistema simples, em que as normas tributárias têm como único objectivo a arrecadação de imposto, estaríamos perante uma situação de abuso quando os sujeitos operassem no sentido de não entregar esse imposto. Nos Estados Unidos, tal como na Europa, as normas fiscais têm vários objectivos: arrecadar imposto, fomentar certos comportamentos por parte dos contribuintes, diminuir outros comportamentos, entre outros.

³⁸ Cfr. Martin J. McMahon, Jr., *Random Thoughts on paying Judicial Doctrines to Interpret the Internal Revenue Code*, 54 SMU L. REV. 195, 205-06 (2001), no qual o autor refere que o código cria normas que não influenciam, apenas o comportamento económico dos contribuintes mas que são efectivamente criadas para o fazer. Assim questiona como é que a autoridade tributária e os tribunais podem distinguir “the sheep from the goats” e decidir que combinação e normas produz determinado benefício fiscal isentando a operação do teste do propósito económico da operação ou do teste do business purpose.

A doutrina entende que, em princípio, o objectivo do sujeito passivo é irrelevante, relevando antes o objectivo do Congresso relativamente à norma aquando da sua criação, isto é, entende-se que, no sistema americano, caso o Congresso pretenda determinado resultado fiscal, a norma permitirá determinados resultados fiscais e caso o Congresso não pretenda um resultado fiscal, criará normas que desautorizem o sujeito passivo de reclamar resultados fiscais. Ainda assim, poderão ser introduzidas normas anti-abuso, como, por exemplo, a existência da necessidade de substância económica ou propósito comercial.

Assim, a questão essencial por parte dos tribunais será sempre a de perceber se o Congresso previa a obtenção de determinado benefício fiscal, respondendo à questão através da análise da previsão da norma aplicável e dos princípios gerais de direito. Isto porque, será mais fácil ao sujeito passivo esconder a sua “vontade” do que esconder a vontade inerente ao legislador aquando da elaboração da norma.

O conceito de substância económica e a doutrina que o defende estão, normalmente, associados ao chamados “tax shelters”, que identificaremos como abrigos que no fundo serão operações que se limitam a funcionar com o objectivo de criar perdas ou créditos dedutíveis que possam ser usados para eliminar imposto que, de outra forma, seria devido.

De referir que este é um conceito em constante mutação, que difere consoante o tipo de imposto e sem unanimidade quanto ao seu conteúdo na doutrina.

De notar, também, que os comportamentos abusivos não se limitam a este tipo de abrigos e sofrem uma grande mutação devido ao passar do tempo, o que significa que as medidas anti-abuso não podem focar-se apenas neste tipo de comportamento, sob pena de se tornarem pouco eficazes.

A observação por parte do tribunal para aferir o abuso foca-se, normalmente, na procura destes abrigos, acabando por esquecer que o abuso de direito pode ser exercido de variadíssimas outras maneiras. Acontece, por exemplo, por parte dos tribunais, considerar que transacções efectuadas no âmbito do negócio da empresa e com um objectivo económico não podem ser abrigos com vista ao abuso fiscal e, nessa medida,

não é usada a doutrina da substância económica³⁹. Assim, se a não aplicação de uma análise com base na doutrina da substância económica não se aplica a estes casos, a questão de saber se estamos perante um abrigo fiscal tornar-se-á circular e acabará por não conseguir chegar a todas as situações de abuso.

No fundo, a questão não será nunca a de saber se o comportamento do sujeito passivo está, ou não, no âmbito da sua actividade mas, em última análise, de saber se os resultados fiscais obtidos vão de acordo ao que é previsto pelas normas, ou se pelo contrário se opõem às mesmas.

A doutrina da substância económica nasce, exactamente, com casos em que o sujeito passivo usa as normas jurídicas de forma literal para obter resultados algo inconsistentes com o espírito da norma, como *Gregory v. Helvening* e *Frank Lyon Co v. United States*, e ao longo do tempo a forma como a procura do abuso foi sendo feita mudou por parte dos tribunais.

Por se tratar do primeiro caso em que foi usada a doutrina da substância económica iremos analisar o caso *Gregory v. Helvening*, seguindo depois para outros casos de forma a acompanhar a evolução jurisprudencial ao nível do abuso.

³⁹Cfr. Martin J. McMahon, Jr., *Random Thoughts on paying Judicial Doctrines to Interpret the Internal Revenue Code*, 54 SMU L. REV. 195, 206 (2001), refere o seguinte: “one of the common threads in the corporate tax shelter cases is that the transactions that have scrutinized under the business purpose, economic substance and sham transaction doctrines, and which have been found to be lacking, are transactions outside the ordinary course of taxpayer’s business”.

2.2. – Jurisprudência

2.2.1. – Gregory v. Helvering

O caso Gregory v. Helvering⁴⁰ foi o primeiro no qual o tribunal trabalhou a doutrina da substância económica.

A Sra. Gregory era a única proprietária de uma empresa, a United Mortgage e essa empresa detinha acções de uma segunda empresa. O objectivo da senhora era transferir as acções da segunda empresa para a primeira para, posteriormente, poder alienar as referidas acções. A operação, nos termos da legislação aplicável, seria tributada.

Para poder obter o mesmo resultado em que houvesse lugar ao pagamento de imposto, a Senhora Gregory criou uma terceira sociedade e transferiu as acções que pretendia para a nova sociedade. Esta foi dissolvida e a totalidade dos seus activos (incluindo as acções da segunda sociedade que haviam sido transferidas) passaram a pertencer à United Mortgage, ou seja, a sociedade detida a cem por cento pela senhora, atingindo assim o objectivo inicial sem que houvesse lugar ao pagamento de qualquer imposto visto que a lei estabelecia que, no âmbito de reorganizações societárias não havia lugar à tributação da transferência de acções, conforme de resto estabelece o regime a nível europeu como já tivemos oportunidade de referir.

Assim, apesar de na prática estarmos perante o mesmo resultado, a forma como a operação foi feita e as consequências fiscais a retirar da operação não foram as mesmas, porque, numa situação normal, haveria lugar à tributação de mais-valias.

O tribunal americano, quer nas instâncias superiores, quer ao nível do supremo vem entender que não houve qualquer reorganização societária porque entende que não houve qualquer operação de reestruturação com fins empresariais por ter havido apenas o objectivo de fugir à incidência do imposto.

Ambas as instâncias vêm dizer que o planeamento fiscal é aceite, considerando, no entanto, a manobra de minimização fiscal levada a cabo pela Sra. Gregory inaceitável. O Supremo vem, até, dizer o que o direito legal do sujeito passivo de diminuir aquilo

⁴⁰ Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935)

que de outra forma seriam os seus impostos, ou de os evitar por completo por meios permitidos pela lei, não pode ser negado. Mas a questão essencial é a de saber se o que foi feito, para além do motivo fiscal, caía no espírito da norma aplicável, ou seja, a minimização fiscal só seria aceite se caísse no objectivo do Congresso aquando da elaboração da norma. Sendo o objectivo a não tributação da transferência de acções nas reorganizações societárias, e tendo sido a acção não uma reorganização mas antes uma mera fuga, não houve substância económica, havendo lugar à tributação das mais-valias.

2.2.2. – Frank Lyon v. United States

O caso⁴¹ em epígrafe foi o responsável pela abordagem moderna à doutrina da substância económica.

Em Frank Lyon v United States há um claro propósito comercial⁴² para a contra-parte na relação contratual, a Worthen, um banco.

A Worthen queria terminar a construção um novo edifício mas não conseguia, nem financiamento nem aprovação da Reserva Federal para investir um valor tão substancial para o completar. Assim, decidiu vender o prédio à Frank Lyon, arrendando-o de seguida, ou seja, num regime de sale-leaseback.

O contrato tinha uma duração de 65 anos, passados os quais o banco podia comprar novamente o imóvel, para além do direito de compra ao longo de outros momentos da relação contratual, com naturais contrapartidas monetárias para a Frank Lyon.

À luz das normas aplicáveis, a Frank Lyon tinha direito a uma série de deduções fiscais devido à titularidade do edifício. A questão que se colocou em tribunal foi exactamente a de saber se a Frank Lyon era efectivamente a titular do edifício ou se, por outro lado, apesar do contrato, seria a Worthen⁴³.

O Supremo vem referir que a relação estava estruturada de forma a que a Worthen tivesse interesse enquanto proprietário no edifício e que a Frank Lyon tivesse interesse enquanto credora. Para tal, vem analisar de seguida a relação contratual: primeiro começa por referir que a relação não oferece à Frank Lyon mais risco do que o que estaria associado a outra relação contratual nos mesmos termos; em segundo, analisa os benefícios fiscais obtidos pela Frank Lyon que foram francamente avultados, considerando assim o Tribunal que não estava perante um negócio simulado.

⁴¹ Frank Lyon Co. v. United States, 435 U.S. 561 (1978)

⁴² Ao contrário do que acontece em Knetsh v. United States em 1960, que tem por base uma operação cujo único propósito é fiscal, ou seja, em que, quer a forma, quer a substância têm um propósito fiscal e só existem por isso.

⁴³ Frank Lyon Co. v. United States, de 568 a 569.

O tribunal mencionou, também, que há uma transacção genuína com substância económica que é encorajada por um propósito comercial e regulatório e não foi efectuada com um propósito meramente fiscal⁴⁴, usando como elemento fundamental desta argumentação o facto das deduções usadas pela Frank Lyon serem uma opção para a Worthen caso mantivesse a titularidade do imóvel.

Uma das diferenças do Supremo Tribunal na sua análise prende-se com o afastamento da teoria de que o abuso deve ser aferido tendo por base o intuito do Congresso quando elaborou norma. Este afastamento acabou por despoletar algumas críticas por parte da doutrina que defende que o tribunal não se questionou se o Congresso pretendia aplicar a norma apenas nos casos em que o sujeito tinha direitos legais sobre o imóvel ou se, por outro lado, só haveria direito à dedução quando, para além, do direito legal, havia um interesse económico efectivo sobre o imóvel.

⁴⁴ Frank Lyon Co. v. United States, de 583 a 584.

2.3. – A doutrina da substância económica – questões

A evolução jurisprudencial levou à criação do *two-step test*, constituído por dois elementos: um elemento subjectivo ligado ao *business purpose*, ou seja, à existência de propósito comercial, e outro objectivo ligado a substância económica⁴⁵. No entanto, nem sempre há lugar à aplicação dos dois elementos por parte do tribunal.

Esta doutrina tem como objectivo rejeitar a aplicação de benefícios fiscais a operações realizadas com o objectivo único de evitar a tributação e sem qualquer outro propósito económico ou comercial. Para que os pressupostos da doutrina sejam cumpridos, é imprescindível que haja uma motivação para além do propósito fiscal para que possa afastar os indícios de abuso.

A doutrina serve para impedir práticas abusivas e, para tal, é implementada uma política de inversão do ónus da prova, ou seja, recai sobre o sujeito passivo provar que não agiu de forma abusiva, elidindo a presunção do tribunal⁴⁶

A doutrina da substância económica é assim pedra angular na fiscalidade e na análise do abuso nos Estados Unidos.

A utilização do conceito de *business purpose* não é, no entanto, unânime. A autora Leandra Lederman é uma das vozes que considera que as razões comerciais, não são necessariamente, um elemento determinante, podendo até levar a conclusões muito incorrectas.

Concordamos em larga medida com este entendimento porque, efectivamente, aquando da análise de uma operação é interessante pensar no propósito comercial como elemento fundamental para aferir a existência de abuso, no entanto, num mundo onde os impostos são um encargo muito pesado na vida dos contribuintes – singulares e colectivos – todas

⁴⁵ A este propósito veja-se o caso *Rice's Toyota World v. Commissioner* no qual o tribunal vem considerar que, o sujeito passivo não foi motivado por um propósito comercial e que, a transacção não teve qualquer substância económica por não existir uma probabilidade razoável de haver lucro.

⁴⁶ Conforme referido no caso *C M Holdings*, “o contribuinte tem o ónus de provar que a forma da transacção reflecte fielmente a sua substância e que as deduções são permitidas”.

as operações ainda que motivadas com um objectivo lucrativo têm um objectivo fiscal e muitas operações têm simultaneamente um objectivo fiscal e não fiscal sendo difícil separar estes dois elementos.

A existência de um comportamento que tem propósito comercial pode, ao mesmo tempo, esconder um comportamento abusivo e é aí que reside o problema essencial no que toca à análise feita pelo tribunal. A autora que acima referimos dá um exemplo que nos parece bastante interessante: imagine-se um vendedor de cigarros que por forma a vender mais deixa de cobrar o preço de venda e baixa-o, sendo que para o fazer deixa também de pagar impostos relativos às suas vendas. Esta operação tem um propósito comercial claro: vender mais. No entanto, a operação tem um claro elemento de abuso que se consubstancia na fuga ao pagamento dos impostos relativos à sua actividade.

No caso Gregory, que estudamos acima, há uma análise do propósito comercial, analisando-se a reorganização societária, no entanto, o tribunal considera que ao conceito de reorganização definido pelo Congresso, há implícita a necessidade de se aferir se a reorganização teve, ou não, um propósito comercial, ou seja, não se trata simplesmente de um método do tribunal para identificar uma situação de abuso mas antes de um pressuposto normativo.

Esta necessidade prende-se com o facto de estarmos perante uma pessoa colectiva que mais não é que uma criação do direito. Tratando-se de uma norma criada para se aplicar à reorganização empresarial, ou seja, para se aplicar à interacção entre mais do que uma ficção jurídica, o tribunal considerou que o intuito do Congresso era usar as razões comerciais como elemento definidor da admissibilidade da reorganização.

Note-se que as reorganizações empresariais funcionam com um princípio de neutralidade adjacente, pelo que, é necessário que a norma seja estruturada de forma a não permitir ou a evitar ao máximo a prática abusiva.

Por outro lado, em casos como Knetsch, o Tribunal considera que a operação em causa tem um fundamento abusivo por não conseguir enquadrar a mesma no conceito de razões comerciais, exactamente por não se tratar de uma entidade colectiva, ou seja, a mesma transacção levada a cabo por uma pessoa jurídica diferente teria um comportamento distinto à luz do mesmo princípio. Há, assim, alguma arbitrariedade e desadequação na aplicação do conceito.

A análise das razões económicas opera, por seu turno, na componente mais objectiva das transacções. Esta análise foca-se, essencialmente, na questão de saber se o sujeito alterou a sua posição face à tributação, ou seja, em vez de avaliar a substância económica efectivamente, foca-se numa análise que pretende saber se a alteração da posição económica, ou a consequência da operação trouxe alterações ao nível da tributação e tem como ponto de comparação a posição do sujeito antes da operação.

A abordagem das razões económicas pressupõe um lucro resultante da operação, no entanto, o lucro é um elemento de fácil manipulação, enfraquecendo a análise da operação e procura também aferir se o sujeito correu risco na sua escolha mas mais uma vez, também este elemento é facilmente manipulável porque os sujeitos estão dispostos a correr riscos para poder obter uma vantagem fiscal.

Em suma, quer a análise das razões comerciais, quer a análise da substância económica acaba, por ter alguns problemas de efectividade ao nível da diminuição das situações de abuso por poderem ser facilmente manipuláveis.

A jurisprudência começou por analisar o propósito comercial em Gregory e abordou as razões económicas em Frank Lyon, no entanto, a doutrina desenvolveu-se com um rumo que deixou de olhar para o espírito da norma e passou a olhar para a operação como algo único e separado do intuito do legislador. É necessário voltar a fazer uma análise atenta do conteúdo das normas e dos objectivos do Congresso com as mesmas para que haja uma correcta identificação do que é, efectivamente uma prática abusiva.

Conclusões

Como referimos no início desta dissertação, sempre que uma norma é criada os sujeitos procuram obter o melhor resultado possível e sendo a tributação um elemento com grande relevância nos gastos dos contribuintes, há uma procura constante pela minimização ou redução de pagamento de imposto. É um comportamento em constante mutação que se adapta aos tempos e à própria legislação.

Ainda que, como referimos, os sujeitos sejam livres de procurar o menor custo fiscal possível, esta procura acaba por se transformar, em muitos casos, em manobras de fraude e evasão fiscal. Foram, assim, sendo desenvolvidas normas anti-abuso. Se por um lado, na Europa procuramos implementar normas nos próprios diplomas para diminuir estas situações, nos Estados Unidos foi sendo construída toda uma doutrina jurisprudencial nesse sentido.

A doutrina desenvolveu-se de tal forma nos Estados Unidos que acabou por perder um pouco a sua génese. Com efeito, para aferir se estamos perante uma situação de abuso devemos sempre olhar para o espírito na norma, ou seja, no caso dos Estados Unidos, olhar para o objectivo do Congresso aquando da elaboração da norma. Isto deixou de acontecer quando o tribunal começou a tentar analisar as operações com os critérios de business purpose e razões económicas pelo simples facto de tais critérios, perante operações abusivas mas bem estruturadas poderem falhar e, poderem ser ilididos.

Em relação ao exposto, a UE encontra-se um passo à frente, na medida em que, não constituindo o conceito uma construção jurisprudencial, os requisitos estão, de certa forma, plasmados na norma, havendo a noção generalizada de que constituem elementos essenciais ao exercício do direito em questão.

No entanto, parece-nos que a análise do TJUE acaba por padecer do mesmo mal da abordagem norte-americana, isto é, ao tentar analisar as operações segundo o critério das razões económicas válidas, o tribunal parece ter algum receio de desenvolver critérios que materializem o conceito.

Em Foggia, por exemplo, falamos da questão de saber se, caso os prejuízos fossem justificados seria ou não admissível a aplicação dos benefícios da Directiva. De acordo com o entendimento do Tribunal, tudo indica que sim, no entanto, parece-nos que o que

afigura o elemento de abuso não é a utilização dos prejuízos mas antes a reorganização incluindo uma empresa que não traz qualquer benefício económico para além dos referidos prejuízos porque, para além destes, já não tem actividade ou carteira de clientes.

Olhando para o espírito da Directiva será fácil aferir que esta tem por objectivo promover um mercado mais competitivo. Ora, em que medida poderá a situação que referimos *supra* contribuir para isso? Efectivamente, a utilização de prejuízos fiscais, não é argumento bastante para que se considere que estamos a ir de encontro ao espírito da Directiva. Com efeito, nada impede a utilização de prejuízos⁴⁷, nem estes devem ser vistos, por si, como sinónimo de abuso pois, nas palavras do TJUE “os lucros e os prejuízos são as duas faces da mesma moeda, devendo ser tratados de forma simétrica no âmbito do mesmo sistema fiscal, a fim de garantir uma repartição equilibrada do poder tributário entre os diferentes Estados-Membros interessados”.

De formas diferentes mas com o mesmo problema, quer a UE quer os Estados Unidos deveriam, na nossa opinião, abraçar uma abordagem que vá mais de encontro ao espírito da norma sem se perder pelos meandros da análise exaustiva dos elementos da operação, que poderão mais facilmente ser usados pelos sujeitos passivos com intuítos abusivos.

Com efeito, parece-nos que o passo principal para solucionar esta questão na UE passaria por uma uniformização do conteúdo nas normas anti-abuso em todos os Estados visto que, sendo cada um livre de transpor a Directiva há, naturalmente, um maior risco de aplicação distinta da norma, nomeadamente do conceito de razões económicas válidas que, dado o seu carácter indeterminado, pode acarretar uma aplicação algo incoerente.

Há, assim, um longo caminho de adaptação às técnicas de planeamento e fuga a percorrer em ambos os casos, que nos parece que deve começar pelo espírito das

⁴⁷ Estes constituem uma liberdade dos contribuintes. A este propósito veja-se o processo C-446/03 de 13 de Dezembro. No Acórdão Marks & Spencer o TJUE vem admitir a utilização de prejuízos de uma sociedade que já não exercia qualquer actividade na jurisdição onde estava estabelecida.

normas, cabendo aos órgãos jurisdicionais manter o equilíbrio interpretativo das normas.

Referências bibliográficas

CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-Abuso prevista no Artigo 67.º/10 do CIRC”, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu - A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros*, Documento COM/2007/0785 final, de 10 de dezembro de 2007.

Confédération Fiscale Européenne, *Opinion Statement of the CFE ECJ Task Force on the Concept of Abuse in European Law, based on the Judgments of the European Court of Justice Delivered in the Field of Tax Law - November 2007*. Disponível em:

http://www.cfeeutax.org/sites/default/files/cfe-opinion-statement-on-abuse-in-european-law_nov-2007.pdf

CUNHA, Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Almedina, 2012.

DOURADO, Ana Paula, e BORGES, Ricardo da Palma (eds.), *The Acte Clair in EC Direct Tax Law*, Países Baixos, IBFD, 2008.

DOURADO, Ana Paula, e PISTONE, Pasquale, “Looking Beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities”, *Intertax*, vol. 37, n.ºs 6/7, 2009, pp. 342 ss.

DOURADO, Ana Paula, - *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

DOURADO, Ana Paula - “Tributos fora do Estado de Direito – Ou O que Fazer Quando a Constituição não chega e o Acto Claro é ignorado?”, *in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 9 ss.

ERNST & YOUNG, *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*.

FARIA, Maria Veiga de, “Tratamento Fiscal das Fusões e Cisões de Sociedades de Capitais”, *Revista de Ciência e Técnica Fiscal n.os 343/345*, 1986

McMAHON, Martin J., Jr., Random Thoughts on paying Judicial Doctrines to Interpret the Internal Revenue Code, 54 SMU L. REV. 195, 206 (2001),

MUCCIARELLI, Federico M., “Cross-border mergers and corporate mobility in the European Union: a difficult balance”, in *Tax Mobility*, Ana Paula Dourado (editor), Países Baixos, IBFD, 2012, *forthcoming*.

NOGUEIRA, João Félix, “Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade, A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais”, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010

SANCHES, J. L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006

SILVA, Bruno, “Foggia. Merger Directive. Meaning of the expression “valid commercial reasons” in the abuse provision. Supremo Tribunal Administrativo (comments by da Silva)”, publicação no jornal “Highlights & Insights on European Taxation”, 2010/9.8

SMET, Patrick, *Valid commercial reasons in Foggia: further clarification of the concept*. Disponível em:

<http://www.allenoverly.com/AOWEB/AreasOfExpertise/Editorial.aspx?contentTypeID=1&itemID=64703&prefLangID=410>.

SOUSA, António Frada de, - “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio”, *Jean Monnet Working Paper 07/09*. (Disponível em: <http://jeanmonnetbeta.com/wp-content/uploads/2014/12/090701.pdf>).

TERRA, Ben e WATTEL, Peter, *European Tax Law*, 5ª edição, Países Baixos, Kluwer Law International, 2008.

VENTORUZZO, Marco, “Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law”, *European Company and Financial Law Review*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 47 ss.

ZALASINSKI, Adam, “Case-Law-Based Anti-Avoidance Measures in Conflict with the Proportionality Test – Comment on the ECJ decision in Kofoed”, *European Taxation*, nº 12,

2007, pp. 571 ss. ZIMMER, Frederik, "Withholding taxes". Disponível em:
www.eatlp.org/uploads/public/Withholding%20Tax1.doc