

**FUSÕES E AQUISIÇÕES COMO FORMA DE
PLANEAMENTO TRIBUTÁRIO: As
Reorganizações Societárias Como Forma De Elisão
Fiscal**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

Sob a orientação de António Rocha Mendes

SARA JOÃO PIMENTA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA - LISBOA

Lisboa, Março de 2017

*“Nothing is certain except
death and taxes.”¹*

¹ Benjamin Franklin, in a letter to Jean-Baptiste Leroy, 1789.

Agradecimentos

Não poderia começar por agradecer a outros que não os meus pais, pois sem eles nunca uma linha desta dissertação teria sido escrita. Pelo trabalho e esforço diário, que são os pilares de todas as minhas conquistas. Por acreditarem que sou capaz de tudo. Mesmo nos momentos em que nem eu acredito.

Ao meu irmão, Francisco, o meu melhor amigo, por tudo aquilo que é impossível de aqui deixar escrito, por risco de exceder os meus caracteres nessa enumeração. Posso percorrer o mundo, e viver em mil cidades, mas ele será sempre a minha casa.

Ao Pedro, por aceitar e compreender sempre que as minhas escolhas me fizeram não estar presente.

Ao meu orientador, António Rocha Mendes, pela sabedoria e conhecimento transmitido. Pela prontidão com que sempre me ajudou, e por ter facilitado em muito a escrita desta dissertação.

A todos eles, este breve, mas sentido agradecimento. Nada disto teria sido possível sem eles.

Índice

PRINCIPAIS ABREVIATURAS	5
INTRODUÇÃO	6
CAP. I: AS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS	8
1. Breves notas introdutórias sobre as operações de fusão e aquisição de sociedades e o planeamento fiscal	8
CAP. II: REGIME FISCAL DAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS	10
1. As Consequências das reorganizações societárias no regime fiscal das sociedades	10
2. O Regime Geral de Tributação	12
3. O Regime da Neutralidade Fiscal	13
3.1. Aspetos gerais	13
3.2. O Regime	14
3.2.1. A Neutralidade Fiscal	14
3.3. A transmissibilidade de prejuízos fiscais	17
3.3.1. Regime geral	18
3.3.2. Regime aplicável às reorganizações empresariais	19
4. Aplicação do regime de neutralidade fiscal	20
4.1. Âmbito de aplicação	20
4.1.1. Requisitos objetivos: tipo de operações	21
4.1.2. Requisitos subjetivos: tipos de sociedades	21
4.1.3. Requisitos a preencher pela operação	22
CAP. III: APLICAÇÃO ABUSIVA DO REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL	23
1. A procura de vantagens puramente fiscais	23
1.1. Os Comportamentos de Substituição	23
1.1.1. Os problemas	25
1.1.1.1. Jurídicos	25
1.1.1.2. Económicos	26
2. O abuso do regime de neutralidade fiscal	26
2.1. Um olhar geral sobre o abuso no RNF	26
2.2. O abuso no TJUE	27
2.3. O abuso no direito tributário português	29
2.4. O conceito de abuso aplicado à norma	30
2.5. A norma antiabuso do número 10 do artigo 73º	31
2.5.1. Os elementos objetivo e subjetivo na norma portuguesa	32
2.5.2. Presunção de um fim evasivo	33
2.5.2.1. Totalidade dos rendimentos não sujeita ao mesmo regime de tributação em IR	33
2.5.2.2. Razões económicas válidas	35
2.5.3. Consequências práticas da aplicação da norma antiabuso	37

Principais abreviaturas

C.Civ- Código Civil

CIRC – Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CGAA – Cláusula Geral Antiabuso

F&A – Fusões e Aquisições

IRC: Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IVA: Imposto Sobre o Valor Acrescentado

LGT: Lei Geral Tributária

p. – página

op. Cit. – opus citatum

ss. – seguintes

REV – Razões económicas válidas

RNF – Regime da Neutralidade Fiscal

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

Palavras-chave

Abuso de direito; Aquisições; Fusões; Planeamento fiscal; Reorganizações empresariais; Regime da neutralidade fiscal.

Introdução

Num mercado cada vez mais internacional e competitivo, a adaptação e evolução contínua são elementos chave que possibilitam o crescimento e desenvolvimento da atividade de qualquer sociedade. As reorganizações ou reestruturações societárias servem as necessidades permanentes de quem queira fazer face às pressões concorrenciais.

Pensadas estrategicamente pelas sociedades para seu proveito e benefício, quando bem sucedidas o seu impacto é positivo, não apenas para as mesmas, mas também para o Estado, que só tem a ganhar com o aumento da produtividade e crescimento económico.

Beneficiando o Estado dos resultados positivos das reorganizações societárias que criam valor, na procura da eficiência empresarial, e podendo estas nem sempre serem benéficas para a sociedade que a elas recorre, faz todo o sentido que este incentive e ofereça condições vantajosas para que as sociedades recorram aos mecanismos de reestruturação. A lei fiscal não deve constituir nenhum entrave à vontade da sociedade, pois uma alta carga tributária sobre este tipo de operações pode levar a que as mesmas não sejam realizadas.

Para esse efeito foi então criado o regime da neutralidade fiscal, que consagra a possibilidade de diferimento da tributação das mais-valias obtidas com as possíveis transmissões patrimoniais nas sociedades envolvidas. Visando garantir que a tributação não é barreira impeditiva à realização das reorganizações societárias. Contudo, oferecendo uma “via de escape” ao regime geral de tributação, o regime da neutralidade é uma potencial fonte de comportamentos ilícitos ou abusivos pelos sujeitos passivos, que se tentarão servir do regime especial por razões exclusivamente fiscais, e não económicas.

Qualquer sociedade comercial é criada e pensada tendo como fim um escopo lucrativo, o comportamento empresarial é explicado pelo objetivo da maximização do lucro. Com vista ao aumento do rendimento da atividade prosseguida é normal que qualquer sociedade recorra ao planeamento fiscal e que, através de estratégias

ponderadas tente obter a minimização dos seus encargos fiscais. Uma elevada taxa fiscal pode levar a que uma sociedade opte por não recorrer a uma operação de reorganização, se aquando do planeamento concluir que a taxa de imposto a pagar põe em causa a maximização do seu valor. O direito de nortear as suas decisões em função do fardo fiscal associado não suscita qualquer problema desde que seja efectuado dentro do quadro de licitude conferido pelo legislador português.

O problema surge quando o comportamento dos sócios ultrapassa a linha de licitude desenhada pelo legislador. As reestruturações societárias, o regime de neutralidade fiscal e o abuso à lei fiscal formam um trinómio com que imensas vezes um jurista se depara.

Antevendo essa possibilidade, a recorrente prática de abuso ao serviço do regime de neutralidade, associada ao regime fiscal de favor que este apresenta, o legislador preveniu-se e previu no capítulo especial destinado a esta matéria no CIRC uma cláusula que permite negar aos sujeitos passivos a aplicação do regime.

No primeiro capítulo será apresentado uma breve descrição sobre os processos de reestruturação societária.

O segundo capítulo focar-se-á no regime fiscal das F&A, analisaremos o regime geral e partiremos para o regime especialmente aplicável às fusões e aquisições, o porquê do seu nascimento, o seu âmbito teleológico e quais os requisitos para dele beneficiar.

Por último, no terceiro capítulo abordaremos a utilização abusiva do regime, começando por explicar os comportamentos de substituição, fazendo a ponte entre as reorganizações e o abuso ao regime de neutralidade. Teremos sempre presente a teoria de abuso de direito da doutrina europeia, à luz da qual será analisado a norma antiabuso.

Serão sempre tidas em conta as decisões jurisprudenciais respeitantes ao tema.

A todas as obras e artigos consultados será feita a devida referência. Sempre que um artigo seja referido e o respetivo diploma não, será certo que nos referimos ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

Cap. I: As Reorganizações Societárias

1. Breves notas introdutórias sobre as operações de fusão e aquisição de sociedades e o planeamento fiscal

Cada vez mais as empresas são obrigadas à redefinição da sua estratégia empresarial, em parte pela crescente concorrência com que se deparam, tanto no mercado nacional, como internacional, e pela imprescindível racionalização das estruturas empresariais, onde a contenção de custos assume um papel fundamental. Exige-se assim a par de um crescimento, uma especialização que permita competir nos respectivos mercados.² O crescimento por via externa apresenta variadas vantagens em relação ao crescimento interno, o que tem atraído empresários, gestores e demais agentes ligados ao mundo empresarial³, e que tem, por isso, catapultado para elevados índices de popularidade as operações de fusão e aquisição.

Não obstante terem sido já alvo de variados estudos e protagonizarem várias obras, de inúmeros autores, não existe nenhuma definição-tipo para ambos os conceitos. Contudo, com base nas várias definições apresentadas por diversos autores⁴, podemos caracterizar as operações de fusão e aquisição como operações que envolvem uma consentida transferência da titularidade e controlo da sociedade. A principal diferença entre as duas prende-se com a presença dos acionistas na nova sociedade constituída – na fusão, em princípio todos os acionistas marcarão presença na sociedade beneficiária, havendo a respetiva atribuição de participações sociais, já na aquisição os sócios, liberando a sua participação social, deixarão de ter qualquer participação na sociedade transmitida. Outra coisa que as distingue é também a

² LOUREIRO, Carlos, *Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Empresas in Fisco* n° 55/56, 1993, p.13.

³ Neste sentido, MATOS, Pedro Verga, RODRIGUES, Vasco, *Fusões e Aquisições, Motivações, Efeitos e Política*, Principia, 1ª edição, 2010, p. 14 e ss.

⁴ WESTON, J. Fred, WEAVER, Samuel C., *Mergers and Acquisitions*, McGraw and Hill, 2001; DEPAMPHILIS, Donald M., *Mergers, Acquisitions and Other Restructuring Activities*, 6th Edition, Academic Press, p.715, COATES IV, John C., *Mergers, Acquisitions and Restructuring Types, Regulation and Patterns of Practice*, Law Working Paper n° 260/2014, Harvard Law School, p.2, ROBERTS, Alexander, WALLACE, William, MOLES, Peter, *Mergers and Acquisitions*, Edinburgh Business School, p.3.

complexidade da operação. Em regra, as operações de fusão são mais complexas que as de aquisição.⁵

Várias são as razões que podem despertar a vontade de uma sociedade em se fundir ou adquirir uma outra. “*The number of hypotheses about the cause of the mergers is almost as large as the number of mergers itself.*”⁶ De facto, o porquê das fusões e aquisições acontecerem tem levantando inúmeras questões e controvérsia na doutrina. Existem, no entanto, uma série de razões que são sustentadas por inúmeros estudos e autores. Segundo um ensaio da KPMG⁷ “*most of them can be grouped into categories such as growth, synergy, diversification, horizontal and vertical integration, defensive measures, pressure to do a deal.*” A nós, interessam-nos sobretudo os ganhos em termos fiscais, preponderantes no despertar da vontade de uma sociedade de seguir uma operação de F&A, tais como SCHOLES, WOLFSON, AUERBACH e REISHEES⁸ referem nos seus estudos.

Não sendo o tema central desta dissertação, não consideramos ser peremptório alongarmo-nos mais nesta temática, não deixando porém de referir que é pelas vantagens que as fusões e aquisições podem trazer à sociedade e conseqüentemente ao Estado, pois este último só tem a beneficiar do desenvolvimento da atividade empresarial, que a lei fiscal decidiu intervir no impulsionamento destas operações.

Antes de qualquer operação de reestruturação ou reorganização, seja ela uma fusão ou aquisição existem negociações tendentes a aproximar os interesses dos sócios e sociedades envolvidas. Tanto a fusão como a aquisição são operações utilizadas pelos sujeitos para aumentar a eficiência da atividade económica, e por isso estes consideram e pesam todos os aspetos que possam interferir com o objetivo de maximização da eficiência. Ao negociar, tem sempre em conta inúmeros aspetos e

⁵ As aquisições evitam a necessidade de maiorias qualificadas nas assembleias gerais de acionistas; possibilitam um contato direto com os acionistas da empresa-alvo e permitem no caso das empresas cotadas, através de ofertas públicas de aquisição, que o mercado financeiro desempenhe a função de controlo da atividade dos gestores. As fusões envolvem numerosos aspectos, como por exemplo, o projeto de fusão. SILVA, Eduardo Sá, *Fusões e Aquisições – Abordagem contabilística, financeira e fiscal*, Vida Económica, 2015, p. 41.

⁶ MUELLER, Dennies C., *Mergers: Causes, Effects, And Policies*, International Journal Of Industrial Organization, nº, Elsevier, 1989.p.1.

⁷ Whitepaper on Post Merger People Integration (KPMG, 2011) p. 2.

⁸ “*Combining firms may also facilitate more efficient behavior on their own part by reducing their taxes. Many mergers and acquisitions provide an opportunity for corporation and their shareholder to receive some tax benefits.*” Neste sentido AUERBACH, Alan J., REISHEES David, *The Impact of Taxation on Mergers and Acquisitions*, University Of Chicago Press, 1987, p. 70.

apresenta especial relevância o facto fiscal da operação. O peso da tributação da operação será um dos aspetos mais relevantes a ter em conta.

Parece razoável (e pacífico) concluir que é contra natura proibir as empresas de atenderem à carga fiscal aquando da ordenação dos seus negócios.⁹ Este planeamento resume-se obviamente à procura do pagamento de menos impostos ou até o pagamento num momento mais tardio. Nesta procura, existe obviamente, uma linha que separa o planeamento legítimo e o ilegítimo, linha essa que é, por vezes muito difícil de definir. Por vezes, o contribuinte recorre a comportamentos legítimos e com eles obtém um resultado não admitido à luz da lei, por violar a intenção da norma.

Este tipo de planeamento fiscal é o chamado planeamento fiscal¹⁰ abusivo, uma atuação planeada do contribuinte, que através de um comportamento aparentemente lícito é gerador de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário.¹¹

A diferença entre o planeamento legítimo e o ilegítimo será a linha que separará a legalidade da operação de reestruturação levada a cabo pelo sujeito económico.

Cap. II: Regime Fiscal das Reorganizações Societárias

1. As Consequências das reorganizações societárias no regime fiscal das sociedades

Inerentes a qualquer operação de fusão e aquisição encontram-se atos de transmissão de património, troca de títulos de participação social e uma série de operações tendentes à reorganização jurídica da sociedade alvo do processo. Todas as transferências de elementos patrimoniais nas operações de reestruturação são, para

⁹ OLIVEIRA, António Fernandes, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abusos e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, 2010, p.11.

¹⁰ A expressão *planeamento fiscal* abrange qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determinem de modo exclusivo ou predominantemente, a obtenção de uma vantagem fiscal. Ver alínea a) do Decreto-lei nº 29/2008, de 25 de Fevereiro.

¹¹ COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso No Direito Tributário, Contributos Para A Sua Compreensão*, Almedina, 2009, p. 15.

efeitos fiscais, consideradas como transmissões onerosas. Concorrem para a determinação do lucro tributável, como mais ou menos valias.¹²

Havendo transferência de ativos e passivos estão assim criadas as situações que impõe a cobrança de impostos.¹³ Impõe-se então saber que regime fiscal irá tributar estas operações e de que forma será feita.

O principal imposto que estudaremos é o Imposto Sobre o Rendimentos das Pessoas Coletivas. Contudo este não é o único coberto pela Diretiva 90/434, já que a mesma também abrange o Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

As sociedades são pessoas coletivas, que sendo titulares de bens e rendimentos, têm riqueza própria, que pode e é objeto de tributação autónoma na sua própria pessoa.¹⁴ São tributadas em sede de IRC, que incide sobre os rendimentos obtidos, mesmo quando provenientes de atos ilícitos, no período de tributação, pelos respetivos sujeitos passivos, nos termos do respetivo Código.¹⁵ Quer isto dizer, que as sociedades e outras pessoas coletivas cuja atividade principal seja de natureza empresarial são tributadas pelo lucro.¹⁶ Contudo também para os outros impostos, nos seus respetivos códigos tributários, estão previstas disposições que se referem à reorganização societária e consequente neutralidade tributária da operação no que a esses impostos diz respeito.

No que toca às reorganizações, mais concretamente no que ao IRC diz respeito, em Portugal tal como noutros países europeus, como Espanha, são passíveis de serem aplicados às operações de F&A dois regimes, o regime geral de tributação e o regime da neutralidade fiscal. Cabe sempre aos sujeitos passivos intervenientes optar por um dos dois regimes.¹⁷

¹² Art. 46, n.º 5, alínea c) e d) do CIRC.

¹³ IVA, IRC, Imposto de Selo, IRS, IMT.

¹⁴ MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p.6

¹⁵ Artigo 1º do CIRC.

¹⁶ MORAIS, Rui Duarte, *op. cit.*, p.33.

¹⁷ Número 1 do art. 78º do CIRC: “*A opção pela aplicação do regime especial deve ser comunicado à Autoridade Tributária.*” A escolha por um ou outro regime abrange todos os ativos envolvidos na operação, não é possível ao contribuinte optar por aplicar o regime da neutralidade a cada ativo individualmente e consequentemente recusar noutros, ou vice-versa.

2. O Regime Geral de Tributação

Não oferecendo grande novidade a nível de regime tributário, no regime geral de tributação as transferências de elementos patrimoniais no âmbito de operações de reorganização são ficcionadas como se de uma transmissão onerosa se tratassem.¹⁸

Tudo se passará de acordo com o regime geral, previsto no artigo 46º do CIRC, concorrendo os ganhos e as perdas resultantes da operação para a determinação do lucro tributável¹⁹ como mais ou menos valias, respetivamente.

O cálculo da mais ou menos valia é apurado através da fórmula do número 2 do artigo 46º, é necessário atender à diferença entre o valor de realização (líquido dos encargos que lhe sejam inerentes) e o valor da aquisição (deduzido de depreciações e amortizações aceites fiscalmente, das perdas por imparidade e outras correções de valor previstas nos artigos 28.º-A, 31.º-B e ainda dos valores reconhecidos como gasto fiscal).

Na prática o que acontece é a consideração de tudo o que resultou da transferência do património para a sociedade adquirente, leia-se todos os ativos e passivos, e consequentes possíveis mais-valias, apurando-se assim os resultados da sociedades dissolvida²⁰. Tudo é feito de acordo com os termos gerais do IRC, tributando-se pela diferença entre o valor de cedência do património e o valor que está registado na contabilidade como se de uma real alieação se tratasse. Estão aqui em causa os ganhos ou perdas obtidos com a alienação onerosa de bens integrantes da empresa.

O problema que surge na aplicação do regime geral de tributação a este tipo de operações prende-se com a definição do valor da contraprestação. Na maior parte dos casos não existe, em bom rigor, uma correspondente prestação pecuniária ou de outra espécie. Para facilitar a operação de cômputo fiscal a lei fornece uma ficção legal, assume que o valor de realização é, segundo a alínea d) do número três do artigo 46º, o valor de mercado²¹ dos elementos transmitidos em consequência das operações.

¹⁸ Alínea c) do número 5 do artigo 46º CIRC.

¹⁹ Diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, determinado com base no sistema de normalização contabilística. Número 2 do artigo 3º do CIRC.

²⁰ Anulando-se as perdas por imparidade e as provisões constituídas. Ver art. 46º CIRC.

²¹ O conceito valor de mercado é um conceito também um pouco incerto, já que não há nenhuma disposição que o mesmo defina nas normas fiscais portuguesas. Assumindo que não sendo conceitos totalmente coincidentes o valor de mercado de qualquer ativo ou passivo estará relacionado com o montante que alguém estará disposto a trocar pelo mesmo.

3. O Regime da Neutralidade Fiscal

3.1. Aspetos gerais

Em Portugal, em 1980, com “*perspectivas de integração europeia, querendo reforçar as estruturas produtivas, combater os problemas do déficit externo, do desemprego, da escassez de recursos de capital e dos desequilíbrios regionais, pretendendo incentivar a concentração e cooperação de empresas*”, foi criado o Sistema Integrado de Incentivos ao Investimento²², que previa a isenção das mais-valias sobre os ganhos resultantes do processo de fusão ou transmissão a favor de uma empresa de uma unidade produtiva ou de parte do património de outra empresa e autorizava a dedução de prejuízos fiscais.²³ A origem do regime da neutralidade fiscal em Portugal remonta então aquele documento, que continha já o essencial de um regime de neutralidade fiscal para estas operações²⁴, no entanto o seu nascimento deve-se ao Revenue Act 1918²⁵ nos EUA que previa que “*when in connection with the reorganization, merger, or consolidation of a corporation a person receives in place of stock or securities owned by him new stock or securities of no greater aggregate or par or face value, no gain or loss shall be deemed to occur from the exchange, and the new stock or securities received shall be treated as taking the place of the stock, securities, or other property exchanged.*”²⁶

O legislador nacional antecipou-se ao legislador comunitário nesta questão, pois só em 1990 foi criada a Diretiva sobre as fusões e as outras operações²⁷, com o intuito de harmonizar as restrições a estas operações no mercado comum. Em Portugal o regime da neutralidade fiscal foi introduzido em 1988, na primeira versão do CIRC. O regime português de neutralidade foi adotado pois “*era necessário adoptar uma postura de neutralidade relacionada com as fusões e cisões de empresas, já que a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial não devem ser dificultados, mas antes incentivados.*” Foram então criadas as condições

²² DL 194/80, de 19 de Junho.

²³ Art. 34º.

²⁴ SANCHES, Saldanha, J.L., Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal, in “*Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*”, nº34, Abril-Junho 2008, p. 34

²⁵ Section 202(b).

²⁶ Permitia-se assim que em certas transferências de propriedade houvesse diferimento de tributação. Para mais desenvolvimentos BANK, Steven A., *Mergers, Taxes and Historical Realism*, Public Law And Legal Theory Working Paper No. 03, March 2000, p.8.

²⁷ Transposta para o nosso ordenamento em 1992.

para que as operações não encontrassem obstáculos fiscais à sua efetivação, exigindo no entanto, que as operações visassem um adequado redimensionamento das unidades económicas.²⁸

A Diretiva das Reorganizações foi transposta para o nosso ordenamento jurídico em 1992, através do Decreto-Lei 123/92, de 2 de Julho e expandiu o seu campo de aplicação às operações de fusão e cisão transfronteiriças, anteriormente apenas se aplicava o regime de neutralidade às operações de reestruturação domésticas. Em 1993, através do Decreto-lei nº 6/93 o regime da neutralidade fiscal foi estendido às entradas de ativos e permutas de participações sociais. Após isso foi revisto em 2001 e foi alterado pela última vez em 2004.²⁹

O regime de neutralidade fiscal, estejamos a referir-nos ao português, europeu, ou americano encontra a sua justificação nos dois aspetos comuns às reorganizações que protegem: a continuidade (do investimento e da empresa) e a eficiência económica da organização. O sistema fiscal reconhece que a máxima eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal superior aos interesses creditícios do titular do imposto e ao princípio da justa repartição dos encargos fiscais.³⁰

3.2. O Regime

3.2.1. A Neutralidade Fiscal

Como dito anteriormente, uma elevada carga tributária poderá por em causa a operação de fusão ou aquisição, sendo mesmo um entrave a sua realização se a sociedade concluir que as vantagens que poderá trazer são anuladas pela carga tributária que impende sobre a mesma.

Por existir “*no ordenamento jurídico-fiscal português um propósito geral de neutralidade tributária no enquadramento das operações de reestruturação, e se querer que sejam razões económicas e não motivos fiscais a comandar essas operações*”³¹, encontramos no artigo 73º e seguintes do CIRC o regime de

²⁸ Preâmbulo original do CIRC.

²⁹ Decreto-lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto e Reforma do IRC de 2014, respectivamente.

³⁰ ROCHA, António Mendes, *IRC e As Reorganizações Empresariais*, Universidade Católica Editora, 2016. p.211-213.

³¹ MARTINS, António, “A Influência da Lei Fiscal Nas Decisões de Reestruturar: Uma Perspectiva Financeira” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, 2009, p. 21-22.

neutralidade fiscal. Este regime, imposto pela Diretiva 90/434/CEE, vem assim assegurar a ideia de que as operações de reestruturação societária “*não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados membros e por isso importa instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras.*”³²

Criado para evitar que as implicações tributárias atuassem como um desincentivo às operações, o regime da neutralidade fiscal estabelece, substancialmente, que as operações de reorganização não vão produzir consequências fiscais, desde que os elementos patrimoniais sejam mantidos para efeitos fiscais pelos mesmos valores que tinham na sociedade anterior³³, não podendo sofrer qualquer alteração causadas por depreciações, amortizações, perdas por imparidade ou provisões, ou qualquer ajustamento.

Numa perspectiva de continuidade, a sociedade que é incorporada ou adquirida será sucedida pela sociedade que incorpora ou adquire, em todos os seus direitos e obrigações. “*Herda-os e os faz seus.*” Não haverá alteração alguma nos passivos e ativos, pois, estas operações não implicam *o termo de uma atividade autonomamente desenvolvida tendo em vista uma finalidade económica mas unicamente a alteração da personalidade através do qual se suporta essa atividade.*³⁴ Os elementos patrimoniais que pertenciam à sociedade incorporante ou adquirida passam para o património da outra sociedade nas mesmas condições.

É um regime que tem como objetivo eliminar ou reduzir substancialmente os obstáculos fiscais à concretização e execução das operações, mas não tem por propósito conceder isenções ou benefícios fiscais aos sujeitos passivos de imposto intervenientes nas operações.³⁵ O regime apenas difere a tributação para um momento posterior, não a elimina.

³² Considerandos da 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.

³³ Artigo 74º, número 3 CIRC.

³⁴ LOBO, Carlos Baptista, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural?” in *Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão*, nº 26/27, 2007, p. 32-33.

³⁵ CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-Abuso Prevista no Artigo 67º/10 do CIRC”, in *Reestruturação de Empresas e Limite do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, p. 72

A aplicação do regime de neutralidade, na prática, resulta na neutralização através do mecanismo de diferimento com transporte de base fiscal, das consequências fiscais típicas de um conjunto específico de negócios jurídicos.³⁶

Apesar de poder parecer que a não tributação destas operações acaba por prejudicar o Estado, que não vai cobrar o imposto decorrente das mesmas, tal conclusão não é inteiramente verdade, pois trata-se de um imposto que na maior parte dos casos não viria a ser cobrado, uma vez que a elevada carga tributária envolvida na mesma faria com que a operação não tivesse lugar e o Estado não usufruiria do imposto de qualquer das formas.³⁷ Além do mais, o que o regime oferece é um adiamento do pagamento do imposto, pois assim que a sociedade que beneficiou no momento da reestruturação societária do diferimento da tributação, alienar os ativos, as mais-valias decorrentes dessa operação serão tributadas de acordo com o regime geral.

O regime da neutralidade consegue, então, assegurar a neutralidade fiscal das operações abrangidas e proteger os interesses enunciados, mas ao mesmo tempo salvaguarda também os direitos de tributação do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida, pois apenas há diferimento para momento posterior da tributação.³⁸

Teoricamente, o regime geral apresentado no número anterior não apresentará grandes vantagens para a sociedade se o comparamos com o regime da neutralidade fiscal, aqui explicado. Não obstante, é importante destacar que, não se pode concluir, *a priori*, que o regime da neutralidade é sempre o regime mais favorável para os sujeitos passivos, pois tudo dependerá das circunstâncias em concreto da operação e da situação, quer das sociedades envolvidas quer dos respetivos sócios.³⁹ O regime geral de tributação poderá ser uma boa opção no caso, por exemplo, da sociedade incorporada apresentar prejuízos fiscais que sejam bastantes para cobrir as mais-valias que resultam da transferência do património⁴⁰, como já veremos no ponto seguinte.

³⁶ ROCHA, António Mendes, *op. cit.*, p.215.

³⁷ SALDANHA, Sanches J.L., *op. cit.*, 2008, p.34.

³⁸ PEREIRA, M.H. De Freitas, *A Diretiva Comunitária Relativa Ao Regime Fiscal Comum Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Ativos e Permutas de Ações*, Fisco n.º 47, 1992, p.4.

³⁹ PEREIRA, M.H. De Freitas, *op. cit.*, p.426.

⁴⁰ Olhando para a principal diferença entre os dois regimes, no regime geral a tributação ocorre no momento da reorganização, no regime da neutralidade fiscal há um diferimento, pelo que parecerá sempre este último mais vantajoso, pelo facto de no momento da reestruturação a sociedade não pagar o imposto. No entanto, não se pode concluir por esta ideia, já que o regime geral poderá ser mais vantajoso, em certos casos concretos, pois, por exemplo, no RNF a transmissão de prejuízos está limitada a um tecto máximo.

3.3. A transmissibilidade de prejuízos fiscais

Mesmo desconhecendo os pormenores fiscais da lei, qualquer pessoa saberá que o prejuízo resulta sempre da existência de um saldo negativo entre os ganhos e os gastos. Em termos mais precisos “*constitui prejuízo fiscal o saldo negativo entre os proveitos ou ganhos e demais variações positivas e os custos ou perdas negativas susceptíveis de concorrer para o lucro tributável de um sujeito passivo de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas num dado período de tributação.*”⁴¹ Assim, sempre que uma sociedade, num exercício, apresentar mais gastos face ao número de rendimentos, terá prejuízo.

A palavra “gastos” tem sempre uma conotação negativa, já que é do interesse de qualquer sócio que a sua sociedade apresente mais rendimentos do que gastos. Contudo, quando não superiores aos ganhos e por isso não geradores de um prejuízo fiscal, os gastos podem ter interesse para uma sociedade, já que a legislação tributária portuguesa em matéria de imposto das pessoas coletivas permite que os mesmos sejam deduzidos, e dessa forma a sociedade beneficiará de uma atenuação da carga fiscal que recai sobre os lucros gerados no exercício.

O CIRC é dotado de várias disposições relativas à dedução de prejuízos fiscais. O princípio geral é de que todos os gastos ou perdas que, tenham sido suportados pelo sujeito passivo na obtenção dos rendimentos sujeitos a IRC podem ser deduzidos para a determinação do lucro tributável.⁴²

*“A atividade das empresas é continuada, ainda que exista a necessidade de, artificialmente, a cindir, calculando-se os resultados em relação a cada exercício. Porém, a lei fiscal não pode ignorar a realidade, que impõe a solidariedade entre os vários exercícios; não pode exigir imposto relativamente aos não em que haja lucro e ignorar aqueles em que haja prejuízo.”*⁴³

Não sendo a atividade de qualquer sociedade estanque e como na maioria dos casos os gastos e os proveitos por ele gerados não ocorrem no mesmo espaço temporal, o CIRC prevê outro mecanismo no que aos prejuízos diz respeito. O regime da dedução de prejuízos fiscais pretende evitar a isolação de valores negativos e

⁴¹ TORRES, Manuel Anselmo, “A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, 2009, p.111. De ressaltar o facto de o CIRC não se referir mais aos termos ganhos/custos, mas rendimentos/gastos.

⁴² Art. 23º CIRC.

⁴³ MORAIS, Rui, *op. cit.*, p. 165.

positivos, evitando assim variadas injustiças que a sua inexistência poderia causar às sociedades. Estes é um mecanismo que têm de ser pensado pelo legislador com cautela, pois, uma recusa ou difícil acesso ao mesmo prejudica as empresas, porém, um campo largo de aplicação irá por em causa a receita fiscal do Estado.

O CIRC prevê dois mecanismos de reporte de prejuízos, o mecanismo geral e o regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, no artigo 75º do CIRC, ambos concedem uma autorização, condicionada a determinados requisitos, à transmissibilidade dos prejuízos fiscais.

3.3.1. Regime geral

O regime geral aplicável ao reporte dos prejuízos está previsto no artigo 52º do diploma sobre o imposto das pessoas coletivas, caracteriza-se pela sua limitação no tempo, e pela ilimitação material que permite que todos os prejuízos possam ser reportados independentemente da atividade empresarial que os originou.⁴⁴ A ilimitação material é designada por “*globalidade do reporte de prejuízos*”⁴⁵, e permite que possam ser incluídos no valor a ser reportado todos os prejuízos sobre qualquer lucro, sem ser necessário ter em conta a natureza da atividade exercida, a fonte ou origem do rendimento.⁴⁶ O regime tem, porém, alguns limites. Não permitirá que, o reporte dos prejuízos seja intemporal, apresentando-se um limite que será de seis a doze anos, dependendo da sociedade em causa. Apresenta ainda um limite quantitativo, que coloca um teto máximo no valor a ser reportado. Esse valor não pode exceder o montante correspondente a 70% do lucro tributável apurado no mesmo período fiscal. O possível excesso poderá ser reportado no restante período seguinte possível. Em princípio o reporte também só será possível ser feito pela sociedade que obtém os resultados negativos. No entanto, a regra não se faz sem a

⁴⁴ TORRES, Manuel Anselmo, *ob. cit.*, p.115.

⁴⁵ FREITAS PEREIRA, M.H., “Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Activos – Novos Desenvolvimentos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 411.

⁴⁶ Isto só não será verdade nos casos em que o sujeito passivo exerça várias atividades, uma delas atividade isenta ou sujeita a taxa reduzida, e as outras não. Os prejuízos da atividade que beneficia da taxa menor, não serão dedutíveis aos lucros das atividades sujeitas a taxa normal, tal como previsto no número 5 do artigo 52º CIRC.

exceção, e aqui entrará o regime aplicável às operações realizadas ao abrigo da neutralidade fiscal.⁴⁷

3.3.2. Regime aplicável às reorganizações empresariais

O regime aplicável às operações de reorganização destina-se a assegurar a tributação do rendimento real da empresa, sempre que os respetivos prejuízos fiscais e lucros tributáveis sejam realizados não apenas em diferentes períodos de tributação, mas também na esfera de diferentes sujeitos passivos. Obedece, por isso, ao princípio da continuidade empresarial.⁴⁸

O regime especial previsto no artigo 75º, foi criado em 1989, e requiere, *a priori*, que a operação seja realizada ao abrigo do RNF. Este é, desde logo, o primeiro critério que terá de estar preenchido para que o sujeito passivo possa beneficiar deste regime especial de reporte de prejuízos. A realização da operação fora do escopo do regime de neutralidade fiscal é motivo para que o regime seja logo posto de parte, mesmo que todos os outros critérios se encontrem preenchidos. Caso a operação não se enquadre nas condições previstas taxativamente nos números 1 e 3 do artigo 75º a possibilidade de transmissibilidade ao abrigo deste mecanismo de reporte, encontra-se, desde logo, posta de parte.

O novo artigo respetivo a esta temática diz que podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante, os prejuízos fiscais das sociedades anteriores, nos termos e condições estabelecidos no artigo 52º e até ao fim do período no nº1 do mesmo artigo, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam.

Este regime, apresenta, em relação ao regime geral um diferente teto máximo para o valor permitido no reporte. Esta diferença tem como objetivo compatibilizar os objetivos financeiros do Estado, com o regime de neutralidade fiscal.⁴⁹

Se na operação de reorganização forem participantes apenas sociedades portuguesas, leia-se, todas residentes em Portugal, a dedutibilidade dos prejuízos fiscais gerados pela sociedade fundida ou adquirida a nível da sociedade incorporante

⁴⁷ O limite pessoal encontra uma exceção igualmente nos casos em que é aplicável o RETGS (Regime especial de tributação de grupos de sociedades).

⁴⁸ MENDES, António Rocha, *op. cit.*, p.422.

⁴⁹ Carta Circular n.º7/2005, de 16 de Maio, da Direção-Geral dos Impostos.

está limitada, em cada período de tributação, ao valor correspondente à proporção entre o valor positivo do património líquido da sociedade da primeira sociedade e o valor do património líquido de todas as outras participantes na operação.⁵⁰ Caso haja na operação, a participação de uma sociedade que possua a sua residência noutra Estado-membro, os prejuízos que venham a ser deduzidos ao lucro tributável do estabelecimento estável da última sociedade terão de cumprir o requisito exigido pela lei, que é a imputabilidade dos prejuízos a esse estabelecimento estável.⁵¹

4. Aplicação do regime de neutralidade fiscal

4.1. Âmbito de aplicação

Um regime especial de tributação, pensado e criado com objetivos concretos terá que, logicamente, à partida apresentar as condições que necessitam de estar previstas para que os interesses que se dispõe a proteger sejam preservados.

Visando proteger os pilares em que o regime da neutralidade assenta, o legislador previu uma série de requisitos que devem estar preenchidos para que a sociedade interveniente possa usufruir do regime de neutralidade.

O regime não se aplica a qualquer reorganização capaz de gerar ganhos de eficiência em termos organizacionais, destina-se apenas aqueles que são realizados sob uma forma jurídica que esteja presente no elenco de operações elegíveis, previstas no CIRC.

É nos números de 1 a 7 do artigo 73º que o legislador definiu a extensão da aplicação do regime.

A lista do artigo 73 CIRC é considerada taxativa⁵² e por isso qualquer operação não elencada no texto do mesmo deve considerar-se excluída do regime de neutralidade fiscal.

O legislador optou por definir nos números um a cinco do artigo 73º os requisitos objetivos que as operações de reestruturação deverão reunir para serem

⁵⁰ Número 4 do artigo 75º CIRC.

⁵¹ Número 5 do artigo 75º CIRC.

⁵² De acordo com o despacho nº1204/2004-XV do SEAF, de 19.05.2004 relativo ao processo nº127/2003, e também Parecer do CED nº27/2005.

elegíveis para efeito do regime da neutralidade fiscal. Nos números seis e sete delimitou as entidades às quais o regime é aplicável.⁵³

4.1.1. Requisitos objetivos: tipo de operações

Os números 1 a 5 do artigo 73º são uma completa definição de todas as operações de reestruturação elegíveis para benefício do regime de neutralidade.

À fusão, o legislador dedicou o número um do artigo 73º, elencando no mesmo as operações que se cabem no conceito de fusão para efeitos do regime.

À entrada de ativos é dedicado o número três do artigo, estabelecendo o mesmo que corresponde “à operação pela qual uma sociedade (sociedade contribuidora) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua atividade para outra sociedade (sociedade beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária.”

A primeira parte da delimitação do campo de aplicação do regime é assim feita pelos números 1 a 5 do artigo 73º. Não nos parece necessário a completa transcrição de toda a norma, ficando aqui a remissão para mesma, crendo que tal bastará.

4.1.2. Requisitos subjetivos: tipos de sociedades

Os sujeitos passivos que podem beneficiar do regime da neutralidade fiscal estão previstos no número 6 e 7 do artigo acima mencionado. Exige-se que as sociedades tenham sede ou direção efetiva em território nacional e não estejam isentas de IRC.⁵⁴ Caso a sociedade pertença a outro estado membro da União Europeia, encontra-se também legitimada a usufruir do regime de neutralidade fiscal desde que todas as intervenientes preencham as condições previstas no artigo 3º da Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e

⁵³ RAMALHO, João Magalhães., *O Regime De Neutralidade Fiscal Nas Operações De Fusão, Cisão, Entrada De Activos E Permuta De Partes Sociais (Comentários Ao Código Do Irc)*, Coimbra Editora, 2015, p.138-139.

⁵⁴ Art. 78º, número 7 CIRC, alínea a).

permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.⁵⁵ Contudo, caso não preencham os requisitos atrás mencionados, tal não significa que a sociedade se encontre logo à partida excluída do regime de neutralidade. O mesmo é extensível a outras entidades que não sociedades, encontrando-se também dentro do escopo de aplicação, com as necessárias adaptações, as empresas públicas, cooperativas, outras pessoas de direito público ou privado, e ainda pessoas coletivas sem personalidade jurídica, as referidas na alínea b) do número 1 do artigo 2º do CIRC.⁵⁶

O legislador começou por fazer uma delimitação positiva dos sujeitos que podem usufruir do RNF. Após ter elencado os sujeitos que podem beneficiar, expôs quem dele não pode, através de uma delimitação negativa. Assim, não se encontram dentro do âmbito de aplicação, estando por isso excluídas do regime de neutralidade fiscal, as operações intracomunitárias que envolvam a transmissão de navios ou aeronaves, ou bens móveis afetos à sua exploração.⁵⁷ Também não serão entidades elegíveis aquelas que, mesmo sendo portuguesas e/ou da UE, não preenchem os requisitos enunciados, ou ainda as residentes num Estado terceiro, alheio à União Europeia.

4.1.3. Requisitos a preencher pela operação

Se nem todos os agentes económicos podem recorrer ao regime da neutralidade fiscal sempre que intervém numa fusão ou aquisição, nem toda e qualquer operação de reorganização societária, mesmo cumprindo os requisitos formais, pode beneficiar do regime de neutralidade fiscal, já que este se trata de um

⁵⁵ Tem de ser uma sociedade que revista qualquer uma das formas enumeradas no anexo da Diretiva, Que, de acordo com a legislação fiscal de um Estado-membro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade, e que, além disso, esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, ao imposto sobre o rendimento do país respectivo.

⁵⁶ RAMALHO, João Magalhães, *op. cit.*, p.140.

⁵⁷ Prende-se com o facto de sendo os ganhos emergentes da operação de venda destes bens tributados apenas no Estado em que se situa a direção efetiva da sociedade alienante é necessário salvaguardar os direitos tributários do Estado Português e evitar que os ganhos inerentes à alíneação nunca fossem tributados pelo nosso país. Esta norma está ligada ao regime especial previsto no artigo 8º das convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal segundo o modelo da OCDE. No entanto, a proibição da maneira que foi feita, isto é, a recusa de aplicação com base na própria elegibilidade da operação, sempre que um dos ativos envolvidos na transmissão a favor de uma entidade residente fora do nosso país, seja uma aeronave ou um barco, é bastante excessiva, pois haverá casos em que as empresas envolvidas na transação não estarão sujeitas ao regime especial do art. 8º das Convenções para evitar a dupla tributação, e por isso os lucros da mesma podem estar sujeitas às regras gerais.

regime excecional. O regime exige que a fusão ou aquisição levada a cabo pelas sociedades intervenientes preencha determinados requisitos, reservando-se o regime às operações que constem no elenco de operações que o legislador definiu no CIRC.

No que à operação propriamente diz respeito, duas características são fundamentais para que possa existir legítimo uso do regime da neutralidade: a operação não pode implicar um desinvestimento na empresa reorganizada, exige-se a continuidade do investimento e da empresa. Exige-se também que com a operação se procure apenas uma maior eficiência em termos organizacionais ou de produção na sociedade⁵⁸ – é fundamental que se vise em primeira instância uma reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades. Isto significa que, a operação de fusão ou aquisição tem de procurar uma melhoria organizacional não sendo aceitável que procure essencialmente um ganho de natureza fiscal.

Cap. III: Aplicação Abusiva do Regime de Neutralidade Fiscal

1. A procura de vantagens puramente fiscais

1.1. Os Comportamentos de Substituição

O regime da neutralidade fiscal tem como intuito apenas intervir na eliminação de entraves tributários às operações de reorganização societária e não pretende favorecer fiscalmente os sujeitos passivos intervenientes nas operações. Foi criado com o propósito de promover e facilitar a otimização das atividades das sociedades. Sendo estas premissas o pilar em que assentou a lógica criadora do regime, o mesmo exige as duas características fundamentais mencionadas no ponto anterior.

Porém, aliciados pelos benefícios fiscais decorrentes do regime, os sujeitos passivos podem tentar servir-se dele, realizando a operação por razões de índole fiscal, e não pelas razões legitimadas pela lei, pondo em causa o equilíbrio do sistema.

⁵⁸ MENDES, António Rocha, *op. cit.*, p.428.

A área empresarial é bastante competitiva, e toda a empresa é pensada para a obtenção de lucro, sendo o seu comportamento sempre norteado tendo em vista a maximização da rendibilidade da sua atividade⁵⁹ e não o pagamento de impostos. Qualquer contribuinte procurará o menor pagamento de impostos possível.⁶⁰ Por vezes, na procura de tal, os sujeitos passivos adotam comportamentos diferentes para seguirem um caminho que seja fiscalmente mais atrativo. Tal constitui um comportamento totalmente legítimo, já que os sujeitos passivos de imposto, estão autorizados, pelo artigo 405º do Código Civil que consagra o princípio da liberdade contratual, a contratar ou não, e decidindo-se pelo primeiro, a contratar com livre escolha de tipo e forma do contrato. O exercício de uma atividade empresarial ou a realização de um negócio, podem obedecer a formas jurídicas alternativas que a lei põe ao dispor dos interessados, a adotar em decorrência da liberdade negocial que constitui uma liberdade fundamental à luz da própria Constituição.⁶¹ Por esse motivo, não há qualquer exigência que obrigue os agentes económicos a agir de maneira a maximizar a receita pública.⁶² Aliás, é até de esperar que um sujeito normal e bem formado tome as suas decisões numa base de rendibilidade, ou seja, de maximização de proveitos e de minimização de custos, sejam eles fiscais ou de qualquer outra ordem.⁶³ Este direito ao planeamento fiscal foi já reconhecido pelo Tribunal de Justiça.

Se é certo que os agentes económicos gozam de liberdade para optar pela forma de reorganizarem a sua empresa, tal liberdade não lhes permite, contudo, toda a espécie de atos. A linha que separa o planeamento legítimo do ilegítimo é ténue. No entanto, a legitimidade do planeamento estará presente nos casos em que a atitude do sujeito passivo converge com a intenção do legislador.

Perante a assimetria no sistema causada pela existência de um regime especial de tributação, por vezes, os agentes económicos realizam transações ou implementam estruturas (funcionais e/ou societárias) diferentes das que realizaria ou implementaria na ausência de tais normas. São os chamados comportamentos de substituição. Ou

⁵⁹ OLIVEIRA, António Fernandes, *op. cit.*, p.11.

⁶⁰ “Most tax payers spend nontrivial resources to arrange their affairs to keep the tax bite as painless as possible.” Ver Scholes, Myron S., Wolfson, Mark, et al., *Taxes & Business Strategy, A Planning Approach*, Pearson, 5ª edição, 2014, p. 24.

Education Limited. Kindle Edition

⁶¹ PINTO, José A. Pinheiro, “Planeamento Fiscal e Normas Antiabuso” in *Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal*, VidaEconómica, 2010, p. 209.

⁶² SANCHES, J.L. SALDANHA, “Reestruturação e limites do planeamento fiscal”, p. 41

⁶³ PINTO, José A. Pinheiro, *op. cit.*, p. 210.

seja, perante a existência de dois caminhos fiscais a seguir, em que o encaço de um proporcionará uma carga fiscal menor que outro, o contribuinte optará pelo primeiro, substituindo o comportamento que tinha previsto inicialmente por outro que lhe proporcione uma carga fiscal menos onerosa. Estas estruturas alternativas, apesar de prosseguirem o mesmo fim, beneficiam de um tratamento fiscal mais vantajoso, atraindo assim os sujeitos passivos.⁶⁴

O problema da legitimidade da substituição surge quando a atuação dos agentes económicos cumpre formalmente a lei, porém é contrária à intenção normativa expressa na ordem jurídica.⁶⁵ Em termos práticos isto traduz-se numa operação de reestruturação que apesar de cumprir todos os requisitos presentes nos artigos 73º e seguintes, frustra a intenção normativa inerente ao regime da neutralidade fiscal, a procura da máxima eficiência organizacional.

O regime de neutralidade é assim uma ferramenta suscetível de criar assimetrias no sistema, pois os sujeitos passivos tentados pelo benefício fiscal que a utilização do regime poderá proporcionar, serão levados à realização de *manobras*⁶⁶ que servirão apenas para tentar tornar elegíveis para o regime operações que não seriam elegíveis à partida, por não reunirem os requisitos exigidos pela norma.

Logicamente, a frustração do propósito máximo do regime de neutralidade cria problemas, tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista económico.

1.1.1. Os problemas

1.1.1.1. Jurídicos

Sempre que o sujeito passivo constrói uma operação de organização com o objetivo ímpar de beneficiar de um regime mais favorável, se essa operação não violar formalmente a lei, à primeira vista poderá parecer que não haverá uma violação de normas jurídicas. Contudo, a construção dessa operação, que apesar de não ser contrária à lei, formalmente falando, se a mesma não for de encontro aos princípios da norma que o sujeito passivo pretende alcançar, haverá uma frustração da intenção do legislador. Com essa atuação, o sujeito passivo desvirtua a norma, a sua operação

⁶⁴ MENDES, António Rocha, CORREIA, Miguel, “Alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação e o seu impacto no comportamento das empresas”, in *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 43, Julho-Setembro, 2010, p.89.

⁶⁵ MENDES, António Rocha, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁶ MENDES, António Rocha, *op. cit.*, p. 429.

estará a ser abrangida pela vantagem concedida por uma norma, cujo propósito inerente a ele não foi cumprido pelo mesmo.

1.1.1.2. Económicos

Adotando comportamentos de substituição, contrários aos pilares fundamentais do regime, a ação dos sujeitos passivos pode levar a estruturas ou negócios jurídicos que apenas proporcionam aos mesmos vantagens em termos fiscais, não promovendo a tão esperada, e obrigatória, maximização da eficiência económica. As empresas poderão ser induzidas a implementar estruturas societárias e funcionais que não são as ideias de um ponto de vista operacional, o que resultará em ineficiências significativas de natureza não fiscal.⁶⁷

2. O abuso do regime de neutralidade fiscal

2.1. Um olhar geral sobre o abuso no RNF

O sistema fiscal, confrontado com a probabilidade elevada de tentativas de abuso do regime e conseqüente desvirtuação dos propósitos da norma, com intenção de salvaguardar os interesses fiscais do Estado, e garantir a eficiência económica inerente ao regime de neutralidade fiscal, prevê mecanismos para proteção do regime de neutralidade fiscal.

Oferecendo a possibilidade ao sujeito passivo de optar por dois caminhos, havendo um onde este paga menos imposto, era de esperar que o mesmo viesse a usar a reestruturação como uma tentativa de ser excluído do pagamento de imposto.

A primeira versão do regime de neutralidade fiscal português não incluía qualquer norma que resguardasse o interesse do mesmo. A mesma veio a surgir apenas aquando da transposição da Diretiva 90/434. Trouxe esta a norma que autorizava os Estados Membros a recusar, no seu todo ou em parte, a aplicação do regime de neutralidade fiscal, ou ainda a retirar os benefícios aí previstos. A exclusão total ou parcial estava dependente da condição da reestruturação se ter realizado com o principal objetivo (ou um dos) de fraude ou evasão fiscal. Tal seria presumido no

⁶⁷ ROCHA MENDES, António, CORREIA, Miguel, *op. Cit.*, p. 93.

caso da mesma não se ter realizado por motivos económicos válidos (reestruturação ou racionalização das atividades).⁶⁸

Atualmente, as regras fiscais do ordenamento jurídico já preveem a cláusula protetora do regime, de esquemas pensados com vista à exclusão do pagamento de imposto através do RNF. Num nível geral referente aos comportamentos abusivos encontramos no artigo 38º da LGT a cláusula geral antiabuso. No entanto, apesar da existência da cláusula geral, o legislador previu uma norma especificamente destinada à proteção dos valores intrínsecos ao regime. Norma esta que, sendo antiabuso específica, é à luz do disposto no artigo que lhe destina, o número 10 do artigo 73º, que deverá ser analisada a legitimidade das operações protegidas pelo regime de neutralidade fiscal, e não recorrendo à primeira, como veremos mais à frente.

A cláusula portuguesa concorda no seu teor com a prevista na Diretiva, acrescentado à mesma outra situação indiciadora de comportamentos abusivos.

Pela leitura do conteúdo da norma facilmente se afigura que a mesma é de difícil interpretação. Em que circunstâncias se poderá concluir que a operação em causa não tem implícita razões económicas válidas? Como se provará a intenção fraudulenta ou evasiva do sujeito económico? E a constituição desses objetivos como o principal ou dos primordiais?

2.2. O abuso no TJUE

Tendo surgido numa fonte de direito europeia, a análise da interpretação da norma exige a sujeição do estudo aos princípios gerais de direito europeu e a jurisprudência harmonizada nesta matéria do TJUE. Apesar de no acórdão *Kofoed*⁶⁹, o Tribunal sustentar que o artigo 11º, número 1, alínea a) da Diretiva 90/434 reflete o princípio geral do direito europeu de que o abuso de direito é proibido⁷⁰, haverá um conceito único de direito europeu no que respeita ao conceito de abuso, podendo este ser estendido a qualquer temática que verse sobre matérias de abuso de direito fiscal, nos Estados-membros? A questão é controversa, foi amplamente discutida e até à data não conhece resposta unânime.

⁶⁸ Inicialmente a norma estava contida no art. 11º, número 1, alínea a) da Diretiva 90/434/CEE. Corresponde ao art. 15º, número 1, alínea a) da Diretiva 2009/133/CE.

⁶⁹ Processo C-321/05, *Kofoed*, de 5 de julho de 2007.

⁷⁰ Parágrafo 38 do Acórdão.

Uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça revela, de modo consistente, vários elementos convergentes quanto à noção de abuso no direito comunitário.⁷¹

O conceito de abuso construído pela jurisprudência do TJUE e sustentado nas variadas decisões do mesmo, divide-se fundamentalmente em dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro diz respeito aos fins e objetivos da norma europeia de cobertura⁷², à luz da qual se está a analisar a potencial existência de uma utilização abusiva da mesma, através de uma ação levada a cabo pelos sujeitos passivos de imposto que viola a finalidade essencial daquela. A este primeiro elemento, objetivo, junta-se o segundo, o subjetivo, que por seu lado se refere ao objetivo e intenção das operações realizadas pelo contribuinte nas atividades/negócios em que se serviu da norma europeia de cobertura.

Mais concretamente, nas palavras de Poiares Maduro, o critério do Tribunal de Justiça para aferir a existência de um abuso, que consiste, primeiro “*num conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado e, segundo, num elemento subjetivo que consiste na vontade de obter [uma vantagem] que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção.*”⁷³

A presença destes dois elementos objetivo-subjetivo foi referida no acórdão Emsland-Starke⁷⁴, no qual o tribunal deixou claro que a conclusão de abuso necessita, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objetivas, e por outro lado de um elemento subjetivo. O TJUE voltou a reforçar a ideia no acórdão Halifax.⁷⁵

Na apreciação do mesmo, importa sobretudo saber se o direito que vem a ser exigido é conforme com o propósito da norma que dá formalmente direito àquele. Isto resulta numa proibição de invocação do mesmo nos casos em que a norma de direito europeu que concede o direito é invocada apenas para obter “*vantagens ilegítimas e*

⁷¹ Parágrafo 62 das conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro, apresentadas em 7 de Abril de 2005.

⁷² O abuso está sempre ligado a uma dualidade de normas jurídicas, sendo uma delas a norma defraudada e a outra a norma de cobertura. No RNF as normas defraudadas serão sempre aquelas que impedem sobre os ganhos realizados na operação resultantes da transmissão onerosa dos ativos. A norma cobertura será a norma do regime de neutralidade, que estabelece uma menor tributação ou até mesmo uma isenção.

⁷³ Parágrafo 66 das conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro, apresentadas em 7 de Abril de 2005.

⁷⁴ Processo C-110/99, Emsland-Stärke, de 14 de Dezembro de 2000.

⁷⁵ Processo C-252/02, Telecom Italia Mobile, de 21 de Fevereiro de 2006.

manifestamente alheias ao objetivo da referida disposição".⁷⁶ Não haverá abuso e portanto o exercício do direito é legítimo nos casos em que a utilização da norma está de acordo com os objetivos e resultados que a norma pretende seguir.

É a presença destes dois elementos que determina o desencadeamento da aplicabilidade da cláusula antiabuso a operações artificiais nas quais o único objetivo procurado pelo sujeito que a elas recorre é a obtenção de uma vantagem fiscal, cuja concessão seria contrária à finalidade da norma europeia que serve de cobertura à operação.⁷⁷

A posição atual do TJUE pode ser resumida no seguinte transcrito: *“uma determinada norma não será aplicada quando um conjunto de factos está claro e inequivocamente coberto pela previsão da norma mas a sua utilização pelo agente é abusiva no sentido de que esse agente organizou artificialmente as suas atividades para poder dela beneficiar, e o resultado da aplicação dessa norma seria contrário ao seu propósito.*”⁷⁸

Não havendo uma uniformidade na análise do conceito⁷⁹, a análise da norma antiabuso deve seguir uma linha de raciocínio, diferente e autónoma que deva sempre ter em conta as contribuições do TJUE.

2.3. O abuso no direito tributário português

É impossível que o legislador consiga prever todas as possíveis condutas dos sujeitos passivos de imposto e conseguir antecipar-se a comportamentos evasivos ou abusivos da lei fiscal. Por essa razão recorre às cláusulas antiabuso, presentes em várias secções dos Códigos Tributários, variando as mesmas, conforme as situações que visa antever.

⁷⁶ Parágrafo 68 do acórdão.

⁷⁷ CARRERO, José Manuel Calderón, “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula anti-abuso de la “Directiva de Fusiones”: Hacia motivos económicos válidos de “alto voltaje”?”, in *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 38, Abril-Junho 2009, p. 56.

⁷⁸ Vogenhauer, Stefan, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, 2011, p.530.

⁷⁹ A noção de abuso e os seus elementos constituintes estão longe de gerar consenso entre as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais. O TJUE mostra diferentes critérios consoante estejamos a tratar de matérias fiscais ou não fiscais. Em questões não relativas a matérias de direito fiscal para negar os benefícios será necessário que a única razão para a transação foi a obtenção de um benefício atribuído pelo direito europeu. Já em casos puramente fiscais, o TJUE tem dividido as suas decisões, havendo casos em que utiliza o critério da única razão⁷⁹, no entanto recorre também ao conceito de principal objetivo⁷⁹ ou essencial finalidade. Até quando nos referimos apenas à área fiscal a divergência não se desvanece. As análises ao conceito de abuso divergem consoante o tipo de tributação, em sede de IVA o Tribunal tem-se referido as principais razões, enquanto na tributação direta tem usado *a única razão*.

Elas surgem não porque o legislador tem a intenção de abdicar da proliferação de regimes alternativos, mas porque é manifesta a intenção de evitar que o contribuinte possa aproveitar de um regime mais favorável por razões fundamental ou exclusivamente fiscais.⁸⁰

Segundo a cláusula geral antiabuso na lei fiscal portuguesa no que a matéria de direito tributário diz respeito, *são ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que deveriam ser devidos em resultados de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.*⁸¹

Esta cláusula geral comporta cinco elementos, quatro dos quais correspondem aos requisitos de aplicação da CGAA, e o quinto à respetiva estatuição da norma. Os quatro elementos que compõem a cláusula são: a forma utilizada – *meio*, a vantagem fiscal e a equivalência económica obtidas – *resultado*, a motivação do contribuinte – *intelectual* – a reprovação normativo sistemática da vantagem obtida – *normativo*, a efetivação da cláusula – *sancionatório*.⁸²

No que à questão das reorganizações diz respeito, a violação do regime não será analisada à luz desta norma, mas sim da norma que especificamente ao regime se destina. Como já referido anteriormente no presente trabalho, a norma do artigo 73º é uma norma antiabuso específica e é através desta que a legitimidade das operações será analisada.

2.4. O conceito de abuso aplicado à norma

O regime nasceu da necessidade de criar regras fiscais que impedissem que a tributação não fosse barreira impeditiva das reorganizações societárias, suprimindo assim um dos maiores entraves à sua realização. Não tem como intenção, no entanto,

⁸⁰ PINTO, José A. Pinheiro, “Planeamento Fiscal e Normas Antiabuso” in *Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal*, VidaEconómica, 2010, p. 211.

⁸¹ Artigo 38º/2 da LGT.

⁸² COURINHA, Gustavo, *op. cit.*, p. 165 e ss.

conceder qualquer benefício fiscal ao contribuinte. Nesse sentido, qualquer operação que não que apresente conformidade com o âmbito teleológico da norma que concede a neutralidade, não poderá dele beneficiar. Falamos aqui no elemento objetivo da norma, a conformidade formal das condições previstas na legislação, mas ligada a uma violação do objetivo protegido pela legislação.

Para que o benefício concedido pelo regime de neutralidade possa a alguém ser recusado as autoridades de cada Estado-Membro não se podem basear apenas no primeiro elemento, necessitando ainda do elemento subjetivo. Necessitam as mesmas de provar que “*o principal ou um dos principais objetivos*” da operação em causa foi a evasão ou a fraude fiscal. É de atentar no facto que não precisa o sujeito de ter querido apenas a obtenção da vantagem fiscal. Desde que o mesmo figure no elenco dos objetivos projetados, a par de outros, o requisito estará cumprido, tendo em conta a generosidade da norma.

2.5. A norma antiabuso do número 10 do artigo 73º

Com o propósito de salvaguardar o intuito do regime e evitar situações em que os sujeitos passivos alteram os factos de modo a poderem usufruir do regime a Diretiva introduziu uma norma que habilitou os Estados-membros a recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos do regime, mesmo que os pressupostos dos artigos anteriores estiverem preenchidos, se for evidente que uma das operações teve como principal objetivo a fraude ou a evasão fiscal, o que resulta numa operação que não foi executada por razões comerciais válidas e por isso se considera ser abusiva. Foi transposta para o regime português e figura hoje no número 10 do artigo 73º do CIRC.

A atual norma antiabuso do regime de neutralidade fiscal prevê que “*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.”

Para compreensão da cláusula antiabuso importa então analisar as duas situações que podem presumir um fim evasivo e ainda o conceito fundamental da norma – razões económicas válidas.

2.5.1. Os elementos objetivo e subjetivo na norma portuguesa

Na análise dos dois elementos que compõe o conceito de abuso na norma antiabuso respeitante a estas matérias é necessário que atendamos ao já disposto na jurisprudência do TJUE.

O critério objetivo diz respeito a uma conformidade formal das condições previstas na legislação, mas ligada a uma violação do objetivo protegido pela legislação.

Saltando para o campo da norma antiabuso, no exame para averiguar a verificação do elemento objetivo num comportamento dos sócios, o foco estará em perceber se, através da operação, quem a ela recorreu, apesar de ter cumprido todo o conjunto de pressupostos legalmente exigidos obteve uma vantagem fiscal que não vai de encontro às intenções que o legislador teve em conta na criação do regime. É necessário pensar no porquê da criação do regime e no que se tentou alcançar com a sua criação e depois analisar, à luz destes elementos, a operação em causa e o resultado da mesma.

O elemento subjetivo cristaliza-se na vontade de aquisição de um benefício, operando o sujeito passivo através de condições artificiais para a sua obtenção.

A chave está em perceber se a operação em causa foi considerada abrangida pelo regime de neutralidade fiscal apenas porque todos os factos foram organizados artificialmente de modo a permitir, e com vista apenas, ao direito reivindicado.

De uma forma esquemática os requisitos para que o abuso se encontre verificado são *(i)* subsunção formal aos requisitos formais dos artigos 73º e seguintes; *(ii)* subsunção organizada de forma artificial; *(iii)* com vista à obtenção de vantagens fiscais; *(iiii)* a efetiva obtenção dessas vantagens.

2.5.2. Presunção de um fim evasivo

A intenção evasiva de uma operação de reestruturação mostrar-se-à provável⁸³ nas situações em que as sociedades partícipes se encontram sujeitas a regimes especiais de tributação ou sujeitas a diferentes taxas de imposto, ou quando a operação é realizada por motivos considerados não economicamente válidos.

A materialização destes dois elementos indiciadores de comportamentos abusivos na norma deve-se à dificuldade da prova da intenção evasiva de uma operação de reestruturação. Com vista à facilitação do trabalho de detecção de comportamentos não conformes ao espírito do regime o legislador previu duas situações possivelmente incriminatórias de um comportamento evasivo.

2.5.2.1. Totalidade dos rendimentos não sujeita ao mesmo regime de tributação em IRC

A primeira parte da norma não exige grande interpretação, aplica-se, fundamentalmente, às operações de reorganização doméstica e parece ser consensual na doutrina, que o legislador teve a intenção de impedir a aplicação do regime de neutralidade fiscal às sociedades que beneficiem de isenções subjetivas, totais ou

⁸³ Existe, na doutrina, controvérsia no que toca à natureza jurídica da norma, se constitui uma verdadeira presunção legal, ou se define apenas elementos que indiciam comportamentos abusivos. Como não existe qualquer noção legal de presunção legal na específica legislação tributária, recorreremos subsidiariamente ao Código Civil. Segundo o artigo 349º do CCivil “*presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido.*” Nas palavras de Mário Reis Marques (Introdução ao Direito, Vol. I, 2ª edição, Almedina, 2007: *estamos perante uma operação intelectual em que se admite a existência de um facto não diretamente demonstrado por se ter tornado verosímil através da prova (supostamente produzida) de um outro facto. Assume-se como certo o que é apenas provável.*” Ora, o artigo 73º do CIRC não assume como certo que haja intenção de evasão fiscal, pois esta apenas “pode considerar-se verificada”. Aqui a palavra chave que nos permite contrariar a tese de que tal constitui uma verdadeira presunção legal é a palavra “pode” que traduz apenas uma possibilidade, e não certeza.

Neste sentido, ANTÓNIO ROCHA MENDES sustenta a teoria que a norma não estabelece qualquer presunção legal. Acrescenta ainda que o recurso à expressão “*nomeadamente*” vem também sustentar esta opinião, pois implica que além das situações previstas na norma, existiriam outras presunções, que inominadas, vão contra o que é autorizado pelo direito fiscal. SOUSA DA CÂMARA, op cit., p. 86-86, no entanto, defende que a norma prevê uma verdadeira presunção de abuso: “*estarmos perante uma disposição que prevê uma presunção juris tantum.*” A Autoridade Tributária parece ter vindo, na sua atuação, a sustentar a opinião do primeiro autor, pois em vários despachos (Despacho da Direção de Serviços de IRC P 771/2002 de 17 de Janeiro de 2004 e Despacho 2890/2007 de 13 de Março de 2012) e também no acórdão 7464/02 do TCA tem vindo a expressar o entendimento que a norma anti abuso não estabelece qualquer presunção, na medida em que não está sujeita ao procedimento previsto no art. 63º do CPPT, procedimento este que não tem lugar no caso em que haja apenas mera inversão do ónus da prova. Nota apenas para o facto de apesar de não relacionado com a existência ou não de presunção legal, o art. 63º referido foi revogado na lei do Orçamento de Estado 2012, e o despacho acima mencionado encontra-se revogado.

parciais, já que é somente nestes casos que existe a possibilidade de cristalizar, de modo definitivo, o diferimento da tributação.⁸⁴ Em termos práticos, a norma serve para impedir que uma sociedade, sujeita ao regime geral de IRC, que possui ativos que se encontram valorizados face ao custo histórico registado no balanço, se sirva das operações de reestruturação para transferir o seu património para uma outra, que beneficie de uma isenção do imposto, e assim falsear um diferimento da tributação, que pela isenção não chegará a acontecer.⁸⁵

Parecem enquadrar-se nesta primeira parte da norma os casos em que a tributação do rendimento da sociedade não é feito de acordo com o regime-regra mas sim de acordo com outros regimes especiais como o de transparência fiscal, o regime simplificado ou ainda o regime especial de tributação dos grupos de sociedades.⁸⁶

Esta norma, e parece ser uma opinião unânime, teve como objetivo, provavelmente, as sociedades na Madeira. Na nossa opinião, contudo, a inclusão da norma nesta seção do Código não foi a melhor escolha por parte do legislador. O caso específico de sociedades isentas de IRC merecia um tratamento num regime individualizado.

O critério sofre também de outro defeito: é demasiado amplo. Importa, por isso, clarificar situações que à partida parecem encontrar-se abrangidas pela norma, mas que no entanto estão legitimadas a usufruir do RNF. As isenções a que se refere o artigo são apenas as “*subjetivas, totais e permanentes*”⁸⁷, e por isso trata-se de um erro de interpretação da norma considerar que sendo intervenientes na operação sociedades que beneficiem de isenções se traduz numa presunção de evasão. Aqui, é importante olhar para o caso das SGPS, que estão sujeitas a um regime especial⁸⁸, mas cujas operações em que estejam envolvidas não serão, apenas pela presença de uma SGPS, consideradas *a priori* abusivas. Também é de realçar que aos olhos desta norma, as operações que envolvam operações de reorganização de sociedades portuguesas com sociedades com residência noutro Estado-membro poderão ser

⁸⁴ RAMALHO, João Magalhães, *op. Cit.*, p.145.

⁸⁵ ANDRADE, Pedro Rebelo De, Tese de mestrado “*O atual paradigma da interpretação da cláusula anti-abuso do regime de neutralidade fiscal*”, 2014, p. 19.

⁸⁶ Usando como exemplo o regime de neutralidade fiscal, regime onde a tributação do rendimento é imputada aos respetivos sócios em sede de IRS, como rendimentos da categoria B, e não há qualquer tributação em sede de IRC, excepcionando-se eventuais tributações autónomas, é possível verificar que o sujeito passivo poderia aproveitar-se das especiais regras de apuramento da matéria tributável para conseguir que o diferimento da tributação fosse, na verdade, uma exclusão do imposto a pagar.

⁸⁷ CÂMARA, Francisco De Sousa Da, *op. cit.*, p. 84-85.

⁸⁸ Neste sentido ver Estatuto dos Benefícios Fiscais Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), na redação que lhe foi dada pela Lei nº 32-B/2002, de 30 de Dezembro e Circular 7/2004.

consideradas abusivas, pois não estarão as duas sujeitas ao mesmo regime de tributação em IRC, o que parece exagerado e precipitado.

A fundamentação do abuso na disparidade nos regimes aplicáveis à tributação dos rendimentos foi acrescentada pelo legislador português à norma prevista na Diretiva, pois esta última não faz qualquer referência à divergência de regimes de tributação dos rendimentos como elemento indiciador de comportamentos abusivos.

2.5.2.2. Razões económicas válidas

A segunda parte da norma que indicia comportamentos reveladores de evasão invoca a expressão *motivos económicos válidos*, o que exige que se inquiram o que serão motivos económicos válidos, e quais operações não reunirão esses intuitos. O legislador no texto da lei não foi longe em definir o sentido, alcance e extensão da norma, oferecendo, porém como exemplo de motivos económicos válidos a *reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades*, mas que dificilmente ajuda a definir o extenso conteúdo do conceito. As REV não se esgotam nos dois conceitos anteriores, o leque de situações cobertas pela expressão é na verdade bastante mais amplo.

É necessário desconstruir a norma em partes para que se possa analisar os conceitos nela presentes. Quanto à primeira parte – *razões económicas* – qualquer sociedade comercial tem como fim o lucro, pelo que qualquer ato ou contrato que vise a sua maximização tem subjacente uma razão económica empresarial. É necessário que se aluda aos objetivos de ordem económico-financeira que suscitam o interesse de uma sociedade em recorrer a uma reorganização empresarial para eu se possa entender que razões económicas serão validadoras da aplicação do regime de neutralidade fiscal. Em condições normais, os objetivos que se enquadram na amplitude de situações abrangidas pela norma serão todos aqueles que criam valor para a sociedade pós-reorganização, seja por criação de sinergias, maximização da eficiência pela redução de custos, pela criação de economias de escala, aumento da quota de mercado, partilha de *know-how*.

A *validade* das razões económicas tem que ser analisada de acordo com as motivações que levaram os Estados-membros a adotar o regime de neutralidade fiscal, recusando assim obter qualquer receita com a realização das operações. Leia-se aqui,

os objetivos da operação levada a cabo pela sociedade tem de ser os mesmos objetivos do RNF.⁸⁹

Sendo um conceito de direito europeu, para uma rigorosa e correta interpretação da mesma reconhecemos a jurisprudência do TJUE como a melhor maneira de o fazer.

Na interpretação do conceito já referido destacam-se dois acórdãos do TJUE, o acórdão Leur-Bloem⁹⁰ e o acórdão Foggia⁹¹. Em ambos os pedidos, as questões prejudiciais remetidas ao Tribunal recaem sobre a interpretação do conceito da norma.

Nas suas respostas, na leitura que fazem da expressão, ambos reforçam a ideia de que “*o conceito de razões económicas válidas vai para além da simples procura de um benefício puramente fiscal*”⁹², traduz-se isto na impossibilidade de limitação dos objetivos visados a um benefício fiscal, deve a operação assentar em diversos objetivos que não só esse. Não obstante poderem figurar considerações de natureza fiscal nos objetivos da operação de reestruturação, não podem ser preponderantes no quadro geral da operação projetada. Não haverá qualquer ilegalidade ou abuso por parte do sujeito passivo se este procurar um benefício fiscal, desde que a sua atividade não vise única e exclusivamente reduzir ou evitar de todo a tributação decorrente da operação. Na prática isto quer dizer que se o objetivo da operação de reestruturação visar apenas e somente um benefício de teor fiscal não estamos perante uma razão económica válida para efeitos do regime de neutralidade. De forma simples, digamos que o benefício fiscal tem de ser uma consequência e não a causa da operação.

A avaliação da autoridade competente não deve ser sustentada em critérios gerais, os Estados Membros devem observar a operação como um todo, fazendo uma avaliação casuística de todo o processo de reestruturação.⁹³ No âmbito da análise das razões subjacentes às F&A deverão ser tidos em conta os aspetos de natureza fiscal e a sua importância relativa no conjunto dos benefícios daí resultantes.

⁸⁹ MENDES, António Rocha, *op. cit.*, p. 430.

⁹⁰ Processo C-28/95, Leur-Bloem, 17 de Julho de 1997.

⁹¹ Processo C-126/10, Foggia, 10 de Novembro de 2011.

⁹² Parágrafo 47 do acórdão Leur-Bloem – processo C28/95 e parágrafo 34 do acórdão Foggia – processo C-126/10.

⁹³ Parágrafo 41 do acórdão Leur-Bloem, processo C-28/95.

2.5.3. Consequências práticas da aplicação da norma antiabuso

Não se aplicando o regime especial quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram o propósito de obter vantagens fiscais, demonstrando-se que a operação foi, de facto, abusiva, o diferimento da tributação para um momento futuro deixa de produzir efeitos, e os sujeitos passivos sofrem os ajustamentos correspondentes realizados pela AT nos seus rendimentos tributáveis. Não é necessário, mesmo provando a intenção de evasão fiscal por parte do sujeito passivo, que se desconsidere os efeitos da operação, bastará que se proceda às correspondentes liquidações adicionais de imposto.⁹⁴

A norma, no entanto, prevê apenas indícios de que a operação em causa foi abusiva, e portanto, quando se demonstre a ausência de razões económicas válidas, ou que as sociedades intervenientes não estão sujeitas ao mesmo regime de tributação, sobre a Autoridade Tributária incide ainda o ónus de provar que a operação levada a cabo pelos sujeitos passivos teve apenas como objetivo, ou como objetivo principal ganhos fiscais e que a motivação dos mesmos é contrária ao propósito do regime de neutralidade fiscal.⁹⁵ Após isto, incumbe ao contribuinte se assim desejar, provar a inexistência de evasão fiscal, provando as razões económicas válidas inerentes à operação. Conclui-se assim que a cláusula antiabuso incorpora uma repartição do ónus da prova.⁹⁷

Conclusão

As reestruturações empresariais são uma ferramenta que se tem imposto como forma de maximização da eficiência e dos recursos.

Para este tipo de operações, a par do regime geral de tributação, está previsto um especial de tributação, o da neutralidade fiscal, particularmente construído para concretas operações de reestruturação, que oferece a quem dele pode beneficiar uma série de vantagens fiscais, onde se destaca a possibilidade de diferimento da tributação das mais-valias geradas na operação para um momento posterior ao da

⁹⁴ Parágrafo número 1 do Processo 2890/2007, sancionado por despacho, de 2012.03.13, do Subdiretor-geral como substituto legal do Diretor-geral.

⁹⁵ CÂMARA, Francisco De Sousa Da, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁷ RAMALHO, João Magalhães, *op.cit.*, p.147.

reorganização. Tem como objetivo impedir que os avultados custos fiscais inerentes a uma operação do tipo surjam como impedimento da mesma.

A possibilidade de escolha entre um ou outro regime caberá às partes envolvidas na operação. Tal hipótese faz todo o sentido, se tivermos em conta a principal razão de existência do regime de neutralidade. A ele é inerente a vontade de impedir que uma eventual tributação da operação, que gera, por consequência uma carga fiscal sobre os sujeitos passivos, seja um obstáculo à realização da operação.

O regime de neutralidade vai de encontro à lógica de continuidade associada a uma operação de reorganização. Em condições normais a atividade económica transferida de uma sociedade para outra continuará a ser exercida na sociedade final, o que em termos macroeconómicos não significará qualquer alteração, apesar de no plano jurídico as mesmas terem sofrido alterações.

Gozando da liberdade de planeamento fiscal concedida pelo direito português, que no entanto, se limita à liberdade que seja conforme com os parâmetros do ordenamento jurídico, os sujeitos económicos podem optar por um ou outro regime, atendendo sempre ao facto de que o regime de neutralidade exige o preenchimento de determinados requisitos.

A validade da vantagem fiscal que pode ser obtida pelo subsunção de uma operação ao regime de neutralidade terá sempre que ser analisada tendo como ponto de partida as razões que justificaram o pensamento e criação do regime.

Na base da criação do regime estiveram razões fiscais, contudo, não se deseja que sejam as mesmas a razão pela qual as operações de reestruturação são feitas. Do recurso ao regime de neutralidade fiscal pode o sujeito económico vir a beneficiar de uma elevada poupança fiscal, o que é, aos olhos de qualquer um, tentador. Aqui, é importante referir que não é o regime de neutralidade a vantagem fiscal, mas sim o resultado obtido através dele. O regime em si mesmo, não é qualquer vantagem para a sociedade que dele beneficia, mas sim o que pode ser obtido através do mesmo.

Prevendo uma utilização abusiva do regime, levando à multiplicação de situações em que as operações de reestruturação seriam realizadas sem objetivos concordantes com o espírito do regime, foi imperativo que uma norma antiabuso surgisse, prevendo a possibilidade de recusa de aplicação do RNF quando o objetivo, ou um dos principais objetivos do contribuinte fosse a evasão fiscal.

Na análise da existência de abuso ou não numa operação levada a cabo ao abrigo do regime de neutralidade o principal especto a reter é a adequação da

reorganização ao espírito da norma. Isto é, não será abusiva, e por isso sancionada pelo Direito, qualquer poupança fiscal. Serão no entanto sempre abusivas todas aquelas que violem o espírito do regime.

A norma antiabuso comunitária incorpora dois elementos que preenchidos, levam à conclusão de que a operação é contrária ao espírito da lei. O conceito de abuso no que à matéria contida na norma antiabuso da Diretiva diz respeito, encontramos um desvio ao conceito de abuso sustentado pelo TJUE em outras matérias.

Os elementos objetivo e subjetivo partilham um papel principal na verificação do abuso na operação considerada, devendo ser sempre à luz destes dois elementos que a operação e o eventual abuso devem ser analisados.

O primeiro, elemento objetivo do conceito de abuso, necessita para o seu preenchimento que a operação, apesar de formalmente reunir as condições previstas para a atribuição do benefício, atribua à sociedade uma vantagem fiscal incompatível com os objetivos protegidos pelo regime.

O segundo elemento da norma, é de mais difícil aplicação do que o primeiro, pois requer que se prove que a principal motivação (ou uma das principais) da operações de reestruturação tenha sido a evasão fiscal. Não há necessidade de provar que foi o excecional objetivo da sociedade. A prova deste elemento é claramente uma *diabolica probatio*, será de extrema dificuldade, provar, sem o mínimo de dúvida que possa ser suscitada que o contribuinte agiu com vista à obtenção da vantagem fiscal, não havendo qualquer razão económica válida subjacente à operação.

A dificuldade de detecção do abuso não surge na avaliação da natureza da operação (isto é ao enquadramento da mesma no artigo 73º). A dificuldade surge quando os sujeitos através de comportamentos de substituição, optam por enquadrar uma operação formalmente elegível mas contrária ao regime, sustentada noutros motivos, iludindo a motivação fiscal por trás da mesma, com razões que caem dentro do espectro do regime.

Inspirada na norma que concedeu a faculdade de recusar os benefícios do regime de neutralidade em caso de abuso, o legislador português previu no artigo 73º do CIRC uma cláusula que facilita a tarefa da prova do propósito fraudulento ou evasivo de operação em análise, invocando como indício de tal objetivo a ausência de razões económicas validas, ou seja, situações em que o resultado pós-reorganização não é criador de qualquer valor para a sociedade.

A fronteira entre a legitimidade da operação de reorganização realizada à luz do regime de neutralidade e o resultado fiscal obtido, e a elisão fiscal através do recurso ao mesmo, terá sempre de ser analisado caso a caso, critério a critério de acordo com os pilares e o objetivo do regime.

Bibliografia

ANDRADE, Pedro Rebelo De, Tese de mestrado, “*O atual paradigma da interpretação da cláusula anti-abuso do regime de neutralidade fiscal*”, 2014.

AUERBACH, Alan J., REISHEES, David, *The Impact of Taxation on Mergers and Acquisitions*, University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1021.5066&rep=rep1&type=pdf> [Última consulta em 09/03/2017]

BANK, Steven A., *Mergers, Taxes and Historical Realism*, Public Law And Legal Theory Working Paper No. 03, March 2000 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=194148 [Última consulta em 09/03/2017]

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

CARRERO, Jose Manuel Calderón, “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula anti-abuso de la “Diretiva de Fusiones”: Hacia motivos económicos válidos de “alto voltaje”?”, in *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 38, Abril-Junho 2009.

COATES IV, John C., *Mergers, Acquisitions and Restructuring Types, Regulation and Patterns of Practice*, Law Working Paper nº 260/2014, Harvard Law School

COURINHA, Gustavo Lopes, “*A Cláusula Geral Anti-Abuso No Direito Tributário, Contributos Para A Sua Compreensão*”, Almedina, 2009.

DEPAMPHILIS, Donald M., “*Mergers, Acquisitions and Other Restructuring Activities*”, 6th Edition, Academic Press, p.715,

FREITAS PEREIRA, M.H., “Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Activos – Novos Desenvolvimentos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2010.

LOBO, Carlos Baptista, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural?” in *Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão*, nº 26/27, 2007.

LOUREIRO, Carlos, “Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Empresas”, in *Fisco Revista de Direito e Gestão*, nº 55/56, 1993.

MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao Direito*, Vol. I, 2ª edição, Almedina, 2007.

MARTINS, António, *A Influência da Lei Fiscal Nas Decisões de Reestruturar: Uma Perspectiva Financeira in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009.

MATOS, Pedro Verga, RODRIGUES, Vasco, *Fusões e Aquisições, Motivações, Efeitos e Política*. Principia, 1ª edição, 2010.

MENDES, António Rocha, CORREIA, Miguel, “Alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação e o seu impacto no comportamento das empresas”, in *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 43, Julho-Setembro, 2010.

MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007.

MUELLER, Dennies C., *Mergers: Causes, Effects, And Policies*, International Journal Of Industrial Organization, nº, Elsevier, 1989.

NABAIS, Casalta José, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, 2013.

OLIVEIRA, António Fernandes, “*A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abusos e os Conflitos de Interesse*”, Coimbra Editora, 2010.

PINTO, José A. Pinheiro, “Planeamento Fiscal e Normas Antiabuso” in “*Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal*”, *VidaEconómica*, 2010, p. 209.

ROBERTS, Alexander, WALLACE, William, MOLES, Peter, “Mergers and Acquisitions”, Edinburgh Business School, 2012. Disponível em <https://www.ebsglobal.net/EBS/media/EBS/PDFs/Mergers-Acquisitions-Course-Taster.pdf> [Última consulta em 09/03/2017]

RAMALHO, João Magalhães, *O Regime De Neutralidade Fiscal Nas Operações De Fusão, Cisão, Entrada De Activos E Permuta De Partes Sociais (Comentários Ao Código Do Irc)*”, Coimbra Editora, 2015.

ROCHA, António Mendes, “*IRC e As Reorganizações Empresariais*”, Universidade Católica Editora, 2016.

SANCHES, Saldanha, J.L., “Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal”, in *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº34, Abril-Junho 2008.

SANCHES, J.L. Saldanha, “Reestruturação e limites do planeamento fiscal”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009.

Scholes, Myron S., Wolfson, Mark, et al., *Taxes & Business Strategy, A Planning Approach*, Pearson, 5ª edição, 2014.

SILVA, Eduardo Sá, “*Fusões e Aquisições – Abordagem contabilística, financeira e fiscal*”, *Vida Económica*, 2015.

TERRA, Ben J.M., WATTEL, Peter J., *European Tax Law*, 6ª edição, Kluwer Law International, 2012.

TORRES, Manuel Anselmo, “*A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais*” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, 2009.

Vogenhauer, Stefan, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, 2011.

WESTON, J. Fred, WEAVER, Samuel C., *Mergers and Acquisitions*, McGraw and Hill, 2001.

Whitepaper on Post Merger People Integration (KPMG, 2011) p. 2. Disponível em <http://docplayer.net/14934165-Whitepaper-on-post-merger-people-integration.html> [Última consulta em 25/03/2017].

Legislação

Carta Circular n.º 7/2004, de 30 de Março. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/25504FA8-CD27-4EA3-A238-E67E6A99ED75/0/circular_7-2004_de_30_de_marco_da_dsirc.pdf [Última consulta em 09/03/2017].

Carta Circular n.º7/2005, de 16 de Maio, da Direção-Geral dos Impostos. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/D7A4A72F-3A14-41CB-84A6-13ECD22F4967/0/circular_7-2005_de_16_de_maio_dsirc.pdf [Última consulta em 09/03/2017]

Decreto-lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/1B37333B-ED2D-49D6-B82E-7BCDFDD9F23D/0/DL29_2008.pdf [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-lei n.º 194/80, de 19 de Junho. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1093/decreto-lei-194-80-de-19-de-junho> [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-lei n.º 398/88 de 12 de Dezembro. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/index_lgt.htm [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-lei n.º 215/89 de 01 de Julho. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/bf_rep/index_ebf.htm [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-lei n.º 286/86, de 2 de Setembro. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigosociedadescomerciais.pdf [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2_R/ [Última consulta em 09/03/2017].

Decreto-lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto. Disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/ronlyres/2DDBD8A5-0FD0-48CA-9F22-A6E337C887BA/0/decreto-lei_221-2001_de_7_de_agosto_i_serie_a.pdf [Última consulta em 09/03/2017].

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. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0434&from=PT> [Última consulta em 09/03/2017].

Despacho n.º1204/2004-XV do SEAF, de 19.05.2004 relativo ao processo n.º127/2003. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/ronlyres/A1E84918-F265-4851-B2CF-1BF4348664BC/0/circ_069_04.pdf [Última consulta em 09/03/2017]

Parecer do CED n.º27/2005.

Jurisprudência:

Processo C-28/95, de 17 de Julho de 1997. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0028&from=PT> [Última consulta em 09/03/2017].

Processo C-126/10, de 10 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=113593&doclang=PT> [Última consulta em 09/03/2017].

Processo C-255/02, de 21 de Fevereiro de 2006. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56198&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir> [Última consulta em 09/03/2017].

Processo C-321/05, de 5 de julho de 2007. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61892&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=577457> [Última consulta em 09/03/2017].

Processo C-110/99, de 14 de Dezembro de 2000. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0110&from=PT> [Última consulta em 09/03/2017].

Processo 2890/2007, sancionado por despacho, de 2012.03.13, do Subdirector-Geral como substituto legal do Director-Geral.

Processo C-425/06, de 21 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71995&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=487734> [Última consulta em 23/03/2017]

Processo C-94/05 de 16 de Março de 2006 Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0094&from=EN> [Última consulta em 23/03/2017]

Conclusões do Advogado-Geral Poiares Maduro, apresentadas em 7 de Abril de 2005. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5fac6c4c41afa4726aa2b10708d39920.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc3v0?text=&docid=60293&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3037> [Última consulta em 23/03/2017]