

**O ACTUAL PARADIGMA DA INTERPRETAÇÃO
DA CLÁUSULA ANTI-ABUSO DO REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL**

Tese de Mestrado

em

Direito Fiscal

SOB A ORIENTAÇÃO DO SR. PROF. ANTÓNIO MOURA PORTUGAL

PEDRO MARIA DE CASTRO REBELO DE ANDRADE

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – LISBOA

CATÓLICA TAX

AGOSTO DE 2014

ABREVIATURAS E DESIGNAÇÕES

Ac. - Acórdão

AT – Administração Tributária

CC – Código Civil

CGAA- Cláusula Geral Anti-Abuso

CIAA – Cláusula Intermédia Anti-Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

DFA – Directiva Fusões e Aquisições – Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19/10/2009

DUE – Direito da União Europeia

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

EM – Estado Membro

IMT – Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

LGT – Lei Geral Tributária

LOE – Lei do Orçamento de Estado

REV – Razões Económicas Válidas

RNF – Regime da Neutralidade Fiscal

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

SEAF – Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	4
2. A CLÁUSULA “INTERMÉDIA” ANTI-ABUSO DO ARTIGO 73.º, N.º 10 DO CÓDIGO DO IRC . 8	8
2.1. Surgimento e evolução da cláusula “intermédia” no contexto legal português	8
2.2. Uma cláusula “intermédia”	10
2.3. A vinculação da AT ao artigo 63.º do CPPT na aplicação da CIAA	14
2.4. A estrutura da CIAA – Os elementos que a caracterizam.....	17
2.4.1. Presunção legal.....	17
2.4.2. Totalidade dos rendimentos sujeita ao mesmo regime de tributação em IRC	19
2.4.3. A expressão <i>razões económicas válidas</i>	20
2.5. A escolha do legislador português no combate ao abuso face ao conteúdo da Directiva Fusões e Aquisições	21
3. AS RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS	25
3.1. Da discricionariedade técnica à (in)sindicabilidade judicial.....	26
3.2. As <i>razões económicas válidas</i> no sistema tributário português.....	27
3.2.1. O “reconhecido interesse económico” do artigo 52.º, n.º 12 do CIRC	28
3.2.2. O critério do artigo 60.º, n.º 5, alínea a) do EBF.....	29
3.2.3. As REV do artigo 66.º, n.º 12 do CIRC	32
3.3. O recorte jurisprudencial dado pelo TJUE à norma anti-abuso do art.º 15.º da Directiva Fusões e Aquisições	34
3.3.1. As <i>razões económicas válidas</i> num contexto pré- <i>Foggia</i>	34
i) <i>O caso Leur-Bloem</i>	34
ii) <i>O caso Modehuis-Zwijnenburg</i>	38
3.3.2. O acórdão <i>Foggia</i>	40
i) <i>A situação sub judice</i>	41
ii) <i>Algumas considerações prévias</i>	42
iii) <i>A argumentação apresentada pelo TJUE e a nova problemática das REV</i>	44
4. CONCLUSÕES	48
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1. INTRODUÇÃO

A crescente diversificação e multi-lateralidade das relações comerciais estabelecidas entre as empresas, não só no plano interno como no plano internacional, resultam na inevitável mutabilidade do paradigma da tributação empresarial.

Neste sentido, ao prosseguir os seus fins tributários dirigidos à obtenção de receitas fiscais, o Estado deve recorrer a leis não influenciadoras das escolhas dos agentes económicos, de forma a não quebrar abruptamente o normal funcionamento do mercado, a tal ponto, que uma empresa não deve ser impedida de seguir determinada escolha económica apenas pela desvantagem tributária que tal escolha acarretaria ⁽¹⁾. Na verdade, as empresas são criadas para a obtenção do lucro e não para pagar impostos.

Com efeito, a tributação directa das empresas deve adaptar-se à realidade sob a qual incide, nomeadamente, às múltiplas formas de organização e reestruturação empresarial que todos os dias se verificam nos mercados que cada vez mais se desenvolvem a uma escala global.

É sob este paradigma que o sistema tributário concebe um mecanismo especial de diferimento da tributação das mais-valias para as operações de reestruturação empresarial, conferindo uma neutralidade fiscal aquando da realização deste tipo de operações ⁽²⁾.

O regime especial de neutralidade fiscal encontra-se actualmente previsto na legislação interna nos artigos 73.º a 78.º do Código do IRC, incidindo essencialmente sobre 4 tipos de operações: fusões, cisões, entradas de activos e permuta de partes sociais.

Mas se a ideia de um sistema tributário economicamente neutral se adequa à realidade portuguesa, tanto mais sentido faz que assim o seja no contexto do mercado comum instituído na UE. Naturalmente, os ideais associados ao processo de integração económica europeia sustentaram a instituição do RNF ao nível da União, não obstante a edificação da tributação directa se encontrar inserida (ainda) na esfera soberana dos EM.

⁽¹⁾ Sem prejuízo da adequação das normas ditas “parafiscais”. Note-se, a este respeito, que a finalidade das mesmas não consiste na obtenção de receitas fiscais, mas em influenciar determinados factores económicos. *Vide* MANUEL PIRES, “Direito Fiscal”, 4.ª ed., Almedina, 2010, p. 39-41.

⁽²⁾ A nosso ver, o RNF reveste uma das vertentes da concretização do princípio constitucional da tributação pelo lucro real, estabelecido no artigo 104.º, n.º 2 da CRP.

Com efeito, o regime da neutralidade fiscal previsto na legislação interna tem por base o regime comum estabelecido na Directiva 2009/133/CE, de 19 de Outubro de 2009 (“DFA”), o qual vem conferir neutralidade fiscal às operações realizadas entre sociedades estabelecidas em diferentes EM ⁽³⁾.

Contudo, perante a vantagem que o regime representa, é inevitável que, por vezes, os operadores económicos realizem as operações apenas com o intuito de aproveitar os benefícios nele contidos.

Tal acontece quando, por hipótese, uma sociedade que pretende transmitir para uma outra sociedade um determinado activo que se encontre valorizado face ao valor contabilizado ao custo histórico, realiza com esta uma operação de fusão, para assim beneficiar do diferimento de tributação das mais-valias, não tendo, no entanto, qualquer interesse económico na operação de fusão objectivamente considerada.

É precisamente para evitar este tipo de situações que a DFA prevê no art.º 15.º a possibilidade de afastamento deste “regime de favor” pelos EM, precisamente quando se conclua que as operações realizadas revestem contornos abusivos ou de evasão fiscal ⁽⁴⁾. Em Portugal, tal possibilidade encontra-se actualmente prevista no art.º 73.º, n.º 10 do CIRC.

Posto isto, o presente trabalho tem como objecto de estudo o paradigma actual da interpretação da norma anti-abuso do regime da neutralidade fiscal.

Ora, sem se pretender delimitar exhaustivamente o conceito de abuso em direito fiscal, entendemos que o mesmo consiste no uso instrumental de uma norma ou de um regime estabelecido na lei, de forma a obter uma vantagem não pretendida pela ordem jurídica, o que acontece, nomeadamente, quando os sujeitos passivos fazem uso de formas e negócios jurídicos lícitos não coincidentes com a realidade económica que lhes é subjacente (ou com a realidade económica que é pretendida), para daí retirar benefícios ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ É curioso notar que a mecânica da neutralidade fiscal nem sempre foi acolhida no plano internacional. A este respeito, *vide* MARIA VEIGA DE FARIA, “Tratamento Fiscal das Fusões e Cisões de Sociedades de Capitais”, *Revista de Ciência e Técnica Fiscal* n.ºs 343/345, 1986, p. 225-227.

⁽⁴⁾ A respeito do conceito de evasão fiscal, *vide* JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, “Abuso de direito em fiscalidade directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, pp. 233 e ss.

⁽⁵⁾ *Cfr.* MANUEL FREITAS PEREIRA, “Fiscalidade”, 2.ª Ed., Almedina, 2007, p. 401 e ss.

Mas será que existe, a respeito do RNF, uma concepção de abuso transversal no âmbito dos vários EM que compõe a UE, em resultado da imposição de transposição do conteúdo da directiva?

É certo que a DFA restringe o seu conteúdo a determinados tipos de operações; contudo, é natural que uma operação de fusão ou de permuta de acções não revista os mesmos contornos em sede das legislações de dois ou mais EM. Isto é, partindo do pressuposto que estes adaptam o conteúdo previsto na directiva aos próprios contornos que as operações revestem nas suas legislações internas, podemos assumir uma leitura uniforme daquela norma anti-abuso?

Por outro lado, vejamos, a título de exemplo, o intrigante paradigma que se sentia em Portugal até há bastante pouco tempo sobre a operação de “fusão inversa”. Acontece que a realização desta operação estava constantemente associada a uma intenção abusiva, nomeadamente, ao aproveitamento dos prejuízos fiscais de sociedades praticamente falidas ⁽⁶⁾. Tal acontecia, quando uma sociedade com um avultado montante de prejuízos fiscais dedutíveis e praticamente falida, absorvia a sociedade (próspera) detentora da totalidade do seu capital social, para que o negócio prosseguido pela última beneficiasse daqueles prejuízos. Ao ser integrada pela sociedade falida, a sociedade próspera transmitia o seu negócio para aquela, a qual rapidamente geraria lucro, não fazendo assim depender a utilização daqueles prejuízos da autorização a conceder pelo Ministro das Finanças, a qual era incerta ⁽⁷⁾.

Ora, a início, não tendo sido transposta a norma anti-abuso contida na directiva, o legislador português, apercebendo-se de toda a envolvimento abusiva nas fusões inversas, tentou impedir a todo o custo que estas operações se realizassem ao abrigo do RNF, sustentando que a única hipótese de realização de uma fusão sem que daí resultasse uma atribuição de títulos representativos da sociedade integrada se cingia aos casos em que uma sociedade “mãe” integrasse uma sociedade “filha” detida a 100% (o oposto da fusão inversa) ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Vide J.L. SALDANHA SANCHES, “Fusão Inversa e Neutralidade (Da Administração) Fiscal”, *Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 34, 2008, p. 18 - 20.

⁽⁷⁾ O que, tal como veremos adiante, era imposto pelo art.º 75.º, n.º 2 do CIRC até 2014.

⁽⁸⁾ Da operação de fusão resultaria sempre um aumento de capital da sociedade incorporante e a consequente atribuição de títulos aos sócios da sociedade incorporada. Para um maior aprofundamento, vide MARIA VEIGA DE FARIA, *ob. cit.*, p. 224 e RAÚL VENTURA, “Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais”, 1.ª ed., Almedina, 1990, p. 67.

Com efeito, podemos questionar se a possibilidade de afastamento do RNF tal como previsto na norma anti-abuso do art.º 15.º da DFA é o único meio ao dispor dos EM no combate ao abuso, ou se, por outro lado, são permitidas posições semelhantes à assumida anteriormente pelo legislador português a respeito da fusão inversa ⁽⁹⁾.

À semelhança do texto normativo do art.º 15.º da DFA, o legislador português estabeleceu na lei uma presunção de evasão fiscal sempre que as operações não se realizem por *razões económicas válidas*, tal como a *reestruturação* ou *racionalização* das actividades das sociedades intervenientes nas operações, o que faz reverter o ónus probatório para o contribuinte, cabendo a este demonstrar que a operação não reveste carácter abusivo.

Curiosamente, a norma anti-abuso estabelecida pelo legislador espanhol até 2001 afastava o RNF “[c]uando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones (...), se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal”, sem no entanto estabelecer um mecanismo que permitisse ao contribuinte demonstrar o contrário às autoridades tributárias ⁽¹⁰⁾. Deste modo, é pertinente perceber até que ponto os EM podem transpor livremente o conteúdo da norma anti-abuso aplicável ao regime previsto na DFA.

Adicionalmente, a norma objecto deste estudo atribui um poder tendencialmente amplo em sede do júízo que impende sobre a AT ao debruçar-se sobre os contornos concretos das operações, o que leva a ponderar se a aplicação da norma se encontra limitada, à semelhança da cláusula geral anti-abuso, ao procedimento administrativo legalmente estabelecido no art.º 63.º do CPPT ⁽¹¹⁾.

Por outro lado, impede esta “discrecionabilidade técnica” em que a AT é investida que os tribunais se pronunciem acerca da aplicação da norma, nomeadamente, no recorte daqueles conceitos indeterminados?

⁽⁹⁾ A fusão inversa passou a estar prevista no art.º 73.º, n.º 1, al. e) do CIRC com a Lei 2/2014 de 16 de Janeiro.

⁽¹⁰⁾ *Artículo 110.2 de la Ley 43/1995 - Ley del Impuesto sobre Sociedades* (o qual veio a ser alterado pela *Ley 14/2000*).

⁽¹¹⁾ A CGAA encontra-se prevista no artigo 38.º, n.º 2 da LGT.

Na verdade, o conceito das *razões económicas válidas* previsto naquele instrumento de direito derivado é sem dúvida um conceito de DUE, tendo vindo a ser objecto de uma harmonização fiscal negativa levada a cabo pelo TJUE em sede de vários acórdãos.

Com efeito, destacamos o acórdão *Foggia*, no qual o TJUE sugere um mecanismo tendencialmente abstracto, ao estabelecer que as autoridades dos EM devem, na análise do caso concreto, proceder ao balanceamento entre as razões fiscais e as demais razões que motivam a realização das operações, de forma a determinar a eventual existência de abuso. Será este um critério seguro e promotor de uma aplicação harmonizada do RNF no seio da União Europeia?

Posto isto, ao longo deste trabalho, abordaremos a problemática da CIAA, incidindo sobre as circunstâncias que envolvem a sua interpretação (delimitação e alcance) e consequente aplicação por parte da AT, numa tentativa de concluir pela adequação e eficácia deste instrumento anti-abusivo que se encontra inserido num mecanismo da neutralidade fiscal aplicável unificadamente às operações realizadas quer no plano nacional, quer no plano comunitário.

2. A CLÁUSULA “INTERMÉDIA” ANTI-ABUSO DO ARTIGO 73.º, N.º 10 DO CÓDIGO DO IRC

2.1. Surgimento e evolução da cláusula “intermédia” no contexto legal português

Perante a impossibilidade de concepção de um sistema normativo capaz de antever todos os contornos dos comportamentos dos contribuintes, o legislador tem vindo a recorrer ao longo do tempo às denominadas normas ou “cláusulas” anti-abuso, as quais visam impedir a evasão fiscal por parte dos sujeitos passivos e cuja forma, conteúdo e alcance varia, conforme as situações a que se aplicam.

O leque de normas anti-abuso presente na legislação portuguesa compreende a cláusula geral anti-abuso, a qual é aplicável a todas as situações evasivas a que não seja de aplicar nenhuma outra norma anti-abuso e as cláusulas anti-abuso específicas, que se aplicam a determinadas situações e regimes específicos previstos na lei e a que corresponde a norma anti-abuso objecto deste estudo.

Frequentemente denominada por cláusula anti-abuso intermédia, esta norma, como cláusula específica que é, circunscreve-se ao RNF, dirigindo-se finalisticamente à remoção dos

benefícios estabelecidos naquele regime, quando as operações subjacentes se realizem com o principal objectivo de evasão ou evitação fiscal.

Inicialmente prevista no artigo 11.º da Directiva 90/434/CEE, esta cláusula consiste numa autorização que é concedida aos Estados-Membros para desaplicar o conteúdo constante da Directiva mediante a verificação de determinadas circunstâncias, o que, a acontecer, despoleta a legitimidade para o estabelecimento da presunção de abuso das operações abrangidas pelo regime. Não obstante o seu conteúdo se restringir às operações realizadas ao abrigo da NF, a delimitação dos termos em que os EM a podem aplicar fez desta norma um importante passo no sentido da harmonização do conceito de abuso em matéria tributária.

Contudo, relembre-se que, a Directiva se circunscreve às operações verificadas entre sociedades residentes em diferentes EM da UE, e como tal, a sua transposição para o direito interno não implicou inicialmente um tratamento idêntico para as operações puramente internas.

Neste sentido, o legislador português, ao transpor a Directiva, distinguiu na lei o regime da neutralidade fiscal consoante este se aplicasse a operações transfronteiriças ou a operações realizadas entre sociedades residentes ⁽¹²⁾. Deste modo, dada a semelhança daquela norma com o carácter de uma cláusula geral anti-abuso ⁽¹³⁾, o legislador português preferiu inicialmente, ao transpô-la para a ordem jurídica portuguesa, não incorporar o texto constante do artigo 11.º da Directiva, limitando-se a recorrer, no n.º 9 do artigo 62.º-A, a uma mera remissão para aquele artigo ⁽¹⁴⁾. Certo é, que a norma se aplicava apenas às operações transfronteiriças entre EM, não existindo no CIRC norma equivalente para as operações internas.

Na verdade, esta circunstância implicava numa ingerência ao DUE por restrição à liberdade de estabelecimento. Uma vez que a norma anti-abuso apenas se encontrava prevista para o regime decorrente da DFA, a lei restringia o acesso de sociedades residentes noutros EM ao mercado português. Basta pensarmos no caso de uma sociedade residente cujos sócios tivessem

⁽¹²⁾ O artigo 62.º tratava das operações de fusão e cisão entre sociedades residentes, enquanto o artigo 62.º-A transponha o regime contido na Directiva 90/434/CEE.

⁽¹³⁾ A qual era, num primeiro momento, considerada pela doutrina dominante como uma impossibilidade inconstitucional, pelo facto de resultar numa violação do princípio da tipicidade. Note-se, que esta surgiu apenas em 1998, ou seja, pouco menos que uma década depois: J.L. SALDANHA SANCHES, *ob. cit.*, p.18.

⁽¹⁴⁾ *Cfr.* notava FREITAS PEREIRA, “Consequências fiscais ao nível nacional e internacional das cisões e operações similares”, *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 375, p.96.

uma grande aversão ao risco; certamente que estes excluiriam do seu plano de reestruturação empresarial a hipótese de realização de uma operação (neutral) com uma ou mais sociedades estabelecidas noutra EM. De todo o modo, a própria neutralidade do regime encontrava-se quebrada.

No entanto, o legislador português reformulou o texto da norma anti-abuso em 1998, conferindo-lhe então a redacção que se verifica nos dias de hoje, tendo estendido a norma ao regime de fusão e cisão entre sociedades residentes, o qual se encontrava estabelecido no artigo 62.º do Código do IRC, bem como às operações de entradas de activos e de permuta de acções, por remissão dos artigos 62.º-B e 64.º-A, n.º 5 do Código do IRC ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.

Não tardou a que alguns Estados-Membros começassem a estabelecer um regime unificado de neutralidade fiscal, pois esta via garantia não só uma maior segurança jurídica na realização das operações, como se traduzia, de facto, numa verdadeira aproximação da ideia de um mercado comum.

O primeiro Estado-Membro a fazê-lo foi a Holanda, no momento da transposição da DFA, o que resultou naturalmente numa aplicação indiferenciada da cláusula anti-abuso do RNF ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾.

Contudo, entre nós, só mais tarde é que o legislador português procedeu à unificação do regime, com a introdução da Lei do Orçamento do Estado para 2007, da qual resultou uma redacção normativa bastante semelhante à do texto da Directiva ⁽¹⁹⁾.

2.2. Uma cláusula “intermédia”

Estabelece o actual art.º 73.º, n.º 10 do CIRC o seguinte: “*O regime especial estabelecido na presente subsecção [Regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de activos e permutas de partes sociais] não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as*

⁽¹⁵⁾ A alteração foi introduzida pelo DL n.º 366/98 de 23 de Novembro.

⁽¹⁶⁾ Vide FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, “As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-Abuso Prevista no Artigo 67.º/10 do CIRC”, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, p. 75-76.

⁽¹⁷⁾ J. L. SALDANHA SANCHES, *ob. cit.*, p. 20.

⁽¹⁸⁾ Foi neste contexto que surgiu o caso *Leur-Bloem*, sob o qual incidiremos mais adiante.

⁽¹⁹⁾ Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro.

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” (20).

Tal como resulta claro do conteúdo da norma, esta cláusula subsiste na ordem jurídica para combater as situações de evasão fiscal no âmbito de operações ao abrigo do regime da neutralidade fiscal, o que vem a acontecer sempre que um sujeito passivo de IRC se serve de uma fusão, cisão ou de uma das outras operações previstas no regime com o único propósito (ou como veremos mais adiante, com o propósito preponderante) de retirar os benefícios que daí decorrem (21).

Se é pacífico que é a circunscrição da cláusula a um regime específico previsto no Código do IRC que faz dela uma “cláusula específica”, por que razão se recorre frequentemente à expressão “cláusula intermédia”?

Se nos debruçarmos sobre a generalidade das cláusulas específicas presentes na legislação tributária, nomeadamente, no Código do IRC, facilmente constatamos que estas se aplicam a situações concretas, descritas à luz de critérios detalhados (22).

A título de exemplo, vejamos as cláusulas específicas previstas no art.º 52.º, n.º 8 e no art.º 81.º, n.º 4 do CIRC.

(20) Redacção introduzida pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro de 2014 (Lei da Reforma do IRC), a qual apenas veio alterar a expressão “*O regime especial estabelecido não se aplica (...)*” para “*O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica (...)*”.

(21) Não consideramos, ao contrário de alguns autores, que o benefício do diferimento temporal da tributação das eventuais mais-valias apuradas na esfera das sociedades intervenientes nas operações ao abrigo da neutralidade fiscal se consubstancie num verdadeiro benefício fiscal, na medida em que, à remoção dos obstáculos tributários necessária à plena realização das reestruturações empresariais não corresponde uma verdadeira despesa fiscal (no sentido em que o regime não se traduz numa excepção à regra geral de tributação, mas antes numa inevitável consequência resultante do paradigma estrutural da tributação directa) para os Estados em que residam as sociedades intervenientes. Para um maior desenvolvimento, vide CARLOS BATISTA LOBO, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural?”, *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.ºs 26 e 27, 2006, p. 29-61.

(22) Tomás Cantista Tavares agrupa as cláusulas anti-abuso específicas em 8 grupos distintos, consoante as suas características comuns.

Estatui a primeira cláusula que a possibilidade da dedução dos prejuízos fiscais nos termos previstos no n.º 1 daquele artigo, “*deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efectuada a dedução, que, em relação àquele a que respeitam os prejuízos, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto*”.

Ora, a previsão dos factos que despoletam a aplicação desta norma é bastante clara, de tal modo que, os sócios de uma sociedade com prejuízos fiscais reportáveis sabem de antemão que, ao alienarem mais de 50% das suas participações sociais ou a maioria dos direitos de voto, a sociedade verá excluído o direito ao reporte dos prejuízos ⁽²³⁾.

Já a norma constante do art.º 81.º, n.º 4, a qual se insere no contexto normativo da liquidação de sociedades, estabelece que “[a] *menos-valia referida na alínea b) do n.º 2 não é dedutível nos casos em que a entidade liquidada seja residente em país, território ou região com regime fiscal claramente mais favorável que conste de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças ou quando as partes sociais tenham permanecido na titularidade do sujeito passivo por período inferior a quatro anos*”.

Também aqui se assegura claramente que a eventual menos-valia apurada na liquidação de uma sociedade não é dedutível na esfera dos sócios, caso se verifique uma das situações previstas na norma.

Deste modo, pela análise destas e de outras tantas cláusulas anti-abuso específicas presentes na lei fiscal ⁽²⁴⁾, dificilmente não se concluirá pela sua configuração específica e tendencialmente detalhada, ainda que, por vezes, o legislador recorra a conceitos indeterminados na sua formulação ⁽²⁵⁾. Salvo opinião em contrário, entende-se que estas vêm não só garantir a prossecução do princípio da segurança jurídica ao delimitarem as “zonas cinzentas” do sistema, dando a conhecer aos sujeitos passivos os limites do planeamento fiscal,

⁽²³⁾ Sem prejuízo da possibilidade de obtenção da devida autorização para o afastamento da aplicação do n.º 8 do artigo 52.º, concedida pelo membro do Governo responsável pela área das finanças “*em casos de reconhecido interesse económico*”, nos termos do n.º 10 daquele artigo. Mais adiante, incidiremos sobre esta expressão e sobre a sua relação com o conceito das *razões económicas válidas*.

⁽²⁴⁾ Veja-se também as cláusulas específicas constantes do artigo 66.º, do n.º 10 do artigo 51.º e do n.º 3 do artigo 23.º-A do Código do IRC, entre outras.

⁽²⁵⁾ Estes vêm a ser posteriormente concretizados pela Doutrina e Jurisprudência e, infelizmente, pelo próprio direito circular da Administração Tributária.

como vêm, sobretudo, limitar a discricionariedade da actuação da Administração Fiscal, a qual é, não raras vezes, lesiva dos direitos dos contribuintes ⁽²⁶⁾.

J. L. SALDANHA SANCHES refere que “[a] vantagem das normas anti-abuso específicas, de aplicação mais ou menos automática, é a dispensa da Administração fiscal (e dos tribunais), quer do esforço da indagação, quer da responsabilidade da decisão” ⁽²⁷⁾. Neste sentido, o autor acrescenta que, uma vez concebidas na lei para evitar determinados comportamentos específicos dos contribuintes, estas normas são de aplicação vinculada pela AT.

Cabe então responder à questão colocada. De facto, a natureza dita “intermédia” da cláusula do artigo 73.º, n.º 10 do Código do IRC deve-se à semelhança da sua estrutura com a de uma cláusula geral anti-abuso. Não obstante esta compartilhar a característica de uma cláusula específica, cingindo-se a um determinado regime específico previsto na lei (o regime da neutralidade fiscal), a sua aplicação implica, por parte da AT, um exercício analítico contextual dos contornos das operações, de forma a determinar se estão preenchidos os pressupostos necessários ao estabelecimento da presunção de abuso ali contida. Tal como refere ainda aquele autor, a cláusula “tem um modo de aplicação que contém todos os problemas e todas as virtualidades de aplicação da cláusula geral anti-abuso (recurso à averiguação da intenção do contribuinte, distinção entre operações com uma finalidade económica e mera finalidade fiscal)” ⁽²⁸⁾. Por outras palavras, a sua aplicação é de natureza discricionária.

⁽²⁶⁾ Existe também a perspectiva de que as cláusulas específicas são ineficazes na prevenção do abuso na medida em que vêm anunciar ao contribuinte, através dos seus contornos, o caminho a percorrer na “fuga” ao seu âmbito de previsão, contribuindo assim para a proliferação do planeamento fiscal abusivo. À luz deste entendimento, estas permitem a subsistência de um “vazio legal” no combate ao abuso, na medida em que impossibilitam a aplicação da CGAA às situações específicas sob as quais incidem. A este respeito, vide a tese de mestrado de IARA FREITAS, “A Cláusula Geral Anti-Abuso como meio de combate ao planeamento fiscal ilegítimo: pressupostos e condições de aplicação da CGAA no Direito Fiscal Português”, Agosto de 2012, Universidade Católica, p. 20. Contudo, não se partilha da mesma opinião, na medida em que, se uma determinada situação escapa à previsão de uma cláusula específica, é porque esta não era de aplicar, não se encontrando razão para a não aplicação da CGAA. Já as situações bem-sucedidas no crivo de uma cláusula específica, não serão de considerar, certamente, como abusivas.

⁽²⁷⁾ J. L. SALDANHA SANCHES, “Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”, Coimbra Editora, 2006, *cit.*, p. 206.

⁽²⁸⁾ J. L. SALDANHA SANCHES, *ob. cit.*, p. 200.

2.3. A vinculação da AT ao artigo 63.º do CPPT na aplicação da CIAA

A discussão da natureza anti-abusiva da norma não subsiste, nesta sede, com o propósito de desvendar as possíveis correntes teóricas que sobre ela impendem; antes, a sua caracterização permite-nos concluir em que termos deve a AT proceder ao aplicá-la e de que forma se garante na lei a prossecução do princípio da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Neste sentido, é nossa opinião que, ao aplicar a cláusula intermédia, a AT deve proceder em conformidade com as regras constantes do artigo 63.º do CPPT, não obstante a letra da norma se restringir à CGAA, sob pena de se materializar na ordem jurídica uma “brecha” inaceitável na prossecução do princípio da segurança jurídica, o qual deve conformar a actuação administrativa face às legítimas expectativas dos contribuintes. Desde logo, a própria letra da CIAA o vem confirmar, embora implicitamente, na medida em que nela se estabelece que “*o regime (...) não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal*” (sublinhado nosso), sem, no entanto, estabelecer um procedimento próprio para tal determinação.

A este respeito, note-se que se encontra prevista no art.º 75.º, n.º 1 da LGT uma presunção estrutural de veracidade e da boa-fé das declarações dos contribuintes, a qual não deve ser afastada mediante uma actuação descomprometida por parte da AT.

Por esta razão, o elemento literal do art.º 63.º, n.º 1 do CPPT deve ser posto de parte, à luz de uma interpretação sistemática que se impõe, em prol da efectividade do princípio da segurança jurídica, de modo a garantir que o procedimento administrativo ali contido seja aplicável a toda e qualquer norma anti-abuso que comungue de uma estrutura e moldes semelhantes ao da norma constante do art.º 38.º, n.º 2 da LGT.

Adicionalmente, não nos parece que esta interpretação extensiva colida com a proibição de aplicação analógica em Direito Fiscal conforme estabelecido no art.º 11.º, n.º 4 da LGT, na medida em que da mesma não resulta qualquer efeito lesivo dos interesses dos contribuintes,

pelo contrário, vem até permitir a prossecução da finalidade máxima pretendida pela referida norma: a garantia de uma segurança jurídica efectiva ⁽²⁹⁾.

JOSÉ CASALTA NABAIS partilha da mesma opinião (embora num contexto anterior à alteração da letra do art.º 63.º do CPPT), referindo que este não é de aplicar às normas que na sua génese consubstanciem presunções automáticas (sem prejuízo de estas serem elidíveis, contendo em si válvulas de escape), como é o caso do art.º 66.º do CIRC, as quais são, na sua opinião, erradamente consideradas como anti-abusivas, sendo antes de lhes aplicar o artigo 64.º do CPPT com a epígrafe “Presunções”. Assim, o autor refere implicitamente que, ao aplicar as normas devidamente consideradas como anti-abusivas, a AT deve respeitar o procedimento estabelecido no artigo 63.º do CPPT ⁽³⁰⁾.

De resto, a vinculação ao artigo 63.º na aplicação da cláusula do art.º 73.º, n.º 10 veio a ser confirmada pela própria AT, pelo Despacho do SEAF de 17 de Janeiro de 2002 – Processo 771/2002. No entanto, este Despacho veio curiosamente confirmar tal entendimento com recurso a uma delimitação negativa, ao concretizar que aquele procedimento não seria de aplicar a todas as outras disposições anti-abusivas que ⁽³¹⁾:

- a) não reunissem as características estabelecidas no n.º 2 daquele artigo; e,
- b) contivessem em si “*um procedimento tendencialmente completo em que os direitos e garantias dos contribuintes se encontr[assem] plenamente assegurados*”.

Ora, ao encarar a questão deste modo, a própria Administração veio, inevitavelmente, confirmar que o art.º 67.º, n.º 10 (actual 73.º) não continha em si um procedimento capaz de assegurar as garantias e direitos dos contribuintes.

No entanto, o entendimento constante daquele Despacho veio a ser prejudicado pelo Despacho do Subdirector-Geral de 13 de Março de 2012 – Processo 2890/2007, no qual se aproveitou a alteração da letra do artigo 63.º do CPPT dada pela LOE para 2012 para se dar um novo enquadramento a esta questão ⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ Vide CECÍLIA XAVIER, “A Proibição da Aplicação Analógica de Lei Fiscal no Âmbito do Estado Social de Direito”, Almedina, 2006.

⁽³⁰⁾ JOSÉ CASALTA NABAIS, “Direito Fiscal”, Almedina, 3.ª Ed., 2005, p. 222-228.

⁽³¹⁾ Referindo-se aos artigos 58.º, 59.º, 60.º e 61.º do Código do IRC em vigor em 2002.

⁽³²⁾ Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.

Com a alteração do art.º 63.º, n.º 1 do CPPT eliminou-se a expressão “*quaisquer disposições antiabuso*”, passando apenas a constar da letra da norma uma referência à CGAA. Contudo, em nosso entender, tal alteração não só foi motivada por razões de coerência sistemática, na medida em que vem clarificar que o procedimento ali contido apenas incide sobre as disposições anti-abuso que não contenham em si um procedimento próprio de aplicação que limite a livre margem de apreciação na actuação administrativa, como vem evitar que a generalidade das disposições anti-abuso deixem de ser aplicadas em resultado dos rigorosos critérios que naquele artigo se encontram previstos. Acontece que, salvo opinião em contrário, ao fazê-lo, o legislador se fixou apenas no facto de o art.º 63.º ter sido essencialmente pensado para a CGAA, a qual, à primeira vista, seria a única que se caracterizaria por resultar numa actuação discricionária por parte da AT, razão pela qual se crê que a nova redacção do artigo se cinge àquela cláusula geral.

Neste sentido, já FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA referia em 2008 (antes da alteração trazida pela LOE para 2012) que, perante a obrigação imposta às administrações fiscais pelo direito comunitário ao removerem os benefícios contidos na Directiva, nomeadamente quanto à exigência de “*fundamentações casuísticas, [respeito pelo] direito ao contraditório e [de] apreciações à luz dos princípios gerais da não discriminação, da proporcionalidade e da proibição do abuso (...)*”, o artigo 63.º CPPT vem colmatá-la, “*(...) não obstante ter sido pensado essencialmente à luz da cláusula geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da LGT*”⁽³³⁾.

Adicionalmente, além de se apoiar na alteração ao artigo, a AT vem ainda referir naquele Despacho revogatório que o facto de a CIAA não desconsiderar “*(...) os efeitos da operação [o que acontece com a aplicação da CGAA], mas apenas retirar os benefícios previstos no regime especial*”, é determinante para que esta não seja abrangida pelo artigo 63.º do CPPT.

Na verdade, o facto de este artigo consubstanciar-se num conjunto de critérios procedimentais bastante “apertados”, leva a que a AT tenha todo o interesse em “fugir a sete pés” da vinculação a esta disposição.

⁽³³⁾ FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, p. 105.

De resto, a incoerência é tal, que o novo argumento apresentado, ainda que fosse de considerar, “cairia por terra” atendendo ao facto de que o critério arrogado da “desconsideração dos efeitos das operações” que se encontrava previsto no n.º 2 daquele artigo veio a ser revogado ⁽³⁴⁾.

De todo o modo, convém não esquecer que nos referimos aqui a Direito Circular da Administração, o qual deve(ria) apenas valer aquilo que realmente vale...

2.4. A estrutura da CIAA – Os elementos que a caracterizam

2.4.1. Presunção legal

O carácter anti-abusivo da norma constante do artigo 73.º, n.º 10 consiste no estabelecimento de uma presunção de abuso, mediante a verificação de determinados pressupostos, no âmbito das operações realizadas ao abrigo do RNF.

Importa, por isso, em primeiro lugar, ter consciência que, enquanto presunção legal, esta vem apenas confirmar a verificação de uma realidade de modo precário, sendo a aceitável impossibilidade de uma plena comprovação factual da realidade que se pretende determinar (o comportamento abusivo) aquilo que a legitima ⁽³⁵⁾. Cabe então ao operador económico, mediante o estabelecimento desta presunção por parte da AT, demonstrar que a operação em que incorreu não foi feita com o principal objectivo de evitação fiscal.

Neste sentido, a aplicação da norma é desencadeada pela verificação de determinadas circunstâncias nela previstas, que se consideram suficientes para o estabelecimento da presunção de que o contribuinte realizou as operações no âmbito do regime da neutralidade fiscal com o único intuito (ou o intuito preponderante) de fazer uso dos benefícios nele estatuídos.

⁽³⁴⁾ Estabelecia a redacção do artigo 63.º, n.º 2 do CPPT o seguinte: “*Consideram-se disposições antiabuso (...), quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou atos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos.*”

⁽³⁵⁾ O regime da presunção legal encontra-se previsto no artigo 350.º do CC.

Note-se que, estando aqui em causa o estabelecimento de uma presunção de abuso, a AT só vem proceder à aplicação da norma *a posteriori*, ou seja, num momento posterior à realização daquelas operações.

Como tal, para que a referida presunção se possa estabelecer, deverá verificar-se preenchido um dos indícios de abuso contidos na CIAA, sendo este o ponto de partida para a legitimação da sua aplicação (sem prejuízo da vinculação da AT ao regime procedimental estabelecido no CPPT, tal como defendido acima). Cabe então delimitar esses mesmos indícios, tendo em vista a sua compreensão e articulação com os demais elementos que integram a estrutura da CIAA.

Contudo, refira-se que a CIAA é edificada sobre elementos estruturais semelhantes aos de uma CGAA, os quais, ao estarem preenchidos, despoletam a sua aplicação ⁽³⁶⁾.

Assim, a hipótese legal da CIAA preenche-se sempre que ocorra uma das operações previstas no regime da neutralidade fiscal (*elemento-meio*) que seja única ou essencialmente motivada (*elemento-intelectual*) pelo uso das vantagens daí decorrentes (*elemento-resultado*) num determinado contexto que, *in casu*, não afaste a presunção de evasão fiscal da operação, *i.e.*, quando as sociedades intervenientes não se encontrem sujeitas ao mesmo regime de tributação em IRC ou inexistam razões económicas válidas subjacentes à operação em causa (*elemento-normativo*).

A este respeito, NUNO DE OLIVEIRA GARCIA identifica como elementos estruturais da CIAA o “meio artificioso” e a inexistência de um “motivo económico válido” ⁽³⁷⁾. Não nos parece, porém, que seja de considerar estes dois elementos de modo autonomizado, na medida em que a inexistência de razões económicas válidas, por si só, consome a artificialidade da operação de reestruturação ao abrigo da neutralidade fiscal.

Contudo, tratar-se-á de um meio artificioso no sentido restrito, *i.e.*, concebível apenas no plano da neutralidade fiscal, senão vejamos: uma fusão ou cisão que não tenha na sua base

⁽³⁶⁾ Nesta semelhança reside também o seu carácter “intermédio”.

⁽³⁷⁾ NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, “Prejuízos, menos e mais-valias”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 29, 2007, p. 123.

quaisquer razões económicas válidas continuar, para efeitos de tributação, a ser uma fusão ou cisão depois de lhe ser negado o diferimento temporal de tributação das mais-valias.

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

Um dos elementos estabelecidos na CIAA que despoleta a presunção de evasão fiscal é a circunstância de as sociedades intervenientes na operação neutral não terem a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de IRC.

Na verdade, cremos tratar-se de um elemento pouco relevante no contexto geral de aplicação da norma, muito embora se considere pertinente um teste à intenção do legislador quanto à inserção desta expressão no texto normativo.

Parece-nos que o legislador, com a referida expressão, quis evitar determinadas situações de abuso, tais como a seguinte situação exemplificativa: a sociedade A, sujeita ao regime geral de tributação de IRC, pretende, ao abrigo de uma fusão neutral, extinguir-se e transferir a totalidade do seu património para uma sociedade totalmente isenta, a sociedade B, para assim evitar a tributação dos seus activos que se encontram valorizados face ao custo histórico registado no balanço. Na medida em que a sociedade B é isenta, verificar-se-ia um falso diferimento temporal da tributação das mais-valias, pelo que a expressão em causa virá assim indiciar a existência de abuso em situações que assumam contornos semelhantes.

Ainda assim, não podemos assumir que o legislador queira abranger toda e qualquer sociedade isenta de IRC.

FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA entende que a expressão se dirige apenas às isenções “*subjectivas, totais e permanentes*”, não se podendo cair no erro interpretativo de considerar que o facto de estas operações terem como intervenientes sociedades que beneficiem de isenções objectivas – como era o caso das SGPS até 2014 – é relevante para despoletar a presunção de evasão fiscal ⁽³⁸⁾. De facto, seria um absurdo não considerar que o RNF se aplicava às SGPS nos mesmos termos que à generalidade das sociedades, tendo em conta o propósito que esteve na base da criação daquelas sociedades, bem como pelo facto de existirem

⁽³⁸⁾ FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, p. 84-85.

na lei mecanismos próprios que combatiam o espectro do abuso no contexto da sua tributação⁽³⁹⁾.

Refira-se, no entanto, que este entendimento não resulta de uma interpretação literal da norma, mas antes de um ensaio sobre a real intenção do legislador e de uma interpretação sistemática e conjuntural do IRC.

Posto isto, afigura-se-nos pertinente a seguinte questão: por que razão quis o legislador prevenir este tipo de situações em sede da CIAA, se já a alínea b) do n.º 7 do artigo 73.º vem afastar a NF para as sociedades que não preencham os requisitos previstos no artigo 3.º da Directiva das Fusões e Aquisições⁽⁴⁰⁾?

A este respeito, poder-se-á assumir que o legislador quis acautelar o regime da neutralidade para as operações puramente internas, na medida em que só as sociedades residentes poderão ter a “totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC”. Ainda assim, o contexto normativo de um regime unitário aplicável quer a operações puramente internas, quer a operações entre sociedades residentes em dois ou mais EM, vem, por si, evidenciar a desnecessidade da inclusão desta expressão na letra da CIAA, na medida em que o regime não se aplica, por força do artigo 3.º da Directiva Fusões e Aquisições – por remissão da alínea b) do n.º 7 do artigo 73.º do CIRC – a toda e qualquer sociedade que seja isenta do correspondente imposto sobre o rendimento.

Parece-nos, pois, que o legislador não trouxe, com a referida expressão, qualquer valor acrescentado no combate ao abuso em sede do RNF.

2.4.3. A expressão *razões económicas válidas*

A ausência de razões económicas válidas no “*backstage*” do teatro das operações realizadas ao abrigo do RNF é o segundo factor presente na CIAA – o mais relevante – que vem desencadear o estabelecimento da presunção de evasão fiscal.

⁽³⁹⁾ Veja-se o n.º 3 do artigo 32.º do EBF (revogado pela lei da reforma do IRC), o qual evitava as situações abusivas no contexto da isenção aplicável às sociedades SGPS.

⁽⁴⁰⁾ Note-se, a este respeito, que a alínea b) do artigo 3.º da Directiva 2009/133/CE vem restringir a aplicação da Directiva às sociedades sujeitas e não isentas dos impostos que constam da parte B do Anexo I à Directiva, entre os quais se encontra, naturalmente, o IRC.

De acordo com a norma objecto do presente estudo, presume-se a evasão fiscal, nomeadamente, quando “*as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam (...)*”.

À semelhança do artigo 15.º da DFA, o legislador português, não obstante não concretizar a extensão e os contornos deste conceito, concedeu ao intérprete dois elementos capazes de indiciar a existência de razões económicas válidas.

Neste sentido, a “reestruturação” ou a “racionalização” das actividades das sociedades que intervêm nas operações elegíveis constituem indubitavelmente razões válidas para o diferimento da tributação conforme previsto no RNF.

Contudo, o núcleo das REV não se restringe a estes dois elementos. Na verdade, estes conceitos apenas subsistem na medida de uma aproximação a uma realidade que se considera bastante mais ampla.

2.5. A escolha do legislador português no combate ao abuso face ao conteúdo da Directiva Fusões e Aquisições

É dever de um Estado-Membro, ao transpor uma Directiva para o ordenamento interno, fazê-lo de forma clara e precisa, no cumprimento do princípio da segurança jurídica, de modo a que os sujeitos passivos possam determinar com facilidade os direitos e deveres que daí advêm ⁽⁴¹⁾.

Em especial, os EM devem, ao transpor para o ordenamento interno medidas anti-abusivas – que limitam ou excluem direitos ou afastam benefícios mediante determinadas circunstâncias – cumprir com o princípio da proporcionalidade, restringindo-as ao estritamente necessário para a obtenção do fim pretendido ⁽⁴²⁾, *i.e.*, enquanto normas excepcionais, estas justificam-se apenas na medida e no limite da salvaguarda do conteúdo e da prossecução da finalidade própria dos regimes em que se inserem.

⁽⁴¹⁾ FAUSTO DE QUADROS, “Direito da União Europeia”, Almedina, 3.ª ed., 2013.

⁽⁴²⁾ *Vide* JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

Apesar de se encontrar prevista no artigo 15.º da DFA a possibilidade de afastamento, por parte dos EM, do benefício da NF perante situações com contornos abusivos, não se verifica aqui uma imposição de transposição para o direito interno dos EM, não obstante a existência de um princípio geral de proibição do abuso de direito, *cf.* tem vindo a ser evidenciado pelo TJUE através de um processo de harmonização negativa do Direito da União Europeia ⁽⁴³⁾.

Significa isto que a possibilidade de aplicação desta norma consiste essencialmente numa salvaguarda da soberania tributária dos EM, os quais terão todo o interesse em evitar o uso indevido de um regime que, pela sua natureza, vem limitar ou mesmo privar o seu poder tributário no contexto das operações em causa.

Por outro lado, a DFA vem impor aos EM, no artigo 6.º, o estabelecimento de um mecanismo de “continuidade estrutural” que permita a utilização por parte das sociedades ditas “beneficiárias” no âmbito das operações, dos prejuízos fiscais dedutíveis gerados pelas sociedades extintas em resultado da sua realização, nos mesmos termos eventualmente previstos para as operações realizadas entre sociedades residentes no mesmo EM. Ainda assim, sublinhe-se, a instituição deste regime complementar não é obrigatória, desde que a lei interna não admita tal possibilidade para as operações com carácter puramente interno.

Entendemos assim, que aquele artigo vem, não só, esclarecer que a possibilidade de aproveitamento dos prejuízos dedutíveis existe e é querida pelo DUE, na medida em que se traduz na remoção de um obstáculo à realização daquelas operações e através da qual se reafirma uma integração económica que se quer cada vez mais próxima da ideia de um mercado único, como vem também salvaguardar o princípio da “não discriminação”, proibindo um tratamento diferenciado consoante as sociedades intervenientes residam ou não num determinado EM.

Ora, o legislador português ao prever no ordenamento interno os mecanismos próprios ao combate ao abuso em sede do regime constante da Directiva, fê-lo de um modo particular.

Refira-se, antes de mais, e sem a intenção de antever eventuais consequências daí advindas, que o termo “razões económicas válidas” tal como previsto na CIAA não decorre literalmente da expressão prevista na directiva. Na verdade, a directiva estabelece antes o conceito de “*valid*

⁽⁴³⁾ Neste sentido, o acórdão *Kofoed* (C-321/05, de 5-07-2007).

commercial reasons” atendendo à sua versão inglesa, o qual foi traduzido posteriormente para a versão portuguesa, onde consta a expressão “*razões comerciais válidas*” (44).

Curiosamente, tal discrepância literal poderá ter contribuído para algum desvio por parte da AT e dos tribunais portugueses na correcta apreensão finalística do conceito.

De todo o modo, aquilo que nos merece verdadeiro destaque diz respeito à forma como o legislador português procedeu à transposição da possibilidade de “aproveitamento” dos prejuízos fiscais em sede do RNF, o que, conforme demonstraremos e salvo opinião em contrário, veio inevitavelmente gerar algumas consequências quanto ao funcionamento e celeridade do mecanismo da NF, de um modo geral, e quanto à aplicação da própria CIAA, de um modo particular.

Com efeito, ao prever a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais gerados pelas sociedades extintas em consequência das operações realizadas ao abrigo da NF, o legislador português estabeleceu que esta estaria dependente de uma autorização favorável por parte do Ministro das Finanças mediante a apresentação de um pedido prévio, sem a qual, o reporte dos prejuízos não seria possível.

Acontece que, a estreita relação entre a CIAA e a norma que previa a possibilidade de aproveitamento dos prejuízos fiscais, resultava não só do facto de estarem ambas inseridas no RNF, como resultava essencialmente do facto desta última recorrer ao mesmo conceito indeterminado para efeitos anti-abusivos, conforme se constatava pela letra do n.º 2 do artigo 75.º do CIRC (já revogado), que estabelecia que a autorização a conceder pelo Ministro das Finanças estava dependente da “*demonstração de que a fusão [era] realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes, e se inser[ia] numa estratégia de redimensionamento e*

(44) Referimo-nos à versão inglesa por ser uma língua “*pivot*” na construção do DUE. Perante uma multiplicidade de línguas oficiais existentes no seio da UE, o Parlamento Europeu pôs em prática um sistema de línguas intermédias “*pivot*” – inglês, francês e alemão – de modo a facilitar a tradução dos instrumentos jurídicos para as línguas menos faladas na União. Apesar de não terem qualquer valor superior face às outras línguas da UE, estas representam as versões primárias das directivas, espelhando assim a verdadeira intenção jurídica que se encontra na sua base. *Fonte: euoparl.europa.eu*

desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva (...)” (sublinhado nosso) ⁽⁴⁵⁾.

Apesar da similaridade da previsão dos requisitos materiais – a existência de razões económicas válidas – tratava-se de um critério mais selectivo, na medida em que exigia a demonstração de uma expectativa efectivamente positiva sobre os efeitos das operações na estrutura produtiva das sociedades intervenientes.

No mesmo sentido conclui FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, ao referir que o núcleo das REV previsto no n.º 2 do artigo 75.º era muito mais reduzido do que o da cláusula anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º ⁽⁴⁶⁾.

Posto isto, não podemos deixar de concluir pelo seguinte:

- a) O recurso à expressão “razões económicas válidas” para regular uma situação que, embora não se referisse ao benefício do diferimento temporal da tributação, incidia sobre uma realidade que lhe era complementar, deveria implicar uma leitura uniforme e transversal do próprio conceito das REV, no contexto do RNF;
- b) Ao contrário da CIAA, a norma era aplicada *a posteriori*, na medida em que a possibilidade de utilização dos prejuízos estava dependente da verificação daqueles requisitos, os quais teriam que ser demonstrados pelo contribuinte;
- c) O carácter “pesado” desta norma anti-abuso, ao exigir mais ao contribuinte, retirava o efeito útil da CIAA no âmbito das operações em que a perda dos prejuízos representasse um obstáculo considerável à realização das operações;
- d) Na medida em que a manutenção dos prejuízos fiscais fosse essencial para a sustentabilidade de uma operação neutral, os contribuintes eram obrigados a demonstrar *a priori* a existência de razões económicas válidas da operação em causa,

⁽⁴⁵⁾ Note-se que, não obstante esta norma anti-abuso ter sido revogada pela Lei da Reforma do IRC, esta subsistiu, ao longo dos últimos anos, de “mãos dadas” com a CIAA, pelo que uma abordagem a esta vem dar um contributo efectivo ao nosso estudo. A proximidade das normas era tal, que a jurisprudência portuguesa tem vindo ao longo dos últimos anos a explorar o conceito indeterminado das REV em sede da transmissibilidade dos prejuízos fiscais no RNF, e não a respeito da própria CIAA.

⁽⁴⁶⁾ FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, p. 93.

o que, ao fim ao cabo, se traduzia num tratamento diferenciado face às operações cujos intervenientes não tivessem prejuízos fiscais reportáveis.

Tendo em conta o acima exposto, poderíamos até considerar, à luz de uma perspectiva mais “acérrima”, que aquela norma era desconforme com o conteúdo da DFA, na medida em que, ao retirar o efeito útil da CIAA nas situações em que a perda dos prejuízos representava um obstáculo à realização das operações, trazia um mecanismo anti-abusivo não presuntivo aplicável *a priori*, o qual não se coadunava, a nosso ver, com a prossecução dos objectivos visados pela Directiva ⁽⁴⁷⁾.

Por outras palavras, esta dupla vertente no combate ao abuso em sede das operações efectuadas ao abrigo do RNF não era, em nossa opinião, benéfica ao próprio regime, não só por dificultar a celeridade das operações, como pelo facto de não assentar num critério rigoroso e uniforme, tanto que, a sua expurgação do ordenamento tributário português o veio comprovar.

3. AS RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS

Chegados a este ponto, podemos constatar que o cerne da questão da aplicação da norma anti-abuso do RNF prende-se, essencialmente, com o conceito das *razões económicas válidas*.

Trata-se de um conceito indeterminado sob o qual tem corrido já “bastante tinta”, quer por parte da doutrina, quer por parte da jurisprudência (em especial pela jurisprudência comunitária), na busca do seu sentido interpretativo.

Na verdade, consubstancia-se num critério cuja natureza é essencialmente instrumental, na medida em que, mediante a revelação de elementos objectivos, vem determinar com um maior ou menor grau de certeza se o *elemento-intelectual* necessário para o despoletar da CIAA se encontra preenchido, *i.e.*, vem demonstrar a existência (ou não) da intenção abusiva subjacente a uma determinada operação realizada ao abrigo do RNF.

⁽⁴⁷⁾ A este respeito, o TJUE vem afirmar em *Leur-Bloem* que os EM são livres na transposição da norma anti-abuso para o RNF, desde que esta consista numa presunção, e que possa ser lida em conformidade com a norma anti-abuso constante da Directiva.

3.1. Da discricionariedade técnica à (in)sindicabilidade judicial

Cabendo à Administração Tributária verificar se, nos termos do art.º 73.º, n.º 10 do CIRC (quando for caso disso), determinada operação foi ou não realizada por *razões económicas válidas*, podemos questionar-nos sobre se tal determinação consiste numa actuação vinculada ou num poder discricionário.

Conforme evidencia FREITAS DO AMARAL, a questão revela-se pertinente na medida em que estamos perante a interpretação de um conceito indeterminado ⁽⁴⁸⁾.

Com efeito, não nos parece que a AT actue no âmbito de um poder discricionário, na medida em que a lei não lhe confere a possibilidade de eleger uma solução de entre um conjunto de soluções igualmente válidas ⁽⁴⁹⁾. Antes, apenas uma solução se afigura legalmente justa, a qual deve ser apurada através de um juízo técnico apto à criação do direito no caso concreto. Conforme refere a jurisprudência tributária portuguesa, trata-se antes de matéria de discricionariedade técnica.

Ora, o problema que se encontra aqui associado é o facto de a jurisprudência considerar que o juízo a levar a cabo pela Administração na determinação das *razões económicas válidas* deve escapar ao controlo judicial, na medida em que foi intenção do legislador incumbir a AT da tarefa interpretativa deste conceito.

Contudo, esta posição não merece o nosso acolhimento, na medida em que estamos perante um conceito de DUE, e como tal, a sua delimitação jamais deve ser afastada do círculo dos tribunais.

Na verdade, “*é atualmente ato claro que a partir do momento em que a nossa lei adota os conceitos da Diretiva das Fusões, n.º 90/434/CEE, para as fusões internas (...), esses conceitos*

⁽⁴⁸⁾ FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, p. 107.

⁽⁴⁹⁾ Ac. do STA, proferido no âmbito do Processo 02087/07, de 03/02/2009. “*No poder discricionário qualquer dos comportamentos por que o agente opte é legal, enquanto que a interpretação só pode conduzir a um sentido ou comportamento – o que for querido pelo legislador ou pela lei*”. “*De facto, as questões resultantes da utilização de conceitos técnicos pela lei, resolvem-se através de critérios exclusivamente técnicos, não tendo o órgão administrativo a liberdade de repudiar o conteúdo que lhes é imputado nos respectivos ramos de ciência e optar por qualquer outro*”.

passam a ser conceitos de Direito Europeu e têm de ser interpretados uniformemente, para as situações internas e transfronteiriças, cabendo a última palavra ao Tribunal de Justiça ⁽⁵⁰⁾.

Deste modo, é notório que a interpretação do conceito das REV se revele coerente e concordante com o escopo da Directiva, por um lado, e com o processo de integração europeia, por outro.

Posto isto, parece-nos que a posição da jurisprudência portuguesa a respeito do conceito das REV se revela desnorteada face à finalidade que se encontra na base da previsão deste conceito indeterminado. Podemos constatar em alguns acórdãos do STA, que o carácter instrumental deste elemento é posto de parte, na medida em que o tribunal faz crer que o crivo das REV passa pela verificação da conformidade das operações com factores económicos externos a privilegiar discricionariamente pela Administração ⁽⁵¹⁾.

Contudo, parece ter sido esquecido pelo STA que este critério consiste num instrumento tendente ao combate à evasão fiscal.

Com efeito, o crivo das *razões económicas válidas* deve ser essencialmente orientado pela finalidade anti-abusiva que o motiva, sendo este o ponto de partida para a compreensão da sua génese.

3.2. As razões económicas válidas no sistema tributário português

Podemos constatar que o legislador português recorre por várias vezes a conceitos similares ao das REV na protecção de alguns regimes instituídos na lei fiscal.

Deste modo, cabe averiguar se o conceito das REV se trata de um conceito único e concebível apenas no paradigma do RNF, ou se, por outro lado, se encontra internamente harmonizado, não obstante a mutabilidade da letra da lei ao prevê-lo, admitindo-se, neste sentido, que se trata de um conceito transversal a todos os regimes em que se insere.

⁽⁵⁰⁾ Decisão arbitral proferida no âmbito do Processo n.º 14/2011-T, cit., p. 59.

⁽⁵¹⁾ Vide a título de exemplo o Ac. do STA proferido no âmbito de Processo n.º 01003/05, de 12/07/2006, em que este tribunal refere que “*uma fusão pode fundar-se numa razão económica válida para um interesse público de vitalidade da economia nacional, mas tal pode já não ocorrer em face dum interesse público de vitalidade de uma economia sectorial*”.

Vejam os de seguida alguns casos em que o legislador recorreu a tais conceitos similares.

3.2.1. O “reconhecido interesse económico” do artigo 52.º, n.º 12 do CIRC

No âmbito do regime da dedutibilidade dos prejuízos fiscais previsto no artigo 52.º do CIRC, o legislador vem estabelecer, no n.º 8, o afastamento desta possibilidade sempre que se verifique que a titularidade do capital social se alterou em mais de 50%, ou se tenha verificado uma alteração da maioria dos direitos de voto, face ao período de tributação em que o prejuízo fiscal que se quer ver deduzido foi gerado.

Não obstante, o n.º 12 deste artigo vem determinar que *“o membro do Governo responsável pela área das finanças pode autorizar, em casos de reconhecido interesse económico e mediante requerimento a apresentar à Autoridade Tributária e Aduaneira, que não seja aplicada a limitação prevista no n.º 8”* (sublinhado nosso).

Com efeito, podemos questionar-nos sobre se a determinação de um “reconhecido interesse económico” que sustente o afastamento da limitação prevista no n.º 8 equivale a dizer-se que a pretensão de dedução dos prejuízos fiscais nestes casos específicos tem por base razões económicas válidas que justifiquem o afastamento.

Ora, tendo em conta a letra da lei e o modo como a expressão se encontra prevista no contexto em que se insere, parece-nos que o legislador quis estabelecer um critério mais lato que o critério das REV, parecendo-nos que se trata aqui de considerar maioritariamente ponderações de cariz macroeconómico.

Curiosamente, podemos ser levados a pensar que o critério do “reconhecido interesse económico” representa um “fechar de olhos” do sistema, ao permitir a dedutibilidade dos prejuízos fiscais mediante a verificação de pressupostos concretos e objectivos, nomeadamente, nos casos em que a possibilidade da dedução é determinante para a manutenção do negócio prosseguido, evitando uma eventual extinção de postos de trabalho como resultado do ónus pesado que o imposto a pagar representaria; ou vem evitar o encerramento de um estabelecimento que contribua para o desenvolvimento de determinada região; ou vem permitir a garantia da estabilidade concorrencial; etc.

No entanto, não nos parece adequado sustentar que o membro do governo responsável pela área das finanças venha determinar que a dedutibilidade de prejuízos fiscais por sociedades que operam abusivamente nos termos do n.º 8 é justificada pelo facto de lhe estar associado um “reconhecido interesse económico” ⁽⁵²⁾.

Neste sentido, a demonstração de existência de um “reconhecido interesse económico” significará, tão só, a demonstração de que não se está perante um dos casos de abuso de direito que se pretende evitar através do n.º 8, e como tal, razão não haverá para se sustentar o afastamento da dedutibilidade dos prejuízos fiscais.

Podemos então considerar que o crivo do “reconhecido interesse económico” representa um critério instrumental, que o legislador considerou adequado face à impossibilidade de determinação da inexistência de contornos abusivos de todas as situações em que se tenha verificado a alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto, servindo este critério apenas o propósito do regime da dedutibilidade dos prejuízos fiscais.

Assim, a comparabilidade entre o critério constante do n.º 12 do artigo 52.º e o critério das REV contido na CIAA não nos parece adequada, na medida em que cada um procura indícios objectivos diferentes, *i.e.*, aqueles que considera mais adequados à demonstração de inexistência de abuso no âmbito dos regimes específicos em que se inserem.

3.2.2. O critério do artigo 60.º, n.º 5, alínea a) do EBF

O regime estabelecido no artigo 60.º do EBF anda de “mão dadas” com o regime da neutralidade fiscal estabelecido nos artigos 73.º a 78.º do CIRC, na medida em que se aplica também às operações de reestruturação empresarial, embora com este não se confunda. Na verdade, o regime previsto neste artigo vem igualmente garantir a neutralidade fiscal das operações, embora num âmbito tributário diferente.

O regime vem prever, no seu n.º 1, um rol de isenções em sede de impostos indirectos que eventualmente resultem da realização das operações de reestruturação: i) isenção de IMT na

⁽⁵²⁾ Vide MANUEL ANSELMO TORRES, “Transmissibilidade dos prejuízos fiscais”, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, p. 124-125.

transmissão de imóveis não destinados à habitação, ii) isenção de imposto do selo na transmissão dos referidos imóveis e no eventual aumento de capital ou de activos de uma sociedade de capitais em resultado da operação, e finalmente, iii) isenção dos emolumentos e demais encargos legais devidos pelos actos do processo de realização das operações em causa.

Tal como podemos constatar, apesar das referidas isenções não incidirem sobre impostos directos, mais concretamente, sobre o IRC, a sua concessão vem garantir indiscutivelmente a neutralidade fiscal, na medida em que assegura a realização das operações pela remoção do obstáculo da tributação (neste caso, em sede de impostos indirectos), cuja existência determinaria, em certos casos, a não realização das operações ⁽⁵³⁾. Se pensarmos no caso de uma sociedade que desenvolva a actividade de gestão imobiliária e cujo património seja principalmente constituído por imóveis, dificilmente esta sociedade irá efectuar uma operação de reestruturação com outra sociedade, se à respectiva operação estiver associada uma elevada tributação decorrente da transmissão dos seus activos.

Ora, tendo em conta a vantagem efectiva que estas isenções representam, é natural que o legislador tenha sentido a necessidade de proteger este regime dos contribuintes mal intencionados.

Neste sentido, a concessão destes benefícios fiscais apenas terá lugar caso se verifique o disposto na alínea a) no n.º 5 do artigo 60.º do EBF, que vem exigir que *“a operação de reestruturação ou o acordo de cooperação empresarial não prejudi[que], de forma significativa, a existência de um grau desejável de concorrência no mercado e te[nha] efeitos positivos em termos do reforço da competitividade das empresas ou da respectiva estrutura produtiva, designadamente através de um melhor aproveitamento da capacidade de produção ou comercialização, ou do aperfeiçoamento da qualidade dos bens ou serviços das empresas.*

Com esta norma, o legislador impede que o sujeito passivo realize operações de reestruturação apenas para beneficiar das isenções na transmissão de activos.

⁽⁵³⁾ A neutralidade fiscal não é um meio, mas um fim. Ao contrário do que acontece com o regime da neutralidade fiscal estabelecido no CIRC, o Estado encontra-se aqui a abdicar efectivamente do seu poder de tributação, *i.e.*, o regime de favor estabelecido no artigo 60.º do EBF, por consistir numa atribuição de isenções, representa uma efectiva despesa fiscal para o Estado.

Com efeito, estamos perante um pressuposto legal que, à partida, se encontra alinhado com o das REV, na medida em que, ambos vêm evitar que se realizem operações de reestruturação empresarial com o intuito de aproveitamento daqueles benefícios que apenas foram concebidos para amenizar uma “falha de mercado” traduzida pelo obstáculo que a tributação associada à realização das operações representa.

Contudo, FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA aponta duas conclusões importantes a este respeito ⁽⁵⁴⁾. Em primeiro lugar, uma vez concedidos os benefícios previstos no artigo 60.º do EBF por se encontrarem preenchidos os pressupostos necessários à sua atribuição, dificilmente poderá a AT vir a sustentar a ausência de “razões económicas válidas” para negar a neutralidade fiscal em sede do IRC, na medida em que os limites do campo de atribuição daquelas isenções (à semelhança do já revogado n.º 2 do artigo 75.º do CIRC) são bastante mais reduzidos do que os do RNF. A demonstração do “mais”, implica necessariamente a demonstração do “menos”.

Na mesma lógica, o facto de aquelas isenções não serem atribuídas no âmbito de uma determinada operação, não pode significar que a esta não subjazem “razões económicas válidas” na acepção da CIAA.

Assim, a íntima conexão revelada entre estes dois crivos, não só pelo facto de se inserirem em “regimes de favor” incidentes sobre as mesmas realidades, como pelo facto de comungarem da mesma finalidade máxima (evitar o abuso associado à realização das operações de reestruturação), não se nos afigura suficiente para sustentar uma identidade de critérios.

Na verdade, o crivo das *razões económicas válidas* reveste um carácter demonstrativo bastante próprio, na medida em que o exercício de demonstração da “validade” das razões económicas associadas às operações não depende da verificação de elementos objectivos exaustivamente predeterminados na lei, tais como os “*efeitos positivos em termos do reforço da competitividade das empresas ou da respectiva estrutura produtiva*”.

⁽⁵⁴⁾ FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, p. 92 e 93.

3.2.3. As REV do artigo 66.º, n.º 12 do CIRC

Vimos já que o legislador português recorre a determinados mecanismos de cariz económico, que de uma forma “moldada” aos regimes em que se inserem, visam afastar as operações que revistam um carácter abusivo, através de uma ponderação dos moldes e características das operações.

No entanto, é curiosa a forma como o legislador fiscal vem determinar o afastamento do regime desfavorável instituído pelo artigo 66.º do CIRC, ao fazer uso da expressão “razões económicas válidas”.

O artigo 66.º do CIRC consiste numa norma que usualmente se denomina por norma CFC (Controlled Foreign Companies), a qual vem desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades residentes em países com regime fiscal claramente mais favorável⁽⁵⁵⁾.

Trata-se de um regime que reveste um carácter totalmente anti-abusivo, que vem evitar a constituição de sociedades sem qualquer substância económica nos ditos “paraísos fiscais”, apenas para que outras sociedades com ela relacionadas, residentes em territórios com um regime normal de tributação, transfiram os seus lucros obtidos, para assim amenizar, ou mesmo afastar, a sua tributação⁽⁵⁶⁾.

Não sendo nossa pretensão dissertar acerca da validade e eficácia do regime do artigo 66.º do CIRC, apenas nos cingiremos ao estatuído no n.º 12, que vem afastar a aplicação deste regime desfavorável nos casos em que a *“entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado membro do espaço económico europeu, neste último caso desde que esse Estado membro esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma actividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços”* (sublinhado nosso).

⁽⁵⁵⁾ Alguns países, como é o caso de Espanha, referem-se a estas normas como normas de “transparência fiscal internacional”, no sentido em que o efeito jurídico que estas instituem é praticamente semelhante ao do regime da transparência fiscal, o qual se encontra previsto, no caso de Portugal, no artigo 6.º do Código do IRC.

⁽⁵⁶⁾ Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, *ob. cit.*, p. 585-586.

Em nossa opinião, o recurso à expressão “razões económicas válidas” é um pouco infeliz. Se a intenção do regime é evitar a transferência de lucros para sociedades “artificialmente” constituídas em países com regimes fiscais mais favoráveis, a verificação de existência das REV deve, coerentemente, cingir-se à demonstração de que a constituição e funcionamento daquelas sociedades subjaz uma verdadeira substância económica.

No limite, consideramos que apenas esta interpretação se conforma com as regras instituídas pelo Direito da União Europeia, caso contrário, esta norma consubstanciar-se-ia numa ingerência (desproporcional) à liberdade de estabelecimento instituída no seio da UE ⁽⁵⁷⁾.

Sublinhe-se, a este respeito, que o exercício objectivo levado a cabo pelo TJUE na aferição da validade das normas anti-abuso instituídas pelos EM impede o estabelecimento de normas internas que, ao restringirem ou discriminarem o exercício de uma determinada liberdade fundamental, não limitem a sua aplicação às realidades que consistam em meros “*artificial arrangements*” ⁽⁵⁸⁾.

Deste modo, a intenção do legislador ao exigir a demonstração de “razões económicas válidas” nos termos do n.º 12 do artigo 66.º do CIRC só pode ser interpretada no sentido de se demonstrar a existência de uma substância económica efectiva associada às ditas “*controlled foreign companies*”, *i.e.*, que estas prosseguem uma determinada actividade, que apresentam um determinado volume de negócios, que empregam trabalhadores, etc.

Por todo o exposto, não obstante o legislador ter feito uso da expressão “razões económicas válidas” em sede deste regime, consideramos que esta jamais deve ser interpretada em conformidade com o crivo das REV tal como previsto na cláusula anti-abuso objecto deste estudo.

⁽⁵⁷⁾ Para um maior aprofundamento sobre esta questão, *vide* a tese de mestrado de ALCÍDIO MATEUS FERREIRA, “As normas CFC no CIRC e a sua incompatibilidade com o Direito Comunitário – O novo artigo 66.º aprovado pela Lei do OE 2012”, Dezembro de 2011, Universidade Católica, p. 48-49.

⁽⁵⁸⁾ A respeito do conceito dos “*artificial arrangements*” ou expedientes puramente artificiais, *vide* JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *ob. cit.*, pp. 265 e ss., bem como os acórdãos *Cadbury-Schweppes* (Processo C-196/04, de 12/12/2006), *ICI* (Processo 264/96, de 16/07/1998), *Thin Cap Group Litigation* (Processo C-524/04, de 13/03/2007), entre outros.

3.3. O recorte jurisprudencial dado pelo TJUE à norma anti-abuso do art.º 15.º da Directiva Fusões e Aquisições

Tomando consciência da necessidade de uma aplicação harmonizada da norma anti-abuso do artigo 15.º da DFA, os órgãos jurisdicionais de diversos EM procederam já ao reenvio prejudicial de questões sobre a sua interpretação, de forma a alcançar uma compreensão unânime dos moldes concretos em que a norma deve ser interpretada e aplicada pelas autoridades fiscais.

A este respeito, se os EM não vislumbrassem a necessidade de uma interpretação única do conceito de abuso, desde cedo que o escopo da DFA seria frustrado. Conforme evidencia DENNIS WEBER, se aos EM fosse conferida uma margem discricionária na determinação do abuso em sede do RNF, certamente que os vários ordenamentos internos sustentariam diferentes interpretações do abuso, o que conduziria inevitavelmente a uma diferente implementação da DFA ⁽⁵⁹⁾. Como tal, uma operação que fosse considerada abusiva por um EM, poderia eventualmente não o ser para outro EM.

Com efeito, o papel do TJUE é absolutamente determinante no recorte desta norma anti-abuso, e em especial, na determinação do alcance da expressão *razões económicas válidas*.

3.3.1. As razões económicas válidas num contexto pré-Foggia

***i) O caso Leur-Bloem* ⁽⁶⁰⁾**

Em *Leur-Bloem*, o TJUE veio pela primeira vez pronunciar-se expressamente sobre o conceito das “razões económicas válidas”, permitindo que se desse um grande passo na desconstrução do seu sentido interpretativo. Paralelamente, o tribunal veio também tecer algumas considerações que se revelaram determinantes na forma como se desenrolaram os “capítulos seguintes” na concretização do combate ao abuso por parte dos EM no âmbito do regime estabelecido na DFA.

⁽⁵⁹⁾ DENNIS WEBER, “A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, EC Tax Review 1996-2, p. 64.

⁽⁶⁰⁾ Processo C-28/95, de 17 de Julho de 1997.

No que respeita à situação *sub judice*, a senhora A. Leur-Bloem era a directora e accionista única de duas sociedades de direito holandesas, que pretendia adquirir uma terceira sociedade também sediada na Holanda, mediante a entrega das acções que detinha nas duas primeiras sociedades, em troca das acções daquela. Tratava-se de uma operação de permuta de acções.

Ora, de acordo com a legislação holandesa, a fusão por permuta de acções apenas se verificava (para efeitos do regime da neutralidade fiscal) se fosse praticada “*a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico*” as empresas das sociedades intervenientes numa mesma entidade. Refira-se adicionalmente que estes requisitos eram exigidos nos mesmos moldes tanto para as operações internas como para as operações efectuadas com sociedades residentes noutros EM, não obstante não se encontrarem previstos na DFA.

Perante a situação descrita, as autoridades tributárias holandesas recusaram a concessão do benefício da neutralidade fiscal, sustentando que o facto de a Leur-Bloem continuar a ser a directora e accionista única daquelas sociedades após a realização da operação, embora indirectamente, não consubstanciava uma reunião duradoura de duas empresas de um ponto de vista financeiro e económico na acepção da lei holandesa.

Posteriormente, tendo a questão sido levada a juízo, o *Gerechthof* (órgão jurisdicional holandês) considerou ser necessário proceder ao reenvio prejudicial, tendo dirigido ao TJUE um conjunto de questões que se revelavam essenciais à resolução do pleito, entre as quais, algumas que se considera pertinente elencar para efeitos do nosso estudo:

- a) se competia àquele tribunal pronunciar-se sobre a interpretação de uma norma que, embora não fosse aplicável a uma situação directamente regida pela DFA, estabelecia uma solução legal idêntica à solução consagrada na Directiva ⁽⁶¹⁾;
- b) se o facto de uma pessoa singular ser a única accionista e directora das sociedades adquiridas antes e após a operação, bem como o facto de a operação não ter como finalidade reunir “*duradouramente, de um ponto de vista financeiro e económico*”

⁽⁶¹⁾ Na medida em que as sociedades intervenientes residiam todas no mesmo EM, tratava-se de uma situação puramente interna, o que determinava a não aplicação da Directiva. Não entanto, estabelecendo a lei interna uma solução legal idêntica às situações abrangidas pelo conteúdo da Directiva, a interpretação desta aproveitaria necessariamente à aplicação daquela lei interna.

as empresas das sociedades intervenientes numa mesma entidade, seria contrário à aceção de operação de permuta de acções constante da Directiva; e,

- c) se a compensação horizontal de prejuízos fiscais entre as sociedades intervenientes constituía uma razão económica válida para a realização da permuta de acções.

Face às questões colocadas, aquele tribunal veio esclarecer, em primeiro lugar, que se considera competente nos casos em que “(...) a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário (...)”⁽⁶²⁾.

Tal entendimento traz, de facto, uma grande segurança jurídica ao alargar o campo de actuação deste órgão interpretativo, permitindo o seu contributo efectivo na compreensão e aplicação do DUE, até porque os EM tendem a criar regimes únicos e indistintos para as operações, na medida do respeito pelas liberdades fundamentais estabelecidas⁽⁶³⁾.

Em segundo lugar, o TJUE vem dizer que os EM não podem, ao transpor o regime contido na DFA, restringir o seu âmbito legal de aplicação a determinadas operações com vista a evitar a realização de operações abusivas. Na verdade, tal possibilidade traduzir-se-ia no estabelecimento de um critério geral de exclusão, que inevitavelmente excluiria determinadas operações do regime que houvessem sido efectuadas sem qualquer intuito abusivo, apenas por não preencherem os pressupostos elegíveis nos termos das legislações internas.

Ora, o pressuposto contido na legislação holandesa da “finalidade de reunir duradouramente, de um ponto de vista financeiro e económico as empresas das sociedades intervenientes nas operações”, não respeitava o princípio da proporcionalidade, no sentido em que se tratava de uma medida que ia além do necessário para combater a evasão fiscal.

Com isto, o TJUE vem afirmar que a Directiva se aplica às operações elegíveis independentemente dos fundamentos para a sua realização, *i.e.*, quer os motivos “*sejam*

⁽⁶²⁾ Ac. *Leur-Bloem*, par. 32 e 33.

⁽⁶³⁾ Não fosse este o entendimento do TJUE, e quem sabe, decisões como a de *Modehuis* ou *Foggia*, tão relevantes para o nosso estudo, não tinham surgido, caso os respectivos tribunais dos EM não efectuassem o reenvio prejudicial por não considerarem aquele órgão competente, dado que as situações em causa nos referidos processos revestiam um carácter puramente interno. O contributo dado pelo TJUE foi decisivo na concretização do conceito das REV, sobretudo em *Foggia*, conforme evidenciaremos mais adiante.

financeiros, económicos, ou puramente fiscais”⁽⁶⁴⁾ a Directiva deverá ser aplicável. Assim, o meio adequado que os EM têm ao seu dispor para combater o abuso nesta sede é pelo estabelecimento de uma cláusula anti-abuso que possa ser interpretada em conformidade com a prevista no artigo 15.º da Directiva, que permita apenas afastar o regime nos casos de abuso após uma análise concreta e global da operação em causa⁽⁶⁵⁾.

Por fim, o TJUE veio finalmente dar nota da primeira grande conclusão a retirar sobre a interpretação do conceito das razões económicas válidas, determinando que uma operação que vise apenas a compensação horizontal de prejuízos fiscais, não pode constituir uma razão económica válida na acepção da al. a), n.º 1, do art. 11.º (actual 15.º).

Deste modo, é ponto assente que, à luz do escopo da Directiva e da letra da norma, “*o conceito de razões económicas válidas vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal*”.

Posto isto, o facto de uma operação apenas visar a obtenção de um benefício puramente fiscal, poderá ser indício de evasão fiscal, na medida em que não constitui uma razão económica válida na acepção do artigo 15.º da DFA.

Ora, sabemos já que o critério dos “*artificial arrangements*” proposto pelo TJUE em sede do direito primário é menos exigente que o critério das REV⁽⁶⁶⁾, na medida em que as motivações puramente fiscais não são impeditivas da realização dos direitos adquiridos pela instituição das liberdades fundamentais no seio da União.

Mas será que o TJUE, ao referir em *Leur-Bloem* que a mera intenção de obtenção de um benefício puramente fiscal não constitui uma razão económica válida, se refere a todo e qualquer benefício puramente fiscal? Isto é, *quid iuris* se a única intenção para a realização de uma operação for a obtenção de um benefício fiscal não previsto na DFA?

⁽⁶⁴⁾ Acórdão *Leur-Bloem*, par. 36.

⁽⁶⁵⁾ O TJUE vem confirmar este entendimento no acórdão *Kofoed*, proferido no âmbito do Processo C-321/05, de 5 de Julho de 2007, par. 48.

⁽⁶⁶⁾ Tal como já vimos, o critério dos “*artificial arrangements*” apenas vem questionar a existência de uma realidade económica associada às situações jurídicas.

ii) *O caso Modehuis-Zwijnenburg* ⁽⁶⁷⁾

O caso *Zwijnenburg* tem um papel importante no processo de compreensão da norma anti-abuso do actual artigo 15.º da DFA, em que o TJUE vem clarificar qual o campo de actuação da norma, nomeadamente, ao delinear os contornos do "*elemento-resultado*" que a norma contém em si.

Os factos que se encontram na base deste acórdão traduzem-se na intenção de realização de uma operação de fusão entre duas sociedades holandesas, através da qual se pretendia transmitir o estabelecimento comercial e o respectivo património de uma sociedade, a sociedade *Zwijnenburg*, para uma outra sociedade cuja única actividade era a gestão de bens imóveis, a *Zwijnenburg Beheer BV*, mediante a atribuição aos sócios da primeira, de acções desta última, em resultado do aumento de capital verificado em consequência da fusão. Neste contexto, sabia-se ainda que os sócios da sociedade incorporada, a *Zwijnenburg*, tencionavam posteriormente adquirir as restantes acções detidas pelos restantes sócios da *Z. Beheer BV*, de modo a deter a totalidade do capital daquela sociedade. "No fim do dia", teríamos os dois sócios da extinta *Zwijnenburg* a deter os negócios anteriormente desenvolvidos pelas duas sociedades, através da sociedade sobrevivente, a *Z. Beheer BV*.

Perante a descrição dos factos, é natural que surja a seguinte questão: "porque razão os sócios da *Zwijnenburg* não i) adquiriram logo à partida as acções da *Z. Beheer BV*, ou ii) adquiriram a totalidade dos seus activos, se a finalidade última era a detenção do negócio desta sociedade?"

Segundo consta do acórdão, a operação de fusão preenchia os pressupostos de isenção do "imposto sobre a transmissão de direitos" previsto na lei holandesa, o qual incidia sobre a transmissão de direitos sobre imóveis, ou sobre a transmissão de títulos participativos em sociedades cujo património fosse principalmente constituído por imóveis. Note-se que, a actividade principal da *Z. Beheer BV* era a gestão imobiliária, sendo o seu património essencialmente constituído por um imóvel.

Ora, não obstante a operação de fusão pretendida beneficiar "colateralmente" da neutralidade fiscal em sede de imposto empresarial (previsto na lei holandesa em conformidade

⁽⁶⁷⁾ Processo C-352/08, de 20 de Maio de 2010.

com o regime da DFA), a verdadeira intenção da operação era, na sua essência, o aproveitamento da isenção em sede do “imposto sobre a transmissão de direitos”.

Uma vez recusada a isenção de “imposto sobre a transmissão de direitos” por parte das autoridades holandesas e após uma série de recursos que conduziram à pronúncia da questão por parte do *Hoge Raad der Nederlanden* ⁽⁶⁸⁾, deu-se a suspensão da instância, tendo este tribunal dirigido ao TJUE a seguinte questão prejudicial: deve o artigo 15.º da DFA “*ser interpretado no sentido de que os benefícios nela previstos podem ser recusados ao sujeito passivo, no caso de um conjunto de operações ter por objectivo evitar a tributação em sede de um imposto diferente daqueles a que se referem os benefícios estabelecidos pela directiva*” ⁽⁶⁹⁾?

O TJUE vem dizer que não, argumentando no sentido em que ⁽⁷⁰⁾:

- a) a norma anti-abuso contida no actual artigo 15.º, enquanto norma excepcional, apenas pode ser interpretada tendo em conta a “[sua] *redacção, a finalidade e o contexto em que se insere*”;
- b) a norma anti-abuso através da referência às REV, limita-se às operações de fusão e restantes operações com ela conexas, e conseqüentemente, aos impostos que por estas operações são gerados;
- c) o regime contido na DFA não pressupõe uma “*harmonização completa dos impostos e taxas passíveis de serem cobrados por ocasião*” das referidas operações;
- d) na medida em que apenas os impostos ali expressamente previstos podem beneficiar da neutralidade fiscal, apenas estes são passíveis de cair no âmbito da excepção prevista na norma anti-abuso.

Neste sentido, é ponto assente que a exigência das REV se cinge à realização das operações de reestruturação tal como previstas na Directiva, precisamente em sede dos impostos sobre o rendimento empresarial.

Apesar de o TJUE ser bastante claro no raciocínio apresentado, não podemos deixar de salientar algumas conclusões que daí advêm.

⁽⁶⁸⁾ Tribunal Supremo dos Países Baixos.

⁽⁶⁹⁾ Ac. *Zwijnenburg*, par. 28.

⁽⁷⁰⁾ Ac. *Zwijnenburg*, par. 46-50.

Ora, partindo da evidência que o principal motivo para a realização da operação no âmbito deste processo era puramente fiscal (a isenção em sede de imposto sobre transmissão de direitos), ainda assim não se pode sustentar que a mesma não teve na sua base razões económicas válidas na acepção da norma anti-abuso da directiva, apenas porque não se verificou preenchido o *elemento-resultado* contido na norma, *i.e.*, porque o objectivo não era a evasão fiscal em sede da tributação dos lucros ou das mais-valias decorrentes da operação, mas o afastamento da tributação em sede de um outro imposto.

Este acórdão vem assim desconsiderar qualquer delimitação do conceito de “razões económicas válidas” assente em critérios puramente objectivos.

No limite, não se trata de saber se determinada operação assenta em pressupostos económicos válidos à luz de um juízo de “prognose póstuma” que vise uma valoração da eficiência das operações e da qual dependa a aplicação do RNF, tal como parece ser sustentado pela jurisprudência em Portugal. Trata-se, tão só, de averiguar se o sujeito passivo apenas tenciona beneficiar do regime contido na Directiva, recorrendo-se, para esse efeito, ao carácter das operações realizadas.

Assim, a dissecação do conceito das REV não deve ser descontextualizada de toda a envolvência em que este se insere, *i.e.*, o critério deve ser analisado à luz da finalidade máxima que o motiva, que o justifica e que o delimita: o afastamento da vantagem da neutralidade fiscal nos casos de evasão fiscal. Por outras palavras, as razões económicas não serão válidas por si só, mas apenas se estiverem em conformidade com o contexto e finalidade prosseguida pelo regime contido na DFA.

3.3.2. O acórdão *Foggia* ⁽⁷¹⁾

O acórdão *Foggia* caracteriza-se essencialmente por ser o contributo mais decisivo dado pelo TJUE, até ao presente momento, na delimitação do alcance do conceito das REV. Contudo, o TJUE apresenta alguns argumentos que, recorrendo a uma expressão da gíria popular, têm

⁽⁷¹⁾ Processo C-352/08, de 20 de Maio de 2010.

“pés de barro”, pois assentam numa base pouco sólida, vindo conduzir inevitavelmente à colocação de novas dúvidas acerca do núcleo essencial deste conceito.

i) A situação sub judice

A sociedade *Foggia* era uma sociedade portuguesa SGPS que incorporou, pela realização de uma operação de fusão ao abrigo do RNF, três sociedades SGPS pertencentes ao mesmo grupo.

Posteriormente, tendo em vista a dedução dos prejuízos fiscais ainda não utilizados pelas três sociedades incorporadas, a *Foggia* dirigiu ao Ministro das Finanças um pedido de autorização nesse sentido, tal como exigia o n.º 1 do artigo 69.º à data dos factos ⁽⁷²⁾.

O SEAF diferiu o pedido em relação a duas das três sociedades, tendo recusado a dedutibilidade dos prejuízos fiscais gerados pela sociedade Riguadiana SGPS.

Ao recusar a dedutibilidade, o SEAF apresentou 4 argumentos essencialmente assentes no facto de aquela sociedade:

- a) não obstante ser uma SGPS, já não deter uma carteira de participações;
- b) não ter praticamente obtido rendimentos da sua actividade nos últimos anos, tendo apenas investido em títulos;
- c) apresentar uma menos-valia fiscal de aproximadamente 2 milhões de euros, sem se entender bem a sua origem; e,
- d) não representar um interesse económico para a *Foggia*, não obstante a sua eliminação se traduzir num efeito positivo para o grupo em termos de redução de custos administrativos e de gestão.

Em 2005, a *Foggia* intentou acção administrativa especial no TCAS, a qual foi julgada improcedente, tendo a sociedade recorrido em 2008 ao STA, que considerou necessário o reenvio prejudicial para o correcto julgamento da causa.

⁽⁷²⁾ Corresponde ao já referido artigo 75.º do CIRC, o qual veio a ser revogado pela Lei 2/2014 de 16 de Janeiro.

Perante as duas questões colocadas pelo STA, o TJUE considerou que estas deviam ser analisadas conjuntamente. Assim, considerando a reformulação dada no parágrafo 30 do acórdão, o STA veio questionar, essencialmente, se o efeito positivo em termos de estrutura de custos de um grupo, gerado por uma operação de fusão entre duas sociedades desse mesmo grupo, pode ser considerado como uma “razão económica válida” na acepção do artigo 11.º, n.º1, alínea a) da DFA (actual artigo 15.º), “*ainda que a sociedade incorporada não exerça nenhuma actividade, não detenha nenhuma participação financeira e se limite a transmitir prejuízos de montante elevado para a sociedade incorporante*”.

ii) *Algumas considerações prévias*

Antes de procedermos à análise dos contornos da resposta dada pelo TJUE em *Foggia*, devemos ter em conta alguns elementos prévios indicadores do clima que pairava sobre o paradigma do núcleo das REV até àquele momento, de forma a compreendermos melhor as implicações trazidas pelo exercício interpretativo levado a cabo pelo TJUE.

Tal como vimos anteriormente, a jurisprudência portuguesa escudou-se nos últimos tempos da dissecação do conceito das REV com base no argumento da “discricionariedade técnica” que assiste à AT na sua actuação, o que sustentaria a não sindicabilidade judicial deste conceito. Naturalmente, é precisamente este argumento que vem também a ser apresentado em sede do conhecido caso *Europeia* ⁽⁷³⁾. Contudo, o que se revela verdadeiramente intrigante é o desalinhamento entre a argumentação sustentada pela AT neste caso, por um lado, e em *Foggia*, por outro.

A AT vem argumentar em *Europeia* que a recusa à transmissibilidade dos prejuízos fiscais no âmbito da operação de entrada de activos na qual se consubstanciava a situação *sub judice* justificava-se pela ausência de razões económicas válidas associada àquela operação, na medida em que não se verificava um interesse económico efectivo na perspectiva dos sócios, já que estes procederam à subsequente alienação das participações que lhes haviam sido atribuídas em resultado da operação.

⁽⁷³⁾ Ac. do STA proferido no âmbito do Processo 01003/05, de 12/07/2006. Para maior detalhe sobre o caso *Europeia*, veja-se igualmente FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *ob. cit.*, p. 95 e ss.

Ora, se atentarmos ao caso *Foggia*, um dos argumentos que o SEAF vem apresentar ao recusar a dedutibilidade dos prejuízos fiscais da Riguardina é o facto de a integração desta sociedade, face às circunstâncias concretas, não representar um efectivo interesse económico para a sociedade *Foggia*.

No fundo, imperava a necessidade de se compreender se a expressão “reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que nelas participam” contida na CIAA limitava o alcance das REV às sociedades intervenientes nas operações, ou se, por outro lado, abrangia todo o grupo económico em que aquelas se inseriam.

Com efeito, não podemos deixar de notar o grande contributo dado pelo advogado e investigador BRUNO DA SILVA, no “limbo temporal” situado entre o reenvio prejudicial efectuado pelo STA e a construção do acórdão pelo TJUE ⁽⁷⁴⁾.

Na verdade, ao proceder a uma antevisão que se revelou bastante assertiva sobre a forma como o TJUE viria a encarar a questão *Foggia*, este autor evidencia desde logo o perigo que se encontra associado a uma análise das REV assente no confronto: sociedades intervenientes vs. estrutura geral do grupo.

Por um lado, a letra da norma faz referência às sociedades intervenientes nas operações, e nesse sentido, poderia ser de sustentar que as REV exigem um efectivo interesse económico por parte das sociedades adquirentes. Uma vez que estamos perante um conceito indeterminado, a referência à reestruturação e racionalização das actividades das sociedades intervenientes viria assim concretizar o alcance efectivo das REV.

Por outro lado, não podemos ser indiferentes ao próprio escopo da DFA, nomeadamente, quanto ao que dispõe o 2.º considerando ⁽⁷⁵⁾. Tal como realça aquele autor, o artigo 15.º da Directiva, ao consistir numa excepção ao RNF, deve ser interpretado num sentido restrito ⁽⁷⁶⁾,

⁽⁷⁴⁾ BRUNO DA SILVA, “*Foggia. Merger Directive. Meaning of the expression “valid commercial reasons” in the abuse provision. Supremo Tribunal Administrativo (comments by da Silva)*”, publicação no jornal “Highlights & Insights on European Taxation”, 2010/9.8.

⁽⁷⁵⁾ “*As fusões, as cisões, as cisões parciais, as entradas de activos e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo o bom funcionamento daquele mercado interno (...); [i]mporta, por conseguinte, prever, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado interno, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.*”

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido, vide o já analisado acórdão *Zwijnenburg*, par. 46.

i.e., sendo uma excepção à regra, deverá ter como ponto de partida a própria regra que excepçiona.

“In other words, if the aim of the Directive is determined at the group level it should probably be no reason to trigger the application of an exception to such Directive following a different approach” ⁽⁷⁷⁾.

Posto isto, outra questão que se poderia colocar era a de saber até que ponto um facto superveniente à realização de uma determinada operação poderia vir indiciar a ausência de REV das operações já realizadas ⁽⁷⁸⁾.

Em nosso entender, o TJUE vem, em *Foggia*, potenciar uma resposta a estas questões, levantando outras.

iii) A argumentação apresentada pelo TJUE e a nova problemática das REV

O TJUE começa por confirmar o que já havia dito anteriormente, nomeadamente, (i) que se considera competente, não obstante a situação em causa não ser regulada, quer directa, quer indirectamente, pelo conteúdo da DFA ⁽⁷⁹⁾; (ii) que as razões que levam à realização das operações apenas relevam para efeitos da aplicação da norma excepcional contida no art.º 11.º (actual 15.º), n.º 1, al. a); bem como (iii) que as REV vão além da mera intenção de obter um benefício puramente fiscal ⁽⁸⁰⁾.

O primeiro indício da tese propugnada em *Foggia* parece-nos resultar da afirmação de que as razões puramente fiscais podem co-existir com as demais razões económicas, desde que aquelas não sejam preponderantes. No fundo, o tribunal já o havia dito, embora não de um modo tão claro.

Consequentemente, o TJUE esclarece que os elementos apresentados em *Foggia* pela AT – o facto de a Riguardiana não deter uma carteira de participações, de não ter praticamente obtido

⁽⁷⁷⁾ BRUNO DA SILVA, *ob.cit.*, *cit.* (artigo não paginado).

⁽⁷⁸⁾ O que se verifica, nomeadamente, em *Europeia*, tendo a AT voltado atrás na sua posição de permissão da dedutibilidade dos prejuízos fiscais após constatar que as participações atribuídas em resultado da operação haviam sido alienadas.

⁽⁷⁹⁾ Argumento apresentado pelo governo português, ao considerar o TJUE incompetente.

⁽⁸⁰⁾ Tal como havia sido afirmado já em *Leur-Bloem*.

rendimentos da sua actividade e a intenção da sociedade *Foggia* em deduzir os prejuízos fiscais daquela – não podem ser considerados decisivos enquanto tal, ao ponto de indiciarem a existência de uma prática abusiva. Adicionalmente, este sublinha que a mera intenção de dedução de prejuízos fiscais em resultado das operações não pode consubstanciar um indício de evasão fiscal na medida em que tal possibilidade se encontra prevista no artigo 6.º da Directiva.

Neste contexto, o tribunal vem apresentar um argumento digno de destaque, e que, a nosso ver, vem estabelecer um novo paradigma na delimitação das “razões económicas válidas”. É que o facto de os prejuízos fiscais serem muito elevados e de não se entender plenamente aquilo que os originou, pode já ser suficiente para o indício de que a operação realizada em *Foggia* teve como único objectivo a obtenção de um benefício puramente fiscal.

Com efeito, o facto de a operação realizada permitir a obtenção de uma vantagem de redução de custos administrativos e de gestão da estrutura do grupo – o que à partida seria considerado como uma razão económica válida – não será suficiente para afastar o eventual estabelecimento da presunção de abuso, uma vez que, “*atendendo à dimensão do benefício fiscal esperado, isto é, mais de 2 milhões de euros, a economia feita pelo grupo em causa, em termos de estrutura de custos, é perfeitamente marginal*”⁽⁸¹⁾.”

Neste sentido, o TJUE vem confirmar, em primeiro lugar, que a aferição das razões económicas válidas assenta, em última análise, num critério de comparabilidade. Deste modo, o carácter económico de cada uma das razões tendentes à realização das operações é posto de parte, na medida em que a sua aferição é, por si só, insuficiente para o afastamento da eventual presunção de abuso. Antes, parece-nos ser o juízo sobre a “convivência” entre todas as razões que levam à realização das operações (incluindo as de índole fiscal) que se revela determinante na atribuição do “carimbo” da validade⁽⁸²⁾.

Em segundo lugar, o juízo de comparabilidade proposto pelo tribunal concretiza-se por um mecanismo de balanceamento das razões que levam à realização das operações, de modo a determinar se aquelas que se revelam preponderantes são de natureza fiscal.

⁽⁸¹⁾ Ac. *Foggia*, par. 47.

⁽⁸²⁾ O TJUE já o veio dizer, de certa forma, em *Leur-Bloem*, ao proibir os critérios gerais predeterminados e exigindo que as autoridades nacionais competentes procedam a uma análise global das operações.

Tal como anteviu BRUNO DA SILVA ⁽⁸³⁾, o TJUE seguiu uma abordagem que se encontra alinhada com o *commercial purpose test* já sugerido por DENNIS WEBER em 1996 ⁽⁸⁴⁾.

Segundo esta abordagem, não cabe determinar a existência de um interesse económico efectivo por parte das sociedades intervenientes, ou dos efeitos positivos na estrutura do grupo, ou da verificação de qualquer outra circunstância assente nos moldes económicos caracterizadores da operação, para assim determinar a existência de REV. Ao invés, trata-se pura e simplesmente de encarar o critério das *razões económicas válidas* como um meio instrumental apto à determinação da conformidade das razões subjacentes às operações com o escopo e teor da DFA.

Assim, o foco na determinação do abuso para efeitos da DFA deverá centrar-se na verificação da conformidade daquelas razões, numa perspectiva “desprendida” da letra da norma anti-abuso do artigo 15.º, nomeadamente, da expressão “*reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação*” ⁽⁸⁵⁾.

Contudo, parece-nos que o modo como o TJUE elabora este exercício de balanceamento acolhe uma insegurança jurídica que cada vez mais se perpetua. Se atendermos ao caso em apreço, sabemos que a hipótese de evasão fiscal não se encontra excluída pelo facto de a sociedade incorporada deter uma quantidade considerável – mais de 2 milhões de Euros – de prejuízos fiscais dedutíveis, não obstante a vantagem “marginal” que a redução de custos administrativos representa. Mas *quid iuris* se os prejuízos fiscais se reduzissem a um terço daquele valor? E a um décimo? Será que para se sustentar a existência de REV a redução de custos administrativos e de gestão estimada teria necessariamente que ser superior à vantagem inerente à dedução daqueles prejuízos? Ou, por outro lado, poderia a vantagem fiscal ser superior, desde que não fosse “consideravelmente” superior?

Parece-nos que, ao atribuir preponderância à intenção de dedução dos prejuízos fiscais pelo facto de estes se revelarem de um “elevado” montante, o TJUE veio dar espaço à colocação

⁽⁸³⁾ Sugerindo que o modo mais adequado de o TJUE encarar a questão *Foggia* seria o de prosseguir a um exercício de balanceamento capaz de determinar quão relevantes devem ser as razões comerciais para que a Directiva seja de aplicar, *vide* BRUNO DA SILVA, *ob. cit.*

⁽⁸⁴⁾ *Vide* DENNIS WEBER, *ob. cit.*, p. 65.

⁽⁸⁵⁾ Conforme refere o autor, “(...) *the motive of the transaction (for example, commercial reasons) and the question whether the transaction is in accordance with the purpose and tenor of the Directive or not, seem to correspond*”. DENNIS WEBER, *ob. cit.*, *cit.*, p. 65.

destas questões. Por outras palavras, a questão de saber o exacto limite a partir do qual as razões de índole fiscal determinam a ausência de razões económicas válidas encontra-se por responder.

Posto isto, o TJUE vem ainda afirmar que a redução de custos administrativos e de gestão não pode ser considerada relevante para efeitos do juízo de balanceamento com as razões de índole fiscal, na medida em que é inerente à realização de qualquer operação de reestruturação; caso contrário, a norma anti-abuso ficaria desprovida de sentido, por nunca ser de aplicar.

Mas será que a redução de custos de administração é transversal a todas as operações de reestruturação? Devemos assumir, numa lógica interpretativa coerente, que todas as razões económicas que sejam inerentes à realização de qualquer operação de reestruturação devem ser desconsideradas, na medida em que não se revelam capazes de indiciar a existência de evasão fiscal?

Na verdade, este argumento revela-se nos *contra natura*, na medida em que recorre a um critério geral e predeterminado que desconsidera inevitavelmente todas as operações que, não obstante comportarem vantagens fiscais expressivas (como o aproveitamento dos prejuízos fiscais ou o próprio benefício da neutralidade fiscal), sejam essencialmente motivadas por razões de economia administrativa.

Finalmente, ainda que restassem dúvidas sobre a sindicabilidade judicial do conceito das REV, o TJUE vem mais uma vez confirmá-lo, ao referir que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se os elementos indiciadores de evasão fiscal enunciados ao longo do acórdão se encontram preenchidos ⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾. De facto, a não sindicabilidade propugnada pela jurisprudência portuguesa ao longo dos últimos anos era desprovida de qualquer sentido.

Face a todo o exposto, o contributo dado pelo TJUE no âmbito do acórdão *Foggia* simboliza um passo muito significativo no recorte da norma anti-abuso contida na DFA, em que o núcleo da questão passa a estar centrado no teste da conformidade das razões associadas às operações com o escopo e teor da DFA, ao invés de se centrar numa busca incessante dos elementos factuais aptos ao preenchimento hipotético de um conceito indeterminado, ao que se

⁽⁸⁶⁾ O que já havia sido confirmado em *Leur-Bloem*, par. 41.

⁽⁸⁷⁾ Acórdão *Foggia*, par. 51.

associa um grande risco de descontextualização da envolvência em que o mesmo se encontra inserido.

Por outras palavras, o cerne da questão que envolve a aplicação da norma anti-abuso do regime da neutralidade fiscal já não se centra na delimitação do significado do conceito de *razões económicas válidas*, mas tão-só, na aferição do limite exacto a partir do qual a intenção do contribuinte ultrapassa o contexto e escopo da Directiva Fusões e Aquisições.

4. CONCLUSÕES

1. A limitação da previsão da norma anti-abuso ao RNF decorrente da DFA, tal como acontecia em Portugal até 1998, resultava numa ingerência ao DUE, por restringir o acesso de sociedades residentes noutros EM ao mercado nacional. Com efeito, o estabelecimento de um regime neutral unificado revela-se mais adequado face aos objectivos prosseguidos no contexto de um mercado único.

2. A ausência de previsão de um mecanismo próprio de aplicação da CIAA, cuja natureza é bastante próxima à de uma cláusula geral, bem como a discricionariedade técnica que caracteriza a actuação da AT ao aplicá-la, revelam-se suficientes para sustentar a vinculação da AT ao disposto no art.º 63.º do CPPT, não obstante a letra desta norma se referir apenas à CGAA, sob pena de frustração do princípio da segurança jurídica.

3. A posição assumida actualmente pelo legislador português no combate ao abuso em sede do RNF considera-se mais alinhada com o teor da DFA, pois a recente eliminação do requisito anti-abusivo associado à manutenção dos prejuízos fiscais – o qual não decorria da DFA – veio permitir uma aplicação mais harmonizada do DUE, na medida em que tal requisito retirava efeito útil à própria CIAA, criando assim distorções na mecânica do combate às operações abusivas.

4. Por outro lado, não se considerando distorcivo o elemento da CIAA que impõe que a *totalidade dos rendimentos das sociedades intervenientes nas operações se encontre sujeita ao mesmo regime de tributação em IRC*, o mesmo revela-se inútil, uma vez que a própria DFA restringe a sua aplicação às sociedades sujeitas e não isentas dos impostos sobre o rendimento previstos no seu Anexo I, Parte B. No limite, a eventual eliminação desta expressão do texto

normativo favoreceria certamente uma leitura harmonizada e coerente da norma anti-abuso do RNF ao nível da UE.

5. A expressão *razões económicas válidas* traduz-se num conceito de DUE que se encontra inserido num instrumento de direito derivado, e como tal, é notório que a sua correcta interpretação leve a uma leitura adequada do conteúdo e escopo da própria DFA, por um lado, e à efectiva prossecução dos ideais do mercado único, por outro, pelo que não merece o nosso acolhimento a negação da possibilidade de sindicância judicial sobre o exercício “técnico-discrecionário” levado a cabo pela AT na aferição da validade das razões subjacentes às operações.

6. Da presença da norma anti-abuso do art.º 15.º na DFA não pode resultar o entendimento que sustente uma concepção de abuso transversal e uniforme no seio da UE (no que respeita ao RNF), pois a edificação da tributação directa encontra-se ainda na esfera soberana dos EM, o que significa que existem diferenças entre as legislações (não obstante o processo de harmonização) e, naturalmente, diferentes possibilidades de abuso. Deste modo, uma concepção de abuso uniforme e fechada entraria em colapso com as legislações de alguns EM, levando a que, no limite, uma determinada operação pudesse ser considerada como abusiva à luz de determinadas legislações, mas não ao abrigo de outras. Por outro lado, o RNF é um regime que se encontra harmonizado no seio da UE, pelo que também não seria sustentável que os EM pudessem acolher discricionariamente as suas próprias interpretações da noção de abuso.

7. Deste modo, parece-nos que existe uma noção de abuso semi-transversal no seio da UE, a qual assenta no núcleo essencial do próprio RNF, mas que escapa às especificidades das legislações internas. Aqui reside a importância do papel interpretativo do TJUE, pois é este organismo que vem fornecer os critérios base com os quais as operações se devem conformar e vem desvendar as fronteiras gerais a partir das quais se verifica a existência de abuso, cabendo às autoridades competentes dos EM – tendo como ponto de partida os elementos fornecidos pelo TJUE – efectuar o juízo da adequação das operações com as respectivas legislações internas, ao abrigo de uma discricionabilidade relativa que se desenvolve dentro dos limites estabelecidos por aquele tribunal.

8. Através do contributo dado pelo TJUE na delimitação geral do conceito de abuso em sede do RNF, sabemos que (i) o único meio que os EM têm disponível para fazer face às

operações abusivas no âmbito do RNF resume-se à possibilidade de estabelecimento a nível interno de uma cláusula anti-abuso com carácter semelhante à do art.º 15.º da DFA, *i.e.*, uma cláusula sem carácter geral e automático; (ii) o facto de uma operação se realizar com o mero intuito de obtenção de uma vantagem fiscal em sede de um imposto não previsto na DFA não significa que a mesma não se realize por *razões económicas válidas*, pelo que apenas é passível de “cair na teia” da cláusula intermédia anti-abuso a evasão fiscal em sede do IRC; que (iii) a coexistência de razões de índole puramente fiscal e razões não fiscais no âmbito de uma determinada operação é apenas susceptível de indiciar a evasão fiscal se as razões fiscais se revelarem preponderantes.

9. O contributo dado pelo TJUE em *Foggia* revelou-se ser o mais determinante na compreensão do conceito indeterminado das REV, tendo o tribunal proposto um critério abstracto assente na comparabilidade das razões subjacentes às operações. No entanto, este exercício de balanceamento revela-se pouco seguro e criador de uma certa instabilidade jurídica, resumindo-se a um exercício pouco metódico e incapaz de demonstrar as circunstâncias exactas em que uma determinada razão economicamente válida pode conviver com eventuais razões fiscais sem assim determinar a presunção de evasão fiscal.

10. O argumento apresentado pelo TJUE da não-aceitação (para efeitos do teste do balanceamento) das razões tendentes à redução de custos administrativos e de gestão, pelo facto de serem inerentes a toda e qualquer operação, denuncia a fragilidade do exercício interpretativo construído ao longo do acórdão *Foggia*, vindo surgir quase como um “remendo” aos inconvenientes decorrentes da tese do balanceamento.

11. Não obstante a fragilidade do teste do balanceamento, o mesmo encontra-se alinhado com o *commercial purpose test*, o que vem confirmar o carácter essencialmente instrumental da norma anti-abuso. Assim, estamos perante um caso de evasão fiscal, nomeadamente, pela ausência de *razões económicas válidas*, apenas quando os motivos das operações não estão em conformidade com o escopo e teor da DFA.

12. O teste da conformidade das REV com o escopo e teor da DFA representa a maior conquista em matéria de abuso no âmbito do RNF. Nesta medida, trata-se de um porto seguro na descoberta das soluções adequadas e de novas possibilidades sem, no entanto, se perder de vista a essencialidade da questão. Por esta via é nos possível concluir (salvo opinião em

contrário), a título de exemplo, que não se encontra afastada a possibilidade das autoridades competentes dos EM virem a negar posteriormente a neutralidade fiscal por força da ocorrência de factos supervenientes às operações realizadas, desde que tais factos (i) revistam um nexo directo com as operações e (ii) indiciem uma intenção abusiva com referência ao momento da sua realização, caso contrário, estar-se-ia a ir além da mera verificação da conformidade das operações com o escopo e teor da DFA. Por força do *commercial purpose test*, somos levados a crer que argumentos semelhantes aos apresentados pela AT em *Europeia* para negar a neutralidade da operação (a falta de interesse económico dos sócios apenas pelo facto de alienarem posteriormente as participações atribuídas) não parecem ser de aceitar.

13. A referência à expressão “*reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação*” não só não esgota a hipótese factual do conceito das *razões económicas válidas*, como é redutora do seu alcance, vindo apenas limitar o campo de visão do intérprete, pelo que a sua inserção no texto da norma anti-abuso não se considera benéfica. Se a DFA assenta, em última análise, no propósito de integração económica das empresas no contexto de um mercado interno, uma visão da norma anti-abuso limitada às sociedades intervenientes nas operações é redutora do conteúdo global da directiva, o qual não se alheia da realidade económica caracterizadora das empresas dos dias que correm, nomeadamente, da recorrente estrutura organizativa complexa do tecido empresarial.

14. A problemática da norma anti-abuso do regime da neutralidade fiscal já não se centra na incerteza quanto ao significado do conceito de *razões económicas válidas* mas na aferição do limite exacto a partir do qual as razões de índole fiscal ultrapassam o contexto e escopo da DFA, questão que se encontra ainda por responder pelo TJUE.

15. No entanto, a incapacidade do TJUE em fornecer uma resposta exacta é compreensível, pois é precisamente por ser inconcebível uma noção uniforme de abuso entre os EM que as ineficiências associadas à construção interpretativa da norma anti-abuso subsistem. As circunstâncias não permitem que o tribunal apresente uma interpretação fechada e taxativa, pois isso limitaria a margem de discricionariedade concedida aos EM no combate ao abuso das operações realizadas ao abrigo das suas legislações internas. No fundo, não obstante o TJUE poder escolher caminhos mais ou menos adequados na interpretação do DUE, este

encontra-se não só limitado pela própria norma que interpreta, como pelo contexto da situação objecto regulada pela norma.

16. Não podemos deixar de considerar que a norma anti-abuso do regime da neutralidade fiscal, tal como se encontra estabelecida na DFA, é eficaz na prossecução da sua finalidade anti-abusiva; contudo, está longe de ser a norma ideal. Na verdade, enquanto a matéria de tributação directa se situar na esfera soberana dos EM, a norma anti-abuso terá que revestir o carácter tendencialmente híbrido que a caracteriza, na medida da garantia de uma aplicação harmonizada do DUE. Ainda assim, somos a aceitar que, por vezes, o carácter indeterminado do conceito das *razões económicas válidas* possa levar ao afastamento de uma aplicação coerente e uniforme da directiva. Cabe ao TJUE manter o equilíbrio interpretativo da norma no paradigma do percurso da integração económica europeia.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMENDRAL, Violeta Ruiz, “¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, nos 320 e 330, 2010

AMARAL, Diogo Freitas do, “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, Almedina, 8.^a ed., 2001

BARROS, Victor, Tese de mestrado - “Impacto da fiscalidade nas decisões de fusões e aquisições em Portugal”, Junho de 2011, Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Economia e Gestão

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

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

FERREIRA, Alcídio Mateus, Tese de Mestrado - *As normas CFC no CIRC e a sua incompatibilidade com o Direito Comunitário – O novo artigo 66.º aprovado pela Lei do OE 2012*, Dezembro de 2011, Universidade Católica

FREITAS, Iara, Tese de mestrado - “A Cláusula Geral Anti-Abuso como meio de combate ao planeamento fiscal ilegítimo: pressupostos e condições de aplicação da CGAA no Direito Fiscal Português”, Agosto de 2012, Universidade Católica

GARCIA, Nuno de Oliveira, “Prejuízos, menos e mais-valias”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 29, 2007

LOBO, Carlos Batista, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural?”, *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.ºs 26 e 27, 2006

MARQUEZ, Patricia, “La Reversión de la carga de la prueba para justificar los motivos económicos válidos en las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 357, 2012

NABAIS, José Casalta, “Direito Fiscal”, Almedina, 3.ª Ed., 2005

NOGUEIRA, João Félix Pinto, “Abuso de direito em fiscalidade directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009

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

PEREIRA, Manuel Freitas, “Fiscalidade”, 2.ª Ed., Almedina, 2007

PEREIRA, Manuel Freitas, “Consequências fiscais ao nível nacional e internacional das cisões e operações similares”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 375

PIRES, Manuel, “Direito Fiscal”, 4.ª ed., Almedina, 2010

QUADROS, Fausto de, “Direito da União Europeia”, Almedina, 3.ª ed., 2013

SANCHES, J.L. Saldanha, “Fusão Inversa e Neutralidade (Da Administração) Fiscal”, *Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 34, 2008

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

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

TORRES, Manuel Anselmo, “Transmissibilidade dos prejuízos fiscais”, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009

VENTURA, Raúl, “Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais”, 1.^a ed., Almedina, 1990

WEBER, Dennis, “A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, *EC Tax Review* 1996-2

XAVIER, Cecília, “A Proibição da Aplicação Analógica de Lei Fiscal no Âmbito do Estado Social de Direito”, Almedina, 2006