



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **O Reporte de Prejuízos Fiscais**

**Em especial, o reporte na fusão de empresas**

Tânia Gregório Marques

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2018



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **O Reporte de Prejuízos Fiscais**

**Em especial, o reporte na fusão de empresas**

Tânia Gregório Marques

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Tomás  
Tavares Cantista

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2018

À minha família.

## **Resumo**

A presente dissertação tem por escopo a análise do regime de transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito de operações de fusão. Será então relevante definir, antes de mais, o conceito e a mecânica por detrás do mecanismo de reporte de prejuízos fiscais. Seguidamente, debruçar-nos-emos sobre as operações de reestruturação propriamente ditas, começando por analisar o regime de neutralidade fiscal e os efeitos da sua aplicação. Isto posto, dedicaremos a nossa atenção à análise da própria operação de fusão, bem como aos efeitos e limites da transmissibilidade de prejuízos no decurso da mesma. Reservamos o último capítulo para, sumariamente, abordar as medidas anti abuso previstas pela legislação portuguesa e comunitária no âmbito desta matéria, sendo que operações de reestruturação e a fraude fiscal sempre estarão, intrinsecamente, correlacionadas.

**Palavras-chave:** prejuízos fiscais, operações de reestruturação, neutralidade fiscal, fusão, abuso

## **Abstract**

The present essay is focused on the scheme analysis of tax losses transferability within merger operations. First, it is relevant to define the concept and the mechanics behind the reporting of tax losses. Following, we'll dwell on restructuring operations themselves, starting with analyzing the tax neutrality regime and the effects of its application. This being said, we'll dedicate our attention to the merger operation, as well as to the effects and limitations of the tax losses reporting within the course of this operations. We've reserved the last chapter to briefly approach anti-abuse measures as laid down in the Portuguese and Community law, given that restructuring operations and tax fraud will always be, internally, linked.

**Keywords:** tax losses, restructuring operations, tax neutrality, merger, abuse

## **ABREVIATURAS**

**Ac.** – Acórdão

**AT** – Autoridade Tributária

**CAAD** – Centro de Arbitragem Administrativa

**CEE** – Comunidade Económica Europeia

**CIRC** – Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**CSC** – Código das Sociedades Comerciais

**EBF** – Estatuto dos Benefícios Fiscais

**EE** – Estabelecimento Estável

**EM** – Estado Membro

**IRC** – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

**LGT** – Lei Geral Tributária

**OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

**PME** – Pequena e Média Empresa

**SEAF** – Secretário de Estado dos Assuntos fiscais

**STA** – Supremo Tribunal Administrativo

**TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia

**UE** – União Europeia

**STA** – Supremo Tribunal Administrativo

**TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia

**UE** – União Europeia

# Índice

1. Introdução.....	1
2. Reflexões introdutórias.....	3
2.1 O imposto sobre as pessoas coletivas.....	3
2.2 A periodização do rendimento e o princípio da solidariedade.....	4
2.3 Prejuízos fiscais.....	5
2.3.1 A mecânica do reporte de prejuízos fiscais.....	6
2.3.1.1 Evolução do regime.....	7
2.3.1.2 Caracterização do sistema atual.....	8
3. As operações de reestruturação empresarial.....	11
3.1 Enquadramento.....	11
3.2 Conceito.....	11
3.3 Neutralidade fiscal.....	12
3.3.1 O regime de neutralidade fiscal português.....	15
3.3.1.1 O primeiro regime do CIRC.....	15
3.3.1.2 A evolução do regime e a transposição da Diretiva Fusões.....	15
4. A fusão.....	18
4.1 Modalidades de fusão.....	19
4.2 Motivações.....	20
5. A transmissão de prejuízos fiscais na fusão de empresas.....	22
5.1 Enquadramento.....	22
5.2. O reporte.....	22
5.2.1 Limites à transmissibilidade.....	23
5.3. O paralelismo com os benefícios fiscais.....	25
5.3.1 Aproveitamento de benefícios fiscais.....	26
6. O abuso.....	27
6.1 A cláusula anti abuso.....	28
6.1.1 A previsão normativa.....	28
6.1.2 Artificialidade.....	29
6.1.2.1 Vantagens fiscais.....	29
6.1.3 O propósito.....	30

6.2 Indícios de abuso .....	31
6.2.1 Entidades sujeitas a regimes de tributação distintos .....	31
6.2.2 Inexistência de razões económicas válidas.....	31
7. Conclusão .....	33

## 1. Introdução

O direito fiscal, por englobar temáticas demasiado complexas, carece de um estudo altamente cuidado e eminentemente técnico. Compreender a sua importância e os seus contornos é indispensável num mundo que se apresenta tão globalizado.

A presente dissertação tem por objetivo inicial desvendar as diretrizes do mecanismo de reporte de prejuízos. Os ciclos económicos das empresas poderão, por vezes, enfrentar períodos de recessão que originam, por inerência, a ocorrência de prejuízos fiscais.

Tendo em conta que o IRC é suportado por demarcados pilares estruturais (que serão alvo de análise), a correta aplicação dos mesmos exigirá a intervenção de mecanismos subsidiários.<sup>1</sup> Tais mecanismos garantem a total operacionalidade daqueles pilares, sendo que, deste leque, destacamos o regime de dedutibilidade dos prejuízos fiscais. Prevê-se esse mecanismo com o intuito de reduzir o impacto pernicioso da estatuição do princípio da anualidade do imposto. Os vários exercícios, porque não independentes, suportam uma certa solidariedade entre si. Assim sendo, o Código do IRC vem permitir que aos lucros futuros sejam deduzidos prejuízos gerados em exercícios passados.

A dedução de prejuízos fiscais caracteriza-se por ser uma matéria especialmente suscetível a alterações, que se baseiam, não só na débil condição da economia nacional, como também na constante introdução de limites ao próprio mecanismo (tendencialmente justificados pelo facto de o mesmo poder advogar à realização de esquemas de planeamento fiscal). Uma sociedade que, sucessivamente, registe prejuízos fiscais, torna-se um alvo fácil para operadores que atuem sobre moldes abusivos. Designadamente, estes comportamentos poderão concretizar-se através de operações de reorganização societária onde, como veremos, a carga fiscal será especialmente desonerada.

Assim, com particular enfoque, tentaremos descortinar como se rege o reporte de prejuízos fiscais no contexto das reorganizações empresariais realizadas ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, plasmado no artigo 81.º, al. e) da Constituição da República Portuguesa. Uma vez que não se pode distorcer o intento da aspiração negocial e proibir atividades que visem a diminuição da carga de imposto, serão também alvo de análise as diferentes medidas anti abuso que o ordenamento jurídico-tributário, nacional e comunitário, tem entendido

---

<sup>1</sup> Cf. António Rocha Mendes, “IRC e as Reorganizações Empresariais”, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 73.

implementar no combate à evasão fiscal (comummente designada por planeamento fiscal ilegítimo).

De entre estas verdadeiras metamorfoses empresariais, decidimos dar maior destaque à operação de fusão. Assim o fizemos porque, havendo um autêntico domínio das PME's no nosso país, a operação de fusão apresenta verdadeiros estímulos a nível de competitividade e crescimento. Através da fusão concentram-se recursos técnicos, humanos e económicos numa só pessoa coletiva, amplia-se a dimensão do negócio e vê-se fortalecida a flexibilidade de atuação seio do mercado.

## 2. Reflexões introdutórias

### 2.1 O imposto sobre as pessoas coletivas

Encontrando-se no íntimo desta dissertação, o reporte de prejuízos fiscais e, em especial, o reporte no horizonte de operações de reestruturação impõe-se, primeiramente, deixar referência a algumas considerações introdutórias, designadamente, em torno do IRC.

A tributação de pessoas coletivas tem lugar na grande maioria dos sistemas fiscais e nenhum deles considerará, efetivamente, a eliminação deste imposto.<sup>2</sup>

Apesar da discussão em torno da (in)existência de capacidade contributiva na esfera das pessoas coletivas, entendemos que, sendo titulares de bens e rendimentos, i.e., tendo riqueza própria, sempre serão objeto de tributação autónoma, na sua própria pessoa. Assim, acompanhamos António Rocha Mendes e entendemos que o IRC assenta em três pilares estruturais: a sujeição a imposto das entidades empresariais, como suprarreferido, de forma autónoma da tributação incidente sobre os seus proprietários; a tributação do rendimento, regra geral, apenas quando realizado; e, o apuramento e liquidação do imposto numa base anual.<sup>3</sup>

Nos artigos 2.º e 3.º do Código do IRC (CIRC) encontramos plasmadas as regras de incidência do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Partindo da incidência pessoal, vertida no artigo 2º do CIRC, o rendimento será tributado quando auferido por sujeitos passivos deste imposto. O artigo 3.º do mesmo diploma, sob a epígrafe “Base do imposto”, procede à delimitação da incidência real. As sociedades e outras pessoas coletivas cuja principal atividade seja de natureza empresarial (entidades às quais restringimos o âmbito da nossa análise), são tributadas pelo lucro.<sup>4</sup> A definição de lucro, porque essencial à justiça do imposto, apresenta-se imperiosa. Este conceito resulta de um conjunto complexo de formulações legais das quais se retiram determinadas noções, entre as quais, as de “rendimentos” e “gastos”, previstas nos artigos 20.º e 23.º do CIRC, respetivamente.<sup>5</sup>

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 104.º, n.º 2, prevê que “a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”. A tributação do rendimento real implica que o sujeito passivo seja tributado pelo rendimento que

---

<sup>2</sup> Cf. Rui Duarte Morais, “Apontamentos ao IRC”, Coimbra: Almedina, 2009, p. 6.

<sup>3</sup> Cf. Mendes, “IRC...”, cit., p. 19.

<sup>4</sup> Cf. artigos 3.º, n.º 1, al. a) e 17.º do CIRC.

<sup>5</sup> Cf. Domingos Ferreira Sousa, “Direito Fiscal e Processo Tributário”, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 487.

efetivamente obteve, sendo que, a fixação do mesmo, é feita com recurso a presunções. A nível fiscal, faz-se corresponder o rendimento ao acréscimo líquido do poder económico de um sujeito entre dois momentos temporais (o princípio e o fim de um exercício), é a designada “teoria do rendimento acréscimo”.<sup>6</sup> Esta é a conceção de rendimento que melhor reflete a igualdade na tributação uma vez que, não obstante a sua origem, todos os ganhos ficam, em princípio, sujeitos à mesma tributação.<sup>7</sup> Tal entendimento inibirá também estratégias abusivas de planeamento, idóneas a metamorfosear rendimentos de determinada índole em rendimentos de outra natureza, tributados de forma menos gravosa. De notar, no entanto, que o rendimento somente adquire relevância fiscal, i.e., apenas é considerado lucro tributável, no momento em que é “realizado”. Até ao momento da transmissão que desencadeia a realização, o rendimento existe, mas não é considerado fiscalmente (não se inclui na base do rendimento tributável do contribuinte).<sup>8</sup>

Explicitados os dois primeiros pilares estruturais do IRC partiremos, de seguida, para a análise do terceiro e último, segundo o qual, o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas é apurado e liquidado numa base anual.

## **2.2 A periodização do rendimento e o princípio da solidariedade**

A variação de um determinado valor depende da previsão de um período de tempo durante o qual tal variação é medida. O IRC, sendo um imposto periódico, é calculado e pago com base na regra da anualidade. O lucro ou, dependendo do caso concreto, o prejuízo, respeitam a um determinado período de tempo - o exercício. O exercício coincide com o ano civil, não obstante certos sujeitos passivos poderem optar por períodos de tributação diferentes.<sup>9</sup>

Apesar de se reputar de forma independente os diferentes exercícios, tal é feito apenas aparentemente. Isto é, a divisão da vida de uma empresa em períodos apurando-se resultados em cada um deles é, de certa forma, dissimulada. Tal como a vida das pessoas, também a vida das empresas não se demarca por períodos absolutamente estanques. Assim sendo, a adoção do princípio da solidariedade entre períodos de tributação é imperativa.

A premissa é que a vida das empresas continua, o que se faz hoje poderá, ou não, dar lucro amanhã. Seria um contrassenso obrigar ao pagamento de imposto nos exercícios em que se

---

<sup>6</sup> Cf. artigo 3.º, n.º 2 e ponto 5 do Preâmbulo do CIRC.

<sup>7</sup> Cf. Morais, “Apontamentos...”, cit. p. 34.

<sup>8</sup> Cf. Mendes, “IRC...”, cit., p. 42-50.

<sup>9</sup> Cf. n.ºs 2, 4 e 8 do artigo 8.º do CIRC.

verifiquem resultados positivos, e desonerar o sujeito passivo de tributação nos exercícios em que o resultado apurado seja negativo. Assim, não surpreende a estatuição, pela lei fiscal, de determinados mecanismos que assegurem a solidariedade entre os diversos exercícios, como é o caso, de entre outros, do reporte de prejuízos que agora aprofundamos.

### **2.3 Prejuízos fiscais**

O desígnio do universo empresarial é, por princípio, a obtenção de lucro. Não obstante, a realidade das empresas apresenta-se, por vezes, perniciososa, desviando os operadores económicos daquele objetivo. Estes desvios materializam-se, na prática, no apuramento de prejuízos fiscais.

Calculados rendimentos e ganhos e demais variações patrimoniais positivas e os gastos e perdas e demais variações patrimoniais negativas (suscetíveis de concorrer para o lucro tributável), a diferença entre os dois originará um saldo positivo ou negativo. Se negativo, estaremos perante um prejuízo fiscal. Ou seja, partindo do resultado contabilístico e efetuadas as devidas correções de acordo com as normas fiscais, obtém-se o resultado fiscal, lucro ou prejuízo.<sup>10</sup> No segundo caso, o CIRC permitirá que os prejuízos possam ser deduzidos nos anos em que existir lucro tributável.

Aqui chegados, cumpre reiterar que perante a continuidade da atividade empresarial, é incontestável a necessidade de ultrapassar o princípio da especialização dos exercícios. A CRP ao impor que a tributação das sociedades incida, essencialmente, sobre o seu rendimento real, não permite que a base de incidência do imposto seja o rendimento periódico.<sup>11</sup> De modo inverso, impõe que na base de incidência sejam consideradas todas as componentes do rendimento ainda que realizadas em exercícios distintos. Ou seja, no cálculo do lucro tributável, não se ignora o que possa ter ocorrido em exercícios anteriores ou posteriores, uma vez que, se tal ocorresse, estaríamos a tributar as sociedades de forma veemente injusta.

Assim, o legislador ordinário resolve a questão e introduz determinados mecanismos que, como suprarreferido, asseguram a solidariedade entre exercícios e eliminam, ou apaziguam, os efeitos adversos da sua independência – garantindo, então, a tributação do verdadeiro

---

<sup>10</sup> Cf. António Moura Portugal, “A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa”, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 172. Segundo o autor, é de notar que a correta imputação dos ganhos e perdas, constitui um problema prévio ao da qualificação de um gasto contabilístico como dedutível para efeitos fiscais.

<sup>11</sup> Cf. artigos 13.º e 104.º, n.º 2 da CRP.

rendimento empresarial –, de entre os quais, destacamos o mecanismo da dedução de prejuízos fiscais, previsto no artigo 52.º do CIRC.<sup>12</sup>

### 2.3.1 A mecânica do reporte de prejuízos fiscais

No caso de se apurar lucro tributável num determinado exercício, ao mesmo serão deduzidos, primeiramente, os prejuízos fiscais, nos termos do artigo 52.º do CIRC e, de seguida, os benefícios que operem por dedução ao lucro tributável.<sup>13</sup>

Por não ser o lugar indicado, debruçar-nos-emos apenas sobre o sistema previsto no artigo 52.º, sistema esse que melhor reflete a correlação existente entre rendimentos e gastos. Segundo este artigo, os prejuízos de um ano comunicam-se, regra geral, aos lucros de exercícios futuros. Os prejuízos fiscais terão que ser deduzidos no primeiro exercício no qual se apure um lucro tributável (desde que ainda dentro do prazo legal) e, caso seja impossível a sua total dedução transitam, na parte não deduzida, para o período seguinte, podendo ser deduzidos nos períodos posteriores, nos mesmos prazos e condições. Entende-se na generalidade dos ordenamentos que o reporte seja para a frente (*carryforward*), permitindo-se a dedução em exercícios futuros, por razões orçamentais, administrativas e de controlo. Apesar de alguns sistemas fiscais admitirem o reporte para trás (*carryback*)<sup>14</sup>, em que o Estado devolve o imposto pago “em excesso” em exercícios anteriores – como é o caso da França e da Alemanha –, limitaremos o nosso estudo à jurisdição nacional e, consequentemente, ao reporte para a frente.

A possibilidade que a lei concede de dedução de prejuízos apresenta-se muito favorável para as empresas que dela usufruem, sendo que, através da dedução, os sujeitos passivos sempre assistem à diminuição do valor de imposto a pagar. Não obstante, o sistema português apresenta-se, ainda, algo restritivo. Estas restrições são fundamentalmente justificadas por razões de evitar a erosão da base tributável (através de esquemas de planeamento fiscal) e aproximar a tributação o mais possível da realidade económica e contabilística da empresa.<sup>15</sup> Encontramos neste mecanismo, designadamente, três limites: o primeiro, de natureza temporal, que à frente explicaremos; o segundo de natureza pessoal (de acordo com o princípio da identidade jurídica, somente a sociedade que obtém os resultados negativos pode reportar os

---

<sup>12</sup> Cf. ponto 7 do Preâmbulo do CIRC.

<sup>13</sup> Cf. artigo 15.º do CIRC.

<sup>14</sup> Note-se que, a total comunicação dos prejuízos entre diferentes exercícios apenas acontece nestes sistemas. O reporte para trás foi já introduzido por alguns membros da OCDE durante a crise financeira com o intuito de estabilizar as suas economias, e obteve significativo sucesso.

<sup>15</sup> Cf. Glória Teixeira, “Manual de Direito Fiscal”, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 75.

prejuízos, com exceção dos casos em que seja aplicável o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades e nos casos de operações realizadas ao abrigo de neutralidade fiscal); e, o terceiro, de natureza quantitativa (exigindo-se que a dedução a efetuar não exceda determinado montante).<sup>16</sup>

### 2.3.1.1 Evolução do regime

*“Portugal has long been at a loss to establish a coherent and balanced framework for treating tax losses”.*<sup>17</sup>

Na jurisdição nacional, a possibilidade de reporte de prejuízos fiscais irrompeu com o Decreto-Lei n.º 45103/63 e, desde então, tem sofrido constantes mutações. O prazo de reporte permitido é o que mais tem variado. Primeiramente, o período de dedução fixava-se em três anos após o apuramento daqueles prejuízos. Com a entrada em vigor da Lei n.º 56/77, o prazo foi aumentado para cinco anos e, posteriormente, em 1997, viu-se o prazo novamente alargado, desta vez, para seis anos. Já em 2010, com a Lei n.º 3-B/2010, o período de reporte foi reduzido para quatro anos. Mais recentemente, em 2012, o período de reporte fixou-se novamente nos cinco anos e introduziu-se um novo limite. Até então, os prejuízos poderiam ser reportados na sua totalidade, todavia, a Lei do Orçamento de Estado para 2012 (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro) veio dar nova redação ao artigo 52.º e, a partir daí, a dedução a efetuar não poderia exceder o montante correspondente a 75% do respetivo lucro tributável. Este novo limite permitiria ao Estado a tributação de parte da matéria coletável e, conseqüentemente, a obtenção de receita.

Com a Reforma do IRC de 2014, introduzida pela Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro, o artigo 52.º do CIRC viu a sua redação de novo alterada. Criou-se um novo período temporal de reporte (doze anos) e o valor de dedução permitido em cada período baixou para os 70%. Justificava-se o aumento do período de reporte e a diminuição do valor de dedução por razões de incentivo às empresas portuguesas para o investimento, o propósito seria tornar o mecanismo o mais vantajoso possível e “colocar Portugal nos lugares cimeiros da Europa em termos de competitividade do regime fiscal”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Manuel Anselmo Torres, “A Portabilidade de Prejuízos Fiscais” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 115.

<sup>17</sup> Manuel Anselmo Torres, “A critical overview of the treatment of tax losses in Portugal”, *Fiscalidade*, n.º 30, 2007, p. 75 – 83.

<sup>18</sup> Cf. Relatório da Comissão de Reforma do IRC. De acordo com a proposta da Comissão, o período em que é

Acresce que, a Reforma de 2014 alterou a redação do n.º 8 do artigo 52.º, deixando de ser exigível como requisito da dedutibilidade de prejuízos fiscais futuros a continuação da identidade económica da empresa, i.e., que a atividade por ela prosseguida permaneça, essencialmente, a mesma.<sup>19</sup>

Contudo, a Lei do Orçamento de Estado para 2016 (Lei 7-A/2016 de 30 de março), volta a alterar aquele prazo, fixando-o, novamente, nos cinco anos (mantendo-se os doze anos se estiverem em causa PME's, de acordo com o DL n.º 372/2007 de 6 de novembro). Esta diminuição drástica não tem justificação aparente e revela uma clara discrepância entre aquilo que é o entendimento do legislador nacional, de cariz restritivo e fixado na obtenção de receita fiscal, e a vaga evolutiva noutros países da UE.

No Orçamento de Estado para 2017 (Lei 42/2016, de 28 de dezembro), foi revogada a disposição que obrigava a deduzir em primeiro lugar os prejuízos fiscais apurados há mais tempo, eliminando-se assim o critério FIFO (“*first in, first out*”).<sup>20</sup> O sujeito passivo terá, finalmente, livre arbítrio para decidir a ordem de dedução dos prejuízos fiscais reportáveis, sendo que é permitida a dedução em primeiro lugar daqueles prejuízos cujo período de reporte se esgotar primeiro. O intuito desta revogação terá sido o de suavizar as consequências de redução do prazo de dedução dos prejuízos fiscais, permitindo assim que se aproveite primeiro a utilização de prejuízos fiscais apurados há menos tempo, mas cujo período de reporte aplicável se apresenta mais reduzido.

### **2.3.1.2 Caraterização do sistema atual**

De acordo com o limite temporal fixado, como vimos, os prejuízos apurados por uma sociedade num determinado período são, dedutíveis no cálculo do lucro tributável dos exercícios posteriores (constituem um gasto fiscal desses exercícios) até um máximo de cinco anos, apenas se excetuando as PME abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 372/2007.<sup>21</sup>

---

permitida a dedução deveria fixar-se nos quinze anos.

<sup>19</sup> Cf. M. H. Pereira Freitas, “Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Ativos – Novos Desenvolvimentos”, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo de Pitta e Cunha, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 237. Segundo o autor, tal exigência constituía um desincentivo grave à “revitalização” de empresas em dificuldades, uma vez que afastava os sujeitos passivos de ramos de negócio distintos dos anteriormente prosseguidos, mesmo que os primeiros se apresentassem mais rentáveis.

<sup>20</sup> Esta regra constava do antigo n.º 15 do artigo 52.º, tendo sido introduzida pela Lei 2/2014, aquando da Reforma do IRC, sendo que já era este, à data, o entendimento da AT.

<sup>21</sup> Cf. n.º 1 do artigo 52.º do CIRC.

Já no que ao limite quantitativo concerne, a dedução dos prejuízos fiscais não poderá exceder o montante correspondente a 70% do lucro tributável apurado em cada período de tributação, sendo o eventual excesso reportado para diante nos termos gerais.<sup>22</sup>

Não obstante as justificações à dedutibilidade de prejuízos merecerem apreço, acompanhamos António Rocha Mendes e entendemos que o sistema ideal é aquele que permite o reporte sem qualquer limite temporal (“enquanto houver prejuízo, reporta-se”), pois só assim haverá um verdadeiro incentivo aos operadores económicos para a tomada de riscos. Contudo, reconhecemos que a implementação deste sistema está dependente de espaço orçamental e do reforço da capacidade da AT no controlo aos comportamentos abusivos dos contribuintes.<sup>23</sup>

Em princípio, inclui-se no valor do reporte a globalidade dos prejuízos fiscais apurados por um sujeito passivo. No entanto, o englobamento dos prejuízos reportáveis cede caso o sujeito passivo de IRC beneficie de uma isenção parcial ou de uma redução do imposto. Neste caso, nos termos do n.º 5 do artigo 52.º do CIRC, os prejuízos sofridos no âmbito dessas atividades isentas não são dedutíveis, em cada exercício, aos lucros gerados noutras atividades sujeitas ao regime normal.<sup>24</sup> Também não serão dedutíveis os prejuízos fiscais nos anos em que o apuramento do lucro tributável seja realizado por recurso a métodos indiretos.<sup>25</sup>

De ressaltar também, novamente, que com a Reforma de 2014 se deixou de exigir, para aplicação do regime de dedutibilidade, que a atividade prosseguida pela empresa se mantenha, essencialmente, a mesma.<sup>26</sup> Hoje, inclui-se no reporte a generalidade dos prejuízos independentemente da atividade empresarial que os originou, em ordem a promover a competitividade das empresas.

Todavia, e salvo as exceções introduzidas pela Reforma no n.º 9, dispõe o n.º 8 do artigo 52.º que o direito à dedução continua a ficar comprometido sempre que se verificar, à data do termo do período de tributação em que se geram os prejuízos, que houve uma alteração de mais de 50% dos detentores do capital social ou da maioria dos direitos de voto da sociedade.<sup>27</sup> Ou seja, no exercício em que ocorreram os prejuízos e naqueles em que se pretende efetuar o

---

<sup>22</sup> Cf. n.º 2 do artigo 52.º do CIRC.

<sup>23</sup> Cf. Mendes, “IRC...”, cit., p.118 - 123.

<sup>24</sup> Cf. João Catarino e Vasco Guimarães, “Lições de Fiscalidade”, Vol. 1, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 337 e 338.

<sup>25</sup> Cf. n.º 3 do artigo 52.º do CIRC e artigo 87.º e ss. da LGT.

<sup>26</sup> Para além de gerar graves entraves ao desenvolvimento económico, o problema residia também no facto de nem a AT, nem os tribunais ou sequer a própria lei conseguirem definir em que consistia a alteração substancial da natureza de uma atividade económica. A falta de segurança no preenchimento dos conceitos inibia os sujeitos passivos nas suas operações.

<sup>27</sup> De salientar naquelas exceções a previsão da não aplicação da regra da manutenção da identidade dos sócios às operações de reestruturação empresarial que gozem de um regime de neutralidade fiscal - Cf. a al. b) do n.º 9 do artigo 52.º.

reporte, exige-se um certo grau de continuidade das participações na sociedade em causa, acautelando-se a alienação a terceiros de participações de sociedades que detenham relevantes prejuízos reportáveis.<sup>28</sup> Permite-se, contudo, nos termos dos n.ºs 10, 12 e 13 do artigo 52.º, que o sujeito passivo solicite ao Ministro das Finanças, com base em circunstâncias de reconhecido interesse económico, uma autorização para a utilização de prejuízos fiscais.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> O objetivo é acautelar o comércio de prejuízos fiscais.

<sup>29</sup> A portaria 273/2014, de 24 de dezembro, contém os elementos que devem instruir o requerimento.

### 3. As operações de reestruturação empresarial

#### 3.1 Enquadramento

Todo o contribuinte, ao adaptar a sua conjuntura económica e pretendendo maximizar soluções, é estimulado a seguir o caminho que se apresente, simultaneamente, como mais rentável e fiscalmente menos oneroso.<sup>30</sup> O êxito de uma empresa depende, copiosamente, da otimização da sua *performance* e da destreza na adaptação às investidas da concorrência e às, quase frenéticas, alterações legislativas. Tendo em conta os desenvolvimentos das últimas décadas, em que assistimos à internacionalização do capital e ao crescimento exponencial da concorrência a nível global, intensifica-se a pressão sobre os operadores económicos na procura por uma exímia eficiência operacional.<sup>31</sup>

Os gestores das empresas veem nas reestruturações oportunidades de valorização dos seus negócios e é nesta linha que estas operações se assumem, nas palavras de Filipe Lobo Silva, como “um meio inelutável de ajustamento da atividade empresarial às exigências do mercado”.<sup>32</sup>

#### 3.2 Conceito

De entre as muitas opções estratégicas ao dispor das empresas, são as operações de reestruturação as que mais controvérsia têm suscitado.<sup>33</sup> Cumprirá, antes de mais, esclarecer em que consistem. A reestruturação empresarial é, em primeira linha, o conjunto de ações orientadas para a transformação da estrutura produtiva das empresas. Através do realinhamento dos fatores de produção, redefinem-se as relações entre os seus componentes e aprimora-se o processo de obtenção de lucros.<sup>34</sup> Estas operações tem surgido como resposta aos contornos da vida das empresas, os quais impõem a revisão dos gastos associados àqueles fatores de produção. Possibilitam, no fundo, o aumento de poder de mercado (imagine-se a fusão entre empresas com diferentes *core businesses* ou em diferentes países) e a otimização das funções

---

<sup>30</sup> Cf. Jonatas Machado e Paulo Costa, “Manual de Direito Fiscal”, Coimbra: Almedina, 2016, P. 449.

<sup>31</sup> Cf. Mendes, “IRS...”, cit., p. 124.

<sup>32</sup> Cf. Filipe Silva Lobo, “As Operações de Reestruturação Empresarial Como Instrumento de Planeamento Fiscal”, Coimbra: Almedina, 2016, p. 24.

<sup>33</sup> Cf. Pedro Matos e Vasco Rodrigues, “Fusões e Aquisições: Motivações, Efeitos e Políticas”, Cascais: Principia, 2000, p. 13.

<sup>34</sup> Cf. Mendes, “IRS...”, cit., p. 125.

empresariais.<sup>35</sup> O sistema fiscal, no respeito pelo princípio da eficiência, deve interferir o menos possível nas decisões dos agentes económicos, ficando “indiferente” a estas estratégias de planeamento.<sup>36</sup>

As operações de reestruturação encontram-se reguladas no CIRC, nos artigos 73.º e seguintes. O subcapítulo IV, do capítulo III do CIRC tem, desde logo, por epígrafe “Regime especial aplicável às fusões, cisões, entrada de ativos e permutas de partes sociais”. Este regime especial transporta um efeito peculiar: a neutralidade fiscal.

Começaremos, então, por analisar o regime da neutralidade fiscal uma vez que é esta a finalidade última das operações em apreço.

### 3.3 Neutralidade fiscal

Como vimos, a reorganização das empresas manifesta a necessidade constante de adaptação e crescimento. O êxito destas operações está associado à interferência do sistema fiscal, designadamente, através da imposição, ou não, de elevados encargos fiscais.<sup>37</sup> O legislador encara os efeitos, translativos ou extintivos, provocados pelas operações em apreço, como idóneos a despoletar a realização de ganhos latentes – uma vez que existe transmissão por entidades sujeitas a IRC.<sup>38</sup>

Não obstante, a reestruturação apenas estará apta a criar vantagens futuras se estas não forem integralmente anuladas pelos encargos suportados com o pagamento de impostos no momento em que se realiza a operação. Estando perante transações sem qualquer liquidez, o pagamento de impostos retiraria todo o incentivo à realização da transação.<sup>39</sup>

A principal característica das operações de reestruturação é que, na sociedade beneficiária, a atividade é exercida no mesmo padrão em que era já desenvolvida na sociedade transmitente, mantendo os sócios o mesmo empenho económico no negócio (agora inserido numa nova dimensão). Não havendo um desinvestimento e verificando-se a continuidade da atividade, o que resulta é, tão só, a reorganização da estrutura de ativos e passivos da empresa, dali não resultando qualquer incremento patrimonial. De um ponto de vista económico, tudo se passa

---

<sup>35</sup> Cf. Sérgio Botrel, “Fusões e Aquisições: aspetos estratégicos, estruturas e aspetos societários, aspetos negociais e contratuais, aspetos fiscais”, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 26.

<sup>36</sup> Cf. António Martins, “Personal Income Taxation in Portugal: Moving towards Tax Neutrality between Capital Gains and Dividends”, *INTERTAX*, Vol. 40, Issue 4, 2012, p. 285.

<sup>37</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit., p105. Estes encargos incidem não só sobre o rendimento, mas também sobre as transações de bens, de imóveis ou outros atos jurídicos inerentes à operação.

<sup>38</sup> Cf. artigo 46.º, n.º 5, al. c) do CIRC.

<sup>39</sup> J. L. Saldanha Sanches “Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração) Fiscal”, *Fiscalidade*, n.º 34, 2008, pp. 7 a 34.

como se a transmissão não tivesse ocorrido face ao mercado, i.e., como se não tivesse havido realização.<sup>40</sup>

Ora, se a atividade se mantém, apesar de sob uma nova “roupagem jurídica”, lógico será que não se verifiquem quaisquer resultados diretos e imediatos da operação. Isto posto, tributar esta realidade seria especialmente nefasto porque suscetível de criar obstáculos à otimização das formas de organização das empresas, sendo que sempre culminaria num constrangimento ao tráfego económico.<sup>41</sup> Assim, é perentória a imposição de um regime neutral, que não releve alterações meramente jurídicas que não manifestam capacidade contributiva.

A criação de regras de neutralidade implica que o direito fiscal permaneça na penumbra e não influencie as decisões dos agentes económicos, que devem antes ser comandadas por razões eminentemente financeiras.<sup>42</sup>

No regime geral atual, os resultados da sociedade transmitente são apurados em consequência da transmissão do património desta para a sociedade beneficiária, conforme o respetivo valor de mercado, que funciona como valor de aquisição.<sup>43 44</sup> Já na beneficiária, os ativos serão valorados igualmente pelo valor de mercado, sendo de aplicar as regras previstas para todas as outras aquisições de património. No que concerne aos sócios, registam-se mais ou menos valias, tributáveis ou dedutíveis, respetivamente.

A ser de aplicar o regime geral do IRC às operações de reestruturação, introduzir-se-iam entorses ao livre funcionamento do mercado. Note-se que, não se trata da criação de benefícios fiscais, ao contrário do que é o entendimento da AT,<sup>45</sup> mas antes da criação consciente de um conjunto de normas que não oneram mais valias semelhantes a mais valias potenciais, sendo, por conseguinte, neutras. Neste caso, não estão em causa interesses públicos extrafiscais e não se vislumbra uma verdadeira isenção de imposto, o direito à tributação do Estado não é preterido, a tributação será, simplesmente, adiada.

---

<sup>40</sup> Por exemplo, a operação de fusão implica, como veremos, a transferência em bloco do conjunto de direitos e obrigações da incorporada para a incorporante, assumindo, esta última, todas as posições jurídicas da primeira.

<sup>41</sup> A tributação destas operações criaria, efetivamente, um caso de tributação excessiva (*excess burden*) porque, no limite, as normas fiscais funcionariam como um entrave à adaptação de estratégias.

<sup>42</sup> Cf. António Martins, “A influência da lei fiscal nas decisões de reestruturar: uma perspetiva financeira” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21.

<sup>43</sup> Cf. artigos 21.º, 24.º, 46.º e 47.º do CIRC.

<sup>44</sup> Acresce que, entre outras consequências, os prejuízos fiscais das sociedades transmitentes, não podem ser transmitidos para a sociedade beneficiária.

<sup>45</sup> Cf. Maria Mendonça, “Entrada de Ativos e Permuta de Partes Sociais no Regime da Neutralidade Fiscal - Uma análise comparativa”, Coimbra: Almedina, 2016, p. 26. Segundo a posição adotada pela AT, o regime de neutralidade aproxima-se de um verdadeiro regime de benefícios fiscais (e não tanto de um desagravamento estrutural), na medida em que estabelece uma exceção mais vantajosa para o contribuinte em comparação com o regime de tributação-regra.

Aqui chegados, podemos concluir que o regime da neutralidade fiscal se rege por dois princípios básicos. O primeiro, que já explorámos, é o da continuidade do exercício de uma atividade económica apta a protelar-se no tempo. O segundo, consequência do primeiro, é o diferimento da tributação dos elementos transferidos para o momento da sua efetiva realização.

Como a atividade económica não cessa (ou então estaríamos no âmbito da liquidação e dissolução de sociedades), desconsideram-se os resultados que derivem da operação, e o legislador adia a tributação das mais valias para momento posterior, o momento em que forem alienados pelas entidades beneficiárias fora do regime de neutralidade.

Este mecanismo de suspensão dos efeitos tributários não abrange todas as operações economicamente vantajosas do ponto de vista organizacional, antes estando bem delimitadas as circunstâncias em que estas operações não desencadeiam efeitos fiscais.<sup>46</sup> A sua aplicação está dependente, primeiro, da subsunção da reorganização, que despoleta esses ganhos, a uma das operações expressamente definidas e, segundo, da subsunção dos próprios ganhos às situações de elegibilidade previstas no regime.<sup>47</sup> Além do adiamento da tributação, serão concedidos outros benefícios que tornem a operação verdadeiramente neutra, como é o caso da possibilidade que a sociedade beneficiária tem, em determinadas situações, de poder deduzir os prejuízos da sociedade transmitente (mecanismo que abordaremos adiante).

Em suma, o ordenamento jurídico-fiscal português ao prever nos artigos 73.º e seguintes do CIRC o regime de neutralidade fiscal, reconhece que a eficiência organizacional das empresas é um valor superior aos interesses creditícios do Estado e ao princípio da justa repartição dos encargos fiscais.<sup>48 49</sup>

Relevante, ainda, é o facto de estarmos perante uma situação excecional em que a vontade do sujeito passivo é perentória.<sup>50</sup> Uma vez que fica sob o seu escrutínio a carga fiscal que, eventualmente, suportará, estamos perante um verdadeiro direito de opção. Desta forma, abrem-se as portas a um regime fiscal de favor e, naturalmente, a atitudes de planeamento.<sup>51</sup> A empresa substituirá, inevitavelmente, o seu comportamento, i.e., o negócio jurídico em concreto, e orientá-lo-á no sentido do aproveitamento de vantagens fiscais que não obteria com a uma conduta normal.

---

<sup>46</sup> Para precaver a utilização abusiva do diferimento da tributação, por exemplo, o artigo 74.º, n.º 3 do CIRC prevê a regra da identidade fiscal, segundo a qual se exige que os elementos patrimoniais transferidos preservem o mesmo valor contabilístico que tinham na sociedade transmitente.

<sup>47</sup> Cf. artigo 74.º CIRC.

<sup>48</sup> Cf. Mendonça, “Entrada...”, cit. p. 214.

<sup>49</sup> Cf. ponto 11 do preâmbulo do CIRC.

<sup>50</sup> Cf. Freitas, “Regime...”, cit. p. 424.

<sup>51</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit. p. 20.

Será de ressaltar, no entanto, que tendo em conta a realidade das empresas, nem sempre a opção pelo regime de neutralidade se apresenta como a mais favorável. Deve, antes de mais considerar-se as circunstâncias concretas da operação, a situação da sociedade e, inclusive, dos próprios sócios.<sup>52</sup>

### **3.3.1 O regime de neutralidade fiscal português**

#### **3.3.1.1 O primeiro regime do CIRC**

O legislador português, não desatento ao clima europeu, cedo percebeu a necessidade de criar um regime que abonasse a neutralidade fiscal das operações em apreço.<sup>53</sup> O primeiro regime adotado assentia o diferimento da tributação, mas somente se aplicava às operações de fusão e cisão entre sociedades com sede e direção efetiva em território português (operações que abordaremos adiante), encontrando-se, como tal, excluídas do seu âmbito de aplicação as fusões e cisões transfronteiriças. No contexto em que vigorava a primeira versão do CIRC, a aplicação do regime de neutralidade fiscal não era automática, antes estando dependente de uma autorização baseada em critérios sensivelmente objetivos e apreciada caso a caso.

#### **3.3.1.2 A evolução do regime e a transposição da Diretiva Fusões**

Apesar de Portugal e outros Estados Membros (EM) da então Comunidade Económica Europeia (CEE)EB já dedicarem, nas suas legislações internas, espaço para a gradual aceitação de normas fiscais neutras no domínio das operações de reestruturação domésticas, era notória a necessidade de implementar igual regime para as operações transfronteiriças ou intracomunitárias. O regime até então consubstanciava um real obstáculo à concretização do mercado comum e colocava em perigo determinadas liberdades fundamentais, como o direito de estabelecimento.

Nesta senda, em 1990 e sob proposta da Comissão, o CE adotou a primeira versão da diretiva Fusões (Diretiva n.º 90/434/CEE), que instituiu um regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações (hoje denominada permuta de capitais) entre

---

<sup>52</sup> Cf. Freitas, “Regime...”, cit. p. 426.

<sup>53</sup> Cf. Mendes, “IRC...”, cit., p. 210.

sociedades de EM distintos. Estaria assim, finalmente, assegurada a neutralidade fiscal a uma dimensão comunitária.

Não obstante, a primeira transposição do regime estabelecido na Diretiva apenas se limitou a estender às fusões e cisões de diferentes EM o regime já previamente estabelecido para as mesmas operações, mas entre sociedades portuguesas.<sup>54</sup> Coexistiam, então dois regimes distintos: um aplicável às operações internas e outro aplicável às operações intracomunitárias. A verdadeira novidade surgiu em 1993, após a publicação do DL n.º 6/93, de 9 de janeiro, e resultou no aparecimento de duas novas figuras: a entrada de ativos e a permuta de partes sociais. De novo acrescentou ainda uma norma anti abuso que permitia que os EM recusassem ou retirassem a benesse do regime de neutralidade sempre que as operações não tivessem como principal objetivo (ou um dos principais objetivos) a fraude ou evasão fiscal – o que seria de presumir sempre que as mesmas não se alicerçassem em razões económicas válidas.<sup>55</sup>

Quer o regime português quer o regime acolhido na Diretiva adotam o mesmo axioma: as operações de reestruturação não devem implicar tributação, quer ao nível das sociedades quer ao nível dos sócios. Ambos seguem o mecanismo do diferimento para neutralizar eventuais ganhos da reestruturação, encontrando justificação para tal nos dois aspetos comuns às reorganizações que protegem: a continuidade da atividade e a eficiência económica.

Em 2001 o regime de neutralidade é revisto no DL n.º 221/2001, de 7 de agosto, passando a aplicar-se de forma idêntica o regime de neutralidade fiscal às operações internas e às operações intracomunitárias. Mais tarde, em 2009, a Diretiva n.º 2009/133/CEE edificou as várias alterações que a Diretiva n.º 90/434/CEE sofrera até então, designadamente, através de sucessivas extensões ao seu âmbito material de aplicação.<sup>56</sup>

Apesar de se predispor à uniformização das diferentes soberanias, a Diretiva Fusões deixa ainda uma ampla margem de tolerância aos Estados para adaptarem os seus regimes jurídicos, limitando-se a lançar as diretrizes essenciais a ser transpostas.<sup>57</sup>

Finalmente, com a Reforma do IRC de 2014 o regime de neutralidade fiscal foi de novo revisto.<sup>58</sup> O artigo 73.º do CIRC viu introduzidas novas modalidades de fusão e de cisão (não previstas na Diretiva Fusões), consagrou-se o acolhimento de dois regimes distintos a aplicar

<sup>54</sup> A primeira versão da Diretiva Fusões foi transposta para o ordenamento fiscal português através do DL n.º 123/92, de 2 de Julho.

<sup>55</sup> No CIRC, apenas que se incorporou uma disposição anti abuso idêntica à prevista na Diretiva com a entrada em vigor do DL 366/98.

<sup>56</sup> Esta versão da Diretiva foi transposta para o ordenamento fiscal português através do DL n.º 159/2009, de 19 de Julho.

<sup>57</sup> Mais detalhadamente, cf. Mendonça, “Entrada...”, cit., p. 21.

<sup>58</sup> Cf. Relatório da Comissão para a Reforma do IRC.

consoante se tratasse de operações de reestruturação em geral ou de operações de reestruturação suscetíveis de beneficiar do regime de neutralidade e, ainda, implementaram-se alguns ajustamentos técnicos designadamente ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos fiscais, de benefícios fiscais e de gastos de financiamento.

Finalmente, hoje o regime é aplicável às operações previstas nos n.ºs 1 a 5 do artigo 73º do CIRC e é exigido que na operação intervenham sociedades com sede ou direção efetiva em Portugal ou sociedades de outros EM da UE, desde que todas se encontrem nas condições estabelecidas artigo 3º da Diretiva Fusões e artigo 74.º, n.º 1 do CIRC. Caso contrário, aplicar-se-ão as normas relativas ao regime geral de tributação do IRC.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Cf. artigo 73.º, n.ºs 6 e 7 do CIRC.

## 4. A fusão

Explicados os efeitos do regime especial de tributação das operações de reestruturação, resta delimitar os negócios jurídicos elegíveis para que o mesmo se aplique (apresentação que já fizemos, brevemente, no capítulo anterior). O artigo 73.º do CIRC procede a esta delimitação e prevê que o regime de neutralidade é aplicável às operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociedades sociais.<sup>60</sup>

Segundo Tomás Tavares Cantista, apenas essas quatro operações, envolvendo inquestionavelmente uma transmissão jurídica, produzem resultados semelhantes a um *unrealized gain* e, como tal, justificam um regime de neutralidade fiscal.

A Reforma de 2014 veio alargar o âmbito de aplicação do regime de neutralidade, aumentando o leque de operações previstas no artigo 73.º. Não obstante, apesar do inquestionável progresso, é nosso entendimento que o legislador nunca será capaz de acompanhar a criatividade que envolve estas operações. A realidade sempre será mais célere que o direito, o que, por reflexo, torna a interpretação literal daquele artigo desprovida de sentido.<sup>61</sup> Este mesmo tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo (STA) e do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), segundo o qual a correta aplicação do artigo 73.º implica que seja ultrapassada sua pretensa taxatividade e se tenha em consideração o espírito do sistema – que, como vimos, pressupõe a eliminação dos entraves à reorganização empresarial e à competitividade.<sup>62</sup>

A primeira operação prevista no artigo 73.º, e a única a que dedicaremos o nosso estudo, é a operação de fusão.<sup>63</sup> Antes de mais, convém ressaltar que não existe uma definição única de fusão. Muitos autores fazem uma abordagem diferente ao conceito, consoante esteja em causa uma perspetiva societária ou fiscal. Todavia, podemos definir a operação de fusão como a aquela através da qual se reúnem duas ou mais entidades para formar uma única sociedade (onde participam os sócios de todas elas).<sup>64</sup> O objetivo é que a atividade prossiga numa estrutura

---

<sup>60</sup> Apesar do alargamento, o artigo 73.º é alvo de muitas críticas por prever uma formulação demasiado fechada quanto ao tipo de operações elegíveis.

<sup>61</sup> Cf. Tomás Tavares Cantista, “IRC e Contabilidade. Da Realização ao Justo Valor”, Coimbra: Almedina, 2011, p. 315 – 322.

<sup>62</sup> Cf. Mendonça, “Entrada...”, cit., p. 25 – 28.

<sup>63</sup> O instituto da fusão, no plano societário europeu, é regulado nos artigos 3.º, n.º1 e 4.º, n.º1 da Terceira Diretiva (Diretiva 2011/35/UE que revogou a anterior Diretiva 78/855/CEE); no âmbito do direito comercial nacional, o instituto foi originalmente regulado no Código Comercial de 1988, estando hoje previsto, essencialmente, nos artigos 97.º a 112.º do CSC; ainda, no âmbito do ordenamento jurídico-fiscal, a operação de fusão vem prevista no artigo 2.º da Diretiva Fusões e no CIRC, atualmente, nos artigos 73.º a 78.º.

<sup>64</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit. p. 25.

diferente da original. Apesar da definição parecer redutora, a verdade é que a operação encerra contornos bastantes complexos quer quanto aos seus efeitos, quer quanto ao próprio processo.

Esta operação consubstancia a transmissão universal e em bloco do património (ativo e passivo) da sociedade incorporada ou fundida para outra sociedade (que já existe ou se constitui *ex novo* para o efeito). Os sócios da primeira tornar-se-ão sócios da sociedade que resulte da fusão, participando no capital social desta última nos mesmos moldes em que o faziam na que ora se extingue. O resultado final será a extinção da sociedade fundida ou incorporada, bem como das participações respetivas.

Verificamos, no processo de fusão, o intuito de que se gere uma renovação através da uma extinção, unindo-se duas pessoas numa só.<sup>65</sup> De notar, no entanto, que a extinção não se adequa, verdadeiramente, a uma dissolução, mas antes a uma “cessação de existência autónoma”. Terá mais de transformação do que de dissolução com liquidação – se recordarmos a posição do CSC, não se inclui a operação em apreço nas causas de dissolução das sociedades (artigos 141.º e ss.). Em suma, tudo se passará num único ato, a atividade transforma-se juridicamente e sobreviverá na sociedade que herda o ADN patrimonial. A este instituto são atribuídas inúmeras potencialidades, designadamente, ao nível da criação de eficiência e do destaque sobre atuais ou potenciais concorrentes.<sup>66</sup>

#### **4.1 Modalidades de fusão**

No âmbito do direito fiscal (ao qual resignaremos a nossa análise), o n.º 1 do artigo 73.º do CIRC encerra nas suas alíneas cinco modalidades de fusão (no âmbito do direito fiscal):

- i) fusão por incorporação (a transferência global do património ocorre para sociedade já existente);
- ii) fusão por criação de nova sociedade (a transferência global do património ocorre para uma sociedade constituída *ex novo*);
- iii) fusão imprópria (ou *upstream merger*, em que a sociedade beneficiária já detinha a sociedade fundida – é a hipótese típica);<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Cf. Filipe Carlos Lobo, “Neutralidade das Fusões: Benefício Estrutural ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de Prejuízos”, *Fiscalidade*, n.ºs 26/27, 2006, p. 32.

<sup>66</sup> Cf. Matos e Rodrigues, “Fusões...”, cit. p. 25.

<sup>67</sup> Para mais esclarecimentos sobre esta modalidade de fusão cf. Tânia Pereira, “Neutralidade Fiscal na Transmissão do Património por Dissolução”, *Fiscalidade*, n.º 41, p. 28.

- iv) fusão de sociedades irmãs (ou *sidestream merger*, quando a totalidade das partes representativas do capital da sociedade beneficiária e da sociedade fundida já sejam detidas pelo mesmo sócio);
- v) fusão inversa (ou *downstream merger*, em que a sociedade fundida era detentora da totalidade das partes representativas do capital social da sociedade beneficiária).

As primeiras três alíneas encontram paralelo no texto do artigo 2.º, al. a) da Diretiva Fusões, o mesmo já não acontecendo às últimas duas. As alíneas d) e e) do artigo 73.º constituem sub-modalidades da fusão por incorporação, foram introduzidas pela reforma do IRC de 2014 e não encontram qualquer previsão na Diretiva.<sup>68</sup>

A fusão inversa, pelas controvérsias que tem gerado tanto na lei como na doutrina, merece especial destaque. Como vimos, verifica-se a operação quando a sociedade fundida já detinha partes de capital (ou a sua totalidade) da sociedade beneficiária. Em virtude das suas características, designadamente porque os sócios da sociedade incorporada não passam – por via da fusão – a ser sócios da incorporante ou beneficiária, parte da doutrina também qualifica esta fusão como “imprópria”.<sup>69</sup> Todavia, para garantir a aplicação do regime de neutralidade fiscal, esta operação é equiparada a uma verdadeira fusão, estaremos, da mesma forma, perante uma simples dissolução sem liquidação. Apesar das questões que se têm levantado, principalmente ao nível da UE, relativamente a esta modalidade de fusão, a verdade é que será de louvar o facto de o legislador ter integrado a fusão inversa no leque de operações elegíveis para a aplicação do regime de neutralidade, evitando potenciais dissemelhanças de tratamento em operações que, tendencialmente, se apresentam iguais.

## 4.2 Motivações

São várias as razões que justificam a intenção dos operadores económicos em proceder a operações de reestruturação e, mais especificamente, a operações de fusão. A primeira será, evidentemente, o investimento estratégico. O desejo de expansão, que se concretiza com a perfeição na gestão de recursos, atravessa a natureza de uma sociedade. Com as reorganizações sempre se procura a maximização de eficiência e a criação de valor. Não obstante, as

---

<sup>68</sup> Note-se que, apesar de idêntica, a definição do conceito de fusão difere em ambos os diplomas, sendo que na Diretiva se destaca a premissa “na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação” e não se aplica a expressão “transferência global do património”, antes se preferindo “o conjunto do ativo e do passivo”.

<sup>69</sup> Esta operação, por não encontrar previsão legal até à Reforma do IRC de 2014, era bastante aclamada pelos sujeitos passivos. A sua concretização permitia que, através de uma lacuna da lei, se usufruísse do regime de neutralidade fiscal e de todos os benefícios que a este são inerentes, designadamente, o da possibilidade de transmissão para a sociedade beneficiária de prejuízos fiscais gerados na esfera da sociedade transmitente.

motivações económicas não influenciam, por si só, o recurso a mecanismos como estes. Na verdade, ao analisar a realidade de uma empresa percebemos que nem sempre aquelas operações beneficiam satisfatoriamente a sua saúde financeira. Muitas vezes, o recurso às mesmas gera gastos que não foram calculados e incrementa a existência de riscos indesejáveis. Isto posto, entendemos que o que remete aqueles operadores a enveredarem por este tipo de estratégias é, derradeiramente, a obtenção de poupanças fiscais.<sup>70</sup> Designadamente, a reestruturação pode aproveitar-se para que sejam transmitidos prejuízos fiscais de uma entidade deficitária para outra que apresente lucros tributáveis elevados, sendo a consequência, por fim, a diminuição do montante de imposto a pagar.<sup>71</sup> Como veremos, não obstante todas as limitações impostas pela lei, a previsão desta possibilidade é altamente apelativa. Dedicaremos o capítulo seguinte à análise do direito ao reporte de prejuízos fiscais da sociedade beneficiária partindo da mecânica por trás do instituto.

---

<sup>70</sup> Este estímulo fará com que as operações de reestruturação se potenciem como instrumentos de planeamento fiscal.

<sup>71</sup> Cf. Jacob Nussim e Acraham Tabbach, “Tax-Loss Mechanisms”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 81, Issue 4, Article 3, 2014, p. 1511.

## **5. A transmissão de prejuízos fiscais na fusão de empresas**

### **5.1 Enquadramento**

Conforme esclarecemos no capítulo 1, da consideração isolada dos períodos de tributação resultam perversas consequências. Daí que, como exaltámos, surja a necessidade de ultrapassar esta divisão e se considere a existência de uma certa solidariedade entre os exercícios. Para atenuar os efeitos desta divisão prevê-se a possibilidade de reporte de prejuízos fiscais, tal como determina o artigo 52.º do CIRC.

Os prejuízos realizados por um determinado sujeito passivo no decorrer de um exercício, influenciarão a obrigação de imposto nos períodos de tributação seguintes. O mesmo princípio se aplicará no caso da entidade que gera os prejuízos fiscais ser integrada, por resultado de uma operação de reestruturação, noutra sociedade. O sistema fiscal, perante uma operação daquela natureza, vai permitir que juntamente com a transmissão do património da empresa se transmita também o direito ao reporte dos prejuízos fiscais.<sup>72</sup> O que é gerado na esfera de um sujeito passivo (sociedade fundida ou incorporada), será tributado na esfera de outro sujeito diferente, que suceda no património (sociedade beneficiária ou incorporante), em prol de uma eficiente alocação do rendimento empresarial.<sup>73</sup> Apesar de se alterar o titular jurídico, uma vez verificada a continuidade da atividade empresarial, continuam a poder deduzir-se fiscalmente os prejuízos obtidos em exercícios anteriores à integração.

### **5.2. O reporte**

Ainda que o objetivo primeiro do regime de neutralidade fiscal aplicável às operações de fusão previstas no artigo 73.º, n.º 1 do CIRC seja o de consagrar o diferimento da tributação, não se pode concluir que o mesmo encerre, unicamente, este efeito. Para que a fusão seja neutra no plano fiscal, deverão ser concedidos outros benefícios ou desagravamentos estruturais paralelos ao núcleo central do regime – só assim estarão reunidas todas as condições para a realização de uma operação que se possa qualificar de verdadeiramente neutra.

---

<sup>72</sup> Cf. Torres, “A Portabilidade...”, cit., p. 114.

<sup>73</sup> O mesmo ocorreria se estivéssemos no âmbito da tributação de grupos de sociedades, tal como previsto nos artigos 69.º e seguintes do CIRC.

Nesta senda, um dos desagravamentos estruturais mais relevantes profetizado pelo sistema fiscal radica na possibilidade de a sociedade incorporante deduzir, sob determinadas condições, os prejuízos fiscais imputáveis ao património da sociedade fundida e ainda não utilizados, aos seus lucros tributáveis.

Apesar de os operadores económicos optarem por estratégias de fusão tendo em vista, essencialmente, o diferimento de imposto, a verdade é que a possibilidade que lhes é concedida de transmitirem prejuízos fiscais reforça, em muito, aquela opção. Se não fosse concedida esta possibilidade à sociedade incorporante, então estaríamos perante um claro desincentivo à reorganização da estrutura empresarial, o que contraria todo o propósito do regime especial aplicável às operações de reestruturação. A transmissibilidade dos prejuízos permitirá que se assegure a tributação do rendimento real da empresa, mesmo que lucros e prejuízos sejam gerados na esfera de sujeitos passivos distintos.<sup>74</sup>

O artigo 75.º do CIRC regula a transmissão de prejuízos fiscais no contexto de operações neutras. No seu n.º 1, prevê a regra geral transversal ao mecanismo de reporte, segundo a qual “os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante, nos termos e condições estabelecidos no artigo 52.º”. O regime aplica-se à fusão de sociedades portuguesas, ainda que a beneficiária seja residente noutro EM da UE. O n.º 3 do artigo 75.º do CIRC, alarga o âmbito de aplicação do n.º 1 e, no que concerne às operações de fusão, aplica-se igualmente o regime nos seguintes casos: quando a sociedade transmitente seja uma sociedade residente noutro EM da UE e transmita para uma sociedade residente em Portugal um estabelecimento estável (a seguir, EE) que aqui se localiza<sup>75 76</sup>; e, quando a operação ocorre entre sociedades residentes noutros EM da UE e se transmite um estabelecimento estável localizado em Portugal.<sup>77</sup>

### **5.2.1 Limites à transmissibilidade**

Uma vez que o património abrange direitos e obrigações, diremos que a sua composição é verdadeiramente híbrida, o sucessor receberá “tanto bens, como dívidas”.<sup>78</sup>

A transmissibilidade de prejuízos fiscais no contexto de operações de reorganização não é, todavia, integralmente livre. Antes de mais, apenas será de admitir a transmissão de prejuízos

---

<sup>74</sup> Cf. Torres, “A Portabilidade...”, cit. p. 131.

<sup>75</sup> Cf. artigos 5.º do CIRC e 5.º da Convenção Modelo da OCDE para a definição de estabelecimento estável.

<sup>76</sup> Cf. al. b), do n.º 3, do artigo 75.º do CIRC.

<sup>77</sup> Cf. al. c), do n.º 3, do artigo 75.º do CIRC.

<sup>78</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit. p. 33.

quando a operação se realize ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. Porém, o âmbito de aplicação do regime de neutralidade é muito vasto quando comparado com o âmbito de aplicação do artigo 75.º do CIRC (como vimos, a transmissibilidade é permitida apenas quanto às operações circunscritas no artigo 75.º, n.º 1 e n.º 3 do CIRC, não sendo aplicável a todas as operações reguladas no artigo 73.º do mesmo diploma).<sup>79</sup>

Uma vez que através da operação passa a existir apenas uma contabilidade, o mecanismo está ainda condicionado pela aplicação de limites de natureza quantitativa.

Até à Reforma do IRC de 2014, como a transmissibilidade dos prejuízos não operava automaticamente, estando antes dependente de autorização ministerial, era concedida a faculdade ao Ministro das Finanças para, no despacho de autorização, fixar um plano específico de dedução, que relevava a quantificação dos prejuízos imputáveis à sociedade transmitida.<sup>80</sup> O problema, contudo, residia em saber como se imputava à atividade transmitida a parte que lhe correspondia nos lucros globais da sociedade beneficiária. A Direção Geral dos Impostos, através da Circular 7/2005, de 16 de maio, introduziu algumas instruções genéricas com o intuito de nortear a aplicação daquele limite.

Todavia, não era ainda claro qual o modelo de transmissibilidade a seguir. A Circular foi alvo de inúmeras críticas, desde logo porque a sua motivação (harmonizar os interesses do Estado com o regime de neutralidade) não se coaduna com o princípio da continuidade. Qualquer limitação ao benefício da transmissibilidade com base neste fundamento, prevê-se, inelutavelmente, ilegal.

Para resolver as deficiências legislativas, a Reforma do IRC de 2014 introduziu algumas alterações nesta matéria. Hoje, nas operações em que tanto a sociedade fundida como a incorporante sejam residentes em Portugal, a dedutibilidade dos prejuízos está limitada, em cada exercício, “ao valor correspondente à proporção entre o valor positivo do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades envolvidas na fusão, determinados com base no último balanço anterior à operação”.<sup>81</sup> Impõe-se, assim, uma certa identidade entre o património a que são imputados os prejuízos e aquele a cujo lucro serão os mesmos deduzidos. O objetivo é alocar os prejuízos da sociedade fundida, impondo-

---

<sup>79</sup> Designadamente, exclui-se a transmissibilidade dos prejuízos fiscais de ramos de atividade destacados nas cisões, (que não impliquem a extinção da sociedade cindida) ou nas entradas de ativos realizadas por sociedades portuguesas. – Para mais esclarecimentos cf. Mendes, “IRC...”, cit. p. 424.

<sup>80</sup> Acresce que, aquela autorização estava dependente da demonstração de “razões económicas válidas” subjacentes à estratégia de redimensionamento, bem como dos “efeitos positivos na estrutura produtiva” do sujeito passivo. – Cf. artigo 75.º, n.º 2 do CIRC anterior à Lei 2/2014, de 16 de janeiro.

<sup>81</sup> De notar a opção do legislador por um critério proporcional, aferido com base no justo valor dos patrimónios das sociedades intervenientes na operação. – Cf. n.º 4 do artigo 75.º do CIRC (redação aprovada pelo artigo 2.º da Lei n.º 82-C/2014 e 31 de dezembro).

se que sejam utilizados apenas até ao limite dos lucros que eventualmente vierem a ser obtidos pela atividade que os gerou. Se a sociedade incorporante pudesse deduzir os prejuízos transmitidos aos lucros tributáveis gerados noutras ramos de atividade (que já prosseguia antes da fusão), estaríamos perante um verdadeiro benefício fiscal.<sup>82</sup> No entanto, a sociedade incorporante já não estará impedida de deduzir aos lucros tributáveis gerados nas atividades transmitidas, os prejuízos fiscais gerados noutras atividades, quer tenham ocorrido antes ou depois da operação de fusão.

Não obstante, refira-se que a utilização dos prejuízos transmitidos, assim como dos prejuízos gerados noutras atividades, sempre estará limitada pela regra do artigo 52.º, n.º 2, segundo a qual a dedução nunca poderá exceder 70% do lucro tributável da sociedade incorporante.

Acresce que, consequência do alargamento do âmbito de aplicação do artigo 75.º, o n.º 5 deste normativo prevê que nos casos das als. a) e c) do n.º 3, é ao lucro tributável do estabelecimento estável situado em Portugal que se deduzem os prejuízos fiscais, mas apenas na medida em que os prejuízos lhe sejam imputados (tudo se mantém, então, como se a transmissão não tivesse acontecido).

Ainda, o artigo 75.º continha, no seu n.º 1, al. d) uma limitação que respeitava à dedução de prejuízos no âmbito de operações em que se transmitisse um EE de uma sociedade residente noutra EM da UE para uma residente em território português. A alínea foi, entretanto, revogada pela Reforma de 2014 uma vez que não se aplicando à transmissão de ramos de atividade entre sociedades portuguesas, era altamente discriminatória.

### **5.3. O paralelismo com os benefícios fiscais**

Os benefícios fiscais, porque aptos a introduzir distorções ao princípio da igualdade, consideram-se medidas de carácter altamente excecional. O desígnio da sua criação é a tutela de interesses extrafiscais considerados tão relevantes que se encaram como superiores aos da própria tributação a que obstem.<sup>83</sup> Caracterizam-se por consubstanciarem paralisações à incidência das normas tributárias e por concretizarem isenções aos rendimentos ou deduções à matéria coletável, sendo que, como tal, estarão aptos a atingir o apuramento do montante de imposto a pagar.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Cf. João Magalhães Ramalho, “O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Ativos e Permuta de Partes Sociais”, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 210.

<sup>83</sup> Cf. artigo 2.º EBF.

<sup>84</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit., p. 143.

### 5.3.1 Aproveitamento de benefícios fiscais

Como vimos, vigorando no ordenamento jurídico-tributário os princípios da igualdade e da neutralidade fiscal, não se permite que o legislador adote entraves à realização do mercado único. Esta premissa, além de originar complexas consequências como as que temos vindo a analisar, cria, também, importantes implicações ao nível dos benefícios fiscais.

Na versão embrionária do regime de neutralidade, apesar de se assegurar desde logo a transmissão de prejuízos fiscais, não se descobriam no CIRC indicações expressas quanto à transmissão de benefícios fiscais.<sup>85</sup> Isto posto, apesar da sociedade que se extingue transferir a totalidade do seu património para a sociedade beneficiária, a sucessão no que a benefícios fiscais concerne estava, de forma irrazoável, impedida. Esta via-se, então, impossibilitada de usufruir daqueles benefícios, o que consubstanciava um verdadeiro desrespeito pelo princípio da capacidade contributiva (a verdadeira situação contributiva e o valor de imposto a pagar não se conformam). Aquilo que pretensamente seria neutral torna-se excessivamente oneroso e leva os operadores económicos a repensar seguir estratégias desta natureza.

A Reforma do IRC vem, finalmente, corrigir essa distorção. O atual artigo 75.º-A do CIRC, conjugado com o artigo 15.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), prevê que à sociedade beneficiária sejam transmitidos os benefícios fiscais gerados pela sociedade transmitente e que ainda não foram deduzidos. O regime será automaticamente aplicável, não dependendo, por isso, de qualquer autorização. Contudo, tal como no caso dos benefícios fiscais, apenas será de aplicar nos casos em que a operação de fusão reúna todos os pressupostos exigíveis para a aplicação do regime de neutralidade fiscal.

Embora a benesse da transmissibilidade de benefícios fiscais se aplique às operações de fusão em primeira linha, alargar-se-á às operações de cisão e entrada de ativos, embora no âmbito destas esteja dependente da autorização do membro do Governo responsável pela área das Finanças, nos termos do n.º 3 do artigo 75.º-A do CIRC.<sup>86</sup>

Das sucessivas remissões para o artigo 74.º do CIRC resulta que a transmissão de benefícios também seja autorizada quando decorra de uma operação de fusão e o património em questão seja afeto a um EE localizado em Portugal.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> O mesmo acontecendo quando à (falta de) previsão da dedutibilidade de gastos de financiamento, gastos esses que a beneficiária passaria a suportar após a fusão.

<sup>86</sup> Os critérios para a autorização estão previstos na Portaria n.º 275/2014, de 26 de dezembro.

<sup>87</sup> Cf. artigo 74.º, al. a) e c).

## 6. O abuso

Nas palavras de M. H. Freitas Pereira, “*é inerente à racionalidade económica, quer no plano pessoal quer no plano empresarial, a minimização dos impostos a suportar*”.<sup>88</sup> As reestruturações sujeitas ao regime de neutralidade fiscal, por consubstanciarem comportamentos de substituição, contém, em si mesmas, ingredientes de planeamento fiscal.<sup>89</sup> O fator “diferimento da tributação” – sugerido pelo próprio legislador –, torna estas operações demasiado apetecíveis e promove-as como fonte de condutas abusivas.

A oportunidade de modificar a forma jurídica através da qual se executa uma atividade empresarial criará, inelutavelmente, uma zona de risco ao nível do controlo tributário.<sup>90</sup>

Não obstante, a verdade é que o sujeito passivo tem o direito de nortear as suas decisões em função da carga fiscal aplicável, desde que o faça num panorama de licitude. Assim, não é possível garantir que qualquer operação motivada pela obtenção de vantagens fiscais é contrária aos desígnios do regime de neutralidade. Há que perceber, antes de mais, se a operação está ou não em conformidade com a letra e espírito da lei, i.e., se o objetivo é ou não a obtenção de poupanças fiscais ilegítimas e contrárias ao espírito do regime.<sup>91</sup>

Nesta senda, o sistema fiscal viu-se obrigado a criar mecanismos que permitam a aplicação correta das normas e princípios próprios do ordenamento jurídico-tributário, impedindo que o regime de neutralidade seja utilizado como utensílio de fraude e evasão fiscais<sup>92</sup>. Como já vimos, o regime de neutralidade é muito exigente quanto às operações que abrange, o que restringe, desde logo, o seu âmbito de aplicação. Ainda assim, a sua aplicação ficará vedada a todas as operações que, apesar de preencherem o tipo legal do artigo 73.º, n.º 1, não são encetadas por razões económicas válidas.

Este limite é colhido no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC (norma adotada ao abrigo do disposto na al. a), do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva Fusões) que edifica uma cláusula anti abuso específica.<sup>93</sup> Tratam-se de normas que visam combater comportamentos específicos e

---

<sup>88</sup> Cf. H. P. Pereira Freitas, “Fiscalidade”, 5.º ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 447.

<sup>89</sup> Por planeamento fiscal entenda-se “qualquer esquema ou atuação que determine ou se espere que determine, de modo quase exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal”. O sujeito passivo analisa o problema, e atua na perspetiva da redução do imposto a pagar.

<sup>90</sup> Francisco de Sousa Câmara, “As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti Abuso Prevista no Artigo 67.º, n.º 10 do CIRC” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 71.

<sup>91</sup> Cf. Lobo, “As Operações...”, cit., p. 147.

<sup>92</sup> Cf. Ana Rocha, “Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal: Interpretação Autónoma e Pluralismo Jurídico”, *Cadernos IDEF*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 115.

<sup>93</sup> Por conseguinte, é à luz do artigo 73.º, n.º 10 do CIRC e não da cláusula geral anti abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2 a LGT que deve analisar-se a legitimidade das operações aqui em apreço.

potencialmente abusivos. O que as diferencia da cláusula geral anti abuso é, principalmente, o facto de esta última estar condicionada ao escrutínio do juízo administrativo (enquanto que, naquelas, a sua aplicação será mais ou menos automática).<sup>94</sup>

## **6.1 A cláusula anti abuso**

A área das reestruturações é o principal foco do legislador em matéria de cláusulas anti abuso específicas, o que se deve ao facto de ser especialmente difícil a deteção de condutas abusivas por trás da operação.

A cláusula em análise visa a não aplicação do regime especial de tributação quando as operações de reestruturação “*tiverem como principal objetivo ou como principais objetivos a evasão fiscal*”, o que se presume, *ad exemplum*, quando não tiverem sido realizadas por razões económicas válidas.<sup>95</sup>

Devemos interpretar esta cláusula à luz da doutrina da proibição do abuso desenvolvida pelo TJUE. Neste sentido, destacamos três elementos essenciais vertidos no artigo 73.º, n.º 10 que analisaremos de seguida.

Antes, ainda, convém ressaltar que sendo o regime de neutralidade fiscal aplicável de forma automática (quando cumpridos os seus requisitos), livre de qualquer autorização, sempre que a AT entender desaplicar o referido regime por razões de abuso, deverá diligenciar por um procedimento de inspeção sobre o sujeito passivo, usufruindo de certa discricionariedade para decidir se estão ou não preenchidos os requisitos de aplicação do regime. Caso se demonstre que a operação foi abusiva, o mecanismo de diferimento cessa os seus efeitos e a AT procede às correspondentes liquidações adicionais de imposto.

### **6.1.1 A previsão normativa**

O primeiro elemento que destacaremos integra-se na expressão “*operações abrangidas pelo mesmo*”, e consiste no seguinte: o enquadramento da operação é condição *sine qua non* para a aplicação da norma anti abuso. Ou seja, para sabermos se a operação beneficia ou não do regime de neutralidade fiscal, há que, previamente, averiguar se está incluída numa das quatro operações meticulosamente abrangidas e definidas no artigo 73.º do CIRC.

---

<sup>94</sup> Cf. J. L. Saldanha Sanches, “Os Limites do Planeamento Fiscal”, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206.

<sup>95</sup> Cf. Mendonça, “Entrada...”, cit. p. 111.

## **6.1.2 Artificialidade**

Conferido aquele elemento (i.e., quando não restarem dúvidas quanto à natureza da operação), deve verificar um segundo: se a sociedade cumpre ou não com os requisitos específicos do tipo legal. É imperativo saber se a operação foi organizada de forma puramente artificial e se apenas se subsume à norma porque organizada artificialmente para o efeito. Há que apurar se o único objetivo é beneficiar do regime especial não havendo qualquer racionalidade económica que justifique a operação. Este segundo elemento verifica-se quando:

- se obtenha vantagens de natureza fiscal resultantes da operação (realizada no âmbito do regime de neutralidade);
- o principal objetivo da operação seja a obtenção dessas vantagens.

### **6.1.2.1 Vantagens fiscais**

A definição de “vantagens fiscais” é a tarefa mais complexa no processo de aplicação da norma anti abuso. O TJUE tem entendido que, mais relevante do que a razão pela qual o sujeito atua, é a finalidade com que o faz. Para saber qual o objetivo principal da operação, é essencial averiguar da existência de uma justificação económica que ultrapasse a obtenção de vantagens fiscais. Se apenas existirem vantagens fiscais e não se apurarem outros resultados relevantes, concluir-se-á que o objetivo da operação é puramente fiscal. Ainda, mesmo que o objetivo não tenha sido exclusivamente esse, basta que tenha sido a razão preponderante para a realização da operação para que seja aplicada a cláusula anti abuso em apreço. A questão foi escrutinada no Ac. Foggia<sup>96</sup> a propósito de uma operação de fusão realizada em 2003. A Foggia, SGPS, S.A. era uma sociedade portuguesa gestora de participações sociais que, por fusão, incorporou três sociedades análogas do mesmo grupo. No âmbito da operação, dirigiu um pedido ao Secretário de Estado dos assuntos fiscais (SEAF) com vista a obter autorização para deduzir prejuízos das sociedades incorporadas. Acontece que, o SEAF defere o pedido quanto a duas das sociedades, tendo decidido pelo indeferimento quanto ao pedido da terceira, sustentando para tal que a operação estaria minada por ausência de razões económicas relevantes. Em 2008, a sociedade recorre para o STA, que por sua vez decide pelo reenvio para o TJUE. O objetivo era perceber se a interpretação do conceito de “razões económicas válidas” feita pelo Secretário

---

<sup>96</sup> Ac. do TJUE proferido no âmbito do processo C-1267/10, de 10 de novembro de 2011.

de Estado era o mesmo que o acolhido na Diretiva Fusões.<sup>97</sup> O TJUE pronunciou-se e entendeu que, no caso concreto, o peso das vantagens fiscais era incomparavelmente superior aos ganhos de eficiência, que qualificou como “perfeitamente marginais”.<sup>98</sup> Conclui, nesta senda, que os motivos para a realização da operação eram essencialmente fiscais e, como tal, a operação sempre seria considerada artificial. Salienta o Tribunal que a poupança resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão não constitui, *per si*, uma razão económica válida, sendo que tal já inerente à própria essência das operações de reorganização.

No fundo, o TJUE interpreta o elemento da artificialidade com base na expressão “razões económicas válidas”. Perante a inexistência de motivos economicamente válidos que sustentem a operação, à mesma serão retirados os benefícios resultantes da aplicação do regime de neutralidade fiscal.<sup>99</sup>

De notar que, aquando da análise das razões que subjazem a reestruturação, deverão ter-se em atenção a importância dos aspetos fiscais quando conjugados com os benefícios económicos que a operação potencie. Se existirem razões económicas válidas, a aplicação da cláusula anti abuso não terá lugar, independentemente do montante do proveito diferido.<sup>100</sup>

### 6.1.3 O propósito

A seguinte premissa edifica o terceiro elemento de uma prática abusiva: os resultados da reorganização deverão conciliar-se com o desígnio e os princípios subjacentes ao regime de neutralidade fiscal, caso contrário, será considerada abusiva. Como vimos, as empresas têm plena liberdade para conformar as suas atuações do ponto de vista fiscal, não obstante estar restringido o uso de instrumentos conflituantes com a eficiência organizacional e, bem assim, com a intenção normativa.<sup>101</sup>

Uma vez que apenas se aplica o regime de neutralidade às operações que impliquem a continuidade no investimento e da empresa, se uma das características entre eficiência e continuidade não estiver presente na estrutura que resulta da reorganização, entende-se que foi violado o propósito normativo daquele regime especial. O núcleo central deste elemento é o

---

<sup>97</sup> Quanto à definição de “razões económicas válidas” *vide*. ponto 6.2.2.

<sup>98</sup> Cf. parágrafo 47 Ac. Foggia.

<sup>99</sup> Cf. João Félix Nogueira, “Abuso de Direito em Fiscalidade Direta. A Emergência de um Novo Operador Jurisprudencial Comunitário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VI, 2009, p. 262 – 265.

<sup>100</sup> Cf. Cantista, “IRC...”, cit. p. 404.

<sup>101</sup> O segundo e terceiro elementos estão correlacionados, e integram-se na expressão “*principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal*”.

recurso a “expedientes puramente artificiais” com o único propósito de ludibriar o imposto supostamente devido.<sup>102</sup> Será o exemplo crasso de uma operação que se realize com o exclusivo intuito de aproveitar prejuízos fiscais.

## **6.2 Índícios de abuso**

A par destes três elementos, o artigo 73.º, n.º 10 prevê duas situações em que se entende existirem indícios fortes de abuso na realização da operação, ou seja, indícios de que estamos perante um caso de evasão fiscal.<sup>103</sup> Ao sujeito passivo caberá elidir estas presunções, devendo demonstrar que a operação não foi motivada por intuítos tão-somente tributários.

### **6.2.1 Entidades sujeitas a regimes de tributação distintos**

As sociedades intervenientes nas operações de reestruturação, além de estarem necessariamente sujeitas e não isentas de IRC para que se aplique o regime de neutralidade<sup>104</sup>, devem ainda estar sujeitas ao mesmo regime de tributação em IRC. Seria, p. ex., o caso de operações envolvendo sociedades da Zona Franca da Madeira, sujeitas a um regime de redução de taxa de IRC, derivado do artigo 36.º EBF, e sociedades no restante território português.<sup>105</sup>

Todavia, acompanhamos António Rocha Mendes e entendemos que o critério aqui utilizado pelo legislador é demasiado ambíguo. Senão, imagine-se uma situação em que duas sociedades sujeitas a diferentes taxas de tributação claramente não acusam abusos na aplicação do regime de neutralidade. Ou, *a contrario*, o caso de duas sociedades sujeitas ao mesmo regime de tributação, mas que apenas realizam a operação porque a transmitente, deficitária, apresenta elevados prejuízos fiscais que aproveitarão a beneficiária.<sup>106</sup>

### **6.2.2 Inexistência de razões económicas válidas**

O segundo indício de abuso previsto no n.º 10 do artigo 73.º, consiste na inexistência de razões económicas válidas que sustentem a realização da operação. A validade das razões

---

<sup>102</sup> Cf. Nogueira, “Abuso...”, cit. p. 276.

<sup>103</sup> Cf. Ramalho, “O Regime...”, cit., p. 21.

<sup>104</sup> Cf. artigos 73.º, n.º 7 e 77.º, n.º 2, al. h), ambos do CIRC.

<sup>105</sup> Esta presunção não se encontra prevista na Diretiva Fusões e será de aplicar às operações exclusivamente internas, já que só em relação a estas os intervenientes são sujeitos passivos de IRC.

<sup>106</sup> Para uma análise mais detalhada desta temática, veja-se Mendes, “IRC...”, cit. p. 463.

económicas é apreciada em linha com os objetivos do regime de neutralidade fiscal, nomeadamente, com o objetivo de neutralizar a tributação que incidiria sobre operações que potenciam ganhos de eficiência organizacionais. O TJUE, no Ac. *Leur-Bloem*<sup>107</sup> veio definir, em traços gerais, o conceito de “razões económicas válidas”, entendendo que as vantagens fiscais, apesar de efetivamente constituírem razões económicas, nunca poderiam considerar-se como “válidas” porque a poupança fiscal não foi, *ad initio*, o motivo pelo qual os EM aceitaram postergar o seu interesse creditício. A operação, no caso concreto, por não se basear naquelas motivações, foi qualificada como potencialmente/presumivelmente abusiva.

Todavia, acrescenta o tribunal que, para verificar se o conceito está preenchido, as autoridades nacionais devem atuar caso a caso<sup>108</sup>, tendo em conta a perspetiva do negócio em apreço: deverá confirmar-se a intenção de gerar ganhos de eficiência estruturais através da operação de reestruturação. Revelada uma razão económica válida, abre-se a porta ao contribuinte para que decida pelo caminho fiscalmente menos oneroso.

No caso da transmissão de prejuízos fiscais nas operações sujeitas ao regime de neutralidade, pode também condicionar-se a transmissibilidade pela falta de preenchimento do conceito de “razões económicas válidas”. Esta área merece, aliás, particular preocupação anti abusiva, podendo inclusive, como vimos, serem ou não fixados determinados limites para a realização daquela transmissão.

Ressalve-se que, como suprarreferido, a operação de reestruturação empresarial não constitui abuso somente porque se obtiveram vantagens fiscais, apenas o sendo se tal vantagem for atingida através de meios intencionalmente artificiais e vazios de quaisquer motivações económicas.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Neste caso discutia-se a aplicação dos artigos 2.º, al. d) e 11.º, n.º 1, al. a) da Diretiva 90/434/CEE. *Leur-Bloem*, única acionista de duas sociedades holandesas decide adquirir as ações de uma outra sociedade (uma *holding*), sendo que o pagamento se efetuará por permuta com as ações daquelas duas primeiras sociedades. *Leur-Bloem* tornar-se-ia também, após a operação, acionista única destas últimas. O art. 11.º da Diretiva confere aos Estados o poder de recusar a aplicação do regime de neutralidade às operações que se efetuarem sem “razões económicas válidas”. – Cf. Ac. do TJUE proferido no âmbito do processo C-28/95, de 17 de julho de 1995.

<sup>108</sup> Cf. parágrafo 41 do Ac. *Leur-Bloem*.

<sup>109</sup> Cf. parágrafos 47 e 48 do Ac. *Leur-Bloem*.

## 7. Conclusão

Com a presente dissertação a intenção primeira radica em aclarar a complexidade que tem torneado o mecanismo de reporte de prejuízos fiscais. Como vimos, a tributação do rendimento das empresas, para que resulte justa, depende da adoção de mecanismos que se provem aptos a contrariar os efeitos nefastos da periodização do lucro tributável. A obtenção de lucros num determinado ano não garante a inexistência de prejuízos no ano seguinte, a comunicabilidade entre uns e outros revela-se de inqualificável importância.

Isto posto, o Estado permite-se ficar “fora de jogo” quando as entidades não apresentem lucros tributáveis. Os prejuízos gerados num dado exercício comunicar-se-ão a eventuais lucros apurados nos exercícios seguintes e, conseqüentemente, a estes serão dedutíveis. Conquanto o Estado abdique de jogar, apenas o faz até determinados limites. De entre as limitações impostas, a que mais tem sofrido alterações é a do período em que o reporte é permitido. Os diferentes limites temporais que o mecanismo tem conhecido são resultado direto do confronto entre os interesses creditícios do Estado e objetivo de estimular o investimento. De notar que a fixação do período de reporte nos cinco anos é controversa. Uma das matrizes da Reforma do IRC foi aumentar aquele período para os quinze anos, tendo-se fixado, a final, nos doze. Estaríamos, em princípio, perante uma clara preocupação do legislador em fomentar o crescimento da economia nacional. Contudo, a atitude quase esquizofrénica de, apenas um ano depois, se fixar o referido limite em menos de metade do admitido, cria constrangimentos graves nas empresas deficitárias (não lhes permitindo aproveitar de forma plena os benefícios do mecanismo) e desincentiva os operadores a arriscar no investimento.

Intenção nossa foi também demonstrar que, ainda em matéria de dedução de prejuízos, se encontram exceções ao princípio da identidade jurídica, designadamente, no âmbito de operações de reestruturação. Estas operações caracterizam-se por consubstanciarem a transmissão da estrutura jurídica da empresa, sem que quaisquer *cash flows*. Daí que tributar estas realidades resultaria em graves obstáculos ao fortalecimento do tecido empresarial nacional e, ao nível da UE, à realização do mercado único. De acordo com o n.º 11 do Decreto Preambular que aprovou o CIRC<sup>110</sup>, a área das reestruturações “faz sentir a necessidade de adotar uma postura de neutralidade”. A neutralidade é uma resposta do ordenamento para contrariar eventuais entorses criados pelo regime de tributação geral, o que significa, no fundo, que não deve evitar-se que as opções dos operadores sejam norteadas por motivações fiscais.

---

<sup>110</sup> Decreto-Lei n.º 442-B/8, de 30 de novembro.

O regime especial de tributação das reorganizações de sociedades permite que o pagamento do imposto seja diferido para momento posterior (o da verdadeira realização em que haverá, finalmente, resultados a tributar), mas apenas estará verdadeiramente assegurado se a essa benesse se alearem algumas outras. Se uma sociedade for integrada através de uma operação de fusão e tiver apurado prejuízos fiscais, à sociedade que a integra deve ser permitido deduzir aos seus lucros aqueles mesmos prejuízos. Caso contrário, desrespeitar-se-ia a norma constitucional segundo a qual as empresas são tributadas pelo seu rendimento real. Obviamente, os sujeitos passivos não terão total liberdade para proceder àquela dedução (apesar de o sistema estar muito mais permissivo após a Reforma do IRC), antes enfrentando limites bem demarcados que os impeçam de reconduzir as suas atuações ao comércio de prejuízos fiscais.

Todos estes limites se impõem porque, tendo em conta a complexidade do sistema fiscal, fica aberto o caminho para que os sujeitos passivos melhor informados aproveitem as deficiências legislativas e usufruam do panorama legal para diminuir os encargos fiscais que suportam e retirem vantagens fiscais que, de outra forma, não retirariam. Apenas será aplicável o regime de neutralidade e, conseqüentemente, todas as suas benesses, se a atuação do sujeito passivo se enquadrar *intra legem*. Por sua vez, já não será de aplicar quando as operações em apreço tiverem como principal desígnio a evasão fiscal o que se presumirá, como vimos, se não forem motivadas por “razões económicas válidas”. As vantagens proporcionadas pelo ordenamento não visam abranger comportamentos abusivos que defraudem os objetivos do regime de neutralidade. Por isso mesmo, o legislador optou pela incorporação de uma norma específica anti abuso através da qual se possa descortinar quando estamos perante “*a deal in search of a structure*” ou, ao invés, perante “*a structure in search of a deal*”.<sup>111</sup>

Dito isto, poderíamos ser levados a pensar que a organização do sistema fiscal, no que à tributação das operações de reorganização concerne, é perfeitamente coerente e sempre assenta em regras sólidas e conceitos adequados à sofisticação das transações levadas a cabo pelos agentes económicos. Contudo, esta não é a realidade que se nos apresenta. A verdade é que o emaranhado de normas que delimita a tributação das operações societárias não facilita a total eficiência do regime, o que terá conseqüências ao nível do investimento pelos empresários. Se os mesmos não sentirem uma total transparência por parte do ordenamento que lhes permita antecipar as conseqüências da sua gestão, jamais sentirão perfeita segurança e motivação para proceder à reorganização dos seus negócios. De notar ainda que no que respeita a esta vasta

---

<sup>111</sup> António Fernandes Oliveira, “A legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Anti Abuso e os Conflitos de Interesse”, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 20.

matéria das reestruturações empresariais, a doutrina nacional permanece verdadeiramente escassa, deixando os operadores económicos relativamente alheios ao entendimento das normas e aos corolários da sua aplicabilidade.

## **Bibliografia**

BOTREL, Sérgio (2012) *Fusões e Aquisições: aspetos estratégicos, estruturas e aspetos societários, aspetos negociais e contratuais, aspetos fiscais*, São Paulo: Editora Saraiva

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

CANTISTA, Tomás Tavares (2011) – *IRC e Contabilidade. Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra: Almedina

CATARINO, João Ricardo e Vasco Branco Guimarães (2017) – *Lições de Fiscalidade*, Vol. 1, 5ª ed., Coimbra: Almedina

FERNANDES, António Fernandes (2009) – *A Legitimidade do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora

FREITAS, Manuel Henrique Pereira (2010) – “Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Ativos – Novos Desenvolvimentos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. 2, Coimbra: Almedina

FREITAS, Manuel Henrique Pereira (2014) – *Fiscalidade*, 5ª ed., Coimbra: Almedina

LOBO, Filipe Carlos (2006) – “Neutralidade das Fusões: Benefício Estrutural ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de Prejuízos”, *Fiscalidade*, n.ºs 26/27, pp. 30-61

LOBO, Filipe Silva (2016) – *As Operações de Reestruturação Empresarial Como Instrumento de Planeamento Fiscal*, Coimbra: Almedina

MACHADO, Jonatas e Paulo Nogueira Costa (2016) – *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina

MARTINS, António (2009), “A influência da lei fiscal nas decisões de reestruturar: uma perspetiva financeira” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora

MARTINS, António (2012), “Personal Income Taxation in Portugal: Moving towards Tax Neutrality between Capital Gains and Dividends”, *INTERTAX*, Vol. 40, Issue 4, Kluwer International Law

MATOS, Pedro Verga e Vasco Rodrigues (2000) – *Fusões e Aquisições: Motivações, Efeitos e Políticas*, Cascais: Principia

MENDES, António Rocha (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa: Universidade Católica Editora

MENDONÇA, Maria Júlia Ildefonso (2016), “*Entrada de Ativos e Permuta de Partes Sociais no Regime da Neutralidade Fiscal - Uma análise comparativa*”, Coimbra: Almedina

MORAIS, Rui Duarte (2009), *Apontamentos ao IRC*, Coimbra: Almedina

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

NUSSIM, Jacob e Acraham Tabbach (2014), “Tax-Loss Mechanisms”, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 81, Issue 4, Article 3, pp. 1511 e ss.

OLIVEIRA, António Fernandes (2009) – *A legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Anti Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra: Coimbra Editora

PEREIRA, Tânia Carvalhais (2010) – “Neutralidade Fiscal na Transmissão do Património por Dissolução”, *Fiscalidade*, n.º 41, pp. 17-28

PORTUGAL, António Moura (2004) – *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora

RAMOS, João Magalhães (2015) – *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Ativos e Permuta de Partes Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora

ROCHA, Ana Gabriela Ferreira (2013) – “Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal: Interpretação Autónoma e Pluralismo Jurídico”, *Cadernos IDEF*, Coimbra: Almedina

SALDANHA, J.L. Sanches, (1999) – *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, comunitário e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora

SALDANHA, J. L. Sanches (2008) – “Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração) Fiscal”, *Fiscalidade*, n.º 34, pp. 7 a 34

SOUSA, Domingos Ferreira (2013), *Direito Fiscal e Processo Tributário*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora

TEIXEIRA, Glória (2016) – *Manual de Direito Fiscal*, 4ª ed., Coimbra, Almedina

TORRES, Manuel Anselmo (2007) – “A critical overview of the treatment of tax losses in Portugal”, *Fiscalidade*, n.º 30, p. 75-81

TORRES, Manuel Anselmo (2009) “A Portabilidade de Prejuízos Fiscais” in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora

## **JURISPRUDÊNCIA**

Acórdão do TJUE de 17 de julho de 1997, A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, no processo C-28/97

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

## **SÍTIOS DA INTERNET**

<http://curia.europa.eu>

[info.portaldasfinancas.gov.pt](http://info.portaldasfinancas.gov.pt)