



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Dedução de Encargos Financeiros

Dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos obtidos na compra de capital social num momento anterior a uma operação de fusão

Marta João Xavier Pinto

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Dedução de Encargos Financeiros

Dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos obtidos na compra de capital social num momento anterior a uma operação de fusão

Marta João Xavier Pinto

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

Aos meus pais

Ao João

Resumo

O tema da presente dissertação resume-se na análise da dedutibilidade de encargos financeiros, tendo como questão essencial decidenda, a dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos obtidos na compra de capital social num momento anterior a uma operação de fusão.

Para cabal compreensão, atentando à numerosa litigância subjacente ao artigo 23º do CIRC, pretende-se descortinar o espírito da norma, analisando a jurisprudência e doutrina, de forma a simplificar e organizar a sua interpretação e enxergar as exigências cruciais de dedução fiscal dos gastos.

De seguida, prossegue-se um estudo do artigo 23º do CIRC na sua nova redação, alteração imposta pela reforma do CIRC de 2014. Especula-se sobre a sua interpretação e sobre se posteriormente, quando aplicada em casos concretos, se trata de uma resposta legislativa satisfatória. Principalmente, nas situações mais complexas, pretende-se trazer à discussão as dúvidas e as questões ligadas à dedutibilidade dos gastos de financiamento das pessoas coletivas e, especificamente, a dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos obtidos na compra de capital social num momento anterior a uma operação de fusão.

Assim, juntamente com o desconhecimento e da falta de preparação de *quem de Direito*, a matéria que efetivamente necessita de ser avaliada e estudada, daí a escolha deste tema, traduz-se na apaixonante e controversa nova redação do artigo 23.º do CIRC, dado serem praticamente inexistentes quaisquer estudos nesta matéria, encontrando-se a sua investigação no campo da mera especulação.

Palavras-chave: Anterior redação do artigo 23º do CIRC; Nova redação do artigo 23º do CIRC; Dedução de encargos financeiros; Financiamentos; Compra de capital social; Operação de fusão.

Abstract

This study concerns the analysis of financial charges deductibility, having as essential question the deduction of financial charges, in the purchase of social capital, before a merger operation.

Therefore, it is primordial to fully understand all specificities of the article 23° of the Portuguese Corporate Income Tax Code (hereinafter CIRC) and a vast amount of related case law, in order to simplify and organize their interpretation and to observe the crucial requirements of expenses tax deduction.

Then, we will continue the study of the article 23° of CIRC and its new wording, that was introduced in 2014. We will speculate on its interpretation and whether if it is a satisfactory legislative response, when applied to concrete cases. In the most complex cases, it is crucial to bring to discussion all inherent doubts and questions related to the legal entities financment expenditures deductibility, namely financial charges deductibility that derive from social capital purchase financements, previous to a merger operation.

Thereby, in conjunction with the lack of knowledge and preparation of those who need to be prepared, the matter that effectively needs to be evaluated and studied, hence the choice of this academic research, translates into the passionate and controversial new wording of the article 23.° of the CIRC, since there are practically no studies in this area, and the investigation is yet in the field of mere speculation.

Keywords: Previous wording of article 23° of the CIRC; New wording of article 23° of the CIRC; Financial charges deductibility; Financements; Social Capital purchase; Mergers.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	1
Introdução.....	3
CAPÍTULO I	5
1. Anterior redação do artigo 23º do CIRC	5
1.2. Interpretação do termo “indispensabilidade”	6
1.3. Necessidade de comprovação do gasto	9
CAPÍTULO II	11
2. Nova redação do artigo 23º do CIRC	11
2.1. Interpretação da nova redação do artigo 23º do CIRC	12
2.2. Comprovação dos gastos na nova redação do artigo 23º do CIRC	14
CAPÍTULO III	17
3. Dedução de encargos financeiros	17
3.1. Dedução de encargos financeiros provenientes de empréstimos bancários a título gratuito	19
3.2 Dedução de encargos financeiros provenientes de empréstimos a título de prestações acessórias de uma SGPS	20
CAPÍTULO IV	23
4. Dedução de encargos financeiros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social num momento anterior à operação de fusão	23
4.1. Regime fiscal de uma operação de Fusão	24
4.2. Nova redação artigo 75º do CIRC	25
4.3. As fusões inversas	26
4.4. Motivações da operação de fusão	27
4.5. Jurisprudência	28
CAPÍTULO V	35
5. Dedução de encargos financeiros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social numa operação de fusão na nova redação do artigo 23º do CIRC	35
Conclusão	39
Referências bibliográficas	43
Jurisprudência citada	45

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AT	Administração Tributária
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cfr.	Conferir
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIVA	Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado
CSC	Código das Sociedades Comerciais
IMT	Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IS	Imposto de selo
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária

LOE	Lei do Orçamento de Estado
nº	Número
ob. cit.	Obra Citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
SGPS	Sociedades Gestoras de Participações Sociais
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCA	Tribunal Central Administrativo

Introdução

O objeto da presente dissertação encontra-se na dedução de encargos financeiros, tendo em conta a alteração ao instituto da dedutibilidade dos gastos, com a reforma de 2014 ao CIRC. Expõe o seu núcleo primordial na dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos contraídos na compra de capital social de uma das sociedades num momento anterior a uma operação de fusão.

Iniciando-se o presente estudo pela mais elementar contextualização, o artigo 23º do CIRC consubstancia o conceito de gasto e os respetivos requisitos da sua dedução para efeitos de IRC, pretendendo opor-se à dedução e aceitação fiscal de gastos que não servem o interesse societário. Sendo a dedutibilidade de gastos fiscais em IRC a problemática mais conflituosa e tensional ente a Administração Tributária e o contribuinte.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, estuda-se a antiga redação do artigo 23º do CIRC, a sua interpretação, o espírito doutrinal intimamente ligado e jurisprudência quanto a esta complexa disposição normativa. Seguidamente, sem individualismos e sem tentações desprovidas de sentido, procede-se a uma análise do artigo 23º do CIRC na sua nova redação, resultante da reforma de 2014 do CIRC. A reforma intenciona considerar o contexto vivido atualmente, tendo-se preocupado com a competição necessária entre empresas que tendencialmente tem vindo a aumentar, a nível internacional e nacional, atendendo igualmente ao combate da evasão fiscal cada vez mais aprimorado. Compara-se literalmente as duas redações e especula-se sobre quais as possíveis respostas que esta mudança implicará num futuro próximo e, o mais importante, em casos concretos.

O direito tributário torna-se incapaz de modelar um sistema autónomo e eficiente na definição do lucro tributável. Ao invés, a contabilidade reconhece a identidade precisa e rigorosa da complicada riqueza empresarial. Entre nós subsiste o Modelo da Dependência Parcial, quer dizer, a dependência entre o direito fiscal e o direito contabilístico.

A concretização deste Modelo revela-se mais evidentemente no âmbito das correções efetuadas quanto aos gastos e na sua dedução. Certos gastos, aceites pela

contabilidade, não são considerados a nível fiscal, sendo este instituto o mais discordante entre a contabilidade e fiscalidade.

E dentro destes, os encargos financeiros, descobrem-se como alvo de uma maior atenção e preocupação por parte do legislador, inquietações motivadas por multifárias razões.

Tendo sido feito uma investigação da jurisprudência, uma das questões mais levantadas consubstancia-se na dedução de encargos financeiros no contexto de uma operação de fusão. São muitos os casos em que esta questão foi a Tribunal e posta em causa pela AT.

Portanto, são diversos os fins que acompanham uma operação de fusão, havendo também razões fiscais motivantes de tais operações. Como a possibilidade de transmissão de prejuízos, para uma sociedade mais lucrosa, em sentido a reduzir o lucro tributável e, por sua vez, o imposto a pagar, conseguindo dessa forma uma vantagem fiscal.

O terceiro capítulo observa a dedução de encargos financeiros em geral, sendo autonomizado em capítulo próprio, por se apresentar como o *busílis* da presente dissertação, a dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos contraídos na compra de capital social num momento anterior a uma operação de fusão.

Questiona-se por isso se em situações mais problemáticas, como por exemplo as intragrupo, vão continuar a ser levantadas as mesmas contendas com a nova redação do artigo 23º do CIRC. Daí que grande parte da pesquisa se tenha baseado na análise da jurisprudência existente e de um estudo sobre a antiga redação do artigo 23º do CIRC porque praticamente não existem investigações a cerca da sua nova redação, pelo que a sua análise, a sua eficácia e possíveis efeitos da sua aplicação, compreendendo as dificuldades impostas por esse mesmo motivo, se encontram na mera conjectura. Assim, é desta forma que o presente estudo, como certamente as passagens anteriores já revelaram, representa uma enorme utilidade prática perante a atual celeuma fiscal.

A presente dissertação pretende simplificar a interpretação do referido normativo na sua antiga redação, estruturar o caminho trilhado pela AT e pelos Tribunais nesse sentido, fazendo uma análise comparativa do antes e depois do artigo 23º do CIRC e antecipar o que num futuro próximo poderá ser discutido acerca desta questão, quando aplicada a nova redação, descortinando as implicações práticas desta mudança. Assim como, apontar o que ainda poderá ser feito de forma a diminuir a litigância que se tem vindo a verificar.

CAPÍTULO I

1. Anterior redação do artigo 23º do CIRC

O artigo 23º do CIRC consubstancia o conceito de gasto¹ e os respetivos requisitos da sua dedução, atentando aos gastos que devem ser considerados para efeitos de tributação em sede de IRC. A adversidade da dedutibilidade dos gastos fiscais manifesta-se na seguinte questão: certo gasto ocorrido pelo sujeito passivo releva ou não como componente negativa para determinação do lucro tributável.

Na sua antiga redação, citava uma cláusula geral da seguinte forma: “Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora...”. Seguiu-se um conjunto somente exemplificativo de gastos dedutíveis² e contextualizados na cláusula geral e outro elenco de gastos não dedutíveis e por isso não aceites fiscalmente.

Nesse sentido, procurou obstar o abuso do instituto da dedutibilidade dos gastos, mormente, impedir a dedução de gastos motivados por interesses alheios ao escopo societário, a título de exemplo, gastos incorridos para satisfazer préstimos dos sócios ou de terceiros. Sendo que, a recusa de dedutibilidade de gastos detém um carácter sancionatório para que sejam tutelados interesses comerciais e fiscais.

Conquanto, a referida disposição legal originou o aparecimento de muita conflitualidade no nosso ordenamento jurídico fiscal³. Tal facto deve-se ao termo indeterminado e especulativo, a “indispensabilidade”, causador de vultosas indagações, divergências e tendo sido acompanhado por uma complexa interpretação do que serão gastos indispensáveis e dedutíveis fiscalmente em sede de IRC.

¹ “Esta noção é imperfeita e incompleta, pois em lugar de recortar o conceito objetivo de custo (noção de perda) – apenas projeta o conceito num enfoque finalístico (existência de uma certa relação de causalidade com as componentes positivas do rédito)”. TAVARES, Tomás Castro, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº396, 1999, página 111.

² Confirma-se pelo uso do vocábulo “nomeadamente”.

³ “A questão da dedutibilidade dos custos fiscais em IRC é, seguramente, um dos campos onde o conflito de interesses Administração Fiscal/contribuinte se releva em maior grau”. PORTUGAL, António Moura, *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal - a dedutibilidade dos custos na recente jurisprudência fiscal*, Coimbra Editora, 2009, página 213.

Acresce que o artigo 23º foi aplicado desnecessariamente, em muitas situações, propositadamente como recusa de certos gastos. Determinadas situações em que apesar dos gastos se relevarem efetivos e autênticos, a Administração Fiscal na sua ótica, não se lhes enxerga uma certa relação causal com os proveitos e por essa razão considerou-os não afetos ao lucro tributável. Mas também situações que a própria lei fiscal prevê soluções concretas de dedutibilidade e certas circunstâncias que deveriam cair na alçada da cláusula geral anti-abuso⁴, só que, erradamente, por motivos de um mais inteligível preenchimento, aplicou-se o artigo 23º do CIRC.

1.2. Interpretação do termo “indispensabilidade”

São dois os entendimentos doutrinários sobre a interpretação do termo “indispensabilidade”. O primeiro entendimento, mais restritivo, aplicado em várias decisões jurisprudenciais, pelo menos num momento inicial, considera os gastos indispensáveis, os diretamente ligados com os proveitos. Exigindo, este termo, uma relação de causalidade necessária.⁵

Esta interpretação foi duramente reprovada, essencialmente pelo facto de rejeitar a dedução de gastos gerados por opções empresariais ineficazes e que futuramente não motivam qualquer proveito.⁶

Os Tribunais apenas consideravam certos gastos como dedutíveis ou não dedutíveis sem desenvolver o conceito de gasto de fiscal de uma forma conforme e satisfatória.

⁴ Cfr. Artigo 38º nº2 do CIRC.

⁵ TAVARES, Tomás Castro, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº396, 1999, página 131.

⁶ “A indispensabilidade constitui um conceito indeterminado, necessitado de preenchimento. O critério para se aferir esta indispensabilidade foi sempre muito restritivo, na ótica da Administração Fiscal, no qual foi acompanhada por várias decisões do STA que davam cobertura a uma exigente indispensabilidade. Este entendimento restritivo concretizou-se em três planos distintos: ora por via da exigência de um nexo de causalidade com os proveitos (só será aceite fiscalmente o custo que gere proveito), ora por via do estreitamento do elenco de custos aos que derivassem de obrigações legais e contratuais, ora como resultado de um juízo aposteriorístico feito pelo Fisco sobre a bondade e necessidade do encargo face à actividade da empresa, juízo esse que o tribunal não se coibiu de discutir e aceitar como válido, apesar de envolver uma ingerência na vida da própria empresa”. PORTUGAL, António Moura, ob. cit., página 224.

A visão mais ampla, seguida pela maioria da doutrina, atenta à necessidade de realização do interesse societário, nesse sentido, são dedutíveis os gastos que objetivam a obtenção do lucro empresarial, a prossecução do interesse e da atividade da sociedade contribuinte.

Procedendo a uma análise literal do termo indispensabilidade, RUI DUARTE MORAIS, reconhece como indispensáveis os gastos necessários, contrapondo-os aos obrigatórios.⁷ Porém, acredita-se que o termo “indispensabilidade” tem um sentido semântico distinto, mais acentuado e carregado do vocábulo “necessário”.

Toda esta discussão em volta da interpretação de um termo complexo como a indispensabilidade tem consequências práticas, necessariamente diferenciadas, não levando a uma solução regular e coerente.

Nesse sentido, cumpre observar a *ratio legis* da norma, para uma interpretação potencialmente mais clara. Portanto, a norma impõe que os gastos se apliquem à “realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora”.

Desde logo, o legislador pretendeu a admissibilidade dos gastos cujo escopo intenciona motivos empresariais, a obtenção do lucro e um desenvolvimento sustentável da empresa.

TOMÁS CASTRO TAVARES, identifica três aceções imputadas ao termo⁸. Aponta que a “indispensabilidade” foi considerada por alguns como uma “absoluta necessidade”, neste sentido, seriam somente dedutíveis os gastos diretamente correlacionados com os proveitos. Para outros, consideram-no como uma “conveniência”, ou seja, seriam dedutíveis os gastos convenientes à organização da empresa. Acrescentando ainda, um outro sentido, o da “subsunção do interesse da empresa”, sendo necessária uma conexão causal entre o gasto e a atividade da empresa.

Destaca ainda que a “liberdade de gestão pressupõe e exige a não imiscuição da Administração Fiscal na gestão das sociedades, com a preclusão de um controlo administrativo sobre o mérito das concretas decisões empresariais”. Dessa forma, a AT e os Tribunais devem evidentemente interpretar tal indispensabilidade, analisando as circunstâncias aquando da tomada da decisão e do caso concreto, não se podendo apoiar

⁷ MORAIS, Rui Duarte, “Apontamentos de IRC”, Almedina, 2009, página 83.

⁸ TAVARES, Tomás Castro, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, Ciência e Técnica Fiscal, nº396, 1999, página 130.

nos resultados ulteriores consequentes ao incorrimento dos gastos.⁹ Basta a capacidade das despesas para afetar positivamente os proveitos, não sendo preciso a demonstração de produção de efeitos positivos.¹⁰

Os princípios da autonomia privada e da liberdade de decisão empresarial só podem ser destituídos quando colidem com interesses particulares como o da evasão fiscal, sendo forçosa a sua previsão legal¹¹. Caso existam sinais de evasão, a AT deve demandar a cláusula geral anti-abuso do artigo 38º nº2 da LGT, já que o artigo 23º do CIRC não se trata de uma norma anti-abuso.

Verdadeiramente, o termo da indispensabilidade deve ser encarado no sentido económico, perspetiva enquadrada no princípio da especialidade do fim. A indispensabilidade deve ser vista como tudo o que cabe dentro do objeto social da empresa.¹²

Na sua obra, TOMÁS CASTRO TAVARES, afirma: “A noção legal de indispensabilidade entre as componentes positivas e negativas do rendimento, apenas intima uma relação de causalidade económica, no sentido da admissibilidade fiscal dos encargos reputados de indispensáveis pelo órgão de gestão, dado que contribuem, ainda que indireta ou mediatamente, para a perceção de proveitos ou para a manutenção da fonte produtora.”¹³

Efetivando-se uma decomposição sobre o teor do artigo 23º, encontra-se como antecedente necessário básico de dedutibilidade fiscal de gastos societários, a existência de um gasto económico, correlacionado com a obtenção de um fator de produção.

Por isso, a indispensabilidade deve ser testada sobre uma perspetiva económica-empresarial, ou seja, a finalidade prosseguida relativamente a determinado gasto deverá

⁹ No Acórdão 92/2015-T: “A Administração Fiscal não pode avaliar a indispensabilidade dos custos à luz de critérios incidentes sobre a oportunidade e mérito da despesa.”

¹⁰ Cfr. Processo 101/2013-T.

¹¹ TAVARES, Tomás Castro, obra cit., página 135.

¹² “ (...) no que concerne à indispensabilidade, a jurisprudência mais recente, não obstante manter uma prática que reputo criticável – a constante invocação de um ónus de prova da indispensabilidade – parece ter cortado definitivamente com o passado e assumido uma linha segura e totalmente coincidente com a opinião da doutrina, em particular com a do Dr. Tomás Tavares, que foi o primeiro entre nós a sustentar este entendimento, com o qual concordo inteiramente. Aliás, já em 2002 tinha escrito que a “jurisprudência deveria assim, na nossa perspetiva, adotar uma interpretação mais flexível do termo indispensabilidade. Uma interpretação menos toldada por critérios jurídicos e mais ligada a uma perspetiva empresarial. Por outras palavras, o abandono de uma abordagem mais legalista do termo indispensabilidade e a adoção de uma noção mais ligada à vertente empresarial do tipo businesslike approach.”. PORTUGAL, António Moura, ob. cit., página 224.

¹³ TAVARES, Tomás Castro, ob. cit., página 167.

ser a obtenção do lucro sendo uma relação causal, direta ou indireta, económica e fundamentada através da atividade prosseguida e o interesse societário.¹⁴

Assim advoga SALDANHA SANCHES, confirmando que “o requisito da indispensabilidade dos custos para a formação de proveitos deve ser aferido por critérios de racionalidade económica face aos objetivos estatutários.”¹⁵

Análogo entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul, de 27 de Março de 2012, Processo nº 05312/12, "...a noção legal de indispensabilidade recorta-se, portanto, sobre uma perspetiva económico-empresarial, por preenchimento direto ou indireto, da motivação última de contribuição para a obtenção do lucro". Adiciona ainda que "...a dedutibilidade do custo depende, apenas, de uma relação causal e justificada com a atividade da empresa. E fora do conceito da indispensabilidade ficarão apenas os atos desconformes com o escopo social, aqueles que não se inserem no interesse da sociedade, sobretudo porque não visam o lucro".

1.3. Necessidade de comprovação do gasto

Em primeira linha, a questão sobre a “indispensabilidade” só poderá ser colocada num momento ulterior à comprovação dos gastos empresariais.

O artigo 23º do CIRC citava: “os gastos que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos...”. Impunha-se a necessidade de comprovação do gasto para que seja dedutível. Trata-se de um requisito formal, comprovado através de um registo contabilístico em suporte documental.

Esta formalidade preocupa-se também com o facto de possibilitar a determinação do gasto no âmbito da atividade prosseguida pela sociedade, de forma a apurar o seu interesse societário.

A necessidade de comprovação só se evidenciou quando entrou em vigor o CIRC e ao passo que cresceram as regras contabilísticas e mesmo no surgimento do IVA,

¹⁴ Acs. STA 30-11-2011, Processo nº 0107/11 e STA 04-09-2013, Processo nº 0341/136.

¹⁵ SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2007.

revelando-se quanto a este último imposto, como regras mais estreitas relativamente aos elementos constantes dos documentos comprovativos.¹⁶

Discutiu-se a exigência de preenchimento de todos os requisitos para efeitos de IRC do nº 5 do artigo 36º do CIVA. Conclui-se pela possível aceitação de documentos para a dedutibilidade de gastos em sede de IRC, que não dispõem de todos os elementos constantes na referida norma.

Aparentemente a doutrina e jurisprudência advogam de forma conforme a possibilidade de existência de outros documentos justificativos¹⁷, para além da fatura, a título de exemplo, uma nota de lançamento executada pelo sujeito passivo.¹⁸

Dissecando a sagacidade feita por ANTÓNIO MOURA, no seu manual, acerca da jurisprudência e o percurso evidenciado pelos Tribunais quanto a esta questão, percebe-se que, na opinião do autor, não basta o sujeito passivo comprovar efetivamente os reais gastos incorridos, é necessário que esteja em condições de provar também a indispensabilidade de tais gastos.

¹⁶ “Manteve-se assim a ideia de que nos casos de justificação do custo em sede de IRC se está perante uma formalidade probatória, ao passo que em sede de IVA a exigência de documentação tem a natureza de uma formalidade substancial, que não meramente probatória e por isso insubstituível por qualquer outro género de prova, como se pode ler na motivação do Ac. do STA de 27-09-2000”. PORTUGAL, António Moura, ob. cit., página 218.

¹⁷ PORTUGAL, António Moura, ob. cit., páginas 190 e seguintes.

¹⁸ MORAIS, Rui Duarte, ob. cit., página 79.

CAPÍTULO II

2. Nova redação do artigo 23º do CIRC

Atentemos a alteração do artigo 23º do CIRC com a nova reforma de 2014. A comissão para a reforma do IRC manifestou de forma evidente a necessidade urgente de intervenção do preceito¹⁹.

Nesse sentido, propôs uma alteração quanto ao princípio geral de aceiteamento da dedução de gastos, seguindo o pensamento conforme da doutrina e jurisprudência, tendo em vista um decréscimo de litigância no cumprimento desta disposição e com intento à sua simplificação.

Na sua proposta, retirou o termo duvidoso “indispensabilidade”, gerador de uma numerosa conflitualidade no ordenamento jurídico fiscal. Presumivelmente o legislador pretendeu simplificar o sentido literal da disposição legal. Passando a ler-se “dedutíveis os gastos e perdas incorridos para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.”

TOMÁS CASTRO TAVARES, na sua publicação sobre a “A Dedutibilidade dos custos em sede de IRC”, na Revista Fisco nº101/102 de 2002 apontava: “Pois bem: com a reforma do imposto de sociedades castelhano o problema foi completamente solucionado por expressa intervenção legal: da noção de custo fiscal retirou-se o requisito da ligação causal, necessária com a obtenção dos proveitos. Aquela expressão nada de relevante adiantava e só contribuía para gerar confusões e incorrecções interpretativas. Também em Portugal se devia ter trilhado o mesmo caminho...”

Como já foi mencionado, são volumosas as situações em que na jurisprudência este preceito foi aplicado desprovido de necessidade. Situações essas em que a própria lei fiscal contém soluções concretas sobre a dedutibilidade de determinados gastos e em que os Tribunais evocaram o termo indispensabilidade inutilmente.²⁰

Cumprir analisar se esta nova redação suscita dúvidas quando chamada a intervir nessas mesmas circunstâncias.

¹⁹ Anteprojeto da Reforma ao CIRC, página 87.

²⁰ PORTUGAL, António Moura, ob. cit., páginas 265 a 268, aponta casos como o Ac. do STA de 02-02-2000, Processo nº 188 092 e o Ac. do STA de 07-11-2011, Processo nº 26624.

2.1. Interpretação da nova redação do artigo 23º do CIRC

Interpretando literalmente a nova redação do artigo 23º do CIRC, parece ser plausível afirmar-se que, pelo menos aparentemente, foi seguido o pensamento que se tem vindo a acolher jurisprudencial e doutrinamente quanto a esta problemática em estudo, retirou-se o vocábulo causador de múltiplas discordâncias e de uma numerosa litigância, sendo que, serão dedutíveis os gastos incorridos para obter ou garantir os rendimentos.²¹

Nesse sentido, pretende a nova redação significar, são dedutíveis fiscalmente os gastos que se inserem dentro do campo de ação da atividade empresarial prosseguida, atentando ao seu crescimento e avistando o lucro.

Ao invés, como já foi anteriormente aludido, quanto à antiga redação do preceito, a noção de custo do artigo 23º do CIRC é defeituosa e incompleta, porque faculta uma projeção do conceito numa perspetiva que tem em conta uma finalidade, explicitando, uma determinada relação de causalidade entre as componentes positivas e negativas do rendimento, em vez de esclarecer o conceito objetivo de gasto (noção de perda). Os vocábulos que se mostram na nova redação do artigo 23º do CIRC projetam e focam, ainda de forma mais acentuada, a necessidade de uma relação causal entre os gastos e os proveitos.

Importa evidenciar que esta norma se insere numa complexa tensão, que não deixa de existir, entre o contribuinte e a AT, porque o contribuinte tenderá sempre para a dedução do maior volume possível de gastos com vista à diminuição do lucro tributável e, por conseguinte, a redução do imposto a pagar. Sendo que a AT, pelo contrário, preocupa-se em descortinar possíveis abusos na dedutibilidade de gastos.

Pensa-se que com esta nova redação da norma, as conflitualidades possivelmente vão continuar a surgir. Teoricamente, a insistência problemática poderá residir na conexão entre os gastos e os proveitos, o que pode resultar em grandes incertezas e

²¹ “Ciente deste problema deveria ter retirado o vocábulo “indispensável” da redação do artigo 23º do CIRC. Ao fazê-lo não estaria a dar cobertura e proteção à dedução fiscal dos custos aparentes. Esses custos nunca seriam dedutíveis fiscalmente, pela simples razão de que também não são custos contabilísticos. A relação de dependência parcial entre a contabilidade e o Direito Fiscal resolver-nos-ia o problema”. TAVARES, Tomás Castro, “A Dedutibilidade dos custos em sede de IRC”, Revista Fisco nº101/102, ano XIII, 2002, página 42.

dificuldades interpretativas, não sendo esta resposta do legislador, por essa mesma razão, uma solução satisfatória e operativa.

Quanto à anterior conflitualidade resultante da simples existência de um termo demasiado abstrato e especulativo, nos casos dotados de uma menor complexidade, em que a indispensabilidade era testada, como por exemplo, quando os gastos incorridos se enquadram no interesse societário e têm vista a obtenção de lucro, mas que se venham a demonstrar improdutivos, parece poder-se afirmar que a AT não pode recusar a sua dedutibilidade.

A solução da nova redação pode não ser tão adequada em situações mais complexas, em que o termo da indispensabilidade era testado no seu limite, como são os contextos intragrupo, em que exemplificando, uma sociedade dominante adquire financiamento junto de uma instituição bancária, sem cobrança de juros, para dotar de fundos uma sociedade dominada. Assim como, a complicada e duvidosa situação limite sobre a questão da dedutibilidade de encargos financeiros provenientes de empréstimos para a aquisição de participações sociais de uma sociedade, assumidos por esta em consequência da operação de fusão, em que incorporou a sociedade devedora originária dos empréstimos e adquirente das suas participações sociais. Esta matéria praticamente não se encontra preceituada na nossa lei fiscal o que poderá motivar diferentes interpretações e juízos.

A nova redação permite a dedução de gastos suportados para obter ou garantir “rendimentos sujeitos a IRC”. Parece ser questionável igualmente, dessa forma, a dedução de certos rendimentos, que não se encontram sujeitos a IRC, como os rendimentos isentos. Esta indagação poderá originar especulativos conflitos. Na verdade, o preceito pronuncia expressamente a sujeição do rendimento a imposto. Alguma doutrina defendeu que seria necessário o rendimento ser abrangido pelas normas de incidência de IRC e, por isso, não seriam dedutíveis os gastos isentos ou sujeitos a uma taxa reduzida.

Pertinentemente outra problemática pode ser debatida quanto ao instituto da Participation Exemption, ou seja, a isenção da tributação dos dividendos e das mais-valias na alienação de partes sociais.²² Como no caso figurado anteriormente, se uma

²² Figura plasmada nos artigos 51º e seguintes do CIRC. Tem como finalidade impedir a dupla tributação da distribuição de lucros e reservas. Embora tenha sido uma das alterações basilares da reforma de 2014 ao CIRC, a Lei do Orçamento de Estado para 2016, ampliou um dos requisitos determinantes do dito regime, a detenção dos sócios ou acionistas de uma participação social mínima de 10%, distanciando a

empresa-mãe obtém financiamento junto de uma instituição bancária, mediante o pagamento de juros, para financiar uma filial, somente perspectiva no futuro a distribuição de dividendos ou a realização de mais-valia.

No fundo, são situações cobertas pelas normas de incidência mas que mediante o preenchimento dos requisitos do artigo podem estar isentas de tributação. Poderá ser questionada a dedução de tais gastos por não estarem sujeitos a imposto.

Porém, veja-se o artigo 54º do CIRC, que exclui expressamente os gastos não sujeitos ou isentos de impostos. Parece ser possível firmar-se que se o legislador pretendesse excluir os gastos isentos a imposto o teria redigido.

Em suma, o legislador permitiu com o retirar de tal termo, que não se levantasse mais dúvidas quanto a situações mais simples, porém, nas mais intrincadas, não impede a exigência de um sentido de causalidade e de uma determinada conexão, ainda que de forma indireta, entre as componentes positivas e negativas do rendimento.

2.2. Comprovação dos gastos na nova redação do artigo 23º do CIRC

O nº 3 do artigo 23º do CIRC, na sua nova redação, afirma que “Os gastos dedutíveis nos termos dos números anteriores devem estar comprovados documentalmente, independentemente da natureza ou suporte dos documentos utilizados para o efeito.”

Esclareceu-se de uma forma mais veemente, com a citação aludida, que a comprovação deve ser feita documentalmente, questão já clarificada anteriormente, mas ainda provocadora de alguma litigância.

Nesse sentido, desarticulou-se a exigência de comprovação que vinha estruturada com o termo da indispensabilidade, constando ambos previamente do nº1 do artigo 23º do CIRC.

Acrescentou-se o nº 3, 4 e 6 do mesmo preceito sobre a comprovação dos gastos, o que poderá significar uma preocupação acrescida quanto a este tema, motivada pela evitação de evasão fiscal.

detenção mínima de 5% em vigor. Assim como, se alterou a necessidade de detenção das participações sociais de 24 meses para 12 meses.

O nº 4 da nova redação do artigo 23º do CIRC, contém todos os elementos que o documento comprovativo deve apresentar nas aquisições de bens e serviços. As exigências da referida norma não se apresentam tão rigorosas em sede de IRC como para efeitos de IVA. O nº 6 do artigo 23º do CIRC, refere a imposição de, nestes casos, o fornecedor de bens ou prestador de serviços emitir fatura ou documento equiparado nos termos do CIVA, sendo que, o documento de comprovação deve apresentar essa forma.

CAPÍTULO III

3. Dedução de encargos financeiros

O artigo 104º n.º2, imperativo da Lei Fundamental, revela que a tributação das sociedades deve incidir sobre o seu rendimento real, sendo que, tal tributação fixa-se essencialmente na capacidade contributiva demonstrada através do rendimento e da sua utilização e do património²³. Assenta portanto na capacidade económica do sujeito passivo, dando, desta forma, observância ao Princípio da Capacidade Contributiva e ao Princípio da Tributação efetuada com base no Rendimento Real.

Considera-se rendimento o lucro tributável, como o refere o artigo 17º n.º1 do CIRC, estando dependente dos resultados e variações patrimoniais baseados na contabilidade, sendo submetidos a correções fiscais.

Estas correções, no âmbito do IRC, encontram-se fundamentalmente no contexto dos gastos e respetivas deduções.

Porém, o artigo 23º do CIRC não é singular quanto a preceitos encontrados no CIRC referentes à dedução de gastos. Veja-se, como exemplo, as normas do artigo 34º e 45º do mesmo código. Adicionalmente, o preceito relaciona-se com princípios fiscais e contabilísticos por vezes discordantes, o que torna o apuramento do lucro tributável por vezes dúbio e refutável.

Entres nós subsiste o Modelo da Dependência Parcial, ou seja, a dependência entre o direito fiscal e o direito contabilístico, o direito fiscal considera o “o resultado contabilístico como a base geral e o ponto de partida do lucro tributável, o qual se submete, posteriormente, a ajustamentos extra-contabilísticos (positivos e negativos) com vista ao definitivo apuramento do resultado fiscal”²⁴.

²³ Cfr. Artigo 4º n.º1 da LGT.

²⁴ TAVARES, Tomás Castro, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º396, 1999, página 49.

Dado que o direito tributário se torna incapaz de modelar um sistema autónomo e eficiente na definição do lucro, ao invés, a contabilidade reconhece a identidade precisa e rigorosa da complexa riqueza empresarial.

A concretização deste Modelo acaba por se revelar com mais evidência exatamente no âmbito das correções efetuadas quanto aos gastos e na sua dedução. Certos gastos, aceites pela contabilidade, não são considerados a nível fiscal, sendo este instituto o mais significativamente divergente entre a contabilidade e fiscalidade.

E dentro destes, os encargos financeiros revelam-se como alvo de uma maior atenção e preocupação por parte do legislador, inquietações motivadas por multifárias razões.

Começaremos pelo distinto tratamento dado pelo nosso ordenamento jurídico aos rendimentos de capital próprio e à dívida, que motivam uma ponderação quanto à escolha de financiamento pelos sujeitos passivos.

O modo de financiamento, mais favorável a uma poupança fiscal, assume-se na forma de empréstimo e daí que seja a figura mais repetidamente empregue. A aproveitação propositada dos capitais alheios provoca endividamento excessivo, tão prejudicial para uma produtiva competição internacional, pelo que, foi necessário acompanhar o comportamento da generalidade dos Países da OCDE.

Com a LOE de 2013, o legislador alterou o regime conhecido da subcapitalização, apontando para a recapitalização das grandes sociedades e consagrou o artigo 67º do CIRC, limitando a dedutibilidade de gastos de financiamento.

Trata-se de uma norma do tipo anti-abuso, que tenta impedir também o abuso em torno do pagamento de juros entre as sociedades e merece um cuidado atento do legislador.

A norma especial do artigo 67º do CIRC tem como finalidade, essencialmente, o controlo do endividamento excessivo das sociedades. Contudo, não se considera satisfatório uma norma que desincentive o financiamento por capitais alheios. Nesse sentido, será preciso um preceito que estimule o recurso a capitais próprios e, dessa forma, atinja o objetivo que é a recapitalização.

Uma solução poderia passar pela introdução da possibilidade de dedução de juros sobre o capital próprio, seguindo os passos de outros ordenamentos jurídicos.

Além de que, por razões de ordem fiscal, existe uma imensa inquietação quanto à tributação escassa de igualdade entre juros e dividendos, originando uma suscetibilidade considerável de planeamento fiscal.

Será mais vantajosa a escolha entre um financiamento por capitais alheios do que efetuar um aumento de capital social, dado que, o juro poderá ser considerado gasto dedutível, reduzindo assim o lucro tributável e o imposto a pagar, da usufruidora do empréstimo.

Também quanto ao artigo 63º nº1 do CIRC²⁵ se levantam problemas. Se uma sociedade dominante obtiver muito prejuízo, detendo uma participação social numa sociedade filial com avultosos lucros, é conveniente para as duas, que a sociedade com prejuízo conceda um empréstimo à lucrosa mediante a cobrança de juros. Assim, os juros são considerados gastos e, por isso, reduzem o lucro volumoso da sociedade dominada. Já os rendimentos obtidos pela dominante abatem os seus prejuízos fiscais.

3.1. Dedução de encargos financeiros provenientes de empréstimos bancários a título gratuito

A dedutibilidade de encargos financeiros suportados por empresas participantes, resultantes de empréstimos bancários usados para financiar participadas a título gratuito, consubstancia-se numa problemática também testada pela “indispensabilidade” e, nesse sentido, cumpre ser comentada.

No acórdão do STA de 30 de Maio de 2012, o Tribunal rejeitou a dedução de tais juros e teve em conta o já discutido no acórdão do STA de 7 de Fevereiro de 2007 sobre se os empréstimos bancários obtidos por participantes seriam necessários para a obtenção de proveitos dessas mesmas. O Tribunal considerou que os gastos não estavam diretamente correlacionados com a atividade e o objeto social do sujeito passivo.

Deliberação esta contestável, como refere TOMÁS CASTRO TAVARES²⁶, tratam-se de decisões legais e justificadas de gestão empresarial, próprias do relacionamento intragrupal. As mencionadas decisões possibilitam às sociedades participantes a prossecução da sua atividade empresarial, visando uma finalidade

²⁵ Menciona que, entre o sujeito passivo e qualquer outra entidade, com a qual existam relações especiais, devem ser acordados, aceites e praticados termos e condições substancialmente idênticos aos que seriam normalmente contratados entre entidade independentes em operações comparáveis.

²⁶ TAVARES, Tomás Castro, ob. cit., página 150.

lucrativa, sendo atos necessários para a conservação dos ativos financeiros e para um potencial surgimento de rendimentos.

Igualmente num Acórdão mais recente do CAAD, Processo nº 273/2016-T, discutiu-se a dedutibilidade dos encargos financeiros, suportados pela requerente, provenientes de empréstimos concedidos à sociedade acionista e a sociedades do grupo, sem cobrança de juros.

Considerou-se que ao colocar ao dispor os empréstimos a outras entidades do grupo, sem qualquer contrapartida, não se motiva rendimento tributável, sendo desrespeitado o balanceamento entre os gastos e os proveitos. Dessa forma, tais gastos não são considerados indispensáveis, tendo em conta que as disponibilidades financeiras, empregues em outras entidades, poderiam ter sido aplicadas no âmbito da atividade da requerente, prevenindo o suporte dos referidos encargos.

3.2 Dedução de encargos financeiros provenientes de empréstimos a título de prestações acessórias de uma SGPS

No acórdão do CAAD Processo nº12/2013-T uma sociedade de gestão de participações sociais (SGPS) suportou juros resultantes de empréstimos contraídos para financiar sociedades participadas, a título de prestações suplementares ou acessórias, sem cobrança de juros. Igualmente questionou-se se tais gastos seriam dedutíveis, testando-se novamente o termo da “indispensabilidade”.

Por estar em causa uma SGPS, atribuir prestações acessórias ou suplementares a sociedades participadas integra o âmbito do escopo social da referida sociedade. Portanto, as prestações suplementares são consideradas um reforço de capital próprio das participadas, tratando-se de uma rentabilização de participações sociais, potencialmente geradoras de rendimento, e por isso, consideram-se dedutíveis os encargos financeiros suportados pela SGPS.

O legislador optou por não regular esta matéria presumindo-se assim que vale a lei comercial. A lei comercial legitima a efetuação de prestações suplementares ou acessórias, o empréstimo de uma participante a uma sociedade participada, ainda que sem contrapartida, como opção e prossecução do seu escopo social. Tal consagração

legal compreende-se já que poderá ocasionar a distribuição de dividendos ou mais-valias.

Num acórdão mais atual do CAAD, Processo nº 79/2017-T, também no âmbito da contração de empréstimos pela sociedade requerente para munir as suas participadas de fundos sob a forma de suprimentos e prestações acessórias, gratuitamente, não foram os encargos financeiros aceites como fiscalmente dedutíveis. Neste caso, os empréstimos foram aplicados em entidades participadas autónomas, com a atividades específicas, o que significa que cada uma tenha contabilidades distintas e os seus próprios proveitos e custos. Não se está perante uma SGPS e os encargos suportados pela requerente resultantes dos suprimentos e prestações suplementares concedidos a sociedades associadas, gratuitamente, não são considerados indispensáveis para a realização dos proveitos, conforme o disposto no artigo 23º do CIRC.

CAPÍTULO IV

4. Dedução de encargos financeiros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social num momento anterior à operação de fusão

O cerne da presente dissertação encontra-se na dedução de encargos financeiros no contexto de uma operação de fusão. Daí que este tema mereça lugar num capítulo autónomo na presente dissertação.

Uma fusão compreende a união de todos os elementos pessoais e patrimoniais de duas ou mais sociedades para que, nessa medida, se forme uma única.

A doutrina relata uma outra aceção, sendo a fusão a operação pelo qual duas ou mais sociedades se concentram de tal modo que implica a extinção de uma delas.

Numa ótica societária, a noção e diversas modalidades de uma fusão encontram-se plasmados nos artigos 97º e 116º do CSC. Segundo estes normativos, a operação de fusão implica necessariamente a extinção de uma ou mais sociedades, distintamente de outras operações de concentração.

Conforme esta perspetiva, a fusão pode assumir a modalidade de fusão por incorporação, que assenta na transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra mediante atribuição de partes, ações ou quotas aos sócios.

Assim como poderá assumir-se como fusão por constituição de uma nova sociedade²⁷, na qual se transmite a globalidade do património das sociedades fundidas e são atribuídas partes, ações ou quotas da recém-constituída aos sócios.

Sob um ponto de vista fiscal, a noção de fusão é idêntica à noção comercial, sendo que, as várias modalidades são elencadas no artigo 73º do CIRC, o qual prevê a fusão por incorporação, fusão por constituição, fusão por incorporação de sociedade detida pela sociedade incorporante, fusão entre sociedades detidas pelo mesmo sócio e, por último, a fusão inversa.

²⁷ A doutrina aponta a fusão por constituição de uma nova sociedade, como mais dispendiosa e complexa, sendo que, praticamente não tem sido aplicada.

A fusão constitui um modo de reestruturação societária, cada vez mais tendente à força da economia, muito relevante a nível da competitividade nacional e internacional. Sendo vantajosas para as empresas, tendem ao desenvolvimento, crescimento e criação de emprego.

Têm vindo a ser motivadas por múltiplos escopos, desenvolvidos em lugar próprio, e estímulos proveitosos. Nesse sentido, surgiu a imposição de uma regulamentação mais ponderada e cuidada quanto a estas operações.

4.1. Regime fiscal de uma operação de Fusão

Os obstáculos fiscais em muito influenciam a tomada de uma decisão empresarial, já que a transmissibilidade de património e de participações, inerente à operação de fusão, estará em princípio sujeita a impostos. Daí ser essencial a análise do regime fiscal das fusões.

No nosso ordenamento jurídico, tal como em Espanha e Alemanha, são dois os regimes fiscais intrínsecos a uma operação de fusão o regime geral e o regime de neutralidade fiscal.

Quanto ao regime geral, a fusão é equiparada a uma venda, ou seja, tributam-se as mais-valias potencialmente originadas pela operação, dever da sociedade incorporante, de acordo com o artigo 46º do CIRC. Nessa medida, terão que ser apurados os resultados da sociedade extinta, sendo que, a doutrina defende a implicação da morte de uma das sociedades.

Os resultados da transmissão do património pelo valor do mercado, dos ativos e passivos pelo justo valor, sendo anuladas as perdas por imparidades e as provisões para a sociedade incorporante, concorrem para a determinação do lucro tributável da sociedade extinta.

A fusão implica a troca de participações sociais, portanto, poderá implicar também uma tributação dos sócios, em sede de IRC ou IRS²⁸, quanto a mais-valias geradas.

²⁸ Cfr. Artigo 76º do CIRC e artigo 8º nº1 do CIRS, respetivamente.

A tributação da sociedade incorporante e dos sócios poderá ser um desencorajamento para a efetivação destas operações.

Relativamente ao regime da neutralidade fiscal²⁹, refletida nos artigos 73^a a 78^o do CIRC, consagrado de forma a motivar a reestruturação das empresas, o dinamismo societário e a evitar os obstáculos colocados pela tributação excessiva intrínseca às fusões, dando seguimento às críticas que têm vindo a ser apontadas, não se tributa a transmissão de património, dando observância ao princípio da continuidade.

Nesse sentido, os ativos e passivos das sociedades incorporadas são transmitidos para as sociedades incorporantes pelo mesmo valor mostrado nas sociedades incorporadas, como se a operação não se tivesse concretizado.

Uma operação de fusão encontra-se sujeita ainda a IVA, IMT e IS.

4.2. Nova redação artigo 75^o do CIRC

A Comissão da Reforma do IRC de 2014, alterou o artigo 75^o do CIRC com o escopo de estimular a economia nacional e fomentar a competitividade das empresas a nível internacional. No entanto, é sob um ambiente de aperto orçamental que é atender àquele normativo.

No n.º1 do artigo 75^o do CIRC passou a ler-se “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 e até ao fim do período referido no n.º 1 do mesmo artigo, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam.”

Esta disposição apresentava-se, na sua antiga redação, da seguinte forma: “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 e até ao fim do período referido no n.º 1 do mesmo artigo, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam, desde que seja concedida autorização pelo Ministro das Finanças, mediante requerimento dos interessados entregue na Direcção-Geral dos Impostos (...).”

²⁹ Imposto pela Diretiva n.º 90/434/CEE.

Fazendo uma breve observação à alteração, primeiramente, convém apontar o desaparecimento da obrigação de requerimento à Direção Geral do Imposto, assim como, o despacho do Ministro das Finanças, tornando o processo de reestruturação menos complexo e burocrático, em contraste com o regime anterior, que segundo as críticas seria um entrave à operação, por ser excessivamente rigoroso e intransigente para os sujeitos passivos.

Retirou-se, igualmente, a cláusula anti-abuso, abandonando a necessidade de demonstração de motivações económicas válidas e de desenvolvimento na estrutura produtiva.

Nesse sentido, questiona-se se tal medida não favorecerá o aparecimento de abusos a tal instituto, tratando-se de uma solução aventureira por parte do legislador. Em jeito de conclusão, a partir daqui, só valerá a cláusula geral anti-abuso.³⁰

4.3. As fusões inversas

Sendo a fusão inversa objeto crucial da presente dissertação, esta consubstancia transferência global do património de uma sociedade fundida para outra sociedade beneficiária, quando a totalidade das partes representativas do capital social da beneficiária seja detida pela sociedade fundida.³¹

As fusões inversas surgiram como um mecanismo de o sujeito passivo contornar a cláusula anti-abuso, colocada pelo legislador no artigo 62º nº5 do CIRC na sua antiga redação.

Uma sociedade lucrosa com a finalidade de se fundir com outra sociedade com prejuízos, mediante a exclusiva finalidade de deduzir tais prejuízos, procedendo-se em seguida a extinção da sociedade fundida, nunca seria aceite mediante requerimento ao Ministro das Finanças. Porque o reporte de prejuízos para a sociedade incorporante teria que ser autorizada.

Através da fusão inversa, uma sociedade compra uma sociedade com prejuízos a um preço reduzido, passando a deter 100% do capital, não sendo necessário tal

³⁰ Cfr. Artigo 38º da LGT.

³¹ Cfr. Alínea e) do artigo 73º do CIRC.

requerimento. Neste sentido, posteriormente é a sociedade com prejuízo que incorpora a sociedade com lucros.

4.4. Motivações da operação de fusão

São múltiplas e divergentes as motivações de uma operação de fusão citadas pela doutrina. Desde logo, apontam para o entendimento em torno do conceito de sinergias, ou seja, a ideia segundo a qual, duas sociedades unidas numa só, possivelmente, poderão fruir de uma maior capacidade para acrescentar valor ao negócio do que se isoladas. Noção esta criticável, dado que, frequentemente, o desenvolvimento de sinergias descobre-se trabalhoso e oneroso, contrariando as expectativas esperadas e, conseqüentemente, não resultando em qualquer proveito.

Quando estamos perante fusões horizontais, duas empresas concorrentes no mercado que produzem o mesmo produto unem-se para alcançarem uma maior quota no mercado, no sentido de facilitarem uma maior competitividade perante os restantes concorrentes.

Outro intuito pode ser encontrado nas fusões verticais entre duas empresas em distintas fases na cadeia de produção. Dessa forma, poderão minorar custos e obter ganhos, controlando uniformemente a produção e a comercialização do produto.

Portanto, são diversos os fins que acompanham uma fusão, havendo também razões fiscais motivantes de tais operações, como a possibilidade de transmissão de prejuízos, para uma sociedade mais lucrosa, em sentido a reduzir o lucro tributável e, por sua vez, o imposto a pagar, conseguindo dessa forma uma vantagem fiscal.

Acresce que, no nosso ordenamento, a taxa de IRC revela-se como das menos competitivas dentro da União Europeia. Regularmente, este facto motiva as empresas nacionais a efetuarem uma fusão com empresas estrangeiras com taxas de IRC mais proveitosas.

4.5. Jurisprudência

Cumpra analisar a Jurisprudência em relação à admissibilidade de dedução de encargos financeiros no contexto de uma operação de fusão para que se entenda o caminho trilhado pelos Tribunais e pela AT nesse sentido.

Nos processos 14/2011-T e 87/2014-T, foi rejeitada a dedução fiscal dos juros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social, num momento anterior à operação de fusão, portanto, decisões com favorecimento para a AT.

Considerou-se nas referidas decisões que os encargos financeiros não encontram nexo de causalidade económica com o interesse e a atividade da requerente (sociedade incorporante), não possuindo potencialidade para gerar lucros na esfera desta. Entende-se que as participações sociais alusivas ao capital da própria sociedade incorporante detidas pelos sócios da sociedade incorporada, somente podem originar rendimentos susceptíveis de tributação na esfera da sociedade titular das participações.

Contrariamente, as decisões arbitrais 101/2013-T, 42/2015-T³², 92/2015-T, 93/2015-T e 108/2015-T aceitam a dedução de tais encargos financeiros, indispensáveis para a obtenção dos proveitos ou para a manutenção da fonte produtora, decisões favorecedoras dos sujeitos passivos.

Importa dissecar, quanto ao tema em discussão, os acórdãos 92/2015-T e 93/2015-T, idênticos no seu conteúdo, sendo que, se consubstanciam como que num aglomerado das decisões arbitrais pertinentes quanto à problemática de dedução de encargos financeiros contraídos num momento anterior a uma operação de fusão.

Julga-se nos referidos Acórdãos se são dedutíveis os gastos com juros provenientes de empréstimos para a aquisição de participações sociais da própria requerente, assumidos por esta em consequência da operação de fusão. A requerente incorporou a sociedade devedora originária dos empréstimos e adquirente das suas participações sociais.

Firma-se que o trajeto apoiado pela doutrina e jurisprudência quanto à indispensabilidade baseia-se fundamentalmente no contributo dos gastos para a

³² Estas decisões referentes a uma fusão não invertida, mas com as mesmas reflexões.

obtenção dos proveitos sujeitos a imposto, sob uma perspectiva económica empresarial, sendo a finalidade, direta ou indireta, a obtenção lucrativa. Esta causalidade económica justifica-se quando os gastos incorridos realizam o interesse da empresa e o desenvolvimento da atividade da mesma.³³ Para tanto, os gastos terão que respeitar à própria empresa contribuinte e à prossecução da sua atividade.

A AT não pode avaliar a oportunidade e o mérito do gasto. Portanto, basta que tais despesas sejam potencializadores de afetar os proveitos de forma positiva, não sendo necessário provar efetivamente a produção de resultados positivos, desde que dentro dos limites de atos e decisões de gestão empresarial.³⁴ Distancia-se a implicação de conexão obrigatória entre custos e proveitos.

A jurisprudência e SALDANHA SANCHES destacam que o artigo 23º do CIRC suporta uma finalidade fiscal, consistindo em “distinguir entre os custos que podem ser aceites para fins fiscais e que, por isso, vão influenciar o cálculo do lucro tributável e os que não podem ser aceites para tal efeito.”

Subsiste a inquietação tributária em apurar corretamente a matéria coletável e que a dedução dos custos esteja associada ao desenvolvimento da atividade, não se frustrando os interesses que devem ser tutelados a nível fiscal.

Sinteticamente, como exigências cruciais e basilares da indispensabilidade, temos que, o gasto tem de ser incorrido no próprio interesse da sociedade contribuinte e para a prossecução das suas atividades com vista à obtenção do lucro.

Os fundamentais argumentos que levaram à decisão dos mencionados Acórdãos, apoiam-se no facto de na fusão inversa suceder uma transformação da sociedade e não uma extinção³⁵, sendo, nesse sentido, deslocados todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada para a incorporante. Para além disso, afirmam que, a aplicação de capitais alheios na exploração, pelo menos num momento inicial e posteriormente extintos, trata-se de uma situação diversa de um desvio para aplicação estranha ao interesse empresarial³⁶. Neste caso concreto, como consequência da operação de fusão extinguiu-se o objeto da aplicação de capitais alheios, ou seja, as participações sociais em que foram aplicados os capitais alheios desapareceram. Atente-se também ao facto de ser irrelevante a conceção adotada quanto a natureza jurídica da operação de fusão.³⁷

³³ Acs. STA 30-11-2011, Processo nº 0107/11 e STA 04-09-2013, Processo nº 0341/13.

³⁴ Cfr. Processo 101/2013-T.

³⁵ Ac. STA 13-04-2005, Processo nº 01265/04.

³⁶ Ac. TCA Sul 17-04-2012, Processo nº 05200/11.

³⁷ Cfr. Processo 87/2014-T.

MENEZES LEITÃO, na justificação do seu voto de vencido no referido Acórdão, assim como mencionado também no Acórdão processo nº14/2011-T, refere “importa ponderar o destino ou uso dos fundos obtidos em relação aos quais o sujeito passivo pretende deduzir fiscalmente, para efeitos do apuramento do seu lucro tributável, os juros e demais encargos associados que suportou.”

Nesse sentido, adianta que os gastos respeitam a financiamentos contraídos para a aquisição da totalidade de participações no capital social da própria requerente, adquiridas inicialmente pela sociedade D e, posteriormente, por consequência da operação de fusão inversa, em que a D foi incorporada pela sociedade requerente, passaram a pertencer à sociedade J, única sócia da incorporada. Sendo a J, titular do ativo corresponde aos encargos em questão, para MENEZES LEITÃO, tais gastos não fruem de qualquer ligação com a atividade empresarial e o objeto societário da requerente, não podendo ser dedutíveis fiscalmente na esfera desta.

Mas repare-se no seguinte exemplo, uma sociedade compra uma máquina para a produção de um determinado produto, e para tal, financia-se, tendo que pagar o total valor e os respetivos juros durante um período temporal de dez anos. Passados três anos, a máquina fica inutilizada, mas a obrigação de pagamento juros mantém-se, independentemente do ativo deixar de existir. Logo, se no momento inicial, os encargos financeiros foram aplicados na exploração, preenchendo-se o artigo 23º do CIRC, independentemente de eventualidades posteriores, não se pode pôr em causa a dedutibilidade fiscal dos respetivos encargos.

No texto “Projeto de Fusão” apontam-se, para esta operação de fusão, os seguintes motivos: A (requerente) e D tinham o mesmo objeto; F era detida 100% por A; a existência das três sociedades implicava custos e despesas acrescidas; criação de sinergias consideráveis; as sociedades eram dependentes de J; A era detida por D que detinha F.

Como factos, verifica-se que A passou a apresentar, a partir da operação de fusão, prejuízos fiscais consideráveis e, para além, disso D apenas apresentava operações a nível de prestações de serviço de administração e gestão de A, sendo o seu ativo constituído por investimentos financeiros correspondes à aquisição das ações de A. Tais factos apresentam-se incoerentes com os fundamentos motivantes da referida operação a cima aludidos.

Conclui-se que o efeito prático desta operação de fusão revela-se na possibilidade de tributação conjunta. No entanto, existe uma norma no CIRC que permitiria essa

possibilidade, pelo que se pondera não estar em causa um abuso desse mesmo instituto, constante do artigo 69º do CIRC.

Recentes acórdãos vieram auxiliar uma confusa jurisprudência de decisões contraditórias. Questionou-se, no Acórdão processo nº 537/2016-T e no Acórdão processo nº560/2016-T, sobre o tratamento fiscal dos juros e demais encargos suportados relativos a empréstimos contraídos para a compra do capital, decorrentes da operação de fusão invertida.

A AT fundamenta a recusa da dedutibilidade de tais gastos com o artigo 23º do CIRC, não considerando os gastos indispensáveis e aplicados na exploração. Advogava que, teria de acontecer, em cada ano em que se registam os juros, um balanceamento entre os encargos financeiros suportados e os proveitos.

Acrescem que tais juros, não estariam ligados com a atividade normal da requerente e o ativo associado não existe e não contribuiria futuramente para rendimentos tributáveis.

Reiterou, aliás, que a questão não se enquadra no âmbito da norma do artigo 63º do CIRC, ou seja, não se trata de uma correção de preço de transferência nos juros devidos ao acionista. Assim como, nesta situação, a AT advoga a não aplicação do instituto da cláusula geral anti abuso, referente ao artigo 38º nº2 da LGT, por uma possível sequência de operações abusivas de formas jurídicas, nomeadamente, o endividamento e juros resultantes para a compra de capital anteriores a uma fusão de empresas, para que, desta forma, a entidade lucrativa, suportando os encargos, reduza o seu lucro fiscal com intenção exclusiva de poupança fiscal.

Consideraram, neste Acórdão, que estes juros e encargos suportados pela Requerente, preenchem os requisitos ínsitos no artigo 23.º do CIRC, para legitimar a sua dedutibilidade fiscal, com base nos argumentos a seguir explanados.

O Acórdão do STA de 2/12/2011, processo nº 0865/11³⁸, igualou fiscalmente a fusão inversa e não inversa e legitimou a neutralidade fiscal³⁹ das duas operações, mesmo que não exista uma atribuição de ações aos sócios.

Isto significa que as fusões requerem o mesmo tratamento quer ao nível do direito comercial quer ao nível da fiscalidade e demais efeitos tributários. Portanto, a solução legal deveria ser igual caso se trate de uma fusão invertida ou não invertida, não

³⁸ Situação de cisão-fusão.

³⁹ Cfr. Artigo 73º e seguintes do CIRC.

havendo a obrigação dos requerentes fundamentar as motivações pelas quais escolheram uma operação ou outra.

Na fusão, não acontece o falecimento económico da empresa, dado que são transferidos todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada para a incorporante, sendo que esta última continua a atividade da desaparecida.⁴⁰

Não se põe em causa que, anteriormente à operação de fusão, os encargos financeiros relacionados ao financiamento se tratam de capitais alheios aplicados na exploração, num momento inicial, e, dessa forma, preenchendo-se a alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º, independentemente eventualidades futuras desse tal investimento.

Nesse sentido, os juros também terão que ser aceites num momento pós-fusão. Tratando-se de uma operação regulada pelo direito comercial e que cumpre todas as regras, resultante de uma decisão empresarial, seria um paradoxo acolher o entendimento segundo o qual há um favorecimento de interesses extra empresariais como, em exemplo, em benefício de um sócio. Ainda que tal investimento se venha a revelar improdutivo futuramente.

Podia-se analisar a questão quanto à sequência de operações desencadeadas, dito a aquisição de partes sociais com recurso a um financiamento, seguido de uma fusão, se motivadas exclusivamente para uma poupança fiscal acompanhadas por um intuito abusivo, no âmbito dos artigos 38.º n.º 2 da LGT, 63.º ou 73.º do CIRC, e não no artigo 23.º do CIRC. Contudo, tratam-se de normas de difícil preenchimento.

O artigo 23.º do CIRC não se enquadra numa norma anti abuso que pudesse ser aplicada em troca do artigo 38.º, n.º 2, da LGT, artigo 73.º, n.º 10 do CIRC ou artigo 63.º do CIRC.

O artigo 23.º do CIRC obsta à não dedução fiscal de gastos adquiridos que não se inscrevem no interesse económico da Sociedade, que não são aplicados na exploração, mas assistem interesses extra societários, como dos administradores ou de terceiros.

Contudo, é necessário ter em conta que, como afirma SALDANHA SANCHES, “As operações de cisão e fusão são uma área onde se verificam com muita frequência tentativas de obter economias fiscais mediante práticas abusivas, o que motiva as legítimas preocupações do legislador.”, não se pode é partir de uma “insanável desconfiança (...) em relação à fusão inversa, como se esta operação só pudesse ser realizada para contornar a lei fiscal ou fosse, em si própria, uma operação abusiva”.⁴¹

⁴⁰ Cfr. Artigo 112.º alínea a) do CSC.

⁴¹ Ac. do TCA-Sul de 17-04-2012, Processo n.º 05200/11.

Ainda mais recentemente, o entendimento supra aludido foi corroborado, com o Acórdão do CAAD Processo nº 729/2016-T. A sociedade incorporante e requerente apropriou as dívidas e encargos financeiros, contraídos por outra sociedade junto da Banca e dos seus acionistas, para compra de capital social da própria requerente, por consequência de uma operação de fusão inversa entre ambas.

A AT alegou que os encargos não são dignos de preenchimento da indispensabilidade para a produção de rendimentos e manutenção da fonte produtora, por já não financiarem no momento posterior à operação de fusão a aquisição de participações, nesse sentido, teria de se verificar um equilíbrio entre os encargos e os proveitos e a existência do ativo.

Observou-se uma aceitação da dedutibilidade dos encargos financeiros, especialmente por se considerar que numa operação de fusão não ocorre uma extinção mas uma transformação da sociedade. O centro de interesses, sendo diferente no momento pós-fusão, sintetiza o da sociedade incorporada, isto posto, a realidade empresarial da incorporada insere-se na incorporante.

Os capitais alheios foram aplicados num momento inicial na exploração, sendo que, por consequência da operação, aconteceu uma extinção do objeto de aplicação dos capitais alheios. Conjuntura diversa de um afastamento de aplicação para servir interesses de alheios, isto é, ocorreu um desaparecimento do objeto e não uma continuação do mesmo na esfera de terceiros.

CAPÍTULO V

5. Dedução de encargos financeiros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social numa operação de fusão na nova redação do artigo 23º do CIRC

Cumpramos analisar a problemática sobre a dedução de encargos financeiros numa operação de fusão, nas circunstâncias acima descritas, mas futuramente quando aplicada na nova redação do artigo 23º do CIRC.

A nova redação do preceito apresenta-se da seguinte forma: “Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo **para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.**”

Na sua antiga redação lia-se: “Consideram-se gastos os que comprovadamente **sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos** sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora...”

Aparentemente, o legislador permitiu com a supressão do termo “indispensabilidade”, que não se levantasse mais dúvidas quanto à desnecessidade de uma causalidade do tipo condition sine qua non entre os gastos e os proveitos. Porém, não se impede a exigência de um sentido de causalidade, ainda que de forma indireta.

No futuro, presumo que será causa de discussão a necessidade de conexão entre os gastos e os proveitos. O que poderá ser uma solução ainda mais problemática do que a anterior, principalmente nas situações complexas, em que o termo da indispensabilidade é testado no seu limite.

Se anteriormente o termo da indispensabilidade, abstrato e indeterminado, era interpretado de diferentes formas e usado desnecessariamente para recusa de certos gastos, havendo necessidade de o coordenar com o conceito de atividade da empresa e através de uma perspetiva económica. Posteriormente, será extremamente especulativo e indefinido o que serão considerados gastos para obter ou garantir rendimentos. Será necessário uma ligação concreta, ainda que indireta? E que tipo conexão? Quais os

custos serão considerados para obter ou garantir rendimentos e quais serão afastados? Qual o critério?

Fazendo uma comparação literal das duas redações, apesar da eliminação do termo discutível e vago da indispensabilidade, o critério agora será baseado na carecimento de comprovação de uma ligação entre os gastos e os proveitos, já que passam a ser dedutíveis os gastos para obter ou garantir rendimento, a escolha de este conjunto de vocábulos frisa de forma acentuada essa necessidade. Solução esta não satisfatória para resolver esta problemática, poderá diminuir de certa forma alguma litigância relativa a situações mais simples mas continuarão a surgir problemas.

Sendo que a solução da nova redação pode não ser tão adequada em situações mais duvidosas como são as intragrupo, situações que testam ao máximo o termo da indispensabilidade, matéria praticamente não legislada na lei fiscal, o que poderá motivar diferentes interpretações e juízos, importa por essa razão analisar a questão sobre a dedutibilidade de encargos financeiros referentes a financiamentos contraídos na compra de capital social, num momento anterior à operação de fusão.

Observando esta questão na jurisprudência, verifica-se que o caminho percorrido engloba decisões contraditórias. Quanto às decisões em que a dedução de encargos financeiros não foram aceites fiscalmente, tal deve-se, essencialmente, ao facto de se considerar que os encargos financeiros não encontram um nexo de causalidade económica com o interesse e a atividade da empresa, não tendo potencialidade para gerar lucros. Entende-se que as participações sociais alusivas ao capital da própria sociedade incorporante detidas pelos sócios da sociedade incorporada, somente podem originar rendimentos susceptíveis de tributação na esfera da sociedade titular das participações.

Importa ressaltar, neste contexto, que na Jurisprudência exposta quanto a aceitação da dedução de encargos na fusão, não se põe em causa que, anteriormente à operação de fusão, os encargos financeiros relacionados ao financiamento, se tratam de capitais alheios aplicados na exploração, num momento inicial e dessa forma preenchendo-se a alínea c) do nº1 do artigo 23º, independentemente eventualidades futuras desse tal investimento.

Nesse sentido, os juros também terão que ser aceites num momento pós-fusão, tratando-se de uma operação regulada pelo direito comercial e que cumpre todas as regras, resultante de uma decisão empresarial.

No entanto, sendo o critério da nova redação do artigo 23º do CIRC, baseado no carecimento de uma ligação entre os gastos e os proveitos, já que passam a ser dedutíveis os gastos para obter ou garantir rendimento, visando de forma mais acentuada essa necessidade, poderão ser levantados novamente questões parecidas com as a cima descritas.

Podia-se dissecar a questão quanto à sequência de operações desencadeadas, dito a aquisição de partes sociais com recurso a um financiamento, seguido de uma fusão, se motivadas exclusivamente para uma poupança, acompanhadas por um intuito abusivo, no âmbito dos artigos 38º n.º 2 da LGT, 63º ou 73º do IRC e não no artigo 23º do CIRC. Contudo, tratam-se de normas de difícil preenchimento.

Analisando as operações descritas quanto a dedução de encargos financeiros numa operação de fusão, percebe-se que o efeito prático da mesma se consubstancia na possibilidade de junção dos proveitos de uma sociedade com prejuízos de outra, de modo a diminuir o lucro tributável e por consequência a redução do imposto. Possibilidade esta imediata após a operação de fusão. Este efeito seria alcançado se as sociedades dessem uso ao artigo 69º do CIRC, ou seja, a tributação conjunta de sociedades do mesmo grupo. Somente teriam de esperar o lapso temporal de dois anos para que pudessem aplicar a disposição normativa. Ao invés, com o desencadeamento destas operações este efeito concretiza-se de imediato sem período temporal de espera. Questiona-se se não estaremos perante um abuso dessa mesma faculdade.

A nova redação permite a dedução de gastos suportados para obter ou garantir “rendimentos sujeitos a IRC”. Parece ser questionável dessa forma a dedução de certos rendimentos, que não se encontram sujeitos a IRC, como os rendimentos isentos. Esta indagação poderá originar especulativos conflitos. Como no caso do regime da neutralidade fiscal⁴², refletida nos artigos 73ª a 78º do CIRC, não se tributa a transmissão de património.

As situações de fusão inversa, como já mencionado em momento oportuno, surgiram como forma de escape a uma cláusula anti-abuso correlacionada com a operação de fusão. Na nova redação do artigo 75º do CIRC, o legislador retirou tal requisito, abandonando a necessidade de demonstração de motivações económicas válidas e de desenvolvimento na estrutura produtiva. Poderá significar um decréscimo na utilização desta modalidade de fusão.

⁴² Imposto pela Diretiva n.º 90/434/CEE.

Nesse sentido, questiona-se se tal medida não favorecerá o aparecimento de abusos a tal instituto, tratando-se de uma solução aventureira por parte do legislador, conclui-se que a partir daqui, para que a AT possa reclamar abusos deste instituto, só valerá a cláusula geral anti-abuso.⁴³

⁴³ Cfr. Artigo 38º da LGT.

Conclusão

É longo o histórico, no nosso ordenamento jurídico-fiscal, quanto à dedutibilidade de gastos em sede de IRC e o caminho percorrido pela AT, contribuintes e Tribunais quanto a esta problemática temática. O artigo 23º do CIRC, na sua antiga redação, provocou numerosa litigância e são vários os entendimentos interpretativos desta disposição normativa.

Apesar disso e de várias decisões contraditórias, por parte dos Tribunais, parece ser possível afirmar-se que, atualmente, para que um gasto seja dedutível e aceite fiscalmente, é necessário o seu relacionamento com a atividade empresarial da sociedade contribuinte, servindo o gasto o interesse societário, tendo em vista o lucro. Já não se discute uma ligação do tipo *sine qua non* entre as componentes positivas e negativas do lucro. Entende-se que, pelo menos de forma indireta, os gastos terão, ainda que potencialmente, afetar os rendimentos.

A Comissão da reforma de 2014 do CIRC pretendeu, com a alteração do referido artigo, tendo sido considerado uma das normas com mais urgência interventiva, simplificar a sua interpretação com o intuito de diminuir a litigância verificada até então, atentando também a atual conjuntura, procurou incrementar a competitividade entre empresas.

O artigo 23º do CIRC, na sua nova redação, aparentemente espelha o que se tinha vindo a concluir e interpretar na doutrina e jurisprudência, considerando dedutíveis fiscalmente os gastos suportados para obter ou garantir os rendimentos.

Anteriormente o termo da indispensabilidade, abstrato e indeterminado, era interpretado de diferentes formas e usado desnecessariamente para recusa de certos gastos, havendo necessidade de o coordenar com o conceito de atividade da empresa e através de uma perspectiva económica. Pensa-se que, analisando-se literalmente a alteração normativa, esta poderá ser causa de futuras discussões, o que até então já se tinha descortinado, a insistência na implicação de uma ligação entre os gastos e proveitos. O critério agora será baseado no carecimento de comprovação de uma ligação entre as componentes do lucro tributável, já que a escolha de este conjunto de vocábulos frisa de forma acentuada essa necessidade.

Apresenta-se extremamente especulativo e indefinido o que serão considerados gastos para obter ou garantir rendimentos. Quais serão os gastos considerados para obter ou garantir rendimentos e quais serão afastados? Qual o critério desta ligação?

Nas situações mais simples haverá, provavelmente, uma diminuição de litigância, naquelas em que se usava desnecessariamente o termo especulativo e indeterminado a “indispensabilidade”. Nos casos mais complexos, como são os intragrupo, onde a indispensabilidade era testada no seu limite, não se trata de uma resposta legislativa satisfatória, porque os problemas vão continuar a surgir.

Pelo que no cerne da presente dissertação, a dedução de encargos financeiros provenientes de financiamentos na compra de capital social num momento anterior à operação de fusão, vai-se insistir na ligação entre os rendimentos e gastos, questão levantada na maioria das vezes pela AT, que não considera correlacionados os gastos nestas situações concretas com a atividade empresarial da própria contribuinte.

Observando esta questão na jurisprudência, verifica-se que o caminho percorrido engloba decisões contraditórias. Quanto às decisões em que a dedução de encargos financeiros não foram aceites fiscalmente, deve-se ao facto de se considerar que os encargos financeiros não encontram um nexo de causalidade económica com o interesse e a atividade da empresa, não tendo potencialidade para gerar lucros. Entende-se que as participações sociais alusivas ao capital da própria sociedade incorporante detidas pelos sócios da sociedade incorporada, somente podem originar rendimentos susceptíveis de tributação na esfera da sociedade titular das participações.

Importa ressaltar, neste contexto, que na Jurisprudência exposta quanto a aceitação da dedução de encargos na fusão, não se põe em causa que, anteriormente à operação de fusão, os encargos financeiros relacionados ao financiamento, consistem em capitais alheios aplicados na exploração, num momento inicial e dessa forma preenchendo-se a alínea c) do nº1 do artigo 23º, independentemente eventualidades futuras desse tal investimento. Nesse sentido, os juros também terão que ser aceites num momento pós-fusão, tratando-se de uma operação regulada pelo direito comercial e que cumpre todas as regras, resultante de uma decisão empresarial.

No entanto, sendo o critério da nova redação do artigo 23º do CIRC, baseado no carecimento de uma ligação entre os gastos e os proveitos, já que passam a ser dedutíveis os gastos para obter ou garantir rendimento, visando de forma mais acentuada essa necessidade, existe a possibilidade de ser novamente levantadas as questões *supra* enunciadas.

Uma solução poderia passar por uma disposição normativa mais esclarecedora e não suscetível de diferentes interpretações e juízos. Nesse sentido, dever-se-ia discriminar as exigências cruciais da dedutibilidade dos gastos enxergadas na jurisprudência, ou seja, especificar expressamente que, para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis os gastos incorridos pelo sujeito passivo, no próprio interesse da sociedade contribuinte e para o prosseguimento das suas atividades, com vista à obtenção do lucro.

O afastamento de um requisito de ligação causal essencial entre os gastos e os proveitos, como já se verificou noutros ordenamentos jurídicos, como no castelhano, somente serve para permitir a prevenção de querelas e ambiguidades de interpretação.

Evidentemente, o artigo 23º do CIRC, insere-se uma área onde a tensão entre a AT e o contribuinte mais se manifesta e, provavelmente, nunca deixará de existir. O contribuinte tenderá sempre para a dedução do maior volume possível de gastos, com vista a diminuição do lucro tributável e, por conseguinte, a redução do imposto a pagar. Sendo que a AT, pelo contrário, preocupa-se em descortinar possíveis abusos na dedutibilidade de gastos.

Ainda é extenso o caminho que se terá que percorrer para que esta temática não seja colocada em causa tão numerosas vezes pelos Tribunais e doutrina portugueses.

Referências bibliográficas

ARNOLD, Brian J. e Tim Edgar, “Deductibility of Interest Expense”, *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, Vol. 43, n° 5, 1995.

BILAU, José Jacinto, “Tratamento Fiscal das Fusões de Sociedades”, *Jornal Técnico de Contas e da Empresa*, n.º 363, 1995.

COMISSÃO PARA A REFORMA DO IRC, *Anteprojecto da Reforma do IRC*, 2013

RODRIGUES, Pedro Neto, “O Regime Jurídico-Fiscal da Subcapitalização - do seu âmbito e alcance”, *Fiscalidade*, 21, 2005.

CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da, *A Subcapitalização no Direito Português – Apreciação Face ao Direito Comunitário*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Coimbra Editora, 2000.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, “As Regras Fiscais Sobre a Subcapitalização”, *Ciência Técnica e Fiscal*, n° 383, 1996.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito, “Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas”, *Ciência Técnica e Fiscal*, n° 392, 1998.

MARTINS, António, “A dedutibilidade dos juros e a noção de actividade das sociedades - a propósito do 23º do CIRC”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, 2012.

MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos de IRC*, Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta, “A Determinação da Matéria Tributável no IRC”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

PORTUGAL, António Moura, *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal - a dedutibilidade dos custos na recente jurisprudência fiscal*, Coimbra Editora, 2009.

PORTUGAL, António Moura, *A Dedutibilidade de Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2007.

SANCHES, José Luís Saldanha, “Fusão inversa e neutralidade fiscal”, *Fiscalidade*, n.º 34, 2008.

TAVARES, Tomás Castro, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº396, 1999.

TAVARES, Tomás Castro, “A Dedutibilidade dos custos em sede de IRC”, *Revista Fisco* nº101/102, ano XIII, 2002.

TEIXEIRA, Manuela Dura, “Reestruturação de empresas e limites do Planeamento Fiscal – Algumas notas”, Coimbra Editora, 2009.

VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

Jurisprudência citada

Acórdão TCA Sul, de 27-03-2012, Processo nº 05312/12.

Acórdão TCA Sul, de 17-04-2012, Processo nº 05200/11.

Acórdão STA, de 27-09-2000, Recurso n.º 25033.

Acórdão STA, de 02-02-2000, Processo nº 188092.

Acórdão STA, de 13-04-2005, Processo nº 01265/04.

Acórdão STA, de 7-02-2007, Processo nº 01046/05.

Acórdão STA, de 30-11-2011, Processo nº 0107/11.

Acórdão STA, de 07-11-2011, Processo nº 26624.

Acórdão STA, de 2-12-2011, Processo nº 0865/11.

Acórdão STA, de 30-05-2012, Processo nº 0949/11.

Acórdão STA, de 04-09-2013, Processo nº 0341/13.

Acórdão CAAD, Processo nº14/2011-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 101/2013-T.

Acórdão CAAD, Processo nº12/2013-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 101/2013-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 87/2014-T.

Acórdão CAAD, Processo nº42/2015-T.

Acórdão CAAD, Processo nº108/2015-T.

Acórdão CAAD, Processo, nº 92/2015-T.

Acórdão CAAD, Processo, nº 93/2015-T.

Acórdão CAAD, Processo, nº 537/2016-T.

Acórdão CAAD, Processo, nº 560/2016-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 273/2016-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 729/2016-T.

Acórdão CAAD, Processo nº 79/2017-T.