

Do Regime Fiscal da Reorganização Empresarial
O Abuso do Regime da Neutralidade Fiscal



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa
Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal
Sob a orientação da Doutora Ana Roso

Lénio Carino Mendes Ferreira

Junho 2020, Lisboa

“Nothing is certain except death and taxes”¹

¹ Benjamin Franklin, em carta para Jean-Baptiste Leroy, 1789.

Agradecimentos

Não poderia deixar de iniciar os agradecimentos aqui devidos sem atender à minha família que sempre me apoiou incondicionalmente, em especial ao meu pai, à minha mãe e às minhas irmãs, os quais sempre me incentivaram a dar o meu melhor, desde que seguisse a minha vontade e a procura da felicidade.

Por serem a base da minha existência, jamais encontrarei palavra alguma que lhes faça jus, por isso ficam os constantemente prometidos carinhos presenciais.

A todos os amigos, que a nossa amizade seja sempre comemorada e recordada.

À minha orientadora e amiga, Doutora Ana Roso, pela sabedoria e simpatia demonstradas, bem como pela prontidão com que sempre me ajudou.

Ao Dr. João Taborda da Gama, pela sua atenção e disponibilidade nas indicações e sugestões à elaboração do presente trabalho.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que, pelo rigor académico e exigência do seu corpo docente, me leva hoje à procura incessante do conhecimento enquanto jurista.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica que, pela excelência académica e profissional do seu corpo docente, me inspira a ser um melhor profissional.

A todos, e apesar de insuficiente, um sentido agradecimento

Índice

Siglas e Abreviaturas.....	5
Nota Introdutória.....	6
I – Os princípios jurídico-constitucionais da tributação das empresas.....	7
1.1 – A liberdade de gestão fiscal.....	7
1.2 – O princípio da neutralidade fiscal.....	9
1.3 – Os limites à liberdade de gestão fiscal.....	11
II – O regime fiscal das fusões, cisões, entrada de ativos e permuta de partes sociais.....	15
2.1 – O regime de neutralidade fiscal das fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de partes sociais.....	15
III – A cláusula especial anti abuso do n.º 10 do art. 73.º do código do IRC.....	19
IV – O abuso do regime da neutralidade fiscal na jurisprudência europeia.....	23
Nota Conclusiva.....	33
Bibliografia.....	35
Instrumentos Normativos.....	36
Jurisprudência.....	38

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

AT – Autoridade Tributária

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CC – Código Civil

CGAA – Cláusula Geral Anti Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento da Pessoas Singulares

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

EM – Estado membro

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IRS – Imposto sobre o Rendimento da Pessoas Singulares

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LGT – Lei Geral Tributária

N.º – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Proc. – Processo

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

S. – Seguinte

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

Palavras-chave

Abuso de direito; cláusula especial anti abuso; planeamento fiscal; regime da neutralidade fiscal; reorganização empresarial.

Nota Introdutória

A crescente movimentação de capitais num mundo visto hoje como uma autêntica aldeia global é acompanhada pelo igual aumento de operações de reorganização de atividades económicas ora com o intuito de procurar os mercados mais lucrativos ora com o objetivo de racionalizar as sinergias empresariais.

Assim, a par da relevância das reorganizações empresariais no fortalecimento da racionalização do desenvolvimento de atividades económicas e simultaneamente do tecido empresarial, os legisladores nacional e europeu reconhecem sobretudo a necessidade de ausência de tributação face àquele que não consubstancia um verdadeiro acréscimo de valor resultante do escopo lucrativo do contrato de sociedade. Aqui reside a razão de ser da consagração da neutralidade fiscal num evidente reconhecimento da continuidade bem patente numa operação de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais. Com efeito, apesar de surgirem alterações num plano jurídico, note-se que num plano macroeconómico não há lugar a um aumento do “rendimento real”² que deva ser tributado. Surge tão só a movimentação de elementos patrimoniais entre sociedades em prol da sua eficiência e conseqüentemente do crescimento económico.

Contudo, se por um lado, o aludido regime de neutralidade fiscal visa não obstar fiscalmente às operações de reorganização empresarial, por outro, abre a porta à possibilidade de ser instrumentalizado na prossecução de finalidades desprovidas de significado económico, mas sim, exclusivamente fiscal.

Ora, é perante este último quadro que surge a principal temática a ser presentemente abordada: o abuso do regime da neutralidade fiscal.

Assim sendo, impõe-se iniciar este nosso percurso por abordar os princípios jurídico-constitucionais que servem de base à tributação dos rendimentos das empresas para, de seguida, procedermos à análise do próprio regime de neutralidade no âmbito das operações de reorganização empresarial com vista à perceção da sua delimitação, ao conhecimento dos princípios que o orientam e das vantagens conferidas.

No seguimento desta ampla perspetiva que nos permitirá uma melhor compreensão dos alicerces e da construção do regime em causa, abordaremos a cláusula especial anti abuso constante do n.º 10 do art. 73.º, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), atentando em especial ao seu modo de interpretação e aplicação.

² Cfr. n.º 1 do art. 104.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Por último, completando esta aproximação à temática em causa, consideraremos alguns dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) mais icónicos no que à questão do abuso na jurisprudência europeia diz respeito com o intuito de encontrar a melhor definição e delimitação deste conceito tão essencial. De igual modo, atentaremos em especial em dois acórdãos do mesmo tribunal tendo em vista apurar o sentido e alcance do conceito de “razões económicas válidas”, de máxima importância na interpretação da aludida cláusula anti abuso.

I – Os princípios jurídico-constitucionais da tributação das empresas

1.1 – A liberdade de gestão fiscal

No que concerne aos princípios jurídico-constitucionais no âmbito da tributação das empresas, não nos podemos furtar, desde logo ao princípio da unicidade do IRS³ empresarial (n.º 1, art. 104.º CRP); ao da tributação das empresas pelo seu rendimento real (n.º 2, art. 104.º CRP); ao da liberdade de gestão fiscal; ao da neutralidade fiscal; e ao da beneficiação fiscal das cooperativas (art. 85.º CRP)⁴. Em relação ao princípio da liberdade de gestão fiscal e ao da neutralidade fiscal – os quais, *ratione materiae*, suportam o regime de neutralidade no quadro das operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais –, de referir resultarem das liberdades fundamentais de iniciativa económica e de empresa, bem patentes na Lei Fundamental Portuguesa. Vejamos.

A liberdade de gestão fiscal, a par da correspondente neutralidade fiscal do Estado, viabiliza o Estado fiscal na medida em que este último representa a vontade da *communitas* em se financiar essencialmente mediante tributos unilaterais ou impostos. Através da criação jurídica desta pessoa coletiva de população e território assim dotada, essa liberdade vem assim a traduzir-se no princípio da livre disponibilidade económica das pessoas singulares e coletivas⁵. Desta forma, este princípio procura promover da forma mais ampla possível a livre decisão dos indivíduos em todas as vertentes da sua vida, não descurando a necessária limitação na eventualidade de do seu exercício advirem danos para a *societas* ou quando a preservação da mesma liberdade assim o exigir. A isto subjaz, pois, uma economia de mercado e o princípio da subsidiariedade concretizado na ação económica e social do Estado e demais entes públicos⁶. Por isso se constata que, por um lado, num plano económico-social, estes últimos se financiem,

³ Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

⁴ Vide José Casalta Nabais, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3ª ed. Almedina, Coimbra, 2018, p. 33 e ss.

⁵ Vide José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para uma compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 191 e ss.

⁶ Vide Margarida Salema D’Oliveira Martins, *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

não mediante o desenvolvimento de uma atividade económica enquanto agentes de mercado, mas sim através do seu poder tributário. E, por outro, no quadro do sistema fiscal se reconheça a liberdade de conformação fiscal aos indivíduos e empresas, manifestada por estes num planeamento fiscal com vista à rentabilização da sua atividade económica, independentemente de quaisquer preocupações relacionadas com as receitas estaduais.

O que aqui vem sendo dito encontra fundamento na Constituição da República Portuguesa, mormente entre as normas respeitantes aos direitos económicos positivadores da livre iniciativa económica privada (n.º 1 do art. 61.º), do direito de propriedade privada (n.º 1 do art. 62.º), da liberdade de iniciativa e de organização empresarial (al. c) do art. 80.º e arts. 86.º e 87.º). Ademais, a Constituição económica integra-se hoje quer no direito originário quer no derivado da União Europeia (UE). De tal modo que essa transferência de soberania do nível nacional para o europeu inviabiliza a ação do Estado na prossecução do princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático, plasmado na al. a) do art. 80.º da CRP⁷.

É neste enquadramento que pessoas singulares e coletivas atuam economicamente, em trâmites jurídicos e não jurídicos, ao abrigo da sua autonomia privada, orientando-se com o escopo da elisão ou esquivamento aos impostos (*tax avoidance*), logo que dentro das margens das leis fiscais, sob pena de fraude fiscal (*tax fraud*) e sem abusar da liberdade de configuração jurídica dos factos tributário, deturpando a realidade económica, evadindo-se fiscalmente (*tax evasion*).

Em paralelo, o papel do Estado não pode representar um risco incomportável para as decisões empresariais assentes nos lucros esperados dos investimentos assentes num plano de investimento *versus* ganho. Assim o estabelece o princípio do Estado fiscal com expressão no art. 61.º (acerca da iniciativa económica); na al. c) do art. 80.º e art. 86.º (acerca da iniciativa da empresa), todos da CRP. Ora, é o exercício dessas liberdades que possibilita a constituição de empresas, quer seja *ex novo*, na sequência da transformação de uma outra empresa, através de fusão ou cisão; que legitima a opção organizacional da empresa: unipessoal, por quotas, anónima, comandita por ações, transparente, em grupo de sociedades, agrupamento complementar de empresas, agrupamento europeu de interesse económico, etc.; que permite a livre escolha do local onde sediar a empresa, qual o objeto social e onde será desenvolvido; a opção de financiamento, o qual poderá assumir a forma de autofinanciamento (por meio da não

⁷ Vide José Casalta Nabais, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, p. 157 e ss.

distribuição de dividendos para reinvestimento), de hétero financiamento por meio de crédito bancário, crédito de fornecedores, locação financeira, emissão de obrigações, por aumento de capital próprio, prestações suplementares, prestações acessórias, capital de risco, etc.

De igual modo, a liberdade fiscal compreenderá a que se prende com a procura em reduzir os custos de cumprimento, isto é, aqueles relacionados com os serviços da empresa afetos na gestão dos impostos por si liquidados e cobrados⁸.

Para além disso, uma última nota para referir que a crescente necessidade de as empresas serem consultadas no desenho legislativo do sistema de liquidação e cobrança, dado o seu importante papel neste âmbito, não se opondo a tal o princípio da legalidade, o qual permanecerá indiferente aos mecanismos de liquidação e cobrança dos impostos⁹.

1.2 – O princípio da neutralidade fiscal

Se até ao momento temos vindo a abordar o princípio da liberdade de gestão fiscal do ponto de vista dos seus sujeitos ativos, daqueles que, como vimos, exercem dentro dos seus limites na conformação da sua vivência e (no que aqui mais nos interessa) vida empresarial, importará ora atender à perspetiva passiva, *rectius*, ao cumprimento do princípio da neutralidade fiscal pelo poder tributário atribuído ao Estado.

Na verdade, tal necessária neutralidade está bem patente na al. f) do art. 81.º da CRP ao estabelecer: “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Trata-se de uma neutralidade fiscal que, contraposta à registada no séc. XIX, dota-se de objetivos extrafiscais, tão característicos do Estado social dos sécs. XX e XXI, o qual intervém social e economicamente recorrendo ao sistema fiscal para, precisamente, estimular ou não, premiar ou não, determinados comportamentos económicos e sociais, sem distorcer o mercado e a concorrência entre empresas.

Saliente-se não só relevar no plano nacional como, de igual modo, no europeu, nomeadamente no direito da concorrência entre empresas. Com efeito, o princípio da neutralidade fiscal está bem patente no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em normas como as relativas aos auxílios de Estado (107 a 109) e bem assim nas

⁸ Acerca dos custos de cumprimento, vide Cidália Lopes, *Quanto Custa Pagar Impostos em Portugal. Os Custos de Cumprimento da Tributação do Rendimento*, Almedina, Coimbra, 2008.

⁹ Vide José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 343 e ss.

respeitantes às disposições fiscais (110 a 113), conformando a ação dos Estados membros (EM) aos objetivos europeus de consagração do mercado interno da UE. Ademais, sendo a tributação do consumo aquela onde as políticas fiscais dos diferentes EM poderiam mais rapidamente originar distorções na concorrência e colocar em causa o mercado único, tornou-se necessário difundir o princípio da neutralidade fiscal por meio da imposição europeia de um imposto sobre o consumo sob a forma de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), estabelecendo um regime europeu uniformizado concretizado na Diretiva 2006/112/CE do Conselho de 28 de novembro, relativa ao sistema comum do IVA. Em prol do princípio da neutralidade fiscal (e económica), este regime concedeu aos sujeitos passivos o direito à dedução mediante o designado “método subtrativo indireto”¹⁰.

Apesar de se encontrar repercutido em vários domínios do ordenamento jurídico-fiscal português (na tributação do rendimento, do património e, como acabámos de mencionar, do consumo), é na tributação do rendimento empresarial que o princípio aqui em análise assume maior expressão. Vejamos.

Desde logo, de registar, o diferimento da tributação dos ganhos resultantes da “afetação de quaisquer bens do património particular a atividade empresarial e profissional” (al. b), n.º 3 do art. 10.º do CIRS¹¹); a não tributação em razão de constituição de sociedade com património totalmente pertencente a pessoa singular, mediante determinadas condições (art. 38.º do CIRS); a não tributação de mais-valias na substituição de títulos representativos do capital social na circunstância de permuta de partes sociais (n.ºs 8 e 9 do art. 10.º do CIRS); a transmissibilidade dos prejuízos fiscais em virtude de fusão, cisão, entrada de ativos, e transferência de estabelecimentos estáveis situados em território português de sociedades residentes em EM da UE (art. 75.º do CIRC); a não tributação do património transmitido de empresa individual para sociedade na esfera desta última (art. 86.º do CIRC); e sem pretender concluir de forma exhaustiva, todo o regime especial de tributação dos grupos de sociedades (arts. 69.º e ss. do CIRC) e o regime especial aplicável às fusões, cisões e entradas de ativos (arts. 73.º a 78.º do CIRC), o qual consagra: “na determinação do lucro tributável das sociedades fundidas ou cindidas ou da sociedade contribuidora, no caso de entrada de ativos, não é considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais”.

De igual modo, o princípio da neutralidade está bem patente no art. 67.º do CIRC, na limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento, e no n.º 1 do art. 41.º-A do Estatuto dos

¹⁰ Vide a este respeito José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, ..., cit. p. 579 e ss.

¹¹ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

Benefícios Fiscais (EBF), na redação conferida pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, respeitante à remuneração convencional do capital social. Com efeito, note-se que, por um lado, aquele preceito do CIRC permite a concorrência dos gastos de financiamento líquidos na determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites: a) 1.000.000€ ou b) 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, podendo os gastos não deduzidos serem reportados a um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores. Por outro lado, a aludida norma do EBF vem estabelecer a possibilidade de “ser deduzida uma importância correspondente à remuneração convencional do capital social, calculada mediante a aplicação, limitada a cada exercício, da taxa de 7% ao montante das entradas realizadas até € 2.000.000, por entregas em dinheiro ou através da conversão de créditos, ou do recurso aos lucros do próprio exercício, no âmbito da constituição de sociedade ou do aumento do capital social” mediante algumas condições indicadas no mesmo preceito. Assim sendo, se a neutralidade se manifesta na consideração dos gastos de financiamento com recurso a capital alheio, sendo os juros dedutíveis no apuramento do lucro tributável, tal é igualmente verificado em relação ao financiamento com recurso a capital próprio, valendo um tratamento dotado de neutralidade fiscal.

Estamos, pois, perante dois instrumentos de financiamento tidos em conta pela ação 4 do Plano de Ações BEPS da OCDE¹², com o escopo de limitar a erosão da base tributável através da consagração de limites à dedutibilidade de juros e outros pagamentos financeiros. Tal foi também prosseguido pela UE, apresentando na Diretiva Antielisão Fiscal – Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho, idêntica medida, a primeira das cinco medidas consagradas nessa Diretiva¹³.

1.3 – Os limites à liberdade de gestão fiscal

Cabe aqui realçar a inadmissibilidade do exercício da liberdade de gestão fiscal, extrapolando as suas margens de manifestação. A configuração jurídica dos factos tributáveis permitida por aquela não poderá ser abusiva com o desiderato da evasão fiscal “por meios artificiosos ou fraudulentos” (n.º 2 do art. 38.º da Lei Geral Tributária [LGT]).

Ora, os necessários limites à liberdade de gestão fiscal foram sendo consagrados através de cláusulas de combate à evasão e fraude fiscal, impulsionadas pela globalização das relações

¹² Em relação a essas medidas, *vide* Gustavo Lopes Courinha, «BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão», *in* Cadernos de Justiça Tributária, 4, Abril/Junho de 2014, p. 11 e ss.

¹³ Acerca desta Diretiva, *vide* Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 101 e ss.

fiscais das empresas. Nesta senda, o legislador foi estabelecendo determinadas normas, reflexo dos seus objetivos de prevenção e repressão de atos e circunstâncias representativas de maior risco para a evasão fiscal. Por todos, sublinhamos os seguintes exemplos no CIRC: a possibilidade de a Autoridade Tributária (AT) poder requalificar operações com recurso a instrumentos derivados se a sua substância diferir da forma, momento, fonte ou natureza dos consequentes rendimentos e gastos (n.º 10 do art. 49.º); em matéria de preços de transferência, é permitido à AT recusar os preços declarados nas transações entre duas entidades em situação de relações especiais (art. 63.º); a positivação de um ónus da prova especial para pagamentos a pessoas singulares ou coletivas localizadas fora do território nacional e aí sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável (al. r) do n.º 1 e n.º 7 do art. 23.º-A); a imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado aos sócios residentes em Portugal (art. 66.º); a inaplicabilidade do regime de neutralidade fiscal às fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de partes sociais quando as operações abrangidas pelo mesmo tenham tido como uma das finalidades principais a evasão fiscal em detrimento de metas de reestruturação e/ou racionalização económica (n.º 10 do art. 73.º)¹⁴.

No entanto, demonstra-se impossível acudir às mais diversas formas de que a evasão e fraude fiscais se podem revestir por meio da legislação orientada para cláusulas especiais. Ciente disto, a Lei n.º 100/99 de 26 de julho introduz uma cláusula geral anti abuso (CGAA) no segundo número do art. 38.º da LGT: “são ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recaia sobre estes últimos”. Não podemos deixar de fazer referência à evidente amplitude da norma, atribuindo à Administração um poder demasiado discricionário. Nestes termos, a liberdade de gestão fiscal, o próprio planeamento fiscal lícito das pessoas singulares e coletivas via-se seriamente afetado ou mesmo eliminado. De facto, permitindo-se à AT considerar ineficazes, para efeitos tributários, os actos e/ou negócios jurídicos concebidos pelas empresas com o intuito de reduzir ou eliminar a carga fiscal, muito se estreitava as margens de atuação empresarial. O princípio do Estado fiscal era assim posto em causa pois dele resulta, precisamente, a liberdade de se seguir a opção empresarial mais favorável do ponto de vista fiscal, ainda que tal seja o objetivo principal.

Confrontado com esta problemática, o legislador procede à reformulação do n.º 2 do preceito em questão, no ano seguinte, com a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, conferindo-

¹⁴ Assunto central deste nosso trabalho que merecerá a devida atenção em lugar próprio.

lhe a seguinte redação: “são ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas”. A nova redação trazia, assim, uma maior especificidade no que respeita ao *modus operandi* ilícito pelo qual se obtinha a vantagem fiscal, bem como maior segurança jurídica. Porém, a ideia de escopo principal permanecia.

A permeabilidade a esquemas abusivos de planeamento e elisão fiscal, muitas vezes resultante da prova necessária (frequentemente difícil) de ter existido uma conduta fraudulenta essencial ou principalmente motivada por esse fim, viria, no entanto, a ser comprimida. Na verdade, movida pela transposição da comumente conhecida *Anti Tax Avoidance Directive*, a Lei n.º 32/2019¹⁵, de 3 de maio, introduziu a atual redação: “as construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”. Destarte, em linha com o art. 6.º da aludida diretiva¹⁶, esta alteração vem facilitar a aplicação da CGAA, garantindo uma maior proteção contra esquemas abusivos de planeamento e elisão fiscal. Note-se que cessa a obrigação de se provar a existência da finalidade principal de obtenção de uma vantagem fiscal, passando a ser necessária a identificação, devidamente comprovada, da finalidade de obtenção de vantagens fiscais, ainda

¹⁵ Transpõe para a lei interna a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho (*Anti Tax Avoidance Directive*), por meio da introdução de alterações à Lei Geral Tributária, ao Código de Procedimento e Processo Tributário (alterando o procedimento de aplicação da CGAA, estabelecido no art. 63.º) e ao Código de Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Coletivas.

¹⁶ “(1) Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte. (2) Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. (3) Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional”.

que acompanhada por outras e distintas finalidades principais nas construções ou série de construções.

Para além disso, são também aditados quatro novos números. Assim, o n.º 3 pretende explicar amplamente a ideia de “construção ou séries de construções”, referindo aquelas desprovidas de razões económicas válidas e, por isso, não genuínas. É acolhido, desta forma, o conceito indeterminado de “razões económicas válidas”, com origem no Direito da União Europeia, tendo sido densificado ao longo dos anos pela jurisprudência do TJUE.

Por sua vez, os n.ºs 4 e 5 estabelecem que, na situação de resultar da construção ou série de construções “a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica”, sem desconsiderar a aplicação das regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária, nos casos em que o substituto “tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções”¹⁷.

Por último, o n.º 6 consagra que, ao ser aplicada a CGAA, os juros compensatórios que sejam devidos são majorados em 15 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT).

Assim sendo, impõe-se o equilíbrio do princípio da tipicidade, entre a abertura a limitações, impostas por outros princípios constitucionais, e uma abordagem fechada, admitindo que tais limitações devem de igual forma, ser limitadas, não deixando de se atentar à abertura que outros princípios possam vir a impor. Na verdade, atendendo a uma tipicidade tendencialmente fechada e a uma tipicidade tendencialmente aberta, necessário se torna admitir a abertura a fim de harmonizar, indo ao encontro da praticabilidade das soluções legais, das exigências do princípio da legalidade fiscal manifestadas em tal tipicidade¹⁸.

Uma última nota a respeito da importante necessidade de se considerar os limites dos limites, antes de qualquer derrogação da liberdade de gestão fiscal concretizada no planeamento fiscal. De aludir aqui ao Acórdão Halifax¹⁹, no qual o TJUE atesta precisamente a livre escolha de um empresário entre operações isentas e operações tributáveis com o fundamento de eliminar ou limitar a dívida fiscal. Como é mencionado no referido acórdão, citando o Advogado-Geral:

¹⁷ Uma nota para o facto de a ausência de concretização destas situações poder suscitar questões e alimentar, em certa medida, alguma insegurança jurídica.

¹⁸ Vide José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, p. 373 e ss.

¹⁹ Ac. Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise, de 21.02.2006, proc. C-255/02.

“(…) o sujeito passivo tem o direito de escolher a estrutura da sua atividade de forma a limitar a sua dívida fiscal”²⁰.

II – O regime fiscal das fusões, cisões, entrada de ativos e permuta de partes sociais

2.1 – O regime de neutralidade fiscal das fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de partes sociais

Chegados a este ponto, cumpre-nos abordar o regime fiscal das fusões, cisões, entrada de ativos e permuta de partes sociais, de suma importância para o fortalecimento e competitividade empresariais. Como veremos, do art. 73.º ao 78.º do CIRC encontra-se positivado este regime especial que transpõe para o nosso ordenamento jurídico o estabelecido na Diretiva 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro, denominada comumente por Diretiva Fusões e Aquisições. Vejamos.

O aludido art. 73.º do CIRC começa por estabelecer o que se deve considerar por fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais (n.ºs 1 a 5), delimitando, de seguida, o âmbito subjetivo de aplicação do regime (n.ºs 7 a 10)²¹. Neste quadro, de sublinhar o acolhimento da designada fusão inversa (*reverse merge*) na al. e) do n.º 1 da norma aqui considerada, aditada aquando da reforma de IRC²² de 2014 pela Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro.

Ainda a respeito da delimitação subjetiva do regime, de especificar ser o mesmo definido pela positiva nos n.ºs 7 e 9 e pela negativa nos n.ºs 8 e 10 do art. 73.º. Assim sendo, temos a aplicabilidade do referido regime às operações de fusão e cisão de sociedades e de entrada de ativos, em que surja a intervenção: a) sociedades com sede ou direção efetiva em território português sujeitas e não isentas de IRC; b) sociedade ou sociedades de outros EM da UE, desde que todas as sociedades se encontrem nas condições estabelecidas no art. 3.º da Diretiva n.º 2009/133/CE²³. O mencionado n.º 9 estende o regime em causa, com as necessárias adaptações, às fusões e cisões de sujeitos passivos de IRC residentes em território português que não sejam sociedades e aos respetivos membros, bem como às entradas de ativos e permutas de partes sociais em que intervenha pessoa coletiva que não seja sociedade.

Por sua vez, o regime em questão é inaplicável sempre que, na sequência das operações supramencionadas do n.º 7 do art. 73.º, sejam transmitidos navios ou aeronaves, ou bens móveis

²⁰ Vide os n.ºs 68 e 73 do Ac. Halifax.

²¹ Dispõe o n.º 6 do artigo 73.º que a aplicação do regime em questão, na parte relativa às fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados membros da União Europeia, o termo “sociedade” tem o significado que resulta do anexo à Diretiva n.º 2009/133/CE.

²² Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

²³ Cfr. alíneas do n.º 7 do art. 73.º do CIRC.

afetos à sua exploração, para uma entidade de navegação marítima ou aérea internacional não residente em território português (n.º 8). Exceção bem compreendida por ir ao encontro da tributação em sede de IRC das entidades de navegação marítima e aérea não residentes. Estas veem os seus rendimentos resultantes da exploração de navios ou aeronaves serem isentos na condição da existência da isenção recíproca e equivalente concedida às empresas da mesma natureza residentes em território nacional e do devido reconhecimento de tal reciprocidade pelo membro do governo responsável pela área das finanças em despacho publicado no Diário da República (art. 13.º do CIRC)²⁴.

De igual modo, será inaplicável quando as operações de reorganização empresarial aludidas não tenham sido realizadas por razões económicas válidas (n.º 10). Esta exceção encontra-se bem fundamentada na situação de o exercício da liberdade de gestão empresarial através da reorganização empresarial consubstanciar abuso, representando, assim, uma cláusula especial anti abuso a ser aqui abordada de seguida.

Numa perspetiva mais detalhada, constatamos que o regime que consagra a não tributação em IRC das operações de que temos vindo a falar, se encontra essencialmente entre os arts. 74.º a 76.º do CIRC, mediante a verificação de determinados requisitos.

Dispõe o referido art. 74.º que no apuramento do lucro tributável das sociedades fundidas ou cindidas ou da sociedade contribuidora, no caso de entrada de ativos, não concorre qualquer resultado proveniente da transferência dos elementos patrimoniais resultante de fusão, cisão ou entrada de ativos. De igual forma, não são tidos como rendimentos os ajustamentos em inventário e as perdas por imparidade e outras correções de valor que respeitem a créditos, inventários e, bem assim, as provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transferência, aceites para efeitos fiscais, com exceção dos relativos a estabelecimentos estáveis situados fora do território português quando estes sejam objeto de transferência para entidades não residentes, desde que se trate de situações elencadas nas diversas alíneas do n.º 1.

No entanto, são os n.ºs 3 e 4 do art. 74.º aqueles que requerem especial atenção. Naquele é positivado que a aplicação do regime determina que a sociedade beneficiária mantenha, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora antes da realização das operações, considerando-se que tais valores são os que resultam da aplicação das disposições do código do IRC ou de reavaliações efetuadas ao abrigo da legislação fiscal.

²⁴ Solução que vai ao encontro do n.º 1 do art. 8.º da Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património: “os lucros provenientes da exploração de navios ou aeronaves no tráfego internacional só podem ser tributados no Estado contratante em que estiver situada a direção efetiva da empresa”.

No que respeita ao n.º 4, este estabelece o elenco de pontos a considerar no apuramento do lucro tributável da sociedade beneficiária e da sociedade contribuidora. Em relação à sociedade beneficiária, deverá, assim, atender-se que: a) o apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos é feito como se não tivesse ocorrido fusão, cisão ou entrada de ativos; b) as depreciações ou amortizações sobre os elementos do ativo fixo tangível, do ativo intangível e das propriedades de investimento contabilizadas ao custo histórico transferidos são efetuadas de acordo com o regime que vinha sendo seguido nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora; c) os ajustamentos em inventários, as perdas por imparidade e as provisões que foram transferidas têm, para efeitos fiscais, o regime que lhes era anteriormente aplicável.

Por sua vez, no apuramento do lucro tributável da sociedade contribuidora, as mais-valias ou menos-valias realizadas respeitantes às partes de capital social recebidas, em contrapartida da entrada de ativos, são calculadas considerando como valor de aquisição o valor líquido contabilístico aceite para efeitos fiscais que os elementos do ativo e do passivo transferidos tinham nessa sociedade antes da realização da operação.

De sublinhar não concorrer para a formação do lucro tributável da sociedade beneficiária a mais ou menos-valia eventualmente resultante da anulação de partes do capital, em virtude de fusão ou cisão, por ela detidas nas sociedades fundidas ou cindidas (n.º 6), assim como o inverso relativamente à sociedade fundida (n.º 7).

Deste regime de neutralidade fiscal, destaque-se a transmissibilidade dos prejuízos fiscais. Nos termos do n.º 1 do art. 75.º, os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporada, nos termos e condições estabelecidas no art. 52.º e até ao fim do quinto período de tributação referido no n.º 1 dessa norma, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam. Um regime que, segundo o n.º 3 do art. 75.º, é igualmente aplicável, com as devidas adaptações, para a cisão em que se verifique a extinção da sociedade cindida, para a fusão, cisão ou entrada de ativos, em que é transferido para uma sociedade residente em território português um estabelecimento estável nele situado de uma sociedade residente num EM da UE, e para a transferência de estabelecimentos estáveis situados em território português de sociedades residentes em EM da UE.

Desta síntese dos arts. 74.º e 75.º do CIRC podemos retirar que o regime especial em apreço se alicerça em 3 princípios. Entre eles está a neutralidade fiscal nas operações já enunciadas com vista à reorganização empresarial, sob a qual se encontram abrangidas quer as entidades intervenientes quer os respetivos sócios; a continuidade do desenvolvimento da

atividade económica; e a transmissibilidade dos prejuízos reportáveis, acima já abordada. Como vimos, a neutralidade assume enorme expressão no facto de qualquer resultado proveniente da transferência dos elementos patrimoniais, em virtude das operações já referidas, não ser considerado no apuramento do lucro tributável, assim como dos rendimentos tributáveis dos ajustamentos relativos a inventários, perdas por imparidade ou provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transmissão.

Ademais, o regime é igualmente pautado pelo princípio da continuidade. Quer dizer, os elementos patrimoniais recebidos pelas entidades beneficiárias serão afetos à atividade empresarial das mesmas e tributadas fora do enquadramento legal das operações enunciadas no já abordado art. 73.º, ao serem alienados por aquelas. À exceção da permuta de partes sociais, os ativos são afetos à atividade empresarial da sociedade beneficiária, a qual vê a tributação das respetivas mais-valias ser adiada para o momento da sua realização na condição dessa mesma continuidade essencial à manifestação da neutralidade que caracteriza o regime em causa. Para tal deverá verificar-se as condições já aqui explanadas do n.º 3 do art. 74.º. Vinga, assim, a ideia de desconsideração da operação em causa, transmitida pela al. a) do n.º 4 do art. 74.º.

O que temos vindo aqui a constatar é, pois, a regra da identidade fiscal²⁵, a qual é composta, precisamente, pela inalterabilidade fiscal dos valores dos elementos patrimoniais transferidos e pela aplicabilidade do mesmo regime fiscal às amortizações, depreciações, provisões e perdas por imparidade.

No que respeita ao art. 75.º-A, este integra no regime de neutralidade fiscal a transmissão dos benefícios fiscais e a dedutibilidade de gastos de financiamento limitados pelo disposto no art. 67.º. Nos termos do n.º 1 do aludido art. 75.º-A, os benefícios fiscais das sociedades fundidas são transmitidos para a sociedade beneficiária, na condição de nesta última serem averiguados os pressupostos e aplicado o regime especial constantes do art. 74.º. O n.º 2 do artigo em causa estabelece que os gastos de financiamento líquidos das sociedades fundidas e por estas não deduzidos, assim como a parte não utilizada do limite referido no n.º 3 do art. 67.º, podem ser tidos em conta no apuramento do lucro tributável da sociedade beneficiária no âmbito de uma operação de fusão a que seja aplicado o regime especial de neutralidade. Isto até ao quinto período de tributação posterior concedido pelos n.ºs 2 e 3 do já mencionado art. 67.º.

²⁵ Vide João Magalhães Ramalho, *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais – Comentários ao Código de IRC*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 20.

De mencionar que é aplicável o regime de neutralidade fiscal aos sócios das sociedades envolvidas na reorganização, com a condição de as partes de capital recebidas serem valorizadas, para efeitos fiscais, pelos mesmos valores verificados nas partes de capital entregues ou extintos ou o património contribuído²⁶.

III – A cláusula especial anti abuso do n.º 10 do art. 73.º do Código do IRC

De acordo com o estipulado no n.º 10 do art. 73.º do CIRC, o regime especial de neutralidade fiscal “não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”.

Ora, um dos pontos incontornáveis da discussão em torno do citado preceito prende-se com o sentido e alcance da noção de “razões económicas válidas”. Começemos por apontar tratar-se de uma importação do Direito da União Europeia. O nosso regime de neutralidade fiscal foi, pois, baseado no regime comum estabelecido na Diretiva “Fusões e Aquisições”, a qual consagra a nível europeu a neutralidade fiscal das operações realizadas entre sociedades estabelecidas em diferentes EM da UE. Com efeito, a al. a) do n.º 1 do art. 15.º da aludida Diretiva estatui a possibilidade de os EM recusarem aplicar ou ainda a de retirarem o regime de neutralidade “se for evidente que uma das operações (...) tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais”, prevendo ainda que “o facto de a operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou evasão fiscais”²⁷.

Daqui se depreende a ideia do designado *principal purpose test*, a qual tem outros reflexos no Direito Fiscal Europeu como o bem patente no n.º 2 do art. 1.º da Diretiva

²⁶ Cfr. n.º 1 do art. 76.º do CIRC.

²⁷ Note-se que a versão portuguesa do preceito aqui citado recorre atualmente à expressão “razões comerciais válidas” e não à expressão “razões económicas válidas”, tal como se encontrava traduzida na sua primeira versão – a Diretiva 90/434/CEE. Na esteira da prática geral, seguiremos esta última formulação.

sociedades-mães (Diretiva 2015/121/UE do Conselho de 27 de janeiro) onde é enunciado que os “Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte”. Tal coaduna o teste da artificialidade – sobre o qual o TJUE tem firmado jurisprudência – com o da finalidade principal.

Desta forma, naturalmente se admite que o legislador nacional tenha transposto a noção de “razões económicas válidas” da Diretiva Fusões e Aquisições para o n.º 10 do agora art. 73.º do CIRC²⁸, este último aplicável quer às reorganizações empresariais transfronteiriças quer às internas²⁹. Tal encontra justificação no facto de se tratar de um conceito com origem e aplicação europeias assim transposto para o nosso ordenamento jurídico, o qual, aliás, nem dispunha de conceito próprio ou autónomo suscetível de ser aplicado a operações meramente internas. No que respeita a este segundo aspeto apontado, relembremos o estabelecido no n.º 2 do art. 11.º da LGT: “sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei”. Isto mesmo é preconizado pela jurisprudência nacional como comprova um acórdão do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) de 4 de janeiro de 2013: “é atualmente ato claro que a partir do momento em que a nossa lei adota os conceitos da Diretiva das Fusões, n.º 90/434/CEE, para as fusões internas (e outras operações internas de reestruturação definidas no art.º 67.º), como é o caso, esses conceitos passam a ser conceitos de Direito Europeu e têm de ser interpretados uniformemente, para as situações internas e transfronteiriças, cabendo a última palavra de interpretação ao Tribunal de Justiça”³⁰.

Deste modo, cumpre à AT bem como aos tribunais nacionais, aquando da aplicação da cláusula especial anti abuso aqui analisada, atender em especial ao conceito de “razões económicas válidas” na aceção que lhe foi atribuída pelo Direito Europeu. Na verdade, o TJUE tem procurado definir esse sentido apesar da indeterminabilidade verificada em algumas das suas decisões³¹. Certo é que aquele tribunal aponta, como requisito para a exceção à

²⁸ O art. 73.º corresponde ao art. 67.º na versão anterior do Código do IRC (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88 de 30 de novembro) republicado pelo DL. n.º 159/2009, de 13 de julho.

²⁹ Acerca deste conceito, Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global...*, p. 101 e ss.; Ana Gabriela Rocha, *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 167 e ss.

³⁰ Cfr. Processo n.º 14/2011-T, de 4 de janeiro de 2013.

³¹ Adiante veremos o confronto dos acórdãos A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (proc. C-28/95, de 17 de julho de 1997) e Foggia - Sociedade

neutralidade assim como para apurar que uma reorganização empresarial não é motivada por razões económicas válidas, o critério do objetivo principal ou um dos principais de evasão ou fraude fiscais. Não se desvia, pois, do disposto no art. 15.º da Diretiva Fusões e Aquisições.

É com esta amplitude que a cláusula anti abuso em questão deverá ser aplicada. Aliás, ainda que se afastasse tal entendimento, ter-se-ia de seguir de perto a analítica da aplicação da cláusula-geral³². Com efeito, estamos com Saldanha Sanches quando salienta que a cláusula especial anti abuso “tem um modo de aplicação que contém todos os problemas e todas as virtualidades de aplicação da cláusula geral anti abuso (recurso à averiguação da intenção do contribuinte, distinção entre operações com uma finalidade económica e mera finalidade fiscal)”³³.

Assim sendo, a aplicação da cláusula especial em apreço requer a análise da forma ou meio, da vantagem fiscal ou resultado e da motivação da reorganização empresarial traduzida nas fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de participações sociais. No que concerne à forma ou meio do rol das operações referidas, há que observar se as mesmas se apresentam minimamente adequadas à reorganização empresarial ou se antes consubstanciam uma atuação guiada por manobras unicamente fundadas em razões fiscais. Importa aferir se as operações de reorganização são minimamente adequadas à prossecução da melhoria da gestão das sociedades envolvidas, aumentando a eficiência (perspetiva microeconómica), assim como se visam aumentar o potencial competitivo das sociedades e/ou dos seus estabelecimentos por via de uma estratégia de crescimento alicerçada em mercados alvo nacionais ou internacionais.

Num momento seguinte, é necessário entender se foi conseguida uma vantagem ou resultado fiscal na sequência de uma das operações acima referidas e se, objetivamente, essa mesma vantagem ou resultado encontra fundamento único e principal nessas operações, não tendo justificação na racionalidade económica das operações. A título de exemplo, o fracasso económico destas não deverá ser encarado como razão para acionar a cláusula especial anti abuso, atribuindo-se um carácter de exclusividade ou de objetivo principal a uma qualquer vantagem ou resultado fiscal superveniente. Com efeito, é de rejeitar qualquer juízo *a posteriori* da administração tributária ou dos tribunais que coloque em causa o mérito das estratégias económicas, num ato de substituição dos órgãos competentes de gestão de empresas –

Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (proc. C-126/10, de 10 de novembro de 2011).

³² Por isso de forma mais objetiva do que aquela que seria seguida ao optar-se pela teoria do abuso do Direito. Acerca do presente, vide Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, Reimpressão da Edição de maio de 2004, Almedina, Coimbra, 2009, p. 163 e ss.

³³ J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 200.

administradores ou gerentes –, os quais serão, em princípio, os mais aptos e conhecedores das *leges artis* da gestão económica para avaliarem do mérito ou conveniência de uma dada operação de reorganização empresarial³⁴.

Por último, no que respeita ao elemento intelectual do abuso, importa atentar se uma das operações de reorganização empresarial teve como escopo único ou principal a evasão ou fraude fiscal ou se eventual aforro fiscal não encontra justificação no objetivo de racionalidade económica. Na verdade só mediante análise e prova em relação a cada caso em concreto se afere da existência de um *business purpose* ou de “razões económicas válidas” ou, por outro lado, a inexistência de um ato normal de gestão, tudo a ser ponderado na desconsideração fiscal da atuação das empresas assim como a sua configuração jurídica. Subjaz aqui o tema do ónus da prova do abuso. Como temos vindo a constatar, compete à Administração Tributária fazer prova da existência de abuso no quadro de uma operação de reorganização e não às empresas provar terem legitimamente exercido a sua liberdade empresarial. O que vai bem ao encontro do disposto no art. 342.º do Código Civil (CC): “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”; e o estabelecido no art. 74.º da LGT: “o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque”.

Também na doutrina, designadamente por parte dos jus-administrativistas, este entendimento é preconizado. Assim, apoiado no Código Civil, Vieira de Andrade defende que à Administração está, em princípio, incumbido o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua atuação, mormente se agressiva (positiva e desfavorável); por outro lado, compete ao administrado fazer prova suficiente da ilegitimidade do ato logo que verificados esses pressupostos³⁵. Aliás, na esteira de Casalta Nabais, diremos que a inexistência do facto tributário levará à correspondente inexistência do ato tributário, não lhe sendo possível a aplicação de um regime menos gravoso do que o estabelecido para a nulidade, sendo esta, aliás, prevista no n.º 1 do art. 133.º do anterior CPA³⁶, atendendo à falta de qualquer dos elementos essenciais dos atos para os considerar nulos por natureza.

Este ónus da prova sobre a AT quanto à verificação da efetiva ocorrência do facto tributário, assume ainda maior intensidade atendendo-se a que o ato de liquidação de um

³⁴ Interferência que se constatou em certa medida na redação do n.º 1 do art. 23.º do anterior CIRC (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88 de 30 de novembro) ao classificar de “indispensáveis” os “custos ou perdas (...) para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora”. No entanto, a sua aplicação foi sendo moderada pela jurisprudência do STA. Neste sentido, *vide* António Moura Portugal, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

³⁵ *Vide* J. C. Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*, 17ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 430 e ss.

³⁶ Aprovado pelo DL. n.º 442/91, de 15 de novembro.

imposto desprovido do seu respetivo facto gerador fere o conteúdo essencial do direito fundamental de não “ser obrigado a pagar impostos (...) cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”, em consonância com o n.º 3 do art. 103.º da CRP. Além de representar a efetiva criação de obrigações pecuniárias não previstas na lei. Ambos fundamentos da nulidade dos atos administrativos de acordo com as als. d) e k) do n.º 2 do art. 161.º do atual CPA^{37 38}.

O ónus da prova assim atribuído é mais facilmente entendido aquando da aplicação da cláusula especial anti abuso aqui considerada. Na verdade, se a sua aplicação pela AT pode vir a definir ou redefinir os factos tributários provocados pela atuação dos sujeitos passivos/empresas intervenientes num momento em que estes já não os podem modificar, a mesma AT poderia incorrer no risco de assumir o propósito de maximizar a obtenção de receitas fiscais, em lugar de interpretar e aplicar a lei. Precisamente num momento em que há a certeza total na cobrança dos impostos, algo que poderia não suceder se as empresas intervenientes soubessem antecipadamente da existência de um facto gerador de imposto, evitando, assim, a sua produção ao absterem-se de realizar as operações empresariais suscetíveis de requalificação.

IV – O Abuso do Regime da Neutralidade Fiscal na Jurisprudência Europeia

Se, por um lado, o regime de neutralidade fiscal, que aqui temos vindo a considerar, procura eliminar obstáculos fiscais à concretização de operações de reestruturação empresarial com o intuito de fomentar a racionalidade económica, por outro, abre caminho à obtenção ilícita de vantagens fiscais mediante a instrumentalização indevida daquele regime. De igual modo, se é verdade que o sujeito passivo é livre de gerir legalmente os seus negócios e decisões sem deixar de atender às consequências fiscais, será igualmente verdade que a mesma gestão poderá ser direcionada para o diferimento, redução, elisão de obrigações tributárias. Por outras palavras, à legalidade formal do planeamento fiscal poderá não corresponder a devida legalidade material.

Neste quadro de permeabilidade à criação de esquemas orientados para a obtenção ilegítima de vantagens fiscais, impõe-se garantir que tão só as operações assentes nos fundamentos do regime de neutralidade fiscal possam ser abrangidas pela sua aplicação.

Ora, como vimos, o n.º 10 do art. 73.º do CIRC acolhe a transposição da al. a) do n.º 1 do art. 15.º da Diretiva 2009/133/CE de 19 de outubro, estabelecendo que o regime especial de

³⁷ Aprovado pelo DL. n.º 4/2015, de 07 de janeiro.

³⁸ Regime aplicável no quadro do Direito Fiscal em razão da ausência de um regime específico relativo às invalidades dos atos tributários. Cfr. José Casalta Nabais, *Direito Fiscal...*, p. 318 e ss.

neutralidade fiscal “não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal”.

Mas, afinal, quais as circunstâncias que nos levam a fundamentar que a evasão fiscal foi um dos objetivos da operação de reestruturação? E como provar que essa mesma evasão foi a principal ou uma das principais finalidades condutoras da reestruturação empresarial? Qual o sentido e alcance da interpretação desta norma e, em especial, do conceito de “razões económicas válidas”?

As respostas a estas questões não poderão deixar de passar por uma análise detalhada da norma anti abuso, constante da aludida Diretiva, que nos remete, antes de mais, para a questão crucial de saber se deverá ser interpretada, enquanto Direito secundário europeu (Diretiva), na linha da jurisprudência do TJUE acerca do abuso, em particular do abuso no exercício de liberdades económicas fundamentais, ou se tratar-se-á aqui de uma forma especial de abuso, a qual requer um raciocínio autónomo. Assim poderemos, com base na jurisprudência do TJUE em matéria de abuso, discutir sobre um conceito único de abuso de Direito Europeu, aplicável a todos os casos de abuso de Direito Fiscal Europeu? Vejamos.

Esta discussão foi fomentada pelo Acórdão Kofoed³⁹ na interpretação da Diretiva Fusões e Aquisições. Nele ao apurar a conformidade de uma determinada operação de permuta de ações com as finalidades constantes na Diretiva 90/434/CEE, o tribunal defendeu que a norma anti abuso positivada na então al. a) do n.º 1 do art. 11.º (atual al. a) do n.º 1 do art. 15.º da Diretiva 2009/133/CE) “reflete o princípio geral do direito comunitário de que o abuso de direito é proibido”, aludindo mesmo a outras decisões relativas à questão do abuso noutras situações distintas da que estava então em causa, nomeadamente, ao Acórdão Halifax, acerca do abuso no âmbito do IVA, e ao Acórdão Cadbury Schweppes⁴⁰, o qual analisou a questão no quadro da fiscalidade direta não harmonizada a nível europeu⁴¹.

Na verdade, o conceito de abuso de direito foi primeiramente abordado em sede de IVA, onde existia já uma relevante harmonização do Direito dos EM por via do Direito secundário europeu. Neste âmbito, o Acórdão Emsland-Stärke⁴² representa o ponto de partida na jurisprudência do TJUE acerca desta matéria por ter, pela primeira vez, procurado apresentar os critérios essenciais para a identificação de uma situação de abuso. Assim, foram apontados

³⁹ Ac. Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet, de 05.07.2007, proc. C-321/05.

⁴⁰ Ac. Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue, de 12.09.2006, proc. C-196/04.

⁴¹ Cfr. n.º 38 do Ac. Kofoed.

⁴² Ac. Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, de 14.12.2000, proc. C-110/99.

dois elementos essenciais que, uma vez cumpridos cumulativamente, permitem classificar uma conduta como abusiva atendendo sempre às liberdades fundamentais. São eles: um elemento objetivo suportado num “conjunto de circunstâncias objetivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado”; e um elemento subjetivo relativo à “vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção”⁴³.

Desta forma, se uma reestruturação societária levar a uma vantagem fiscal, por exemplo, ao diferimento da tributação das mais-valias, à transmissão dos prejuízos fiscais, etc., contrária à *ratio* do regime especial de neutralidade, teremos então uma situação de abuso identificada ao abrigo da Diretiva Fusões. Se a neutralidade económica é característica deste tipo de operações, tais como a manutenção da atividade transmitida, a continuidade do investimento do sócio, ausência de movimentação de meios financeiros, a neutralidade fiscal logo surge como que para lhe dar resposta, afastando quaisquer obstáculos fiscais à reorganização empresarial. Por isso a aplicação de tal neutralidade será inviabilizada assim que contrariar o pressuposto do seu próprio regime, isto é, a existência de neutralidade económica. Isto assim é, pois, a título de exemplo, a atividade transmitida pode ter sido descontinuada, a ligação ao sócio com a sociedade beneficiária cessou, ou, após a operação de permuta de partes sociais, foram realizados pagamentos em dinheiro que consubstanciam uma remuneração, como que uma distribuição de dividendos pela cedência dessas mesmas participações, contornando o limite máximo legal. Ademais, estando em causa uma operação intraeuropeia, a exigência será ainda maior por ser necessário atender ainda ao desiderato da Diretiva em criar as condições análogas às de um mercado interno e, bem assim, os interesses financeiros dos EM.

Estes mesmos critérios viriam a ser igualmente preconizados em casos posteriores. A título de exemplo, no Acórdão Halifax, o TJUE defendeu que “a verificação da existência de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva e da legislação nacional que transponha essa diretiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições”⁴⁴. Referiu ainda que “por outro lado, deve igualmente resultar de um conjunto de elementos objetivos que a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal. Com efeito,

⁴³ Cfr. n.ºs. 52 e 53 do acórdão.

⁴⁴ Cfr. n.º 74 do acórdão.

como precisou o advogado-geral no n.º 89 das suas conclusões, a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais”⁴⁵.

O conceito de abuso tem sido igualmente abordado no âmbito da tributação direta não harmonizada a nível europeu e, em particular, na averiguação da conformidade de normas anti-abuso do ordenamento jurídico interno com as liberdades fundamentais.

Com efeito, no Acórdão Cadbury Schweppes, o tribunal apoiou-se em jurisprudência fixada anteriormente para apontar “expedientes puramente artificiais”⁴⁶ como critério determinante no aferimento de um caso de abuso. O TJUE salienta que a opção para constituir uma sociedade num determinado EM com a finalidade de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não constitui, por si só, critério suficiente para fundamentar uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento⁴⁷. Por isso, “para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional”⁴⁸. Na senda de decisões anteriores, referiu ainda que “a verificação da existência de tal expediente exige, para além de um elemento subjectivo que consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal, que resulte de elementos objectivos que, pese embora o respeito formal dos requisitos previstos pelo direito comunitário, o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento (...) não foi atingido”⁴⁹. Por fim, conclui que a aplicação da medida anti-abuso não será exequível “quando se verificar, com base em elementos objectivos e comprováveis por terceiros, que, não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a referida sociedade controlada está realmente implantada no Estado-Membro de acolhimento e aí exerce actividades económicas efectivas”⁵⁰.

Pelo que aqui vem sendo exposto, poderemos, assim, constatar que o conceito de abuso compreende a utilização de operações puramente artificiais, desprovidas de qualquer substância ou racionalidade económica, contrárias à *ratio legis* e exclusivamente dirigidas à obtenção de uma vantagem fiscal.

⁴⁵ Cfr. n.º 75 do acórdão.

⁴⁶ Cfr. n.º 55 do acórdão.

⁴⁷ Cfr. n.º 37 do acórdão.

⁴⁸ Cfr. n.º 55 do acórdão.

⁴⁹ Cfr. n.º 64 do acórdão.

⁵⁰ Cfr. conclusão do acórdão.

Atentando ora à segunda parte da questão respeitante ao sentido e alcance do conceito de “razões económicas válidas”, de referir encontrar-se o mesmo quer na Diretiva Fusões quer no n.º 10 do art. 73.º do CIRC, e já largamente analisado pelo TJUE.

Assim sendo, relembrando o já aqui referido, estabelece o art. 15.º da Diretiva Fusões que os EM podem recusar a aplicação do regime da Diretiva⁵¹ se for evidente que a operação de reorganização (qualquer que seja a forma assumida de entre as constantes no art. 1.º da aludida diretiva) “tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais”.

Desta forma, apesar de a proibição do abuso do Direito Europeu representar já um princípio geral de Direito da União Europeia, a Diretiva Fusões estabelece uma cláusula anti abuso específica para as reorganizações transfronteiriças, a qual poderá ser transposta para o ordenamento jurídico interno, ainda que exista já, eventualmente, uma cláusula geral anti abuso. Tal está bem patente quando refere o TJUE no Acórdão Kofoed “o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 reflecte o princípio geral do direito comunitário de que o abuso de direito é proibido. Os particulares não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas do direito comunitário. A aplicação destas não pode estender-se ao ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário”⁵².

Como logo se pode concluir do disposto no art. 15.º da aludida diretiva, a existência de razões económicas válidas que fundamentam a operação de reestruturação empresarial permite provar a legitimidade desta e, assim, afastar a presunção de fraude e evasão fiscais⁵³.

Admitindo-se tratar de um conceito de direito europeu, o qual deverá ser interpretado autonomamente e de acordo com o TJUE, este não firma, porém, no que respeita à Diretiva Fusões, a sua interpretação autónoma⁵⁴. No entanto, recorre ao conceito de “razões económicas

⁵¹ Esta exceção deverá ser aplicada pelos EM “excepcionalmente e em casos específicos”. Cfr. Acórdão Kofoed, n.º 37.

⁵² Cfr. n.º 38 do acórdão.

⁵³ Cfr. Katrina Petrosovitch, “European Union - Abuse under the Merger Directive”, *in* European Taxation, vol. 50, n.º 12, dezembro 2010, p. 558 a 562.

⁵⁴ Cfr. n.º 45 do Acórdão Foggia ao referir: “resulta da redacção do referido artigo 11.º, n.º 1, alínea a), em especial dos termos «tais como a reestruturação ou a racionalização», que as operações assim visadas são

válidas” por diversas vezes⁵⁵, sugerindo, assim, um tratamento enquanto conceito próprio de Direito Europeu, devendo ser interpretado em consonância com os seus critérios.

Vejam os ora alguma da jurisprudência a fim de apurarmos o significado mais consensual possível. Na verdade, deparamo-nos com um já relevante número de acórdãos proferidos pelo TJUE acerca da Diretiva Fusões. Desde logo, o Acórdão Leur-Bloem, seguido por Comissão vs Grécia⁵⁶, Andersen og Jensen⁵⁷, Kofoed, Comissão vs Bélgica⁵⁸, A.T.⁵⁹, Zwijnenburg⁶⁰, Foggia, Pelati⁶¹, e 3D I Srl⁶².

De entre os acórdãos elencados, os casos Leur-Bloem e Foggia são aqueles em que o TJUE se debruça em especial sobre o conceito de “razões económicas válidas”. Por isso, atenderemos com maior pormenor a estes dois acórdãos com vista a uma melhor compreensão do presente conceito, tão fundamental na aplicação criteriosa do regime de neutralidade fiscal que nos tem vindo a ocupar. Os restantes acórdãos relevarão para efeitos do sentido interpretativo atribuído à norma anti abuso do art. 15.º da Diretiva Fusões.

O Acórdão Leur-Bloem remete-nos para uma reorganização de sociedades holandesas, uma situação interna à qual os Países Baixos aplicavam as mesmas regras das reorganizações transfronteiriças. A sociedade Leur-Bloem detinha a totalidade das participações sociais de duas sociedades holandesas e tencionava adquirir ações de uma terceira sociedade gestora de participações sociais mediante a permuta de ações das duas primeiras, tornando-se, assim, acionista indireta daquelas duas sociedades. Com tal intuito, requereu à administração fiscal holandesa o tratamento desta operação como uma fusão por permuta de ações, com vista a beneficiar do então regime semelhante ao previsto atualmente na Diretiva Fusões.

Entre as questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio holandês, está a de saber se a compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades participantes na operação representa ou não uma razão económica válida para efeitos do então art. 11.º da Diretiva Fusões.

Ao proferir decisão, o TJUE defende que o regime fiscal comum estabelecido na Diretiva Fusões “se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas

exemplos de razões económicas válidas e que esses termos devem ser interpretados em conformidade com este conceito”.

⁵⁵ Cfr. n.º 47 do Ac. Leur-Bloem e/ou n.º 34 e 45 do Ac. Foggia.

⁵⁶ Ac. Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica, de 02.06.2005, proc. C-394/02.

⁵⁷ Ac. Andersen og Jensen ApS e Skatteministeriet, de 15.01.2002, proc. C-43/00.

⁵⁸ Ac. Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica, de 08.05.2008, proc. C-392/07.

⁵⁹ Ac. A.T. contra Finanzamt Stuttgart-Körperschaften, de 11.12.2008, proc. C-285/07.

⁶⁰ Ac. Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën, de 20.05.2010, proc. C-352/08.

⁶¹ Ac. Pelati d.o.o. contra Republika Slovenija, de 18.10.2012, proc. C-603/10.

⁶² Ac. 3D I Srl contra Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cremona, de 19.12.2012, proc. C-207/11.

de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais”⁶³. Apesar de sugerir que qualquer operação fundada em quaisquer razões, ainda que fraudulentas, seria elegível para beneficiar do regime da Diretiva, esta mesma faz menção às razões económicas válidas. Motivo este que leva à indispensabilidade do estudo das motivações da reorganização empresarial a fim de apurar a existência de validade económica dos seus fundamentos. Esta especificação só veio a ser realizada pelo TJUE no já referido Acórdão *Zwijnenburg*.

O TJUE fixou requisitos no Ac. *Leur-Bloem* para a análise de uma possível finalidade de fraude ou evasão fiscal que deverão ser seguidos pelos EM. Assim sendo, é proibida a aplicação de critérios gerais pré-determinados, sendo imperativa uma análise casuística das operações de reorganização e ainda ser passível de fiscalização jurisdicional⁶⁴. Ademais, exige-se ainda aos EM o cumprimento do princípio da proporcionalidade na transposição da cláusula anti abuso. Tal obstará ao estabelecimento de “uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal”, bem como de “uma simples possibilidade de derrogação deixada à discricção da autoridade administrativa”⁶⁵.

Deste modo, aquando da transposição para o seu ordenamento jurídico interno, os EM deverão respeitar as aludidas exigências do TJUE.

Note-se, por último, que no acórdão em apreço o tribunal aponta ainda certas situações que, ainda que verificadas no caso concreto, não representarão de imediato elementos decisivos para se concluir pela inexistência de razões económicas válidas: a criação de uma nova sociedade *holding*, que não possui qualquer empresa; a reestruturação jurídica de sociedades que formavam já uma entidade do ponto de vista económico e financeiro; e a criação de uma estrutura por um período limitado e não duradouro⁶⁶. Desta forma, poderão representar

⁶³ Cfr. n.º 36 do acórdão.

⁶⁴ Cfr. n.º 41 do acórdão. No que respeita à fiscalização por uma autoridade judicial, o TJUE remete, no Ac. *Leur-Bloem*, para o n.º 40 do Ac. *Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg*, de 31.03.1993, proc. C-19/92, onde é afirmado que “(...) toda e qualquer decisão de recusa de autorização tomada pela autoridade nacional competente deve ser susceptível de um recurso de natureza jurisdicional que permita verificar a sua legalidade relativamente ao direito comunitário e o interessado deve poder ter conhecimento dos fundamentos subjacentes à decisão”.

⁶⁵ Cfr. n.º 43 e 44 do acórdão.

⁶⁶ *Vide*. n.º 42 do acórdão ao referir: “uma fusão ou uma reestruturação feita sob a forma de uma permuta de acções que implica uma sociedade *holding* novamente criada, que não possui assim nenhuma empresa, pode ser considerada como tendo sido efectuada por razões economicamente válidas. Do mesmo modo, tais fundamentos podem tornar necessária a reestruturação jurídica das sociedades que formam já uma entidade de um ponto de vista económico e financeiro. Também não se pode excluir, mesmo que isso possa constituir um indício de fraude ou de evasão fiscais, que uma fusão por permuta de acções que se destina a criar uma estrutura determinada por um período limitado, e não de modo duradouro, possa ter sido efectuada por razões economicamente válidas”.

elementos necessários, mas não suficientes por si só, ao serem individualmente considerados para fundamentar a inexistência de razões económicas válidas para uma reorganização.

De entre o já mencionado, de salientar que o Ac. Leur-Bloem defende que a “procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas” permanecerá sempre aquém do conceito de razões económicas válidas⁶⁷, sustentando-se no elemento literal e teleológico do então art. 11.º da Diretiva Fusões considerada na sua globalidade.

Não comportando um desvio à jurisprudência até então fixada pelo TJUE, o Ac. Foggia⁶⁸ foi determinante para o esclarecimento de algumas dúvidas. Vejamos.

O caso que deu azo ao reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Administrativo (STA)⁶⁹ prende-se com uma operação de fusão concretizada em 2003 pela Foggia – SGPS, mediante a qual incorporou três outras sociedades gestoras de participações sociais do mesmo grupo. Ao abrigo do então n.º 1 do art. 69.º do CIRC (atual n.º 1 do art. 75.º do CIRC), a sociedade Foggia requereu autorização ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais com vista à dedução dos prejuízos fiscais não utilizados das sociedades incorporadas, verificados entre 1997 e 2002. O pedido foi deferido em relação a duas das três sociedades, sendo a fusão da Riguardiana – SGPS considerada desprovida de interesse económico para a incorporante.

Tal decisão foi fundamentada nos seguintes aspetos. Um deles prendia-se com o facto de a sociedade incorporada já não deter uma carteira de participações, não tendo tido rendimentos resultantes da sua atividade, tão só investimentos em títulos, sobressaindo as perdas no montante de dois milhões de euros. Um outro facto apontava que a integração da incorporada permitia a redução dos custos de administração do grupo, no entanto tal repercussão positiva na ótica do grupo não representava um interesse económico para a Foggia. A análise efetuada decorreu, pois, estritamente da perspetiva da sociedade incorporante e não do grupo.

Tendo recorrido sucessivamente da presente decisão, a questão acabaria por ser analisada pelo STA, o qual considerou ser indispensável o seu reenvio prejudicial com vista à clarificação da aceção do conceito de “razões económicas válidas”, bem como a de “reestruturação ou racionalização” das atividades desenvolvidas pelas sociedades envolvidas nas operações aqui consideradas.

⁶⁷ Cfr. n.º 47 e 48 do acórdão.

⁶⁸ Vide Ana Paula Dourado, “Portugal: The Foggia (C-126/10) and Amorim (C-38/11) Cases”, in ECJ - Recent Developments in Direct Taxation (Ed. Linde - Wien), 2011, p. 216 a 219.

⁶⁹ Reenviado a 03 de fevereiro de 2010 pelo STA, proc. n.º 0844/09 de 14.06.2012.

Assim sendo, as duas questões colocadas pelo órgão de reenvio são resumidas pelo TJUE à essencial de saber “se o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 deve ser interpretado no sentido de que se pode considerar que uma operação de fusão entre duas sociedades do mesmo grupo é efectuada por «razões económicas válidas», na acepção dessa disposição, quando tem um efeito positivo em termos de estrutura de custos desse grupo, ainda que a sociedade incorporada não exerça nenhuma actividade, não detenha nenhuma participação financeira e se limite a transmitir prejuízos de montante elevado para a sociedade incorporante”⁷⁰.

Passando à análise do conceito de “razões económicas válidas” e aludindo ao referido no n.º 47 do Ac. Leur-Bloem, defende o tribunal que “uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”⁷¹. Este representará, sem dúvida, um dos pontos mais importantes do acórdão. Se, por um lado, o TJUE admite a possibilidade de os motivos de natureza fiscal figurarem como uma das razões da reorganização, já não admite, por outro lado, que esses sejam os únicos objetivos e, ao serem confrontados com os restantes motivos impulsionadores da operação, não deverão ser o fundamento principal ou predominante. Desta forma, as vantagens fiscais permitidas pela Directiva Fusões deverão coexistir com as económicas, financeiras, empresariais e demais que, uma vez consideradas globalmente, atestem a preponderância justificativa da reorganização. Não haverá lugar a presunção de fraude ou evasão fiscais. Porém, se a operação tiver como escopo único e exclusivo ou mesmo preponderante a obtenção dos benefícios fiscais concedidos pela Directiva, aquela presunção logo ganhará forma, invalidando a operação⁷².

Na aplicação deste critério de preponderância, lembra o acórdão que a análise dos fundamentos subjacentes à operação deve ser levada a cabo casuisticamente e não por meio de critérios gerais pré-determinados. Ademais, as autoridades nacionais competentes podem considerar os pontos referidos pelo Secretário de Estado português na sua decisão: “a sociedade incorporada já não exercer nenhuma actividade de gestão própria, já não deter nenhuma participação financeira e de a sociedade incorporante pretender retomar os prejuízos da sociedade incorporada ainda não deduzidos para efeitos fiscais”⁷³, não representando cada um

⁷⁰ Cfr. n.º 30 do acórdão.

⁷¹ Cfr. n.º 35 do acórdão.

⁷² Cfr. n.º 36 do acórdão.

⁷³ Cfr. n.º 38 do acórdão.

por si só um aspeto decisivo para a resposta a dar ao caso. A incorporação de uma sociedade que “não exerce nenhuma actividade e que não entra com activos próprios na sociedade incorporante”⁷⁴ pode, assim, ter por base razões económicas válidas. O mesmo poderá ser dito em relação à incorporação de uma empresa com prejuízos registados. Na verdade, prossegue o acórdão, o então art. 6.º da Diretiva Fusões atesta precisamente a possibilidade de retomar os prejuízos fiscais ainda não deduzidos pela incorporada⁷⁵, apesar de impor tão só aos EM a não discriminação, não apontando disposições substantivas.

De salientar como ponto de suma importância, e inovador na jurisprudência firmada até então pelo TJUE, reporta-se à eventualidade de os prejuízos fiscais serem muito elevados, sem fundamento para tal, sustentando por isso um indício de fraude ou evasão fiscais, uma vez que neste quadro é bem patente que a “incorporação de uma sociedade sem activos tem como único objectivo obter um benefício puramente fiscal”⁷⁶.

Um outro ponto, igualmente relevante, prende-se com a clarificação, atendendo sempre aos termos “reestruturação e racionalização das atividades”, se “o efeito positivo em termos de estrutura de custos, resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão do grupo na sequência da fusão por incorporação”⁷⁷ poderá ser considerado uma razão económica válida.

Neste sentido, aludindo à Diretiva refere o tribunal resultar “da redacção do referido artigo 11.º, n.º 1, alínea a), em especial dos termos «tais como a reestruturação ou a racionalização», que as operações assim visadas são exemplos de razões económicas válidas e que esses termos devem ser interpretados em conformidade com este conceito”⁷⁸. Desta forma, os conceitos de reestruturação e racionalização, tal como o de razões económicas válidas, devem ser interpretados como indo além da mera procura de um benefício exclusivamente fiscal⁷⁹. Uma operação de reorganização empresarial cujo objetivo seja a redução dos encargos administrativos e de gestão pode ser fundamentada por razões económicas válidas, “contudo, não será esse o caso de uma operação de incorporação, como a que está em causa no processo principal, da qual parece resultar que, atendendo à dimensão do benefício fiscal esperado, isto é, mais de 2 milhões de euros, a economia feita pelo grupo em causa, em termos de estrutura de custos, é perfeitamente marginal”⁸⁰.

⁷⁴ Cfr. n.º 40 do acórdão.

⁷⁵ Cfr. n.º 41 do acórdão.

⁷⁶ Cfr. n.º 42 do acórdão.

⁷⁷ Cfr. n.º 43 do acórdão.

⁷⁸ Cfr. n.º 45 do acórdão.

⁷⁹ O Ac. Foggia cita, no seu n.º 46 acerca deste ponto, o n.º 47 do Ac. Leur-Bloem sobre o conceito de razões económicas válidas.

⁸⁰ Cfr. n.º 47.

Em suma, no seguimento do que tem vindo a ser dito, a posição do TJUE remete-nos para a ideia de que quando o benefício fiscal se sobreponha aos benefícios com a estrutura de custo, tão somente residuais, não existirão razões económicas válidas que fundamentem a operação. Para além disso, o acórdão deixa bem patente que a redução de custos, na sequência de fusão de sociedades de um grupo, não fundamenta por si só a existência de razões económicas válidas. Sendo, pois, necessário considerar as demais finalidades subjacentes à operação com vista ao correto aferimento da presença de fraude ou evasão fiscais.

Recorrendo às palavras do próprio TJUE no supra analisado Ac. Foggia: “a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo. Ora, se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objectivos da operação projectada, especialmente os objectivos fiscais, a regra enunciada no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 ficaria desprovida da sua razão de ser, que consiste em salvaguardar os interesses financeiros dos Estados-Membros”⁸¹.

Nota Conclusiva

Do exposto resulta que as operações de reorganização empresarial representam um importante expediente na estratégia orientadora do desenvolvimento da atividade empresarial como forma de potencialização dos seus recursos num mercado cada vez mais globalizado e competitivo. Existe, pois, toda uma componente de racionalização económica, e não de escopo lucrativo, associado às aludidas operações, que merece neutralidade fiscal em prol da eficiência das entidades intervenientes e, bem assim, do sistema económico beneficiário de uma atuação mais rentável dos seus agentes.

Desta feita, releva atender aos trâmites em que o exercício da liberdade de gestão fiscal é concretizado, *rectius*, aos seus limites, na conceção de um planeamento fiscal lícito e em linha com os benefícios atribuídos pelo regime de neutralidade fiscal aqui considerado. Para tal, pudemos constatar tornarem-se indispensáveis as noções de abuso e de razões económicas válidas.

⁸¹ Cfr. n.ºs 48 e 49.

Na verdade, a classificação de uma conduta como abusiva terá de cumprir critérios que garantam a segurança jurídica e a exequibilidade da *ratio legis*. Do mesmo modo, teremos a aplicação da cláusula especial anti abuso quando o conceito de razões económicas válidas seja interpretado, na linha da jurisprudência europeia, no sentido de apurar se o benefício fiscal coloca na sombra os benefícios residuais com a estrutura de custos. Isto a par da necessidade de se atender à existência de demais finalidades subjacentes à operação para a correta ponderação dos factos no juízo decisório.

Em suma, poderemos concluir pela indispensabilidade de se recorrer a critérios objetivos e às definições de abuso, de razões económicas válidas, de reestruturação e racionalização, paulatinamente consagradas na doutrina e jurisprudências nacional e europeia, com vista ao combate de formas de abuso do regime especial de neutralidade fiscal aqui apreciado. Simultaneamente, será através da análise casuística do cumprimento ou incumprimento da delimitação deste regime bem como do respeito pelos seus princípios estruturantes que se poderá apurar a existência de uma subversão dos moldes fiscalmente consagrados com o intuito de instrumentalizar operações desprovidas de significado económico para a prossecução de uma vantagem exclusivamente fiscal. Deste modo, no âmbito destes traços largos e meramente sintéticos, será possível assegurar a justa aplicação da neutralidade fiscal no quadro das operações de reorganização empresarial.

Bibliografia

- Andrade, J. C. Vieira de, *A Justiça Administrativa*, 17ª ed., Almedina, Coimbra, 2019
- Courinha, Gustavo Lopes, «BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão», in *Cadernos de Justiça Tributária*, 4, Abril/Junho de 2014
- Courinha, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, Reimpressão da Edição de maio de 2004, Almedina, Coimbra, 2009
- Dourado, Ana Paula, “Portugal: The Foggia (C-126/10) and Amorim (C-38/11) Cases”, in *ECJ - Recent Developments in Direct Taxation* (Ed. Linde - Wien), 2011
- Dourado, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Almedina, Coimbra, 2017
- Lopes, Cidália, *Quanto Custa Pagar Impostos em Portugal. Os Custos de Cumprimento da Tributação do Rendimento*, Almedina, Coimbra, 2008
- Martins, Margarida Salema D’Oliveira, *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- Nabais, José Casalta, *Direito Fiscal*, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2019
- Nabais, José Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3ª ed. Almedina, Coimbra, 2018
- Nabais, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para uma compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998
- Nabais, José Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015
- Petrosovitch, Katrina, “European Union - Abuse under the Merger Directive”, in *European Taxation*, vol. 50, n.º 12, dezembro 2010
- Portugal, António Moura, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- Ramalho, João Magalhães, *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais – Comentários ao Código de IRC*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- Rocha, Ana Gabriela, *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2014
- Sanches, J. L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006

Instrumentos Normativos

Código Civil (DL. n.º 47344/66, de 25 de novembro, versão mais recente introduzida pela Lei n.º 85/2019, de 3 de setembro)

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (aprovado pelo DL. n.º 442-B/88, de 30 de novembro, última alteração pelo DL. n.º 119/2019, de 18 de setembro)

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (aprovado pelo DL. n.º 442-B/88, de 30 de novembro)

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (aprovado pelo DL. n.º 442-A/88, de 30 de novembro, última alteração pela Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro)

Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo DL. n.º 4/2015, de 7 de janeiro)

Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo DL. n.º 442/91, de 15 de novembro)

Constituição da República Portuguesa

DL. n.º 159/2009, de 13 de julho (reformula o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas)

Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho (relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados membros diferentes)

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho (*Anti Tax Avoidance Directive*)

Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro (Diretiva sociedades-mães)

Diretiva Antielisão Fiscal – Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho

Diretiva Fusões e Aquisições – Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro (relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados membros diferentes)

Diretiva IVA – 2006/112/CE do Conselho de 28 de novembro

Estatuto dos Benefícios Fiscais (aprovado pelo DL. n.º 215/89, de 1 de julho, última alteração pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro)

Lei Geral Tributária (aprovada pelo DL. n.º 398/98, de 17 de dezembro, última alteração pela Lei n.º 9/2019, de 1 de fevereiro)

Lei n.º 100/99, de 26 de julho (reformula a Lei Geral Tributária)

Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (reformula o Estatuto dos Benefícios Fiscais)

Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro (reformula o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas)

Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro (reformula a Lei Geral Tributária)

Lei n.º 32/2019, de 3 de maio (reformula a Lei Geral Tributária)

OCDE, 2000/2005 – Convenção Modelo

Regime Geral das Infrações Tributárias (aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, última alteração pela Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro)

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Jurisprudência

3D I Srl contra Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cremona, de 19.12.2012, proc. C-207/11

A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, de 17.07.1997, proc. C-28/95

A.T. contra Finanzamt Stuttgart-Körperschaften, de 11.12.2008, proc. C-285/07

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14.06.2012, proc. n.º 0844/09

Andersen og Jensen ApS e Skatteministeriet, de 15.01.2002, proc. C-43/00

Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue, de 12.09.2006, proc. C-196/04

Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica, de 08.05.2008, proc. C-392/07

Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica, de 02.06.2005, proc. C-394/02

Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg, de 31.03.1993, proc. C-19/92

Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, de 14.12.2000, proc. C-110/99

Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 10.11.2011, proc. C-126/10

Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise, de 21.02.2006, proc. C-255/02

Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet, de 05.07.2007, proc. C-321/05

Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën, de 20.05.2010, proc. C-352/08

Pelati d.o.o. contra Republika Slovenija, de 18.10.2012, proc. C-603/10

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14.06.2012, proc. n.º 0844/09