



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O CONCEITO DE RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS NA OPERAÇÃO
DE FUSÃO:**

Uma análise à decisão jurisprudencial no caso Foggia

Pedro Coutinho Vasconcelos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Outubro de 2019



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O CONCEITO DE RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS NA OPERAÇÃO
DE FUSÃO:**

Uma análise à decisão jurisprudencial no caso Foggia

Pedro Coutinho Vasconcelos

Sob a Orientação de Tomás Cantista Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Outubro de 2019

ÍNDICE

Abreviaturas	4
Abstract	7
Resumo	8
<u>Capítulo I</u>	10
1 – O abuso de direito	10
1.1– A norma anti abuso- breve contextualização	10
1.2 –Contributos jurisprudenciais	10
1.2.1 – Introdução.....	10
1.2.2 – Acórdãos.....	11
1.2.2.1 – Acórdão Halifax	11
1.2.2.2 – Acórdão Cadbury Schweppes	11
1.2.2.1 – Acórdão Kofoed	12
2. O regime de neutralidade fiscal	13
2.1. – Contextualização	13
2.2. – A cláusula anti abuso.....	15
2.2.1 – Introdução.....	15
2.2.2 –A incoerência com o princípio geral de DUE	16
2.2.3 – A estruturação do texto da cláusula.....	18
2.3 – A arbitrariedade da Autoridade Tributária-exclusiva ou vinculada?	20
2.4 –Vinculação ao procedimento do art.63ºCPPT	21
2.5 –Razões económicas válidas	22
3 – A transmissão de prejuízos fiscais	23
<u>Capítulo II</u>	23
4 – Jurisprudência	23
4.1 – Contextualização do conceito na jurisprudência do TJUE.....	23
4.2 –Acórdão Leur-Bloem.....	24
4.3 –Acórdão Modelhuis-Zwijenburg	26
4.4 –Acórdão Foggia	27
4.4.1 – Contextualização	29
4.4.2 – Análise estruturada	31
I – O uso da teoria do abuso do direito europeu.....	31
II – O teste da preponderância dos efeitos fiscais face aos estruturais	31
4.4.3 – Uma comparação com a jurisprudência interna	38

4.4.3.1 – Acórdão TCA Sul de 15/07/2008.....	38
4.4.3.2 – Acórdão STA de 27/11/2013.....	39
4.4.3.3 – Acórdão TCA Sul de 21/06/2005.....	43
Capítulo III	47
5 – Conclusão	45
6– Bibliografia	49

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

CSC - Código das Sociedades Comerciais

EM - Estado-Membro

REV: Razões económicas válidas

RNF- Regime de neutralidade fiscal

SEAF - Secretário de Estado Assuntos fiscais

SGPS- Sociedade Gestora de Participações Sociais

STA - Supremo Tribunal Administrativo

TCA- Tribunal Central Administrativo

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

Asbtract

Corporate reorganizations, such as mergers, are becoming increasingly important in the market planning, along with the challenges inherent of a growing community market.

These reorganizations, could trigger such a burden of tax costs, that causes companies to be inhibited from optimizing their structure highlighting the fact that the home state will not benefit from it, because it will not collect any revenue. One way to step over this negative effect is the tax neutrality special regime, RNF henceforth. This regime has a specific-sectorial clause which in order to be able to be applied it must fulfill certain criteria. One of them, is the absence in the operation of valid commercial reasons. However, it is these valid commercial reasons (which we propose to analyze with the understanding of what will be the abuse of law and the regime of tax neutrality) that form a legal uncertainty given to its indeterminate conception that may create disparate interpretations, among others, between internal courts and CJEU decisions, and even within this one.

In this paper, it will be analyzed; in a first chapter, the application of the general principle of abuse of rights in both EU and national tax context, and compare it with anti-abuse rule of the Mergers Directive. I will focus on the problem of the undetermined concept of valid commercial reasons. In a second chapter, a critical analysis will be made of the meaning and scope of the concept on a jurisprudence level, where it will be highlighted some essential points of the different decisions of the CJEU. At the heart of the work, will be the analysis of the Foggia case, where we will raise some unanswered questions or questions raised by course of the CJEU decisions, which in some cases will have a degree of relevance, incurrence and disharmony. In the last chapter some brief conclusions will be drawn from the problem we set out to analyze.

KeyWords: Tax neutrality; valid commercial reasons, merger

Resumo

As operações de reestruturação empresariais apresentam cada vez mais um crescimento no mercado intracomunitário, nomeadamente as fusões. O processo de reorganização societária, nesta modalidade como outras, poderá desencadear uma carga tal de custos por via de impostos, que faça com que as empresas se inibam de otimizar a sua estrutura, (o que será contrário ao dever estadual de zelar pela sua economia¹). Seriam muitas as reestruturações que ficariam por se proceder devido à incerteza dos seus frutos, o que poderia incentivar os agentes a envergar por alternativas menos eficientes. Uma maneira de contornar este efeito negativo é o regime de neutralidade fiscal (doravante RNF). Este regime tem nele contida uma cláusula específica para operações de fusão, subordinada a vários critérios; um deles é a existência na operação de razões económicas válidas. Ora, são essas razões económicas válidas que formam uma insegurança jurídica, dada a sua conceção indeterminada suscetível de criar interpretações dispares, entre tribunais internos e TJUE, e até mesmo dentro deste.

Tratarei assim, num primeiro capítulo, de realçar aplicação do princípio geral de abuso de direito de DUE num contexto fiscal europeu e nacional. Irei contextualizar a norma anti abuso dessa diretiva, comparando para o efeito a diferença estrutural visível no princípio geral suprarreferido, com a estrutura do texto que é contida na Diretiva das reorganizações, tendo em conta a interpretação que a jurisprudência faz dela. Irei ainda versar sobre a problemática do conceito indeterminado de razões económicas válidas, e a sua contextualização como peça fundamental no teste de ponderação originalmente defendido por jurisprudência do TJUE.

Num segundo capítulo, será feita uma análise crítica do sentido e alcance do conceito razões económicas válidas, ao nível jurisprudencial, onde irei destacar alguns pontos essenciais das diferentes decisões do TJUE. O centro da problematização do conceito de razões económicas válidas encontrar-se-á na análise ao acórdão Foggia, onde iremos expor algumas questões que ficaram por responder ou dúvidas que foram suscitadas pelo próprio desenrolar das decisões do TJUE que em certos casos irão relevar um grau de incoerência e desarmonia, suportando-

¹ Diz o art.83ºda CRP “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados...”

nos para essa comparação de jurisprudência comunitária num primeiro passo, e nacional num segundo.

No último capítulo serão feitas algumas conclusões breves do problema a que nos propusemos analisar.

Palavras chave:

Neutralidade fiscal; razões económicas válidas; fusão

Capítulo I

1. O conceito de abuso de direito da UE

1.1 A norma anti abuso- breve contextualização

É inerente às reorganizações societárias sob a aplicação do RNF, um planeamento fiscal. Por isso, a elevada suscetibilidade de tais operações conterem comportamentos de substituição, obriga o legislador, a criar a cada passo, os mecanismos jurídicos necessários de modo a proteger a capacidade o Estado obter a receita pela tributação que aqueles pretendem evitar. Daí surgirem as normas antiabuso. São mecanismos adotados pelo sistema fiscal que têm como função contrariar os efeitos dos comportamentos de substituição dos contribuintes. Esses comportamentos que são motivados, em regra, por razões de ordem fiscal, que poderão levar à violação de princípios jurídicos estruturantes. Tendo em conta as vulnerabilidades do ordenamento, as normas anti abuso têm como fim assegurar a correta aplicação desses princípios estruturantes, e promover a eficiência económica.

1.2 Contributos jurisprudenciais

1.2.1 Introdução

Atualmente, impulsionado pela jurisprudência, existe no DUE um conceito de abuso fiscal. Ou seja, é um princípio geral da proibição do abuso que não tem uma previsão expressa, mas sim jurisprudencial.

Como iremos ver, o princípio do abuso de direito tem assim ligação com as cláusulas gerais anti abuso, servindo como regra de interpretação do DUE, que orienta Estados Membros na aplicação dos seus próprios mecanismos nas situações internas.

Estas cláusulas legitimam o controlo de abuso pela administração e tribunais nacionais, bem como aumentam a sua determinação e alcance fruto da sua aplicação através de jurisprudência.

1.2.2 Acórdãos

A conceção do abuso de direito como princípio orientador da interpretação do DUE chegou com o Ac. Halifax C- 255/02 e posteriormente a sua determinação foi aumentada com Acórdãos como Leur-Bloem; Cadbury Schweppes TJUE de 2006 (C- 196/04) e Kofoed, que concretizam a ideia de que serão proibidos os mecanismos artificiais sem substância económica com o mero objetivo de obter uma vantagem. Para um melhor enquadramento, o Ac. Leur-bloem será analisado mais à frente.

1.2.2.1 Acórdão Halifax²

Considerando o que foi referido neste Ac., poderemos resumir o entendimento pelo TJUE quanto à formulação do abuso de direito baseando-se num elemento objetivo e um subjetivo^{3 4}. O primeiro consubstancia-se na atribuição de uma vantagem que nesses moldes será contrária ao fim legislativo, e o segundo numa procura, através da conduta em causa, tendo em vista uma vantagem exclusivamente fiscal.

Não obstante de o referido acórdão mesmo recair sobre um caso tributação indireta, é reconhecida a sua relevância.

1.2.2.2 Acórdão Cadbury Schweppes

No âmbito do abuso num caso de tributação direta, temos como principal contribuição, o ac. Cadbury Scheppes, processo C-196/04. O tema em causa aqui é a determinação de uma conduta abusiva por parte desta sociedade por ter criado sucursais noutra EM, com única intenção de beneficiar de uma taxa de tributação menor e não se sujeitar à tributação do seu país de origem, Reino Unido.

A questão centra-se no benefício de imposto previsto na legislação do Reino Unido sobre o valor que foi pago no EM onde a sociedade está controlada. Essa legislação tem algumas condicionantes, uma delas centra-se na intenção da prática em que a concessão de tal crédito

² Acórdão C-255/02 TJUE de 21-02-2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise, C- 255/02

³ Ac. Halifax Ponto 69

⁴ Da mesma forma, Ac. Emsland-Stärke GmbH processo C-110/99 ponto 39

será recusada caso a intenção tenha sido meramente a diminuição fiscal através do desvio de lucros.

O advogado geral entendeu que a criação de sucursais noutra EM de modo a beneficiar de uma tributação mais favorável não constitui, de per si, um abuso na conduta, que neste caso, no direito de liberdade de estabelecimento⁵.

Para se formar uma conclusão, analisou-se se tais sucursais exerciam uma atividade real económica, ou se apenas apresentavam uma figura totalmente artificial. Portanto, a tributação seria excluída na verificação de uma realidade económica ou a seria efetuada caso não existisse⁶.

Este ac. apresenta um avanço na delimitação do abuso na ótica comunitária em relação a jurisprudência anterior, como é o caso do Ac. Leur-Bloem. O ac. Cadbury vai mais longe; ele adota a ideia de proibição de presunções gerais e absolutas e do seguimento por uma análise casuística. Determina ainda o abuso com base no teste de racionalidade económica, de modo a verificar a artificialidade da operação, seguindo o entendimento de que a procura por uma vantagem fiscal será legítima desde que acompanhada pelo exercício de atividade económica⁷. Dá-se assim relevância ao meio artificioso e não à poupança fiscal. Essa conclusão tem como objeto a resposta contida no Ac., no seu ponto 61, com a utilização do teste dos esquemas totalmente ⁸artificiais. É uma das formas que a regra anti abuso tem para concluir estar-se perante uma situação abusiva. Este teste tem uma natureza aplicativa restrita. Quer-se dizer que numa situação em que o contribuinte terá uma outra intenção numa determinada organização de uma operação, como o fortalecimento empresarial, a hipótese de este teste se verificar será aparentemente afastada.⁹

A aplicação de normas nacionais anti abuso que funcionam nos termos da Diretiva, terão que ser aplicadas com o mesmo critério como as aplicáveis sobre certas liberdades de forma a assegurar que a restrição de tais liberdades possam ser justificadas pela prevenção de um abuso. Contudo, existem autores que entendem que o absolutismo deste teste poderá levar ao risco de

⁵ Acórdão C-196/04 Cadbury ..Ponto 37

⁶ Ac. Cadbury, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue, Ponto 55

⁷ Tomás Cantista em IRC e Contabilidade...pg.399

⁸ Entende Ana Paula Dourado que este teste deverá aplicar-se, em todos os casos, que se centram em questões sobre disposições de Diretivas. (2010) -Lições de Direito Europeu, Coimbra Editora, pg.163 e ss

⁹ WEBER, Dennis: The new common minimum anti abuse rule in the EU parent subsidiary directive: Background, impact, ...pg.110

ser demasiado restrito, i.e., segundo este, as regras específicas anti abuso deverão alinhar-se com os critérios jurisprudenciais como no caso Cadbury Schweppes, em que tal prevenção deverá focar-se na operação totalmente artificial ausente de uma realidade económica com vista a evitar uma tributação, que em situações normais, a operação seria sujeita¹⁰.

Numa posição mais equilibrada está Dennis Weber, referindo que o abuso poderá verificar-se numa organização em todo ou só em parte artificiosa, alinhado com o texto da Diretiva. O mesmo exemplifica que uma razão comercial por detrás de uma operação por uma das intervenientes não remove uma intenção abusiva. Assim, poderá haver abuso nos termos do teste dos esquemas totalmente artificiais quando, a operação, a par de uma intenção abusiva de um lado, existir do outro, uma razão não fiscal.

2. O regime de neutralidade fiscal

2.1 Contextualização

Este regime foi criado internamente em 1998 e depois generalizado comunitariamente com a Diretiva 90/434/CEE que mais tarde foi substituída pela Diretiva atual -2009/133/CE, de 19 de outubro de 2009. Esta consiste num conjunto de regras de tributação para determinadas operações jurídicas contido nos artigos 73º a 78º CIRC.

Escolhendo este regime, os contribuintes, poderão optar pela não tributação na reorganização das mais valias latentes, que como sujeitos passivos autónomos, têm a possibilidade de escolher opções que irão de encontro ao seu objetivo através de um planeamento fiscal. A aplicação deste regime desencadeia a neutralização pelo diferimento através do transporte da base fiscal e preserva, nas reorganizações transfronteiriças, a soberania do Estado sobre os ganhos diferidos, pois obriga a alocar os ativos da sociedade que os transmite para um estabelecimento estável da beneficiária situado no território da transmitente.

Ou seja, o RNF inclui dois efeitos: o primeiro é o diferimento de tributação para o futuro através do transporte da base¹¹ fiscal que é constituído: i) em primeiro lugar, pelo não reconhecimento, segundo o nº1 do art.74ºCIRC¹², de quaisquer ganhos ou perdas que forem apurados pela transmissão dos ativos, sendo o primeiro critério do nº1 do art.76ºCIRC- tal mais valia¹³ não

¹⁰ R, Szudoczky em “The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation”, pg.427.

¹¹ Este efeito é aplicável ao nível dos sócios, segundo o nº1 do art.76ºCIRC.

¹² Aos sócios intervenientes, o RNF será aplicado se estes, quando receberem as novas partes de capital conservem, pelo valor que as partes extintas com a fusão tinham.

¹³ Igualmente em relação aos sócios, mais valias não serão reconhecidas segundo o nº11 do art.10º CIRS.

será reconhecida pela transmissão desses ativos, e ; **ii**) em segundo lugar, pelo transporte da base fiscal dos ativos¹⁴ da fundida para a beneficiária juntamente com a atribuição da base fiscal das participações da fundida às participações da incorporante adquiridas pelos sócios da primeira. Adia-se a tributação dos ganhos realizados pelos sujeitos passivos de uma operação tipificada, porque na determinação lucro tributável da fundida não é considerado o resultado da transmissão do património que a operação provoca¹⁵. Estas operações apenas materializam uma mudança na forma do investimento. Assim, possibilita a neutralidade das fusões pela não consideração de uma real realização, passando-se como se não houvesse transferência patrimonial de todo, seguindo o princípio da continuidade da atividade.

Em Portugal, antes da harmonização comunitária, implementou-se em 1988 o RNF nacional movido pelo objetivo de internacionalização da nossa economia, na primeira versão do CIRC, através da publicação pelo DL-nº422-B/88. Um regime que, após o preenchimento de critérios, cobria as operações entre sociedades sede e direção Portugal. Porém, o legislador português escolheu por incluir apenas algumas operações anteriormente à primeira versão da Diretiva nº 90/434/CEE responsável pela inclusão do regime do art.73º ao 78º CIRC. Com a entrada em vigor da Diretiva 90/434/CEE agora 2009/133/CE, o CIRC adotou normas essenciais que esta diretiva usava para a prossecução dos seus objetivos. Eram evidentes diferenças em relação ao ordenamento nacional em vigor como; **i**) inclusão de mais tipos de operações societárias a constituir o elenco do regime¹⁶; **ii**) a aplicação do mesmo a operações intracomunitárias¹⁷ e ainda, **iii**) a introdução de uma norma anti abuso (que trataremos mais abaixo), que permitia aos EM rejeitar a aplicação do RNF sempre que tal operação tivesse como o ou um dos principais objetivos a fraude/evasão fiscal ou não existissem razões económicas válidas. Pelo decreto lei nº123/92, foi, pela primeira vez, transposto o regime dessa Diretiva para o ordenamento nacional.^{18 19}

¹⁴ Este efeito encontra-se disponível para os sócios, através do nº1 do art.76º CIRC parte final.

¹⁵ O efeito está expresso no art.74º CIRC, mais especificamente o nº3 que se rege pela identidade fiscal (obrigação de manter o mesmo valor fiscal regime aplicável nos elementos transmitidos pelo decorrer da transmissão).

¹⁶ Através de uma maior especificação dos tipos de fusão, alargou-se o leque de operações elegíveis de modo a abranger todos os Estados -Membros. O regime foi, entretanto, alterado com a reforma de 2014 introduzindo novas modalidades.

¹⁷ Não pondo em causa a tributação diferida pelos Estados Membros sobre essas reorganizações.

¹⁸ Observou-se a transposição do regime da UE para o ordenamento interno, igualizando o regime interno ao intercomunitário, colocando, caso necessário, o TJUE como competente para averiguar ambas as operações intracomunitárias com vista ao tratamento igual entre residentes e residentes de outro Estado-Membro.

¹⁹ Ac.TJUE Halifax C-321/05 ponto 73: Entende o advogado geral Pöiares Maduro, nas suas conclusões , que a interpretação de DUE que guia a proibição do abuso não se limita à interpretação normativa comunitária, pois a aplicação pelos tribunais nacionais de normas internas transpostas, será condicionada pelas disposições

A aplicação da cláusula do agora art.15º da Diretiva 2009/133/CE (ex art.11º), será uma opção dos Estados Membros. Não se trata aqui, de uma diminuição do DUE face ao nacional, porque a norma do art.15º nasce com a permissão pela Diretiva, uma fonte comunitária. A interpretação pelo Estado Português desta norma do art.15º da Diretiva será feita nos termos dos princípios do DUE e da sua jurisprudência com o fundamento de que vem da voluntária adoção legislativa interna da referida cláusula. Até porque a aplicação nacional mais restritiva terá que respeitar o princípio da proporcionalidade como é expresso no Ac. Leur-Bloem.

A razão pela qual o uso do RNF abusivo não é cobrido por regra, pela cláusula geral anti abuso, mas sim por uma autónoma, parte de dois elementos. Por um lado, pela complexidade das operações de reorganização, e por outro, porque este âmbito do RNF inclui vários cenários de risco acrescido de abuso.

2.2 A cláusula anti abuso

2.2.1 Introdução

Por força do princípio da liberdade contratual, os sujeitos passivos podem proceder a um planeamento de poupança fiscal, e por isso, encontrando-se tentados a envergar por condutas de poupança fiscal lesivas ao Estado, visando obter de forma ilícita vantagens fiscais. Estes comportamentos de substituição realizam-se através de um meio artificioso em casos formalmente cumpridores da lei, pelo uso de um regime que permite ao agente alcançar um objetivo contrário do enquadramento normativo, sendo este o escape à incidência da norma tributária. Assim, perante o receio da instrumentalização das reorganizações, a UE instituiu-se de uma cláusula nas Diretivas de fusões: caso se verifiquem certos requisitos, os Estados Membros estarão legitimados a recusar a aplicação do regime especial.²⁰ De forma a combater

da UE que contêm determinados fins, e por isso, deverão tais tribunais submeterem-se a uma aplicação conforme com esses fins. Veja-se neste âmbito, o Ac. Kofoed, em que se verificou com a aplicação pela Dinamarca de uma regra geral anti abuso para uma reorganização. Mesmo tal Estado não tendo uma regra específica, bastou para o tribunal a regra geral, com a condição de que fosse assegurasse o pleno efeito e uniforme do Direito da União- Dourado, Ana Paula (2010) -*Lições de Direito Europeu*, Coimbra Editora, pg.161

²⁰ Adotou-se, para efeitos de verificação de situações aplicáveis no ponto de vista da cláusula, a seguinte conceção: saber quando se está perante a deal in search of a structure” ou se está perante “a structure in search of a deal” De Oliveira, António Fernandes - “*A Legitimidade do planeamento fiscal; as cláusulas gerais anti-aburo e os conflitos de interesse*”Coimbra Editora, 2009 pg.20

especificamente este uso abusivo das reestruturações, encontram-se expressos pela UE²¹, primeiramente, critérios sobre a forma de sociedade elegível à aplicação do RNF (art.3º da Diretiva Fusões-Cisões, e a norma anti abuso contida no art.15º da mesma,), como a forma, domicílio e sujeição de imposto, e conseqüentemente na nossa legislação no nº10 art.73º CIRC por via de transposição expressa com a harmonização do Decreto-lei 366/98 alargando a aplicação em comparação à antecedente que apenas cobria operações transfronteiriças. Esta norma gerou alguma controvérsia quanto à sua interpretação. Uma das formas de ver esta disposição será como uma ampla cláusula anti abuso para um restrito conjunto de situações.²²

2.2.2 A incoerência textual com o princípio geral de DUE de proibição do abuso de direito

Como foi referido, os Estados Membros, por força das normas acima referidas²³, encontram-se habilitados²⁴ para rejeitar o uso pelos sujeitos passivos do RNF em casos de reestruturação já com requisitos materiais e acessórios cumpridos. A legitimidade de recusar existirá quando a operação tiver como motivos a fraude ou evasão fiscal²⁵ (que, para tal análise servir-se-á do critério objeto de estudo, “razões económicas válidas”, ou do dos rendimentos respetivos na

²¹ Não descurando o facto de a UE ter aprovado a Diretiva 2016/1164/CE, estabelecendo regras contra as práticas de elisão fiscal, em forma de uma regra geral anti abuso, a diretiva de fusões cisões é uma regra específica setorial anti abuso própria deste regime.

²² TERRA ,B.J.M. and WATTEL, P.J, (2012)-*European Tax Law* (5th edition Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008) pg.548- *op.cit* Prof. Dr. Joachim English, *Curbing “Abusive” International Tax Planning Under EU Law: The Case of the Merger Directive*, 2012 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2924519.pdf>

²³ Arts.15ºnº1a) Diretiva 2009/133/CEE e 73ºnº10 CIRC

²⁴ Como consta da Diretiva 90/434/CEE, de 1990no seu preâmbulo. Esta cláusula, com parencas estruturais com uma cláusula geral anti abuso é uma norma setorial visto que é aplicável a um regime específico na lei como as normas especiais, porém, coloca na AT o dever de análise discricionária dos factos casuísticos²⁴ a ter em conta – de modo a preencher as exigências do art. 73ºnº10 quanto à presunção de abuso -por se servir de conceitos indeterminados.

²⁵ António Rocha Mendes em IRC.pg.442, entende que o conceito de evasão fiscal deve ser interpretado extensivamente de forma a englobar a elisão fiscal. Filipa Belchior Coimbra em A arte da tributação das reorganizações societárias, Almedina 2017 pg. 143 critica a norma afirmando que “a referida confusão terminológica deveria ser corrigida.

operação não sejam todos sujeitos ao regime do IRC ou isentos deste²⁶). A intervenção da clausula irá repor o regime geral de tributação com as respetivas liquidações²⁷.

Retirando do texto da Diretiva, a rejeição poderá observar-se quando a operação tenha “*Tem como principal objetivo ou como um dos principais, a fraude ou evasão fiscal o facto da 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*”.²⁸

Cumprido comparar este texto com o que o entendimento do mesmo pelo TJUE, no ac. Kofoed. Este refere no ponto 38: “*Assim, o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 90/434 reflete 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 transações comerciais normais, mas apenas com o objetivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário*”²⁹

Devido ao entendimento do TJUE de que a Diretiva reflete o princípio geral referido, será de interpretar a norma na mesma linha do princípio. De certa forma, ainda que ampla, deverá a norma anti abuso alinhar-se com a teoria do abuso em casos como o Cadbury ou Halifax, independentemente de ser uma diferente formulação da proibição de abuso de direito em relação ao expresso por esses dois acórdãos, e independentemente, do contexto da liberdade de estabelecimento ou da incidência de imposto que os mesmos comportam³⁰.

²⁶ Nº10 do art.73ºCIRC alinhado com art.3º e elenco da parte B do anexo 1 da Diretiva fusões-cisões. Há autores que entendem que o requisito contido no CIRC é algo supérfluo pelo facto de tal existir já na diretiva que se aplica às operações internas. A crítica ainda vai no sentido de que a exigência da sujeição pelo IRC não tem cabimento pois as sociedades estrangeiras não estão sujeitas a este.

²⁷ Tomás Cantista em IRC e Contabilidade...pg.364

²⁸ Sublinhado nosso

²⁹ Sublinhado nosso

³⁰ Para tal lógica, suportamo-nos desta parte do texto supracitado “...operações realizadas não no âmbito de transações comerciais normais, mas apenas com o objetivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário”

Esse alinhamento pode ser sustentado em diferentes partes dos textos. No entendimento expresso pelo Ac. Kofoed em relação à norma da diretiva existe a referência à noção de “operações comerciais”, que acarreta uma falta de artificialidade, constituindo uma condição objetiva: a obtenção de vantagens fiscais significa o único fim da operação, que constitui a condição subjetiva.

Por exemplo; **i)** quando o TJUE usa a expressão “*abranger práticas abusivas*” mesmo quando a disposição do art.15º da Diretiva 2009/133/CE não usa esta mas sim “*evasão fiscal*”, ou; **ii)** quando usa o termo “*operações comerciais*” quanto ao conteúdo da operação enquanto que a norma foca-se apenas no fim da operação, “*como principal objetivo*”, ou ainda; **iii)** quando entende que a regra anti abuso deverá ser aplicada em casos que se observem o uso de normas “*apenas com o objetivo*”, i.e., somente com o propósito de obter vantagens fiscais, enquanto que o que se entende do texto da diretiva é que a análise deverá ser feita de forma mais ampla, considerando o “*principal objetivo ou como um dos³¹ principais*” objetivos.

A interpretação quanto à norma da Diretiva pelo TJUE no Ac. Kofoed, mostra como este ignora, de certa forma, a formulação do texto da cláusula anti abuso do art.15º da Diretiva 2009/133/CE. Rita Szudoczky entende que existe uma incompatibilidade entre a disposição da Diretiva e com o princípio geral contido em acórdãos como o Halifax e Cadbury, e que por isso, a validade da primeira poderá ser questionada. Entende que, caso a teoria geral de abuso funcione apenas como um princípio de interpretação, terá então uma flexibilidade de conteúdo, podendo ser aplicada num contexto específico como no caso do art.15º, sendo esta norma anti abuso uma “extensão” específica daquela teoria.

Neste seguimento, tendo a diretiva um caráter específico, constitui uma disposição bastante detalhada em termos de evasão fiscal entre todas as diretivas de evasão fiscal de DUE; já que engloba um conjunto de casos pelo facto de alcançar operações abusivas com um principal objetivo (evadir ao imposto) mesmo carregando algumas razões comerciais.

2.2.3 A estruturação do texto da cláusula

Quanto aos elementos basilares da teoria do abuso de direito da DUE, refere o Advogado Geral Poiares Maduro³², o Ac. Halifax apresentou dois critérios para se aferir de uma situação

³¹ Benjamin M. Willis entende não obstante da parte do texto exigir (apenas) “um dos principais”, continua a requerer que a operação tenha, a evasão fiscal, como (o) principal objetivo.- WILLIS, Benjamin M (2013)- *A Principal Purpose: There Can Be Only One*- Tax Analysts

³² Ponto 67 em Halifax-conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro-7 de abril de 2005

abusiva, respetivamente, um objetivo (desrespeito pelo pretendido pela disposição) e um subjetivo (obtenção de uma situação vantajosa que resulta da legislação, através da criação, de forma artificial, das condições exigidas para a sua obtenção).

Ora, para que se aplique a clausula é necessário determinar a conduta abusiva. Uma forma de estruturarmos a aplicação da norma do art.15º Diretiva 2009/133/CE será separar a conduta em 3 elementos³³. Estes elementos estão contidos na orientação do Ac. Halifax nos pontos 74 e 75 CIRC. Verifica-se assim que esta norma é constituída por vários elementos. São eles: **i)** o elemento (meio)previsão normativa; **ii)** o (intelectual) artificioso e; **iii)** o propósito normativo. Esta clausula, como outras clausulas setoriais anti abuso, visam a análise de casos concretos e não uma avaliação pré-determinada e que tenham sido praticados com o objetivo único ou superior, a vantagem fiscal. E, de modo a seguir essa lógica será pertinente que se torne mais precisos os contornos de cada elemento.

Quanto ao meio-previsão normativa, à norma prevista, a rejeição será feita após a verificação da elegibilidade da operação em causa, não servindo a cláusula para analisar a legitimidade da modalidade de reorganização, daí nos situarmos “já dentro dos casos de reestruturação”. É, portanto, a aplicação formal da norma.

Quanto à artificialidade; dividindo em dois pontos, esta verifica-se quando **i)** a utilização de uma norma serviu apenas para atingir um resultado, usando-a abusivamente com vista a uma **ii)** vantagem fiscal que numa situação normal não lhe seria atribuída. Será necessário verificar que tal operação foi apoiada numa norma por motivos puramente artificiais. Assim conclui-se que o requisito da norma de o acto ter como objetivo de evasão fiscal, só deverá ser preenchido quando dele resultar uma vantagem fiscal. Dennis Weber afirma que observar-se-á uma situação de abuso quando se estivermos perante uma organização pelo menos, em parte, artificiosa³⁴.

Quanto ao propósito normativo: para se concluir que uma operação é abusiva, o resultado obtido terá que ser contrário ao espírito normativo, aos fins, princípios que são a razão de ser do RNF. A proibição tem como objetivo prevenir que o cumprimento formal da disposição leve a um inaceitável resultado³⁵.

³³ Stefan Vogenauner- “*The Prohibition of Abuse of Law: An emerging general principle*”, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law pg.530

³⁴ Dennis Weber: “*A closer look at the general anti abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive*”, EC TAX LAW Review 1996 pg.65.

³⁵ Stefan Vogenauner- “*The Prohibition of Abuse of Law: An emerging general principle*”, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law pg.532

2.3 Arbitrariedade da Autoridade Tributária-exclusiva ou vinculada?

Como já referido, a aplicação da clausula anti abuso exige a verificação dentro da operação de reestruturação, de razões económicas válidas.

Nos termos da norma 73ºnº10 CIRC, a AT tem a função de verificar se a função foi efetuada (ou não) por razões económicas válidas. A discussão neste ponto centra-se sobre a atuação da AT, i.e., se a lei lhe confere esse total poder de decisão discricionário ou se tal execução da clausula está vinculada por lei. A posição mais recente³⁶ confere aos tribunais a função de sindicar, pelo fundamento de que a AT está obrigada a interpretar de forma vinculada, e como tal, tratando-se de um conceito indeterminado, torna-se essencial a fiscalização judicial do próprio juízo administrativo. Segundo este acórdão: *“o juízo administrativo e os parâmetros de avaliação utilizados não são inteiramente livres, (...), e o tribunal não poderá eximir-se ao controlo judicial...”* e ainda *“Pelo que os tribunais não podem recusar ao interessado a possibilidade de obter um controlo efetivo da aplicação, de normas que contém conceitos indeterminados...”*.

Teresa Gil de Oliveira Braga³⁷ afirma que nestes casos a atuação jurisdicional terá um papel mais importante porque se está em causa aplicação de um conceito indeterminado sendo assim, *“crucial a intervenção do tribunal para fiscalizar o juízo da administração e para, eventualmente, criar jurisprudência a fim de, no futuro, ser sempre mais fácil a integração deste conceito”*.

Pelo motivo de que se trata de um conceito capaz de suscitar, pela falta de especificidade, interpretações variadas, é necessário garantir que AT não tenha uma espécie de passe livre em termos de atuação, pelo que, o fundamento da discricionariedade técnica não deve pesar mais do que a garantia pela legalidade e segurança jurídica. E porque se trata de um conceito na lei

³⁶ Acórdão STA (Processo: 01159/09 de 27/11/2013)

³⁷ Braga, Teresa Gil -” *A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões*: Fiscalidade: revista de direito e gestão fiscal. - ISSN 0874-7326. - Nº 49 (2012), p. 87-120.

nacional transposto do DUE³⁸, é pertinente relevar que é ao poder jurisdicional que cabe a última palavra³⁹.

2.4 Vinculação ao procedimento do art.63º CPPT

Ora, caso uma das situações descritas no nº10 do art.73º CIRC se verifique, constituir-se-á uma presunção de abuso, caso a AT assim o entenda. No entanto, por força do art.73ºLGT, a presunção⁴⁰ em direito fiscal é ilidível, por isso, caberá ainda neste panorama, o direito ao exercício do contraditório do contribuinte.⁴¹ Assim, a prova da inexistência de razões económicas válidas apenas possibilitará inverter o ónus da prova. Ora nem o RNF contém em si um procedimento próprio nem o CPPT o faz⁴², daí concordar-mos com a aplicação do previsto no art.63ºCPPT à disposição do art.73ºnº10 CIRC.

Perante as similitudes desta com a clausula geral, e principalmente porque como refere Magalhães Ramalho⁴³, a norma setorial, nos termos do art.9ºnº1CC, terá autonomia de análise sobre o campo de aplicação do art.73º CIRC. A jurisprudência do TJUE vem de certa forma reforçar este entendimento, quando no Ac. Kofoed se afirma a necessidade de os ordenamentos conterem mecanismos anti abuso internos que levem ao respeito pela regra anti abuso de DUE, para acionar as consequências da ausência de razões económicas válidas. Assim deverá a AT operar alinhada com este procedimento em apreço.

³⁸ No Ac. Leur-Bloem, o TJUE afirma que os Estados Membros têm a liberdade de transpor a norma anti abuso. Caso o façam, como é o caso no nosso ordenamento, terão de garantir que a presunção seja interpretada de acordo com a diretiva.

³⁹ A partilhar desta opinião, está o Ac. Foggia no ponto 51 que defendeu o controlo jurisdicional do poder executivo da AT pois quem tinha a função verificar se se observavam ou não os indícios de evasão fiscal era o órgão jurisdicional de reenvio.

⁴⁰ Entende António Rocha Mendes que o nº10 do art.73º não institui uma presunção. Segundo o autor, a expressão “pode” e “nomeadamente” são inconciliáveis com uma presunção legal- António Rocha Mendes - “*IRC e as Reorganizações Empresariais*”, Católica Editora, 2016, pg.461

⁴¹ O ordenamento interno basear-se-á no art.74ºLGT que consiste no ónus da prova favorecer o contribuinte quanto à incidência relacionada com os factos constitutivos da AT. Após tal fundamentação, haverá uma repartição do ónus da prova. A AT é encarregue de provar a ausência de razões económicas válidas e o contribuinte, por conseguinte, terá de provar a inexistência de evasão fiscal.

⁴² Excluimos a aplicação do art.64ºCPPT que existe para ilidir automaticamente a presunção de abuso com base em factos, pois a ser aplicável, seria a uma presunção contida numa clausula especial anti abuso, e como vimos, a clausula em análise é setorial, de um tipo intermédio, com parecências à clausula geral, não devendo à mesma ser aplicada o procedimento suprarreferido.

⁴³ João Magalhães Ramalho- “*O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais, Comentários ao Código do IRC*”, Coimbra Editora ,2015, pg.152

2.5 Razões económicas válidas

Este conceito geral de direito europeu na forma de um critério é a segunda circunstância que compõe a norma do nº1 do art.15 da Diretiva 2009/133/CE que, no âmbito de uma operação de reorganização, habilita os estados de, ao acionar a clausula anti abuso (depois de provarem a sua ausência), rejeitar em todo ou em parte a aplicação do regime da diretiva. O legislador, no artigo de transposição 73ºCIRC, coloca dois exemplos (elencados também na diretiva) para facilitar a interpretação da norma, sendo eles a reestruturação e racionalização da operação em causa, “(...) o facto da operação não ser executada por razões económicas válidas como a reestruturação ou racionalização...”.

Tal conceito apoia-se em dois elementos; a economicidade e a validade, sendo para esta análise, o segundo elemento que traz mais discussão pois tal se traduz na sua orientação com o objetivo da criação do RNF⁴⁴.

Dá para entender assim que o ponto fulcral da aplicação da norma nº10 art.73º CIRC é a verificação ou não deste conceito de razões económicas válidas como critério que irá constatar a existência do “elemento intelectual” neste caso de uma motivação abusiva, de modo a acionar a referida clausula.

Como se vê, este conceito é demasiado vago para a importância que tem. Tal se observa com a falta de concretização do conceito pelo facto de se limitar a situações exemplificativas como a “reestruturação” e “racionalização”. Por isso, a sua indeterminabilidade protagonizou alguns casos jurisprudenciais com entendimentos divergentes entre eles, pois é, também, um conceito imperativo.

Parte dessas divergências centraram-se pela rejeição da aplicação pelos EM do RNF após verificarem que a operação em causa tinha como único ou principal motivo o aproveitamento fiscal. De relevar que a Diretiva 2009/133/CE prevê no seu art.6º a transmissão de prejuízos fiscais das transmitentes para as beneficiárias, indo em linha com a lógica de continuidade da atividade a par de uma superação da solidariedade dos exercícios sobre a autonomia dos mesmos. Internamente, tal mecanismo está contido no art.75ºCIRC em abrigo RNF.

⁴⁴ i.e., não obstrução do estado fiscal à eficiência empresarial, exigindo por isso, a compensação através dessa maior eficiência à receita fiscal que o Estado opta por não ter. Sendo assim, essa ligação dita que a mera poupança fiscal não corresponde a uma razão económica válida.

3. A transmissão de prejuízos fiscais

Será pertinente enquadrar o mecanismo de transmissão de prejuízos fiscais pelo facto de significar uma vantagem tal que em muitos casos, na aplicação do RNF, todo o artifício estrutural, tem como único ou principal motivo, o uso dos prejuízos fiscais de uma sociedade sem potencial económico através da fusão com outra sociedade lucrativa, já que o direito fiscal nacional permite que, nos termos do art.23º CIRC, aos lucros gerados sujeitos a IRC num exercício, sejam deduzidos tais prejuízos.

A lógica do princípio da anualidade do imposto entra em conflito com o facto de ser preciso dividir toda a vida da sociedade em períodos, de modo a apurar-se um rendimento para cada um destes e tributá-los conforme o resultado. Este mecanismo visa evitar que os prejuízos e os ganhos não se isolem nesses exercícios. Assim, a legislação tem como objetivo, garantir que a sociedade incorporada seja, tributada pelo rendimento real. Isto é possibilitado quando haja a realização dos prejuízos e rendimentos fiscais nos períodos seguintes de tributação e já na titularidade jurídica de outro sujeito passivo. Tal legislação contém o mecanismo geral, no art.52ºCIRC, e no art.75ºCIRC, o especial de transmissão de prejuízos fiscais.

Com a reforma de 2013 o mecanismo de transmissão de prejuízos fiscais passou a reger-se pela mesma norma anti abuso do RNF⁴⁵.

Capítulo II

4. Jurisprudência

4.1 Contextualização do conceito na jurisprudência do TJ

Como já foi dito, a indeterminabilidade do conceito de razões económicas válidas protagonizou alguns casos jurisprudenciais com entendimentos divergentes entre eles, pois este é um conceito imperativo. Perante esta problemática, relava-se importante analisar as diferentes concepções

⁴⁵ A única diferença após a reforma, foi que esse critério estava inserido no RNF. Mais uma vez a antiga norma se revelava escusada, porém, esta transição para uma aplicação automática do regime trouxe dificuldades à AT (pois a partir desse momento, tal fiscalização nos termos do art.38ºLGT, será feita após a operação) quanto à sua fiscalização, e que desta forma abriu caminho para a prática de abusos.

jurisprudenciais no sentido de providenciar não só aos órgãos administrativos e judiciais, mas mais importante, dos agentes económicos, de um certo nível de segurança jurídica.⁴⁶

E foi essa falta de orientação a razão pela qual os tribunais nacionais usarem o instituto do reenvio prejudicial ao TJUE nos termos do art.267º do TFUE⁴⁷. É o exemplo disto, alguns acórdãos conhecidos como o Leur-Bloem; Foggia e Zwijnenburg.

Iremos contextualizar através do estudo dois destes acórdãos para que de seguida seja feita uma análise ao Acórdão Foggia, já que é caso contribuidor para a delimitação do conceito que mais recentemente veio a tornar-se jurisprudência.

4.2 Acórdão Leur-Bloem (P-28/95 de 28-07-1997)

Este deu início a esta sucessão de interpretações jurisprudenciais sobre o conceito em causa.

Neste acórdão, a acionista única de duas sociedades holandesas adquiriu uma sociedade com sede nesse país, através de uma operação expressa no direito holandês, de fusão por permuta de títulos sociais de modo a usufruir de uma compensação de forma horizontal de prejuízos fiscais. Trocou ações de duas sociedades por ações de uma holding, permanecendo fruto da operação, como única sócia das duas primeiras ainda que indiretamente.

A questão prendeu-se, no âmbito da regra anti abuso, se tal compensação seria considerada uma razão económica válida. Ora, antes de chegar ao preenchimento desse critério foi necessário obter o deferimento pela AT holandesa (a pedido de Leur-Bloem) quanto à determinação de tal operação como fusão por permuta⁴⁸, e que resultou no seu indeferimento sustentando a AT pela continuação da titularidade, ainda que indireta, de Leur Bloem, não preenchendo o critério de durabilidade pela conceção holandesa. Tal decisão levou à interposição do recurso pela requerente ao tribunal, em que o tribunal holandês procedeu ao reenvio prejudicial com várias questões para o TJUE de forma a solucionar a lide. Iremos expor um conjunto de questões relevantes feitas pelo tribunal holandês.

⁴⁶ Defende Teresa Gil Braga, a implementação na previsão da norma, de um conjunto de exemplos de situações que correspondem a razões económicas válidas.

⁴⁷ O TJUE tem competência para interpretar a validade dos tratados e da interpretação dos atos adotados pelos EM, sendo o órgão nacional o único com poder de requerer o reenvio prejudicial.

⁴⁸ De forma a torná-la elegível (pela lei holandesa) para efeitos de aplicação do RNF, sendo que, esta modalidade só seria considerada neutra, se -com “isenção” de tributação das mais valias criadas pela operação- caso se objetivasse uma reunião economicamente duradoura entre as partes.

Questionou-se nesta operação, entre outras; **i)** se o TJUE seria competente neste caso quando o direito da UE não rege diretamente a causa; **ii)** se tal operação era elegivelmente uma fusão por permuta mesmo se a adquirente não explorasse nenhuma empresa; **iii)** se só existia tal operação caso se objetivasse com isso a reunião economicamente duradoura das sociedades, e; **iv)** se concebia uma razão económica válida o facto de a referida permuta ser aplicada para beneficiar de uma compensação fiscal horizontal de prejuízos fiscais entre as intervenientes.

Quanto à primeira, o TJUE respondeu positivamente, porque apesar de se reger internamente a questão, o legislador escolheu por tratar da mesma forma as questões internas como trata as questões que se regem pelo DUE, alinhando a legislação interna à comunitária. Assim, perante determinado alinhamento legislativo, o TJUE poderá ser competente para interpretar uma questão interna.

O tribunal respondeu à segunda pergunta no ponto 36, dizendo que o RNF aplicar-se-á a todas as operações de fusão e de permutas de ativos de forma indistinta e independente dos fundamentos como puramente fiscais⁴⁹, e no ponto.37, de que não é facto impeditório para que se qualifique o ato como permuta de ações, a adquirente não explorar uma sociedade.

O p.42 respondeu à terceira pergunta, expondo que a fusão, implicando uma holding sem empresa por explorar e criada numa estrutura determinada por um limitado tempo, não impede que essa execução dessa operação seja vista como ausente de razões económicas válidas;

Quanto à quarta questão, centrada no âmbito do conceito razões económicas válidas, o TJUE no ponto 47 claramente afirmou na linha do art.15º da Diretiva Diretiva 2009/133/CE, que este conceito transcende uma motivação fiscal, i.e., a transmissão de prejuízos. Por isso, caso este seja o único motivo para a referida operação, o critério para a aplicação do RNF não irá ser preenchido por tal operação. Neste seguimento, o conceito da diretiva deve ser interpretado “como indo além de um benefício puramente fiscal”, caso contrário, poderá ser usado pelos Estados Membros como presunção de evasão fiscal. Não obstante, referiu o TJUE, que serão as autoridades nacionais deverão efetuar casuisticamente a verificação do preenchimento do conceito Ou seja, certos factos não serão de per si suficientes para se constatar a ausência de REV, porém em conjunto com outras situações, o TJUE afirma que o tribunal competente poderá caso o entenda, idealizar uma presunção de fraude ou evasão fiscal.

⁴⁹ Neste tópico é evidente a falta de clareza tópico por parte do TJUE, podendo ter criado a ideia de que a diretiva será aplicada descurando o motivo de evasão ou fraude.

Um dos pontos mais importantes deste acórdão é a posição do TJUE quanto à violação do princípio da proporcionalidade pela legislação anti abusiva holandesa, por estabelecer como critério, a reunião de forma duradoura das intervenientes, com a previsão de uma regra geral, predeterminada e de exclusão de certas operações. Caso isto fosse permitido, certas operações do RNF não abusivas seriam excluídas por não satisfazerem os critérios holandeses. Deve-se, pois, nos termos do TJUE, proceder-se a uma avaliação casuística da operação em causa.

Por último, confirmou-se que o que importa será o elemento subjetivo -o teste “*business purpose*” ou razões económicas válidas -, pelo facto de elemento objetivo de abuso estar ausente do teste da verificação de REV. Isso verifica-se quando o TJUE responde que uma fusão (por permuta) com o propósito de criar uma específica estrutura para durar um período limitado de tempo e não permanente, poderá mesmo assim constituir REV, i.e., uma transmissão via estruturação artificial poderá ser aceite caso contenha REV.

4.3 Acórdão Modehuis-Zwijnenburg

Este caso centrou-se numa fusão entre duas sociedades comerciais holandesas. Uma delas é uma sociedade holding, a ZBV.

Visando um processo de sucessão da primeira sociedade na do filho-titular da ZBV, a família encontrava-se perante, segundo a lei nacional, uma tributação das mais valias inerentes de tal transmissão imobiliária, pelo facto de a maioria dos bens de Beheer serem imobiliários. Para evitar esse dever tributário, operaram a fusão tais sociedades, para posteriormente, os sócios da ZBV adquirirem as restantes ações da Beheer de modo a beneficiar da isenção na transmissão de ações prevista no direito holandês. A Zwijnenburg solicitou a confirmação às AT o uso da isenção sobre tal transmissão, porém, pela ausência de REV, tal pedido foi recusado, por apenas se almejar o não pagamento do imposto respetivo. O supremo tribunal procedeu ao reenvio prejudicial para o TJUE, questionando se uma operação seria abusiva nos termos da clausula anti abuso do RNF, quando tal operação teve como único objetivo escapular-se de um imposto diferente do regulado no regime.

O TJUE respondeu que a regra anti abuso deverá ser interpretada de acordo com a sua redação, finalidade e contexto em que se insere. Assim, a norma anti abuso cinge-se apenas a impostos sobre o rendimento empresarial⁵⁰.

⁵⁰ Paragrafo 46

Tal imposto sobre as transmissões elenco não está previsto no elenco de impostos que são gerados por operações como a fusão e que se encontram nos termos desta diretiva⁵¹.

Uma das novidades deste acórdão, é o facto de para o TJUE⁵², o facto de o sujeito passivo ter pretendido afastar a tributação em sede de outro imposto faz com que não releve para legitimar a rejeição pelo órgão jurisdicional nacional do RNF, nem para sustentar a ausência de razões económicas válidas porque esse imposto não é incluído no âmbito da Diretiva. A excecionalidade normativa da clausula faz com que esta se limite a impedir que o contribuinte efetue a operação de reorganização apenas para beneficiar do RNF somente no imposto elencado pelo regime. Entendeu-se assim que tal fusão foi operada sem abuso. A inexistência de uma vantagem fiscal em sede de imposto elencado na Diretiva, leva a que, à operação não seja imputada o meio artificioso⁵³ para efeitos de aplicação da cláusula por não ter ferido o seu propósito.⁵⁴

Concluída a contextualização de certas decisões do TJUE nesta análise, iremos focar neste ponto na aplicação de um teste de comparabilidade apoiada através quer do acumulo de indicações dadas pelo TJUE quer de entendimentos jurisdicionais e doutriniais.

4.4 Acórdão Foggia (C-126/10 de 10/11/2011)

4.4.1 Contextualização

A operação central deste caso foi uma fusão entre 4 sociedades SGPS sob o RNF. *Foggia– Sociedade Gestora de Participações Sociais SA* efetivou em 2003, uma operação de fusão por incorporação de três sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

⁵¹ Paragrafo 47, 52, 55 e 56

⁵² Ponto 36

⁵³ Rocha Mendes, entende que a Diretiva deve ser aplicada mesmo através do meio artificial empregado. Realça que o art.15ºnº1 a) Diretiva 90/434 só produz os seus efeitos de fraude sob o imposto sobre rendimento, tal não evita que o infrator utilize o RNF para escapular-se ao pagamento de “IRC” para assim obter vantagens fiscais, mesmo em sede de outros impostos. “*IRC e as Reorganizações.*” pg.453-

⁵⁴Adolfo Martín Jimenez entende que a sua aplicação significaria uma consagração do efeito direto desta cláusula, constituindo uma insegurança na aplicação da Diretiva. A norma do nº1 do artigo 15º cobriria qualquer situação de abuso fiscal constatada pelos Estados-Membros, independentemente da aplicabilidade de normas internas anta abusivas. JÍMENEZ ,Adolfo Martín (2012) - “*Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax law, Bulletin*”, April/May, IBFD,

Seguidamente, Foggia formalizou um pedido de autorização para efeitos de transmissão dos prejuízos fiscais (para efeitos de dedução do lucro tributável) ainda não deduzidos das incorporadas, referentes a exercícios anteriores nos termos do art.69º1ºCIRC agora 75ºº1ºCIRC. A causa deste litígio foi o indeferimento desse pedido pelo Estado Português, através do SEAF, relativamente a uma das três sociedades incorporadas, a *Riguadiana –SGPS SA* com a justificação de que esta operação em específico, não foi realizada por um interesse económico.

O indeferimento baseou-se na ausência de razões económicas válidas que legitimasse o reporte dos prejuízos sob o RNF, isto porque, a incorporada, não obstante de ser SGPS, não tinha até ao momento da fusão uma carteira de participações, e além de não ter gerado lucro nos anos precedentes à operação, tinha sobre si uma menos valia avultada com origem indeterminada. A potencial redução dos custos administrativos inerentes da fusão não foi, segundo o SEAF, argumento suficientemente forte para que consubstanciasse numa razão económica válida.

O indeferimento levou que Foggia recorresse para o TCAS que por sua vez julgado improcedente tal pedido⁵⁵.

Este tribunal entendeu ser inegável, que por se tratarem de entidades do mesmo grupo económico, a fusão provocar um aumento da eficiência empresarial, na medida em que a redução dos esforços administrativos é suscetível de provocar um efeito positivo em termos estruturais. Porém, o TCA entendeu pela inobservância de um interesse económico da incorporação da *Riguadiana*, não preenchendo o requisito de razões económicas válidas.

Consequentemente Foggia recorreu, mais tarde, para o STA onde foi por este decidido suspender a instância e reenviar prejudicialmente certas questões⁵⁶. Pelas dúvidas que na altura tinha em relação à forma como o SEAF interpretou e aplicou o conceito da Diretiva, decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE duas questões.⁵⁷

⁵⁵ Acórdão TCA Sul de 28/10/2008, Processo nº 00464/05

⁵⁶ O Governo português veio discordar com o respetivo pedido de decisão prejudicial. Ponto 24. Refuta pela incompetência do TJUE sobre uma decisão plenamente interna e por isso pela falta de ligação entre a interpretação da Diretiva e o objeto do litígio no processo em causa. Contra este entendimento está o interesse de uniformização da UE porque a legislação interna encontra-se em linha com a Diretiva 90/434. Assim, o TJUE entende que só não deveria pronunciar caso as questões não tivessem relação com o objeto e realidade do litígio, o que não se verifica. Cumpre realçar que a transposição da Diretiva foi feita a par de uma discricionariedade dada aos EM sobre a sua aplicação nos seus ordenamentos, principalmente a constituição da sua utilização abusiva.

⁵⁷ Pontos 14 e 15.

Primeiramente em resposta ao entendimento do Estado português pela não competência do TJUE⁵⁸, no ponto 23, este, declarou-se competente e obrigado a⁵⁹ interpretar como se de uma operação transfronteiriça se tratasse a questão em causa por a lei nacional, ainda que puramente internas, pela norma em questão se alinhar objetivamente com a lei da Diretiva⁶⁰.

Ora, segundo a jurisprudência⁶¹, o TJUE visa, perante esta ligação, harmonizar as interpretações de normas e seus conceitos inspirados da lei da UE.

Elencamos agora as pertinentes questões colocadas pertinentes ao TJUE, como;

- i) qual seria o sentido e alcance do conceito visado bem como dos seus elementos; a reestruturação e racionalização das atividades, e
- ii) se seria justificável à luz da Diretiva, tendo em conta o estado da incorporada, o pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais por a operação “apenas” gerar per si efeitos positivos ao nível da estrutura de custos, apesar de não se determinar um interesse económico, e por conseguinte de razões económicas válidas, na incorporação pela Foggia (sociedade incorporante).

Respostas do TJUE

1- Quanto à primeira questão, o TJUE começa por referenciar o entendimento partilhado no Ac. Loer-Bloem⁶², em primeiro lugar, de que, o RNF aplicar-se-á indistintamente a todas as operações elencadas na Diretiva, independentemente dos seus argumentos, e em segundo lugar; que os Estados Membros têm a possibilidade de, no seu entender, não aplicar o disposto RNF da Diretiva perante as circunstâncias expressas no atual art.15º (ex. art.11) da mesma.

Quanto ao alcance do conceito, o TJUE no início, apenas faz remissão à análise do Ac. Leur-Bloem⁶³ quanto à não limitação ao motivo fiscal. Acrescenta, em linha com o Leur-Bloem, que a presente Diretiva aplicar-se-á nas operações com fundamentos entre outros, os puramente

⁵⁸ Nos termos do art.º 267º TFUE: “O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial: a) sobre a interpretação dos Tratados; b) sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. (...) esse órgão pode considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. (...)”.

⁵⁹ Ponto 25 “o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se”

⁶⁰ De igual forma, ac. Dzodzi, pontos 16 a 28.

⁶¹ Leur-Bloem, C-28/95

⁶² C-28/95 ponto 36 Ac.Leur-Bloem

⁶³ C-28/95 ponto 47 Ac. Leur-Bloem e ponto 34 Ac. C-126/10 ponto

fiscais desde que enquadrados no plano da fusão⁶⁴. Assim, a operação que for efetuada por fins, entre os quais, a obtenção de uma vantagem fiscal, poderá mesmo assim, constituir uma razão económica válida, com condição de que não seja o único⁶⁵ nem o predominante⁶⁶ motivo e objetivo da operação. Até aqui, os argumentos usados neste caso foram os mesmos usados no caso Leur-Bloem; à exceção deste teste da predominância dos motivos fiscais face aos demais.

Para se verificar que a operação teve esse objetivo de evasão fiscal, entende o TJUE, no ponto 37, que a determinação de REV deverá ser analisada casuisticamente tendo em conta todos os motivos⁶⁷ até à data da operação⁶⁸; i) a incorporada não exercia qualquer atividade de gestão própria; ii) não detinha participações financeiras; iii) “a sociedade incorporante pretende retomar os prejuízos da sociedade incorporada ainda não deduzidos para efeitos fiscais”⁶⁹.

O TJUE parece dar a entender que nem os elementos suprarreferidos juntos constituíram uma presunção de abuso, pois este afirma que uma operação efetuada com estes elementos “pode, não obstante, ser considerada, (...) como sendo efetuada por razões económicas válidas”.⁷⁰

Quanto à segunda questão; a propósito da reestruturação e racionalização, o TJUE faz uma interpretação restrita do art.11ºnº1 a) da Diretiva 90/434 e que estes dois elementos deverão ser interpretados em conformidade com o conceito de REV, indo mais além do que a procura por uma vantagem fiscal⁷¹

Seguidamente⁷², o Tribunal afirmou que tal redução de custos administrativos é um efeito “inerente a qualquer operação de fusão por incorporação”, e que por isso, a sua admissão automática como razão económica válida “desprovia” a norma do art.11ºnº1 a) da Diretiva 90/434 “da sua razão de ser”.

Terminou, referindo que válidas é ao órgão jurisdicional que caberá decidir, face ao exposto no litígio, pelo preenchimento ou não do critério de razões económicas.⁷³

⁶⁴ Ac. C-126/10 ponto 35

⁶⁵ ponto 36

⁶⁶ ponto 35

⁶⁷ Contudo, o TJUE refere, no ponto 39, que cada um destes de per si não constituir qualquer presunção de abuso.

⁶⁸ Leia-se o C-28/95 ponto 48 b) Ac. Leur Bloem

⁶⁹ Ac. C-126/10 ponto 38. De seguida, o Tribunal legitima este reporte de prejuízos fiscais através da operação, já que a própria Diretiva, no seu art.6º, regula essa possibilidade.

⁷⁰ Ac. C-126/10 ponto 40

⁷¹ Ac. C-126/10 ponto 44, 45 e 46.

⁷² Ac. C-126/10 ponto 48 e 49.

⁷³ Ac. C-126/10 ponto 52

Onde o TJUE oferece mais conteúdo jurisprudencial, para além do referido teste, é no seu entender que o volume dos prejuízos e a sua origem desconhecida são suficientes para a constituição de indício de fraude ou evasão fiscal⁷⁴, em que a possibilidade de a operação prosseguir REV baseando-se na reestruturação e racionalização foi cobrida pela quantidade e forma dos prejuízos fiscais⁷⁵. O TJUE não contestou os efeitos positivos com a reestruturação e racionalização dos recursos originados pela incorporação da sociedade Riguardiana. Porém, o mesmo entendeu que tais efeitos seriam marginais face à vantagem fiscal através da dedução desses prejuízos.

4.4.2 Análise estruturada em alguns pontos

I.O uso da teoria do abuso de direito europeu:

O TJUE invocou o princípio abuso de direito europeu, entendendo que o objetivo de um benefício fiscal não poder de per si constituir o fundamento da operação fusão⁷⁶.

II.O teste da preponderância dos efeitos fiscais face aos estruturais

O TJUE, desconsiderou os efeitos positivos na estrutura do grupo e focou-se na conformidade com o regime. Entende⁷⁷ que as considerações de natureza fiscal “(...)podem também figurar considerações de natureza fiscal, é suscetível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projetada.” Neste caso tornou-se evidente, a confrontação da desejada vantagem fiscal com as vantagens referentes aos custos estruturais reduzidos fruto da incorporação.

⁷⁴ Estará assim encarregue, o STA, de determinar todos os elementos do caso para que constitua a presunção de fraude. Ac. C-126/10 ponto 51

⁷⁵ Ac. C-126/10 ponto 47. Entendemos assim que na perspetiva do TJUE a falta de ativos é um fator secundário.

⁷⁶ Ac. C-126/10 ponto 50

⁷⁷ ponto 35

Neste âmbito, o TJUE afirma⁷⁸ que a análise isolada da diminuição de custos administrativos para efeitos de constituir uma razão económica válida desprovia o sentido da norma da Diretiva (art.11nº1 alínea a).

No decorrer da análise aos respetivos acórdãos, é notória a novidade trazida pelo Ac. Foggia, i.e., a mensuração das motivações por trás da operação, como um critério de comparabilidade para determinar um possível abuso, pelo que dá a entender que o TJUE tentou centrar-se no critério da substância sobre a forma, apoiando-se, para tal, do efeito meramente marginal dos efeitos positivos na reestruturação.

Seguindo esta lógica, a criação de um resultado legítimo como a redução de custos, através de uma reorganização, poderá resumir-se a uma simples versão de uma nova estrutura, não tendo o contribuinte, com esta conceção do TJUE, capacidade para contornar esta suspeição que existe desde o início da avaliação i.e, de ter um fim predominantemente fiscal. Assim, será aplicado o art.15º da Diretiva 2009/133/CE, caso o tribunal, no âmbito de uma análise global da operação, constatar a presença minoritária das razões válidas face às fiscais⁷⁹. A conclusão deste modo, pela predominância destas últimas, parece-nos encurtar em demasia, a margem de planificação das intervenientes.

Neste acórdão, o TJUE reafirma⁸⁰ que a operação não será considerada abusiva apenas pelo facto de ser motivada por questões fiscais, com a condicionante de que não seja o motivo relevante. Isto é, será legítima a operação que procurar um objetivo puramente fiscal desde que seja acompanhado por outro motivo capaz de consubstanciar numa razão económica válida de forma tão ou mais relevante.

É da nossa opinião que um dos problemas nesta novidade será a dificuldade prática que as entidades jurisdicionais e administrativas poderão sentir já que o TJUE, propositadamente ou não, deixou uma responsabilidade acrescida às primeiras pela criação de uma margem de arbitrariedade demasiado ampla⁸¹.

⁷⁸ Ac. C-126/10 ponto 49

⁷⁹ GEORGAKI, Varvara (2017) *Abusive Tax Avoidance-the Direct Taxation* (Nomiki Bibliothiki Group) op.cit Erasmia C. Kotzanikolaou *A Critical Evaluation of the Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States* School of Economics, Business administration & Legal studies International Hellenic University

⁸⁰ Já o tinha referido, anteriormente, no caso Leur-Bloem C-28/95 Ponto 47.

⁸¹ “*A ordem jurídica precisa de assentar em conceitos claros (...) conclusivos para que seja garantida a segurança ou certeza jurídica. (...) precisa de adaptar-se e se fazer permeável os seus próprios fundamentos*”

Entendemos que a não aplicação da norma anti abuso deverá ter como fundamento os benefícios económicos que possam advir da operação, não tornando a análise focada nos prejuízos fiscais deduzíveis, mesmo sendo de elevado montante. Neste sentido veja-se, Tomás Tavares⁸² que entende que a validade das REV bastam-se por si, ainda que o proveito diferido seja muito elevado. Entende não haver dependência da intensidade com que se apresentam na operação. Deverão sim superar a mera economicidade de custos. A verificação de REV exclui por si, a aplicação da clausula, não havendo necessidade de uma proporção. Afirma que numa grande economia tributária, não é necessário a verificação de um acréscimo da substância económica através da operação de reorganização.

Sendo este ponto não só a novidade do Acórdão do TJUE, mas também o mais discutível, iremos abordá-lo de forma mais densa. Para isso dividiremos em alguns pontos.

a. Quanto à artificialidade

Esta teste trazido pelo TJUE, inclui a necessidade de se apurar a presença do abuso, de uma operação sem REV; ou seja, de um esquema artificial⁸³.

Como já foi referido, segundo, Szudocsky⁸⁴, a norma do nº1 do art.15 Diretiva 2009/133/CE desvia-se do entendimento do princípio geral da proibição do abuso de direito, por não conter o termo “abuso”, e por outro lado, por se referir apenas ao objetivo como fim da operação, qualificando-a como abusiva somente pela base do seu objetivo. Entende que aqui falta o elemento objetivo, sendo incorporado apenas o elemento subjetivo da teoria geral do abuso. Na sua opinião, o facto de a cláusula anti abuso da 2009/133/CE ser baseada somente no elemento subjetivo torna a questão de saber se a operação é ou não artificial, irrelevante.⁸⁵ Entende que o elemento subjetivo do abuso (que é incorporado pela disposição), isoladamente, é insuficiente para definir uma operação de abusiva, e que fica aquém do entendimento do TJUE quanto ao abuso de direito contido no ac. Kofoed (em que este se funda na conjugação dos dois critérios,

ético-sociais distinguindo entre conceitos determinados por contraposição a indeterminados..” MACHADO, João Baptista (2011) -Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Coimbra-Almedina

⁸² TAVARES ,Tomás Cantista – “*IRC e Contabilidade: da realização ao justo valor*” Coimbra: Almedina

⁸³ Esse apuramento é necessário como entende o TJUE neste Ac.Foggia no considerando 34, “que *este conceito vai além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal.*”

⁸⁴ Adolfo Martín Jimenez *cit. por* SZUDOCZKY R, “*The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation*” University of Amsterdam, pg.429.

⁸⁵ *Ibidem*, pg. 430.

objetivo e subjetivo); pois um teste que se baseia meramente no fim da operação torna a definição de abuso demasiadamente ampla e vaga.

Entende Stefan Vogenauer⁸⁶: “(...) it is always necessary that the application of the respective rule to the situation is contrary to its purpose.”; e ainda, Judith Freedman “ specific anti-abuse legislation can define elements of economic reality, but (...) it will need to do so in terms of the surrounding circumstances, the purpose of the legislation...”⁸⁷

Concordámos neste âmbito com Adolfo Martín Jimenez⁸⁸, que entende que as reorganizações que não são artificiais em que os motivos fiscais estão presentes, e até predominantes, não deverão ser consideradas abusivas e por isso excluídas do RNF. O autor refere-se ainda à falta de artificialidade no sentido de que o propósito da Diretiva 2009/133/CE é cumprido através da fusão das empresas com ativos e atividades que serão alocados de uma forma mais eficiente em comparação à sua situação antes da operação. Este elemento da artificialidade, na opinião dos autores, deverá complementar a análise de que a operação é abusiva, a par da evasão fiscal, sendo insuficiente este elemento sem o primeiro⁸⁹.

De forma contrária entende Dennis Weber: “As is shown from Foggia, abuse can be even present when an arrangement is not artificial.” “When the tax benefits are much higher than the (genuine) economic benefit, after having weighed those facts against each other, one can come to the conclusion that the principal purpose of an arrangement is to obtain a tax benefit, even if nothing is artificial.”⁹⁰

Contrariamente à noção de abuso no princípio geral de DUE, a evasão fiscal não deverá ser desconsiderada apenas por a operação ter um objetivo além da vantagem fiscal.

A Diretiva 2009/133/CE no art.15º parece prever isso quando não coloca como condição para a constituição de evasão, que esta seja o único fim da operação. Exige sim a existência de REV,

⁸⁶ Stefan Vogenauer- “*The Prohibition of Abuse of Law: An emerging general principle*”, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law pg.537

⁸⁷ Vogenauer- “pg.352

⁸⁸ Szudoczky em “*The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation*”, pg.424

⁸⁹ Ibidém

⁹⁰ WEBER, Dennis “*The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*” (4.3 Reasonableness Test to be Found in the Case Law of the CJEU Itself: *The Objectified Intention/Genuine and Economic Reality-test* 4.3.1 Reasonableness Test and Abuse Test in the Case Law of the CJEU: Comparable”

porém, o TJUE no caso Foggia, parece complicar, neste ponto, pela indeterminação, ao afirmar que uma operação com vários tipos de objetivos, entre os quais fiscais, poderá ser constituída por REV desde que as razões fiscais não sejam predominantes.

O tribunal parece ter procurado, neste contexto de reorganizações societárias, distanciar-se da interpretação do abuso de forma restrita feita no Ac. Halifax. A comprovar isso está a conclusão do TJUE, de que uns efeitos marginais a nível de estrutura de custos não fazem ilidir o facto de a operação ter sido efetuada por razões fiscais, carecendo de REV.

De forma contrária, Ben Terra e Peter Wattel⁹¹ entendem que o TJUE deverá determinar o abuso na operação caso esta seja puramente artificial, isto porque, a procura pelo benefício é intrínseca ao mercado comunitário.

Dadas as divergências doutrinárias e pela pouca especificação que o TJUE deu sobre o teste da preponderância, entendemos que em consequência deste, haverá sempre zonas cinzentas de interpretação⁹².

Será razoável discordar que esta conceção de preponderância será suficiente para combater o esquema de elisão fiscal. Certo é que a segurança jurídica exige um tratamento específica de determinados casos, sendo preferível uma análise sob uma doutrina anti abuso composta por critérios mais explícitos. Neste caso, a dedução dos prejuízos fiscais como o benefício em questão, fará com que a operação puramente artificial (como base da regra anti-abuso), entre em conflito com o propósito da Diretiva e do regime RNF.

O TJUE no Ac. Leur Bloem expressa que para que uma operação preencha o critério de REV, deverá ter como fim algo mais do que puramente fiscal. Assim, entendemos que o TJUE deveria ter partido de uma conceção em que a verificação de uma situação abusiva seria certa no caso de uma operação artificialmente realizada apenas com um fim fiscal, sendo inexistentes outras razões válidas (isto é, comerciais, financeiras, estruturais).

Neste âmbito é de notar que o TJUE, no ponto 37, faz uma referência ao entendido no caso Leur-Bloem, nos termos da qual, afirma que as autoridades competentes deverão fazer uma análise global da operação, que é o mesmo que dizer, que caberão na determinação de REV, todos os elementos que respeitem o impacto da reestruturação.

⁹¹ TERRA, B.J.M. and WATTEL, P.J, (2012)-*European Tax Law* (5th edition-Kluwer Law International pg.398

⁹² ENGLISCH, Joaquim (2012)

b. Quanto ao propósito da Diretiva

Neste seguimento, Rocha Mendes entende que há possibilidade de se verificar um aumento de eficiência suficiente para justificar a realização de uma operação que é motivada maioritariamente por questões fiscais mesmo que tais sejam em muito maior peso do que outras vantagens⁹³.

O problema da forma como o teste foi introduzido, encontra-se na fraca concretização que é notória caso estejamos perante razões fiscais com intensidade similar de outras razões económicas válidas, como a poupança administrativa, utilização mais racional dos recursos, reforço patrimonial, aquisição de empresa concorrente⁹⁴. Nesta linha, suportamo-nos do preâmbulo do CIRC no seu ponto 11 que expressa a necessidade do RNF para promover o fortalecimento empresarial. Veja-se também o preâmbulo da Diretiva 2009/133/CE, no seu considerando 2, que expressa que o RNF deverá promover o fortalecimento concorrencial. Será pois, incoerente com o exposto que, se interprete os benefícios estruturais da fusão como algo meramente intrínseco e por isso insuficientes para acompanhar eventuais fortes razões fiscais, bem como desconsiderar a eficiência que é gerada em retirar uma empresa de uma material inatividade a par do benefício futuro para o grupo societário, podendo tornar (este) deste modo, mais competitivo.

Questiona-se assim a partir de que ponto será admissível e legítimo, na lógica do TJUE, o uso da cláusula, em casos menos desequilibrados do que o exemplo no Ac. Foggia, em que uma fusão seja impulsionada, maioritariamente, por motivos fiscais e com menores vantagens económicas, que isoladamente, legitimariam a fusão, desde que não haja indícios de artificialidade. Nesta ótica, uma fusão abusiva⁹⁵ deverá ser apreciada tendo, em conta que este regime foi construído de modo a obter da esfera empresarial uma maior eficiência estrutural, e um maior empenho na continuidade da atividade após fusão, do que aquela que iria porventura existir, caso as empresas não arriscassem reorganizarem-se, ou desistissem na fase do projeto, pela carga fiscal que tal operação iria gerar no âmbito de um regime geral.

⁹³ IRC e as Reorganizações.pg.459

⁹⁴ Ramalho- (2015)-pg.145

⁹⁵ Tomás Cantista Tavares, entende por recurso à doutrina norte americana, que a regra anti abuso tem como critérios i) a continuidade do negócio; ii) o investimento do sócio e; iii) a continuidade do empenhamento deste.

Segundo Rocha Mendes⁹⁶, a razão da existência do efeito de diferimento da tributação suporta-se exclusivamente nessa eficiência, tendo esta uma prevalência em relação aos valores fiscais.

Entendemos que a eficiência estrutural que seja no mínimo, superior à mera redução de custos diretos⁹⁷, deverá ser conjugada com a mensuração das razões fiscais.

Posto isto, para alguns autores⁹⁸, com que partilhamos a opinião, uma desvantagem da interpretação do TJUE no caso Foggia, da ponderação das razões, tem a ver com o facto de tal não ser, muitas vezes, viável, pois embora as vantagens fiscais possam ser quantificadas ou estimadas, o mesmo não se pode dizer dos alegados benefícios comerciais da operação, como a economia de escala.

Perante esta conceção, entende-se que existe uma dificuldade criada por este novo teste, pois não será possível fazê-lo de forma quantitativa como as razões fiscais⁹⁹. Este teste deveria ter sido acompanhado com formas para facilitar a análise dos intérpretes, por um lado com pressupostos legais ou por outro, com uma possibilidade de análise mais abrangente sobre todas as circunstâncias relevantes para o caso em questão.

c. A aplicação de um critério geral de pré-determinada

“A este respeito, deve acrescentar-se que 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.”¹⁰⁰

⁹⁶ MENDES, António Rocha (2016) pg.458.

⁹⁷ Tomás Tavares entende que a validade das REV se bastam por si, ainda que o proveito diferido seja muito elevado. Entende não haver dependência da intensidade com que se apresentam na operação. Deverão sim superar a mera economicidade de custos. A verificação de REV exclui por si, a aplicação da clausula, não havendo necessidade de uma proporção. Afirma que numa grande economia tributária, não é necessário a verificação de um acréscimo da substância económica através da operação de reorganização. Tavares Tomás Cantista – *“IRC e Contabilidade: da realização ao justo valor”* “Almedina Editora, 2011. pg.404

⁹⁸ ENGLISCH, Joaquim (2012)

⁹⁹ Ibidem *“While the fiscal advantage of a tax planning scheme can frequently be quantified or at least estimated, the same is not necessarily true for alleged commercial benefits of the reorganization at issue. For the reasons given above, it should therefore be considered sufficient that tax motives played a significant role in the decision for the reorganization and its structuring.”*

¹⁰⁰ C-126/10 Ponto 48

O TJUE considerou que tais efeitos, nomeadamente a redução de custos estruturais, são inerentes a todas as operações. Ora adotando essa lógica, o TJUE estará a contrapor-se a este entendimento proferido no Ac. Leur-Bloem no seu pontos 44, quando afirma que o uso de uma regra de carácter geral e pré-determinado será desconforme com o âmbito de aplicação da Diretiva 2009/133/CE, ferindo o princípio da proporcionalidade. O TJUE, no ponto 37, ac. Foggia, vem fortalecer essa posição: *“a instituição de uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e poria em causa o objetivo prosseguido pela Diretiva”*

Entendemos que o TJUE no caso Foggia, desconsiderou, de forma predeterminada, as razões económicas incluídas nos elementos na própria norma, como os efeitos positivos a nível da estrutura, independentemente de consubstanciarem em elevados benefícios para as intervenientes. Parece, assim, que este teste de ponderabilidade peca pela fraca coerência.

d. Sobre qual perspetiva?

No ac. Leur-Bloem, o TJUE, na determinação das razões económicas válidas, considerou a perspetiva do grupo¹⁰¹. Contrariamente, no caso Foggia, o TJUE foca a determinação de REV na perspetiva da incorporante¹⁰². A fundamentar esta conclusão encontra-se na parte em que o TJUE se baseia na falta de motivos que foram mostrados pela requerente que explicassem a fusão pela incorporante. Tais motivos elencados¹⁰³ cobriram, para efeitos de determinação de abuso, os motivos (as potenciais vantagens económicas) a nível do grupo societário. O próprio TJUE não refutou o efeito positivo estrutural ao nível do grupo.

Constata-se por isso a falta de alinhamento do TJUE ao longo das suas decisões, o que vai contra o princípio da segurança jurídica.

¹⁰¹ C-28/95 ponto 17

¹⁰² C-28/95 ponto 52. “...e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante”

¹⁰³ Incorporada inativa, sem participações e com um grande montante de prejuízos fiscais.

4.4.3 Uma comparação com a jurisprudência interna¹⁰⁴

Neste ponto relacionaremos três acórdãos nacionais. Dois destes tomaram lugar antes do Acórdão C-28/95 Foggia e um, após. Como iremos ver, mesmo após a decisão do caso Foggia, as incorências persistiram.

Apesar de não concordarmos inteiramente com este novo teste trazido com o Acórdão Foggia, a uniformização será crucial e preferível para o cumprimento do princípio da segurança jurídica. Por isso iremos comparar as considerações seguintes com as do caso do TJUE e na perspectiva deste de forma a realçar as diferenças entre entidades judiciais.

4.4.3.1 Resumo do Acórdão do TCA Sul de 15/07/2008 nº01775/07 Relator: José Correia

A. Este acórdão decorreu na sequência de uma ação administrativa especial deduzida pela autora, uma instituição financeira de crédito (D SA), contra um indeferimento da SEAF sobre um pedido feito de transmissibilidade de prejuízos fiscais de uma sucursal (M) em sequência de uma fusão por incorporação no decorrer de uma estruturação entre sociedades pertencentes desse mesmo grupo. A sucursal foi desta forma extinta após a operação de transferência de ativos para a sociedade

B. A sucursal tinha até ao momento da transmissão, prejuízos acumulados de 8.214.089,44€.

C. O tribunal realçou o facto de existirem mais sociedades envolvidas na reestruturação do grupo. O tribunal entendeu que a requerente demonstrou que a operação foi pensada na ótica do grupo, onde foram aceites razões como o desenvolver da economia e da redução do risco. Foi segundo o TCA aceitável a tese da requerente de que a fusão foi efetuada por REV.¹⁰⁵

D. O TCA cita uma outra decisão sua que vai no sentido de conferir legitimidade à operação e à concessão do reporte pela existência de uma estratégia empresarial da requerente, de continuidade da atividade e com a melhoria do desempenho através da incorporação das áreas de negócio da sucursal e da redução dos custos otimizando os ganhos. Cita o mesmo na seguinte parte: “*Em suma, não se podendo concluir que tal operação teve por fim, essencial ou primacial, de aproveitamento de benefícios fiscais, para além, naturalmente, dos eventuais e*

¹⁰⁴ Todos os sublinhados nesta comparação serão da nossa autoria.

¹⁰⁵ Pg.19/23

correlativos benefícios fiscais diretamente dependentes da operação em causa, nos termos da Diretiva n.º 90/434CEE... ””.¹⁰⁶

Cumpre realçar dois pontos deste acórdão.

- i) o facto de o TCA ter analisado a verificação de REV no contexto do grupo. Ao invés, é visível no ac. Foggia¹⁰⁷ que o TJUE opta pela ótica da incorporante: “*não deter nenhuma participação financeira e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante*”. Tal contrasta com o entendimento do TCA “*A tal respeito, afirma a A. e parece ter demonstrado nos autos que a operação de fusão em causa foi decidida num contexto do Grupo*.”; e
- ii) de valorizar o propósito da Diretiva como o ganho de eficiência em retirar uma empresa da inatividade e, o ganho inerente da própria fusão complementando esta fundamentação com a prossecução da continuidade do exercício da atividade.¹⁰⁸

Este entendimento “*razões económicas válidas (...), como sejam nos casos de reestruturação ou racionalização, com efeitos positivos na estrutura produtiva*”¹⁰⁹ entra em conflito com o do TJUE no posterior caso Foggia, pois como já se sabe, escolheu por concluir que uma consideração semelhante à feita pelo TCA poderá desprover de sentido a Diretiva 90/434. Assim esses efeitos produtivos deveriam, à luz do TJUE, serem vistos como inerentes à operação em questão. A acrescentar a este caso, está o facto de o montante de prejuízos fiscais ser bastante mais elevado do que no caso Foggia, havendo, porventura, ainda mais motivo, na ótica do TJUE, de eventualmente, considerar marginais tais efeitos a nível da estrutura.

4.4.2.3 Resumo do Acórdão STA de 27/11/2013 nº01159/09

A. Este acórdão decorreu na sequência de um pedido semelhante ao caso anterior; no seguimento de uma fusão por incorporação entre duas sucursais.

B. As sociedades intervenientes eram duas sucursais da Caixa de Crédito Agrícola de duas regiões diferentes.

¹⁰⁶ Pg.21/23

¹⁰⁷ C-126/10 ponto 52: -pg.20

¹⁰⁸ Pg.18/23 “*Ora, num juízo de normalidade, tem de aceitar-se que a projetada fusão visava a otimização daquela variável e das consequências dela decorrentes - a realização de economias e a redução da exposição ao risco, pelo que, à partida, é razão económica invocada parecer ser válida.*”

¹⁰⁹ Pg.18/25

C. Na resposta de indeferimento, a AT invocou a falta de REV baseando-se no i) saldo negativo, ii) na inexistência de efeitos positivos potenciais na incorporante, e iii) na falta de património.

D. A sucursal incorporante verificou, até à dita fusão, um reforço estrutural e financeiro. Por outro lado, a incorporada, apresentou, nos últimos exercícios, uma degradação exponencial da sua condição financeira e “dos seus rácios prudenciais, fortemente limitadores da sua atividade”.

E. A operação foi justificada pelas intervenientes, entre outros¹¹⁰, pela diferente evolução da atividade económica da entidade incorporante, e com a necessidade de valorizar e potenciar os ativos existentes. A dita fusão incluiu-se numa estratégia de concentração e racionalização das estruturas de crédito agrícola a nível nacional e internacional, tendo sido apoiada pela Caixa Central do Crédito Agrícola Mútuo e Banco de Portugal.

F. O STA entendeu que a fusão se focou em dois objetivos que são, i) o desenvolvimento da atividade das cooperativas fundidas, e, ii) reorganização dos respetivos recursos humanos, patrimoniais e financeiros¹¹¹.

G. O tribunal deu como provado que as administrações envolvidas optaram pela fusão, especificamente, pelo facto de constatarem o estado das duas sucursais¹¹².

H. Na perspetiva do tribunal, foi-lhe permitido constatar que a fusão “teve uma razão de ser preponderante do ponto de vista económico, com evidentes consequências vantajosas na estrutura produtiva, numa lógica económica de médio e longo prazo”.¹¹³

I. Foi assim transportado, o ónus para a administração fiscal de demonstrar o porquê de desconsiderar os motivos económicos na fusão, e de pelo contrário, considerar um desígnio predominantemente fiscal.

J. No final, o STA acabou por demandar o deferimento do pedido de transmissão dos prejuízos fiscais.

Cumprе realçar neste acórdão:

Que apesar da falta de património e saldo negativo da incorporada, o STA considerou existirem efeitos estruturais que favorecesse a incorporante num médio e longo prazo, suficientes para

¹¹⁰ Pg.44-51/59

¹¹¹ Pg.44/59

¹¹² Pg.18/59

¹¹³ Pg.54/59

constatar REV na fusão¹¹⁴. Diz o STA¹¹⁵: “(...) a ora recorrente, documentou toda a operação de fusão realizada, apresentando, além do mais, um (...) “Estudo (...) das Vantagens Económicas da Fusão, onde se descreve a motivação da operação e se explica, que ela foi norteada por dois objetivos que se prendem, por um lado, com o redimensionamento (...) e, por outro, com a racionalização, reorganização e reorientação dos respetivos recursos humanos, patrimoniais e financeiros.”

Neste seguimento, o STA não parece ter considerado como mero efeito inerente à fusão, (capaz de desprover a disposição da Diretiva, ou a norma do RNF) o seguinte argumento da requerente: “Reforço da quota de mercado: (...) Face a essa limitação, o reforço da quota de mercado (...) só pode ser alcançado através da “aquisição” de outras caixas...”. Este entendimento contrasta com o do ponto 48 no caso Foggia: “a economia de custos (...) é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação”

E ainda, de forma mais chocante com o entendido em Foggia, usou a reestruturação e racionalização dos recursos como fundamento da operação e conseqüente reporte, entre os quais, a criação de sinergias: (...) no âmbito da racionalização, reestruturação e reorganização de recursos, (...) a fusão (...) irá permitir significativas sinergias e economias de escala, (...) a racionalização de custos, (...) por efeito da fusão, numa única entidade jurídica. E ainda: “poder-se-ão observar os benefícios originados pela fusão por incorporação (...) seja pela redução de custos correntes.”¹¹⁶

Ora, tendo STA adotado o teste de preponderância, fê-lo de forma mais moderada, pelo facto de não ter usado regras predeterminadas, considerado para o efeito do conceito de REV, os argumentos já elencados.¹¹⁷ Não obstante, deverá ser percebido, em todas as análises, de que tipo de custos é que serão reduzidos, já que a mera poupança de custos diretos não deve constituir, como já referido, uma razão económica válida.

Concluindo, o tribunal, não obstante de se estar perante um situação puramente interna, e pelo facto de à data da sua conclusão, já existir a decisão emanada no caso Foggia, deveria ter

¹¹⁴ O STA entendeu, no ponto 8 da matéria de facto, que demonstrado “que a fusão assentava na evidência económica de que dela decorriam diversas sinergias e conseqüentes ganhos de eficiência”.

¹¹⁵ Pg.45/62 Acórdão STA nº01159/09 de 27/11/2013 nº01159/09

¹¹⁶ Pg.51/62 Acórdão STA nº01159/09 ..

¹¹⁷ Pg.56/62 Acórdão STA de 27/11/2013 nº01159/09 “Neste contexto, que permite claramente inferir que a operação teve uma razão de ser preponderante do ponto de vista económico, com evidentes conseqüências vantajosas na estrutura produtiva”

consolidado o entendimento do TJUE, mais especificamente com o teste das razões fiscais preponderantes.

4.4.3.3 Resumo do Acórdão TCA Sul de 21/06/2005. Relator: José Correia

A. Este acórdão decorreu na sequência de um pedido semelhante ao caso anterior; no seguimento de uma fusão por incorporação entre duas sociedades, a saber; a Autora e incorporante Companhia de Seguros, AS e; a incorporada, a seguradora Império Adeslas.

B. Através de um parecer técnico, a AT entendeu que a operação não preencheu os requisitos exigidos do então art.69ºCIRC, atual 73º, desde logo, uma estratégia de desenvolvimento empresarial com efeitos estruturais positivos.

C. O montante dos prejuízos era no valor de 4.138.113,05€.

D. A sociedade não adquiriu uma carteira de clientes durante a atividade.

E. A AT reforçou a ideia de que a atividade da incorporada era quase nula não tendo desenvolvido atividades do seu ramo até ao procedimento da fusão, tendo somente gerado custos de gestão avultados que originaram o montante dos prejuízos¹¹⁸.

F. A AT afirmou¹¹⁹ que a fusão era suscetível de criar efeitos positivos ao nível da estrutura como a redução dos custos de gestão possibilitada pela extinção de parte da estrutura do grupo. Entendeu que tais efeitos seriam positivos na ótica do grupo. Porém, afirma não serem visíveis os motivos na ótica da incorporante, como o interesse económico da incorporada.

G. O Tribunal enfatiza o significado de operação fusão por incorporação¹²⁰, defendendo que a sua realização é ditada pelo interesse de todas as sociedades intervenientes, e não só a incorporante. Neste contexto, afirma que o critério da norma do então art.69ºCIRC, mais especificamente, o desenvolvimento empresarial, é concretizado na eliminação de estruturas duplicadas, como a do caso, em que uma das sociedades deixa de ter um contributo relevante para o grupo passando até a constituir um fardo pesado para este.

Iremos assim analisar este acórdão sob a perspetiva do caso Foggia.

I) Neste caso, apesar da incorporada praticamente não ter de exercer qualquer atividade, não deter uma carteira de clientes e de ser portadora de um montante de prejuízos fiscais que excede

¹¹⁸ Pg. 13/19

¹¹⁹ Pg. 14/19

¹²⁰ Pg. 15/19

o do verificado no Ac. Foggia, o TCA validou a sua transmissão entendendo haverem REV para o efeito na fusão. Para o TCA foi suficiente, para efeitos de determinação de REV, a verificação efeitos positivos a nível da estrutura, ainda que marginais face ao montante dos prejuízos fiscais, contrariando o entendido pelo TJUE em Foggia, quanto à condição de preponderância das razões fiscais¹²¹. De facto, para o TCA ficou claro que, perante tal montante, o efeito positivo meramente relevante neste caso, foi a redução de custos.¹²² E é o próprio TCA que dá como factual: “*O que, de facto, esta entidade vai transmitir para a sociedade incorporante são os elevados prejuízos*”.

O tribunal parece ter aproximado mais a sua análise ao teste do esquema totalmente artificial do que ao teste trazido pelo Ac. Foggia. Sustentamos tal consideração na seguinte afirmação do TCA: *Deste modo e em atenção ao caso concreto, só se as operações económicas deixarem de radicar em razões empresariais, mas na ilícita concessão de vantagens a um terceiro ou de benefícios em favor da empresa A. é que a transmissão de custos seria inadmissível.*¹²³

Fica assim claro que, o facto de o TCA ter dado razão à requerente irá contra o entendido pelo TJUE no Ac. Foggia.

II) Neste acórdão o TCA interpreta o interesse na incorporação da Império na perspectiva do grupo e não da incorporante.

É o TCA que vem entender que não se tornou evidente o interesse económico da incorporante. Não obstante, entendeu que a decisão foi tomada numa lógica de grupo.¹²⁴

O TCA deu razão à requerente quanto à sua consideração de que “*a fusão é, regra geral, e a situação em análise não constitui exceção, recomendada por interesses comuns às sociedades nela intervenientes, e não apenas a uma delas*”.¹²⁵

Ora, tal não foi de todo o entendimento partilhado pela jurisprudência comunitária, visto que o TJUE afirmou no caso Foggia que: (...) *no caso de uma operação de fusão entre duas sociedades do mesmo grupo, pode constituir uma presunção de que essa operação não é efetuada por «razões económicas válidas», (...) o facto de, à data da operação de fusão, a*

¹²¹ C-126/10 ponto 35 “(...) desde que estas considerações (razões fiscais) não sejam preponderantes (...)”

¹²² TCA Sul de 21/06/2005 pg.7/19. Da mesma forma, na pg.16/19: “Assim, (...) à partida, é razão económica válida a eliminação de estruturas duplicadas e de obrigações cujo cumprimento é exigido em duplicado”; e ainda “*Todavia, já se viu que a decisão da fusão foi ditada pela razão fundamental de que não se justificava a manutenção de uma estrutura que gera uma atividade reduzida e os custos a ela associados.*”

¹²³ Pg.18/20

¹²⁴ C-126/10 ponto 52: “(...) uma fusão de uma sociedade que não exerce nenhuma atividade e que não entra com ativos próprios na sociedade incorporante

¹²⁵ Pg.16/20

sociedade incorporada não exercer nenhuma atividade, não deter nenhuma participação financeira e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante prejuízos fiscais elevados (...), ainda que essa operação tenha para o grupo um efeito positivo consubstanciado em economias em termos de estrutura de custos.”

Mais uma vez verificou-se contrastes em relação à decisão do acórdão Foggia, nomeadamente no entendimento do que poderá constituir o conceito de razões económicas válidas. A implementação de critérios mais específicos e explícitos na composição das próximas decisões do TJUE deverá ser prioritário para que deste modo se diminua as incorências geradas por órgãos jurisdicionais.

Capítulo III

6. Conclusão

1. Sobre o abuso em direito fiscal

A verificação das razões económicas válidas é um dos critérios exigidos para a aplicação da cláusula anti abuso da diretiva. Essa conceção de abuso deverá ser, no âmbito da aplicação da diretiva, disposição de direito comunitário, fundamentada pelo princípio geral da proibição do abuso de direito.

Este princípio que deverá ser seguido pelas tais disposições, suporta-se, do elemento o objetivo e subjetivo. Porém, para segundo alguns autores, a Diretiva 2009/133/CE desvia-se desse princípio, como exemplificado, apresenta uma construção textual que propicia divergências de interpretação.

2. Sobre a interpretação da norma

O legislador, no artigo de transposição transposto do 73º CIRC, coloca dois exemplos para facilitar a interpretação da norma, sendo eles a reestruturação e racionalização. Existe entendimento doutrinal, do qual concordámos, de que, o legislador nacional deveria ter colocado uma linha orientadora do que se pretende com tal conceito, através da previsão na norma, de um conjunto de exemplos de situações que correspondem a razões económicas válidas.

3. A análise jurisprudencial

Como já foi dito, a indeterminabilidade do conceito de razões económicas válidas protagonizou alguns casos jurisprudenciais com entendimentos divergentes entre eles. Entre eles estão o Acórdão Leur-Bloem; Modelhuis-Zwijnenburg e Foggia.

4. Quanto ao ac. Leur-Bloem

O primeiro serviu como introdução do conceito na jurisprudência; em que condições, ainda que de forma genérica, é que as mesmas se verificam e serviu ainda; como introdução a uma ideia de proporcionalidade na aplicação da clausula.

5. Quanto ao ac. Modelhuis-Zwijnenburg

Este acórdão serviu como delimitação da aplicação da regra anti abuso, nomeadamente na esfera da incidência dos impostos elencados pela Diretiva.

6. Quanto ao ac. Foggia

Por ser relativamente recente e por ser portador de um novo teste para legitimar a aplicação da norma anti abuso da Diretiva. O teste, cuja aplicação vemos com alguma relutância, é o da preponderância das razões fiscais face às razões económicas.

Apontámos algumas incoerências deste caso com entendimentos doutrinários, que a partir do qual realçamos a nossa opinião do excesso de desconsideração de um potencial económico de que as operação emanam desde que não se limite à redução de meros custos diretos, colocando em segundo plano a preponderância fiscal.

Percebe-se que o TJUE colocou de lado de forma prematura, a análise a um potencial interesse, tendo nós realçado nesse âmbito, a disparidade de tratamento face ao Leur-Bloem. O aproveitamento dos prejuízos fiscais saltou mais à vista do TJUE do que qualquer outro fator. Apesar do TJUE sustentar a sua resposta na conexão das razões económicas válidas com o propósito da Diretiva, tal conclusão do caso, não se alinha, a nosso ver, com o fim máximo do regime. Outra disparidade, e aqui, face aos demais acórdãos, centra-se no facto da análise da existência de razões económicas válidas sobre a ótica da incorporante e não do grupo.

Realçamos quanto a estes aspetos, a insegurança jurídica causada com tais viragens de interpretação entre decisões.

Entendemos que não se trata de legitimar o uso dos prejuízos fiscais mediante uma operação vazia de conteúdo económico. Pretende-se sim expor o entendimento de que os prejuízos fiscais

poderão ser um efeito natural de uma fase frágil da incorporada, bem como a fusão nessa fase deverá ser interpretada como estratégia do grupo, com uma projeção positiva, em que a dedução dos prejuízos poderá ser compensada pela mais valia criada num médio a longo prazo.

Concluindo, entendemos que, mesmo que o motivo da fusão seja maioritariamente fiscal, o objetivo do regime transposto não sairá ferido caso se conclua, neste cenário, além do respeito pelo critério de continuidade, que haja um acréscimo na eficiência estrutural face à situação precedente da operação.

Quanto à doutrina portuguesa em relação a esta parte da matéria das razões económicas válidas, é de realçar a sua insuficiência para orientar as problemáticas trazidas pelo conceito de razões económicas válidas nas reestruturações societárias. Uma das questões que ficou por esclarecer é o modo de mensurar as razões económicas face às fiscais, pois ao contrário destas, tal não será possível através de uma quantificação, dado o seu conteúdo qualitativo.

Verificamos, na comparação com a jurisprudência interna, que as incoerências em pontos fulcrais com a decisão no caso Foggia existem antes e depois da sua decisão.

Concluindo a análise a este caso, é da nossa opinião que se ficou por resolver o problema das razões fiscais. Este novo teste veio trazer uma desarmonia, principalmente por possibilitar a sua aplicação sem ter para isso, dado linhas orientadoras.

BIBLIOGRAFIA

- BRAGA, Teresa Gil (2012)- “*A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões*”: *Fiscalidade: revista de direito e gestão fiscal*. - ISSN 0874-7326. - Nº 49, p. 87-120
- COIMBRA, Filipa Belchior (2017) - “*A arte da tributação das reorganizações societárias*”, Almedina
- DE OLIVEIRA, António Fernandes (2009) - “*A LEGITIMIDADE DO PLANEAMENTO FISCAL; AS CLÁUSULAS GERAIS ANTI-ABURO E OS CONFLITOS DE INTERESSE*”, Coimbra Editora,
- DOURADO, Ana Paula (2010) – “*Lições de Direito Europeu-Tributação Directa*”, Coimbra Editora
- MACHADO, João Baptista (2011) -*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra-Almedina
- MENDES, António Rocha (2016) - “*IRC e as Reorganizações Empresariais*”, Católica Editora
- RAMALHO, João Magalhães (2015)- “*O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais, Comentários ao Código do IRC*”, Coimbra Editora
- ROCHA, Ana Gabriela (2014) - “*Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*”, Edições Almedina
- TAVARES ,Tomás Cantista – “*IRC e Contabilidade: da realização ao justo valor*”
“Coimbra: Almedina
- VENTURA, Raul (2005)- “*Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*”, Almedina

- ENGLISCH, Joaquim (2012)- *Curbing “Abusive” International Tax Planning Under EU Law: The Case of the Merger Directive*
<file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2924519.pdf>
- GEORGAKI, Varvara (2017) *Abusive Tax Avoidance-the Direct Taxation* (Nomiki Bibliothiki Group) op.cit Erasmia C. Kotzanikolaou *A Critical Evaluation of the Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States* School of Economics, Business administration & Legal studies-International Hellenic University
- JÍMENEZ, Adolfo Martín (2012)- “*European Union - Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*”, IBFD
https://research.ibfd.org/#/search?N=3+10+4293744760&Ne=7487&Nu=global_rollup_key&Np=2&Ntk=Text&Ntt=J%C3%8DMENEZ,%20Adolfo%20Mart%C3%ADn%20&Nty=1&Ntx=mode+matchallpartial&Ns=publication_date|1
- SZUDOCZKY, Rita. “*The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation*” University of Amsterdam
<https://dare.uva.nl/search?identifier=0f64c238-3893-4b74-afc4-b539861dcf89>
- VOGENAUNER, Stefan - “*The Prohibition of Abuse of Law: An emerging general principle*”, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law
- WEBER, Dennis (1996) - “*A closer look at the general anti abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive*”, EC TAX LAW Review
-. *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*”-
4.3 Reasonableness Test to be Found in the Case Law of the CJEU Itself: The Objectified Intention/Genuine and Economic Reality-test-4.3.1 Reasonableness Test and Abuse Test in the Case Law of the CJEU: Comparable”
http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2017/1/ELR_2017_10_01_005

- WILLIS , Benjamin M (2013)- *A Principal Purpose: There Can Be Only One*- Tax Analysts
<http://www.taxhistory.org/www/features.nsf/Articles/178104B57F0667F985257B8600468B3E?OpenDocument>

- Acórdão Cadbury Schweppes C-196/04
<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004CJ0196&from=PT>
- Acórdão Foggia C-126/10.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0126>
- Acórdão Halifax C-255/02
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56198&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir>
- Acórdão Leur-Bloem C-28/95
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0028>
- Acórdão Kofoed 0321/05
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db49611b226ed845d0ae84934c0addb775.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTc3z0?docid=70906&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8293>
- Acórdão Modehuis-Zwijnenburg C-352/08,
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=80973&doclang=PT>
- Acórdão STA de 27/11/2013 n°01159/09
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d3fa5d25ce444b4c80257c3600544933?OpenDocument&ExpandSection=1>
- Acórdão TCA Sul de 21/06/2005
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/c0541592e8b6053f802570280034c3>
- Acórdão do TCA Sul de 15/07/2008 n°01775/07
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ba413e9af462868780257488004e1c22>