

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito Fiscal



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O conceito de “razões económicas válidas”
na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Dissertação de Maria Teresa Ulrich de Menezes Pereira dos Santos

Sob orientação do Professor Tomás Cantista Tavares

Lisboa, Agosto de 2014

ÍNDICE

1. Introdução	2
2. Aspectos prévios	4
2.1. A Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009	4
2.2. O regime da neutralidade fiscal – breve nota	5
2.3. A introdução de uma cláusula anti-abuso	6
3. Jurisprudência	8
3.1. O caso Leur Bloem	8
3.2. O caso Zwijnenburg	11
3.3. O caso Foggia	12
3.4. O caso Pelati	16
4. Questões suscitadas pela Jurisprudência	19
4.1. Limites à criação de uma presunção	19
4.1.1. O princípio da proporcionalidade	19
4.1.2. O princípio da equivalência e o princípio da efectividade	21
4.2. Extensão do conceito	22
4.3. Indícios de fraude ou evasão fiscais	25
4.4. Razões fiscais são razões válidas?	26
5. Outras questões	33
5.1. Razões económicas válidas – para quem?	33
5.2. Factos supervenientes	35
6. Conclusão	38
7. Bibliografia	42

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como principal objectivo identificar e analisar o processo de densificação, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, do conceito de razões económicas válidas, enquanto expressão constante de uma cláusula anti-abusiva que, como tal, procura“(...)prevenir que a lei fiscal seja defraudada através da manipulação de formas jurídicas pelos contribuintes”¹, nomeadamente através do recurso ao regime da neutralidade fiscal, no contexto da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

Conforme será demonstrado ao longo da nossa análise, a aplicação prática deste conceito pelas autoridades fiscais tem tido efeitos cruciais nas operações de reorganização de empresas, porque no fundo “(...) o imposto [é] um encargo patrimonial a suportar pelos contribuintes (...)”². Porém, sendo o conceito de razões económicas válidas, um conceito lato e indeterminado, estes efeitos têm-se revelado perigosamente imprevisíveis na esfera dos contribuintes, que ficam impossibilitados de antecipar e ponderar as consequências fiscais de certas operações económicas.

Todos os casos aqui analisados têm origem em situações puramente internas; não obstante, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou-se competente e pronunciou-se sempre acerca da aplicação e do conteúdo do conceito das razões económicas válidas, o que revela a importância e urgência de clarificar este tema.

Assim, começando por uma breve introdução aos aspectos que considerámos prévios a esta análise, partimos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, e propomo-nos, em primeiro lugar, examinar os aspectos sob os quais este Tribunal já se pronunciou, começando pelas instruções relativamente à transposição da noção de razões económicas válidas para legislação interna dos Estados-Membros, passando pelos princípios delineadores da aplicação do mesmo, pela definição do âmbito de aplicação do conceito, até à análise de

¹ VASQUES, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, 3ª reimpressão da edição de Setembro de 2011, 2014, Almedina, p. 313.

² CALHAU, Tiago Alcoforado, “Liquidação ilegal de imposto – pressupostos da responsabilidade civil do Estado”, 2012, Almedina, p.11.

questões concretas levantadas pela jurisprudência sobre este tema. Por fim, identificamos alguns pontos que ficaram por esclarecer.

2. ASPECTOS PRÉVIOS

2.1. A Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009

Face às novas exigências do mercado, temos vindo a observar ao nível europeu um fomento “dos processos de concentração empresarial dentro da União Europeia, entre sociedades de vários Estados Membros com a criação de empresas comunitárias à escala global”³, com vista a alcançar um aumento de eficiência da estrutura empresarial.⁴

Os encargos fiscais⁵ decorrentes das operações de reorganização empresarial variavam consoante o Estado-Membro em questão, o que dava origem a grandes divergências de tratamento destas operações tanto entre os Estados-Membros⁶, como dentro dos Estados-Membros, as quais se revelavam especialmente problemáticas em operações de grupos empresariais desenvolvidas entre dois ou mais Estados-Membros.⁷

Assim, numa tentativa de criar, dentro da União Europeia, condições análogas às de um mercado interno e de forma a assegurar o bom funcionamento do mesmo, eliminando as diferenças e barreiras fiscais impostas pelos Estados-Membros, a Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009⁸, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma Sociedade Europeia ou de uma Sociedade Corporativa Europeia de um Estado-Membro para outro (doravante, abreviadamente designada por “Directiva”), veio instituir as condições segundo as quais aquelas operações podem beneficiar de um regime da neutralidade fiscal.⁹

³ TAVARES, Tomás Cantista, “IRC e contabilidade: da realização ao justo valor”, 2011, Almedina, p 339.

⁴ Sobre este assunto: SANCHES, José Luís Saldanha, “Fusão inversa e neutralidade (da administração) fiscal”, *in* Revista Fiscalidade, n.º 34; BORG, Jeanette Calleja, “Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say”, *INTERTAX*, Volume 39, Issue I, 2011, Kluwer Law International.

⁵ Sobre a questão dos encargos fiscais, veja-se LOUREIRO, Carlos, “Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Sociedades”, *in* Revista Fisco n.º 55-60, 1993.

⁶ Sobre divergentes interesses entre países e consequentes diferentes tratamentos legais: WARDZYNSKI, Adrian, “The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways”, *Bulletin for International Taxation*, 2014 (Volume 68), IBFD.

⁷ Considerando n.º3 da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

⁸ Com a introdução desta Directiva é revogada a Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às operações de fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE (“Sociedade Europeia”) ou de uma SEC (“Sociedade Cooperativa Europeia”).

⁹ Considerando n.º2 da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

Deste modo, a Directiva impõe a adopção pelos Estados-Membros de regras fiscalmente neutras relativamente à concorrência, promovendo um aumento da produtividade empresarial e proporcionando às empresas uma adaptação às exigências do mercado interno e um reforço da sua posição concorrencial no plano internacional.

2.2. O regime da neutralidade fiscal – breve nota

O regime da neutralidade fiscal implementado pela Directiva aplica-se aos Estados-Membros da União Europeia. É um regime comum e não um alargamento dos regimes internos em vigor nos Estados-Membros¹⁰, visando, como tal, pôr um termo às distorções geradas pelas diferenças constantes dos regimes internos.

A adopção deste regime depende do preenchimento de diversos requisitos, como a necessidade de que as sociedades envolvidas revistam uma das formas de sociedade previstas na Directiva e ainda a necessidade de que haja sujeição, sem possibilidade nem opção de isenção, aos impostos elencados no artigo 3.º da Directiva¹¹.

Para além da expressa possibilidade de, preenchidas certas condições, haver hipótese de transmissão de prejuízos fiscais ainda não deduzidos entre sociedade contribuidora e sociedade beneficiária¹², este regime tem como principal “(...) propósito eliminar a penalização fiscal (...)”¹³ decorrente das operações de reorganização empresarial, através do diferimento da tributação que decorreria da transferência de elementos patrimoniais para novas esferas jurídicas.

No fundo, a neutralidade fiscal é uma medida de planeamento fiscal consentida e até incentivada pelo direito da União Europeia. O regime não isenta de tributação as eventuais mais-valias geradas com as operações de reorganização de grupos empresariais, apenas suspende a tributação, adiando-a para um momento posterior, em que ocorra a sua realização efectiva, “salvaguardando os interesses financeiros do Estado-Membro da sociedade contribuidora ou adquirida”^{14/15}.

¹⁰ Considerando n.º4 da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

¹¹ Os quais qualificam como impostos sobre o rendimento.

¹² Artigo 6º da Directiva.

¹³ VASQUES, Sérgio, op. cit.

¹⁴ Considerando n.º5 da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

Deste modo, por existir uma transmissão jurídica que não é acompanhada por uma transmissão económica (já que, não havendo transmissão de “cash”, não ocorrem todos os efeitos económicos associados à transmissão) e por haver efectivamente um intuito de manutenção do empenho económico, institui-se então a atribuição dos benefícios da neutralidade fiscal.

2.3. A introdução de uma cláusula anti-abuso¹⁶

De forma a evitar a utilização abusiva¹⁷ do regime da neutralidade fiscal, a Directiva¹⁸ concedeu aos Estados-Membros a faculdade de recusar ou retirar (na totalidade ou parcialmente) os benefícios introduzidos por este regime, caso seja evidente que a operação em questão:

“ a) Tem como principal objectivo, ou um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas, como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais (...)”¹⁹

Esta cláusula anti-abuso é introduzida numa matéria específica²⁰, porém faz uso de um conceito geral e, conforme será aqui demonstrado, actualmente ainda indeterminado - o que tem sido motivo de distintas interpretações por parte dos tribunais dos Estados-Membros. Naturalmente, em resultado destas divergências interpretativas, deparamo-nos com tratamentos desiguais de situações idênticas - e aqui está o cerne da questão em análise neste trabalho.

¹⁵ Sobre o dever de pagar impostos, veja-se NABAIS, José Casalta, “O Dever Fundamental de Pagar imposto”, 1998, Almedina, p.185 e seguintes.

¹⁶ Sobre este assunto, veja-se LAMPREAVE, Patrícia, “An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union”, 2012, IBFD.

¹⁷ O combate à fraude e a quaisquer outras actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União Europeia foi consagrado no artigo 325º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

¹⁸ A necessidade de introdução desta cláusula foi prevista desde logo no considerando n.º13 da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

¹⁹ Artigo 15º, n.º1, alínea a) da Directiva 2009/133/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

²⁰ Sobre as cláusulas específicas anti-abuso, veja-se SANCHES, José Luís Saldanha, “Os limites do planeamento fiscal”, 2006, Coimbra Editora, p. 199-233.

Cabe-nos ainda referir que as medidas anti-abuso adoptadas pelos Estados-Membros relativamente à neutralidade fiscal têm sido objecto de críticas e reservas por parte da Comissão Europeia, que tem vindo a reforçar que a sua introdução deve ser tão restrita quanto possível²¹.

²¹Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu: “A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros”, Bruxelas, 10 de Dezembro de 2007.

3. JURISPRUDÊNCIA

Num primeiro momento, seleccionámos os quatro casos paradigmáticos dos quais se devem retirar as linhas orientadoras da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante, “TJUE”, “Tribunal de Justiça” ou “Tribunal”) nesta matéria:

3.1. O caso Leur-Bloem²²

Leur-Bloem, única accionista e administradora²³ de duas sociedades holandesas, pretendia adquirir as acções de uma terceira sociedade (uma “holding”), com o pagamento a ser efectuado através de uma permuta de acções das duas sociedades por si detidas.

Leur-Bloem solicitou à administração fiscal holandesa que, conforme o disposto na respectiva legislação interna, qualificasse a operação como “fusão por permuta de acções”, para que pudesse beneficiar da isenção de tributação sobre a mais-valia eventualmente realizada na cessão de acções, e ainda da hipótese de compensar possíveis perdas no interior da nova entidade fiscal.

O pedido foi indeferido e, posteriormente, foi interposto recurso no *Gerechtshof te Amsterdam*. Por sua vez, o *Gerechtshof te Amsterdam* suspendeu a instância e, uma vez que a legislação interna holandesa nesta matéria tem por base o regime da Directiva questionou o TJUE a respeito de três aspectos.

Em primeiro lugar, sobre a própria competência daquele tribunal para interpretar disposições internas, ainda que decorrentes de legislação comunitária (já que a aplicabilidade do Direito Comunitário seria meramente indirecta).

Em segundo lugar, solicitou ao TJUE que delimitasse o conceito de permuta de acções, na acepção do artigo 2º, parte inicial e alínea *d*)²⁴ da Directiva.

²² C-28/95, de 17 de Julho de 1997.

²³ Optámos por traduzir a palavra “director” para administrador(a) ao longo deste trabalho, não obstante poder aqui estar abrangido o conceito de gerente.

²⁴ Actual alínea *e*) do artigo 2º da Directiva 2009/133/CEE do Conselho de 19 de Outubro de 2009. Doravante, será apresentada sempre como alínea *d*).

Por fim, o tribunal holandês perguntou ao TJUE se, nos termos do artigo 11^{o25} da Directiva, o objectivo de realizar uma compensação fiscal horizontal de perdas entre sociedades que formam uma única entidade fiscal poderia constituir uma razão económica válida para a elaboração de uma de permuta de acções dessas sociedades.

Quanto à primeira questão, apesar de estarmos perante uma situação puramente interna (todas as sociedades em questão seriam holandesas) - uma vez que a legislação holandesa teria resultado de uma transposição da Directiva -, o TJUE declarou, e bem, estar em causa a interpretação de uma disposição de direito comunitário, sendo portanto dever seu decidir aquela questão.

Apesar de não ser nossa intenção enveredar por este tema, julgamos interessante observar que, embora a competência decisória do Tribunal de Justiça não seja clara, dada a potencial violação do princípio da subsidiariedade²⁶, prevalece a necessidade de harmonização desta matéria. Detecta-se, assim, uma vontade de elucidar este assunto por parte do Tribunal de Justiça, que o levou a afirmar que “para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar.”²⁷ Não obstante, cabe ao órgão jurisdicional nacional a tarefa de “apreciar o alcance exacto da remissão para o direito comunitário”²⁸.

De seguida, o Tribunal analisa o tema da delimitação do conceito de permuta de acções. Recorrendo ao artigo 2º, alínea *d*) e também à economia geral da Directiva, declara que o regime instituído pela Directiva “se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais”²⁹. Neste sentido, nem a ausência de actividade económica da sociedade adquirente, nem o facto de haver uma só accionista que é também administradora das sociedades adquiridas – e que permaneceria como tal -, nem sequer a união duradoura seriam factores indispensáveis para a qualificação de uma operação como permuta de acções à luz da Directiva.

²⁵ Actual artigo 15º da Directiva 2009/133/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009. Doravante, será apresentado ora como artigo 11º, ora como artigo 15º.

²⁶ Vejam-se, a título de exemplo, as conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, apresentadas em 17 de Setembro de 1996.

²⁷ C-28/95, parágrafo 32.

²⁸ C-28/95, parágrafo 33.

²⁹ C-28/95, parágrafo 36.

À partida, esta afirmação poder-nos-ia levar a definir um âmbito demasiado lato do conceito de permuta de acções. Ora, isso seria precipitado, já que logo de seguida o Tribunal invoca a faculdade concedida aos Estados-Membros da não aplicação do regime da neutralidade, no todo ou em parte, quando o objectivo principal, ou um dos principais, da operação seja a fraude ou a evasão fiscais³⁰.

Tal como começámos por notar relativamente à questão da competência, estamos em crer que o Tribunal aproveitou o pretexto para clarificar o regime da directiva. Assim, abre-se aos Estados-Membros a possibilidade de criação de uma presunção de fraude ou evasão fiscal, na linha do artigo 11º, n.º1, alínea *a*), na medida em que sejam cumpridos os seguintes requisitos:

- Cada caso deverá ser analisado individualmente, afastando-se a hipótese da mera aplicação de critérios gerais e predeterminados;
- A operação deve ser observada no seu todo, de uma forma global;
- A análise deverá poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional.

Neste sentido, o tempo de vida da nova empresa, a identidade do(s) accionista(s) e administrador(es) e mesmo a existência de actividade económica em qualquer uma das empresas, não são motivos que bastem em si mesmos para a aplicação da presunção. Podem ser considerados indícios de fraude e evasão fiscais, mas isso não significa que não haja simultaneamente razões económicas válidas na operação em questão.

O Tribunal relembra o princípio da proporcionalidade como princípio orientador na aplicação prática da derrogação da neutralidade pelos Estados-Membros, dado que tanto a utilização generalista dos factores acima mencionados, como a sua aplicação discricionária pelas autoridades tributárias nacionais constituiriam uma clara violação deste princípio. Assim, o regime previsto na Directiva apenas poderia ser afastado quando a operação em causa tivesse, efectivamente, objectivos fraudulentos ou evasivos.

Deste modo, a compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades em questão não constituiria uma razão económica válida para a realização da operação em causa: “O *conceito de razão económica válida*, na acepção do artigo 11.º da directiva, deve ser interpretado como

³⁰ Conforme o disposto no actual artigo 15º, n.º1, alínea *a*) da Directiva 2009/133/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal de perdas”³¹.

3.2. O caso Zwijnenburg³²

Modehuis A. Zwijnenburg BV (doravante, “Zwijnenburg”) explorava um estabelecimento situado em dois imóveis, um dos quais arrendava à A. Zwijnenburg Beheer BV (doravante, “Beheer”). Beheer era detida por A.J. Zwijnenburg. Por sua vez, Zwijnenburg era indirectamente detida por L.E. Zwijnenburg e sua esposa.

Zwijnenburg pretendia fundir-se com Beheer e posteriormente adquirir, exercendo uma opção de compra, as participações sociais desta última. Estas operações beneficiariam de isenção do imposto holandês sobre as transmissões de direitos.

Foi efectuado um pedido de reconhecimento das operações e de isenção do referido imposto, o qual foi deferido. Posteriormente, Zwijnenburg interpôs sucessivos recursos até que o Hoge Raad der Nederlanden decidiu suspender a instância e questionar o TJUE acerca da compatibilidade do disposto no artigo 11.º, nº1, alínea *a*) da Directiva com a interpretação segundo a qual seria legítima a exclusão dos benefícios previstos na Directiva, caso fosse comprovado que um determinado conjunto de operações teria por objectivo evitar a tributação em sede de um imposto diferente daqueles a que se refere este diploma.

Mais uma vez, apesar de se tratar de uma situação puramente interna, o Tribunal declarou que, adequadas as situações internas e respectivas legislações dos Estados-Membros às soluções do Direito da União Europeia com o objectivo de evitar situações como distorções de concorrência ou discriminação contra cidadãos nacionais, “existe um interesse manifesto da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito da União sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar”³³, pelo que o Tribunal se declarou competente para analisar a questão.

³¹ C-28/95, parágrafo 48, itálicos nossos.

³² C-352/08, de 20 de Maio de 2010

³³ C-352/08, parágrafo 33.

A questão resolveu-se delimitando o âmbito de aplicação da Directiva. O TJUE determinou que, não estando o imposto sobre as transmissões de direitos entre os impostos visados pela Directiva, não se lhe poderia aplicar o regime geral por ela previsto. Consequentemente, seria absolutamente inadequada a aplicação da exclusão ao tal regime geral, prevista no artigo 11.º, n.º1, alínea *a*) da Directiva.

Posto isto, o Tribunal decidiu que, de acordo com o disposto no artigo 11.º, n. 1, alínea *a*), da Directiva, os Estados-Membros não podem recusar os benefícios decorrentes da Directiva quando se tiver desenvolvido uma operação de fusão de empresas, com o intuito de evitar o pagamento do imposto sobre as transmissões de direitos, uma vez que este imposto não cabe no âmbito de aplicação da Directiva.

3.3. O caso Foggia³⁴

Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA (doravante, “Foggia”), incorporou três outras sociedades gestoras de participações sociais pertencentes ao mesmo grupo, solicitando, em conformidade com o requisito previsto na legislação interna portuguesa, autorização para deduzir aos seus eventuais lucros tributáveis os prejuízos fiscais resultantes dos seis anos anteriores incorridos pelas sociedades incorporadas.

O pedido foi parcialmente aceite: a transmissão dos prejuízos fiscais de duas das três sociedades incorporadas foi autorizada. Quanto ao pedido de transmissão dos prejuízos fiscais da Riguardiana – SGPS SA (a seguir, “Riguardiana”), foi recusado por “não ter interesse económico”³⁵ para Foggia.

Foggia intentou uma acção administrativa especial no Tribunal Central Administrativo Sul que foi julgada improcedente, e depois recorreu para o Supremo Tribunal Administrativo. Por subsistirem ainda algumas dúvidas relativamente à interpretação feita pelo Secretário de Estado do conceito de razões económicas válidas, o Supremo Tribunal Administrativo decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões:

- 1) “Qual o sentido e alcance do disposto no artigo 11.º, n.º1, alínea *a*), da Directiva 90/434(...), nomeadamente qual o conteúdo do conceito “razões económicas válidas”

³⁴ C-126/10, de 10 de Novembro de 2011.

³⁵ C-126/10, parágrafo 10.

e do conceito “reestruturação ou racionalização das actividades” de sociedades, participantes em operações abrangidas pela Directiva 90/434(...)?

- 2) É compatível com essa norma comunitária o entendimento perfilhado pela Administração Tributária no sentido de ausência de razões económicas graves que justificassem o pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais formulado pela sociedade incorporante, para o que considerou não ser evidente, na perspectiva da sociedade incorporante, o interesse económico da incorporação, tendo em conta que a sociedade incorporada não desenvolveu qualquer actividade como sociedade gestora de participações sociais, nem detinha participações financeiras, dessa forma apenas transmitindo elevados prejuízos, não obstante ter considerado que a fusão era susceptível de consubstanciar um efeito positivo em termos de estrutura de custos do grupo?”

Também neste caso o Tribunal de Justiça se julgou competente para decidir, apesar de se tratar de uma situação puramente interna. Segundo este Tribunal, a sua competência decisória seria justificada pela necessidade de interpretação dos Tratados no caso concreto e pela garantia da igualdade de tratamento das reestruturações nacionais e transfronteiriças. “Consequentemente, desde que as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, *obrigado a pronunciar-se*.”³⁶

Posto isto, o Tribunal iniciou a análise das questões suscitadas, recordando que, por norma, o regime instituído pela Directiva deve ser sempre aplicado, independentemente dos fundamentos das operações em causa. Estes últimos são “apenas” relevantes para fundamentar o afastamento do regime pelos Estados-Membros.

Com efeito, o conceito de razões económicas válidas vai além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal.

Até aqui, não há nada de inédito³⁷. A grande novidade está na introdução da ideia de ponderação da intensidade dos motivos fiscais face aos demais: “Consequentemente, uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar

³⁶ C-126/10, parágrafo 25, itálico nosso.

³⁷ As ideias descritas já resultam de jurisprudência anterior, como *Leur-Bloem* (C-28/95, de 17 de Julho de 1997), *Andersen og Jensen* (C-43/00, de 15 de Janeiro de 2002) e *Modehus A.Zwijnenburg* (C-352/08, de 20 de Maio de 2010).

considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”³⁸.

De seguida, é reforçada a tese já introduzida em *Leur-Bloem*³⁹, segundo a qual se proíbe a aplicação de critérios gerais para que se possa presumir a existência de fraude ou evasão fiscais, mantendo-se o princípio básico de que a conclusão pela existência de motivos fraudulentos ou evasivos só pode resultar de uma análise casuística, proporcional e global, tendo em consideração os factos previamente revelados pelo tribunal de reenvio:

- A sociedade incorporada já não exercia nenhuma actividade de gestão própria no momento da fusão;
- A sociedade incorporada já não detinha participações financeiras no momento da fusão;
- A sociedade incorporante pretendia retomar os prejuízos fiscais da sociedade incorporada ainda não deduzidos para efeitos fiscais.

Não podendo nenhum dos primeiros elementos ser tomado como decisivo em si mesmo, certo é que a existência de prejuízos fiscais na sociedade incorporada nunca poderia ser suficiente para fazer accionar a presunção, já que a possibilidade de transmissão de prejuízos fiscais está expressamente prevista na Directiva⁴⁰.

Retomando a ideia pioneira à luz da qual se deve fazer uma ponderação entre a intensidade dos motivos fiscais e os restantes motivos que levaram à decisão da reestruturação, o Tribunal dá mais um passo, tomando como definitivas as seguintes afirmações:

- a quantidade avultada e injustificada de prejuízos fiscais poderá sim constituir um indício de fraude ou evasão fiscais; e
- a operação de fusão por incorporação de uma sociedade sem activos tem como único objectivo a obtenção de um benefício puramente fiscal.

Quanto ao efeito positivo que a operação de fusão tem na estrutura de custos do grupo – por motivos de redução dos encargos administrativos e de gestão – o TJUE assume que este efeito poderá constituir uma razão económica válida.

³⁸ Itálico nosso.

³⁹ Caso C-28/95, de 17 de Julho de 1997.

⁴⁰ Artigo 6º da Directiva.

Antes de decidir, o Tribunal sentiu necessidade de acautelar mais uma vez⁴¹ que o disposto no artigo 11.º, n.º1, alínea a) da Directiva deveria ser sempre objecto de uma interpretação estrita, uma vez que constitui uma excepção à regra geral e aos objectivos da Directiva.

Recorrendo à jurisprudência constante de *Leur-Bloem*⁴², o Tribunal declara que os conceitos de reestruturação e racionalização de empresas devem ser entendidos como mais do que um mero benefício fiscal.

Apesar do comprovado efeito positivo na estrutura de custos do grupo resultante da incorporação da sociedade Riguardiana, o Tribunal acabou por decidir que esse efeito positivo seria “marginal”⁴³ face ao benefício esperado com a dedução dos prejuízos fiscais. Não obstante, fica em aberto a ideia de que o referido efeito possa ser qualificado como razão económica válida.

Adicionalmente, o Tribunal salientou que a redução de custos de administração e gestão seria sempre um efeito inerente a uma operação de fusão, pelo que a sua aceitação automática como razão económica válida em qualquer operação deste tipo esvaziaria por completo o sentido da ressalva anti-abusiva da Directiva.

O Tribunal invocou ainda a proibição geral de abuso do direito da União Europeia⁴⁴, reflectida no artigo 11º da Directiva, segundo a qual se nega o recurso ao Direito da União Europeia com o objectivo único de usufruir abusivamente dos benefícios previstos na sua legislação.

Terminando, o TJUE respondeu às questões que lhe foram submetidas nos seguintes termos: “o artigo 11.º, n.º1, alínea a), da Directiva 90/434 deve ser interpretado no sentido de que, no caso de uma operação de fusão entre duas sociedades do mesmo grupo, pode constituir uma presunção de que essa operação não é efectuada por “razões económicas válidas”, na acepção desta disposição, o facto de, à data da operação de fusão, a sociedade incorporada não exercer nenhuma actividade, não deter nenhuma participação financeira e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante prejuízos fiscais elevados e de origem indeterminada, ainda que essa operação tenha para o grupo um efeito positivo consubstanciado em poupanças em termos de estrutura de custos. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, à luz do conjunto das

⁴¹ À semelhança da jurisprudência de *Modehus A.Zwijnenburg* (C-352/08, de 20 de Maio de 2010).

⁴² C-28/95, de 17 de Julho de 1997.

⁴³ C-126/10, parágrafo 47.

⁴⁴ C-126/10, parágrafo 50.

circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido, se os elementos constitutivos da presunção de fraude e de evasão fiscais, na acepção da referida disposição, estão reunidos no âmbito deste litígio”.⁴⁵

3.4. O caso Pelati⁴⁶

No dia 30 de Junho de 2005, Pelati d.o.o. (doravante, “Pelati”), adoptou um projecto de cisão que previa a transferência de parte da sua empresa para uma nova sociedade. Entre 27 de Setembro e 21 de Outubro, Pelati apresentou um pedido de inscrição das modificações relativas aos seus estatutos, as modificações foram registadas e foi apresentado um pedido de concessão de benefícios fiscais decorrentes da cisão.

O pedido foi indeferido por intempestividade, uma vez que, segundo as autoridades fiscais, a transformação da sociedade teria ocorrido no momento das modificações estatutárias, pelo que o pedido não teria sido efectuado dentro do prazo previsto (30 dias contados a partir da data do registo das modificações estatutárias no registo das sociedades comerciais).

Pelati apresentou reclamação; após indeferimento da reclamação, apresentou recurso junto do Tribunal Administrativo da República da Eslovénia, pedindo a anulação da decisão de indeferimento. Este último suspendeu a instância e questionou o TJUE sobre a compatibilidade do disposto no artigo 11.º, n.º1, alínea *a*) da Directiva com a introdução de um prazo pelos Estados-Membros, o qual, uma vez ultrapassado, impossibilitaria por completo o reconhecimento dos benefícios fiscais decorrentes da cisão - independentemente do facto de estarem preenchidos todos os pressupostos previstos para que tal benefício fosse concedido.

Também aqui o Tribunal declara ser pacífica a sua competência para decidir, dado que, apesar de se tratar de uma situação puramente interna, estava em causa a interpretação dos Tratados - posição seguida em todos os casos⁴⁷ aqui analisados. Quanto ao alcance exacto da remessa para o direito da União Europeia, só o tribunal de reenvio teria competência para o decidir.

⁴⁵ C-126/10, parágrafo 52.

⁴⁶ C-603/10, de 18 de Outubro de 2012.

⁴⁷ A saber: Leur-Bloem (C-28/95, de 17 de Julho de 1997), Modehus A.Zwijnenburg (C-352/08, de 20 de Maio de 2010), e Foggia (C-126/10, de 10 de Novembro de 2011).

Os procedimentos a serem respeitados pelos Estados-Membros na aplicação ou afastamento do regime da neutralidade fiscal não estão previstos na Directiva. Por força do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, cabe a cada país definir as modalidades processuais adequadas.

Segundo o Tribunal de Justiça, as medidas processuais a adoptar devem respeitar dois princípios:

- *Princípio da equivalência*: as medidas processuais aplicáveis às operações intercomunitárias não devem ser menos favoráveis que os procedimentos que regulam situações análogas de natureza interna;
- *Princípio da efectividade*: os procedimentos aplicáveis às operações intercomunitárias não devem tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos “direitos conferidos pela ordem jurídica da União”⁴⁸.

Neste caso concreto, o Tribunal não detectou nenhuma violação ao princípio da equivalência. Não obstante, o prazo de 30 dias para usufruir dos benefícios decorrentes da operação de cisão poderia não estar em conformidade com o princípio da efectividade, pelo que o Tribunal analisou detalhadamente a questão.

Considerou-se, então, que o prazo de 30 dias não seria susceptível de tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o recurso a este benefício decorrente do direito da União Europeia, sendo por isso tido como adequado.

Todavia, o TJUE considerou que a modalidade em questão, segundo a qual o sujeito passivo não estaria em condições de conhecer com exactidão o início e o termo do prazo, não estaria conforme com o princípio da segurança jurídica. Neste sentido, o regime de prazos deve ser suficientemente “preciso, claro e previsível, para permitir aos particulares conhecerem os seus direitos e obrigações”⁴⁹.

⁴⁸ C-603/10, parágrafo 23: “(...) não havendo regulamentação da União na matéria, as modalidades processuais destinadas a salvaguardar os direitos que para os particulares decorrem do direito da União dependem da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, por força do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, na condição, porém, de não serem menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e de não tornarem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efectividade) (v., designadamente, acórdãos de 19 de setembro de 2006, i-21 Germany e Arcor, C-392/04 e C-422/04, Colet., p. I-8559, n.º 57, e de 30 de junho de 2011, Meilicke e o., C-262/09, Colet., p. I-5669, n.º 55).”

⁴⁹ C-603/10, parágrafo 36.

Posto isto, o Tribunal de Justiça declarou a conformidade da exigência de um prazo para solicitar a concessão de benefícios fiscais decorrentes de uma operação de cisão com o disposto na Directiva, não deixando, porém, de salvaguardar a necessidade de clareza, precisão e previsibilidade na sua aplicabilidade prática, cuja certificação caberia, no caso, ao tribunal de reenvio.

4. QUESTÕES SUSCITADAS PELA JURISPRUDÊNCIA

4.1. Limites à criação de uma presunção

4.1.1. O princípio da proporcionalidade⁵⁰

Nos quatro casos⁵¹ acima descritos, começando por Leur-Bloem, o TJUE fez questão de vincar a importância do respeito pelo princípio da proporcionalidade na criação e aplicação pelos Estados-Membros de uma presunção de fraude ou evasão fiscal.

Neste sentido, o TJUE determina que as cláusulas gerais e automáticas são desproporcionais⁵², especialmente quando às empresas é negada a oportunidade de demonstrar a existência de boa fé e razões comerciais, mesmo em operações nas quais participam empresas com falta de substância.

Segundo a jurisprudência do TJUE, os Estados-Membros devem determinar as modalidades necessárias para o exercício do afastamento do regime da neutralidade disposto no artigo 15º, n.º1, alínea *a*) da Directiva. Uma vez que a regra geral é a da aplicação do regime previsto na Directiva relativamente a todas as “operações de fusão, cisão, de entradas de activos e de permutas de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, quer sejam puramente fiscais”⁵³, apenas será lícito o seu afastamento pelos Estados-Membros quando a operação vise realmente fraude ou evasão fiscais.

Assim, acolhendo a tese segundo a qual “o cumprimento do direito comunitário não pode ficar dependente de um qualquer poder discricionário conferido à administração”⁵⁴, o TJUE declarou que os Estados-Membros não poderão concluir estar perante uma operação fraudulenta ou evasiva pela mera existência de factores como a identidade das pessoas singulares na qualidade de sócios ou accionistas e administradores únicos (antes e depois da operação em causa), a ausência de actividade económica ou a falta de uma reunião duradoura

⁵⁰ Sobre este assunto, HOENJET, François. "The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive." 1997, EC Tax Review, p.206-215.

⁵¹ A saber: Leur-Bloem (C-28/95, de 17 de Julho de 1997); Zwijnenburg (C-352/08, de 20 de Maio de 2010) Foggia (C-126/10, de 10 de Novembro de 2011) e Pelati (C-603/10, de 18 de Outubro de 2012).

⁵² NOGUEIRA, João Félix Pinto “Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade - a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais”, 2010, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, p. 424-432.

⁵³ C-28/95, parágrafo 36.

⁵⁴ NOGUEIRA, João Félix Pinto, op.cit, p.432.

(quando se trate de uma permuta de acções, por exemplo), uma vez que, ao fazê-lo de forma automática, estariam a violar o princípio da proporcionalidade. Ao invés, será necessária uma análise casuística, pois só assim se poderá atender a todas as especificidades da operação, imprescindíveis à conclusão pela existência ou ausência de fraude ou evasão fiscal.

Os critérios definidos pelas administrações fiscais dos Estados-Membros deverão ser considerados meros pontos de referência, que não se bastem em si mesmos, que não sejam finais e que não sejam exclusivos.⁵⁵

Adicionalmente, o TJUE impõe que seja sempre feita uma *análise global* da situação, através da qual se considere a operação como um todo, sendo os factores acima mencionados (e outros) indispensáveis para esse exame enquanto indícios, mas não mais do que isso.

Não menos importante, os Estados-Membros são chamados a criar e garantir aos contribuintes a hipótese de elisão da presunção de fraude ou evasão fiscal, através da possibilidade de *fiscalização jurisdicional* da decisão tomada pelas Autoridades Fiscais. Se assim não fosse, estar-se-ia a ultrapassar o necessário para evitar a fraude e evasão fiscal, permitindo um nível de discricionariedade⁵⁶ extremamente elevado na esfera das administrações fiscais, o que, a nosso ver, seria altamente indesejável.

Sobre este assunto, salienta João Félix Nogueira⁵⁷ que o cerne da questão não está no tipo legal: o Tribunal vai mais além, preocupando-se com o efeito que as normas anti-abuso produzem sobre as liberdades fundamentais, ou, no caso Leur Bloem, sobre o funcionamento da Directiva.

Por outro lado, Ben Terra e Peter Wattel⁵⁸ chamam-nos a atenção para o facto de que a proibição da existência de uma regra geral segundo a qual o contribuinte deve sempre demonstrar a existência de razões económicas válidas, implica que o ónus da prova caia sobre as autoridades fiscais. Defendem os autores que a apreciação da existência de razões económicas válidas requer sempre alguma discricionariedade, já que é impossível demonstrar algo que não existe ou não aconteceu.

⁵⁵ BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões” *in* *Fiscalidade* n.º49.

⁵⁶ Para uma análise aprofundada sobre a questão da discricionariedade, veja-se DOURADO, Ana Paula, “Lições de Direito Fiscal Europeu”, 2010, Coimbra Editora, p. 425-534.

⁵⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto – *op.cit.*, p. 425-426.

⁵⁸ TERRA, Ben/WATTEL, Peter – “European Tax Law”, 3ª edição, 2001, Kluwer Law International.

Pensemos, a título de exemplo, no caso português. Até 2005, segundo a regra geral constante do artigo 74º, número 1 da Lei Geral Tributária, o ónus da prova deveria recair sobre quem invocasse os factos. Porém, em 2005 a legislação portuguesa foi alterada, indo de encontro à posição assumida por Ben Terra e Peter Wattel⁵⁹. A alteração legislativa previu a inversão do ónus da prova nas “situações de não sujeição” a tributação, conforme definidas no número 2 do artigo 3º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, ou seja, situações nas quais há uma expressa previsão da delimitação negativa da incidência de tributação, devido ao seu carácter estrutural e normativo. Assim, esta alteração que teve em vista a “unidade do sistema jurídico e a sua coerência valorativa axiológica”⁶⁰, ditou que, havendo uma presunção legal⁶¹, caberia ao contribuinte fazer prova do contrário.

4.1.2. O princípio da equivalência e o princípio da efectividade

Para além da salvaguarda do princípio da proporcionalidade na adopção, pelos Estados-Membros, de uma presunção de fraude ou evasão fiscal, o Tribunal impõe ainda o respeito pelos princípios da equivalência e da efectividade⁶².

De acordo com estes princípios, a questão da interestadualidade nas operações de reestruturação e reorganização societárias não pode ser motivo de criação de entraves para a demonstração da existência de razões económicas válidas pelo sujeito passivo. Pelo contrário, os Estados-Membros são chamados a assegurar que em operações transnacionais não seja imposto aos sujeitos passivos o recurso a meios processuais menos favoráveis do que aqueles que seriam aplicáveis em situações semelhantes, mas puramente internas. Assim se garante o respeito pelo princípio da *equivalência*.

O princípio da *efectividade* não é mais que a salvaguarda da aplicabilidade prática do regime previsto pela Directiva. Neste sentido, os Estados-Membros não podem impossibilitar ou dificultar excessivamente o recurso aos benefícios previstos pelo Direito da União Europeia (*i.e.*, o regime da neutralidade fiscal).

⁵⁹ TERRA, Ben/WATTEL, Peter – op. cit.

⁶⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; RODRIGUES, Benjamim Silva; SOUSA, Jorge Lopes de Sousa, “Lei Geral Tributária – comentada e anotada”, 4ª Edição, 2012, Encontro da escrita, p.654-659.

⁶¹ Como a presunção de fraude ou evasão fiscal em caso de ausência de razões económicas válidas, a qual tem sido objecto da nossa análise ao longo destas páginas.

⁶² Sobre este assunto, veja-se: JÍMENEZ, Adolfo Martín, “Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law”, Bulletin for international taxation, April/May 2012, IBFD.

Tanto o princípio da equivalência, como o da efectividade (e até o primado da proporcionalidade), têm já sido aplicados enquanto delimitadores da actuação dos Estados-Membros⁶³. Porém, em Pelati⁶⁴, o Tribunal invocou-os pela primeira vez neste âmbito, por forma a aferir se a imposição de um prazo, findo o qual o contribuinte deixaria de poder usufruir dos benefícios previstos na Directiva, estaria conforme com o direito da União Europeia.

Tal como pudemos analisar, o Tribunal acabou por concluir que a imposição daquele prazo concreto levantava questões relacionadas com a segurança jurídica, uma vez a fixação do seu início e do seu termo não estava regulada de forma a poder ser conhecida pelo contribuinte.

Verifica-se, então, que o Tribunal aproveitou para marcar uma posição relativamente ao estabelecimento de um prazo limite para os sujeitos passivos poderem usufruir do regime previsto na Directiva. Assim, apesar da sua decisão relativamente ao prazo imposto em Pelati, o TJUE entende que a adopção genérica de um prazo não viola necessariamente o Direito da União Europeia, desde que seja introduzida de forma *clara, precisa e previsível*.

Foi este o mais recente contributo do Tribunal para a densificação e modo de aplicação do conceito de razões económicas válidas.

4.2. Extensão do conceito

Nos últimos anos, o TJUE tem vindo a delimitar o âmbito de aplicação do conceito de razões económicas válidas.

No caso *Zwijenburg*⁶⁵ pôs-se a questão de saber se, naquela situação concreta em que teria sido realizada uma operação de fusão cujo objectivo principal seria o de evitar o pagamento do imposto sobre as transmissões de direitos, a atribuição dos benefícios decorrentes do regime da neutralidade fiscal deveria ser afastada por recurso ao disposto na alínea *a*), do número 1 do artigo 15º da Directiva.

⁶³ Acórdãos *Rewe* (C-347/04), *San Giorgio* (C-199/82) ou *Van Schijndel* (C-430/93).

⁶⁴ C-603/10, de 18 de Outubro de 2012.

⁶⁵ C-352/08, de 20 de Maio de 2010.

Com efeito, o regime introduzido pela Directiva tem como principal objectivo a criação de um regime fiscal comum, aplicável às operações de reorganização de grupos societários intracomunitários, eliminando-se assim as barreiras criadas pelos Estados-Membros, por forma a assegurar o bom funcionamento e competitividade externa de um Mercado Único.⁶⁶

Por este motivo, só a título excepcional poderão os Estados-Membros afastar a aplicação do regime da neutralidade fiscal, por força do exercício da faculdade prevista na alínea *a*), do número 1, do artigo 15º da Directiva.

Segundo o TJUE, esta norma anti abuso deve restringir-se à “matéria de fusões de sociedades e de outras operações de reorganização com elas conexas e aplica-se unicamente aos impostos gerados por estas operações”⁶⁷.

Assim, ficou claro que, para efeitos do regime da neutralidade fiscal introduzido pela Directiva, *apenas são considerados os impostos sobre o rendimento*, mantendo-se a regulação dos outros impostos uma matéria de competência exclusiva dos Estados Membros.⁶⁸

Consequentemente neste caso, os benefícios concedidos pela Directiva não poderiam ser retirados aos contribuintes por força da aplicação da cláusula anti-abuso, uma vez que a primeira só poderá ser aplicada quando estiver em causa uma questão relacionada com impostos sobre o rendimento.

Segundo Katerina Petrosovitch⁶⁹, a partir do momento que se possa comprovar a existência de abuso numa operação, deveria sempre prevalecer o critério da *substância* sobre qualquer outro critério formalista. Assim, ficaria garantido que em tal operação poderia ser aplicada a cláusula anti-abuso e exercida a faculdade de afastamento do regime da neutralidade fiscal, para que a operação fosse efectivamente sujeita a tributação. De acordo com esta linha de pensamento que recorre à substância da operação, no caso *Zwijnenburg*⁷⁰, a operação de fusão seria tratada como uma transferência de propriedade, a qual seria sujeita ao imposto sobre o rendimento e ao imposto sobre a transferência de propriedade. A autora esclarece ainda que esta solução não violaria o princípio da proporcionalidade, uma vez que a situação em questão

⁶⁶ Considerandos 2, 3 e 4 da Directiva 2009/133/CEE do Conselho de 19 de Outubro de 2009.

⁶⁷ C-352/08, parágrafo 47.

⁶⁸ PETROSOVITCH, Katrina, “Abuse under the Merger Directive”, *European Taxation*, December 2010, IBFD; WEBER, Dennis, “Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1”, *European Taxation*, 2013, IBFD.

⁶⁹ PETROSOVITCH, Katrina, *op. cit.*

⁷⁰ C-352/08, de 20 de Maio de 2010

seria tratada como qualquer operação de transferência de propriedade, excepto aquelas que correspondem a verdadeiras reorganizações ou reestruturações societárias.

A autora conclui que a jurisprudência de *Zwijnenburg* veio permitir que as reorganizações societárias possam ser usadas como forma de evitar o pagamento de determinados impostos (dos quais ficam excluídos os impostos sobre o rendimento), na medida em que não haja qualquer proibição nesse sentido ao nível do Direito da União Europeia ou previsões legais específicas nas legislações internas dos Estados-Membros.

Da nossa parte, embora concordemos quase na totalidade com a posição exposta, salvo o devido respeito, não podemos deixar de considerar um tanto redutora a última conclusão apresentada. Naturalmente, entendemos que o facto de uma operação não poder ser considerada abusiva pelo Direito da União Europeia não deve só por si constituir um factor determinante para tal conclusão por parte do tribunal interno. Assim, acreditamos que, se houver efectivamente abuso ou evasão fiscais de acordo com os critérios definidos na legislação interna do Estado-Membro, o tribunal de reenvio pode (e deve) aplicar as necessárias consequências. Não obstante, em nossa opinião, não cabe nem ao TJUE, nem ao Direito da União Europeia o papel de salvaguardar que os Estados-Membros tenham na sua legislação interna cláusulas gerais ou específicas anti-abuso, aplicáveis em casos como *Zwijnenburg*.

Neste sentido, Adolfo Martín Jiménez⁷¹ salienta que a aplicação da cláusula anti-abuso em *Zwijnenburg* teria implicado uma consagração do efeito directo desta cláusula, o que representaria um perigo na aplicação da Directiva: se assim fosse, a aplicação do artigo 15º, número 1, alínea *a*) seria extensível a qualquer questão de abuso fiscal identificada pelos Estados-Membros, independentemente da aplicabilidade de normas internas anti-abusivas.

Posto isto, acreditamos que a decisão do Tribunal não poderia ter ido no sentido oposto sem violar o princípio da subsidiariedade⁷² e o princípio da proporcionalidade⁷³.

⁷¹ JÍMENEZ, Adolfo Martín, *op.cit.*

⁷² Princípio consagrado no artigo 5º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Sobre o princípio da proporcionalidade, veja-se JAMES, Simon, “Can We Harmonise Our Views on European Tax Harmonisation?”, 2000, *Bulletin, IBFD*: “The concept of subsidiarity allows for regional diversity within a Unified Europe”.

⁷³ Analisado detalhadamente no capítulo 4.1.1.

4.3. Indícios de fraude ou evasão fiscais⁷⁴

Tanto em Leur-Bloem, como em Foggia foram apontados factores que, embora não sejam suficientes para classificar uma operação como evasiva ou fraudulenta, devem ser considerados na respectiva análise.⁷⁵

Em primeiro lugar assistimos à manutenção do cargo de administrador e de accionista único na mesma pessoa singular, antes e depois da operação de permuta. Ora, esta situação “(...) não impede que a operação seja qualificada de permuta de acções na acepção do artigo 2.º, alínea d) da directiva”.⁷⁶

Já a questão da necessidade de uma reunião duradoura, do ponto de vista económico e financeiro, será sujeita a uma análise mais detalhada a propósito da questão dos factos supervenientes⁷⁷, adiantando-se desde já que a sua previsão legal e aplicação automática viola o corolário da proporcionalidade.

Tanto em Leur-Bloem como em Foggia ficou provado que uma das sociedades a integrar a operação em questão não tinha qualquer *actividade económica*. Sobre este assunto pronunciou-se Antonio Durán-Sindreu Buxadé⁷⁸, no sentido de que, caso a sociedade absorvida fosse meramente portadora de prejuízos fiscais, seria evidente que o único objectivo da operação em questão era a obtenção de uma vantagem fiscal, já que a transmissão dos prejuízos fiscais reduziria a carga tributária da sociedade incorporante; não obstante deverá sempre haver uma análise casuística, na qual deverão ser observados factores como a origem dos prejuízos fiscais, a causa da inactividade, o período no qual se adquiriu a participação social e as actividades desenvolvidas.

Tal como começámos por afirmar, todos estes factores aqui apresentados não são mais do que *meros indícios* de que a operação pode ser abusiva, mas devem ser olhados pelos tribunais dos Estados-Membros como elementos densificadores da presunção de fraude ou evasão fiscal.⁷⁹

⁷⁴ Sobre este assunto, veja-se SILVA, Bruno da, “Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA. Meaning of ‘valid commercial reasons’ under Art. 11 (1) (a) of the Merger Directive”, Highlights & Insights on European Taxation, vol. 6, 2012, Kluwer Law International.

⁷⁵ Conforme analisado no capítulo 4.1.1.

⁷⁶ C-28/95, parágrafo 27.

⁷⁷ Questão por nós analisada no capítulo 5.2.

⁷⁸ A propósito da “Resolución” 0093/2001.

⁷⁹ Neste sentido, SILVA, Bruno da, op. Cit.

4.4. Razões fiscais são razões válidas?

Esta questão foi abordada pela primeira vez em *Leur Bloem*⁸⁰ a propósito de uma operação de fusão por permuta de acções, a qual foi considerada uma operação puramente interna. Por motivos de necessidade de uniformização na interpretação das disposições do Direito Comunitário⁸¹, o TJUE entendeu que teria competência decisória.

Conforme explicado no ponto 3.1 deste trabalho, o Tribunal começou por salientar que, para efeitos de aplicação do regime da neutralidade fiscal, o conceito de fusão por permuta de acções devia ser analisado unicamente segundo o disposto na alínea *d*), do artigo 2º da Directiva⁸². Assim, e conjugando este artigo com a economia geral da Directiva, o Tribunal começa por enunciar que o regime da neutralidade fiscal é aplicável a todas as operações de reorganização societária previstas na Directiva, independentemente dos seus fundamentos – *os quais podem até ser puramente fiscais*^{83/84}.

Não obstante, já foi aqui⁸⁵ objecto de análise a questão da faculdade dos Estados-Membros retirarem os benefícios da neutralidade fiscal quando a operação de reorganização tenha como principal ou um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais. Neste sentido, os Estados-Membros podem presumir a existência de motivos evasivos ou fraudulentos quando, depois de uma análise da globalidade da operação concreta⁸⁶, se conclua que a operação não foi realizada por razões económicas válidas⁸⁷.

Determinados factores, como a falta de actividade económica da sociedade adquirente, a manutenção da mesma pessoa no cargo de accionista único e administrador ou o tempo de reunião financeira e económica das sociedades devem ser tidos em consideração na análise daquilo que motivou a operação, mas o Tribunal evidencia que não podem ser tomados como

⁸⁰ C-28/95, de 17 de Julho de 1997.

⁸¹ Actualmente referido como Direito da União Europeia.

⁸² E não segundo o disposto na legislação interna holandesa.

⁸³ C-28/95, parágrafo 36.

⁸⁴ Sobre este assunto, veja-se SANCHES, José Luís Saldanha, “Justiça Fiscal”, 2010, Fundação Francisco Manuel dos Santos. Segundo o autor, mesmo que as vantagens fiscais decorrentes da realização da operação sejam favoráveis ao investimento económico, em grande parte dos casos, não faz sentido que esse investimento seja feito por razões puramente fiscais.

⁸⁵ Capítulo 4.1.

⁸⁶ Desenvolve-se este tema no capítulo 4.1.1.

⁸⁷ Note-se que pode sempre haver fiscalização jurisdicional da decisão da existência ou inexistência de razões económicas válidas.

condições necessárias para que uma operação possa ser classificada como permuta de acções⁸⁸.

Perguntou-se, ainda, ao Tribunal se uma compensação horizontal de perdas poderia, no contexto da Directiva, constituir uma razão económica válida. Em resposta, o TJUE declarou que, para que se considere que uma operação foi efectuada por razões económicas válidas, é necessário que o seu fim não seja somente a “procura de um benefício *puramente fiscal*”.^{89/90}

Realmente, a jurisprudência do Tribunal em Leur-Bloem não é clara. Se por um lado o Tribunal afirmou que, ainda que fundamentada em razões de índole fiscal, uma operação de fusão por permuta de acções poderia beneficiar do regime da neutralidade fiscal, e ainda que os factores invocados não bastavam para afastar aplicação deste regime, por outro, acabou por concluir que, como motivo puramente fiscal, a compensação horizontal de perdas não seria motivo suficiente para que a operação pudesse beneficiar da neutralidade fiscal.⁹¹

O TJUE parece concluir que uma razão fiscal só poderia deixar de ser considerada economicamente válida quando fosse apresentada como a *única* razão que determinou a realização da operação. Deste modo, bastaria ao contribuinte fazer prova da existência de quaisquer razões económicas válidas para que a operação não fosse considerada evasiva ou fraudulenta. Tendo isto em consideração, aquilo que releva então para o Tribunal é apenas o objectivo visado pelo contribuinte: se não há um fim económico válido e se procura a obtenção de uma vantagem fiscal, há abuso.

Com efeito, não detectamos qualquer referência à *substância* da operação. Segundo Adolfo Martín Jiménez⁹², aquilo que deve relevar para qualificar uma operação como abusiva não são os motivos que estão por trás da operação, mas os *objectivos* visados pelo contribuinte. Assim, se não há um fim comercial mas apenas um objectivo fiscal artificial, há abuso. O autor acrescenta ainda que, se entre várias opções válidas disponíveis, o contribuinte optar por uma que lhe trará vantagens fiscais, não há razão para a operação não ser válida.⁹³

⁸⁸ Na acepção da Directiva.

⁸⁹ Itálico nosso.

⁹⁰ C-28/95, parágrafo 47.

⁹¹ Neste sentido, JIMÉNEZ, Adolfo Martín, op.cit.

⁹² JIMÉNEZ, Adolfo Martín, op.cit.

⁹³ Esta tese foi expressamente defendida pela Avogada-Geral Julian Kokott, nas suas conclusões relativamente a Zwijnenburg: “A mera circunstância de, para concretizar um projecto empresarial legítimo, um sujeito passivo optar, entre várias possibilidades legalmente admissíveis, por aquela que lhe é mais vantajosa em termos fiscais não pode fundamentar, por si só, a acusação de evasão fiscal na acepção do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434”.

Ao contrário daquilo que foi decretado pelo TJUE em *Leur-Bloem*, o autor invoca os conceitos de *substância* e *artificialidade* para determinar se uma operação deve ser considerada abusiva. Nesta linha de pensamento quando, depois de analisada a operação na sua globalidade, se comprovar que a operação tem substância, não poderão ser as consequentes vantagens fiscais a determinar que a operação é abusiva. O autor vai mais longe, defendendo que, quando não haja indícios de artificialidade, o acesso aos benefícios da Directiva deve ser garantido.

Passada mais de uma década, a questão voltou a ser colocada ao Tribunal, desta vez em *Foggia*.^{94/95} Inalterada a regra da aplicação geral do regime da neutralidade fiscal nas operações de reestruturação ou racionalização de empresas, apenas excepcionalmente seria lícito aos Estados-Membros não aplicarem este benefício previsto na Directiva.

Neste sentido, e tal como referido em *Leur-Bloem*, o TJUE salienta que é importante atender às razões que levaram ao desenvolvimento da operação, de forma a aferir se, no caso concreto, o Estado-Membro deve dar uso à sua faculdade de negar ao sujeito passivo o recurso ao regime da neutralidade fiscal.

Assim sendo, se não for demonstrada a existência de razões económicas válidas, os Estados-Membros podem presumir que a operação em questão terá como principal ou um dos principais motivos a fraude ou evasão fiscais.

À semelhança de *Leur-Bloem*, o TJUE começa por referir que haverá razões económicas válidas quando a operação vá “além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal.”⁹⁶

Assim, e desenvolvendo a ideia já proveniente de jurisprudência anterior, o Tribunal declarou que uma operação com vários objectivos, entre os quais a obtenção de benefícios fiscais, poderia ser tida como economicamente válida, na medida em que as razões fiscais não fossem consideradas “*preponderantes* no quadro da operação projectada”⁹⁷. Por outro lado, se uma operação tivesse como *único fim* um objectivo de natureza fiscal, seria presumidamente evasiva ou fraudulenta.

⁹⁴ Note-se que em *Zwijnenburg* este aspecto não foi directamente abordado. Porém, como já aqui se referiu, consta das conclusões da Advogada-Geral Julian Kokott que a opção por uma solução fiscalmente mais vantajosa não deve ser sinónimo de evasão fiscal.

⁹⁵ C-126/10, de 10 de Novembro de 2011.

⁹⁶ C-126/10, parágrafo 34.

⁹⁷ C-126/10, parágrafo 35.

Mais concretamente, o facto de uma das sociedades fundidas não ter qualquer actividade económica ou mesmo a existência de prejuízos fiscais transmissíveis em razão da fusão, não poderiam determinar, por si só, a inexistência de razões económicas válidas.^{98/99}

Por outro lado, o Tribunal considerou que, tanto a quantidade elevada desses prejuízos fiscais, como o desconhecimento da sua proveniência, poderiam qualificar como indícios de fraude ou evasão fiscal.

O Tribunal reconheceu que a redução de custos administrativos e de gestão provocaria realmente um efeito positivo para a estrutura do grupo, assumindo até que uma operação de fusão da qual resultasse esse efeito poderia prosseguir razões económicas válidas. Porém, quando comparado esse resultado com a vantagem fiscal que decorreria de uma futura transmissão de prejuízos fiscais, o primeiro seria “perfeitamente *marginal*”¹⁰⁰.

Em complemento, o TJUE declarou que, por ser *inerente* a qualquer operação de fusão, o efeito positivo acima descrito sempre seria um efeito automático da mesma, pelo que a aceitação sistemática deste argumento como razão económica válida esvaziaria o sentido útil da norma anti-abuso em qualquer operação de fusão.

Para terminar, é importante salientar que o Tribunal evocou, pela primeira vez no contexto do regime da neutralidade fiscal, o princípio geral da proibição do abuso de direito, e concluiu pela inexistência de razões económicas válidas que, naquele caso, justificassem a aplicação do regime da neutralidade fiscal.

Se em Leur-Bloem não ficou definida a orientação do Tribunal relativamente à questão da validade das razões fiscais, também não foi em Foggia que se concluiu este assunto.

Ora, se por um lado podemos extrair deste caso que o TJUE entende que razões fiscais não constituem razões económicas válidas em si mesmas, por outro lado o Tribunal destaca que uma operação realizada por motivos fiscais pode ser economicamente válida, desde que estes motivos “não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”¹⁰¹.

⁹⁸ C-126/10, parágrafos 40 e 41.

⁹⁹ Remetemos para o nosso o capítulo 4.3.

¹⁰⁰ C-126/10, parágrafo 47.

¹⁰¹ C-126/10, parágrafo 35.

Deste modo, o Tribunal trouxe à discussão mais um tópico: a ponderação dos aspectos que motivaram a operação¹⁰². Esta hipótese de introdução de um novo teste de ponderação dos motivos económicos válidos face aos objectivos de carácter fiscal foi causadora de diversas interpretações doutrinárias.

Sobre a questão da ponderação, ainda antes da decisão de Foggia, já dizia Tomás Cantista Tavares que a validade das razões económicas é suficiente. Neste sentido, o autor defende que não é necessária uma comparação entre a intensidade das razões económicas válidas e as vantagens fiscais, na medida em que a relevância das razões económicas válidas ultrapasse a “mera economia de custos directos”¹⁰³.

Para José Manuel Caderón Carrero, a ideia de que o TJUE veio estabelecer um teste de ponderação entre os objectivos fiscais e as razões económicas válidas está aquém daquilo que foi pretendido pelo Tribunal. Segundo o autor, a intenção do Tribunal seria analisar a substância das razões económicas válidas, testando assim a veracidade dos motivos económicos. Assim, não estaríamos perante uma autêntica razão económica válida, mas sim uma mera evocação de um objectivo formal, quando o alegado fim fosse constituído por uma consequência inerente, acessória e marginal da figura jurídica aplicada à operação e, além disso, não possuísse relevância qualitativa ou quantitativa para fundamentar a reorganização. O autor justifica esta orientação com a já invocada necessidade de uma análise global.

Ainda na óptica do autor, não haveria sequer estrutura para aplicar um teste de ponderação quantitativa e qualitativa dos motivos fiscais. A aplicação do teste seria extremamente difícil, uma vez que o teste estaria necessariamente conjugado com um forte grau de subjectividade.

Noutro sentido, Teresa Gil de Oliveira Braga¹⁰⁴ propõe a introdução dos conceitos de *gestão normal* e *gestão anormal* para aferir se a operação em causa tem como único ou principal um objectivo fraudulento ou de evasão fiscal. Neste sentido, a operação seria considerada um acto de gestão anormal quando não fosse orientada por fins empresariais.

Segundo Bruno da Silva¹⁰⁵, em Foggia foi efectivamente realizado um teste de equilíbrio entre as razões económicas válidas e as razões fiscais. Assim, foi analisado o peso da

¹⁰² Sobre este assunto, veja-se CARRERO, Manuel Caderón, “Una vuelta de tuerca a la interpretacion europea de la clausula antiabuso de la directiva de fusiones: hacia motivos económicos validos de “alto voltaje”?” in *Fiscalidade* n.º50; PETROSOVITCH, Katrina, op.cit; TAVARES, Tomás Cantista, op.cit., p.384.

¹⁰³ TAVARES, Tomás Cantista, op.cit., p. 404.

¹⁰⁴ BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, op. cit.

¹⁰⁵ SILVA, Bruno da, op.cit.

relevância das razões económicas válidas de forma a aferir se deveria ser aplicado o regime da Directiva. O TJUE considerou que a reestruturação e racionalização do grupo societário constituiriam razões económicas; porém, recorrendo a um juízo de ponderação da intensidade destas, por um lado, e do montante dos prejuízos fiscais a transferir, por outro, destacaram-se as últimas e, no final, o Tribunal decidiu-se pela inexistência de razões económicas válidas.

Somos da opinião de que em primeiro lugar é importante notar que, se em *Leur-Bloem* já se encontram indícios da necessidade de ponderação dos motivos fiscais face aos demais¹⁰⁶, independentemente de quaisquer questões que se levantem sobre as verdadeiras intenções do Tribunal, em *Foggia* o Tribunal acentuou a sua posição, recorrendo a um teste. Apesar de invocar a proibição geral de abuso de direito, ao tribunal não importou o “business purpose test”¹⁰⁷, o “sole purpose test”¹⁰⁸ nem mesmo o teste dos “esquemas totalmente artificiais”¹⁰⁹, mas introduziu um novo teste, o teste da ponderação da intensidade das razões fiscais e das razões económicas válidas.

Pergunta-se se haveria realmente uma vontade do TJUE no sentido de introduzir um novo teste e se, como tal, este teste poderia ser reproduzido e aplicado noutros casos. Ora, até ao momento, não há registo de outro caso onde o Tribunal tenha voltado a aplicar este teste, mas no fundo esta decisão ainda é recente, pelo que ainda é cedo para se retirarem conclusões definitivas sobre este aspecto. Não obstante, adiantamos que, em nossa opinião, foi efectivamente utilizado um novo critério, critério este que, referindo-se à *marginalidade* do efeito positivo alegado, faz prevalecer - pela primeira vez no tema das razões económicas válidas - a *substância* sobre a *forma*; porém, fá-lo de um modo perigoso, que deixa uma grande margem de discricionariedade às administrações fiscais e que é de difícil aplicação prática.

Ora, imaginemos uma situação em que o TJUE¹¹⁰ considera estar perante uma razão económica fraca (mas válida), à qual é contraposta uma razão fiscal forte. À luz da

¹⁰⁶ C-126/10, parágrafo 47: “(...)uma operação de fusão por permuta de acções que apenas visasse atingir esse objectivo [puramente fiscal] não podia constituir uma razão económica válida na acepção desse artigo.”

¹⁰⁷ Sobre este assunto, veja-se TANG, Jieyin, “Economic Substance versus Legal Form: Financial Transactions as Taxable Events”, 16 *Derivatives & Financial Instruments*, 2014, IBFD; JIMÉNEZ, Adolfo Martín, op.cit.

¹⁰⁸ Já aplicado em *Cadbury Schweppes* (C-196/04).

¹⁰⁹ Sobre este teste, veja-se DOURADO, Ana Paula, “Lições de Direito Fiscal Europeu”, 2010, Coimbra Editora, p. 163-180. Segundo a autora “O teste dos “esquemas totalmente artificiais” aplica-se a todos os casos, quer estejam em causa as disposições do Tratado sobre liberdades fundamentais, quer estejam em causa disposições de Directivas, incluindo disposições anti-abuso das directivas, como é o caso das “razões económicas válidas” a que se refere o art. 11.º da directiva das fusões e cisões (...)”.

¹¹⁰ Ou um tribunal nacional.

jurisprudência de Foggia, parece-nos que a intensidade da última seria medida em termos *quantitativos*, mas quanto à primeira não podemos concluir se o Tribunal avaliaria a sua intensidade com recurso a critérios *quantitativos* ou *qualitativos* – eis o primeiro problema deste teste - os factores determinantes do funcionamento da presunção da existência de fraude ou evasão fiscais não devem ser de natureza *quantitativa*, sob o risco de incoerência na aplicação prática das mesmas - mas *qualitativa*.

De acordo com a orientação proposta por Foggia, a operação acima descrita deveria ser presumida evasiva ou fraudulenta. Não obstante, pensemos agora numa outra situação em que haveria um grau de intensidade semelhante entre as razões fiscais e as razões económicas válidas. Será que neste caso se aplicaria o regime da neutralidade fiscal? À primeira vista, a resposta seria positiva, mas sê-lo-ia ainda que o montante da potencial poupança fiscal fosse muito elevado e, em simultâneo, as razões económicas válidas também fossem bastante relevantes? Qual é então o limite de intensidade de razões fiscais aceitável? – eis outro problema deste teste. Também relativamente a esta questão não há qualquer pista na jurisprudência do TJUE.

Dado que a questão da validade das razões fiscais estava pendente desde Leur-Bloem, muitas foram as expectativas depositadas em Foggia¹¹¹. Não obstante, entendemos que não só a questão das razões fiscais não encontrou qualquer solução em Foggia, como esta interpretação do Tribunal, cujo intuito seria o de harmonização da interpretação deste conceito, ainda o complicou mais, lançando uma ideia nova de ponderação, que acabou por não deixar definida.

¹¹¹ A título de exemplo, veja-se BORG, Jeanette Calleja, op. cit.

5. OUTRAS QUESTÕES

5.1. Razões económicas válidas – para quem?

Depois de uma análise pormenorizada do conteúdo integral da Directiva, chegámos à conclusão de que não está definida neste diploma a questão do ponto de vista através do qual se deve aferir a existência de razões económicas válidas.

Há quem defenda¹¹² que, por remissão ao objecto da Directiva - *i.e.*, reestruturações e reorganizações empresariais -, é possível deduzir que a validade das razões económicas deve ser testada pelo prisma da sociedade.

Esta questão é de uma enorme relevância, já que aquilo que pode ser qualificado como razão económica válida na esfera pessoal do sócio poderá deixar de o ser se forem tidos em conta unicamente os interesses da sociedade incorporante (no caso da fusão) ou mesmo os interesses do grupo empresarial.

Podemos retirar da jurisprudência já aqui analisada algumas orientações sobre este tema.

Em *Leur-Bloem*¹¹³ o TJUE foi chamado a decidir sobre uma operação de permuta de acções entre sociedades detidas por um único accionista. Segundo Teresa Gil de Oliveira Braga¹¹⁴, neste caso o Tribunal olhou para o caso no seu todo e adoptou o ponto de vista dos accionistas maioritários.

Em nosso entender, não podemos acompanhar tal conclusão. Foi repetido ao longo do acórdão que o factor da identidade no cargo de accionista e administrador (antes e depois de concluída a operação) não poderia ser determinante para a qualificação da operação como permuta de acções. Logo, acreditamos que, não tendo sido dada demasiada relevância a este factor na classificação da operação em questão, não faz sentido que tivesse sido esta a única óptica através da qual o TJUE avaliou a existência de razões económicas válidas.

¹¹² PETROSOVITCH, Katrina, op. Cit: “(...)it is not clear whether the commercial reason has to belong to the business itself, or whether a shareholder’s purpose would suffice. Since the Merger Directive deals with restructuring and rationalization of companies, it is sensible that only the business purpose of the company should be considered.”

¹¹³ Sobre este assunto: HOENJET, François, op. cit.; BORG, Jeanette Calleja, op. cit.

¹¹⁴ BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, op.cit.

De acordo com a nossa interpretação, em Leur-Bloem, a validade das razões económicas foi aferida pelo prisma do grupo económico, já que o motivo que determinou a decisão de exclusão dos benefícios da Directiva - compensação horizontal de perdas - foi o objectivo de obter uma vantagem puramente fiscal na esfera do grupo.

Por outro lado, em Foggia, o TJUE assume claramente que apenas se deverá pôr em questão a existência de razões económicas válidas na óptica da *sociedade incorporante*¹¹⁵, já que aquilo que levou o TJUE a decidir-se pela inexistência de razões económicas válidas e a consequente qualificação da operação como abusiva foi o facto de que, embora a operação tivesse como resultado uma vantagem económica para o grupo (redução de custos de gestão e administração), não teriam sido detectados outros motivos (económicos e válidos) que justificassem a operação por parte da sociedade incorporante, já que a sociedade incorporada não tinha actividade, não detinha participações financeiras e era portadora de uma grande quantidade de prejuízos fiscais.¹¹⁶

Segundo entendemos, em Leur-Bloem, o TJUE considerou que, no teste da existência de razões económicas válidas, relevaria a perspectiva do grupo societário. Não obstante, em Foggia observamos uma mudança drástica da sua posição. Julgamos que esta falta de coerência por parte do TJUE é perigosa, já que torna a sua interpretação imprevisível, tanto para os contribuintes, como para as administrações fiscais dos Estados-Membros. Vejamos: se em Foggia o Tribunal tivesse seguido a visão que já tinha sido adoptada em Leur-Bloem, *i.e.* a validade das razões económicas apresentadas deveria ser analisada no prisma do grupo societário, restariam muito poucas dúvidas sobre a validade da operação em questão¹¹⁷.

Assim, conclui-se que a visão a adoptar pelo Tribunal deve ser tão lata quanto possível, visto a Directiva dirigir-se a operações nas quais participam duas ou mais sociedades.¹¹⁸ No fundo, podemos relacionar esta necessidade de uma perspectiva que seja ampla com a visão

¹¹⁵ Vide BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, op. cit.

¹¹⁶ É importante recordar que sociedade incorporada não tinha actividade, não detinha participações financeiras e era portadora de uma grande quantidade de prejuízos fiscais.

¹¹⁷ Note-se que o facto de a operação de fusão provocar um efeito positivo na estrutura económica do grupo, resultado da redução de custos administrativos e de gestão, nunca foi contestado.

¹¹⁸ Vide BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, op. cit.: “Em nossa opinião, o parâmetro da análise deve ser distinto e mais amplo, não podendo limitar-se ao da sociedade incorporante. Desde logo, devido à própria natureza das operações a que se aplica este regime – operações plurais em que são intervenientes várias entidades. Os efeitos destas operações vão repercutir-se no grupo como um todo e não apenas na sociedade incorporante. Por outro lado, a al. a) do n.º1 do art. 15.º da Directiva dá como exemplo de “razão económica válida” a “reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação” o que parece encaminhar para uma análise da situação de todo o grupo.”

global¹¹⁹ referida pelo TJUE em *Leur-Bloem*. Neste caso, o Tribunal explica que não bastam determinados factores para qualificar uma operação; ao invés, a operação deve ser analisada como um todo.

5.2. Factos supervenientes

Pensemos agora se, depois de concluída a análise pela existência de razões económicas válidas numa operação de reorganização societária, poderá um facto superveniente ser motivo bastante para a revisão de uma decisão já tomada? Será que os Estados-Membros devem prever essa possibilidade de reapreciação?

A questão da reavaliação da existência de razões económicas válidas por motivos supervenientes não foi (até à data) directamente apreciada pelo TJUE. No entanto, entendemos que, a partir do momento em que o Tribunal declarou que a “análise [efectuada pelas autoridades competentes dos Estados-Membros] deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional”¹²⁰, deixou clara a sua preocupação com o facto de que a verificação da existência de motivos evasivos ou fraudulentos merece ser objecto de uma análise minuciosa e, se for caso disso, reforçada pelo parecer de uma terceira entidade.

Em Portugal, esta questão da relevância dos factos supervenientes na aplicação do regime da neutralidade fiscal foi já analisada por autores como João Félix Pinto Nogueira¹²¹ e Francisco de Sousa de Câmara¹²². Ambos os autores lembraram que as legislações internas de alguns Estados-Membros, como a Alemanha e a França, previam cláusulas específicas anti-abuso, segundo as quais o regime da neutralidade fiscal seria automaticamente afastado, caso houvesse uma transferência das participações sociais recebidas numa operação de reestruturação empresarial antes do termo do prazo estabelecido¹²³.

¹¹⁹ C-126/10, Parágrafo 41.

¹²⁰ C-28/95, parágrafo 41.

¹²¹ NOGUEIRA, João Felix Pinto Nogueira, “Abuso de direito em fiscalidade directa. A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário ” *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VI, p.263.

¹²² CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso no artigo 67º/10 do CIRC, p. 93-100, *in* Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal”, 2009, Almedina.

¹²³ NOGUEIRA, João Felix Pinto Nogueira, *op.cit.* – “(...)a artificialidade pode estar presente, por exemplo, em casos de transformações sociais que envolvam percentagens muito diminutas de capital social. Tal, sempre que se demonstre que a operação se dirigiu aos beneficiários da directiva e não à transformação social em questão. No âmbito do abuso podem até cair certas vendas de acções subsequentes a uma operação de permuta de acções.

João Félix Pinto Nogueira defende a admissibilidade da introdução de requisitos temporais por parte dos Estados-Membros. Porém, a previsão destas cláusulas específicas tem sido afastada, tanto pelos tribunais como pela doutrina, “por serem absolutamente desproporcionais”¹²⁴. Assim, recorrendo ao exemplo da transferência de participações sociais antes de decorrido um determinado período de tempo, não se pode simplesmente concluir que a operação que lhes deu origem tenha sido desenvolvida por motivos de fraude ou evasão fiscal.

Ora, se a criação e aplicação pelos Estados-Membros de uma presunção pela existência de fraude ou evasão fiscais quando não se verifique a existência de razões económicas válidas deve respeitar limites impostos pelo TJUE, não deverão (no mínimo) esses limites ser aplicados quando, por motivos que não foram tidos em conta¹²⁵ na primeira análise, se torna necessário rever se, à luz dos factos novos, deverá a operação ser tida como abusiva?

Em nossa opinião, a resposta a esta pergunta só pode ser afirmativa. Desde *Leur-Bloem* que o TJUE tem vindo a impor o respeito pelo princípio da proporcionalidade, através da proibição do carácter automático na aplicação da presunção de fraude ou evasão fiscal, insistindo na importância de uma análise casuística e global¹²⁶. As referidas cláusulas específicas anti-abuso são autênticas presunções de fraude ou evasão fiscal. Como tal, não podem ser aplicadas de forma automática e desproporcional.

É certo que devemos salvaguardar o respeito pelos princípios da proporcionalidade, legalidade e segurança jurídica¹²⁷, mas entendemos que, havendo factos supervenientes que permitam concluir que uma operação foi motivada por razões fraudulentas ou evasivas, os benefícios decorrentes da aplicação da Directiva devem poder ser retirados pelos tribunais internos.

Neste sentido, cabe aos Estados-Membros o papel de criar os meios adequados para que tal reapreciação da operação concreta e eventual revogação de decisões já tomadas possam acontecer, respeitando os princípios acima referidos.

Nesses casos, parece ser admissível que, arguindo a luta contra o abuso, os Estados Membros possam introduzir certos requisitos temporais para a venda subsequente. Não obstante, e tendo em conta a orientação que o tribunal tem seguido até ao momento, parece-nos que este exigirá algo mais do que o elemento temporal para admitir o abuso.”

¹²⁴ CÂMARA, Francisco de Sousa da, op. Cit., p.94.

¹²⁵ Já que, evidentemente, os factos supervenientes apenas ocorreram depois apresentadas conclusões pela existência ou inexistência de motivos económicos válidos.

¹²⁶ C-28/95, parágrafo 41.

¹²⁷ Sobre este assunto, veja-se PALMA, Rui Camacho, “An Overview of the Protection of Taxpayer Rights in Portugal”, 50 *European Taxation*. 1, 2010, IBFD; DOURADO, Ana Paula, op. cit.

Julgamos ser importante que o TJUE se pronuncie sobre este assunto, para que, à semelhança dos restantes temas já aqui analisados, haja uma interpretação - e consequente aplicação - harmonizada do tratamento dos factos supervenientes na análise da validade das razões económicas das operações intracomunitárias em todos os Estados-Membros.

6. CONCLUSÃO

Deste estudo sobre o processo de densificação do conceito de razões económicas válidas, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, podemos extrair as seguintes conclusões:

- 1) À semelhança do disposto na cláusula anti-abuso prevista no número 1 do artigo 15º da Directiva, os Estados-Membros podem criar uma presunção de fraude ou evasão fiscais, desde que, respeitando o *princípio da proporcionalidade*, essa presunção não seja de aplicação automática, mas *casuística*, desde que a operação seja analisada como um todo, de uma perspectiva *global*, e ainda na medida em que seja garantida a possibilidade de *fiscalização jurisdicional*, como forma de elisão de tal presunção.
- 2) O TJUE impõe ainda que os Estados-Membros não sujeitem as operações de reorganização empresarial efectuadas entre dois ou mais Estados-Membros a meios processuais menos favoráveis do que aqueles que seriam aplicáveis caso essas operações fossem qualificadas como operações puramente internas – *princípio da equivalência*.
- 3) Adicionalmente, os Estados-Membros são chamados a assegurar que os contribuintes possam realmente beneficiar do regime da neutralidade fiscal. Deste modo, os Estados-Membros devem evitar a criação de entraves à aplicação prática do regime – *princípio da efectividade*.
- 4) Na medida em que se garanta a *clareza, precisão e previsibilidade* na introdução de um prazo (findo o qual se impossibilite a aplicação do regime previsto na Directiva), podemos afirmar que sua introdução está conforme com o direito da União Europeia.
- 5) Apenas os *impostos sobre o rendimento* expressamente previstos na Directiva devem ser considerados para efeitos de aplicação deste diploma legal. Logo, permanecem fora do âmbito de aplicação da Directiva todos os outros impostos, pelo que o seu artigo 15º não poderá ser invocado em casos de abuso ou fraude fiscais que sejam unicamente respeitantes a outros impostos.

- 6) Em nossa opinião, na hipótese anteriormente descrita em que não esteja em causa uma situação de abuso em sede de imposto sobre o rendimento, mas, nos termos da legislação interna de um Estado-Membro, se se comprovar que o principal ou um dos principais objectivos da operação tem carácter fraudulento ou evasivo, a aplicação de cláusulas anti-abusivas é de *exclusiva competência* dos respectivos tribunais internos.
- 7) Factores como a identidade de accionistas e administradores - antes e depois da operação de reorganização empresarial-, a ausência de actividade económica e, entre outros, a duração da concentração empresarial, são meros *indícios da presença de fraude ou evasão fiscais*. Não obstante, é importante a consideração desses factores como elementos densificadores da presunção.
- 8) De acordo com a jurisprudência do TJUE, para que se declare que uma operação foi realizada por razões económicas válidas, é necessário que o seu propósito não seja unicamente a procura de uma *vantagem puramente fiscal*. Assim, entendemos que na óptica do Tribunal de Justiça, fazendo prova da existência de quaisquer razões económicas válidas, a operação não poderia ser considerada abusiva, e o regime da neutralidade fiscal já não poderia ser afastado.
- 9) Não obstante o reconhecimento pelo TJUE de que uma operação de fusão seria geradora de um efeito positivo para o grupo empresarial (*i.e.*, a redução de custos administrativos e de gestão), quando comparado esse efeito como os potenciais benefícios fiscais que resultariam da operação (ou seja, a quantidade avultada de prejuízos fiscais a serem transmitidos para a sociedade incorporante), seria clara a *marginalidade* de tal efeito positivo face às vantagens fiscais.
- 10) Além desta ponderação entre a intensidade dos vários efeitos da operação, o Tribunal invocou o princípio geral da *proibição do abuso de direito* e ainda o facto de que tal efeito positivo seria *inerente* a qualquer operação de fusão, concluindo que a operação de fusão de Foggia teria carácter abusivo.
- 11) Acreditamos que em Foggia foi efectivamente introduzido um novo teste, o qual se baseia na *ponderação* entre a intensidade das razões fiscais e a das razões económicas

válidas. Esta decisão é recente, portanto não podemos antecipar se este teste será novamente aplicado pelo TJUE.

- 12) Em nosso entender, quando referiu a questão da marginalidade, o TJUE deu um grande passo no sentido de fazer prevalecer o critério da *substância* sobre a *forma* - inédito no tema das razões económicas válidas. Todavia, não podemos deixar de salientar que a forma utilizada confere uma grande margem de discricionariedade às administrações fiscais, o que não é desejável, além de que o Tribunal não mencionou quaisquer orientações para que este novo teste pudesse ser posto em prática.
- 13) Neste sentido, identificámos alguns aspectos que apontam para a *fragilidade* deste teste. Em primeiro lugar, detecta-se que o TJUE recorreu a critérios quantitativos para medir a intensidade da razão fiscal apresentada, não havendo qualquer referência relativamente ao critério de aferição da intensidade das razões económicas. Segundo entendemos, uma análise da intensidade dos fins que motivaram uma operação de reestruturação deve recorrer a critérios de carácter *qualitativo* e não *quantitativo*, de forma a garantir uniformidade na aplicação prática do teste.
- 14) Na verdade, como consequência do recurso a um critério quantitativo, surge outro problema que se prende com o facto de não ter sido definido qual o *limite* aceitável de intensidade das razões fiscais, tanto em termos quantitativos, como face às demais razões económicas. Mais uma vez, revela-se necessário que o TJUE apresente orientações sobre a aplicação do teste da ponderação entre a intensidade das razões fiscais e a das razões económicas.
- 15) Conclui-se que, apesar dos esforços demonstrados pelo Tribunal no sentido de harmonizar a interpretação dos Estados-Membros sobre este tema, ainda não está esclarecida a questão da validade das razões fiscais, nem tampouco a relação entre as razões fiscais e as razões económicas válidas.
- 16) A Directiva é omissa em relação ao prisma de análise da existência de razões económicas válidas. Ainda que este assunto não tenha sido directamente objecto das decisões do TJUE, é possível extrair algumas considerações da jurisprudência aqui analisada. De acordo com a nossa interpretação, em *Leur-Bloem*, a validade das razões

económicas foi aferida segundo a perspectiva do grupo, ao passo que em Foggia observamos que o prisma da sociedade incorporante prevalece em relação aos demais.

17) Estas decisões incoerentes atentam contra o primado da segurança jurídica, de tal modo que, consoante o prisma adoptado, o mesmo caso tanto possa ser julgado abusivo, como beneficiar do regime da neutralidade fiscal, sem quaisquer garantias de previsão do seu desfecho.

18) Posto isto, somos da opinião de que é essencial que o TJUE se pronuncie também sobre este assunto. Além disto, julgamos que a visão a adoptar deve ser tão lata e global quanto possível.

19) Por fim, cabe-nos referir que, de acordo com a nossa interpretação, o TJUE se posicionou relativamente à questão da reavaliação da existência de razões económicas válidas por motivos supervenientes a partir do momento em que anunciou a obrigatoriedade de garantia de fiscalização jurisdicional da análise efectuada pelas autoridades competentes, pelo que, para nós, é claro que deve poder haver reapreciação de uma decisão por motivos supervenientes.

20) Neste sentido, entendemos que é importante salvaguardar que tal reapreciação respeite os princípios da proporcionalidade, da equivalência, da efectividade, da legalidade e da segurança jurídica, bem como, “mutatis mutandis”, todas as limitações impostas aos Estados-Membros a respeito da introdução de uma presunção de fraude ou evasão fiscais.

Em suma, não obstante ser possível identificar uma série de orientações do Tribunal com vista à densificação do conceito de razões económicas válidas tal como introduzido pela Directiva, é essencial que o Tribunal esclareça definitivamente os seus contornos. Caso contrário, o resultado da introdução de um conceito discricionário e indeterminado numa cláusula anti-abuso acaba por ter um efeito contrário àquele pretendido pela Directiva: apesar de se detectar uma harmonização na legislação dos Estados-Membros na matéria da neutralidade fiscal, esta não foi acompanhada pela uniformização na sua interpretação, nomeadamente na questão do seu afastamento por ausência de razões económicas válidas. Deste modo, criam-se distorções no mercado intracomunitário e barreiras à reorganização empresarial.

7. BIBLIOGRAFIA

BORG, Jeanette Calleja, “Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say”, *INTERTAX*, Volume 39, Issue I, 2011, Kluwer Law International.

BRAGA, Teresa Gil de Oliveira, “A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões” in *Fiscalidade* n.º49.

BUXADÉ, Antonio Durán-Sindreu, “Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios” – 2007, Thomson Aranzadi.

CALHAU, Tiago Alcoforado, “Liquidação ilegal de imposto – pressupostos da responsabilidade civil do Estado”, 2012, Almedina.

CAMPOS, Diogo Leite de/ RODRIGUES, Benjamim Silva / SOUSA, Jorge Lopes de Sousa, “Lei Geral Tributária – comentada e anotada”, 4ª Edição, 2012, Encontro da escrita.

CARRERO, Manuel Caderón, “Una vuelta de tuerca a la interpretacion europea de la clausula antiabuso de la directiva de fusiones: hacia motivos económicos validos de “alto voltaje”?” in *Fiscalidade* n.º50.

CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso no artigo 67º/10 do CIRC, p. 93-100, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*”, 2009, Almedina.

DOURADO, Ana Paula, “Lições de Direito Fiscal Europeu”, 2010, Coimbra Editora.

DOURADO, Ana Paula, “O Princípio da Legalidade Fiscal – tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, 2014, Almedina.

HOENJET, François. "The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive", 1997, *EC Tax Review*.

JAMES, Simon, “Can We Harmonise Our Views on European Tax Harmonisation?”, 2000, Bulletin, IBFD.

JÍMENEZ, Adolfo Martín, “Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law”, Bulletin, April/May 2012, IBFD.

LAMPREAVE, Patrícia, “An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union”, 2012, IBFD.

LOUREIRO, Carlos, “Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Sociedades”, in Revista Fisco n.º 55-60, 1993.

NABAIS, José Casalta, “O Dever Fundamental de Pagar imposto”, 1998, Almedina.

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

NOGUEIRA, João Félix Pinto “Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade - a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais”, 2010, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora.

PALMA, Rui Camacho, “An Overview of the Protection of Taxpayer Rights in Portugal”, 50 European Taxation. 1, 2010, IBFD.

PETROSOVITCH, Katrina, “Abuse under the Merger Directive”, European Taxation, December 2010, IBFD.

SANCHES, José Luís Saldanha, “Os limites do planeamento fiscal”, 2006, Coimbra Editora.

SANCHES, José Luís Saldanha, “Fusão inversa e neutralidade (da administração) fiscal”, 2008, in Revista Fiscalidade, n.º 34.

SANCHES, José Luís Saldanha, “Justiça Fiscal,” 2010, Fundação Francisco Manuel dos Santos.

SILVA, Bruno da, “Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA. Meaning of ‘valid commercial reasons’ under Art. 11 (1) (a) of the Merger Directive”, Highlights & Insights on European Taxation, vol. 6, 2012, Kluwer Law International.

TANG, Jieyin, “Economic Substance versus Legal Form: Financial Transactions as Taxable Events”, 16 Derivatives. & Financial. Instruments, 2014, IBFD.

TAVARES, Tomás Cantista, “IRC e contabilidade: da realização ao justo valor”, 2011, Almedina.

TERRA, Ben / WATTEL, Peter, “European Tax Law”, 2001, 3ª edição, Kluwer Law International.

WEBER, Dennis, “Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1”, European Taxation, 2013, IBFD.

WARDZYNSKI, Adrian, “The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways”, Bulletin for International Taxation, 2014 (Volume 68), IBFD.

VASQUES, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, 3ª reimpressão da edição de Setembro de 2011, 2014, Almedina.

Jurisprudência:

- Acórdão SAN GIORGIO, de 9 de Novembro de 1983; C-199/82.
- Acórdão VAN SCHIJNDEL, de 14 de Dezembro de 1995; C-430/93.

- Acórdão LEUR-BLOEM, de 17 de Julho de 1997;
C-28/95.
- Acórdão CADBURY SCHWEPPE, de 12 de Setembro de 2006;
C-196/04.
- Acórdão I-21 GERMANY, de 19 de Setembro de 2006;
C-392/04.
- Acórdão ARCOR, de 19 de Setembro de 2006;
C-422/04.
- Acórdão REWE, de 29 de Março de 2007;
C-347/04.
- Acórdão KOFOED, de 5 de Junho de 2007;
C 321/05.
- Acórdão ZWIJNENBURG, de 20 de Maio de 2010 e respectivas conclusões
apresentadas pela Advogada-Geral Julian Kokott;
C-352/08.
- Acórdão MEILICKE, de 30 de Junho de 2011;
C-262/09.
- Acórdão FOGGIA, de 10 de Novembro de 2011;
C-126/10.
- Acórdão PELATI, de 18 de Outubro de 2012;
C-603/10.

Legislação consultada:

- Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho, actualizado pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro, que aprova o Estatuto dos Benefícios Fiscais.
- Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, actualizado pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro, que aprova a Lei Geral Tributária.
- Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, que revoga a Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às operações de fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE (“Sociedade Europeia”) ou de uma SEC (“Sociedade Cooperativa Europeia”).

Documentos de Organizações Internacionais:

- Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu: “A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros”, Bruxelas, 10 de Dezembro de 2007.
[Acedido online:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0785:FIN:PT>].