



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

Reporte de Prejuízos Fiscais no IRC: conceito, regime especial aplicável às fusões e o seu futuro em sede de competitividade fiscal

André de Sousa Esteves

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

2022



Universidade Católica Portuguesa

# Reporte de Prejuízos Fiscais no IRC: conceito, regime especial aplicável às fusões e o seu futuro em sede de competitividade fiscal

André de Sousa Esteves | Aluno nº143720006

Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão,  
Sob orientação do Sr. Professor João Taborda da Gama

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

2022

*Aos meus pais*  
*Por todos os sacrifícios que fizeram por mim*

## Resumo

Esta dissertação tem como desígnio a análise da figura do reporte de prejuízos fiscais, a qual surge no Direito Tributário como essencial na medida em que desempenha um papel relevante na vida das pessoas coletivas, designadamente em períodos de menor exuberância financeira. Neste trabalho procede-se primeiramente ao exame do conceito de prejuízos fiscais bem como da figura de reporte. Em seguida procede-se à análise da operação de fusão e, de seguida do regime especial aplicável às fusões, no qual se concede particular atenção às regras sobre a transmissibilidade de prejuízos fiscais, e à regra anti-abuso presente neste regime. Em último lugar, procura-se fazer-se uma reflexão sobre o futuro da figura do reporte de prejuízos fiscais, da sua compatibilização com o projeto BEPS, e o risco de utilização desta figura enquanto instrumento de erosão de bases tributárias.

Palavras-chave: reporte de prejuízos fiscais; princípio da tributação sobre o lucro real; regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais; norma anti-abuso art.73º/nº10

## Lista de Acrónimos e Siglas

Ac. – Acórdão

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CIRC – Código do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

GloBE – Global anti-base erosion rules

IRC – Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

IRS – Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

LGT – Lei geral tributária

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## Índice

A. Prejuízos Fiscais .....	8
1. Conceito de prejuízo fiscal .....	8
2. O reporte de prejuízos fiscais.....	10
3. O acórdão nº 197/2013 do TC e a exigência constitucional do reporte de prejuízos fiscais .....	14
4. Limites ao Reporte de Prejuízos Fiscais.....	17
4.1 Limites Temporais .....	17
4.2 Limites em função da entidade .....	20
B. A Fusão .....	23
1. Fusão para efeitos de Direito Societário .....	23
1.1 Fusão na Diretiva (UE) 2017/1132 .....	23
1.2 No Código Sociedades Comerciais .....	24
2. Fusão no âmbito do Direito Fiscal .....	25
2.1 Fusão na Diretiva 2009/133/CE.....	25
2.2 No Código de Imposto sobre Pessoas Coletivas.....	26
3. Traços Característicos .....	27
3.1 A transmissão global do património .....	28
3.2 A integração de sócios.....	30
3.3 A reunião societária .....	31
C. O regime de neutralidade fiscal e a regra sobre a transmissibilidade de prejuízos fiscais fiscal aplicável às fusões .....	33
1. Enquadramento.....	33
2. A ausência de regulamentação sobre a portabilidade de prejuízos fiscais na Diretiva 2009/133/CE .....	34
3. O regime de neutralidade previsto no CIRC.....	34
3.1 Âmbito Subjetivo .....	35
3.2 Âmbito Objetivo .....	35
3.3 A dedutibilidade dos prejuízos fiscais .....	36
4. Norma anti-abuso do art. 73º/nº10.....	37
4.1 Requisitos de aplicação da norma 73º/nº10.....	38
4.2 Presunções Legais .....	40
D. A competitividade entre sistemas fiscais e o reporte de prejuízos fiscais .....	44
Conclusões.....	49
Bibliografia.....	54
Jurisprudência.....	56

## A. Prejuízos Fiscais

### 1. Conceito de prejuízo fiscal

Semanticamente prejuízo significa perda, perda financeira, ausência de lucro<sup>1</sup> e o seu uso implica, geralmente, uma aceção negativa, associada a um valor numérico inferior a zero. A utilização deste conceito juntamente com o termo fiscal pretende dar um significado próprio, distinto do sentido comum de prejuízo. Ainda que próximo, teve-se em vista dotar o conceito de prejuízo fiscal de um conteúdo técnico, autónomo e específico do Direito Fiscal, conceito esse que agora se pretende clarificar.

Em termos práticos podemos afirmar que uma sociedade apresenta prejuízo sempre que apresenta mais gastos do que receitas. Porém, no Direito Fiscal, o apuramento de lucros e de prejuízos não se baseia, exclusivamente, nos valores de gastos e receitas que constam dos documentos contabilísticos, como as demonstrações financeiras. O legislador consagrou no art.17º/nº1 do CIRC, o princípio da dependência parcial<sup>2</sup> entre a contabilidade e a fiscalidade, que impõe ao resultado contabilístico correções fiscais.

Por via desta imposição não existe uma total correspondência entre o resultado contabilístico e o apuramento fiscal, ou seja, se uma empresa apresentar, num determinado período de tributação, lucro ou prejuízo empresarial (contabilístico), isto não significa que esta apresente, nesse mesmo período, lucro tributável ou prejuízo fiscal. O art.17º/nº1 CIRC exige que sejam feitas correções aos resultados obtidos pela contabilidade sempre que o CIRC o determinar, pelo que é possível ocorrer a situação em que uma empresa apresenta lucro empresarial (apurado com base na contabilidade), mas

---

<sup>1</sup> Instituto António Houaiss, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Tomo XV POS-RES*; Temas & Debates, 2005;

<sup>2</sup> MASTELLONE, Pietro, **Corporate Tax and International Accounting Standards: Recent Developments in Italy**, Tax Notes International Volume 61, Number 3, January 17, p. 241: a este respeito distingue três modelos:

- 1) Monorail model (modelo de dependência total) em que existe uma correspondência entre o lucro tributável e o resultado obtido pelas regras contabilísticas;
- 2) Double track (modelo total autonomia) neste modelo vigora uma total autonomia entre contabilidade e fiscalidade, o apuramento do lucro tributável é exaustivamente regulado por preceitos fiscais, sem recurso às normas contabilísticas;
- 3) Partial application of the dependency principle (modelo de dependência parcial) no qual o resultado obtido pelas regras contabilísticas serve como ponto de partida para a determinação do lucro tributável, obtido após corrigido pelos preceitos fiscais;

do apuramento fiscal constatar-se que, a mesma empresa, no mesmo período tributário, apresenta prejuízo fiscal, assim como o exemplo contrário é possível.

Derivado de não existir total coincidência entre prejuízo e prejuízo fiscal surge a necessidade de esclarecer o que se deve entender por este último. Ora, de acordo com Anselmo Torres, prejuízo fiscal consiste no “*saldo negativo entre os proveitos ou ganhos e demais variações patrimoniais positivas e os custos ou perdas e demais variações patrimoniais negativas susceptíveis de concorrer para o lucro tributável de um sujeito passivo de imposto das pessoas colectivas (IRC) num dado período de tributação*”<sup>3</sup>.

A partir desta definição podemos depreender como primeira ilação que apenas existe prejuízo fiscal quando as perdas e as variações patrimoniais negativas suscetíveis de concorrer para o apuramento da base tributável excedem os proveitos e as variações patrimoniais positivas.

No final de cada período de tributação procede-se ao apuramento do lucro tributável o qual, conforme o art.17º/nº1 do CIRC “*é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas no mesmo período e não refletidas naquele resultado*”. Por conseguinte, o lucro tributável tem na sua génese o resultado contabilístico, a que se reporta, mas esse resultado é objeto de ajustamentos positivos ou negativos que têm em conta condicionalismos próprios da fiscalidade. O resultado líquido contabilístico é, assim, apenas a base de determinação do lucro tributável.

Em suma, a distinção de prejuízo financeiro e prejuízo fiscal prende-se com o facto de o apuramento de lucro para efeitos fiscais não se basear unicamente nas demonstrações financeiras, o CIRC determina que o lucro tributável seja apurado a partir do resultado contabilístico, mas não se identifica com este, faltando depois, realizar ainda um conjunto de correções que permitam transportar para a base tributável apenas aquilo que deve reconduzir-se aos proveitos e custos em sentido económico<sup>4</sup>.

Uma segunda ilação que devemos retirar é a de que o apuramento do lucro/prejuízo é segmentado no tempo. O apuramento do rendimento de uma sociedade

---

<sup>3</sup> TORRES, Manuel Anselmo - A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais. In J.L. Saldanha Sanches/João Taborda da Gama/ Francisco de Sousa da Câmara (org.) **Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal**, Coimbra Editora, 2009, p.111-136;

<sup>4</sup> Ac. STA, processo nº 01278/12.2BELRS 0574/18 de 09-10-2019;

faz-se com recurso a uma operação de subtração, entre os valores do património líquido com as correções previstas no CIRC, no fim e no início do período de tributação, da qual resulta para efeitos fiscais a medida de evolução de riqueza. Este é de resto, um traço transversal às jurisdições tributárias, o recurso à divisão do tempo em períodos anuais significa que o IRC é calculado e pago, em regra geral, numa base anual.

Uma vez desvendada a noção de prejuízos fiscais, é necessário ter em conta que resultam do seu apuramento duas consequências relevantes: a primeira prende-se com o não pagamento de imposto no período a que respeitam, este efeito é proveniente do facto de o IRC incidir sobre o lucro das sociedades, o facto de estas não apresentarem lucro determina, consequentemente, que estas estejam isentas, nesse exercício, do pagamento do referido imposto.

A segunda consequência está relacionada com o surgimento do direito à dedução dos prejuízos incorridos nesse período na base tributável dos períodos subsequentes através do mecanismo do reporte de prejuízos fiscais, este efeito será o tema de reflexão e de análise nas páginas que agora se seguem.

## 2. O reporte de prejuízos fiscais

Como se acabou de referir uma das consequências do apuramento de prejuízos fiscais é o direito à dedução dos prejuízos, suportados nesse período, no lucro tributável dos períodos subsequentes, através do mecanismo de reporte de prejuízos fiscais. O seu apuramento faz com que o sujeito passivo, no âmbito da relação jurídico-tributária<sup>5</sup>, veja constituir a seu favor um crédito tributário<sup>6</sup>, o qual lhe confere direito à dedução no lucro tributável futuro, resultando afinal num montante de imposto inferior àquele que se verificaria no caso desta dedução não ser permitida.

Para se obter uma compreensão cabal deste mecanismo é necessário, em primeiro lugar, fazer alusão ao art.104º/nº2 da CRP, o qual estipula que *“a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”*. Importa referir que rendimento real é o rendimento tributável que resulta da diferença entre proveitos e gastos e que é apurado segundo métodos diretos, isto é, com base na contabilidade e outros deveres de

---

<sup>5</sup> Em conformidade com o art.30º/nº1 c) LGT;

<sup>6</sup> MARQUES, Rui - **Código do IRC – anotado e comentado**, 2ª edição, Almedina, 2020;

declaração do sujeito passivo<sup>7</sup>. Todavia, o que se pretende destacar do preceito constitucional não é a noção jurídica de rendimento real, ainda que importante, mas antes a exigência constitucional de a tributação ter por base a noção de rendimento.

De acordo com o trabalho dos economistas Robert Haig e Henry Simons, a noção económica pura de rendimento apresenta duas características marcantes: a periodização e o acréscimo<sup>8</sup>. Pelo contributo da ciência económica afere-se hoje rendimento pela comparação do acréscimo de riqueza verificado entre dois pontos temporais. Assim, e concretizando, poder-se-ia apurar o acréscimo de riqueza das pessoas coletivas, por exemplo, pela comparação entre o capital inicial e o correspondente valor de liquidação, no início e no fim da vida da pessoa coletiva.

Porém, razões de ordem económica e jurídica, como a certeza e a segurança jurídica, a praticabilidade do período de apuramento do rendimento, o tratamento igualitário dos sujeitos passivos, a tutela dos interesses dos sócios, bem como a sua remuneração e a necessidade imperiosa do Estado em obter, reiteradamente, receita fiscal imperam, e levam a que segmentação temporal do rendimento se faça com frequência anual. Assim, ao fim do período de doze meses que, em regra geral, coincide com o ano civil<sup>9</sup>, procede-se ao apuramento de IRC.

A periodização anual do imposto é, a par da atribuição de personalidade tributária passiva às empresas e da tributação com base no princípio da realização, um pilar primário que caracteriza os sistemas modernos de tributação do rendimento das empresas<sup>10</sup>. A este

---

<sup>7</sup> DOURADO, Ana Paula - **Direito Fiscal**, 2ª edição, Almedina, 2017;

<sup>8</sup> HAIG, Robert Murray - **The Concept of Income - Economics and Legal Aspects**, in *The Federal Income Tax*, Columbia University Press, 1921: “*Income is the money value of the net accretion to one’s economic power between two points of time.*” e SIMONS, Henry - **Personal Income Taxation. The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy**, 1938, p.206: A definição de rendimento “*the algebraic sum of (1) the market value of rights exercised in consumption and (2) the change in the value of the store of property rights between the beginning and end of the period in question*”;

<sup>9</sup> Em casos especiais, pode ser adotado um período anual de tributação, que não coincida com o ano civil, sem necessidade de autorização ministerial. Em alguns casos, este pode mesmo, ser inferior a um ano, caso que ocorre quando se dá a alteração para um período de tributação diferente do que vinha a ser seguido nos termos gerais e é constituído pelo lapso temporal que decorre desde o início do ano civil até ao dia imediatamente anterior ao do início do novo período. Quando este período for inferior a seis meses, não conta para efeitos da limitação do número de períodos de tributação em que é admitida a dedução;

<sup>10</sup> CORREIA, Miguel - **Taxation of Corporate Groups**, Kluwer Law International, 2013, p. 86. No mesmo sentido, AVI-YONAH, Reuven – **Global Perspectives on Income Taxations Law**, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.77;

pilar encontram-se associados dois vetores estruturais parcialmente conflitantes<sup>11</sup>: a especialização de exercícios e a solidariedade de exercícios.

O princípio da especialização dos exercícios ou, como também é conhecido, do acréscimo, previsto no art.18º do CIRC, consagra que os proveitos e os custos devem ser contabilizados no período de tributação em que sejam obtidos e suportados. Exige-se a independência de cada exercício dos restantes para efeitos de tributação, a qual é determinada pelo momento em que os custos e proveitos são incorridos e obtidos e não à medida em que ocorram os respetivos pagamentos. Isto significa que se uma empresa vender, no ano X, uma arca frigorífica a um restaurante, mas ficar acordado que o seu pagamento apenas se realizará no ano X+1, a contabilização do proveito da venda deve ser efetuada no ano X.

Assim, são contabilizados num determinado exercício os custos e proveitos que emergem de operações nele realizadas, independentemente do momento do seu recebimento ou pagamento<sup>12</sup>. A imputação de um proveito ou custo num determinado período tributário obedece a um critério económico, e não a um critério financeiro. Existe, portanto, uma separação formal dos exercícios tributários que impede a promiscuidade entre estes, note-se que esta independência é uma ficção jurídico-contabilística, visto que esta rigidez formal não tem qualquer tipo de correspondência na realidade empresarial que se tem por dinâmica e contínua.

De outra banda, o princípio da solidariedade de exercícios, enquanto concretização do princípio material da justiça, constitucionalmente previsto no art.266º/nº2 CRP, possibilita uma certa interpenetração entre os vários exercícios, evitando assim, que os mesmos funcionem como compartimentos completamente fechados e estanques. A periodização do rendimento origina diversos problemas, estando o principal relacionado com o facto de cada exercício ser independente dos restantes para efeitos de tributação, esta circunstância apresenta-se, sob uma determinada perspetiva como uma desvantagem, porque as operações das empresas ocorrem continuada e interruptamente, considera-se que a sua atividade ocorrerá mediante uma sucessão indefinida de operações, não existindo um prazo estabelecido para o seu encerramento. Deste modo, existe um confronto entre a periodização e a realidade produtiva das

---

<sup>11</sup> TAVARES, Tomás Cantista - **IRC e Contabilidade – Da realização ao justo valor**, Reimpressão, Almedina, 2018;

<sup>12</sup> Ac. do TCAS, processo n.º 04403/10 de 3 de março de 2016;

empresas. Nas palavras de Freitas Pereira<sup>13</sup> “*o rendimento das empresas flui em continuidade e só por motivos práticos é admissível segmentar esse fluxo em períodos, fazendo corresponder a cada um deles um resultado*”.

Portanto, o facto de a dinâmica que é o fluxo económico empresarial não ser totalmente suscetível de se compartimentar em períodos anuais inflexíveis conduz, invariavelmente, a situações de injustiça para o sujeito passivo, situações que são causadas pela rigidez de índole formal do princípio da especialização dos exercícios. Como tal, e de forma que o contribuinte não saia prejudicado, o princípio da especialização dos exercícios é mitigado pelo princípio da solidariedade dos exercícios enquanto regra especial apta a imprimir a flexibilidade necessária para neutralizar injustiças flagrantes<sup>14</sup>. O legislador ciente do confronto inerente a estes dois princípios determinou que o princípio da especialização cede perante o princípio material de justiça. O sentido de justiça constante no princípio da solidariedade dos exercícios confere-lhe um valor jurídico que se sobrepõe à independência formal dos exercícios tributários.

Note-se que o princípio material de justiça não opera no plano abstrato da norma, da sua interpretação ou na definição normativa dos seus contornos, mas antes no plano concreto do momento da aplicação daquela aos factos<sup>15</sup>. Este surge como resposta da limitada capacidade de previsão do legislador à constante mutação jurídica, à evolução da perceção do ideal de justiça e da própria realidade material que a lei se propõe regular.

A referida prevalência ocorre mediante a consagração de várias exceções à regra geral da periodização, entre as quais se encontra o mecanismo de reporte de prejuízos fiscais<sup>16</sup>. Este mecanismo, legalmente previsto no art.52º do CIRC, consiste na dedução dos prejuízos fiscais apurados em determinado período de tributação aos lucros tributáveis posteriores, destarte, invés de os prejuízos fiscais registados num dado ano

---

<sup>13</sup> FREITAS PEREIRA, Manuel Henrique - Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais. In **Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale** Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Nº 171, 1995, p.221-244;

<sup>14</sup> Veja-se a este propósito as decisões do CAAD relativas ao processo nº 327/2019-T de 14-01-2020 e processo nº 423/2017-T de 30-11-2017 e do STA processo nº0325/08 de 19-11-2008 e processo nº0291/08 de 25-06-2008;

<sup>15</sup> CARVALHO, José Pedro Xavier de Freitas **O Princípio de Justiça Material em Direito Tributário: prolegómenos para uma nova compreensão da legalidade fiscal Porto**, Tese de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Económicas, CIJE.UP - Faculdade de Direito, 2011, p.37;

<sup>16</sup> A mitigação de situações de injustiça também ocorre por outras vias, designadamente, é admissível a transferência de resultados entre períodos no caso de não ser possível apurar os resultados nos termos do período em causa, por imprevisibilidade ou manifesto desconhecimento, não imputáveis à vontade do sujeito passivo, aquando da data do encerramento das contas;

perderem relevância fiscal, são considerados em períodos subsequentes onde são abatidos ao lucro tributável que aí se registre.

É este o entendimento que está na base da dupla valoração conferida ao facto de uma empresa apresentar prejuízos fiscais: em primeiro, o não pagamento de IRC no período a que estes prejuízos se reportem e, em segundo, a possibilidade de dedução dos prejuízos suportados nesse período na base tributável dos períodos subsequentes. Em conclusão, o regime de reporte de prejuízos fiscais, não é, como erradamente por vezes se sugere, um regime de favor ou benefício fiscal, mas antes uma exigência do próprio princípio da tributação das empresas pelo lucro real e, portanto, uma exigência constitucional<sup>17</sup>.

### 3. O acórdão nº 197/2013 do TC e a exigência constitucional do reporte de prejuízos fiscais

Com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro que aprovou o regime financeiro dos municípios e das freguesias, a qual estipulou, no seu art.14º/nº1 a derrama municipal passou a ser calculada a partir do lucro tributável, e não a partir da coleta, o que implicou que os sujeitos passivos se encontrassem, neste âmbito, impossibilitados de deduzir os prejuízos fiscais de exercícios anteriores ainda não totalmente deduzidos ao lucro tributário.

Esta circunstância motivou várias questões de cariz constitucional, designadamente questionou-se sobre a compatibilidade desta regra com os princípios constitucionais da tributação das empresas pelo lucro real, da igualdade tributária e da capacidade contributiva. O Tribunal Constitucional pronunciou-se a este respeito no acórdão nº 197/2013<sup>18</sup>, decidindo pela não inconstitucionalidade do preceito, por entender que a figura do reporte de prejuízos fiscais não é constitucionalmente imposta pelos princípios da capacidade contributiva, da igualdade tributária e da tributação das empresas segundo o lucro real, e que, assim sendo, quer a sua consagração, quer a medida dessa consagração, integram a margem de livre conformação do legislador ordinário no domínio fiscal.

---

<sup>17</sup> Opinião idêntica em COURINHA, Gustavo Lopes - **Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas**, Reimpressão 2020, Almedina, p.156;

<sup>18</sup> Acórdão nº 197/2013 processo n.º 602/12 9.04.13;

Com o devido respeito, não se concorda com o entendimento proferido neste acórdão. A decisão do Tribunal fundamentou-se em cinco argumentos principais que agora se procurará refutar. O primeiro argumento apresentado pelo Tribunal começa a afirmação que o princípio da tributação do lucro real das empresas significa atingir a matéria coletável auferida pelo sujeito passivo, porém defende o tribunal que este trata-se de um princípio cuja principal concretização é afastar a tributação das empresas pelo seu lucro normal, isto é, tributar o rendimento que estas poderiam ter obtido em condições normais de exploração, independentemente das condições concretas em que desenvolveram a sua atividade. Entende o Tribunal que este princípio admite “desvios”, e é compatível com alguma “normalização” no apuramento da matéria coletável, fazendo em seguida alusão a jurisprudência<sup>19</sup> que suporta este entendimento.

Ora, a jurisprudência a que o acórdão faz alusão entende que o rendimento real é aquele que o contribuinte efetivamente auferiu, que é determinada com base na declaração que ele faz ao fisco. A aceitação da declaração do contribuinte enquanto base da tributação do rendimento real assenta numa presunção de veracidade da contabilidade, presunção essa que não é inilidível. Nas palavras de A. Carlos Santos “*É uma presunção que assenta em certos pressupostos, o da contabilidade ter sido organizada de acordo com a lei comercial fiscal (e com os princípios da normalização contabilística) e o de que os dados e apuramento dela decorrentes não contenham erros, inexactidões ou outros indícios fundados de que ela não reflecte a matéria tributável do contribuinte*”<sup>20</sup>.

Apenas quando estas declarações são postas em causa, ou como também refere Teixeira Ribeiro<sup>21</sup> nas situações em que “*não há mais remédio do que tributar o rendimento normal: quando se torna impossível conhecer com suficiente aproximação o rendimento real*” é que o princípio da tributação pelo rendimento real aceita desvios ou exceções. Pelo que, ainda que seja verdade que o princípio da tributação do lucro real admita exceções, estas têm de ser fundadas nas duas ordens de razões acabadas de referir, o que não sucede na situação em análise, em que ocorre um desvio ao princípio da tributação do rendimento real sem a devida sustentação.

---

<sup>19</sup> Acórdãos do TC n°84/03 e n°85/10;

<sup>20</sup> SANTOS, A. Carlos, A presunção da veracidade na contabilidade in **Da questão fiscal à reforma da reforma fiscal**, Rei dos Livros, pág. 90;

<sup>21</sup> RIBEIRO, J.J. Teixeira, **A reforma fiscal**, Coimbra Editora, p.130;

O segundo argumento fornecido pelo Tribunal funda-se no entendimento que a figura do reporte de prejuízos fiscais justifica-se em razão de uma lógica de solidariedade dos exercícios. Ora, como já se teve oportunidade de explicar só faz sentido falarmos de rendimento se compararmos o acréscimo de riqueza verificado entre dois pontos temporais. Sem uma delimitação temporal o conceito de rendimento perde a sua substância, ora, sucede que razões de ordem económica e jurídica determinam que a segmentação temporal do rendimento se faça com frequência anual. Fruto desta segmentação decorrem dois vetores estruturais parcialmente conflituantes: a especialização de exercícios e a solidariedade de exercícios. Este último decorre, como oportunamente já se explicou do princípio da tributação do lucro real constitucionalmente previsto no art.104º/nº2.

O terceiro argumento no qual o Tribunal sustenta a sua decisão é a de que o reporte de prejuízos fiscais consubstancia um fator de erosão de receitas fiscais, pelo que a previsão do reporte bem como os limites a que se acha sujeito (v.g., reporte para a frente e/ou para trás, limitação temporal do reporte, prioridade da dedução dos prejuízos fiscais mais antigos) não de compatibilizar-se com o desiderato dos impostos, que passa pela satisfação das necessidades financeiras do Estado.

É factual que a figura do reporte de prejuízos fiscais consubstancia um fator de erosão da base tributária, e é precisamente esse o seu desígnio - o de reduzir a matéria coletável, todavia não se entende como é que este se incompatibiliza com o desiderato dos impostos. O exercício do direito à dedução dos prejuízos fiscais não inviabiliza a arrecadação de receita, não é isso que a realidade demonstra, o que é criticável dado que o reporte de prejuízos fiscais não tem como principal aspiração a fuga ao fisco, e dado que existem formas de assegurar a cobrança de imposto, de que é exemplo a estipulação de um limite quantitativo à dedução de prejuízos fiscais, que se apresenta como uma solução razoável e proporcional.

O quarto argumento apresentado pelo Tribunal é o de que o legislador se socorreu, da mesma técnica que está subjacente à derrama estadual (cfr. o artigo 87.º-A, do CIRC) - uma taxa adicional aplicável ao lucro tributável superior a 1 500 000 euros sujeito e não isento de IRC - com a diferença que, ao contrário desta, a derrama municipal é um imposto autónomo de que o município é titular ativo, e em quinto e último lugar o Tribunal entende que mesmo que o seu entendimento não seja o acertado, sempre seria argumentável que a lesão infligida às exigências normativas subjacentes à igualdade

tributária e à tributação do lucro real das empresas em virtude da ausência de reporte é mínima, visto que em causa não está o principal imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, e justificável à luz dos (outros) princípios fundamentais que promove, maxime, do princípio da autonomia local.

Quanto aos argumentos acabados de referir, compete dizer que o facto de a mesma técnica, que está subjacente à derrama estadual, ter sido adotada por uma fonte de direito de grau hierarquicamente idêntico não constitui um argumento forte a favor da não inconstitucionalidade da norma, uma vez que esta norma não foi alvo de fiscalização constitucional. Quanto ao último argumento de que a lesão infligida é mínima, este não se apresenta como objetivo, nem como juridicamente relevante, uma lesão nos direitos constitucionalmente consagrados não deixa de ser uma lesão que o Tribunal Constitucional tem como objetivo evitar.

#### 4. Limites ao Reporte de Prejuízos Fiscais

Os prejuízos fiscais enquanto instrumentos de poupança fiscal para os contribuintes levam ao seu uso abusivo, efetivamente a análise da realidade conclui que esta é uma área propensa à elisão fiscal<sup>22</sup>. Como tal, e porque a elisão fiscal produz um efeito especialmente nefasto para o erário público, surgiram regras cada vez mais desenvolvidas que estabelecem limites destinados a combater este abuso. Deste modo surgiram duas importantes ordens de limites: a) limites temporais; b) limites em função da entidade.

##### 4.1 Limites Temporais

O primeiro limite abarca dois métodos distintos, a saber: *carryback method* e *carryforward method*.

O *carryback method*, ou reporte para trás, estabelece que o reporte dos prejuízos opera através dos rendimentos já apurados em exercícios anteriores àquele em que se registaram os prejuízos. Quer isto dizer que, se a empresa suportar prejuízos estes serão

---

<sup>22</sup> Vide OECD **Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning**, OECD Publishing, 2011, p. 47 e ss. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264119222-en> (consultado em 05/01/2022);

deduzidos no lucro tributável de exercícios anteriores. Procede-se, portanto, a uma redução retroativa do IRC já liquidado, obtendo o contribuinte um reembolso.

Este método apresenta algumas vantagens, desde logo, aproxima a base de tributação ao rendimento real das empresas, sendo que, quanto mais extenso for o período de reporte maior será essa aproximação<sup>23</sup>. Segundo a teoria económica, em determinadas circunstâncias, a adoção deste mecanismo, de preferência com um período de reporte ilimitado, fomenta as decisões de investimento, atenuando o efeito desencorajador que os impostos produzem no investimento por parte das empresas e, por consequência, desenvolve a eficiência económica<sup>24</sup>. Por último, é de notar que este método funciona como estabilizador da economia. Efetivamente, vários países<sup>25</sup> numa tentativa em resposta ao impacto económico da pandemia COVID-19, adotaram<sup>26</sup> este modelo de forma temporária, ou aumentaram os limites temporais de reporte, ou aceleraram os processos de pagamento dos reembolsos de forma a mitigar o efeito negativo da pandemia.

Contudo, e em sentido inverso este método acarreta uma enorme desvantagem para o Estado que é a instabilidade financeira. Este modelo significa maiores dificuldades de planeamento orçamental, dado que as Autoridades Tributárias de cada país perdem receita arrecada em anos anteriores, pelo que, um pico imprevisto de reembolsos, terá certamente repercussões diretas e substanciais em compromissos imediatos e previamente assumidos pela Administração Pública. Esta situação é especialmente premente num cenário de contração económica, que só por si, implica uma redução das receitas fiscais, ora, se acrescermos a este fator um aumento exponencial e inesperado dos montantes a reembolsar, verificaremos uma situação aflitiva para as contas públicas.

Desta maneira, preocupações de índole orçamental levam a que sejam poucos os Estados a consagrar este método no tratamento de prejuízos fiscais, e, aqueles que o

---

<sup>23</sup> Vide TORRES, Manuel Anselmo *ob. cit.* p.116;

<sup>24</sup> Vide DOMAR, Evsey D., e RICHARD A. Musgrave. **Proportional Income Taxation and Risk-Taking**, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 58, No. 3, Oxford University Press, 1944, p. 388, disponível em: <https://doi.org/10.2307/1882847> (consultado em 6/01/2022);

<sup>25</sup> Países como a Áustria, a Bélgica, Reino Unido e os Estados Unidos da América introduziram regimes excecionais de reporte para trás, enquanto França, Irlanda e Países Baixos optaram por acelerar nos reembolsos dos prejuízos;

<sup>26</sup> Segundo a OCDE 40% dos países que integram esta organização optaram por reforçar/introduzir exceionalmente o mecanismo de reporte para trás, cfr. OECD, **Tax Policy Reforms 2021 - Special Edition on Tax Policy during the COVID-19 Pandemic**, OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/427d2616-en> (consultado em 6/01/2022);

consagram, estabelecem um curto período temporal de reporte. Nomeadamente, Estados de referência em termos de Direito Comparado, como a Alemanha, França, e o Reino Unido adotam este mecanismo, mas limitam o reporte de prejuízos a um ano, enquanto os Estados Unidos da América que permitiam até 2018 o reporte para trás com limite de dois anos, modificaram o regime ao vedarem o reporte para trás de prejuízos suportados de 2018 em diante.

O segundo método, o *carryforward method* dispõe o oposto, o reporte de prejuízos ocorre no futuro, ou seja, a compensação dos prejuízos acontece nos anos seguintes ao ano que a empresa registou prejuízos fiscais. Este método encontra notoriamente<sup>27</sup> maior adesão nos sistemas fiscais a nível global do que o *carryback method*. A maior discrepância que se regista neste âmbito é entre os Estados que limitam e os que não limitam o reporte de prejuízos. Em particular, Alemanha, França, e Reino Unido dispõem, genericamente, de um sistema de reporte ilimitado, enquanto os Estados Unidos da América, possuem um período de reporte de vinte anos para os prejuízos registados até 2018, e um reporte ilimitado para prejuízos suportados após 2018.

As principais razões que fazem deste mecanismo preferível entre os Estados, prendem-se com a menor interferência no planeamento orçamental, visto que este não implica diminuição de receita fiscal já arrecadada, nem o recálculo do imposto devido, afigurando-se desta forma mais prático do que método contrário.

Mas, como não poderia deixar de ser, este método também apresenta as suas desvantagens e uma particularmente relevante, que se relaciona com o fenómeno da assimetria fiscal no tratamento dos prejuízos e proveitos empresariais, quer isto dizer, uma empresa é taxada sobre os proveitos assim que estes são realizados, no entanto, os seus prejuízos não são compensados prontamente. Constituí um dado adquirido na literatura económica que a referida assimetria fiscal introduz distorções nas decisões económicas<sup>28</sup> do tecido empresarial, que obstam à promoção da eficiência económica.

---

<sup>27</sup> A título exemplificativo todos os países integrantes da OCDE consagram este método nos respetivos sistemas fiscais, cfr. <https://taxsummaries.pwc.com> (consultado em 7/01/2022);

<sup>28</sup> Estas distorções são devidas a duas principais razões, a primeira, prende-se com a desvalorização monetária durante o período que medeia o momento de registo do prejuízo e o momento da sua compensação, e a segunda, está relacionada com a possibilidade da não compensação dos prejuízos;

Porém, Auerbach e Poterba<sup>29</sup>, identificaram que não obstante a existência destas distorções, o facto de, neste mecanismo, a obtenção de lucro futuro ser *conditio sine qua non* para a compensação de prejuízos fiscais constitui um incentivo, para aquelas empresas que reportaram prejuízos fiscais, gerarem lucros no futuro e, gerarem-nos com a maior brevidade possível.

Como contra-argumento podemos afirmar que, em certas situações, não está sob controlo das empresas a obtenção de resultados financeiros, mas que circunstâncias macroeconómicas imperam e prevalecem sobre os esforços destas, tal como, podemos contra-argumentar que as empresas que se encontrem em fase de arranque encontram-se em desvantagem quando comparadas com operadores já estabelecidos no mercado, porque as primeiras apesar de apresentarem mais dificuldades em gerar lucros estão sujeitas ao mesmo limite de reporte de prejuízos que empresas já estabelecidas no mercado, salvo se se estabelecer reporte para a frente ilimitado.

Em conclusão, os dois métodos são importantes instrumentos de política económica, pelo que esta análise seria incompleta caso não se abordasse, ainda que superficialmente, esta vertente<sup>30</sup>. É de ressaltar que a adoção dos dois mecanismos em conjunto aproximaria a base tributável do rendimento real das empresas, todavia custos administrativos e razões de planeamento orçamental determinam que o método de reporte para trás possua um reduzido grau de consagração nos sistemas fiscais, e que não obstante a vasta maioria dos sistemas fiscais a nível global adotarem o mecanismo de reporte para a frente, não é generalizado a consagração de um período ilimitado de reporte.

#### 4.2 Limites em função da entidade

Com a última das limitações procurou-se garantir que os prejuízos fiscais suportados por um determinado sujeito passivo são reportados pelo mesmo sujeito que os incorreu. Isto significa, que se encontra vedada a possibilidade de transferência de

---

<sup>29</sup> AUERBACH, Alan J. e POTERBA, James M. **The Effects of Taxation on Capital Accumulation - Tax Loss Carryforwards and Corporate Tax Incentives**, University of Chicago Press, 1987, p.305-342. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c11353> (consultado em 7/01/2022);

<sup>30</sup> Para uma comparação sob o ponto de vista da eficiência económica e implicações destes métodos vide BARLEV, Benzion, e HAIM, Levy **Loss Carryback and Carryover Provision: Effectiveness and Economic Implications**, National Tax Journal, vol. 28, No. 2, 1975, p.173-184, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41862051> (consultado em 06/01/2022);

prejuízos entre contribuintes, encontrando-se a dedutibilidade dos prejuízos fiscais limitada à entidade que os suportou.

A restrições que se registam no Direito Comparado têm, na sua maior parte, por base alterações na titularidade da empresa ou da atividade empresarial prosseguida. Assim exige-se ou que a titularidade da empresa não sofra quaisquer alterações<sup>31</sup> ou que a atividade empresarial prosseguida se mantenha inalterada. Não obstante ser esta a regra geral, existem duas exceções que possibilitam a transmissibilidade de prejuízos fiscais. A primeira respeita à tributação de grupos societários, enquanto a segunda é relativa às reorganizações societárias.

A exceção atinente aos grupos de sociedades tem subjacente uma visão económica unitária da empresa plurissocietária<sup>32</sup>, significa isto que o ponto de referência na determinação do direito a dedução de prejuízos fiscais não são as sociedades individualmente consideradas, mas antes o seu conjunto enquanto unidade. Durante inúmeros séculos, a célula fundamental dos sistemas económicos era a empresa, enquanto figura detida e explorada pelo pequeno empresário, contudo com a passagem ao capitalismo industrial as sociedades, enquanto “*empresas coletivas*”<sup>33</sup>, ocuparam o lugar das empresas nos tecidos económicos, que se complexificaram, com o advento da globalização, e das intrínsecas condições de mercado mais complexas e competitivas, até ao nível dos grupos de sociedades. Ora, os sistemas fiscais, cientes desta realidade emergente, e de maneira a adaptarem-se à nova realidade empresarial, criaram regimes próprios que promovem a tributação do grupo invés das suas componentes<sup>34</sup>.

Deste modo, vários Estados concedem aos grupos de sociedades o direito de escolha pela tributação consolidada, esta solução permite uma tributação segundo uma visão global do grupo de sociedades que está de acordo com a sua realidade económica enquanto entidade com capacidade contributiva única. De outra banda, situam-se os

---

<sup>31</sup> Os critérios comuns para determinar se ocorreu uma mudança na titularidade da empresa concentram, por norma, a sua atenção ou nas alterações de capital social ou nas alterações dos direitos de voto ou são uma combinação destes dois critérios. A percentagem de alteração relevante também varia consoante o Estado, começa nos 30%, caso dos Países Baixos, e pode ir até aos 75%, situação verificada na Áustria;

<sup>32</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, J. **A Tributação dos Grupos de Sociedades**, Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal, 5-26, 2011. Disponível em: [https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/45\\_1\\_jengracia\\_grupos\\_f45.pdf](https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/45_1_jengracia_grupos_f45.pdf) (consultado em 11/01/2022);

<sup>33</sup> Vide ANTUNES, José Engrácia **A Empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals”**, Revista da Ordem dos Advogados, Setembro/Dezembro 2008, p.723;

<sup>34</sup> A este propósito Ac. do TCAS, processo n.º 05493/12 de 23-02-2017, e Decisões do CAAD no processo n.º 10/2012-T de 05-09-2012 e processo n.º 11/2018-T de 28-05-2018;

Estados<sup>35</sup> que não permitem tributação consolidada, em substituição admitem a transmissibilidade dos prejuízos incorridos por uma empresa para outra empresa desde que inseridas no mesmo grupo.

No que concerne à exceção referente às reorganizações societárias, subjaz a ideia de que, não obstante ocorrer uma alteração da entidade jurídica, a entidade económica, substancialmente não se altera. O facto de a atividade empresarial continuar a ser desenvolvida no seguimento da operação de reestruturação, aliado ao facto de ocorrer uma transmissão do património societário, fazem com que o direito ao reporte de prejuízos fiscais seja também ele transmitido. Em suma, concede-se maior relevância à realidade económica-material em detrimento da vertente jurídico-formal. Por forma a evitar que obstáculos fiscais obstem à realização destas operações o legislador consagrou um regime especial de neutralidade fiscal que será alvo de análise nas páginas 33 e seguintes. Em seguida a nossa atenção recairá primeiramente sobre a operação de fusão.

---

<sup>35</sup> De que é expoente máximo o Reino Unido;

## B. A Fusão

O Direito Fiscal enquanto direito de sobreposição, vê a maioria das situações sujeitas a imposto serem, em primeiro lugar, reguladas por outros ramos de direito. A área da tributação das operações de fusão não é exceção a esta regra. De facto, apesar de o Direito Fiscal consagrar, no art.73º CIRC, parâmetros para o que deve ser considerado como fusão para efeitos fiscais, o regime fiscal destas operações só é totalmente compreendido com o auxílio do regime previsto no Direito Comercial.

Por conseguinte, antes de se proceder a qualquer indagação jus-fiscalista justifica-se primeiramente, averiguar o que se entende por fusão para efeitos comerciais. Em seguida, efetuar-se-á a indagação do conceito de fusão para efeitos fiscais, de maneira que, no final, seja possível identificar os traços característicos do instituto jurídico sob análise.

### 1. Fusão para efeitos de Direito Societário

#### 1.1 Fusão na Diretiva (UE) 2017/1132

No plano europeu de Direito das Sociedades a matéria referente às fusões começou por ser regulada pela Diretiva 78/855/CEE<sup>36</sup>, conhecida por Terceira Diretiva, e mais tarde, face às alterações sofridas esta veio a ser revogada pela Diretiva 2011/35/UE<sup>37</sup>, e por último, mais recentemente, entrou em vigência a Diretiva (UE) 2017/1132<sup>38</sup> que corresponde à legislação atualmente em vigor.

A disciplina das fusões encontra-se prevista nos arts. 87º a 135º da Diretiva (UE) 2017/1132, note-se, porém, que do texto legal não se retira nenhuma noção legal de fusão suscetível de agregar as diferentes configurações que esta operação pode assumir. Na verdade, a opção legislativa recaiu pela explicitação daquilo que se deve entender por fusão por incorporação, no art.89º, e fusão por concentração, no art.90º.

---

<sup>36</sup> Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, fundada na alínea g) do nº 3, do artigo 54º, do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas;

<sup>37</sup> Directiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à fusão das sociedades anónimas;

<sup>38</sup> Directiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades;

Desta feita entende-se por fusão por incorporação “a operação pela qual uma ou várias sociedades, por meio de uma dissolução sem liquidação, transferem para outra todo o seu património ativo e passivo, mediante a atribuição aos acionistas da sociedade ou sociedades incorporadas de ações da sociedade incorporante e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal das ações assim atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico”.

Por seu lado, o art.90º estipula que se deve entender por fusão por concentração “a operação pela qual várias sociedades, por meio da sua dissolução sem liquidação, transferem para uma sociedade que elas constituem todo o seu património ativo e passivo, mediante a atribuição aos seus acionistas de ações da nova sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal das ações atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico”.

## 1.2 No Código Sociedades Comerciais

O instituto da fusão foi originalmente regulado pelo Código Comercial de 1888, o qual se inspirou no *Codice di Comercio italiano* de 1882. A sua vigência durou até 1973, com a entrada em vigor do DL nº 598/73, de 8 de novembro. Atualmente, e desde 1986, o tratamento comercial da fusão consta dos arts.97º a 117º do CSC.

Se considerarmos na globalidade os arts.97º a 117º do CSC, observamos que estas reproduzem, quase *ipsis verbis*, o conteúdo da Diretiva (UE) 2017/1132 na parte atinente à disciplina das fusões. Destaca-se a omissão à expressão “*por meio de uma dissolução sem liquidação*”, a qual se deve a incongruências técnico-jurídicas<sup>39</sup>. Salienta-se, também, que o legislador português, na transposição dos preceitos comunitários, foi além do que lhe era exigido, tendo optado por consagrar um regime comum a todos os tipos societários. Com efeito, apesar do legislador europeu restringir o regime europeu às sociedades anónimas, o legislador português estendeu este regime às sociedades por quotas, em nome coletivo, em comandita e as sociedades civis sob forma comercial.

---

<sup>39</sup> A razão prende-se com o facto de, no ordenamento português, a dissolução não consubstanciar um efeito extintivo, mas somente um efeito modificativo na relação jurídica;

Todavia, e derivado dos preceitos nacionais resultarem de transposição de normas europeias, não se pode afirmar que os primeiros acrescentem informação relevante para a prossecução do objetivo de identificação dos traços característicos da operação fusão.

## 2. Fusão no âmbito do Direito Fiscal

### 2.1 Fusão na Diretiva 2009/133/CE

Após uma análise do regime societário, estão reunidas as condições para analisar esta operação à luz das normas de direito fiscal. Primeiramente importa referir que se considerarmos a especificidade da figura da fusão, não é de estranhar que exista um regime fiscal específico para esta figura. Através do contributo do Direito Comparado sabe-se, curiosamente, que o direito fiscal foi, por vezes um direito de charneira no enquadramento jurídico das fusões. Assim sucedeu, por exemplo, no ordenamento jurídico espanhol, no qual o direito fiscal, se antecipou ao direito das sociedades na previsão expressa da figura autónoma da fusão<sup>40</sup>.

A complexidade e a especialidade da fusão levaram a que o Direito da União Europeia, pela promulgação da Diretiva 2009/133/CE<sup>41</sup>, estabelecesse, mediante um regime especial de tributação, medidas de neutralidade fiscal. Este diploma estipula no art.2º alínea a), que se deve entender fusão como “*a operação pela qual:*

- i. uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos,*
- ii. duas ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para uma sociedade que constituam, mediante a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da sociedade nova e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro*

---

<sup>40</sup> A Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas antecedeu a publicação da Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que corresponde à primeira legislação sobre esta temática;

<sup>41</sup> Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, 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 SE (sociedade europeia) ou de uma SCE (sociedade cooperativa europeia) de um Estado-Membro para outro;

*não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos,*

- iii. uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social;”*

Da leitura das duas primeiras alíneas, resulta, notoriamente, que as mesmas correspondem, respetivamente, à fusão por incorporação e à fusão por concentração. Quanto à terceira alínea, trata-se de um caso especial, que consubstancia numa exceção a um traço característico da fusão: a integração de sócios. Ora, no caso de incorporação de sociedades detidas a 100% pela sociedade incorporante não existe a integração de sócios uma vez que a única sócia da sociedade-filha é a sociedade-mãe, pelo que o substrato pessoal da sociedade incorporante corresponderá ao substrato pessoal da sociedade-mãe. O facto de a mesma ter sido autonomizada poderia dar a entender que existiriam três tipos de fusão, contudo, tal não é o caso, uma vez que, a incorporação de sociedades detidas na totalidade pela sociedade incorporante constitui somente um subtipo da fusão por incorporação.

Quando comparadas as noções de fusão constantes da Diretiva (UE) 2017/1132 e da Diretiva 2009/133/CE, verifica-se que estas noções são coincidentes, recaindo a única diferença no facto de esta última não qualificar expressamente as duas modalidades de fusão. Desta foram, não sobressaem quaisquer diferenças que auxiliem na identificação dos traços característicos da fusão.

## 2.2 No Código de Imposto sobre Pessoas Coletivas

A transposição da Diretiva 2009/133/CE para o ordenamento jurídico português efetuou-se através do Decreto-Lei nº123/92, de 2 julho. Numa primeira fase, o legislador português optou por criar dois regimes distintos para as fusões e cisões, um aplicável às operações nacionais, e outro, aplicável às fusões e cisões transfronteiriças. Numa segunda fase, através do Decreto-Lei nº6/93, de 9 janeiro, foi criado um regime unificado, aplicável quer às operações internas, quer às operações transfronteiriças. Atualmente, o regime encontra-se presente nos arts.73º a 78º do CIRC.

O art.73º do CIRC, em conformidade com o art.2º da Diretiva 2009/133/CE, elenca nas suas cinco alíneas as operações que conformam a noção relevante de fusão, para efeitos fiscais. As primeiras três alíneas correspondem às que constam do art.2º da Diretiva, porém o legislador português acrescenta duas novas modalidades. O tipo de fusão previsto na alínea d) do art.73º, constitui a fusão de sociedades irmãs (*sidestream merger*), que envolve a fusão de duas sociedades-filhas que sejam detidas na totalidade pela mesma sociedade-mãe. Assim, na hipótese de uma sociedade deter a totalidade do capital social das sociedades participantes na fusão, estamos perante uma fusão relevante para efeitos da alínea d) do CIRC. A autonomização deste tipo de fusão deve-se à ausência do traço típico da fusão - a aquisição da qualidade de sócios na sociedade beneficiária dos sócios das sociedades participantes.

Por sua vez, o tipo de fusão consagrado na alínea e) do art.73º, corresponde à fusão inversa (*reverse merger* ou *downstream merger*), a qual se diferencia por ser a sociedade-filha a incorporar a sociedade-mãe. Ocorre, por isso, a fusão em sentido contrário, na medida, em que é a sociedade-mãe, enquanto detentora da totalidade do capital social da sociedade incorporante, que transfere o seu património para a esfera da sociedade-filha, sendo conseqüentemente incorporada e cessando a sua existência enquanto ente jurídico autónomo.

A consagração expressa deste tipo de fusão terminou com a discussão em torno da questão de saber se a fusão inversa se encontrava ou não abrangida pelo regime da neutralidade fiscal. O debate despoletou com o Parecer nº45/2004 do Centro de Estudos Fiscais o qual considerou que a fusão inversa estava excluída do âmbito da aplicação do regime de neutralidade fiscal, posição esta que foi posteriormente adotada pela administração fiscal<sup>42</sup>.

### 3. Traços Característicos

Uma vez percorridos as normas de direito societário e fiscal que comportam noções associadas ao termo fusão, podemos avançar com os traços característicos deste instituto. A fusão tem como elementos essenciais a reunião de duas ou mais sociedades numa só, a transmissão global do património das sociedades fundidas para a nova

---

<sup>42</sup> Confira-se a este propósito SALDANHA SANCHES, J. L. **Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração) Fiscal**, in *Fiscalidade*, nº34, Abril-Junho 2008;

sociedade ou da sociedade incorporada para a sociedade incorporante<sup>43</sup> e, por último, a aquisição da qualidade de sócio na sociedade incorporante, ou na nova sociedade, dos sócios das sociedades participantes.

Podemos assim afirmar que a operação comporta duas dimensões. A dimensão objetiva de reunião de uma ou mais sociedades numa única estrutura societária, com a transmissão global do património e, uma dimensão subjetiva, atinente à aquisição da qualidade de sócio na sociedade beneficiária do processo de fusão. Uma análise mais cuidada de cada um destes elementos definidores da fusão é necessária para apreender por completo esta operação, bem como os seus efeitos.

### 3.1 A transmissão global do património

A transmissão global do património das sociedades fundidas ou da sociedade incorporada para a nova sociedade ou para a sociedade incorporante é uma exigência da unificação dos patrimónios societários envolvidos. Esta transmissão diz-se global dado que envolve a transmissão da totalidade dos elementos patrimoniais ativos e passivos dos entes jurídicos alvo da fusão em bloco<sup>44</sup>. Com a fusão a sociedade beneficiária assume todas as posições jurídicas anteriormente detidas pelas sociedades incorporadas ou fundidas, por efeito da fusão estas últimas cessam, enquanto entes jurídicos autónomos, contudo, o seu património, não desaparece, mas muda de titularidade das sociedades participantes para a sociedade beneficiária.

Além desta transmissão universal, importa também referir uma outra particularidade, a qual auxilia na distinção da operação fusão de operações próximas, e que se prende com o facto de a transmissão acontecer num só momento e por um só ato. Significa isto que os seus efeitos produzem-se autonomamente, sem a necessidade de quaisquer atos subsequentes, esta característica resulta expressamente do art.105º/nº1 da Diretiva (UE) 2017/1132 que dispõe que a fusão produz *ipso iure* e, simultaneamente, o efeito transmissivo. Esta característica, legalmente prevista, leva a que, por um lado, a

---

<sup>43</sup> Conforme respetivamente de fusão por concentração ou por incorporação;

<sup>44</sup> Este facto resulta expressamente do art.105º/nº1 a) da Diretiva (UE) 2017/1132 (“A transmissão universal do conjunto do património activo e passivo”), bem como dos arts.97º/nº4 (“Mediante a transferência global do património”) e 112º a) do CSC (“transmitindo-se os seus direitos e obrigações”);

inscrição da fusão no registo comercial<sup>45</sup> tenha natureza constitutiva e, por outro, que não seja aplicáveis regimes específicos de transmissão a cada uma das relações jurídicas que integram o património a transmitir, como sejam por exemplos direitos de propriedade industrial, contratos, créditos, débitos ou bens imóveis.

Desta feita, não será correto conceber a fusão enquanto processo, ou seja, enquanto uma sucessão de atos, porquanto esta produz os seus efeitos mediante a realização de um ato único, a inscrição da fusão no registo comercial, que contribuí com particular importância para a autonomia conceptual desta figura.

Ainda neste âmbito, chama-se à atenção que nos encontramos perante uma transmissão indireta ou *share deal*. Por oposição às transmissões diretas, ou *asset deals*, nas quais os negócios jurídicos<sup>46</sup> têm por objeto direto a empresa enquanto organização unitária de meios produtivos, isto é, visa-se negociar a empresa como um todo, “*enquanto unidade juseconómica e não enquanto acervo inorgânico de bens patrimoniais avulsos*”<sup>47</sup>. Os *share deals* são o resultado do novo paradigma económico, provocado pela globalização e pelas novas condições de mercado, as quais exigem novas e mais sofisticadas formas negociais. As transmissões indiretas diferenciam-se das diretas na medida em que investem o adquirente na titularidade económica e não jurídica da empresa negociada, ou seja, permitem negociar o “controlo” da empresa sem a “propriedade” ou “gozo” da mesma, isto é, sem a titularidade jurídica.

No caso concreto das fusões, sempre que uma sociedade seja titular de uma empresa, este tipo de operação apresenta-se como uma alternativa ao modelo clássico de transmissão de empresa. No entanto não estamos perante uma modalidade típica de *share deal*. Na designação de Engrácia Antunes<sup>48</sup>, estamos perante uma modalidade especial de transmissão indireta, porquanto mais do que transmitir o controlo da empresa, a fusão opera uma mudança na titularidade jurídico-formal, deslocando a titularidade da empresa para uma esfera jurídico societária distinta da precedente.

---

<sup>45</sup> A escolha da data a partir da qual a fusão produz efeitos, foi concedida a cada Estados-Membro, pois as legislações dos Estados-Membros eram muito divergentes acerca da data em que a fusão se considera realizada, mas por ser necessário evitar que se criem mal-entendidos sobre tal data, a Direita optou por não a fixar, mas determinar que a legislação de cada Estado-Membro fixasse a data a partir da qual a fusão produz efeitos;

<sup>46</sup> De que é figura típica o *trespasse*;

<sup>47</sup> ANTUNES, José Engrácia **A Empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals”**, Revista da Ordem dos Advogados, Setembro/Dezembro 2008, p.719;

<sup>48</sup> ANTUNES, José Engrácia, *op.cit.*, p.737;

### 3.2 A integração de sócios

O segundo elemento definidor da fusão é a integração dos sócios das sociedades envolvidas na sociedade resultante da fusão. Os efeitos da fusão não se restringem às esferas jurídicas das sociedades envolvidas na fusão, estes repercutem-se também nas esferas jurídicas dos sócios das sociedades participantes, dado que a extinção destas sociedades implica, invariavelmente, a extinção das respetivas participações sociais. Em retorno, os sócios destas sociedades, recebem participações sociais na sociedade beneficiária na proporção do património líquido transmitido, adquirindo, por isso, a qualidade de sócios na sociedade resultante da fusão.

Note-se que esta é outra diferença que distingue este instituto e reforça a autonomia conceptual da fusão, a contraprestação deste negócio consiste na aquisição de partes, ações ou quotas da sociedade beneficiária. Este facto destaca-se do que é típico nos negócios sobre o capital social ou sobre as empresas na medida em que estes últimos reconduzem quase sempre a contraprestação ao esquema geral da compra e venda - o pagamento de um montante pecuniário. A contraprestação na fusão consiste na aquisição, por parte dos sócios das sociedades envolvidas, de participações sociais da sociedade resultante da fusão.

Excecionalmente o pagamento de um montante pecuniário é admissível, mas encontra-se limitado a 10% do valor nominal das participações atribuídas ao concreto sócio. Esta exceção foi redigida a pensar na hipótese de “restos”, que ocorre na falta de correspondência das participações “trocar”, porque por exemplo as participações das sociedades envolvidas podem não dar direito a receber um número certo de novas unidades de participação, ou porque há participações sobrantes que não direito a um lote inteiro de participações novas ou porque são insuficientes para obter uma nova unidade de participação.

Com a aquisição de participações sociais na sociedade resultante da fusão, os sócios das sociedades fundidas ou incorporadas passam a participar na estrutura societária da sociedade beneficiária, reunindo-se os elementos pessoais de duas, ou mais sociedades, numa só. Destarte para além de se transmitir o elemento patrimonial, transmite-se também para a sociedade beneficiária, o elemento pessoal<sup>49</sup> das sociedades participantes na fusão.

---

<sup>49</sup> Ver neste sentido Ac. TRL processo n.º 4381/2003-7, de 01-07-2003 e Ac. STJ processo n.º 32/05.2TAPCV.C2.S1, de 20-10-2011;

No entanto, apesar de a integração de sócios ser a regra geral, lembre-se existem dois casos de exceção que foram autonomamente consagrados em duas ocasiões, o caso de incorporação de sociedades detidas a 100% pela sociedade incorporante, prevista expressamente no art.2º alínea a) iii) da Diretiva 2009/133/CE e o caso da fusão de sociedades irmãs (*sidestream merger*), previsto na alínea d) do art.73º do CIRC. Nestas duas hipóteses o substrato pessoal da sociedade beneficiária não é composto pelos antigos sócios das sociedades participantes na fusão, uma vez que estas últimas têm a totalidade do seu capital social detido por um único sócio.

### 3.3 A reunião societária

O terceiro, e último elemento, característico da fusão é a reunião de duas ou mais sociedades numa só. Através da operação de fusão as sociedades a fundir passam a compor uma e a mesma estrutura societária, que resulta da junção das sociedades participantes. Por efeito da fusão, as sociedades perderem a sua individualidade jurídica em favor da sociedade beneficiária, isto significa, que estas deixam de existir como entes jurídicos autónomos para darem lugar a uma nova sociedade ou à sociedade incorporante.

Quanto à discussão sobre a natureza da fusão, esta tem sido marcada pelo confronto de duas teses: a construção germânica de transferência da totalidade do património para a sociedade resultante da fusão, e de outra banda, a tese da fusão enquanto ato modificador das sociedades envolvidas.

A teoria do ato modificativo das sociedades participantes, segundo a qual mais do que operar uma extinção de sociedades, a fusão envolve, sobretudo, uma modificação das sociedades envolvidas. Os autores chamam à atenção de que a vontade dos intervenientes não era de extinguir as sociedades, mas sim transformá-la, redefini-la de modo a potenciar as valências económicas. Esta modificação ocorre nos pactos sociais das sociedades de forma que diversas entidades preexistentes passem a constituir uma só.

Desta feita, as situações jurídicas existentes na esfera jurídica das sociedades envolvidas permanecem estáticas até ao surgimento da entidade resultante da fusão, momento em que surgem, sem que suceda nenhuma transmissão, na esfera jurídica desta última. Através da transformação nas sociedades participantes a sociedade resultante da fusão fica investida nas posições jurídicas que pertenciam às sociedades envolvidas.

Importa a este respeito referir que consagrados autores como Menezes Cordeiro<sup>50</sup> e Costa Gonçalves<sup>51</sup> e até mesmo a jurisprudência<sup>52</sup> portuguesa, com especial enfoque em acórdãos relativos ao arrendamento, são defensores da tese do ato modificativo das sociedades participantes.

No entanto, contra esta teoria, e a favor da tese da transferência da totalidade do património para a sociedade resultante da fusão, surge a própria letra lei. São várias as referências legais à “*transferência global do património*” no CSC, no CIRC, bem como na Diretiva (UE) 2017/1132 e na Diretiva 2009/133/CE.

Não descurando a importância da querela doutrinária, os diferentes preceitos fiscais e comerciais transmitem em comum a ideia de que, o legislador percecionou a fusão como uma transferência de património entre sociedades, pelo que se seguirá a tese da transferência da totalidade do património.

---

<sup>50</sup> MENEZES CORDEIRO, António - **Direito das Sociedades I – Parte Geral**. Almedina, 3ª Edição, 2016, p.1132 e ss.;

<sup>51</sup> GONÇALVES, Diogo Costa - **Fusão, cisão e transformação de sociedades comerciais – A posição jurídica dos sócios e a delimitação do *statuo viæ***. Almedina, 2008, p.121 e ss.;

<sup>52</sup> Como Ac. STA, processo nº 0372/09, de 16-09-2009 e, particularmente, o Ac. STJ, processo nº 06B3458 de 06-12-2006: do ponto de vista substancial, a extinção das sociedades incorporadas, nos termos do art.112º, a), não constitui uma verdadeira extinção, mas sim uma transformação;

## C. O regime de neutralidade fiscal e a regra sobre a transmissibilidade de prejuízos fiscais fiscal aplicável às fusões

### 1. Enquadramento

Na prossecução do melhoramento e aprofundamento do mercado interno da União Europeia a Comissão Europeia deparou-se com obstáculos jurídico-fiscais resultantes da coexistência de diversas legislações dos Estados-Membros. Com especial enfoque no âmbito do enquadramento fiscal das fusões, cisões, trocas de ativos e permuta de ações, constatou-se que a variedade de regimes jurídicos configurava um obstáculo à criação de um mercado único, com condições análogas às de um mercado interno, simultaneamente também se observou que certas liberdades económicas europeias, como a liberdade de estabelecimento, saíam frustradas. Por estas razões e de forma a ultrapassar estes problemas, surgiu a necessidade de criar um regime comum, de Direito Europeu, que harmonizasse a tributação destas operações.

A primeira proposta europeia para regular esta temática remonta a 1969<sup>53</sup>, contudo somente em 1990 surge a Diretiva 90/434/CEE<sup>54</sup> a regular o regime fiscal comum aplicável às fusões, a qual foi sucessivamente alterada de modo a justificar a redação de uma versão codificada através da Diretiva 2009/133/CE. Em Portugal, desde a versão originária do CIRC<sup>55</sup> que o legislador reconhece a importância de neutralidade fiscal nesta temática<sup>56</sup>, nomeadamente os ex-arts. 62º a 64º continham um regime próximo daquele que vigora atualmente.

---

<sup>53</sup> Cfr. HOFSTÄTTER Matthias; HOHENWARTER-MAYR Daniela - The Merger Directive. In **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**, Linde, 2016, p.159;

<sup>54</sup> Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes;

<sup>55</sup> Decreto-lei 442-B/88, de 30 de novembro;

<sup>56</sup>Referia o ponto 11 do preâmbulo do Decreto-lei 442-B/88: “*Outra área onde se faz sentir a necessidade de a fiscalidade adoptar uma postura de neutralidade é a que se relaciona com as fusões e cisões de empresas. É que a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial não devem ser dificultados, mas antes incentivados, pelo que, reflectindo, em termos gerais, o consenso que, ao nível dos países da CEE, tem vindo a ganhar corpo neste domínio, criam-se condições para que aquelas operações não encontrem qualquer obstáculo fiscal à sua efectivação, desde que, pela forma como se processam, esteja garantido que apenas visam um adequado redimensionamento das unidades económicas.*”;

## 2. A ausência de regulamentação sobre a portabilidade de prejuízos fiscais na Diretiva 2009/133/CE

Genericamente, podemos afirmar que a principal medida fiscal do regime de neutralidade consiste no diferimento, até à sua realização efetiva, da tributação das mais-valias relativas aos bens transferidos pela fusão. Contudo para assegurar uma efetiva neutralidade é necessário complementar esta regra com outras medidas, designadamente ao nível dos prejuízos fiscais. Acresce que não se pode ignorar que o próprio desígnio do regime de neutralidade, de assegurar que as operações de reestruturação não são entravadas por restrições, desvantagens ou distorções resultantes de disposições fiscais dos Estados-Membros, sairia frustrado caso não fosse permitido o reporte de prejuízos à sociedade beneficiária, na medida em que, tendo esta assumido as obrigações inerentes ao património transmitido, se não lhe fosse permitido deduzir do seu lucro tributável os prejuízos fiscais, da sociedade transmitente, ainda não deduzidos, tal facto constituiria um obstáculo fiscal à realização desta operação.

Não obstante a importância do tratamento dos prejuízos fiscais, o legislador europeu eximiu-se de regular esta matéria na Diretiva 2009/133/CE, limitando-se a estipular no art.6º da referida Diretiva uma regra de igual tratamento entre operações transfronteiriças e operações internas, ou seja, caso os Estados-Membros no âmbito de operações domésticas permitam a retoma pela sociedade beneficiária dos prejuízos, da sociedade fundida, ainda não deduzidos para fins fiscais, então encontram-se obrigados a conferir o mesmo tratamento às operações transfronteiriças possibilitando a retoma, pelos estabelecimentos permanentes da sociedade beneficiária situados no seu território, dos prejuízos da sociedade contribuidora ainda não deduzidos para efeitos fiscais.

Desta forma fica ao critério de cada Estado-Membro o tratamento a conferir aos prejuízos fiscais associados ao património transmitido, necessitando estes de apenas cumprir o requisito de tratamento semelhante entre operações internas e transfronteiriças.

## 3. O regime de neutralidade previsto no CIRC

Em Portugal, o legislador optou por permitir o reporte de prejuízos. Previsto no art.75º do CIRC a opção legal recaiu na consagração deste mecanismo por forma a assegurar a tributação do rendimento real associado à atividade transmitida sempre que

os prejuízos fiscais sejam registados em diferentes períodos de tributação, mas também na esfera de diferentes sujeitos passivos<sup>57</sup>.

### 3.1 Âmbito Subjetivo

O regime de neutralidade aplicável aplica-se, por via do art.73º/nº7 do CIRC, às fusões em que intervenham sociedades com sede ou direção efetiva em território português sujeitas e não isentas de IRC, e também, às sociedades de outros Estados-Membros da União Europeia que reúnam os requisitos que constam do art.3º da Diretiva 2009/133/CE.

Para que uma sociedade cumpra as condições cumulativas previstas no art.3º da Diretiva 2009/133/CE tem de revestir uma das formas enumeradas na Parte A do anexo I da Diretiva, que contém as formas societárias relevantes para cada Estado-Membro. Em segundo lugar tem, em conformidade com a legislação fiscal de um Estado-Membro, de estar domiciliada fiscalmente nesse Estado-Membro e, simultaneamente, não pode ser considerada, ao abrigo de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um país terceiro, como tendo domicílio fiscal fora da União Europeia. Em terceiro lugar, tem de estar sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, aos impostos enumerados na Parte B do anexo I, que correspondem aos impostos sobre o rendimento das pessoas coletivas vigentes nos diferentes Estados-Membros.

### 3.2 Âmbito Objetivo

O regime jurídico da neutralidade aplica-se às operações de fusão, de cisão, de cisão parcial, de entrada de ativos e de permuta de ações. Neste sentido, e conforme oportunamente se estudou nas páginas 23 e seguintes, remete-se para a análise efetuada sobre a operação de fusão.

---

<sup>57</sup> TAVARES, Tomás Cantista - *op.cit.*, pp.342 e ss, TORRES, Manuel Anselmo (2009), *op.cit.*, pp.131 e ss. e RAMALHO, João Magalhães – **O Regime de neutralidade fiscal nas operações de fusão, cisão, entrada de activos e permuta de partes sociais**. 1ª edição, Coimbra Editora, 2015, pp.208 e ss;

### 3.3 A dedutibilidade dos prejuízos fiscais

Apesar de permitida a transmissibilidade esta não é, no entanto, ilimitada. Em conformidade com o art.75º/nº1 do CIRC, os prejuízos fiscais estão sujeitos aos mesmos termos e condições estabelecidos no regime geral, acresce ainda que o art.75º/nº4 impõe como limite de dedução, em cada período de tributação, o valor correspondente à proporção entre o valor positivo do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades, determinados com base no último balanço anterior à operação.

Assim, admite-se a portabilidade dos prejuízos, mas impõe-se que tais prejuízos apenas possam ser deduzidos até ao limite dos lucros que venham a ser gerados pela unidade económica que registou esses prejuízos. A consagração deste limite deveu-se ao facto, de até à reforma do IRC de 2014, a transmissibilidade de prejuízos fiscais se encontrar dependente de autorização pelo Ministro das Finanças, sendo que no despacho de autorização podia ser fixado um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais a estabelecer o escalonamento da dedução durante o período em que poderia ser efetuada e os limites que não poderiam ser excedidos em cada período de tributação.

Sucedo que com a lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que republicou o CIRC, a portabilidade deixou de estar dependente de autorização ministerial, o que implicou que deixasse de ser fixado por despacho um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais. Ora, tendo em consideração que por via da fusão, *“a contabilidade, atinente à unidade jurídica, agrega, de forma inominada, os resultados de todas as atividades económicas do mesmo sujeito”*<sup>58</sup>, surge o problema de saber como se imputar à atividade transmitida a sua quota parte nos lucros globais da sociedade beneficiária.

Note-se que sem a imputação de resultados a cada ramo de atividade transmitido, a transmissão de prejuízos fiscais tornar-se-ia um benefício fiscal, pois isso significaria a preterição do critério de identidade económica, na medida em que, por exemplo, a sociedade incorporante poderia deduzir, nos lucros tributáveis registados em atividades económicas por si prosseguidos antes da fusão, prejuízos fiscais gerados na sociedade incorporada. Antevendo esta problemática, o legislador optou pela adoção de um método

---

<sup>58</sup> TAVARES, Tomás Cantista - *op.cit.*, p.348;

assente numa regra proporcional, aferida em função do peso do património transmitido face à globalidade dos patrimónios societários intervenientes na fusão.

#### 4. Norma anti-abuso do art.73º/nº10

Consciente das implicações jurídicas do regime de neutralidade fiscal, o legislador europeu, apesar de movido pelo manifesto interesse da União Europeia em criar condições análogas às de um mercado interno e de assegurar o seu bom funcionamento, faculta aos Estado-Membros a possibilidade de recusarem aplicar, ou de retirarem os benefícios concedidos por este regime, se for evidente que uma operação de reestruturação tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscal. A Diretiva numa tentativa de esclarecer estes conceitos prevê que o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas, como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades participantes, pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais.

Esta faculdade foi transposta para o atual art.73º/nº10 do CIRC, e estabelece que o regime especial de neutralidade fiscal não se aplica quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal. Em seguida esta norma estabelece duas presunções de evasão fiscal: i) nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC; e ii) quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas.

Desde logo se coloca a questão de saber o que se deve entender por “razões económicas válidas”, porém antes de podermos responder a essa questão, coloca-se uma outra, que é a de saber se o TJUE é competente para aferir do conteúdo desta cláusula anti-abuso, pois relembre-se, a Diretiva 2009/133/CE não procede à regulamentação do tratamento de prejuízos fiscais nas operações de reestruturação tratando-se, por isso, de uma situação exclusivamente doméstica.

O TJUE foi confrontado a este respeito em diferentes ocasiões<sup>59</sup> e pronunciou-se no sentido de que “quando a legislação nacional se adequa, nas soluções que dá a situações puramente internas, às soluções do direito da União (...) existe um interesse manifesto da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam interpretados de maneira uniforme, sejam quais forem as condições em que se devem aplicar”<sup>60</sup>. Assim, entende o TJUE que, ainda que se apliquem a situações exclusivamente domésticas, os conceitos europeus devem ser interpretados de modo idêntico, de maneira a evitar discriminações contra cidadãos nacionais ou eventuais distorções de concorrência, pelo que este se considera competente para a sua interpretação. Contudo, salienta o TJUE que compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance exato da remissão para o direito da União, restringindo-se a competência do TJUE à análise e à interpretação das disposições deste direito.

#### 4.1 Requisitos de aplicação da norma 73º/nº10

Chegada a altura de interpretar o art.73º/nº10 do CIRC à luz do direito da UE e da jurisprudência do TJUE, é possível identificar três elementos essenciais que devem estar reunidos para que possa ser recusada a aplicação do regime de neutralidade fiscal. Em primeiro lugar, deve resultar da operação a obtenção de vantagens fiscais, em segundo lugar, a intenção primordial para realizar a operação tenha sido a obtenção dessas vantagens fiscais, e em terceiro lugar, o resultado concreto da operação tem de conferir uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido pelo regime de neutralidade.

A primeira condição resulta da própria letra da lei que estipula um dos principais objetivos deve ser a evasão fiscal, ora evasão fiscal implica a existência de uma vantagem fiscal para o agente que se traduzirá numa poupança de imposto. Assim, cumpre determinar se, de um ponto de vista objetivo, o sujeito passivo adquiriu uma vantagem fiscal, note-se que o legislador apenas faz referência à evasão fiscal ao contrário da Diretiva que faz alusão à fraude fiscal, não obstante se é possível retirar ou negar os

---

<sup>59</sup> Cfr. Ac. *Leur-Bloem*, processo C-28/95, de 17 de julho de 1997, *Andersen og Jensen*, processo C-43/00, de 15 de janeiro de 2002, *Modehuis A. Zwijnenburg*, processo C-352/08, de 20 de maio de 2010, e, *Foggia*, processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011;

<sup>60</sup> Ac. *Foggia*, processo C-126/10, de 10 de Novembro de 2011, parágrafo 21;

benefícios concedidos por este regime quando se encontra em causa a evasão fiscal, por maioria de razão o mesmo desfecho é admissível sempre que se vise a fraude fiscal.

O segundo elemento da norma anti-abuso prende-se com a intenção em obter vantagens fiscais, consiste, portanto, num elemento subjetivo do sujeito passivo. Ainda que existam vozes dissonantes com a presença deste requisito, este é uma exigência da própria letra do art. 73º/nº10 e constitui também um elemento do teste efetuado pelo TJUE para identificar situações abusivas. Com efeito, se o principal objetivo ou se um dos principais objetivos da operação for a evasão fiscal este segundo elemento está preenchido.

Porém, surge a questão de saber como fazer a ponderação do peso de cada objetivo, qual é o critério para que um objetivo possa ser considerado como o principal ou como um dos principais objetivos? Alguns autores defendem que o critério deve passar pela comparação da importância dos objetivos fiscais com a preponderância dos objetivos não-fiscais, para outros a solução que melhor se adequa passa por equacionar se a operação seria realizada na ausência de razões fiscais, por outras palavras, se desconsiderarmos as razões fiscais que originaram a operação esta continuar-se-ia a realizar ou não? Por agora, a única certeza é que o TJUE ainda não se pronunciou sobre estas questões.

O terceiro elemento resulta da doutrina geral anti-abuso desenvolvida pelo TJUE, o teste concebido pelo Tribunal exige que *“tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições”*<sup>61</sup>. Assim, se tivermos em consideração que o *“fundamento do regime especial reside em que a fiscalidade não deve ser nem um freio nem um estímulo na tomada de decisão das empresas sobre operações de reestruturação, quando a causa que impulsiona a sua realização se sustenta em motivos económicos válidos”*<sup>62</sup>, podemos concluir que, quando este fim seja frustrado, mormente porque a motivação subjacente à operação não visou a realização da operação de reorganização como um fim em si mesmo, mas antes como um meio para a obtenção de vantagens fiscais, ou ainda que, o interesse na realização da operação prendeu-se com valências exclusivamente fiscais, à margem de qualquer razão económica diferenciada, então, nesse caso o terceiro requisito encontra-se

---

<sup>61</sup> Ac. *Halifax*, processo C-255/02, de 21 de fevereiro de 2006, parágrafo 74;

<sup>62</sup> MARQUES, Rui (2020) Código do IRC – anotado e comentado, Almedina, 2ª edição, p.697 e ss.;

preenchido e os benefícios do regime de neutralidade fiscal devem ser negados ou retirados.

#### 4.2 Presunções Legais

Por se antever a dificuldade de prova do propósito evasivo das operações, a norma anti-abuso contém duas presunções de que a operação em causa teve como principal objetivo a evasão fiscal. As implicações práticas destas presunções são evidentes, uma vez provados os factos que desencadeiam a presunção, dispensa-se a produção de qualquer outra prova e inverte-se o ónus probatório, passando a ser da competência do sujeito passivo alegar e provar que não estão reunidos os pressupostos de aplicação da norma anti-abuso. Neste sentido cumpre agora analisar conteúdo de cada uma destas presunções legais.

##### 4.2.1 Ausência de razões económicas válidas

A primeira das presunções opera sempre que as operações de reestruturação não sejam realizadas por razões económicas válidas. Mas o que se deve entender por razões económicas válidas? A norma dá como exemplo a “*reestruturação e a racionalização das atividades das sociedades que participam na operação*”, todavia este exemplo não se afigura como suficiente para esclarecer o conteúdo deste conceito legal.

Por se tratar de um conceito europeu e de um elemento integrante de uma disposição de direito secundário que não remete para o direito nacional dos Estados-Membros este deve ser alvo de uma interpretação autónoma e da competência do TJUE. Sucede que o TJUE apesar de ainda não ter procedido à interpretação deste conceito, já se pronunciou sobre o este nos acórdãos *Leur Bloem* e *Foggia*, pelo que estes serão alvo de especial atenção.

No ac. *Leur Bloem* o caso envolvia a reorganização de sociedades holandesas, ainda que se tratasse de uma situação puramente doméstica, os Países Baixos aplicaram as mesmas regras que às reorganizações transfronteiriças. A. Leur Bloem era sócia única de duas sociedades holandesas e pretendia adquirir ações de uma terceira holding, efetuando para tal o pagamento através da permuta de ações das duas primeiras sociedades e tornando-se, por via desta operação, somente indiretamente acionista destas

sociedades. Para tal, solicitou à administração fiscal holandesa que encarasse a operação referida como uma fusão por permuta de ações, a fim de beneficiar do regime de neutralidade fiscal.

Numa das questões prejudiciais colocadas ao TJUE, procura-se saber se a compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades participantes na operação constitui uma razão económica válida para efeitos do art.15º da Diretiva. O Tribunal começa por afirmar que o regime especial 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*”<sup>63</sup>. No entanto, o Tribunal não pretendeu transmitir a mensagem que uma operação motivada por motivos de evasão fiscal pudesse beneficiar do regime de neutralidade, é fulcral o exame das motivações por detrás da realização da operação para efeitos de aplicação da cláusula anti-abuso, sendo, portanto, nesta sede que se avalia a inexistência de razões económicas válidas que justifiquem negar ou retirar os benefícios do regime de neutralidade.

O maior contributo que este acórdão nos fornece com respeito à clarificação do conceito de razões económicas válidas surge no parágrafo 47, no qual o TJUE considera que “*Resulta da letra e dos objectivos do artigo 11º (atual art.15º), bem como dos da directiva, que o conceito de razões económicas válidas vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal*”. Assim, podemos inferir deste acórdão que o conceito de razões económicas válidas extravasa as razões fiscais que possam estar subjacentes à realização de uma operação de fusão.

Com a prolação do acórdão Foggia, o TJUE depara-se com a questão prejudicial em saber qual o conteúdo do conceito “razões económicas válidas”. Na base deste caso está em causa uma operação de fusão realizada pela Foggia – SGPS, através da qual incorporou três outras SGPS. Dando cumprimento ao estipulado à data a Foggia requereu autorização ao Secretário de Estado para a dedução de prejuízos fiscais não utilizados das sociedades incorporadas, apesar de deferido em relação a duas das três sociedades, este foi indeferido face à restante, com fundamento na falta de interesse económico para a sociedades incorporante, o que motivou recurso da decisão.

No exame do concreto conteúdo desta expressão o TJUE, depois de recordar o firmado no acórdão *Leur Bloem*, esclarece que “*uma operação de fusão assente em*

---

<sup>63</sup> Acórdão *Leur Bloem*, parágrafo 36;

*diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”<sup>64</sup>.* Desta feita, o Tribunal considera que podem existir razões de poupança fiscal inerentes à operação de reorganização e que a presença dos mesmos não invalida que a operação seja feita por razões económicas válidas. Situação diferente é aquela em que as razões fiscais desempenham um papel preponderante ou consubstanciem a única motivação para a decisão de realização da operação.

Na aplicação deste critério de preponderância dos motivos fiscais ao caso concreto o TJUE acaba por concluir que a poupança em encargos administrativos e de gestão que seria obtida por efeito da fusão era muito marginal quando comparada com o montante que seria poupado em termos fiscais - de acordo com o TJUE seriam mais de 2 milhões de euros.

Acrescenta ainda o Tribunal que a poupança de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão, que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada, é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura societária. Ora, se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução de encargo administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objetivos da operação, especialmente as pretensões fiscais, a regra do art.15º/1 a) ficaria desprovida de qualquer sentido útil, que consiste em salvaguardar os interesses financeiros dos Estados-Membros concedendo-lhes a faculdade de recusarem o benefício do regime de neutralidade em caso de evasão fiscal.

#### *4.2.2 Entidades com rendimentos sujeitos a diferentes regimes de tributação em IRC*

Na eventualidade de as sociedades participantes na operação não terem a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC, opera a presunção de que a operação foi realizada com objetivos de evasão fiscal.

---

<sup>64</sup> Acórdão Foggia, parágrafo 35;

António Rocha Mendes<sup>65</sup> considera o critério utilizado pelo legislador, para indiciar operações abusivas, é demasiado amplo, dado que existem operações de reestruturação que envolvem sociedades sujeitas a distintos regimes de tributação de IRC e que não indiciam qualquer abuso na aplicação do regime de neutralidade fiscal.

Por seu turno Francisco de Sousa da Câmara<sup>66</sup> entende que o legislador quis impedir a aplicação do regime de neutralidade somente nas situações em que as sociedades domésticas gozam de isenções subjetivas, totais e permanentes. No seu entender nos cenários em que uma empresa tem todos os seus rendimentos sujeitos ao regime regra e uma outra goza de certos benefícios e/ou isenções de natureza objetiva, parcial e/ou temporária deve-se entender que a operação não está abrangida por esta norma anti-abuso.

---

<sup>65</sup> MENDES, António Rocha – **IRC e as reorganizações empresariais**, Universidade Católica Editora, 2016, p.463;

<sup>66</sup> CÂMARA, Francisco de Sousa, **As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso prevista no art.67º/nº10 do CIRC**, in *J.L. Saldanha Sanches/João Tabora da Gama/ Francisco de Sousa da Câmara (org.) Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, p.84 e ss.;

## D. A competitividade entre sistemas fiscais e o reporte de prejuízos fiscais

No contexto da iniciativa da OCDE contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros, foi elaborado um conjunto de novas regras que visam assegurar a tributação dos lucros das empresas multinacionais no local onde são exercidas as atividades económicas que os geram e onde o valor é criado. Com recurso a expedientes artificiais, mas legais, e tirando partido de lacunas nas normas de direito fiscal internacional, avultados montantes de lucros gerados por empresas multinacionais são transferidos para jurisdições com baixas taxas de tributação por forma a gerarem poupança fiscal.

Num esforço contínuo para colocar um ponto final a este tipo de práticas fiscais, a OCDE desenvolveu um conjunto de regras fiscais internacionais para garantir que estas pagam a sua justa quota-parte de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Mais concretamente, através das medidas inseridas no “pillar two”<sup>67</sup>, procura-se colocar em prática uma reforma que tenta pôr um travão, através do estabelecimento de um nível mínimo de tributação à escala mundial, à tendência histórica, de diminuição gradual de taxas de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

Estas regras também conhecidas por regras-modelo GloBE<sup>68</sup> determinam uma taxa mínima de tributação efetiva de 15% sobre as empresas que atinjam o limiar anual de, pelo menos, 750 milhões de euros em receitas consolidadas. O consenso alcançado em redor desta reforma cria condições de concorrência equitativas para as empresas em todo o mundo e, simultaneamente, possibilita que as jurisdições protejam melhor as suas bases tributáveis num sistema mundial de tributação das sociedades, teoricamente, mais justo.

Esta reforma não termina, nem é esse o seu escopo, com a competitividade entre jurisdições fiscais, a sua intenção é acabar com práticas concorrenciais que não são sustentáveis, nomeadamente através da adoção de um nível mínimo para esta

---

<sup>67</sup> OECD (2021), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm> (consultado a 11/07/2022);

<sup>68</sup> Regras-modelo mundiais contra a erosão da base, aprovadas em 14 de dezembro de 2021 pelo Quadro Inclusivo da OCDE/G20 sobre a BEPS;

concorrência. Contudo, se tivermos em consideração que mais de 135 jurisdições concordaram em implementar uma taxa de tributação efetiva única, parece evidente que um dos principais fatores de competitividade fiscal deixará de constituir um fator diferenciador entre estas jurisdições. Assim, ainda que esta reforma não termine com a competitividade fiscal é certo que irá alterar os moldes em que esta ocorre.

É certo que o estabelecimento de uma taxa mínima efetiva não significa que todas as jurisdições optem por tributar as empresas multinacionais à mesma taxa, certamente alguns Estados irão optar por tributar a taxas mais elevadas do que a taxa mínima acordada. No entanto, o diferencial fiscal entre as taxas aplicáveis nesses Estados e a taxa mínima praticada pelos Estados mais competitivos, não será distante o suficiente para, por si só, motivar a elaboração e a colocação em prática estratégias de planeamento fiscal.

Parecem estar reunidas as condições para se afirmar que, com a da adoção das regras GloBE, aquele que foi durante muito tempo um dos principais fatores a ter em consideração na competitividade entre jurisdições fiscais irá perder a sua relevância. Mas, como se disse, este facto não implicará o fim da concorrência fiscal, pelo que se questiona quais os restantes parâmetros fiscais aptos a possibilitar esta competitividade e, mais precisamente, poderá o mecanismo de reporte de prejuízos fiscais incluir-se neste grupo?

Primeiramente, o reporte de prejuízos fiscais enquanto parâmetro de competitividade fiscal apresenta a vantagem de se repercutir numa menor carga fiscal para o contribuinte, a dedutibilidade permitida irá ao contrário de outros fatores como a estabilidade legislativa, a falta de burocracia administrativa ou a celeridade na pronúncia de decisões dos tribunais fiscais, refletir-se num menor montante de imposto a pagar, pelo que neste sentido podemos afirmar que terá repercussões diretas na área financeira das empresas. Por outro lado, este mecanismo encontra-se associado à atividade da empresa na sua globalidade, não é, por isso relevante se a empresa desenvolve a sua atividade em determinado sector ou investe em determinado tipo de infraestruturas para que lhe sejam concedido o direito ao reporte de prejuízos fiscais.

Em segundo lugar, existe um largo espectro no qual as jurisdições fiscais podem competir, se, por um lado, existe presentemente, num número significativo de países reporte para a frente ilimitado, o mesmo não ocorre no reporte para trás. Aliás, a amostra de Estados que concedem reporte de prejuízos para trás é muito reduzida, a título

exemplificativo na Europa apenas Estónia e Letónia consagram à data da redação um reporte para trás ilimitado, a República Checa admite o reporte para trás, mas limita o reporte a dois anos, enquanto dos restante apenas Irlanda, Reino Unido, França, Alemanha e Países Baixos<sup>69</sup> consagram reporte para trás e este encontra-se limitado a um ano.

Tal como se referiu no primeiro capítulo a propósito dos limites temporais do mecanismo de reporte fiscais, esta figura configura um importante instrumento de política económica. A adoção de um período ilimitado, ou bastante alargado, de reporte, para além de mitigar as distorções económicas das empresas produzidas pela assimetria fiscal, incentiva à tomada de decisões de investimento por parte das empresas<sup>70</sup>. Isto porque o direito à dedução futura de prejuízos fiscais no lucro tributável quando comparado com a criação ou acumulação de reservas de capital apresenta a vantagem de reduzir o montante futuro de IRC a liquidar.

Desta forma departamentos como pesquisa e desenvolvimento, despesas de capital (CapEx), ou ativos intangíveis apresentam-se como categorias de investimento suscetíveis de gerar retornos por via do mecanismo de reporte de prejuízos fiscais. Atualmente existem várias empresas de grande dimensão<sup>71</sup> que optam por retardar a obtenção de lucros em favor deste tipo de investimentos. Neste sentido, as empresas que adotem uma estratégia semelhante serão atraídas por sistemas fiscais que concedam um período ilimitado de reporte, pois assim poderão maximizar os benefícios da sua estratégia.

Por outro lado, este fator é um campo rico para a competitividade fiscal na medida em que o plano do limite quantitativo à dedução de prejuízos fiscais poderá consubstanciar outro canal de competitividade fiscal, quanto maior for o montante ou a percentagem do prejuízo fiscal legalmente dedutível mais atrativo será esse regime para empresas multinacionais. De maneira ilustrativa atente-se que o limite de dedutibilidade mais restritiva na Europa localiza-se na República Checa e consiste em 50% dos

---

<sup>69</sup> Fonte: EY, “*Worldwide Corporate Tax Guide 2021*”, disponível em: [https://www.ey.com/en\\_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide](https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide) (consultado a 12/07/2022); e PWC, “*Worldwide Tax Summaries*”, disponível em: <https://taxsummaries.pwc.com> (consultado a 12/07/2022);

<sup>70</sup> Veja-se neste sentido Heitzman, S., Lester, R., 2021, **Net Operating Loss Carryforwards and Corporate Savings Policies**, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3185018> (consultado a 05/08/2022);

<sup>71</sup> Exemplos de referência deste tipo de empresas são Amazon, Uber ou Netflix;

rendimentos obtidos, e em alguns países, como a Irlanda, admitem a dedutibilidade da totalidade dos lucros contabilizados.

Assim, será expectável, no âmbito da concorrência fiscal, que gradualmente os Estados admitam cada vez mais um maior limite temporal para reporte, quer seja reporte para a frente, quer seja reporte para trás. Simultaneamente, os sistemas fiscais também podem competir ao limitar cada vez menos a dedutibilidade dos prejuízos fiscais registados pelas sociedades nos seus lucros tributáveis. O maior dos desafios para os Estados neste domínio prende-se com o trade-off que está inerente entre tornar o sistema fiscal mais competitivo e a arrecadação de receita pública, e se tivermos em consideração que o reporte de prejuízos fiscais constitui um fator de erosão de base tributária tal pode constituir um fator que retardará o desenvolvimento da competitividade desta figura.

Mas será que com base neste facto podemos afirmar que o reporte de prejuízos fiscais constitui uma fonte de preocupação enquanto ferramenta que pode ser utilizada para erosão abusiva da base tributária? Em primeiro lugar cabe salientar que a reforma que se pretende implementar será aplicável a grupos multinacionais que atinjam o limiar anual de, pelo menos, 750 milhões de euros em receitas consolidadas, o que significa que não é frequente que este tipo de empresas apresentem prejuízos, não só porque a grande maioria encontram-se cotadas em bolsa e estão, como tal, pressionadas trimestralmente a apresentar resultados financeiros positivos, como por norma possuem uma quota de mercado significativa que lhes proporciona consideráveis margens de lucro.

Ainda assim, não é improvável que grupos multinacionais apresentem prejuízos quer seja devido a fatores externos, de que é exemplo máximo a pandemia COVID-19, quer seja por motivos estratégicos, por exemplo, o entendimento de que é melhor reinvestir o capital gerado anualmente pela empresa, do que obter e distribuir no presente os lucros criados. Todavia, mesmo que a dedução de prejuízos fiscais não seja o primeiro instrumento que este tipo de empresas recorra para gerar poupança fiscal, é necessário assegurar que a contabilidade não é forjada, que operações fictícias não são realizadas de forma a erodir as respetivas bases tributárias ou que as empresas recorram a instrumentos financeiros com o propósito de contornar as regras sobre o reporte de prejuízos fiscais.

Porém, o cenário altera quando a análise incide sobre empresas de menores dimensões, não só porque este tipo de empresa não recebe a atenção política e social que

maiores empresas recebem, ilustrativo disso mesmo é o facto das regras GloBE serem somente aplicáveis a empresas que gerem pelo menos 750 milhões em receitas consolidadas, como também apresentam menores receitas que, em abstrato são mais facilmente, erodidas das suas bases tributárias. Assim, tendo em consideração que existe um maior risco de abuso na utilização do mecanismo de reporte de prejuízos fiscais será também natural que quando a reforma do sistema fiscal internacional alastre o seu âmbito subjetivo a empresas de menor dimensão - o que será lógico se a atual reforma for implementada com sucesso - que surjam maiores desenvolvimentos neste sentido.

## Conclusões

Uma vez terminado o presente trabalho, cumpre apresentar as conclusões que foram alcançadas com a realização do mesmo:

### I

Por prejuízo fiscal deve-se entender o saldo negativo entre os proveitos, ganhos e demais variações patrimoniais positivas, e os custos, perdas e demais variações patrimoniais negativas suscetíveis de concorrer para o cálculo do lucro tributável de um sujeito passivo de IRC num dado período de tributação.

### II

A distinção de prejuízo contabilístico e prejuízo fiscal consiste no facto de o apuramento de lucro para efeitos fiscais não se basear unicamente nas demonstrações financeiras, sendo necessário realizar um conjunto de correções que permitam transportar para a base tributável apenas aquilo que deve reconduzir-se aos proveitos e custos em sentido económico.

### III

Do apuramento de prejuízos fiscais decorrem duas consequências relevantes: a primeira prende-se com o não pagamento de imposto no período a que respeitam, e a segunda está relacionada com o surgimento do direito à dedução dos prejuízos incorridos nesse período na base tributável dos períodos subsequentes através do mecanismo do reporte de prejuízos fiscais.

### IV

De acordo com a noção económica pura de rendimento existem duas características marcantes neste conceito: a periodização e o acréscimo. Pelo contributo da ciência económica afere-se hoje rendimento pela comparação do acréscimo de riqueza verificado entre dois pontos temporais.

## V

O regime de reporte de prejuízos fiscais, não é, um regime de favor ou benefício fiscal, mas antes uma exigência do próprio princípio da tributação das empresas pelo lucro real e, portanto, uma exigência constitucional.

## VI

O método do reporte de prejuízos fiscais visa neutralizar os efeitos nefastos da periodização do lucro tributável na tributação das empresas.

## VII

Os ordenamentos jurídicos limitam temporalmente o reporte de prejuízos fiscais através do método de reporte para trás e através do reporte para a frente, sendo que o último dispõe de uma consagração muito mais alargada pela realidade administrativa e financeira inerente a este método.

## VIII

Outra limitação importante no reporte de prejuízos fiscais que visa garantir que os prejuízos fiscais suportados por um determinado sujeito passivo são reportados pelo mesmo sujeito que os incorreu, contudo existem duas exceções a este limite atinentes aos grupos de sociedades e às operações de reestruturação de empresas que possibilitam a transmissão do direito ao reporte de prejuízos fiscais.

## IX

Cada uma destas exceções dá origem a um regime especial: o regime especial de tributação dos grupos de sociedades e o regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais.

## X

A operação de fusão tem como elementos essenciais a reunião de duas ou mais sociedades numa só, a transmissão global do património das sociedades fundidas para a nova sociedade ou da sociedade incorporada para a sociedade incorporante e, por último, a aquisição da qualidade de sócio na sociedade incorporante, ou na nova sociedade, dos sócios das sociedades participantes

## XI

O regime especial aplicável às fusões foi criado com o desígnio de evitar que obstáculos fiscais obstem à realização destas operações, porém no que diz respeito ao reporte de prejuízos fiscais limitou-se a estipular no art.6º da Diretiva 2009/133/CE uma regra de igual tratamento entre operações transfronteiriças e operações internas.

## XII

O regime de neutralidade fiscal impõe um limite quantitativo à dedução de prejuízos fiscais assente numa regra proporcional, aferida em função do peso do património transmitido face à globalidade dos patrimónios societários intervenientes nas operações de reestruturação.

## XIII

Os Estado-Membros dispõem da possibilidade de recusarem aplicar, ou de retirarem os benefícios concedidos por este regime, se for evidente que uma operação de reestruturação tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscal.

## XIV

A reserva de competência conferida aos Estados-Membros baseia-se na doutrina geral anti-abuso desenvolvida pelo TJUE que ao longo do tempo analisou as práticas abusivas sob dois prismas, por um lado enquanto manifestação do princípio geral anti-abuso de Direito Europeu, por outro enquanto requisito de interesse público suscetível de restringir a aplicação de liberdades fundamentais. Ainda que manifestado sob duas maneiras diferentes o TJUE considera que estamos perante o mesmo conceito.

## XV

No que toca à aplicação da norma anti-abuso prevista no art.73º/nº10 do CIRC, esta está dependente da reunião de três elementos essenciais: em primeiro lugar, deve resultar da operação a obtenção de vantagens fiscais, em segundo lugar, a intenção primordial para realizar a operação tem de ser a obtenção dessas vantagens fiscais, e em terceiro lugar, o resultado concreto da operação tem de conferir uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido pelo regime de neutralidade.

## XVI

No que toca ao segundo requisito existe uma discrepância na doutrina quanto ao critério a ser usado, por um lado existem aqueles que defendem que o critério deve passar pela comparação da importância dos objetivos fiscais e a preponderância dos objetivos não-fiscais, para outros a solução que melhor se adequa passa por equacionar se a operação seria realizada na ausência de razões fiscais.

## XVII

O legislador em resposta às dificuldades de prova de que o principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, é a fraude ou evasão fiscal concebeu duas presunções legais que se verificam nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas.

## XVIII

A expressão razões económicas válidas deve ser interpretada, segundo a jurisprudência do TJUE, como a prossecução de outros benefícios além da dimensão puramente fiscal. Assim, podemos inferir que o conceito de razões económicas válidas extravasa as razões fiscais que possam estar subjacentes à realização de uma operação de fusão, a título ilustrativo se a noção de razões económicas válidas e as razões fiscais fossem representados por dois círculos concêntricos o círculo de razões económicas válidas teria um diâmetro maior que englobaria o círculo das razões fiscais, não se identificando com este.

## XIX

Quanto à presunção a envolver entidades com rendimentos sujeitos a diferentes regimes de tributação em IRC, esta é criticada pela doutrina por ser demasiado ampla, dado que existem operações de reestruturação que envolvem sociedades sujeitas a distintos regimes de tributação de IRC e que não indiciam qualquer abuso na aplicação do regime de neutralidade fiscal.

## XX

Com a implementação das regras GloBE, uma taxa de tributação efetiva mínima de 15% entrará em vigor o que implicará que um dos principais fatores de competitividade fiscal

perca importância, e que conseqüentemente emergjam outros fatores de competitividade fiscal, sendo a figura do reporte de prejuízos fiscais suscetível de ser um deles.

#### XXI

O reporte de prejuízos fiscais proporciona diversos campos com potencial para a competitividade fiscal, contudo, em teoria, o desenvolvimento deste parâmetro implica menor arrecadação de receita pública o que poderá atrasar a evolução deste mecanismo.

#### XXII

O facto de o reporte de prejuízos fiscais acarretar erosão das bases tributárias não indica necessariamente que este constitua um fator de abuso por parte de empresas multinacionais com elevados montantes de receitas, o mesmo não se poderá afirmar em relação a empresas com menores receitas uma vez que nestas a criação artificial de prejuízos é mais suscetível de passar despercebida.

## Bibliografia

- ANTUNES, José Engrácia **A Empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals”**, Revista da Ordem dos Advogados, Setembro/Dezembro 2008;
- AUERBACH, Alan J. e POTERBA, James M. - **The Effects of Taxation on Capital Accumulation - Tax Loss Carryforwards and Corporate Tax Incentives**, University of Chicago Press, 1987. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c11353> (consultado em 07/01/2022);
- AVI-YONAH, Reuven – **Global Perspectives on Income Taxations Law**, Oxford: Oxford University Press, 2011;
- BARLEV, Benzion, e HAIM, Levy - **Loss Carryback and Carryover Provision: Effectiveness and Economic Implications**, National Tax Journal, Vol. 28, No. 2, National Tax Association, 1975, p.173–84, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41862051> (consultado em 06/01/2022);
- CÂMARA, Francisco de Sousa - **As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso prevista no art.67º/nº10 do CIRC**, in *J.L. Saldanha Sanches/João Tabora da Gama/ Francisco de Sousa da Câmara (org.) Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009;
- CAMPISANO, Mark; ROMANO, Roberta - **Recouping Losses: The Case for Full Loss Offsets**, Vol. 76, No 5, Northwestern University Law Review, 1981;
- CAMPOS, Diogo Leite de; RORIGUES, Benjamim Silva; SOUSA, Jorge Lopes de - **Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada**, 4ª edição, Almedina, 2012;
- CARVALHO, José Pedro Xavier de Freitas - **O Princípio de Justiça Material em Direito Tributário: prolegómenos para uma nova compreensão da legalidade fiscal Porto**, Tese de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Económicas, CIJE.UP - Faculdade de Direito, 2011;
- CATARINO, João Ricardo; Guimarães Vasco (org. e coautores), **Lições de Fiscalidade – princípios gerais e fiscalidade interna**, Vol. I, Almedina, 4ª edição, 2015;
- CORREIA, Miguel - **Taxation of Corporate Groups**, Kluwer Law International, 2013;
- COURINHA, Gustavo Lopes - **Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas**. Reimpressão, Almedina, 2020;
- DOMAR, Evsey D., e RICHARD A. Musgrave - **Proportional Income Taxation and Risk-Taking**, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 58, No. 3, Oxford University Press, 1944, disponível em: <https://doi.org/10.2307/1882847> (consultado em 06/01/2022);
- DOURADO, Ana Paula - **Direito Fiscal**, Almedina, 2ª edição, 2017;
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. - **A Tributação dos Grupos de Sociedades**, Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal, 5-26, 2011. Disponível em: [https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/45\\_1\\_jengracia\\_grupos\\_f45.pdf](https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/45_1_jengracia_grupos_f45.pdf) (consultado em 11/01/2022);
- Ernest and Young, **Worldwide Corporate Tax Guide 2021**. Disponível online em: [https://www.ey.com/en\\_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide](https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide) (consultado em 04/01/2022);
- GONÇALVES, Diogo Costa - **Fusão, cisão e transformação de sociedades comerciais – A posição jurídica dos sócios e a delimitação do statuo viæ**. Almedina, 2008;
- HAIG, Robert Murray - **The Concept of Income -Economics and Legal Aspects**, in *The Federal Income Tax*, Columbia University Press, 1921;

- Heitzman, S., Lester, R., 2021, **Net Operating Loss Carryforwards and Corporate Savings Policies**, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3185018> (consultado a 05/08/2022);
- HOFSTÄTTER Matthias; HOHENWARTER-MAYR Daniela - The Merger Directive. In **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**, Linde, 2016;
- Instituto Antônio Houaiss, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa Tomo XV POS-RES; Temas & Debates, 2005;
- LANG, Michael *Cadbury Schweppes' Line of Case Law from the Member States' Perspective*. Disponível em: <https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/staff/publications/langcadburryprohibition2011.pdf> (consultado em 8/04/2022)
- MARQUES, Rui (2020) **Código do IRC – anotado e comentado**, Almedina, 2ª edição;
- MASTELLONE, Pietro **Corporate Tax and International Accounting Standards: Recent Developments in Italy**, Tax Notes International Volume 61, Number 3, 2011;
- MENDES, António Rocha – **IRC e as reorganizações empresariais**, Universidade Católica Editora, 2016;
- MENEZES CORDEIRO, António - **Direito das Sociedades I – Parte Geral**. Almedina, 3ª Edição, 2016;
- NABAIS, José Casalta - **Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)**, Coimbra, 1994;
- OECD **Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning**, OECD Publishing, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264119222-en> (consultado em 05/01/2022);
- OECD, **Tax Policy Reforms 2021 - Special Edition on Tax Policy during the COVID-19 Pandemic**, OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/427d2616-en> (consultado em 6/01/2022);
- Pannell Kerr Forster **International, Worldwide Tax Guide 2020-21**. Disponível em: [https://www.pkf.com/media/8d8911704cc5b4d/pkf-wwtg-2020-2021\\_online.pdf](https://www.pkf.com/media/8d8911704cc5b4d/pkf-wwtg-2020-2021_online.pdf) (consultado em 4/01/2022);
- PEREIRA, M. H. de Freitas; **Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais**, in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lurdes Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Nº 171, 1995;
- RAMALHO, João Magalhães – **O Regime de neutralidade fiscal nas operações de fusão, cisão, entrada de activos e permuta de partes sociais**. 1ª edição, Coimbra Editora, 2015;
- RIBEIRO, J.J. Teixeira, **A reforma fiscal**, Coimbra Editora;
- SANTOS, A. Carlos, A presunção da veracidade na contabilidade in **Da questão fiscal à reforma da reforma fiscal**, Rei dos Livros;
- SILVA, Filipe Lobo - **As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal**, Almedina, 2016;
- SIMONS, Henry (1938) **Personal Income Taxation. The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy**;
- SOUSA, António Francisco de - **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**, Almedina, 1994;
- TAVARES, Tomás Cantista - **IRC e Contabilidade – Da realização ao justo valor**. 1ª edição, Almedina, 2018;
- TEIXEIRA Ribeiro - **A justiça na tributação** in “Boletim de Ciências Económicas”, vol. XXX, Coimbra 1987, n.º 6;

TORRES, Manuel Anselmo (2009), **A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais**, in *J.L. Saldanha Sanches/João Taborda da Gama/ Francisco de Sousa da Câmara (org.) Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora;

WARREN, Alvin C. and AUERBACH, Alan Jeffrey, **Transferability of Tax Incentives and the Fiction of Safe Harbor Leasing**, Vol.95, No.8, Harvard Law Review, 1982. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=315979> (consultado em 5/01/2022);

## Jurisprudência

### Jurisprudência Tribunal Constitucional

Ac. do TC n.º 348/97 de 29.04.1997, Processo n.º 63/96;

Ac. do TC n.º 601/2004 de 12-10-2004, Processo n.º 793/2003;

Ac. do TC n.º 84/2003 de 12.02.2003, Processo n.º 531/99;

Ac. do TC n.º 197/2013 de 09.04.2013, Processo n.º 602/12;

### Jurisprudência Tribunal Central Administrativo Sul

Ac. do TCAS, processo n.º 04403/10 de 3-03-2016;

Ac. do TCAS, processo n.º 05493/12 de 23-02-2017;

Ac. do TCAS, processo n.º 1852/07.9BCLSB, de 28-03-2019

### Jurisprudência Supremo Tribunal Administrativo

Ac. STA, processo n.º 01278/12.2BELRS 0574/18 de 09-10-2019;

Ac. STA, processo n.º 0291/08 de 25-06-2008;

Ac. STA, processo n.º 0325/08 de 19-11-2008;

### Jurisprudência Centro Arbitragem Administrativa

Ac. CAAD processo n.º 10/2012-T de 05-09-2012;

Ac. CAAD processo n.º 11/2018-T de 28-05-2018;

Ac. CAAD processo n.º 327/2019-T de 14-01-2020;

Ac. CAAD processo n.º 423/2017-T de 30-11-2017;

## Jurisprudência Tribunal Justiça da União Europeia

Ac. *Andersen og Jensen*, processo C-43/00, de 15 de janeiro de 2002;

Ac. *Cadbury Schweppes*, processo C-196/04, de 12 de setembro de 2006;

Ac. *Foggia*, processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011;

Ac. *Halifax*, processo C-255/02, de 21 de fevereiro de 2006;

Ac. *Leur-Bloem*, processo C-28/95, de 17 de julho de 1997;

Ac. *Modehuis A. Zwijnenburg*, processo C-352/08, de 20 de maio de 2010;