

A transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões

Teresa Gil de Oliveira Braga*

Com o presente artigo pretende-se dar um contributo para a discussão da questão da transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões. O legislador da União Europeia (UE) remeteu para os Estados-Membros (EM) a responsabilidade da definição do regime, fazendo unicamente a exigência que a opção consagrada não fosse discriminatória. O legislador português, utilizando a margem de actuação conferida, optou por subordinar a transmissibilidade de prejuízos para efeitos fiscais à regra das “razões comerciais válidas”, regra essa que, no âmbito da Directiva, se circunscrevia aos benefícios tributários concedidos pela mesma, o que não incluía a questão da transmissibilidade de prejuízos. Mediante uma análise do regime implementado em Portugal à luz do contexto jurídico nacional, do direito da UE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), conclui-se que é imperioso resolver de forma clara e definitiva esta questão da regulação da transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das reorganizações societárias, tanto domésticas como transfronteiriças, a fim de evitar que os operadores económicos continuem a sofrer os inconvenientes resultantes das imprecisões das regulações normativas nacionais, soluções que deveriam passar pela adopção da globalidade ou parte das propostas que se apresentam no presente artigo.

The present article is aimed at discussing the problem of the transferability of tax losses in the context of mergers. The EU legislator referred to the Member States the responsibility for defining this regime, only requiring that the solution effectively introduced was not discriminatory. The Portuguese legislator chose to bind the transferability of losses for tax purposes to the rule of the “valid commercial reasons”. Through an in-depth analysis of the system implemented in Portugal in light of the national legal context, the EU law and the CJEU’s case law, we concluded that it is imperative to solve this issue definitively, and regulate the transferability of tax losses within the corporate reorganizations, both domestic and cross-border in order to prevent that traders continue to suffer restrictions, disadvantages and distortions resulting from inaccuracies of national and European regulations. These solutions could go through the adoption of the whole or part of the proposals presented in this article.

1 - Introdução. 2 - A transmissibilidade de prejuízos no contexto europeu. 2.1 - Razões da necessidade de um regime tributário aplicável às fusões realizadas no interior da UE. 2.2 - A não regulação da transmissibilidade de prejuízos pela Directiva das fusões. 2.3 - A protecção anti-abuso no âmbito da Directiva: A expressão “razões comerciais válidas”. 3 - A transmissibilidade de prejuízos no contexto de fusões: a abordagem no âmbito nacional. 3.1 - Breve retrospectiva histórica. 3.2 - Identificação sumária das fontes de inspiração do regime nacional actualmente vigente para a transmissibilidade de prejuízos. 3.3 - Análise concreta. 4 - A compatibilidade do regime fiscal português com o ordenamento europeu. 4.1 - Da aplicação do direito da UE a situações puramente internas. 4.2 - Da aplicação do direito da UE a situações não reguladas nas Directivas. 5 - Propostas de futuro. 5.1 - Soluções ao nível nacional. 5.2 - Soluções ao nível da UE. 5.3 - Síntese conclusiva. 6 - Conclusões.

1 - Introdução

Com o incremento da globalização aumentaram exponencialmente as reorganizações societárias o que conduziu à necessidade de uma regulação atenta e compreensiva destas operações. Consequentemente, esta regulação tornou-se num factor muito importante.

Dentro das reorganizações, as fusões¹ assumem um papel preponderante. Estas apresentam-se como uma consequência natural e inevitável das constantes transformações da estrutura económica.

A percepção das vantagens micro e macroeconómicas destas operações levou à introdução de várias medidas de promoção das mesmas. Ao nível fiscal² tal passa essencialmente pela introdução de um regime de neutralidade³, ou seja, o regime é estruturado de modo a que as operações não tenham “consequências fiscais, na medida em que a actividade empresarial continua, ainda que sob novas formas jurídicas”.⁴ Esta neutralidade reclama que o ordenamento jurídico-tributário não tenha influência nas decisões das empresas sobre estas operações.⁵ No entanto, numa perspectiva prática, a neutralidade acaba por ser percebida como um incentivo às reestruturações. Isto porque as mesmas não originam tributação desde que esteja assegurado que as mais-valias latentes sejam tributadas num momento posterior. Na prática, isto corresponde a um diferimento de tributação.⁶

No espaço europeu existe um regime privativo para estas operações que é pautado pelo mencionado vector da neutralidade.

Este regime tributário atractivo levou vários operadores a estruturar negócios artificiais com o objectivo imediato ou único de beneficiar das vantagens fiscais subjacentes. Daí que, ao mesmo tempo que se instituíram as vantagens, se tenha criado um poderoso dispositivo normativo anti-abuso.⁷

O presente trabalho tem por objecto o estudo de um dos aspectos centrais da regulação do regime fiscal das reorganizações societárias, o regime da transmissibilidade dos prejuízos no âmbito das

* O presente estudo corresponde praticamente na íntegra à dissertação de Mestrado em Direito Fiscal apresentada e defendida pela autora na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pólo do Porto, a 27/10/2011, perante um júri presidido pelo Professor Doutor Rui Duarte Morais, pelo Doutor Tomás Cantista Tavares e pelo Doutor João Pinto Félix Nogueira (orientador).

¹ Apesar da prolixidade normativa em matéria de reorganizações societárias, o ordenamento jurídico português não oferece uma noção clara de fusão. O conceito é esboçável unicamente por recurso à tipificação das modalidades que a mesma pode revestir. Sobre fusões de sociedades *vd.* L. M. MENEZES LEITÃO, “Fusão, cisão de sociedades e figuras afins”, *Fisco*, 57, ano 5 e R. VENTURA, *Fusão, cisão e transformação de sociedades: comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, (Coimbra: Almedina, 1999).

² *Vd.* C. LOUREIRO, “Problemas fiscais da fusão e aquisição de empresas”, *Fisco*, 55/56, 1993, pp. 48 e ss; J. DRAGO, *Fusão de sociedades comerciais: notas práticas*, (Coimbra: Almedina, 2007), pp. 111 e ss; J. BILAU, “Tratamento fiscal das fusões de sociedades”, *Jornal Técnico de Contas e da Empresa*, 364, 1996, pp. 19 e ss.

³ Em meados do século XVIII, A. SMITH já sublinhava a necessidade dos impostos revestirem uma natureza neutral, afirmando que estes “não devem obstruir a iniciativa das pessoas e desencorajá-las de se aplicarem em certos ramos de negócios”. A. SMITH, *Riqueza das nações*, vol. 2, (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989), pp. 487 e ss.

⁴ R. MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, (Coimbra: Almedina, 2007), p. 167. Sobre neutralidade *vd.* ainda C. LOBO, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagrevamento estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos”, *Fiscalidade*, 26/27, 2006.

⁵ Na exposição de motivos da lei espanhola - Ley 29/1991 - que transpôs para o ordenamento tributário espanhol a Directiva das fusões, pode ler-se o seguinte: “Este régimen tributario responde a un principio básico: la neutralidad. La regulación contenida en la presente norma no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza...”.

⁶ *Vd.* M. H. FREITAS PEREIRA, “A tributação do rendimento das empresas nos processos de integração económica”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 385, 1997, pp. 92-93. Nas palavras de GARCÍA N., “the taxation of capital gains is deferred until the assets are eventually sold”. *Vd.* GARCÍA N., “Tax neutrality in the exercise of the right of establishment within the EU and the funding of companies”, *Intertax*, vol. 38, 11, 2010, pp. 568-576.

⁷ Ao longo do presente estudo, serão utilizadas com um sentido idêntico as expressões “fraude”, “evasão”, “evitação”, “abuso”, “práticas abusivas”.

operações de fusão. Atentas as recentes evoluções jurisprudenciais ocorridas, europeias⁸ e nacionais, consideramos que se trata de um domínio onde urge uma reflexão compreensiva e ponderada, a qual se fará através do presente estudo.

2 - A transmissibilidade de prejuízos no contexto europeu

2.1 - Razões da necessidade de um regime tributário aplicável às fusões realizadas no interior da UE

No comércio entre dois Estados goza de uma vantagem comparativa aquele que possuir uma relação menor dos custos de produção de determinado produto. Esta proposição, atribuível a DAVID RICARDO, revela que a especialização de cada Estado na produção de algo onde os custos comparativos sejam menores é vantajosa para todos os países envolvidos na transacção comercial.⁹ A teoria das vantagens comparativas é um dos substratos que, de acordo com alguns autores, subjaz à ideia de mercado único e às liberdades fundamentais¹⁰ e uma das bases de sustentação da existência de um regime privativo para as fusões, tanto a nível interno como da UE.

Para dar integral cumprimento à ideia de mercado único e às liberdades fundamentais, considerava-se necessário que as fusões transfronteiriças recebessem o regime da neutralidade já vigente em vários EM para as fusões domésticas. Isto porque a tributação imediata das mais-valias latentes nas fusões intra-europeias conduzia a uma forte distorção da concorrência no mercado interno.

Nesse sentido, foi aprovada a Directiva 90/434/CEE de onde resulta o actual regime tributário português das fusões.¹¹ Procurou-se criar um regime onde as operações de fusão não fossem paralisadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos diversos EM, instaurando-se, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, procurando permitir que as empresas se adaptassem às exigências do mercado comum, aumentassem a sua produtividade e fortalecessem a sua posição concorrencial no plano externo.¹²

2.2 - A não regulação da transmissibilidade de prejuízos pela Directiva das fusões

Apesar do contributo dado pela Directiva, as fusões intra-europeias continuam a enfrentar grandes dificuldades.

⁸ No presente estudo utilizaremos o qualificativo “europeu” por referência ao espaço da “UE”, salvo indicação em contrário.

⁹ Vd. D. RICARDO, *The principles of political economy and taxation*, (London: Dent, 1976).

¹⁰ Sobre o papel das liberdades fundamentais veja-se M. POIARES MADURO, *We the court*, (Oxford: Hart, 1998), pp. 129 e ss.

¹¹ Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23/07/1990, codificada pela Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19/10/2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e contribuições do activo e trocas de acções que interessam sociedades de diferentes EM (doravante “Directiva” ou “Directiva das fusões”). Sobre os motivos que conduziram à adopção da Directiva vd. P. ROSADO PEREIRA, *A tributação das sociedades na União Europeia: entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária*, (Coimbra: Almedina, 2004), p. 123.

¹² Trecho adaptado do considerando n.º 2 da Directiva.

Desde logo, porque existem variadíssimas situações que não se encontram cobertas pela mesma, das quais destacamos a transmissibilidade de prejuízos fiscais¹³, em análise no presente estudo. Ora, apesar de a Directiva sublinhar a necessidade de se estabelecerem regras claras nesta matéria, o legislador da UE deixou a definição e concretização das mesmas a cargo dos EM.¹⁴ Acontece que a transmissibilidade das perdas constitui um elemento central numa situação de fusão de sociedades, uma vez que o regime da neutralidade fiscal implica a continuidade do exercício da actividade pela sociedade resultante, de acordo com as regras gerais de tributação.¹⁵ Além disso, estamos perante uma zona de grande risco¹⁶, onde é necessária a presença de uma forte política anti-abuso.

2.3 - A protecção anti-abuso no âmbito da Directiva: A expressão “razões comerciais válidas”

2.3.1 - Uma primeira aproximação literal

Como concluímos na secção anterior, as operações de reestruturação constituem uma zona de risco no que toca às práticas fiscais abusivas. Por esta razão, a ausência de uma norma anti-abuso na versão inicial da proposta de Directiva, causou legítimas preocupações a alguns EM, especialmente ao Holandês e Alemão que temiam que, com a remoção de obstáculos fiscais a estas operações transfronteiriças, os grupos transferissem as suas empresas mães dos seus territórios para jurisdições com um regime fiscal mais favorável. Com efeito, em 1980, numa Comunicação ao Conselho, a CE sugeriu a introdução de um novo art. na proposta de Directiva, tendo em conta as preocupações daqueles países.¹⁷

O resultado foi a introdução do actual art. 15^o¹⁸, no qual se consagrou, na al. a) do n.º 1, que os EM podiam recusar aplicar total ou parcialmente os benefícios constantes da Directiva se fosse evidente que a operação em causa teve “como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude¹⁹ ou evasão fiscais”.²⁰ De acordo com a Directiva, provada a inexistência de “razões comerciais

¹³ BEZZINA distingue dois tipos de prejuízos que estão envolvidos com as operações de fusão: os que decorrem da operação em si e aqueles que já existiam antes da operação de reestruturação. BEZZINA, “The treatment of losses under the EC merger Directive 1990”, *European Taxation*, vol. 42, 2, 2002, p. 57. No presente estudo trataremos da transmissão dos segundos.

¹⁴ Veja-se o considerando n.º 9 da Directiva.

¹⁵ Neste sentido, C. LOBO, “Neutralidade fiscal das fusões...”, p. 47.

¹⁶ Referimo-nos aqui tanto ao risco de abuso nas operações de reorganização, em geral, como na transmissibilidade de prejuízos.

¹⁷ THÖMMES, “Commentary on the merger Directive”, base de dados do *IBFD*, pp. 119-120, consultada pela última vez em 26/06/2011.

¹⁸ De acordo com J. L. SALDANHA SANCHES, a al. a) do n.º 1 do art. 11º (actual art. 15º) da Directiva “é uma norma cuja metodologia de aplicação se assemelha à da cláusula geral anti-abuso, ainda que circunscrita às fusões, cisões e aos destaques de activos”. J. L. SALDANHA SANCHES, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), p. 229. Como bem refere N. DE OLIVEIRA GARCIA, “uma previsão legal deste tipo só se compreende pelo facto do legislador (comunitário) considerar operações de fusão e cisão como uma zona de risco no que toca à evitação fiscal”. N. DE OLIVEIRA GARCIA, “Prejuízos, menos e mais-valias: casos de aplicação de normas anti-abuso específicas do código do IRC”, *Fiscalidade*, 29, 2007, p. 123. Veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça (ATJ) de 05/07/07, *Kofoed*, C-321/05, § 37; ATJ de 17/07/97, *Leur-Bloem*, C-28/95, §§ 38 e 39; e ATJ de 20/05/10, *Zwijenburg*, C-352/08, § 43.

¹⁹ Note-se que o termo “fraude fiscal”, usado na versão portuguesa da Directiva, não é utilizado no sentido de infracção tributária tal como é tipificado no RGIT.

²⁰ Veja-se *Kofoed*, § 37; *Zwijenburg*, § 45; e ATJ de 11/12/08, *A.T.*, C-285/07, § 31.

válidas”²¹ presume-se o propósito de evasão fiscal.²² No entanto, a fraude ou a evasão não necessitam de ser os únicos objectivos da operação, desde que sejam um dos principais.

WELLS classifica a mencionada presunção como juridicamente inadmissível.²³ Não estamos de acordo com o referido autor e, de facto, não nos choca a existência desta presunção. Em primeiro lugar, porque compete às autoridades fiscais dos EM demonstrar que determinada operação não se realizou por “razões comerciais válidas”. Depois, porque o sujeito passivo pode sempre apresentar prova de que a referida operação de reestruturação não visou a fraude ou a evasão fiscal e assim evitar a aplicação da referida cláusula.²⁴

Por outro lado, concordamos com THÖMMES, quando refere que a norma parece indicar que mesmo perante “razões comerciais válidas”²⁵, se as operações forem direccionadas à prática de “fraude ou evasão fiscais”, os EM podem recusar aplicar os benefícios constantes da Directiva.²⁶

A questão seguinte é a de saber como deve ser feita a densificação da expressão “razões comerciais válidas”.

Para verificar se uma determinada operação teve como único ou principal objectivo a fraude ou evasão, cremos ser aconselhável recorrer a duas expressões originárias da jurisprudência francesa: a “gestão normal” e a “gestão anormal”.²⁷ De acordo com esta tese, compete à autoridade fiscal de cada país determinar a existência de um acto anormal de gestão – que será aquele que não se orientou pelo interesse societário – sem que exista intromissão das administrações fiscais na gestão das empresas. Idênticos resultados são, *in casu*, obtidos mediante a aplicação do “*business purpose test*”, de origem norte-americana, que resulta do caso *Helvering vs Gregory*.²⁸ Este parte de uma análise das motivações subjectivas do contribuinte – ou seja, visa avaliar se o contribuinte com a operação perspectiva algum propósito “não fiscal” útil.

²¹ Ao longo do presente trabalho, utilizaremos a expressão “razões comerciais válidas” resultante da alteração à Directiva 90/434/CEE pela Directiva 2005/19/CE do Conselho de 17/02/2005.

²² DIÉGUEZ N., “Las medidas antiabuso en el impuesto sobre sociedades: el fondo de comercio financiero y las operaciones de reestructuración empresarial”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, colaboración 02/06, vol. 1, 2006, p. 31.

²³ WELLS, “Fusiones y adquisiciones: aspectos internacionales”, *Relatório do Instituto Colombiano de Derecho Tributário*, Colômbia, mimeo, 2010, p. 29.

²⁴ PALAO T. entende que ainda que, *prima facie*, se determine que não existem “razões comerciais válidas”, cabe demonstrar que a operação não tem como finalidade principal a fraude ou evasão fiscal. PALAO T., “Los «motivos económicos válidos» en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 235, 2002, p. 109. Em sentido idêntico, GARCÍA N. defende que a presunção é *iuris tantum* ou relativa porque “la no concurrencia del motivo económico válido está en directa relación con la existencia de fraude o evasión y que ésta ha de equipararse a la elusión tributaria”, WELLS, “Fusiones y adquisiciones...”, p. 20.

²⁵ Sobre o funcionamento desta cláusula *vd.* RUIZ A., “Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso? (sobre planificación fiscal y las normas anti-abuso en el derecho de la unión europea)”, *Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros*, 329-330, p. 39; SANZ G., “Novedades introducidas en la normativa del impuesto sobre sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000”, *Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros*, 215, 2001, p. 106.

²⁶ THÖMMES, “Commentary on the merger...”, p. 120.

²⁷ De acordo com T. CASTRO TAVARES, esta tese (que remonta aos anos sessenta) “foi estabelecendo uma corrente uniformizadora com vista à apreensão e tipificação dos actos económica, comercial e socialmente reprováveis em relação ao escopo empresarial”. T. CASTRO TAVARES, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 396, 1999, p. 138.

²⁸ Neste caso, o *Board of Tax Appeals* (antecessor do actual *United States Tax Court*) decidiu a favor da contribuinte. No entanto, em sede de recurso, o *United States Court of Appeals for the Second Circuit* alterou o sentido da decisão e rejeitou uma operação de reorganização societária que tinha sido realizada exclusivamente por razões fiscais, ou seja, para aproveitar um benefício fiscal previsto. A questão acabou por chegar ao *United States Supreme Court* que assumiu totalmente o “*business purpose test*”. *Vd. Gregory vs Helvering*, 293 U.S. 465 (1935). Veja-se também, entre muitos outros, *Segal vs Commissioner*, 41 F.3d 1144 (1994) *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*.

Segundo PALAO T., de acordo com o “*business purpose test*”, o objectivo (*purpose*) não deve confundir-se com os motivos. Assim, o motivo de reduzir os impostos será irrelevante – o que interessa é a ausência de uma finalidade que dê sentido à operação.²⁹ Ora, apesar deste teste se encontrar na origem da expressão das “razões comerciais válidas”, este tem sido interpretado de um modo muito restritivo pelos tribunais³⁰, não ajudando muito numa interpretação ampla da expressão. De facto, uma interpretação demasiado restritiva deste teste limita o alcance do mesmo, não cumprindo parte dos seus objectivos de prevenção das situações de abuso.³¹

2.3.2 - A leitura jurisprudencial desta cláusula

Leur-Bloem, *CE vs Grécia*³², *Andersen & Jensen*³³, *Kofoed*, *CE vs Bélgica*³⁴, *A.T.*, *Zwijnenburg e Foggia*³⁵ são, até agora, os únicos casos decididos pelo TJUE, sobre a interpretação das disposições da Directiva das fusões. *CE vs Grécia* e *CE vs Bélgica* referem-se ao incumprimento, por parte da Grécia e da Bélgica, das obrigações que lhes incumbiam por força do disposto no n.º 1, do art. 12º da Directiva, ou seja, de adoptarem, no prazo fixado, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à sua implementação. Os restantes lidam, com maior ou menor intensidade, com a questão do abuso.

Uma leitura atenta da jurisprudência permite concluir que o TJUE precisa que o objectivo da Directiva é a eliminação dos obstáculos fiscais às reestruturações transfronteiriças de empresas.³⁶ Por outro lado, o regime fiscal comum instituído aplica-se “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”.³⁷

O TJUE já teve oportunidade de interpretar o alcance da cláusula anti-abuso em algumas ocasiões. Com efeito, em *Leur-Bloem*³⁸, dispôs que quando há “razões comerciais válidas” não é possível a aplicação de uma norma anti-abuso. Como refere GARCÍA P., o que surge como uma presunção na Directiva é convertido pelo TJUE num elemento negativo, definidor dos conceitos de “fraude ou evasão fiscal”.³⁹

Deste aresto resulta ainda a importância do controlo de proporcionalidade. O TJUE determinou que, para as autoridades nacionais verificarem se determinada operação teve como objectivo a fraude

²⁹ PALAO T., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, (Madrid: Lex Nova, 2009), p. 220.

³⁰ PALAO T. salienta ainda que esta atitude restritiva relativa à aplicação de cláusulas anti-abuso tem-se vindo a reflectir na jurisprudência do TJUE. PALAO T., *La aplicación de las normas tributarias...*, p. 252.

³¹ No limite, bastará invocar um qualquer propósito económico para salvar operações com a clara finalidade de evasão fiscal.

³² ATJ de 19/02/98, *CE vs Grécia*, C-8/97.

³³ ATJ de 15/01/02, *Andersen & Jensen*, C-43/00.

³⁴ ATJ de 8/05/08, *CE vs Bélgica*, C-392/07.

³⁵ ATJ de 10/11/11, *Foggia*, C-126/10.

³⁶ *Vd. acs. Kofoed*, § 32; *A.T.*, § 28; e *Zwijnenburg*, § 39, já citados.

³⁷ *Vd. Leur-Bloem*, § 36; *Kofoed*, § 30; e *Zwijnenburg*, § 41, já citados.

³⁸ Afirma FALCÓN Y T. que este ac. foi muito criticado pela doutrina porque parte do pressuposto que os grupos de sociedades operam exclusiva ou fundamentalmente com a finalidade de compensar prejuízos dentro do grupo e não com uma finalidade de racionalização económica. FALCÓN Y T., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS”, *Quincena Fiscal*, 4, 2001, p. 7.

³⁹ Veja-se GARCÍA P., “Las medidas tributarias anti-abuso y el derecho comunitario”, in: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, editado por SERRANO A. e SOLER R., (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002), p. 200.

ou evasão fiscais, é necessária uma análise casuística, pelo que, normas gerais anti-abuso, que afastem determinadas operações dos benefícios da Directiva, vão além do necessário para prevenir o abuso e são, nessa medida, lidas como desproporcionais e incompatíveis com o ordenamento da UE (mais especificamente com o regime derivado da Directiva).⁴⁰

Ainda de acordo com *Leur-Bloem*, a expressão “razões comerciais válidas”, na acepção do art. 15º da Directiva, deve ser interpretada como algo mais do que a busca de um benefício meramente fiscal (como a compensação horizontal das perdas).⁴¹

Em *Foggia*, o TJUE estabelece o critério da razão preponderante, isto é, “uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada”. De acordo com este acórdão, a razão de ser da norma anti-abuso da Directiva consiste em salvaguardar os interesses financeiros dos EM. Portanto, na leitura do TJUE, “se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objectivos da operação projectada, especialmente os objectivos fiscais, a regra enunciada (...) ficaria desprovida da sua razão de ser”.⁴²

Em *Kofoed*, o TJUE expõe, pela primeira vez neste domínio, que existe um princípio geral do direito da UE nos termos do qual o abuso é proibido.⁴³ Os particulares não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas do direito da UE. A aplicação destas normas não pode estender-se ao ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos.

Em *A.T.*, o TJUE sublinhou que só a título excepcional e em casos específicos é que os EM podem recusar aplicar toda ou parte das disposições desta Directiva ou retirar benefícios da mesma.⁴⁴ Todas as autoridades de um EM, quando aplicam o direito nacional, são obrigadas a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e das finalidades das Directivas, de modo a atingir o resultado por elas pretendido.

Por fim, e já em matéria de fiscalidade directa não harmonizada, em *Cadbury Schweppes*⁴⁵, o TJUE foi mais longe e caracterizou, de modo mais específico, os critérios que devem presidir ao exame da noção de abuso, caracterizada já nos termos da expressão “expedientes puramente artificiais”.⁴⁶ Tais elementos podem, com as devidas adaptações, ser utilizados no âmbito da fiscalidade directa harmonizada e, mais especificamente, no âmbito da Directiva das fusões.

⁴⁰ LEWICKI, “Exchanges of shares under polish corporate income tax legislation: inconsistencies in implementation of the EC merger Directive”, *European Taxation*, vol. 49, 11, 2009, pp. 532-533.

⁴¹ Veja-se a decisão em *Leur-Bloem* (al. c), n.º 2, do § 49).

⁴² *Vd. Foggia*, §§ 35 e 49, já citado.

⁴³ *Vd. Kofoed*, § 30, já citado. Em nota de rodapé, ZALASINSKI realça que, por não utilizar a expressão “princípio geral de interpretação” – já utilizada em outros acs. –, o TJUE parece aqui ter alterado a sua posição quanto à clarificação do princípio geral da prevenção do abuso de direito na lei europeia. ZALASINSKI, “Case-law: based anti-avoidance measures in conflict with proportionality test – comment on the ECJ decision in *Kofoed*”, *European Taxation*, vol. 47, 2, 2007, p. 572.

⁴⁴ *Vd. o § 32 de A.T.*

⁴⁵ *Vd. §§ 75 e 76 do ATJ de 12/09/06, Cadbury Schweppes*, C-196/04. Realçamos que este aresto incide sobre o abuso em sectores não harmonizados – abuso de liberdades fundamentais constantes do TFUE. Num comentário a este ac., MEUSSEN refere que: “as corporate income tax rates are not harmonized in the European Union, it is no surprise that the establishment of foreign subsidiaries in Ireland for the avowed purpose of benefiting from the favourable tax regime of that Member State, which that establishment enjoys, did not, in itself, constitute an abuse of Community law”. MEUSSEN, “*Cadbury Schweppes*: the ECJ significantly limits the application of CFC rules in the member states”, *European Taxation*, vol. 47, 1, 2007, p. 15.

⁴⁶ Também neste sentido o ATJ de 28/10/10, *Établissements Rimbaud SA*, C-72/09, § 34.

2.3.3 - Nota final

O TJUE já se pronunciou várias vezes sobre a temática do abuso, tanto em sectores harmonizados como em sectores não harmonizados. Através da actuação deste tribunal tem-se conseguido uma importante uniformização de conceitos e compatibilização dos regimes fiscais internos com o direito da UE.⁴⁷

Da análise realizada *supra* resulta que a jurisprudência do TJUE tem revelado uma tendência restritiva na aplicação de cláusulas anti-abuso.⁴⁸ No entanto, o conceito de abuso propriamente dito, nomeadamente o presente no art. 15º da Directiva, apesar de com *Foggia* ter conhecido uma maior densificação, continua longe duma aceção unívoca, havendo ainda um longo caminho a percorrer.⁴⁹

3 - A transmissibilidade de prejuízos no contexto de fusões: a abordagem no âmbito nacional

3.1 - Breve retrospectiva histórica

Até ao momento procedemos a uma leitura compreensiva do art. 15º nos termos e no contexto próprio em que este nos surge na Directiva. No presente segmento debruçar-nos-emos sobre o regime da transmissibilidade de prejuízos nas fusões efectivamente implementado em Portugal.

Antes da publicação da Directiva, a versão originária do CIRC⁵⁰ continha já o essencial de um regime de neutralidade fiscal para as operações de fusão.⁵¹ A transmissibilidade de perdas fiscais também já se encontrava regulada e, nas palavras de J. L. SALDANHA SANCHES, até “a possibilidade de estas operações serem usadas para fins abusivos estava acautelada, ainda que apenas em relação aos modos habituais de obter vantagens fiscais com estas operações: a dedução de prejuízos fiscais pela nova sociedade só podia ser feita mediante expressa autorização do Ministro das Finanças” – como hoje ainda acontece.⁵²

A Directiva foi transposta para o direito interno português através do DL n.º 123/92, de 02/07, no que diz respeito às fusões e cisões e pelo DL n.º 6/93, de 09/01, no que se refere às entradas de activos e permutas de acções. Numa primeira fase, o legislador português criou um regime para as

⁴⁷ Segundo PISTONE, a jurisprudência do TJUE influencia a tributação dos diferentes países através de diversos instrumentos jurídicos esvaziando, aos poucos, o conteúdo da respectiva soberania fiscal. PISTONE, “The impact of ECJ case law on national taxation”, *BIT*, vol. 64, 8-9, 2010, p. 428.

⁴⁸ *Vd.* o § 44 de *Foggia*.

⁴⁹ Com a mesma percepção PISTONE, “Ups and downs in the case law of the European Court of Justice and the swinging pendulum of direct taxation”, *Intertax*, vol. 36, 4, 2008, p. 152.

⁵⁰ Aprovado pelo DL n.º 442-B/88, de 30/11.

⁵¹ À data da aprovação do CIRC, a redacção do n.º 5 do art. 62º era a seguinte “O Ministro das Finanças, quando a fusão se revista de interesse para o adequado redimensionamento das unidades económicas, pode autorizar, a requerimento dos interessados entregue na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos antes da fusão, que os prejuízos fiscais das sociedades fundidas possam ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante até ao fim do período referido no n.º 1 do art. 46º, contado do exercício a que os mesmos se reportam”.

⁵² J. L. SALDANHA SANCHES, “Fusão inversa e neutralidade (da administração) fiscal”, *Fiscalidade*, 34, 2008, p. 13.

operações internas e outro para as operações transfronteiriças. Só mais tarde⁵³, e seguindo o exemplo de outros EM⁵⁴, criou um regime unificado que ainda hoje vigora.

Assim, e nos seus traços essenciais, o regime concretizado pela Directiva e aquele que anteriormente vigorava entre nós eram convergentes: ambos tinham o objectivo de evitar a criação de obstáculos fiscais a este tipo de reorganizações.⁵⁵

3.2 - Identificação sumária das fontes de inspiração do regime nacional actualmente vigente para a transmissibilidade de prejuízos

A Directiva das fusões determina que os EM possuem total liberdade para estabelecer o regime de transmissibilidade de prejuízos necessitando, apenas, de obedecer a um princípio de não discriminação entre as operações internas e as transfronteiriças.⁵⁶

No entanto, o legislador nacional optou por enxertar na norma pré-existente relativa à transmissibilidade de prejuízos, o conceito europeu de “razões comerciais válidas” (constante do actual art. 15º da Directiva).

Uma breve análise das regras vigentes noutros EM revela que outros (não muitos) legisladores nacionais fizeram a mesma opção. Em França, para que seja possível a transmissão de prejuízos fiscais é necessário, *inter alia*, que a operação tenha por base “razões comerciais válidas”. O art. 209º do Code Général des Impôts estabelece que têm que se verificar as seguintes circunstâncias: *i*) tem que ser aplicável à operação o regime da neutralidade fiscal; *ii*) a operação tem que ser justificada por razões económicas e não pode ser motivada principalmente por razões fiscais; e *iii*) a actividade que gerou os prejuízos para ser transferidos tem que ser mantida pela sociedade que os recebe por um período mínimo de três anos.⁵⁷

Em Espanha, estabeleceu-se que os prejuízos fiscais apenas podem ser transferidos quando é aplicável, à operação de reorganização, o regime da neutralidade fiscal. Quando uma fusão é realizada de acordo com o regime de tributação especial, os prejuízos da entidade transmissora podem ser transferidos para a entidade receptora, ainda que com algumas limitações.⁵⁸

No caso holandês⁵⁹, a regra é a da não transmissibilidade de prejuízos. São admitidas excepções, mas apenas em casos muito limitados e dependentes de autorização da administração fiscal.

⁵³ Com a entrada em vigor do DL n.º 221/2001, de 07/08, que se orientou pela preocupação de introduzir no regime já existente maior eficácia e simplicidade.

⁵⁴ De acordo com J. L. SALDANHA SANCHES, a Holanda foi um destes EM. *Vd.* J. L. SALDANHA SANCHES, “Fusão inversa e neutralidade...”, p. 18.

⁵⁵ J. L. SALDANHA SANCHES, “Fusão inversa e neutralidade...”, p. 15.

⁵⁶ O estudo da ERNST & YOUNG (EY) sobre a implementação da Directiva das fusões, nas secções referentes a alguns países (por exemplo, Áustria), coloca questões de compatibilidade com o direito da UE primário. Noutras secções, apesar de as regras não serem discriminatórias, há aspectos assinalados com a expressão “compatibilidade duvidosa” porquanto são considerados demasiado restritivos pelos autores do estudo (por exemplo, Holanda, Portugal, Eslovénia e Espanha). Neste sentido, veja-se LOZEV, “Survey of implementation of the EC merger Directive: a summary with comments”, *European Taxation*, vol. 50, 2/3, 2010, p. 88.

⁵⁷ Apesar de, no estudo da sobre a implementação da Directiva das fusões, se reconhecer que estas condições são aplicáveis às operações internas e transfronteiriças, a aplicação da terceira condição pela administração fiscal francesa é, na prática, mais exigente para as reestruturações transfronteiriças. LOZEV, “Survey of implementation of the EC...”, p. 92; EY, “Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)”, p. 589, disponível no sítio da internet da TAXUD, consultado pela última vez em 26/06/2011.

⁵⁸ Veja-se o art. 90.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

⁵⁹ Sobre o regime fiscal das fusões holandês, *vd.* Decreto da Secretaria de Estado das Finanças de 25/02/2002, n.º CPP2002/158. *Vd.* também BETTEN, “Netherlands: implementation of the merger Directive”, *European Taxation*, vol. 33, 2, 1993, pp. 42-49. As perdas

Comum à maioria dos países da UE parece ser o facto de que a entidade onde ocorrem os prejuízos é aquela que adquire o direito de os deduzir e, portanto, a transmissibilidade não é mecânica.

Refira-se, por fim, que também existem países europeus que nunca permitem a transmissibilidade de prejuízos. Por exemplo, na Alemanha, a *Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften* (SEStEG)⁶⁰ aboliu o n.º 3 do art. 12º da *Umwandlungs-Steuer-gesetz* (UmwStG) de 1995, estabelecendo uma regra de não transmissibilidade de prejuízos quer nas reorganizações internas, quer nas reorganizações transfronteiriças – o que, em termos gerais, é compatível com o disposto na Directiva.⁶¹

3.3 - Análise concreta

3.3.1 - Do enquadramento legislativo

De acordo com o nosso CIRC, para que os prejuízos fiscais das sociedades fundidas possam ser deduzidos na nova sociedade ou na sociedade incorporante é necessária a autorização do Ministro das Finanças.⁶²

De facto, o actual n.º 2 do art. 75º prevê que para a concessão da referida autorização é necessária, por um lado, a demonstração de que a fusão é realizada: *i)* por “razões comerciais válidas” e *ii)* que se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva.

Estamos aqui perante dois conceitos altamente indeterminados que, na verdade, parecem confundir-se. Aliás, parece-nos até que a expressão “estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial com efeitos positivos na estrutura produtiva”, nos termos vagos em que é plasmada, poderá constituir um sinónimo da expressão transposta da Directiva (como exemplo de razão comercial válida), recordemos, “reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes”.⁶³ Por outro lado, se a fusão é fundada em “razões comerciais válidas”, tal constitui um sinal de que se trata de uma estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial com efeitos positivos na estrutura produtiva. Assim, estamos perante dois requisitos que, na realidade e de um ponto de vista teleológico, parecem confluir num só.

poderão ser transmitidas de acordo com regras detalhadas previstas na lei. Lozev, “Survey of implementation...”, p. 94.

⁶⁰ A SEStEG entrou em vigor em 13/12/2006 e é aplicável às reorganizações que ocorreram a partir de 01/01/2007.

⁶¹ LOZEV, “Survey of implementation...”, p. 93, assim como, EY, “Survey of the implementation...”, pp. 643 e ss.

⁶² *Vd.* N. DE OLIVEIRA GARCIA, “Prejuízos, menos e mais-valias...”, p. 124. M. H. FREITAS PEREIRA refere que a aludida autorização prévia do Ministro das Finanças “é dada caso a caso mediante apreciação do interesse da cisão para o adequado redimensionamento das unidades económicas, podendo, por razões de evasão fiscal, ser estabelecido um plano específico de dedução desses prejuízos de modo a que essa dedução só possa fazer-se em cada ano até determinada percentagem do lucro tributável da sociedade incorporante ou da nova sociedade.” M. H. FREITAS PEREIRA, “Consequências fiscais ao nível nacional e internacional das cisões e operações similares”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 375, 1994, p. 89.

⁶³ Em sentido idêntico, veja-se o plasmado no ponto 4 do ac. do TCAS, rec. 01844/07, de 23/02/10 e no ponto 4.2 do ac. do mesmo tribunal, rec. 02087/07, de 03/02/09.

Acresce que, como já tivemos oportunidade de referir, a expressão “razões comerciais válidas” coincide com a presente na norma anti-abuso da Directiva⁶⁴, pelo que, pelo seu sentido e alcance, parece indiscutível que o n.º 2 do art. 75º se trata de uma verdadeira cláusula específica anti-abuso.⁶⁵

Por outro lado, parece existir aqui, na prática, uma inversão do ónus da prova existente. Podemos então distinguir duas situações: *i)* no nosso n.º 2 do art. 75º, o legislador impõe que se faça a prova de que a reestruturação se encontra sustentada por “razões comerciais válidas”, caso contrário, não obtém a autorização para transmitir os prejuízos; *ii)* já na cláusula anti-abuso da Directiva e para os efeitos de negar os benefícios nela previstos, nos quais não se inscreve a transmissibilidade de prejuízos, é à administração fiscal que cabe fazer esta demonstração.

Ora, no primeiro caso, parte-se logo do pior cenário para o sujeito. Se este não conseguir provar a validade comercial das razões da operação, presume-se o abuso e não opera a transmissibilidade de prejuízos. No segundo caso, apenas existirá o abuso se a administração demonstrar que não existem “razões comerciais válidas” para a reorganização.

Assim, ao passo que na norma anti-abuso da Directiva as dificuldades se encontram repartidas, no caso do n.º 2 do art. 75º esta lógica é alterada. Será que, pelo facto do legislador nacional ter feito a transposição deste conceito europeu voluntariamente, deverá seguir a linha europeia e não introduzir alterações no ónus da prova? Consideramos que o legislador ficou vinculado à leitura do TJUE porque utilizou um conceito da Directiva. Além disso, a nosso ver, o regime instituído é desequilibrado porque a utilização de um critério como o das “razões comerciais válidas” é tão forte que exige, em termos de justiça fiscal, que o ónus da prova recaia sobre a administração fiscal, sob pena de em alguns casos termos um ónus muito exagerado ou entrarmos quase em prova diabólica.⁶⁶

3.3.2 - Do enquadramento feito pelas autoridades tributárias

O n.º 4 do art. 75º estabelece que “no despacho de autorização pode ser fixado um plano específico de dedução de prejuízos fiscais a estabelecer o escalonamento da dedução durante o período em que pode ser efectuada e os limites que não podem ser excedidos em cada período de tributação”. De uma leitura textual da norma resulta que se trata de um plano opcional (“pode”) e individualizado (“específico”). Acontece que, pela preocupação em salvaguardar os interesses financeiros do Estado⁶⁷, o SEAF, por despacho n.º 79/2005-XVII, de 15/04/2005, determinou que a dedução dos prejuízos fiscais transmitidos por uma sociedade fundida fosse limitada em todas as situações.

Este despacho foi depois convertido na Circular n.º 7/2005, de 16/05⁶⁸, que descreve as limitações a que a dedução de prejuízos fiscais está sujeita. Assim, o que o aludido n.º 4 estabelecia foi desrespeitado e transformado num plano estandardizado, a aplicar indistintamente, sem respeito pela apreciação casuística. Esta simplificação “metodológica” que, supostamente, se alicerça na busca de critérios objectivos que permitam a uniformização de decisões, diminui o âmbito da necessária

⁶⁴ A al. a), do art. 15º da Directiva foi também transposta para o n.º 10 do art. 73º do CIRC.

⁶⁵ Podemos encontrar uma definição de disposições anti-abuso no n.º 2 do art. 63º do CPPT. Nas palavras de R. MORAIS “passando por cima das questões que a sua redacção pode suscitar (p. ex., sobre o que se deve entender por ineficácia de um negócio ou acto jurídico perante a administração fiscal), diremos que tal norma é um resquício da “trapalhada” legislativa que constituiu, entre nós, da [incorrectamente] chamada cláusula geral antiabuso”. R. MORAIS, *Sobre a noção de «cláusulas antiabuso» em direito fiscal*, in: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. 3, (Lisboa: FDUL, 2006), p. 882.

⁶⁶ Cfr. PETROSOVITCH, “ Abuse under the merger Directive”, *European Taxation*, vol. 50, 12, 2010, p. 565.

⁶⁷ Vd. inítróito da Circular n.º 7/2005.

⁶⁸ A qual substituiu a Circular n.º 6/2002, de 02/04.

apreciação económica das fusões. Nas palavras de C. LOBO, o que a administração fiscal pretende com a mencionada Circular⁶⁹ “é o estabelecimento de um modelo *prêt-a-porter*, único na sua forma e na sua dimensão, que aplica a todos os contribuintes, independentemente das suas diferenças, e que tem como função não o conforto contabilístico do contribuinte, mas unicamente o prazer da Administração Fiscal na angariação maximizada de receita fiscal”.⁷⁰ cremos que tal regime contraria frontalmente o n.º 4 do art. 75º, que estabelece um modelo adaptado ao caso concreto das sociedades intervenientes e, por isso, estamos perante uma violação do princípio da legalidade⁷¹, pois de acordo com este princípio constitucional, os impostos têm que ser criados por uma lei, que estabelece a sua incidência, pelo que não pode uma mera instrução administrativa fazer esta determinação e, muito menos, contrariar o que está previsto na lei. Por outro lado, existe também a violação do princípio da tributação real das empresas, pois ao não serem considerados os prejuízos que deveriam ser legitimamente deduzidos, as sociedades não irão ser tributadas de acordo com o seu rendimento real.⁷²

De acordo com a Circular⁷³, “o limite da dedução dos prejuízos resultantes da aplicação das regras aí estabelecidas não poderá exceder, em cada exercício, o montante do lucro tributável da sociedade incorporante, ou da nova sociedade, correspondente à proporção entre o valor do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades envolvidas na operação, determinados com base no último balanço anterior à fusão”. Esta regra do património líquido, além de não ter qualquer base de apoio na lei, prejudica as fusões em que uma das sociedades tenha sérias dificuldades económicas⁷⁴, porquanto o limite da dedução de prejuízos não pode exceder a proporção entre o valor património líquido da sociedade fundida e o de todas as sociedades envolvidas. Assim, quanto maiores forem as dificuldades económicas de uma das sociedades envolvidas, menor será a margem para a dedução de prejuízos.

3.3.3 - Da jurisprudência nacional sobre a transmissibilidade de prejuízos

⁶⁹ Note-se que o que consta nos despachos e circulares não se encontra materializado na lei, podendo representar uma violação do princípio da legalidade (art. 8º LGT e art. 103º e 104º CRP) quando é aplicado pela administração fiscal como se de uma verdadeira disposição legal se tratasse.

⁷⁰ C. Lobo, “Neutralidade fiscal das fusões...”, p. 50.

⁷¹ A administração tributária está sujeita ao princípio da legalidade consagrado no art. 103º da CRP, o que significa que as suas decisões se devem conformar estritamente com a lei. Assim, como refere J. BAPTISTA MACHADO, até naquelas situações em que “existe o que se chama uma «discricionariedade na apreciação», ou até uma «discricionariedade técnica», podemos dizer que vigora ainda o princípio da legalidade”. Este autor sublinha ainda que, “porque obedece a um princípio estruturalmente diferente [princípio da oportunidade], a decisão tomada no exercício de um poder discricionário não pode confundir-se com a decisão tomada em aplicação de uma norma que exige preenchimento valorativo por utilizar conceitos indeterminados...”. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, (Coimbra: Almedina, 2002), pp. 115-116. Em face do exposto, não restam dúvidas de que a administração tributária está, *in casu*, sujeita ao princípio da legalidade porque estamos perante decisões tomadas em aplicação dos conceitos indeterminados do n.º 2 do art. 75.º, os quais exigem preenchimento valorativo.

⁷² Vertido no n.º 2 do art. 104º da CRP.

⁷³ Para exemplos concretos sobre o funcionamento da Circular *vd.* A. TORRES, “A critical overview of the treatment of tax losses in Portugal”, *Fiscalidade*, 30, 2007, p. 80-81.

⁷⁴ São, assim, prejudicadas as chamadas fusões para “salvamento de empresas”. Como referem P. VERGA MATOS e V. RODRIGUES, “a eminência do fracasso poderá ser a razão que leva muitas empresas a serem alienadas ou integradas noutras. Por exemplo, para uma amostra de fusões no Japão, Odagiri e Hase (1989:57) verificaram que a razão para participar na fusão mais citada pelas empresas adquiridas «[...] is the difficulty of continuing independent operation [...]»”. P. VERGA MATOS e V. RODRIGUES, *Fusões e aquisições: motivações, efeitos e política*, (Cascais: Principia, 2000), p. 114.

Esta questão tem sido também alvo de discussão na jurisprudência portuguesa.⁷⁵ Em resumo, os tribunais têm sido confrontados com a questão de saber se: *i)* a norma do art. 75º tem a natureza de benefício fiscal ou de desagravamento estrutural;⁷⁶ *ii)* sobre o momento do início da contagem do prazo estabelecido no n.º 1 do art. 75º do CIRC;⁷⁷ ou *iii)* sobre a existência de “razões comerciais válidas” bem como sobre se uma operação “se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo”.

4 - A compatibilidade do regime fiscal português com o ordenamento europeu

4.1 - Da aplicação do direito da UE a situações puramente internas

Como vimos, o DL n.º 221/2001, de 07/08, estendeu o regime fiscal das fusões aplicável no plano da UE ao plano interno, terminando com o conjunto dual de definições e regulação que existia até então. A questão que se coloca imediatamente é a de saber se o TJUE será competente para

⁷⁵ *Vd.* acs. do STA: proc. 0103/10, de 16/06/10; proc. 548/08, de 20/01/10; proc. 1097/09, de 27/01/2010; proc. 01076/08, de 28/10/09 e acs. do TCAS: proc. 01844/07, de 23/02/10 e proc. 02087/07, de 03/02/09.

⁷⁶ Esta questão foi objecto de grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Colocava-se essencialmente por causa da eventual formação do deferimento tácito na sequência da aplicação ou não do disposto no anterior art. 11º-A do EBF, o qual exigia a apresentação de certidão comprovativa da inexistência de dívidas à Segurança Social para concessão da autorização para a transmissibilidade de prejuízos fiscais. Muitas vezes acontecia que, muito depois de decorrido o prazo dos seis meses para o deferimento tácito, estipulado no n.º 7 do anterior art. 69º, os contribuintes eram notificados para apresentar a referida certidão de não dívida. A administração fiscal sustentava que, na ausência da referida certidão, não poderia começar a correr o prazo para o deferimento tácito. As decisões quanto a esta questão são díspares. Começaram por referir que a norma em causa é um benefício fiscal que carece de reconhecimento e, como tal, está sujeita ao disposto no art. 13º do EBF (a título de exemplo, veja-se o ac. do STA, proc. 0103/10, de 16/06/10 e o ac. do TCAS, proc. 01844/07, de 23/02/10). No entanto, as decisões mais recentes têm-se escusado a responder directamente a essa questão (indicando vários autores que se pronunciam contra a consideração do referido regime como benefício fiscal), sustentado que, nos termos do disposto no anterior n.º 7 do art. 69º, apenas os requisitos do n.º 2 do mesmo art., e não outros, tinham de ser entregues com o pedido de concessão de autorização para a transmissibilidade de prejuízos, entre os quais não se incluíam os necessários para averiguar da existência de dívidas à Segurança Social, mas apenas os “necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada”, entendendo-se como tal os que se relacionam com a “demonstração de que a fusão é realizada por “razões comerciais válidas”, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes, e se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva” (ac. do STA, proc. 0548/08, de 20/01/10). Cremos que a norma do art. 75º não tem a natureza de um benefício fiscal mas não iremos aqui desenvolver a nossa posição sobre esta matéria por uma questão de economia de espaço. Contra o entendimento de que o mecanismo do art. 75º constitui um benefício fiscal, *vd.* A. TORRES, “A portabilidade dos prejuízos fiscais”, *in: Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*. (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), pp. 114 e 115, C. Lobo, “Neutralidade fiscal das fusões...”, p. 47 e Relatório do Grupo de Trabalho criado por despacho de 1/05/2005 do Ministro do Estado e das Finanças, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 198, Lisboa, 2005, pp. 95, 118, 173/174 e 188/196). Esta questão perde grande parte da sua importância prática com a revogação do mencionado n.º 7.

⁷⁷ Sobre esta questão, veja-se o comentário ao ac. do TCAS, de 15/02/05, onde se conclui que “era mais adequada a solução antecedente de dar relevo ao momento do registo da fusão entendido como o momento em que o mesmo foi efectivamente realizado (...) O legislador, porém, (...) acabou por fazer cair a Administração nos braços dos próprios interessados: como é a data em que se apresenta o pedido de registo da operação na Conservatória do Registo Comercial competente que passa a relevar como *terminus a quo* para cômputo do prazo de formulação do requerimento de dedução de prejuízos tudo depende então do momento da iniciativa registal do sujeito passivo, com toda a indefinição e arbitrariedade que aí vai associada”. *Vd.* J. MENEZES LEITÃO, “Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2005, recurso n.º 1321/03: Sobre o terminus a quo para a formulação do pedido de transmissibilidade dos prejuízos fiscais no âmbito de fusão de sociedades (art. 69º, n.º 1 do CIRC)”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 415, 2005, pp. 341-369.

interpretar as expressões europeias introduzidas, ainda nos casos em que estas se apliquem a situações meramente internas.

Apesar do art. 1º da Directiva mencionar que a mesma regula um regime aplicável a operações que “digam respeito a sociedades de dois ou mais EM”, a jurisprudência do TJUE tem referido que “quando o legislador nacional se adequa, nas soluções que dá a situações meramente internas, às soluções do direito da UE (...) existe um interesse manifesto da União, em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou noções que se foram buscar ao direito de União sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devam aplicar”.⁷⁸ No entanto, tem também sido sublinhado que é ao órgão jurisdicional nacional que compete apreciar o preciso alcance dessa remissão para o direito da UE, limitando-se a competência do TJUE à análise das disposições deste direito.⁷⁹

Assim, cremos que o conceito de “razões comerciais válidas” empregue no artigo 15º, por se tratar de uma expressão copiada da Directiva, deve ser lido em conformidade com as orientações e densificações europeias.⁸⁰

4.2 - Da aplicação do direito da UE a situações não reguladas nas Directivas

4.2.1 - O caso da transmissão de prejuízos

Diversa da anterior é a questão de saber se o regime português relativo à transmissibilidade de prejuízos – nas reestruturações internas e intra-europeias – deve ou não ser interpretado à luz do direito da UE. Isto porque, como vimos, a Directiva das fusões determina, no seu art. 6º, que os EM possuem total liberdade para estabelecer o seu próprio regime de transmissibilidade de prejuízos necessitando, apenas, de obedecer a um princípio de não discriminação entre as operações internas e externas.

Acontece que, conforme referido, o legislador nacional optou por introduzir na norma pré-existente, relativa à transmissibilidade de prejuízos, o conceito europeu de “razões comerciais válidas” retirado da Directiva.

Se o legislador português, tendo uma ampla margem de liberdade (conferida pela Directiva) para decidir o regime de transmissibilidade de prejuízos, optou por inscrever na norma nacional o mencionado conceito, tal significa que visou estender um critério derivado da Directiva mesmo para com um caso não coberto pela mesma. Assim, é nossa convicção que a citada expressão, mesmo nos casos em que se aplique à transmissibilidade de prejuízos, tem de ser preenchida pela administração fiscal à luz do ordenamento europeu.⁸¹ Esta nossa convicção é confirmada pelo TJUE no citado caso *Foggia*.

⁷⁸ Vd. § 33 de *Zwijnenburg*, § 32 de *Leur-Bloem*, § 18 de *Andersen & Jensen* e § 21 de *Foggia*, já citados.

⁷⁹ Vd. *Zwijnenburg* § 34, *Leur-Bloem* § 33 e *Foggia* § 22. Neste sentido, A. P. DOURADO e J. ALMEIDA FERNANDES, “Portugal: pending cases and other infringement procedures”, in: *ECJ: recent developments in direct taxation 2010*, editado por LANG et. al., (Viena: Linde, 2011), p. 206.

⁸⁰ Neste sentido também ZALASINSKI, “the domestic legislation transposing them must be interpreted accordingly in their light”. ZALASINSKI, “Some basic aspects of the concept of abuse in the tax case law of the European Court of Justice”, *Intertax*, vol. 36, 4, 2008, p. 165.

⁸¹ Esta posição da interpretação segundo o direito da UE coaduna-se na perfeição com o interesse da União. Vd. *Zwijnenburg* § 33 e *Leur-Bloem* § 32, já citados.

4.2.2 - Natureza do regime fiscal das fusões

Uma vez que a fonte do regime fiscal das fusões português é uma Directiva europeia, muito seria de estranhar que um conceito anti-abuso retirado da mesma não fosse interpretado à luz do ordenamento europeu.

Assim, e uma vez que Portugal recorreu expressamente a um conceito europeu para a resolução da questão da transmissibilidade de prejuízos, o conceito deverá ser analisado à luz do direito da UE e o TJUE será competente para esta matéria.

4.2.3 - A remissão das questões como índice de aceitação da jurisdição europeia

Por outro lado, vemos que recentemente a jurisprudência aceitou claramente a posição que temos vindo a expor. No recente caso *Foggia*⁸², o STA decidiu submeter à apreciação do TJUE as questões que reputou relevantes para a aplicação correcta do direito (para a correcta interpretação do conceito “razões comerciais válidas”) e, com isso, reconheceu tratar-se de um conceito europeu, confirmando a competência do TJUE para decidir sobre o mesmo e aceitando implicitamente que existe uma simetria entre o conceito de abuso para aferir da neutralidade e o conceito de abuso para aferir da transmissibilidade de prejuízos. Ao reconhecer-se esta simetria, parece aceitar-se o absurdo da posição da administração tributária que tem considerado operações economicamente válidas para efeitos de aplicação do regime da neutralidade fiscal mas já não para efeitos de transmissão de prejuízos fiscais.

4.2.4 - Óptica que deve ser considerada na análise da situação de abuso

Uma outra questão de extrema relevância para uma correcta aplicação do regime tributário da transmissibilidade de prejuízos é a de saber em que óptica deve ser aferida a expressão das “razões comerciais válidas”.

A Directiva é omissa quanto a esta questão. Não é claro se a razão comercial subjacente à reestruturação deva ser analisada na óptica do grupo, na da sociedade incorporante ou mesmo na dos accionistas.⁸³

Do citado caso *Foggia*, parece induzir-se que a posição da administração fiscal portuguesa é a de que tal deve ser aferido na óptica da sociedade incorporante. Isto porque, apesar de reconhecer que uma fusão pode conduzir a uma redução dos custos de administração e de gestão do grupo⁸⁴, não autoriza a transmissibilidade de prejuízos por não ser evidente, do ponto de vista da sociedade incorporante, o interesse económico da incorporação de uma sociedade dado que esta quase não desenvolveu actividade como SGPS, nem detinha participações financeiras.

⁸²Na decisão, o TJUE referiu que o preceito anti-abuso da Directiva das fusões “deve ser interpretado no sentido de que, no caso de uma operação de fusão entre duas sociedades do mesmo grupo, pode constituir uma presunção de que essa operação não é efectuada por «razões económicas válidas», na acepção desta disposição, o facto de, à data da operação de fusão, a sociedade incorporada não exercer nenhuma actividade, não deter nenhuma participação financeira e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante prejuízos fiscais elevados e de origem indeterminada, ainda que essa operação tenha para o grupo um efeito positivo consubstanciado em economias em termos de estrutura de custos”.

⁸³ Como acontece em *Leur-Bloem*.

⁸⁴ E, nessa medida, consubstanciar um efeito positivo em termos de estrutura de custos do grupo.

Em nossa opinião, o parâmetro da análise deve ser distinto e mais amplo⁸⁵, não podendo limitar-se ao da sociedade incorporante.⁸⁶ Desde logo, devido à própria natureza das operações a que se aplica este regime – operações plurais em que são intervenientes várias entidades.⁸⁷ Os efeitos destas operações vão repercutir-se no grupo como um todo e não apenas na sociedade incorporante. Por outro lado, a al. a) do n.º 1 do art. 15º da Directiva dá como exemplo de “razão comercial válida” a “reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação” o que parece encaminhar para uma análise da situação de todo o grupo.

No já citado caso *Leur-Bloem*, o TJUE adoptou uma perspectiva ainda mais ampla que foi a dos accionistas maioritários (neste caso, a da accionista única de duas sociedades que pretendia adquirir as acções de uma terceira sociedade, uma *holding*, devendo o pagamento fazer-se por permuta com as acções das duas primeiras sociedades) – ou seja, teve-se em conta uma imagem global e não uma visão meramente sectorial.

4.2.5 - A especial dificuldade na determinação de “razões comerciais válidas” nas operações em que é interveniente uma SGPS

Existe uma especial dificuldade na determinação de “razões comerciais válidas” quando estamos perante reestruturações em que são intervenientes SGPSs⁸⁸ (ou, ainda, nos casos de sociedades financeiras⁸⁹).

É muito comum que os grupos de sociedades estruturem as suas operações externas através de uma SGPS⁹⁰, as quais podem oferecer *corporate governance*, financiamento e tesouraria, bem como diversas vantagens fiscais.⁹¹

Estas sociedades apresentam diversas especificidades⁹² como a reduzida presença física no país onde se constituem. No que respeita a este tipo de sociedades parece ser mais difícil a demonstração das “razões comerciais válidas” da fusão porque, além da existência de algumas reservas por parte de alguns países⁹³, as mesmas não apresentam uma estrutura produtiva.⁹⁴

Tal como sucede noutras estruturas societárias, também nas SGPSs as fusões podem ter motivações comercialmente válidas pois, por exemplo, podem visar obter acréscimos de eficiência

⁸⁵ Sobre este ponto *vd.* A. P. DOURADO e J. ALMEIDA FERNANDES, “Portugal: pending cases...”, p. 208.

⁸⁶ Segundo PETROSOVITCH, “since the Merger Directive deals with restructuring and rationalization of companies, it is sensible that only the business purpose of the company should be considered”. A autora defende que se deve atender apenas ao “*business purpose*”, ou seja, o requisito das “razões comerciais válidas” deve ser observado da perspectiva dos negócios que se reorganizam – verificando-se se os negócios beneficiam da reestruturação (sendo que não se especifica em que moldes poderá ser feito esse teste). Podemos concluir ainda que a citada autora tende para a perspectiva do grupo – uma vez que considera necessário verificar se os negócios de todas as empresas intervenientes beneficiam com a reestruturação. *Vd.* PETROSOVITCH, “Abuse under the merger...”, p. 562.

⁸⁷ Veja-se o art. 2º da Directiva das fusões que define o que se deve entender por fusão, cisão, cisão parcial, entrada de activos, permuta de acções, etc.

⁸⁸ As SGPSs encontram-se reguladas no DL n.º 495/88, de 30/12 com as alterações introduzidas pelo DL n.º 318/94, de 24/12.

⁸⁹ Por limitações de espaço trataremos apenas dos casos das SGPSs.

⁹⁰ Sobre o papel das SGPSs na economia portuguesa *vd.* o preâmbulo do DL n.º 318/94.

⁹¹ Estes benefícios fiscais são procurados pelos operadores económicos mas também são activamente promovidos por vários EM, como, por exemplo, Portugal, Holanda, Luxemburgo, Espanha, etc.

⁹² *Vd.* GARCÍA P., “Las medidas tributarias anti-abuso...”, p. 230.

⁹³ Um exemplo destas posições cautelosas é o que acontece em França, onde a administração fiscal tende a considerar que os requisitos não estão cumpridos pelas SGPSs pelo facto de estas não desenvolverem nenhuma actividade produtiva. *Vd.* EY, “Survey of the implementation...”, p. 64.

⁹⁴ A expressão constante do n.º 2 do art. 75º parece remeter para o desenvolvimento de uma actividade comercial ou industrial.

operativa das sociedades envolvidas e, conseqüentemente, reduções nos seus custos.⁹⁵ Tal redução de custos, mesmo não sendo uma actividade produtiva, deve ser considerada uma “razão comercial válida” para efeitos de reorganização.

Assim sendo, na apreciação destas operações a administração fiscal deve actuar sem reservas, analisando a validade das razões comerciais da operação não se prendendo a critérios que exijam uma actividade industrial ou comercial típica, dado que as operações de reestruturação poderão envolver SGPSs.⁹⁶ Além disso, no caso das reorganizações em que estão envolvidas estas sociedades, não são necessários critérios de “presença física” para aferir da validade destas operações – o que resulta da própria natureza do seu objecto social.

4.2.6 - Casuísmo

No preenchimento do conceito indeterminado “razões comerciais válidas”, a administração tributária deve analisar caso a caso, tendo em conta as exigências da situação concreta. Tal requisito deriva de várias fontes e, mais recentemente, da jurisprudência do TJUE.

Com efeito, a jurisprudência do TJUE tem auxiliado na interpretação do citado conceito, traçando as linhas orientadoras que os EM deverão seguir. Portugal não tem cumprido estas traves mestras porquanto a administração fiscal se limita a aplicar a Circular n.º 7/2005 de modo bastante rígido e nos cânones objectivos já descritos. Ora, a imensa diversidade e complexidade de formas e operações de reestruturação actualmente existentes não é compatível com a simples enumeração de alguns critérios objectivos aplicados de modo cego e imediato. A administração, para aferir se determinada operação foi realizada por “razões comerciais válidas”, deverá sempre analisar cada operação em concreto, tendo em conta todo o contexto jurídico-económico em que esta se desenvolve.⁹⁷ A administração fiscal poderá enunciar critérios orientadores mas nunca finais ou exclusivos.

4.2.7 - Proporcionalidade

De acordo com o TJUE, os Estados devem respeitar a máxima da proporcionalidade⁹⁸, pelo que, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações da vantagem fiscal, quer haja ou não efectivamente fraude ou evasão, ultrapassa o que é necessário para evitar essa fraude ou evasão fiscais e prejudica o objectivo prosseguido pela Directiva.⁹⁹ No caso português, a Circular impede, logo à partida, determinadas operações perfeitamente legítimas e genuínas de aproveitarem o benefício, ainda que a operação não vise a fraude ou a evasão e mesmo que se prove a existência de “razões comerciais válidas”, com base no critério da situação líquida. Assim, somos da opinião de que o tratamento dado à transmissibilidade de prejuízos pela administração fiscal portuguesa não se mostra compatível com o ordenamento europeu.

⁹⁵ Sobre as várias motivações das fusões, vd. P. VERGA MATOS e V. RODRIGUES, *Fusões e aquisições...*

⁹⁶ Também neste sentido J. NOGUEIRA, “Abuso de direito em fiscalidade directa: a emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário”, *RFUDP*, ano VI – 2009, p. 263.

⁹⁷ Veja-se o § 41 de *Leur-Bloem* e o § 31 de *A.T.*, ambos já citados.

⁹⁸ Sobre a proporcionalidade vd. J. NOGUEIRA, *Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade, a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

⁹⁹ Vd. §§ 43 e 48 de *Leur-Bloem*, já citado.

4.2.8 - Discricionariedade técnica e sindicabilidade judicial

De suma importância é a questão de saber se existe uma reserva de discricionariedade técnica na apreciação da noção de “razões comerciais válidas”.¹⁰⁰

Os tribunais portugueses têm-se recusado a julgar este tipo de situações alegando que se trata de matéria de discricionariedade técnica¹⁰¹, com uma larga margem de livre apreciação e que, nestes casos, o juízo (discricionário) da administração não pode ser fiscalizado pelos tribunais, salvo erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal.¹⁰² Ou seja, os amplos poderes conferidos à administração fiscal, a ausência de limites jurídicos expressamente definidos pela lei para a sua actividade, o carácter técnico das operações em causa, levaram a jurisprudência a (auto) limitar os seus poderes cognitivos e de decisão, quanto ao conhecimento da acção administrativa especial, à questão de verificar se existe erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal.¹⁰³

É certo que a *supra* referida corrente jurisprudencial não determina a insindicabilidade absoluta do juízo da administração.¹⁰⁴ Mas, de acordo com a jurisprudência europeia, designadamente com o referido em *Leur-Bloem*, para ver se a operação em concreto é abusiva, as autoridades nacionais competentes devem, em cada caso, proceder a uma apreciação global da referida operação e esta análise deve poder ser sempre objecto de fiscalização jurisdicional.¹⁰⁵ A citada jurisprudência não limita o

¹⁰⁰ “Razões comerciais válidas” trata-se de uma expressão naturalmente indeterminada. Ora, segundo J. BAPTISTA MACHADO os conceitos indeterminados constituem a “parte movediça e absorvente” do ordenamento jurídico mas servem para “permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações, ou para facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito, ou para permitir uma «individualização» da solução”. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito...*, pp. 113-114.

¹⁰¹ No Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal (RGEPF), os membros do subgrupo para análise da tributação directa referiram, a propósito dos actuais arts. 52º, n.º 9 e 75º do CIRC, que tais normas se mostram desnecessárias porque “as mesmas não visam conferir à administração uma qualquer *margem de oportunidade* na decisão” dos pedidos de autorização ministerial prévia, acrescentando que estas “não podem ser entendidas como significando a manutenção de um qualquer resquício de discricionariedade administrativa. De outro modo, seria a sua própria constitucionalidade que estaria em causa. Entendemos que o objectivo de tais normas é, tão-só, o de *prevenir* situações de abuso, evitar a consumação de operações sem qualquer intuito empresarial, motivadas apenas pelo objectivo de economia fiscal”. RGEPF, p. 206, disponível no sítio da internet do governo português. Concordamos que o intuito do legislador com a introdução da expressão “razões comerciais válidas” no n.º 2 do art. 75º foi a prevenção de situações de abuso e que a norma é desnecessária, mas, a nosso ver, essa desnecessidade decorre ainda da existência do n.º 10 do art. 73º. Refira-se que, de acordo com esta posição, em que não está em causa conferir à administração uma qualquer “margem de oportunidade” na decisão, os tribunais não se encontram impedidos de sindicarem o juízo da administração fiscal. De acordo com F. DE SOUSA DA CÂMARA: “a utilização de critérios específicos que não são meramente exemplificativos, representa não só a tentativa de alcançar objectivos específicos (extra-fiscais) como a intenção do legislador de atribuir maior discricionariedade à administração para decidir sobre a concessão ou a rejeição sobre a pretensão (do benefício) requerida pelos intervenientes nas operações de reorganização”. F. DE SOUSA DA CÂMARA, “As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso prevista no artigo 67.º/10 do CIRC”, in: *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), p. 91.

¹⁰² Neste sentido, vejam-se, a título exemplificativo, os seguintes acs. do STA: proc. 0142/06, de 05/07/06, proc. 01003/05, de 12/07/06, proc. 0844/09, de 03/02/10 e os acs. do TCAS: proc. 01844/07, de 23/02/10, proc. 0287/07, de 03/02/09, proc. 01775/07, de 15/07/08 e proc. 00464/05, de 28/10/08.

¹⁰³ Adaptamos esta frase, da autoria de SALDANHA SANCHES, *O ónus da prova no processo fiscal*, (Lisboa: Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (151), 1987), p. 145, a propósito do problema dos conceitos indeterminados.

¹⁰⁴ *Vd.* o caso da Companhia de Seguros Europeia, S.A. em que esta intenta acção administrativa especial contra o despacho do SEAF que lhe indeferiu o pedido de dedução de prejuízos fiscais apresentado, no ac. do TCAS de 02/01/05, proferido no proc. 25/04 e no ac. do STA de 12/07/06, proferido no proc. 01003/05.

¹⁰⁵ Veja-se a parte final do § 41 de *Leur-Bloem*, já citado. Neste sentido, entre outros, veja-se também F. SOUSA CÂMARA, “As operações de reestruturação...”, pp. 78, 82 e 87, bem como SALDANHA SANCHES, *Os limites do planeamento...*, pp. 230, 231 e 383. Também no citado caso *Foggia*, o TJUE reforçou que “compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, à luz do conjunto das circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido, se os elementos constitutivos da presunção de fraude e de evasão fiscais, na acepção da referida disposição, estão reunidos”. *Vd. Foggia*, § 51.

conhecimento do alcance deste conceito, reforçando a necessidade de terem de ser os tribunais a fiscalizar a mencionada apreciação global.¹⁰⁶

Assim, no caso de se entender que o juízo discricionário da administração não pode ser fiscalizado, tal configura um atentado ao direito da UE¹⁰⁷, à doutrina europeia do acto claro¹⁰⁸ e ao princípio da tutela jurisdicional efectiva consagrado no arts. 20º e 268º, n.º 4 da nossa CRP.

Cremos, inclusivamente, que estas são as situações em que a actuação jurisdicional é mais importante: precisamente porque estamos perante um conceito indeterminado é que é crucial a intervenção do tribunal para fiscalizar o juízo da administração e para, eventualmente, criar jurisprudência¹⁰⁹ a fim de, no futuro, ser sempre mais fácil a integração deste conceito. Como refere J. BAPTISTA MACHADO, é nestes domínios que especialmente se exerce o chamado “prudente arbítrio” do julgador – são os domínios predilectos do chamado “direito judiciário”.¹¹⁰

Estamos de acordo que, para interpretar este conceito, poderão ser necessários determinados conhecimentos técnicos que extravasam as competências jurídicas dos tribunais. Todavia, o que se pretende é que seja dada a possibilidade ao contribuinte de apresentar, perante o tribunal, a sua fundamentação, os motivos pelos quais considera que a operação de fusão possui “razões comerciais válidas” e o juiz, tendo em conta ambas as posições esgrimidas (administração fiscal e contribuinte) e eventualmente recorrendo a ajuda de peritos¹¹¹, decidirá se aquela operação de reestruturação em concreto se funda em “razões comerciais válidas”.

O escrutínio do tribunal garante, de forma independente, que a legalidade/constitucionalidade seja garantida. O argumento da discricionariedade técnica não pode servir de “cheque em branco” para uma actuação arbitrária e subjectiva da administração tributária.¹¹²

¹⁰⁶ *Vd.* ponto B do § 48 de *Leur-Bloem*, já citado.

¹⁰⁷ A discricionariedade da administração é proibida no que toca à interpretação do direito europeu e, como ensina J. NOGUEIRA, trata-se de uma regra que “surge na sequência da proibição de presunções gerais e cláusulas indeterminadas”. Este autor acrescenta, ainda, que o facto desta regra não ser muito repetida pelo TJUE se deve ao facto de, em geral, os EM reconhecerem internamente um “diminuto campo” à discricionariedade, especialmente quando estão em causa medidas anti-abuso. J. NOGUEIRA, *Direito fiscal europeu...*, pp. 432-433.

¹⁰⁸ *Vd.* ATJ de 6/10/82, *CILFIT*, C-283/81, onde o tribunal formulou a teoria do acto claro, relacionando-a com o dever imposto ao juiz nacional de ter em atenção a terminologia específica do direito da UE, com o facto das suas disposições estarem redigidas em várias línguas, com a exigência da interpretação ser feita dentro do seu contexto e em face de todo ordenamento jurídico e, por fim, com a verificação pelo juiz nacional de que o acto se revela igualmente claro para qualquer outro julgador dos restantes EM, colocado perante um caso semelhante e julgando de acordo com as mesmas normas. Como referido num ac. do Tribunal da Relação de Guimarães proferido no âmbito do proc. 9180/07.3TBRG.G1, de 23/04/2009: “o juiz nacional não pode prevalecer-se do seu convencimento subjectivo de que a interpretação que faz da norma de direito derivado é clara e que não lhe suscita dúvidas, antes se lhe impondo um juízo de prognose objectivo acerca do seu integral conteúdo e alcance”. No mesmo sentido *vd.* AZPITARTE S., *El tribunal constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, (Madrid: Civitas, 2002), p. 117. Sobre CILFIT *vd.* ainda RASMUSSEN, “The European Court’s acte clair strategy in C.I.L.F.I.T.”, *European Law Review*, vol. 9, 4, 1984, p. 259.

¹⁰⁹ Jurisprudência que poderá vir a servir de guia, orientação, mas que não deverá ser vista como um elemento final de aplicação.

¹¹⁰ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito...*, p. 120.

¹¹¹ Cremos que deverá reger aqui o disposto nos arts. 568º e ss do CPC, relativos à prova pericial, aplicáveis *ex vi* da al. e) do art. 2º do CPPT.

¹¹² No mesmo sentido J. Silva Rodrigues entende que “no domínio tributário (...) não existe espaço para afirmação de um espaço onde a administração possa agir de forma insindivível pelo tribunal” e para F. de Sousa da Câmara, “o refúgio na chamada discricionariedade técnica é inadmissível, na medida em que impede que se apreciem se os pressupostos de facto ocorreram ou não”. J. SILVA RODRIGUES, “Conceitos indeterminados e a sindicabilidade pelo tribunal”, *in: Jurisprudência fiscal anotada*, (Coimbra: Almedina, 2001), p. 102 e F. DE SOUSA DA CÂMARA, “As operações de reestruturação...”, p. 102.

5 - Propostas de futuro

5.1 - Soluções ao nível nacional

5.1.1 - A existência de critérios específicos

A primeira questão que se coloca é a de saber se será de aceitar a transmissibilidade de prejuízos fiscais em operações de reestruturação empresarial.¹¹³ Cremos que esta transmissibilidade, em princípio, deve ser admitida¹¹⁴ e, a nosso ver, não deveria ser necessária a autorização prévia, dado que existe um direito de fiscalização posterior por parte da administração.¹¹⁵ No entanto, constituindo este um campo fértil para práticas abusivas, para além da protecção geral do n.º 10 estabelecida no art. 73º, cremos que deveriam ser inseridos¹¹⁶ alguns requisitos especiais¹¹⁷ que, uma vez cumpridos, acautelariam a transmissibilidade dos prejuízos.

5.1.2 - Requisito temporal

A nosso ver, deverá concretizar-se o vago requisito temporal constante do n.º 2 do art. 75º e que se refere a “uma estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo”, ou seja, por exemplo, permitir a transmissibilidade de prejuízos se a actividade que gerou os prejuízos a ser transferidos for mantida pela sociedade que os recebe por um período mínimo de três

¹¹³ Um regime mais restritivo traria, em princípio, benefícios para os cofres do Estado, mas este não deve nem pode ser um critério de boa justiça tributária.

¹¹⁴ De acordo com o princípio da substância sobre a forma, na transmissão de prejuízos, apesar de formalmente não se tratar da mesma sociedade a receber os prejuízos, substancialmente, esta acaba por recebê-los, pois os prejuízos são transferidos da sociedade incorporada (A) para a sociedade incorporante (A+B) ou para uma nova (C), na qual a anterior se insere. Assim, pela própria natureza das operações não nos parece razoável impedir, desde logo, a transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das fusões.

¹¹⁵ No citado RGEPF, o art. 75º do CIRC é dado como exemplo de uma das “*normas sem justificação* (que apenas contribuem para a burocratização das relações tributárias), *manifestamente inexecutáveis* ou desproporcionadas”. Acrescentou-se ainda que a subordinação a autorização ministerial prévia é “excessivamente penalizadora e sem efeito útil (por não ser possível cumprir com o fim visado pela norma)”. Na opinião dos membros do grupo de trabalho, “a detecção (e a sanção) das situações abusivas deve acontecer *a posteriori*, em sede de fiscalização, já perante a *realidade* de uma determinada operação. A lei, quando muito, a manter-se tal espírito preventivo, tipificaria as (algumas) potenciais situações abusivas.”. No entanto, M. DOS P. LOUSA (que integrou o grupo) discorda desta posição, e refere que: “a) o facto de a regra da transmissibilidade dos prejuízos, consagrada no artº 69º do CIRC [actual art. 75º], ter a natureza de benefício fiscal implica a averiguação prévia da existência dos respectivos pressupostos; b) haverá, também, que ponderar as consequências financeiras negativas que poderiam advir para os sujeitos passivos em caso de correcção *a posteriori* de prejuízos fiscais deduzidos; c) a solução da exigência de “autorização prévia”, neste tipo de casos, é a corrente em direito comparado”. Além disso, acrescenta a autora, o entendimento que o TJUE tem sustentado sobre as cláusulas anti-abuso não se coaduna com a tipificação, ainda que meramente exemplificativa, de situações consideradas abusivas. “RGEPF...”, pp. 205 e 206. Quanto a este último aspecto, a nossa leitura da jurisprudência do TJUE é que este não se manifesta contra listas meramente exemplificativas mas sim contra a existência de presunções inilidíveis (tipificação cega/automática). De todo o modo, a lista que propomos seguidamente deverá ser realizada na positiva, ou seja, cremos que o problema de interpretação da cláusula em estudo talvez fosse resolvido com a elaboração de uma lista exemplificativa de situações de reestruturação consideradas fundadas em “razões comerciais válidas”.

¹¹⁶ De modo claro e objectivo a bem da certeza e segurança jurídicas.

¹¹⁷ OSCAR F. refere que é “acceptable que las legislaciones establezcan condiciones algo más estrictas para el traslado de quebrantos acumulados y franquicias tributarias sin utilizar”. WELLS, “Fusiones y adquisiciones...”, p. 79.

anos.¹¹⁸ Se existir actividade durante os três anos, então, pode considerar-se que não houve intuito abusivo, não há uma reestruturação societária com o único intuito de aproveitamento de prejuízos. Com esta introdução, acrescentam-se dois requisitos para a concessão de autorização: *i*) período mínimo de permanência e *ii*) manutenção da actividade que gerou os prejuízos. Existe uma ligação estreita entre os prejuízos e a actividade que os gerou. Por este motivo, a manutenção desta actividade durante aquele período constitui mais uma garantia de que a operação não visou a fraude ou evasão.

5.1.3 - Regras especiais para fusões “intra-grupo”

Creemos ainda que poderia introduzir-se uma distinção entre as fusões realizadas “intra-grupo”¹¹⁹ e “extra-grupo”. A nosso ver, para as operações de fusão “intra-grupo”, poderiam ser estabelecidos requisitos mais exigentes, uma vez que nestas o risco de práticas abusivas é superior. Assim, numa fusão “intra-grupo”, a sociedade resultante não poderia usar os prejuízos fiscais anteriores à fusão quando gerados no ano anterior à formação do grupo, salvo se as seguintes condições tivessem sido satisfeitas:

- a*) as actividades das sociedades envolvidas na fusão estivessem relacionadas (relação entre actividades); e
- b*) alguma destas condições estivesse cumprida no momento da fusão:
 - b1*) um ou mais altos funcionários das sociedades envolvidas na fusão, antes da formação do grupo, deveriam ser contratados como altos funcionários da sociedade resultante da operação de reorganização (continuidade dos altos funcionários); ou
 - b2*) a sociedade resultante da fusão não deveria ser cinco vezes maior nem inferior a um quinto da sociedade fundida, de acordo com os seguintes índices (1) montante de capital; (2) receitas das actividades relacionadas; ou (3) número de empregados contratados nos negócios relacionados, (similitude de tamanho), desde que nem a sociedade resultante da fusão nem a sociedade fundida tenham alterado significativamente a sua dimensão (não mais de 200% ou menos de 50%) (em termos dos índices utilizados em cima) desde o momento da formação do grupo.

5.1.4 - Cláusula de salvaguarda

Aos requisitos referidos em cima, cremos que deve ser aplicada uma cláusula de salvaguarda ou *bona fide clause*. Ou seja, se o sujeito passivo provar que existe uma razão forte e legítima para o não cumprimento de algum dos critérios mencionados, deve poder ser admitida a transmissibilidade de prejuízos.

¹¹⁸ Em termos económicos, este período é normalmente apontado como estratégia de médio prazo.

¹¹⁹ Referimo-nos aqui às sociedades às quais não é aplicável o regime especial de tributação dos grupos de sociedades (arts. 69º e ss do CIRC). Para a densificação do conceito de grupo, neste sentido, poderá recorrer-se à expressão “relações especiais” constante do art. 63º do CIRC. Assim, farão parte do mesmo “grupo” as sociedades que estiverem nas circunstâncias do nº 4 do referido preceito.

5.1.5 - Notas finais

Estas exigências parecem cumprir os requisitos de adequação¹²⁰ e proporcionalidade pressupostos pelo direito da UE.

No entanto, enquanto não se realiza uma alteração legislativa, a administração fiscal deveria interpretar a referida norma à luz do direito da UE, ignorando a Circular administrativa na parte em que viola o direito da UE, ou seja, na parte que institui a regra do património líquido.¹²¹

Uma outra forma de minorar esta situação, enquanto não existe alteração legislativa clarificadora, seria a emissão de instruções administrativas que estabelecessem aqueles requisitos e a cláusula de salvaguarda. No entanto, esta adopção de instrumentos administrativos não constitui uma solução final porquanto, como ficou patente em *Biehl II*¹²², não basta a mera interposição de uma medida administrativa, é necessária uma modificação expressa das normas para se assegurar a compatibilidade de um dado regime com o ordenamento da UE.

5.1.6 - A questão da dualidade na aplicação de um critério idêntico

O nosso legislador introduziu a expressão “razões comerciais válidas” em dois momentos do regime fiscal das fusões: *i*) no n.º 10 do art. 73º (norma anti-abuso aplicável a todo o regime fiscal das fusões) e *ii*) no n.º 2 do art. 75º (norma anti-abuso específica do regime da transmissibilidade de prejuízos).¹²³

Ainda que este conceito surja em momentos diferentes – um *à priori*, para aplicação do regime de neutralidade, e o outro *à posteriori*, para a transmissibilidade de prejuízos –, por razões de coerência do sistema, de razoabilidade e de inteligibilidade, cremos dever ter um tratamento idêntico em ambas as situações.

Em bom rigor, se uma operação é considerada fundada em “razões comerciais válidas” para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal (se passa o teste do n.º 10 do art. 73º), o requisito

¹²⁰ Procurámos que as exigências propostas fossem adequadas e equilibradas também em relação ao regime previsto no art. 52º do CIRC, dado que, caso os requisitos a aplicar fossem demasiado exigentes as sociedades passariam a estruturar as suas operações de outro modo, ou seja, a sociedade que possui os prejuízos passaria a incorporar a sociedade sem prejuízos (e não o contrário), deixando assim de haver transmissibilidade e aplicando-se o regime do reporte de prejuízos.

¹²¹ Conforme referimos, a administração fiscal portuguesa tem baseado a sua análise da motivação das operações no critério do património líquido. Este critério é demasiado redutor e penaliza as sociedades mais debilitadas. De acordo com a jurisprudência europeia, deverá existir uma análise casuística, que deverá observar o interesse económico da operação de diversas perspectivas (e não apenas do limitado critério do património líquido). Veja-se o § 41 de *Leur-Bloem* e o § 31 de *A.T.*, ambos já citados.

¹²² *Vd.* ATJ de 26/10/95, *CE vs Luxemburgo*, C-151/94, nos termos do qual, “simples práticas administrativas, por natureza modificáveis à vontade da administração e desprovidas de publicidade adequada, não podem ser consideradas cumprimento válido das obrigações impostas pelo Tratado, desde que mantenham, relativamente aos sujeitos de direito em causa, um estado de incerteza quanto à amplitude dos seus direitos tal como garantidos pelo Tratado”. *Vd.* ainda ATJ de 11/06/91, *CE vs França*, C-307/89, § 13; de 26/01/94, *CE vs Irlanda*, C-381/92, § 7; e de 24/03/94, *CE vs Bélgica*, C-80/92, § 20.

¹²³ Não consideramos que o núcleo das “razões comerciais válidas” seja mais reduzido num caso do que no outro mas concordamos que as normas, globalmente consideradas, possuem graus de exigência diferentes: *a*) num caso o ónus da prova das “razões comerciais válidas” é da administração fiscal e no outro é do sujeito passivo; *b*) num caso exige-se que as operações tenham como principal objectivo a fraude e a evasão fiscal e no outro basta que não se demonstrem as “razões comerciais válidas” para a não aplicação do respectivo regime; e, finalmente, *c*) num caso não existe requisito temporal e no outro exige-se que a fusão se insira numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo. A expressão “razões comerciais válidas” só poderá ser observada de uma forma muito semelhante (em ambas as normas) e à luz do direito da UE (em qualquer delas). Com uma posição idêntica, A. P. DOURADO e J. ALMEIDA FERNANDES, “Portugal: pending cases...”, p. 207.

correspondente do n.º 2 do art. 75º deverá ter-se por logo preenchido.¹²⁴ O teste europeu das “razões comerciais válidas” foi pensado especificamente como requisito para a aplicação do regime da neutralidade fiscal nas reestruturações societárias. Pelo que, em nossa opinião, traria vantagem – sobretudo ao aplicador do direito – a eliminação da menção às “razões comerciais válidas” que consta do n.º 2 do art. 75º, sem prejuízo da transmissibilidade de prejuízos poder e dever sujeitar-se a outros critérios. Esta eliminação permitiria restaurar a coerência do regime.¹²⁵

5.1.7 - A lista meramente exemplificativa

Quanto ao problema da interpretação da cláusula das “razões comerciais válidas”, uma solução possível é a elaboração de uma lista meramente exemplificativa de situações de reestruturação que possam ser consideradas fundadas em “razões comerciais válidas” (adoptando, naturalmente, nesta lista os critérios da jurisprudência do TJUE já enumerados). Por outro lado, se os tribunais portugueses aceitassem analisar este conceito, a sua jurisprudência seria um importante contributo para a introdução de melhorias a tal elenco.

5.2 - Soluções ao nível da UE

5.2.1 - Considerações iniciais

Como já tivemos oportunidade de realçar, a Directiva das fusões é omissa quanto ao regime que os EM devem adoptar para a transmissibilidade de prejuízos estabelecendo, apenas, que aqueles têm de obedecer a um princípio de não discriminação entre as operações nacionais e transfronteiriças.¹²⁶

Cremos que a norma da Directiva que estabelece aquele princípio não tem qualquer efeito útil porque este já resulta expressamente do art. 18º do TFUE.

No entanto, a liberdade concedida pela Directiva provoca óbvias distorções que frustram o seu objectivo último de eliminação dos obstáculos ao funcionamento do mercado interno no contexto das reorganizações societárias, pelo que, a nosso ver, também a transmissibilidade de prejuízos fiscais

¹²⁴ Com uma opinião semelhante, F. DE SOUSA DA CÂMARA: “se a administração fiscal já concedeu um benefício tributário que pressupõe a existência de “razões comerciais válidas”, *in casu* apreciadas à luz de critérios mais selectivos e exigentes do que aqueles previstos na própria cláusula anti-abuso, não poderá reaparecer sob um nova “capa” para atacar a operação, negando-lhe neutralidade”. *Vd.* F. DE SOUSA DA CÂMARA, “As operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso...”, p. 93. Este autor considera que o n.º 10 do art. 73º é menos exigente do que o n.º 2 do art. 75º, razão pela qual, se for autorizada a transmissibilidade de prejuízos, não poderá ser negada a neutralidade da fusão.

¹²⁵ A própria CE ressalta a necessidade dos EM procederem a uma revisão geral das suas normas anti-abuso. CE, (2007) 785, “The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation - within the EU and in relation to third countries”, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0785:FIN:EN:PDF>>, p. 9, consultado pela última vez em 26/06/2011.

¹²⁶ Relativamente ao art. 8º da Directiva, o TJUE refere que deixar aos EM uma margem de liberdade que lhes permita fazer depender a neutralidade fiscal prevista a favor dos sócios da sociedade adquirida de condições suplementares “seria contrário ao objectivo da desta directiva, que consiste em eliminar obstáculos fiscais às reestruturações transfronteiriças de empresas, ao garantir que os eventuais aumentos do valor das participações sociais não sejam tributados antes da sua realização efectiva”. *Vd.* §§ 27 e 28 de A.T. Em nossa opinião, o legislador europeu deveria ter seguido o mesmo raciocínio para a questão da transmissibilidade dos prejuízos.

deveria estar “harmonizada”¹²⁷, em prol da existência de um verdadeiro regime fiscal comum aplicável a estas operações.¹²⁸

Seja qual for a forma seguida, cremos que deveriam ser introduzidos requisitos especiais para permitir esta transmissibilidade. Estes requisitos poderiam bem ser aqueles que referimos como solução ao nível nacional.

Assim, cremos que a superação deste problema, ao nível da UE, poderia passar por introduzir as regras mencionadas para o caso português através: *i)* de um acto legislativo; ou *ii)* de um instrumento de *soft law*.

5.2.2 - Acto legislativo

Como referido, somos da opinião que os critérios propostos para o caso português deveriam ser introduzidos através de um acto legislativo. Assim, esta regulação poderia ser feita directamente na Directiva das fusões existente ou, dada a relevância da matéria tratada, poderia mesmo ser adoptada uma Directiva específica onde se disciplinassem os aspectos centrais da transmissibilidade de prejuízos fiscais neste contexto.

5.2.3 - *Soft law*

Enquanto não se realizam estas alterações através de um acto legislativo, somos da opinião que poderia haver uma actuação através de *soft law*.¹²⁹ Assim, e como já tem acontecido para outros aspectos de harmonização da tributação directa, a CE poderia emitir uma recomendação ou um instrumento similar com o mencionado intuito de harmonização. Apesar de não possuírem força vinculativa, estes documentos podem ser muito relevantes em matéria de fiscalidade directa. As soluções propostas para a coordenação entre os EM poderiam ser as anteriormente propostas.

5.2.4 - A Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS)

Por outro lado, cumpre referir que a questão da transmissibilidade de prejuízos foi incluída na Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma MCCCIS.¹³⁰ Na realidade, esta Proposta contém no capítulo XI, relativo às reorganizações empresariais, um art. 71^{o131} dedicado ao tratamento das perdas

¹²⁷ Em respeito pelo princípio da subsidiariedade previsto no art. 5º do TUE e no Protocolo adicional n.º 2.

¹²⁸ Ainda que com regras anti-abuso.

¹²⁹ Atendendo a que a integração fiscal através de *hard law* é mais difícil, a CE recorre muitas vezes à *soft law*, a instrumentos como Recomendações (art. 288º do TFUE), Códigos de Conduta e Comunicações. Tratam-se de mecanismos destinados a fornecer, de modo não vinculativo, orientações de como compatibilizar a lei fiscal nacional com a jurisprudência do TJUE. TERRA e WATTEL, *European tax law*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008), pp. 195 e ss.

¹³⁰ Designação utilizada na versão portuguesa da Proposta de Directiva, p. 32. Em inglês denomina-se *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*.

¹³¹ *Vd.* CE, *Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma MCCCIS*, disponível no sítio da internet da TAXUD, consultado pela última vez em 26 de Junho de 2011.

em caso de uma reorganização empresarial entre dois ou mais grupos. O n.º 2 deste art. refere-se aos casos em que ocorre uma fusão mas a sua redacção não é muito clara, razão pela qual, não é fácil compreender o seu sentido e alcance. No entanto, parece que o referido inciso prevê a livre transmissibilidade de prejuízos em operações de fusão. Ora, consideramos necessária a alteração da redacção desta norma, de forma a torná-la mais perceptível.¹³² Por outro lado, tudo parece indicar que a Proposta de Directiva remete a protecção anti-abuso nesta matéria para a norma geral constante do art. 80º da Proposta.

Além disso, esta não será a solução ideal também porque, por um lado, se trata de um sistema opcional (o que pode conduzir a distorções), e por outro, porque tal projecto dificilmente se concretizará a curto ou mesmo médio prazo – existe, por parte de alguns EM, a oposição manifesta ao mencionado projecto e a descrença por parte de outros. Assim, esta poderia constituir uma solução viável mas não no imediato. Pelos motivos expostos, as soluções anteriormente propostas mantêm-se válidas e prementes.

5.3 - Síntese conclusiva

Ao longo do presente estudo, procurámos desenvolver o regime da transmissibilidade de prejuízos, identificar os problemas que decorrem da falta ou deficiência de regulação e apontar algumas soluções, procurando sempre perspectivar as situações do prisma interno e europeu.

Esperamos ter aberto um debate que conduza à introdução de regras mais claras, precisas e adequadas, que permitam trazer segurança e certeza jurídica (bem como mais justiça tributária) a um sector carente de urgente normação.

Deste modo, existirão melhores condições para uma maior dinamização das reorganizações societárias e um contributo decisivo para alcançar, com plenitude, os objectivos da União.

6 - Conclusões

O regime português das fusões resulta, nos seus traços essenciais, da transposição do regime contido na Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23/07/1990, que assenta no axioma de que se mostra essencial a uma plena realização do mercado comum a remoção dos entraves fiscais à realização de determinadas operações de reorganização societárias num contexto europeu.

É comumente sabido que as operações de reestruturação constituem uma zona de risco no que toca às práticas fiscais abusivas, pelo que a Directiva incorpora uma disposição anti-abuso que exclui dos benefícios da mesma os casos em que a operação não se realiza por “razões comerciais válidas”.

No entanto, o legislador da UE remeteu para os EM a responsabilidade da definição do regime tributário aplicável à transmissibilidade de prejuízos no âmbito das operações subsumíveis à *supra* referida Directiva, fazendo unicamente a exigência que o regime consagrado seja não discriminatório.

¹³² Esta liberdade absoluta importaria uma grande diminuição nas receitas fiscais dos Estados, no entanto, pode sempre argumentar-se que, com a MCCCIS, as empresas actuariam de forma mais eficiente e isso originaria um aumento dos lucros tributáveis, e consequentemente, um menor impacto nos cofres dos Estados - porém, essa é uma hipótese não imediatamente comprovável nos estudos que acompanham a Directiva.

O legislador português, utilizando a margem de actuação conferida pela Directiva, optou por subordinar a transmissibilidade de prejuízos para efeitos fiscais à regra das “razões comerciais válidas”, regra essa que, no âmbito da Directiva, se circunscrevia aos benefícios tributários concedidos pela mesma e não à transmissibilidade de prejuízos. Uma vez que o legislador decidiu aplicar às situações puramente internas o mesmo tratamento dado às que se regem pela Directiva, a ambas as operações se aplica um regime único, que resulta directamente do direito da UE derivado.

Existem vários argumentos que nos levam à conclusão de que a referida cláusula anti-abuso, introduzida no regime português para a transmissibilidade de prejuízos, deve ser interpretada nos termos em que é interpretada e densificada pelo TJUE, sendo o mais importante a recente apreciação desta cláusula, precisamente no contexto da transmissibilidade de prejuízos, efectuada pelo TJUE no caso *Foggia*.

Ora, seguindo essa perspectiva (europeia), consideramos que as “razões comerciais válidas” deverão ser observadas na perspectiva do grupo, se não mesmo numa perspectiva mais ampla.

Nos casos específicos em que as operações de reorganização envolvam uma SGPS, a administração fiscal deve ter em conta as especificidades daquele tipo societário, analisando a validade das razões comerciais da operação não se prendendo a critérios que exijam uma actividade de produção ou industrialização, algo que não faz parte da genuinidade da actividade de uma SGPS.

Com o recente caso *Foggia*, o TJUE reafirmou que o conceito das “razões comerciais válidas” vai além da simples tentativa de obter um benefício puramente fiscal. Deste modo, uma operação de fusão alicerçada em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar ponderações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão comercial válida, desde que estas considerações não sejam preponderantes para a operação planeada. No entanto, nas palavras deste tribunal “a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo”. Pelo que, se se admitir que o argumento da redução dos encargos administrativos e de gestão representa uma razão comercial válida, sem se ter em consideração os outros objectivos da operação, especialmente os fiscais, a regra anti-abuso da Directiva fica desprovida de sentido.

Um outro aspecto estruturante da leitura do TJUE, que resulta de vários acórdãos e também agora do *Foggia*, é o da necessidade de apreciação casuística do conceito “razões comerciais válidas”.

Adicionalmente, e de acordo com a mesma jurisprudência, a discricionariedade técnica é proibida. No mesmo sentido, as decisões administrativas devem ser sempre passíveis de fiscalização jurisdicional.

Assim, de *iure constituto*, e no plano nacional, uma das formas de facilitar a interpretação e aplicação da cláusula anti-abuso consiste na elaboração de uma lista meramente exemplificativa de situações de reestruturação consideradas fundadas em “razões comerciais válidas”. Tal não violaria a regra do casuísmo e permitiria aos operadores económicos um maior grau de certeza quanto à actuação da administração fiscal.

De *iure constituendo*, entendemos que a “duplicação” do teste das “razões comerciais válidas” se mostra totalmente inadequada.

Cremos que a transmissibilidade de prejuízos deve ser admitida mas deve ser sujeita a requisitos especiais, dado tratar-se de um campo fértil para práticas abusivas.

No entanto, consideramos que não deveria ser necessária a autorização prévia, dado que existe um direito de fiscalização posterior por parte da administração.

De *iure constituto*, e no plano da UE, entendemos que a norma da Directiva que estabelece o requisito da não discriminação não tem qualquer efeito útil uma vez que esta exigência resultaria já do direito primário, nomeadamente do art. 18º do TFUE.

O facto da Directiva ter autorizado os EM a adoptar regras diferentes sobre a transmissibilidade de prejuízos acaba por provocar distorções que frustram o seu objectivo último de eliminação de obstáculos ao funcionamento do mercado interno.

Deste modo, e pelos motivos que tivemos oportunidade de detalhar no presente estudo, cremos que a transmissibilidade de prejuízos fiscais também deveria, e com absoluto respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, ser objecto de regulação por parte das instituições da UE.

Consideramos que seria benéfico modificar a Directiva existente ou adoptar um novo instrumento mediante o qual se regulassem os aspectos mais relevantes da transmissibilidade de prejuízos fiscais introduzindo regras que permitissem delimitar, de forma clara, as situações de abuso. Dado que, qualquer acto legislativo neste domínio exige o acordo unânime dos 27 EM, cremos que, enquanto tais modificações não são adoptadas, a CE deveria actuar, a título complementar e por via de *soft law*.

Esta regulação foi incluída no art. 71º da Proposta de Directiva relativa à MCCCIS mas precisa de haver clarificação da norma de modo a, futuramente, não se criarem divergências na interpretação. No entanto, e ainda que tal proposta de Directiva venha a ser adoptada, a mesma só se aplicará às empresas que passem os testes de elegibilidade e que optem pela aplicação do referido regime. Pelo que, independentemente desta proposta, as considerações anteriores continuam a ser válidas e prementes.

Em suma, consideramos que é imperioso resolver de forma clara e definitiva esta questão da regulação da transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito das reorganizações societárias, tanto domésticas como transfronteiriças, a fim de evitar que os operadores económicos continuem a sofrer restrições, desvantagens e distorções resultantes das imprecisões das regulações normativas nacionais e europeias descritas no presente estudo, soluções que deveriam passar pela adopção da globalidade ou parte das propostas que apresentamos no presente artigo.