

**ACÇÃO DE FORMAÇÃO CONTÍNUA  
TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO**

***O IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS***

António Rocha Mendes\*

\* Advogado. Sócio da sociedade de advogados Campos Ferreira, Sá Carneiro & Associados.

<b>1. AS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL.....</b>	<b>4</b>
1.1. Enquadramento.....	4
1.2. Conceito de reestruturação empresarial.....	4
1.3. Tipos de reestruturação empresarial – estrutura de ativos e financiamento.....	5
1.4. A transmissão de ativos ou participações.....	6
1.5. Reestruturação empresarial no direito português.....	7
<b>2. O IRC NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS.....</b>	<b>8</b>
2.1. Nota introdutória.....	8
2.2. Mecânica da tributação das transmissões de ativos.....	8
2.2.1. O princípio da realização.....	8
2.2.2. O lucro tributável e a categoria específica das mais-valias.....	12
2.2.2.1. O lucro contabilístico.....	13
2.2.2.2. Variações patrimoniais – as alterações de valor nos capitais próprios.....	14
2.2.2.2.1. O capital próprio.....	14
2.2.2.2.2. Variação do valor dos capitais próprios.....	15
<i>Contribuições dos titulares do capital e operações com instrumentos de capital próprio.....</i>	<i>16</i>
<i>Mais valias e menos valias latentes.....</i>	<i>17</i>
2.2.2.2.3. Ajustamentos previstos na legislação fiscal.....	18
2.2.2.3. O caso específico das mais-valias.....	19
2.2.3. A base fiscal.....	21
2.3. Exemplos práticos de tributação das operações de reorganização.....	24
2.3.1. Nota introdutória.....	24
2.3.2. Compra e venda de ativos ( <i>asset deal</i> ).....	25
2.3.3. Compra e venda de participações sociais ( <i>share deal</i> ).....	27
2.3.4. Fusão.....	28
2.3.5. Cisão simples.....	30
<b>3. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL.....</b>	<b>33</b>
3.1. Enquadramento.....	33
3.2. O mecanismo do diferimento da tributação através do transporte da base fiscal.....	34
3.3. O regime de neutralidade fiscal no Código do IRC.....	38
<b>4. OS COMPORTAMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO E O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL ..</b>	<b>39</b>
4.1. Enquadramento geral do regime de neutralidade fiscal.....	39

4.2. Os comportamentos de substituição.....	39
4.3. Os problemas da substituição .....	40
4.3.1. Na óptica do ordenamento jurídico .....	40
4.3.2. Na óptica da eficiência económica .....	40
4.4. A reacção à substituição no âmbito do regime de neutralidade fiscal .....	41
4.4.1. Enquadramento geral .....	41
4.4.2. O abuso de direito na jurisprudência do TJUE.....	42
4.5. O n.º 10 do Artigo 73.º do CIRC.....	44
4.5.1. Elementos essenciais da norma anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC .....	44
4.5.1.1. Verificação da previsão normativa .....	44
4.5.1.2. Artificialidade .....	44
4.5.1.2.1. Obtenção de vantagens fiscais .....	45
4.5.1.2.2. A intenção primordial da operação é a obtenção dessas vantagens fiscais .....	53
4.5.1.3. Violação da intenção normativa subjacente ao regime de neutralidade fiscal .....	54
4.5.2. Índícios de abuso previstos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC .....	56
4.5.2.1. Natureza jurídica das circunstâncias descritas na norma anti-abuso .....	57
4.5.2.2. Operação com entidades sujeitas a regimes de tributação distintos .....	58
4.5.2.3. Índício de abuso quando a reorganização careça de razões económicas válidas..	59
4.5.2.3.1. Significado da expressão “razões económicas válidas” .....	59
4.5.2.3.2. Consequências práticas .....	60

## 1. AS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL

### 1.1. Enquadramento

As empresas, para se manterem competitivas<sup>1</sup>, são obrigadas a um constante ajustamento ao mercado em que operam, nomeadamente através do investimento na aquisição, manutenção e renovação dos seus factores de produção e da adaptação da sua estrutura jurídica às exigências do mercado e às frequentes alterações legislativas, incluindo aquelas de natureza fiscal.

Essa necessidade agravou-se nas últimas décadas, nas quais assistimos à internacionalização do capital e à concorrência empresarial a nível global. A incessante procura, à escala mundial, da melhor alocação dos recursos de capital aumentaram significativamente a pressão sobre a eficiência e o desempenho empresarial. Aquelas empresas incapazes de operar os seus factores de produção na sua máxima capacidade para gerar lucros tornam-se rapidamente obsoletas, ou são identificadas e adquiridas, por investidores convictos de serem capazes de lhes retirar maior proveito<sup>2</sup>.

No entanto, paradoxalmente, os negócios jurídicos subjacentes às operações de reorganização e aquisição de empresas assentam ainda em conceitos incipientes no âmbito do direito civil, do direito societário e da própria teoria geral do direito. Esta observação é particularmente incontestada no que se refere à transmissão de unidades empresariais e conjuntos económicos, já que o nosso direito carece ainda da fundamental articulação entre os conceitos de empresa e de sociedade comercial.

Também o sistema fiscal carece ainda de um regime de tributação das operações de reorganização absolutamente coerente, assente em sólidos princípios da tributação do rendimento e utilizando conceitos ajustados à complexidade das transacções efectivamente executadas pelos agentes económicos.

Até à data, e apesar dos recentes ajustamentos introduzidos pela Reforma do IRC de 2014, a complexidade de tal empresa tem impedido que as regras de tributação das operações societárias, e em particular das reorganizações societárias, atinja o fundamental patamar de eficiência, transparência e segurança jurídica que permita aos empresários organizarem, sempre, os seus negócios da forma economicamente mais eficiente (respeitando, naturalmente, as necessidades de financiamento do Estado e o princípio da capacidade contributiva).

O tema que nos ocupa é o IRC no contexto específico das reestruturações empresariais. Cumpre, por isso, antes de mais, esclarecer o que é uma reestruturação empresarial, para, posteriormente, analisarmos o mecanismo de tributação destas operações em sede daquele imposto.

### 1.2. Conceito de reestruturação empresarial

Conforme resulta da sua própria etimologia<sup>3</sup>, a **reestruturação** é o processo de renovação (ou de transformação) das relações formais entre as distintas componentes de uma organização. Por seu

---

<sup>1</sup> A propósito das vantagens competitivas das estruturas em constante modernização veja-se Fabretti (2005, p.145).

<sup>2</sup> A maximização do lucro pode assentar na maior experiência de gestão destes ativos pelo adquirente, pela sua maior capacidade financeira para realizar os investimentos necessários à expansão do negócio, ou simplesmente pela criação de economias de escala com outras actividades económicas do grupo empresarial adquirente.

<sup>3</sup> A palavra reestruturação contém três elementos etimológicos distintos: *res*, que significa fazer de novo; *estrutura*, que se refere às relações formais entre componentes de um conjunto organizado; e *acção*, que implica um processo.

lado, a **empresa** é a organização dos factores de produção<sup>4</sup> que o empresário reúne para o exercício de uma actividade económica (i.e. a venda de bens e a prestação de serviços).

Assim, numa primeira aproximação, podemos definir a **reestruturação empresarial** como o conjunto de acções dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos factores de produção no processo de obtenção de lucros. Este processo ocorre através da incorporação, eliminação, separação ou integração de factores de produção na estrutura empresarial, e pode fortalecer, enfraquecer, inverter ou redefinir as relações entre as suas distintas componentes<sup>5</sup>.

O denominador comum a todas as reorganizações empresariais é a criação de valor para os empresários<sup>6</sup>. Os motivos que vulgarmente lhes são apontados, como sejam a redução de custos, o redireccionamento estratégico, crescimento, economias de integração vertical ou de escala, combinação de recursos complementares e utilização de recursos disponíveis, mais não são do que simples meios para atingir esse fim essencial<sup>7</sup>.

Comentário [Antonio R1]: eio

### 1.3. Tipos de reestruturação empresarial – estrutura de ativos e estrutura de financiamento

Neste contexto, a reestruturação empresarial visa, regra geral: adequar a estrutura de capital da empresa ao seu ciclo de vida; ou ajustar a estrutura de detenção dos seus ativos fixos.

A primeira refere-se à forma como uma empresa financia os seus ativos, através de uma combinação de capitais próprios, dívida (capitais alheios) e instrumentos híbridos. Este tipo de reestruturação consiste essencialmente na modificação das proporções relativas de cada componente no balanço da empresa, pelo que, devido ao seu cariz essencialmente financeiro, está fora do âmbito da nossa análise, que se dedica exclusivamente às operações jurídicas de reestruturação<sup>8</sup>.

As segundas são aquelas reorganizações que envolvem essencialmente a forma jurídica de detenção dos ativos fixos da empresa. Estes ativos são os bens e direitos controlados pela empresa, necessários à manutenção das suas atividades, e que têm, portanto, um carácter de permanência. Os ativos fixos distinguem-se dos ativos circulantes, que são aqueles bens e direitos controlados pela empresa que se destinam a ser convertidos em dinheiro em curto prazo. Estes incluem, por

<sup>4</sup> Factores de produção são os elementos básicos utilizados na produção de bens e serviços, conforme definiu a Escola Clássica dos economistas dos séculos XVIII e XIX. Tradicionalmente são considerados como factores de produção a terra (terras cultiváveis, florestas, minas), o homem (trabalho) e o capital (máquinas, equipamentos, instalações).

<sup>5</sup> Não devemos confundir a reestruturação com o crescimento externo empresarial (i.e. aquisições e fusões), pois os mais generosos contornos da primeira podem incluir, além de estratégias de crescimento, a descentralização patrimonial e a simples recomposição qualitativa do património através da substituição de ativos. Por esta razão, parece-nos que a expressão *mergers and acquisitions* é redutora para designar o fenómeno das reorganizações empresariais.

<sup>6</sup> Se bem que, na prática e conforme aponta Sanchez Manzano *in* Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial (Universiad de Granada, 2005) pag. 2, frequentemente as reestruturções são impulsionadas pela vontade dos gestores, motivados pelo desejo de desenvolver as suas funções no contexto de organizações mais potentes que interatuem em mercados mais vastos.

<sup>7</sup> Hunt, Peter A. Structuring Mergers & Acquisitions: a guide to creating shareholder value; Aspen Publishers Inc., 2nd Edition, 2004, pag 352. O conceito de reestruturação empresarial levanta questões que emanam de diversas áreas científicas, incluindo o direito societário, fiscal e da concorrência, contabilidade, finanças, macroeconomia e gestão, entre muitas outras. Esta abordagem pluridisciplinar resulta evidente na seguinte definição: “A reestruturação societária consiste num realinhamento de controlo, operações, ativos e estrutura de capital de uma companhia com o objetivo de melhorar a performance operacional, otimizar estrutura de capital e melhorar a percepção do público. A definição de reestruturação vem evoluindo ao longo dos anos desde uma simples reconfiguração de balanço até uma gama de alternativas relacionadas com finanças e transações que vão de uma simples melhoria do desempenho interno até a venda completa ou fusão da companhia, desde uma venda de ativos visando dividendo especial ou a recompra de ações face uma ameaça de uma oferta hostil. Reestruturções têm sido usadas no passado por inúmeras razões, incluindo alavancar e desalavancar o balanço, concentrar o capital para fins de controlo, receber valor de uma subsidiária e acalmar investidores hostis. Mesmo com isso tudo dito, entretanto, as reestruturções são geralmente estabelecidas para gerar valor ao acionista.

<sup>8</sup> Note-se, contudo, que ambas estão intimamente ligadas. De facto, qualquer empresa é obrigada a obter financiamento para custear os seus investimentos em novos ativos, seja recorrendo aos seus sócios (capital) ou a capitais alheios (dívida). Por outro lado, o desinvestimento em determinados ativos pode obedecer à vontade empresarial de reduzir ativos ou reembolsar capital aos seus sócios.

exemplo, o dinheiro em caixa, contas bancárias, aplicações financeiras, contas a receber, inventários, mercadorias e matérias-primas.

As reorganizações empresariais, apesar de poderem envolver a transmissão de ativos circulantes, referem-se unicamente à reestruturação dos ativos fixos, i.e. à reorganização da estrutura produtiva da empresa. Estas reorganizações podem consistir em modificações quantitativas, através da aquisição ou alienação de ativos fixos; qualitativas, substituindo-se ativos fixos que cumprem idênticas funções; ou meramente formais, alterando-se apenas a configuração jurídica do seu controlo pela empresa.

Por esta razão, na presente análise, as referências a ativos devem considerar-se feitas a ativos fixos, exceto quando expressamente mencionado o contrário. Ou seja, nas explicações e exemplos que se apresentam faremos menção apenas à transmissão de ativos fixos e aos ganhos e perdas que dela possam resultar, apesar de ser evidente que na transmissão de empresas também os ativos circulantes são transmitidos<sup>9</sup>.

#### **1.4. A transmissão de ativos ou participações**

A competitividade da empresa obriga-a, portanto, a uma gestão dinâmica dos seus ativos, nomeadamente à sua substituição periódica (devido a desgaste ou obsolescência), à aquisição de novos ativos (em momentos de expansão da empresa) e à sua alienação e abate (em fases de desinvestimento).

Também a própria empresa, na sua globalidade, pode ser objeto de transmissão, nomeadamente quando o empresário pretende cessar, ou expandir, a sua atividade a determinada área de negócio ou a uma nova área geográfica. A transmissão da empresa pode realizar-se por *trespasse* (i.e. por transmissão dos seus elementos patrimoniais) ou por transmissão das participações da entidade que a detém. Ou seja, os empresários podem optar entre adquirir/alienar os “ativos reais”, i.e. os elementos patrimoniais da empresa (*asset deal*), ou os “ativos artificiais” que dão direito aos seus lucros, i.e. as participações da entidade que detém os ativos reais (*share deal*).

No primeiro caso, a transmitente é a sociedade que detém os ativos ou a empresa, sendo esta a beneficiária direta da correspondente contrapartida. No segundo, são os empresários que transmitem (indiretamente) a empresa, mediante a alienação das participações da entidade que a detém, pelo que são estes os beneficiários imediatos da correspondente contrapartida.

Cada uma destas opções tem um conjunto de vantagens e desvantagens, com enorme influência nos termos do negócio. Assim, por exemplo, num *asset deal*, as partes podem escolher quais os elementos patrimoniais que serão incluídos na transação (*cherry picking*). Pelo contrário, na transmissão de participações, todos os elementos patrimoniais da entidade empresarial são globalmente transmitidos, de forma indirecta, para a esfera patrimonial do adquirente.

Por este motivo, na aquisição de participações, o adquirente herda todas as contingências e obrigações (ainda que “ocultas”) da entidade transmitida, o que não sucede (ao menos de forma generalizada) num *asset deal*<sup>10</sup>. Em consequência, a aquisição direta da empresa, i.e. dos respetivos

---

<sup>9</sup> A transmissão de ativos circulantes, no entanto, não apresenta qualquer dificuldade. A contrapartida recebida pela transmissão destes ativos é sempre considerada um rédito na perspetiva do alienante e um gasto na perspetiva do adquirente.

<sup>10</sup> Algumas responsabilidades “seguem” os ativos, mesmo em operações em que apenas estes são transmitidos, sobretudo no caso de algumas dívidas fiscais ou quando a transmissão de ativos configure um *trespasse*.

elementos patrimoniais, é geralmente benéfica para o adquirente, ao passo que a transmissão das participações sociais é normalmente preferida pelo alienante<sup>11</sup>.

Por outro lado, num cenário de transmissão global da empresa, a transmissão de participações sociais é, regra geral, um negócio jurídico mais simples e menos oneroso do que o *trespasse*, dado que a primeira envolve a transmissão de um só ativo (as partes de capital)<sup>12</sup>.

Estas duas formas de transmissão da empresa têm também um tratamento fiscal distinto, tanto na esfera do alienante como do adquirente, o qual é um fator com enorme influência na decisão da forma do negócio e no preço da transmissão.

### 1.5. Reestruturação empresarial no direito português

No direito português, existem diversas formas através das quais se podem levar a cabo reestruturações empresariais, podendo ser agrupadas nas seguintes categorias:

(a) Transmissão da propriedade, ou do controlo, de ativos fixos individualizados da empresa ou a globalidade dos seus elementos patrimoniais<sup>13</sup> (*going concern*), sendo que neste último caso a referida transmissão pode ser realizada através de uma transmissão das participações da entidade que detém a empresa ou um *trespasse*<sup>14</sup>.

(b) Fusão, que consiste na operação em que duas ou mais sociedades se extinguem e os seus elementos patrimoniais são absorvidos por uma nova sociedade ou em que uma ou mais sociedades se extinguem e os seus elementos patrimoniais são absorvidos por outra já existente.

(c) Contribuição de ativos, cisão e permuta de participações: que consistem em operações nas quais se realiza a contribuição de elementos patrimoniais e/ou a sua separação, por “contrapartida”<sup>15</sup> de participações das entidades beneficiárias.

(d) Transformação, liquidação e redomiciliação: que, em determinadas circunstâncias, consistem na mera transformação da forma jurídica através da qual o conjunto de elementos patrimoniais da empresa é detido.

---

<sup>11</sup> Na verdade, a transmissão de participações permite um corte para o alienante, que transmite parte ou a totalidade da sua participação na sociedade *target*, permitindo-lhe desvincular-se total ou parcialmente da empresa detida pela mesma. Isto, naturalmente, sem prejuízo das denominadas *Reps&Warranties* e demais obrigações e responsabilidades assumidas no contrato de transmissão. Na transmissão de ativos, pelo contrário, o alienante mantém a sua posição de sócio na entidade transmitente.

<sup>12</sup> No entanto, isto nem sempre é verdade. O negócio pode complicar-se quando existem diversos vendedores com interesses opostos. Nestes casos, a transmissão de ativos pode revelar-se mais simples, já que existe apenas um alienante (a sociedade *target*).

<sup>13</sup> Elementos Patrimoniais são os elementos que compõem o património de uma entidade. Eles podem ser bens, direitos ou obrigações da entidade e são registados no seu ativo ou passivo.

<sup>14</sup> Segundo Saldanha Sanchez e Manuel Anselmo Torres (*A incidência de Selo no trespasse de estabelecimento*, in revista fiscalidade n.º 32) “o *trespasse*, enquanto negócio jurídico, se define como a transmissão de um estabelecimento entendido este como um conjunto de bens e direitos organizado para a prática de um comércio ou indústria. Nos casos em que entre esses direitos se inclui o direito ao arrendamento, este deverá naturalmente integrar o objeto da transmissão. para que se possa falar em *trespasse*. Nos demais casos, o *trespasse* não depende da existência nem, por conseguinte, da transmissão desse direito”. No âmbito do direito fiscal, a figura do *trespasse* é particularmente importante em sede de Imposto do Selo e IVA. Pelo contrário, em sede de IRC, o *trespasse* não tem particular relevância, sendo considerado como uma simples transmissão de ativos.

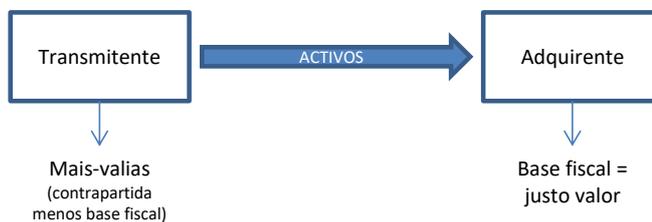
<sup>15</sup> Veremos que nem sempre estas operações implicam uma verdadeira transmissão de ativos por troca com participações, nomeadamente no caso da cisão em que, juridicamente, não ocorre qualquer transmissão em sentido técnico.

## 2. O IRC NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

### 2.1. Nota introdutória

Como veremos em maior detalhe, as reorganizações empresariais acima identificadas implicam a transmissão (real ou ficcionada) de ativos fixos entre distintas entidades empresariais sujeitas a imposto. Esta transmissão provoca a tributação dos ganhos latentes nesses ativos fixos. Ou seja, a sociedade reorganizada (transmitente) “realiza” um rendimento tributável (especificamente uma “mais-valia”), que corresponde à diferença entre a contrapartida recebida (ou que se ficciona ter recebido) e a “base fiscal” dos ativos transmitidos.

O mecanismo de tributação das transmissões de activos pode ser representado da seguinte forma:



Analisamos, em seguida, os três conceitos fundamentais que estão na base deste mecanismo e, conseqüentemente, da tributação das reorganizações empresariais: (i) o princípio da realização; (ii) o conceito de rendimento tributável em sede de IRC, em particular a categoria específica das mais-valias; e (iii) a base fiscal.

### 2.2. Tributação das reorganizações empresariais

#### 2.2.1. Princípio da realização

Por imperativo constitucional, a tributação do rendimento empresarial incide fundamentalmente sobre o “rendimento real”<sup>16</sup>, o qual, no contexto do IRC, é traduzido no conceito de “lucro tributável”.

Segundo o próprio legislador, o lucro tributável baseia-se na noção extensiva de rendimento de acordo com a chamada teoria do “rendimento acréscimo”. No entanto, o rendimento acréscimo apenas adquire relevância fiscal, i.e. apenas é considerado lucro tributável, no momento em que é “realizado”<sup>17</sup>.

O lucro tributável é, por isso, **aquilo que é sujeito a IRC**, ou seja, o objeto da sua incidência real<sup>18</sup> e consiste, portanto, no “rendimento-acréscimo-realizado” auferido pela empresa. Numa outra

<sup>16</sup> Cf. O artigo 104.º n.º 2 da CRP, que corporiza os princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

<sup>17</sup> Neste sentido, veja-se como no último parágrafo do n.º 5 do preâmbulo do CIRC o legislador nos alerta para o facto de que “entre as consequências que este conceito alargado de lucro implica está a inclusão no mesmo das mais-valias e menos-valias, ainda que, por motivos de índole económica, limitada às que tiverem sido realizadas”.

<sup>18</sup> Cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º e o n.º 1 do artigo 17.º do CIRC. Noutra perspetiva, podemos afirmar que o legislador fiscal encontrou no conceito de lucro tributável o instrumento que permite aferir a medida da (controvertida) capacidade contributiva das empresas, ou seja, o critério que permite quantificar a sua quota-parte na justa repartição dos encargos fiscais. Conforme aponta Duarte Morais, Rui, in Apontamentos ao IRC, Coimbra, Almedina, 2009, p. 35, “esta noção extensiva de rendimento permite concretizar melhor a igualdade na tributação, uma vez que todos os ganhos, independentemente da sua origem, ficam, tendencialmente, sujeitos a uma mesma tributação, o que se afigura justo na medida em que, por princípio, concorrerão de forma idêntica para um aumento da capacidade contributiva do sujeito passivo”.

perspetiva, poderá dizer-se que o “rendimento-acrécimo-realizado” é uma manifestação de capacidade contributiva e que o lucro tributável é o resultado da aplicação do mecanismo legal para a respetiva quantificação.

O conceito de rendimento acréscimo resulta da definição de rendimento segundo o “*modelo Schanz-Haig-Simmons*”. Este modelo teórico foi desenvolvido desde o final do século XIX com o contributo de diversos economistas e é, atualmente, reconhecido e aceite como a expressão correta do conceito fundamental de rendimento económico.

Segundo este modelo, o rendimento consiste em todo o aumento da capacidade económica verificado durante um determinado período de tempo. Na sua formulação mais simples, o rendimento corresponde, então, à soma do consumo e da variação líquida de riqueza, verificados durante o período temporal relevante. Assim, esquematicamente:

$$\text{Rendimento} = \text{Valor do consumo no período relevante} + \text{Variação da riqueza no mesmo período}$$

Os conceitos de valor, riqueza e rendimento utilizados nesta fórmula são peças fundamentais da análise, doutrina e política económica. O termo **valor**, no contexto da tributação do rendimento, refere-se ao valor de troca de bens e serviços em (efetivas ou potenciais) transações entre pessoas sujeitas ao imposto.

A **riqueza** é definida como o poder de compra de mercadorias ou serviços com valor de troca. A riqueza compreende essencialmente quatro fases: (i) a criação; (ii) a detenção; (iii) a transmissão; e (iv) o consumo (destruição). O rendimento, no sentido lato e abrangente do modelo Schanz-Haig-Simmons, corresponde à criação da riqueza. O rendimento é o valor da riqueza criada durante um determinado período de tempo. Uma vez criada, i.e., uma vez auferido o rendimento; a riqueza pode ser mantida, transmitida ou consumida. A criação de riqueza (rendimento), no entanto, não depende do respetivo destino ou utilização (consumo, investimento ou poupança)<sup>19</sup>.

O **rendimento**, enquanto variação no valor da riqueza entre dois momentos distintos, é apurado com base em duas medidas: a duração do período considerado e o valor da riqueza (no início e no final desse período)<sup>20</sup>. A definição de rendimento segundo o modelo *Schanz-Haig-Simmons* tem, portanto, duas componentes essenciais: a periodização e o acréscimo da riqueza. Ambas são interdependentes. A variação da riqueza implica necessariamente que esta seja medida em função de um determinado período de tempo. Não é possível conceber a variação de um determinado valor sem estabelecer um período de tempo durante o qual tal variação possa ser medida<sup>21</sup>.

Concluimos, portanto, que cabe nesta definição de rendimento qualquer aumento do valor líquido da riqueza, independentemente do seu destino, da sua fonte ou da atividade (ativa ou passiva) que lhe dá origem, incluindo a variação do valor dos bens que não são transmitidos nem consumidos<sup>22</sup>. É

<sup>19</sup> O imposto sobre o rendimento é um imposto sobre a produção de riqueza. O IMI, por exemplo, é um imposto sobre a detenção de riqueza, enquanto que o IMT é um imposto sobre as transmissões de riqueza. O Imposto do Selo, dependendo do facto tributável, pode ser um ou outro. O IVA é o exemplo paradigmático de um imposto sobre o consumo.

<sup>20</sup> A riqueza pode ser medida num preciso momento no tempo, mediante uma visão estática de uma existência que pode ser medida por uma única quantidade: o valor da riqueza; ou como um fluxo de coisas produzidas, consumidas, transformadas ou transportadas durante um dado período de tempo, que apenas pode ser determinado com recurso a duas medidas: a duração do período considerado e o valor de todas as coisas passadas como fluxo. É a riqueza enquanto fluxo que é definida como rendimento.

<sup>21</sup> Cf. Tavares, Tomás, “IRC e Contabilidade, Da Realização ao Justo Valor”, Almedina, 2011, p. 25.

<sup>22</sup> A título de exemplo, veja-se que o incremento do valor de um imóvel, entre dois momentos distintos, é considerado rendimento, quer tal acréscimo resulte da atividade do seu proprietário (promoção, melhoria, etc.) quer surja por meras variações dos preços no mercado. Em ambos os casos a valorização constitui a criação de riqueza, uma vez que resulta num acréscimo do valor líquido do património do seu proprietário. Também o destino dado a essa riqueza é irrelevante. O imóvel pode ser mantido, trocado ou vendido. Seja qual for o destino, a criação de riqueza surgiu com a valorização entre dois períodos. Note-se que, conforme aponta Tavares, “IRC...”, cit., p. 28, entram no

por isso um conceito abrangente de rendimento<sup>23</sup>. É por isso também que este conceito de rendimento é comumente designado por “rendimento acréscimo”<sup>24</sup>.

Num modelo puro de tributação do rendimento acréscimo, portanto, a valorização do património dos sujeitos passivos é imediatamente considerada rendimento tributável, mesmo que não ocorra uma transmissão (venda ou troca) dos elementos patrimoniais subjacentes. Basta que ocorra uma valorização patrimonial (rendimento acréscimo), dentro do período relevante, para que se gere rendimento tributável. Segundo este modelo, o rendimento tributável é coincidente com o rendimento (acréscimo) económico.

A aplicação deste modelo de tributação, na sua forma mais pura, gera diversos problemas, nomeadamente a falta de liquidez dos contribuintes para satisfazerem o pagamento do imposto sobre ganhos em ativos que não foram transmitidos, questões relativas à necessidade de avaliação constante dos ativos da empresa, e respetiva fiabilidade, e uma clara perceção de injustiça na tributação de ganhos “teóricos” (o que hoje é um ganho, resultante da valorização de um ativo, poderá amanhã ser uma perda em caso de desvalorização).

Foi necessário, portanto, introduzir no sistema de tributação do rendimento o denominado princípio da realização, que encontramos, naturalmente, na base do sistema de tributação previsto no CIRC<sup>25</sup>. Segundo este princípio, o rendimento (acréscimo) que se visa tributar no IRC só adquire relevância fiscal no momento em que se considera realizado. Até esse momento o rendimento existe economicamente, mas é fiscalmente irrelevante.

Assim, ao abrigo do princípio da realização, o acréscimo patrimonial resultante do aumento do valor de elementos patrimoniais, ainda que contabilisticamente reconhecido<sup>26</sup>, não é considerado rendimento tributável até que tais elementos sejam efetivamente transmitidos<sup>27</sup>. Até lá, o respetivo

---

conceito de rendimento também duas categorias extravagantes: o rendimento imputado e o capital humano. O primeiro corresponde à riqueza intangível de ativos que possa ser apropriada pelo sujeito. O segundo é a riqueza relativa às capacidades intangíveis da pessoa, adquiridos de forma inata ou num momento posterior da vida. No entanto, conforme aponta o autor, as duas categorias extravagantes estão excluídas do conceito de rendimento para efeitos fiscais porque não são suscetíveis de mensuração objetiva.

<sup>23</sup> Conforme aponta Rui Duarte Morais (Morais, “Apontamentos...”, cit. p. 34) “normalmente são apontadas duas correntes ou orientações para a definição de rendimento. A teoria da fonte, que restringe o conceito ao fluxo periódico de uma origem permanente, estável (rendimento-produto). O rendimento corresponderia, assim, à remuneração regular de cada um dos diversos fatores de produção. A teoria do rendimento-acréscimo ou do incremento patrimonial, que faz corresponder rendimento ao acréscimo líquido do poder económico de um sujeito entre dois momentos temporais (de forma simples, entre o princípio e o fim de um dado exercício). A principal diferença consiste na inclusão ou não no conceito de rendimento (e, portanto, na tributação a este título) dos ganhos de fontes não duráveis (p. ex. mais-valias, prémios de jogo, subsídios, indemnizações, etc.)”. Veja-se também Pitta e Cunha. Paulo, “As grandes linhas da reforma fiscal de 1988-89” in “15 anos da reforma fiscal – jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha”, p. 21, quando afirma que “A adoção do conceito de rendimento-acréscimo em substituição do de rendimento-produto implicava o alargamento da base de incidência a aumentos de poder aquisitivo não resultantes das fontes produtivas, trazendo para o campo do imposto as mais-valias e os ganhos fortuitos”.

<sup>24</sup> ~~O imposto sobre o rendimento é comumente categorizado como um imposto sobre a produção de riqueza O IMI, por exemplo, é um imposto sobre a detenção de riqueza, enquanto que o IMT é um imposto sobre as transmissões. O Imposto do Selo, dependendo do facto tributável, pode ser um ou outro. O IVA é o exemplo paradigmático do imposto sobre o consumo.~~

<sup>25</sup> É importante sublinhar que embora tanto no IRC, como nos sistemas análogos de tributação do rendimento das empresas noutros países, o princípio da realização desempenhe uma função fulcral, não cobre todos os rendimentos das empresas. Regra geral, subsistem sempre certas áreas que são sujeitas a princípios alternativos de tributação. Um caso paradigmático é a tributação de certos instrumentos financeiros, geralmente caracterizados pela sua elevada liquidez e facilidade de avaliação, que são frequentemente sujeitos a tributação de acordo com o seu justo valor.

<sup>26</sup> As normas contabilísticas permitem que o valor contabilístico de alguns ativos flutue em função do seu justo valor (em vez de permanecer registado com base no seu custo histórico). A contrapartida dessa flutuação, em termos de registos contabilísticos, pode ser realizada através dos resultados ou dos capitais próprios da sociedade, o que implica que as alterações no justo valor de tais ativos são imediatamente reconhecidas, independentemente de qualquer transmissão, nos resultados ou no capital próprio da empresa.

<sup>27</sup> Note-se que este princípio central é, no entanto, sujeito a exceções, tanto no IRC português, como nos sistemas análogos de tributação do rendimento das empresas noutros países (cf. por exemplo, Hugh J. Ault and Brian J. Arnold, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis”, Alphen aan den Rijn, Holanda, Kluwer Law International, 2010, p. 233). Note-se também que (cfr. ponto 4 do preâmbulo do CIRC) “a realização é, porém, entendida em sentido lato, de modo a abranger quer os chamados ganhos de capital voluntários (v.g. derivados da venda ou troca), quer os denominados ganhos de capital involuntários (v.g. resultantes de expropriações ou indemnização por destruição ou roubo)”.

titular tem apenas uma mera expectativa da realização de um ganho, ou seja, um rendimento “não realizado”.

Regra geral, a realização implica, portanto, que os elementos patrimoniais (valorizados ou desvalorizados) sejam transmitidos. Até à transmissão, o rendimento (acréscimo) dissocia-se temporalmente da realização. “*Há rendimento sem realização*”. Por isso se pode afirmar que “*A realização não é o acto constitutivo, mas tão só um posterior momento de mensuração*” do rendimento<sup>28</sup>. Ou seja, a transmissão que despoleta a realização (i.e. o “*evento de realização*”) não cria o rendimento económico. Este existe antes da transmissão. A transmissão serve apenas como a referência temporal na qual o rendimento se considera realizado e, como tal, pode ser incluído na base tributável do contribuinte<sup>29</sup>.

A este respeito cabe deixar uma importante nota sobre os denominados “eventos de realização”. Os eventos de realização não correspondem necessariamente a uma transmissão jurídica de determinado bem ou direito. Pode ocorrer um evento de realização numa operação em que a propriedade jurídica não é transmitida, bastando para o efeito que os “riscos e os benefícios” desse bem ou direito sejam transferidos para outra entidade. Com efeito, nesses casos, determina a contabilidade que o bem ou direito seja desreconhecido no balanço da sua proprietária jurídica e passe a ser reconhecido por outra entidade<sup>30</sup>. Para efeitos contabilísticos e fiscais, este registo contabilístico é suficiente para despoletar um evento de realização. Pode também acontecer o oposto, i.e. que a transmissão jurídica de um bem ou direito não dê origem a um evento de realização<sup>31</sup>.

Por essa razão, revela-se criterioso encarar os eventos de realização de um ponto de vista menos jurídico e mais abstrato, como “transmissões de valor” entre duas entidades. Nesta medida, a realização envolve uma troca com outra pessoa e a troca envolve, tipicamente, um pagamento. Por isso, um sistema de tributação baseado na realização tributa a criação de riqueza na esfera de uma pessoa apenas quando esta é transformada num pagamento realizado por outra pessoa<sup>32</sup>. Para este efeito, o pagamento é entendido não no sentido estrito de um pagamento em dinheiro mas sim no sentido de qualquer transmissão de valor (susceptível de valorização monetária) de uma pessoa para outra pessoa<sup>33</sup>.

Sem esta transmissão de valor não há realização, pelo que não ocorre qualquer evento tributável em sede de imposto sobre o rendimento. A transmissão de valor é a componente fundamental na determinação do rendimento tributável. Os valores recebidos são adicionados ao rendimento

<sup>28</sup> Cf. Tavares, “IRC...”, cit., p. 25.

<sup>29</sup> Cf. Brauner, Yariv, “A good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations”, Brigham Young University Law Review, Provo (Utah), 2004, p. 4.

<sup>30</sup> De acordo com o parágrafo 87 da Estrutura Conceptual: “*Um ativo é reconhecido no balanço quando for provável que os benefícios económicos futuros fluam para a entidade e o ativo tenha um custo ou um valor que possa ser mensurado com fiabilidade*”. Ora, pode ocorrer que alguns ativos sejam propriedade de uma entidade mas que os seus benefícios económicos fluam para outra entidade. Nesses casos, será esta que deverá registar os ativos no seu balanço. O exemplo mais típico destes casos são os ativos detidos pela empresa em *leasing*.

<sup>31</sup> De um ponto de vista estrutural um evento de realização depende de que os ativos trocados sejam (económica e funcionalmente) diferentes. Este princípio, aceite na legislação e doutrina norte-americana, não foi adotado em Portugal. Nos EUA, a troca de “*like-kind property*”, mesmo que constituindo uma transmissão jurídica, nem sempre é um “evento de realização” (cf. IRC Treas. Section Reg. Section 1.1001-1(a) e *Cottage Sav. Ass'n v. Commissioner*, 111 S. Ct. 1503 (1991)). Para uma análise em profundidade deste tema cf. Prescott, Loren, “*Cottage Sav. Ass'n v. Commissioner: Refining the Concept of Realization*”, 60 Fordham Law Review 437 (1991), Shaviro, Daniel N., “*An Efficiency Analysis of Realization and Recognition Rules Under the Federal Income Tax*”, 48 Tax L. Rev. 1 (1992), p. 12, e Brauner, “*A Good Old...*”, cit., p. 7.

<sup>32</sup> Cf. Harris, Peter & Oliver, David, “*International Commercial Taxation*” (Cambridge University Press. 2010) p. 10-11. Cf. Harris and Oliver, p. 10-11.

<sup>33</sup> *Ibidem*. Cf. Peter Harris & David Oliver, *International Commercial Taxation* (Cambridge University Press, 2010), p. 10-11.

tributável, ao passo que os valores pagos lhe são deduzidos. São os valores pagos e recebidos, e portanto realizados, que produzem o rendimento tributável. A riqueza não transmitida, i.e. não realizada, não é relevante para o respetivo apuramento.

Segundo esta perspetiva, as “transmissões de valor” poderão ocorrer de distintas formas, incluindo a transmissão de dinheiro (ou de qualquer outro ativo); a redução de um passivo; a criação de um ativo na esfera patrimonial de outra pessoa; a utilização de um ativo de um terceiro; ou a prestação de um serviço<sup>34</sup>. Em suma, qualquer forma de “transmissão de valor”, e não apenas os pagamentos em dinheiro, constituem, regra geral, “eventos de realização”.

### 2.2.2. O lucro tributável e a categoria específica das mais-valias

Uma vez analisados os conceitos de rendimento acréscimo e de realização, nos quais o legislador fiscal encontrou uma manifestação de capacidade contributiva, cumpre focar a nossa análise no instrumento que permite quantificar essa capacidade contributiva. Esse instrumento é o “*lucro tributável*”.

O conceito de lucro tributável é definido, em termos gerais, no n.º 2 do artigo 3.º do CIRC como a diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, determinado com base no sistema de normalização contabilística<sup>35</sup>.

É evidente, portanto: (i) a adesão ao conceito económico de rendimento acréscimo, em particular na referência à *diferença entre valores do património líquido no fim e no início do período*; e (ii) a aceitação das regras contabilísticas vigentes como um método fidedigno de representação dos elementos patrimoniais da empresa<sup>36</sup>.

No entanto, a adoção das regras contabilísticas não é plena, já que a determinação do lucro tributável com base no acréscimo patrimonial registado na contabilidade está sujeita a diversos ajustamentos fiscais, destinados essencialmente a adaptar as regras contabilísticas aos fins específicos do sistema fiscal.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Em alguns casos, as transferências de valor, a título de pagamento, implicam ajustamentos no património da entidade pagadora, nomeadamente quando o pagamento do preço envolve a transmissão de um ativo. O caso mais típico é o pagamento do preço para aquisição de ativos. Neste caso, o adquirente sofre uma diminuição do seu património, refletindo o exfluxo do meio de pagamento utilizado, mas beneficia, em contrapartida, do aumento patrimonial resultante da incorporação do valor do ativo adquirido. Nestes casos, a transação não gera qualquer riqueza económica. Noutros casos, porém, a transferência de valor de valor de uma pessoa para outra não implica qualquer ajustamento nos ativos existentes. Este é o caso, por exemplo, da prestação de serviços ou da utilização de um ativo. Nestes casos, ocorre uma pura criação de riqueza. A transmissão de valor recebida é equivalente à riqueza criada.

<sup>35</sup> O CIRC acolheu um regime de dependência parcial entre o balanço comercial e o balanço fiscal. Veja-se a propósito desta relação Tavares, Tomás, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Coletivas”; *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 369, 1999. A relevância atribuída às normas contabilísticas na determinação do rendimento tributável das sociedades é justamente um dos aspetos estruturais onde maior divergência se encontra entre os diversos sistemas de tributação do rendimento das empresas. Em alguns sistemas, sobretudo na Europa continental (incluindo Portugal), esta relação é muito próxima. Noutros, pelo contrário, sobretudo no sistema americano, irlandês e holandês, esta relação é mais remota (cf., por exemplo, AULT, “Comparative...”, cit. p. 299-315). Veja-se, também, a este propósito o ponto 10 do preâmbulo do IRC, que estabelece que “*Dado que a tributação incide sobre a realidade económica constituída pelo lucro, é natural que a contabilidade, como instrumento de medida e informação dessa realidade, desempenhe um papel essencial como suporte da determinação do lucro tributável. As relações entre contabilidade e fiscalidade são, no entanto, um domínio que tem sido marcado por uma certa controvérsia e onde, por isso, são possíveis diferentes modos de conceber essas relações. Afastadas uma separação absoluta ou uma identificação total, continua a privilegiar-se uma solução marcada pelo realismo e que, no essencial, consiste em fazer reportar, na origem, o lucro tributável ao resultado contabilístico ao qual se introduzem, extracontabilisticamente, as correções positivas ou negativas – enunciadas na lei para tomar em consideração os objetivos e condicionalismos próprios da fiscalidade*”.

<sup>36</sup> Segundo Morais, “Apontamentos...”, cit. p. 61, “*mais do que o resultado de quaisquer exigências legais a necessidade de manter contabilidade organizada será uma condição mínima para o seu normal funcionamento. A existência de registos fiáveis, capazes de revelar a real situação económica da empresa, é requisito mínimo de gestão e exigência normal daqueles que com ela se relacionam (a começar pelos próprios sócios). (...) Este facto, só por si, explica que a lei fiscal assumo o lucro contabilístico como o “valor” de onde se deve partir no apuramento do lucro tributável, ou seja, consagre um modelo de dependência parcial entre lucro contabilístico e lucro tributável*”.

A fórmula de cálculo do lucro tributável, que reflete todas as considerações acima tecidas, é detalhada no n.º 1 do artigo 17.º do CIRC, nos termos do qual o lucro tributável *é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código*<sup>37</sup>.

Esquemáticamente:

$$LT=LC+VP+Ajustamentos\ de\ natureza\ fiscal$$

Com base nesta fórmula, concluímos que a determinação do lucro tributável parte do lucro contabilístico ao qual é somado o saldo das variações nos capitais próprios (“variações patrimoniais”), todos apurados com base na contabilidade da empresa, sendo o resultado desta soma ajustado, com base nas regras do IRC, através da adição ou subtração de rendimentos ou gastos não realizados ou cujo critério de reconhecimento ou dedução fiscal divergem dos critérios contabilísticos utilizados para apuramento do lucro<sup>38</sup>.

Vejamos em detalhe os três elementos que compõem a fórmula de cálculo do lucro tributável: (i) o lucro contabilístico; (ii) as variações patrimoniais registadas na contabilidade da empresa; e (iii) os ajustamentos fiscais ao resultado da soma dos dois elementos anteriores.

#### 2.2.2.1. O lucro contabilístico

O primeiro elemento que compõe o lucro tributável é o lucro apurado de acordo com as regras contabilísticas. O lucro é, como vimos, o principal objetivo da atividade empresarial. Para a sua obtenção, a empresa explora um conjunto de fatores de produção que lhe permitem realizar vendas ou prestar serviços, por contrapartida de um pagamento (rendimento). A exploração destes meios, ou seja o funcionamento da empresa, implica, no entanto, que esta realize pagamentos a terceiros (gastos), por exemplo na aquisição de matérias-primas ou fornecimentos.

Os rendimentos e os gastos são definidos na Estrutura Conceptual para a Preparação e Apresentação das Demonstrações Financeiras (“Estrutura Conceptual”) da seguinte forma:

■ **Rendimentos** são os aumentos de benefícios económicos durante o período contabilístico, na forma de influxos ou aumentos de ativos ou diminuições de passivos que resultem em aumentos no capital próprio, que não sejam os que se relacionem com contribuições dos participantes no capital. Os rendimentos englobam tanto os réditos como os ganhos, sendo que:

- O rédito é o rendimento que surge no decurso das atividades ordinárias de uma empresa e é referido por uma variedade de termos, incluindo vendas (de ativos correntes), honorários, juros, dividendos e royalties; e

<sup>37</sup> No entanto, nem todas as sociedades são tributadas com base nestes princípios, devido, essencialmente, à existência dos Pagamentos Especiais por Conta (PEC) e o regime simplificado de tributação, ambos previstos no Código do IRC. Estes dois regimes constituem um desvio à tributação das sociedades com base no seu lucro real. Na verdade, conforme aponta Medina Carreira, “A tributação das sociedades na constituição e a reforma de 88/89” em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 150, “Se o regime criado pela Reforma de 1988/89 foi incapaz de enfrentar a realidade económica e social, o PEC e o “regime simplificado” são também inadequados, dispendiosos, insuficientes e rejeitáveis. Apenas porque se pretende lançar um imposto mínimo, chamando-lhe coisa diferente para contornar o que a Constituição nem impõe. (...) Com tantas e tão pequenas sociedades, não parece aconselhável que se mantenha o atual quadro da tributação pelo rendimento real de poucas, pelo regime simplificado de algumas e pelo PEC de muitas outras: tudo isto se traduz numa burocracia muito onerosa para o Estado e para as sociedades; inútil porque não atinge os objetivos fundamentais de equidade e de eficiência; e geradora de tensões e de incertezas em que, muitas vezes, os contribuintes têm sérias razões.

<sup>38</sup> Como aponta Tavares, “IRC...”, cit. P. 9, o lucro fiscal não se equipara ontologicamente ao lucro mercantil, em função da dispar hierarquia dos interesses tutelados.

- Os ganhos são os demais rendimentos que podem, ou não, provir do decurso das atividades correntes da entidade. Uma vez que representam aumentos em benefícios económicos, do ponto de vista contabilístico, não têm uma natureza distinta dos réditos nem são vistos como constituindo uma categoria separada destes (incluem-se nesta categoria os ganhos na transmissão de ativos não correntes).

■ **Gastos** são as diminuições nos benefícios económicos durante o período contabilístico, na forma de exfluxos ou deperecimentos de ativos ou na assunção de passivos que resultem em diminuições do capital próprio, que não sejam as relacionadas com distribuições aos participantes no capital. Os gastos englobam tanto os gastos correntes como as perdas, sendo que:

- Os gastos correntes, são aqueles que resultam do decurso das atividades ordinárias da entidade e que incluem, por exemplo, o custo das vendas, os salários e as depreciações. Tomam geralmente a forma de um exfluxo ou deperecimento de ativos, tais como dinheiro e seus equivalentes, existências e ativos fixos tangíveis; e
- As perdas, que consistem noutros itens que satisfaçam a definição de gastos e que podem, ou não, surgir no decurso das atividades ordinárias da entidade. As perdas incluem, por exemplo, as que resultam de desastres como os incêndios e as inundações bem como as que provêm da alienação de ativos não correntes.

O **lucro** contabilístico é a quantia residual, apurada com base na contabilidade, que permanece após os gastos terem sido deduzidos dos rendimentos. Se os gastos excederem os rendimentos a quantia residual é um prejuízo. Nesta medida, o lucro de determinado período, uma vez apurado, refletindo um aumento dos ativos líquidos da empresa durante esse mesmo período, é reconhecido no balanço da empresa numa rubrica de capitais próprios (resultados transitados) e fica, regra geral, disponível para distribuição aos proprietários da empresa.

#### 2.2.2.2. Variações patrimoniais – as alterações de valor nos capitais próprios das empresas

O segundo elemento que compõe o lucro tributável é o saldo das variações nos capitais próprios da empresa (variações patrimoniais, na designação adotada pelo CIRC). A compreensão deste elemento exige que se entenda o que são os capitais próprios da empresa e como se altera o respetivo valor, o que analisaremos em seguida.

##### 2.2.2.2.1. O capital próprio

Os capitais próprios, conjuntamente com os ativos e os passivos, constituem os três elementos do balanço e estão, portanto, diretamente relacionados com a mensuração do património da empresa. De forma extremamente simplificada, podemos afirmar que no ativo estão registados os bens e os direitos controlados pela entidade, enquanto que no passivo (“capital alheio”) e no capital próprio está registada a origem dos recursos que financiaram a aquisição desses ativos. Tanto o capital próprio como o capital alheio (passivo) são reembolsáveis a quem os disponibilizou (e residualmente aos sócios no momento da liquidação). A diferença entre um recurso próprio e um recurso alheio, em termos contabilísticos, reside apenas na maior ou menor definição ou certeza da saída desse recurso num determinado período temporal. Nos primeiros, existe uma obrigação eventual de reembolso. Nos segundos, existe uma obrigação presente, mas de vencimento futuro<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Cf. Fernando Carreira Araújo & António Fernandes de Oliveira, “O Código de IRC e os Conceitos de Capital, Partes de Capital, Prestações Suplementares e Créditos pela Realização de Prestações Suplementares”, em *Estudos em Memória do Professor José Luis Saldanha Sanches*, Volume IV, Coimbra Editora, 2011, p. 681, e Fernando Carreira Araújo, “Tributação Societária à Luz do Novo SNC: Variações nos Capitais Próprios”, *Fiscalidade*, n.º 50, Instituto Superior de Gestão, Abril-Junho de 2012, [Página 89. Segundo os autores, a diferença entre](#)

O capital próprio é definido como o “*interesse residual nos ativos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos*”<sup>40</sup>. É, portanto, um conceito de tipo meramente nocional (consiste na diferença entre dois valores, ativo menos passivo), constituindo um mero espelho ou reflexo de realidades muito distintas e que pouco têm em si mesmas de comum incluindo entre outras: (i) o capital social, i.e. os fundos contribuídos pelos sócios para a realização do capital social da entidade; (ii) os resultados obtidos pela entidade e que não foram ainda distribuídos aos sócios (resultados transitados); (iii) resultados obtidos e retidos pela entidade (reserva legal ou reservas livres); (iv) as reservas que representam ajustamentos de manutenção do capital; (v) os subsídios e as doações recebidas pela entidade; etc<sup>41</sup>.

Conforme é evidente, nem todas as rubricas do capital próprio refletem contribuições dos sócios. Algumas referem-se a rendimentos gerados pela entidade. Outras, a influxos de valor realizadas por terceiros. Por essa razão, em vez do termo “capital próprio”, o direito societário faz uso predominantemente da expressão “situação líquida” (ou por vezes património) para designar a mesma realidade (ativo subtraído de passivo). Esta designação traduz de forma mais adequada o carácter meramente nocional do conceito em causa e tem a virtude de evitar a confusão terminológica com o conceito de capital social (trata-se, como veremos, de conceitos muito distintos)<sup>42</sup>.

#### **2.2.2.2. Variação do valor dos capitais próprios**

A variação do montante dos capitais próprios consiste justamente na variação do valor destas rubricas e pode ocorrer por distintas razões, pelo menos tantas quanto as respetivas rubricas contabilísticas. Assim, por exemplo, um aumento do capital social aumenta os capitais próprios da entidade, uma vez que representa um influxo de valor equivalente às entradas realizadas, da mesma forma que uma redução de capital, por implicar um exfluxo de valores, implica a sua diminuição. O mesmo se diga a respeito da aquisição de bens por doação, ou a obtenção de um subsídio, que implica um influxo líquido de valores na entidade.

Também alguns gastos ou rendimentos podem influenciar diretamente os capitais próprios da entidade, em particular aqueles que, segundo as normas contabilísticas vigentes, são reconhecidos diretamente em rubricas do capital próprio<sup>43</sup>. Nestes incluem-se, entre outros, as flutuações de valor de alguns ativos, as diferenças cambiais e as diferenças apuradas na reavaliação de ativos. Ainda que estes ajustamentos contribuam para a alteração do valor do capital próprio, satisfazendo, dessa forma, a definição de Rendimentos e de Gastos considerado por este na Estrutura Conceptual, é consensual que estes não são incluídos na demonstração dos resultados, deixando-se esta com informação do desempenho da entidade em função das operações levadas a cabo pela entidade e não em função das alterações de valor dos elementos do ativo e do passivo.

---

capitais próprios e capitais alheios não radica numa qualquer natureza inequívoca das coisas, sendo que, tendencialmente, será capital alheio tudo aquilo cujo reembolso ou saída da sociedade já esteja definido ou for definível e será capital próprio tudo aquilo cujo reembolso ou saída da sociedade não esteja fixado ou não possa sê-lo sem uma deliberação nesse sentido pela sociedade.

<sup>40</sup> Cf. alínea c) do parágrafo 49 da Estrutura Conceptual.

<sup>41</sup> Cf. Araújo & Oliveira, “Tributação...”, cit., p. 693.

<sup>42</sup> Cf. Araújo e Oliveira, “Tributação...”, cit., p. 696.

<sup>43</sup> Estes itens ao serem incluídos no capital próprio como ajustamentos de manutenção do capital ou reservas de revalorização, mostram ao utente uma visão mais ampla das alterações do capital próprio de um exercício para outro, evidenciando o “resultado extensivo” obtido naquele exercício.

Todas essas variações no capital próprio da entidade, apesar de não influírem no resultado contabilístico, implicam também (pelo menos formalmente) um acréscimo ou uma diminuição do património da empresa<sup>4445</sup>.

Como vimos, tal acréscimo é rendimento, segundo o modelo Schanz-Haig-Simmons adotado pelo CIRC. É por esta razão que, regra geral, *as variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas no resultado contabilístico do exercício formam parte do lucro tributável* (cf. n.º 1 do artigo 17.º e, no mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 21.º e o n.º 1 do artigo 24.º todos do CIRC)<sup>46</sup>.

Portanto, se não fosse por esta regra que determina a inclusão das variações patrimoniais no conceito de lucro tributável, apenas uma parte do acréscimo patrimonial da empresa (i.e. os seus lucros) seria tributado. Esta regra permite, portanto, capturar aquela parte do acréscimo patrimonial que não resulta directamente da actividade empresarial (i.e. que não é lucro).

Sucedem, no entanto, pelas razões que em seguida discutiremos, que algumas destas variações são excluídas do lucro tributável, sendo particularmente relevantes aquelas relativas às entradas de capital dos sócios e às mais-valias latentes. As primeiras estão essencialmente relacionadas com o conceito de rendimento acréscimo, enquanto as segundas estão intimamente ligadas à aplicação prática do princípio da realização.

#### **Contribuições dos titulares do capital e operações com instrumentos de capital próprio**

A principal categoria de variações patrimoniais que não são integradas no lucro tributável refere-se às contribuições dos titulares do capital e às operações com instrumentos do capital próprio da entidade. A não inclusão destas variações no lucro tributável deve-se ao facto de, apesar de resultarem em acréscimos ou decréscimos patrimoniais na contabilidade, não representarem, economicamente, um acréscimo patrimonial.

Na verdade, o acréscimo patrimonial contabilístico não corresponde a um verdadeiro acréscimo patrimonial da empresa. A aparência de acréscimo patrimonial reside no facto de, numa apreciação superficial, podermos ser levados a interpretar a operação de emissão de capital como uma aquisição de bens cuja contrapartida consiste na mera entrega de títulos emitidos pela própria sociedade. Se assim fosse, esta operação seria um evento de realização no qual a sociedade emitente realizaria um ganho consistente na diferença entre o valor do capital recebido e o custo dos títulos entregues. Ora, sendo o custo dos títulos entregues (aparentemente) zero, a contribuição de capital daria origem a um acréscimo patrimonial equivalente ao montante do capital realizado.

No entanto, essa não é a caracterização correta. A emissão de capital deve ser caracterizada de forma semelhante à emissão de dívida. Nestas, não é difícil perceber que os fundos recebidos em empréstimo não são rendimento. E não o são porque o montante do capital recebido é compensado pelo reconhecimento imediato da obrigação de devolução de igual quantidade numa data futura. Ou

<sup>44</sup> Refira-se que o lucro ou prejuízo, no final do exercício, é levado ao balanço da empresa, aumentando ou diminuindo a respetiva conta ("resultados do exercício") nos capitais próprios. Ou seja, o excesso de influxos ou efluxos (a título de rendimentos ou gastos) acabará por influenciar os capitais próprios da entidade, no momento em que os resultados são levados ao balanço. Por isso, a alteração global no capital próprio durante um período representa a quantia total de rendimentos e gastos, incluindo ganhos e perdas, gerada pelas atividades da entidade durante esse período (quer esses rendimentos e gastos sejam reconhecidos nos resultados do exercício ou diretamente como alterações no capital próprio).

<sup>45</sup> A alteração global no capital próprio durante um período representa a quantia total de rendimentos e gastos, incluindo ganhos e perdas, gerada pelas atividades da entidade durante esse período (quer esses rendimentos e gastos sejam reconhecidos nos lucros ou prejuízos ou diretamente como alterações no capital próprio).

<sup>46</sup> As variações patrimoniais podem ser qualitativas ou quantitativas (ou simultaneamente ambas). Para a determinação do lucro tributável apenas interessam as alterações quantitativas, visto serem as únicas suscetíveis de influenciar o valor do património líquido no final do exercício (e, entre estas, apenas aquelas que não estejam já refletidas no resultado do exercício).

seja, a sociedade reconhece um ativo (o dinheiro que lhe foi emprestado) mas reconhece também um passivo de igual montante (a obrigação da sua devolução), razão pela qual não ocorre qualquer acréscimo patrimonial. E não ocorre porque o património é a diferença entre o ativo e o passivo e, numa operação de financiamento, ambas são movimentados no mesmo montante.

Ora, sucede que a empresa sociedade está também obrigada à devolução do capital social, num momento futuro, quando tal for exigido pelos sócios. Na sua essência, os recursos próprios da sociedade, incluindo o capital social, distinguem-se dos recursos alheios (passivos) apenas porque, nos primeiros, existe uma obrigação eventual de reembolso, enquanto que nos segundos, essa obrigação é presente, mas de vencimento futuro. Mas não cabe qualquer dúvida de que, em ambos os casos, a entidade empresarial está obrigada à sua devolução.

A razão pela qual a semelhança entre ambas as situações, do ponto de vista patrimonial, não é evidente resulta da aplicação das regras contabilísticas. É que, tal como na emissão de dívida, também os montantes recebidos a título de capital aumentam os ativos da empresa e implicam o reconhecimento imediato de uma obrigação de devolução. No entanto, neste caso, tal obrigação é registada nos capitais próprios da sociedade, não no passivo. Ora, sendo o património a diferença entre ativo e passivo e sendo, na contribuição de capital, a primeira rubrica alterada, mas não a segunda, é evidente que a entidade regista, contabilisticamente, um acréscimo patrimonial. Mas, em substância, a sociedade está tão obrigada à devolução do capital aos sócios como está obrigada à devolução do capital mutuado aos mutuantes (se bem que sob condições de exigibilidade distintas). Substancialmente, portanto, não há qualquer acréscimo patrimonial.

Por este motivo, dispõe o artigo 21.º alínea a) do CIRC, que não são incluídas no lucro tributável as variações patrimoniais positivas (acréscimos patrimoniais) resultantes de *“entradas de capital, incluindo os prémios de emissão de ações ou quotas, as coberturas de prejuízos, a qualquer título, feitas pelos titulares do capital, bem como outras variações patrimoniais positivas que decorram de operações sobre ações, quotas ou outros instrumentos de capital próprio da entidade emitente, incluindo as que resultem da atribuição de instrumentos financeiros derivados que devam ser reconhecidos como instrumentos de capital próprio”*.

Correspondentemente, dispõe a alínea c) do artigo 24.º do CIRC que tão-pouco relevam para o cálculo do lucro tributável *“As saídas, em dinheiro ou em espécie, em favor dos titulares do capital, a título de remuneração ou de redução do mesmo, ou de partilha do património, bem como outras variações patrimoniais negativas que decorram de operações sobre ações, quotas e outros instrumentos de capital próprio da entidade emitente ou da sua reclassificação”*.

### **Mais valias e menos valias latentes**

A segunda categoria de variações patrimoniais que não são integradas no lucro tributável são as mais-valias e menos-valias *“potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade, incluindo as reservas de reavaliação ao abrigo de legislação de carácter fiscal”*.

A exclusão destas variações patrimoniais do lucro tributável, estabelecida nos artigos 21.º e 24.º do CIRC, é consequência da aplicação do princípio da realização. É que, ao contrário das variações patrimoniais anteriormente descritas (relativas aos instrumentos de capital próprio), as mais e menos-valias latentes são, economicamente, rendimento (acréscimo) só que, por não estar realizado, não é integrado no lucro tributável.

Vimos, a propósito do princípio da realização, que o acréscimo patrimonial resultante do aumento do valor dos ativos da empresa (nomeadamente no que se refere aos seus ativos não correntes),

ainda que contabilisticamente reconhecido, não é considerado rendimento tributável até que esses ativos sejam efetivamente transmitidos, i.e. até que ocorra um evento de realização. Até lá, o respetivo titular tem apenas uma mera expectativa da realização de um ganho, ou seja, tem uma mais-valia potencial ou latente, equivalente à diferença entre a base fiscal do bem ou direito e o seu justo valor, i.e. o valor pelo qual este bem poderia ser transmitido entre partes não relacionadas.

Apesar de, ao abrigo do princípio da realização, este incremento económico não ser relevante para efeitos do apuramento do lucro tributável, pode suceder, ainda assim, que, ao abrigo das normas contabilísticas, essa variação patrimonial seja registada na contabilidade da empresa, o que pode ocorrer através do resultado do exercício (i.e. reconhecendo-se, contabilisticamente e apesar de não haver realização, um rendimento, um ganho, um custo ou uma perda) ou através de contas do capital próprio (essencialmente através do aumento ou diminuição de reservas).

Ora, como é fácil de verificar, nestes casos, encontrar-se-ão registados na contabilidade (que serve de ponto de partida para o cálculo do rendimento tributável) rendimentos e variações patrimoniais que, por aplicação do princípio da realização, não formam parte do lucro tributável. A aplicação do princípio da realização exige, portanto, que essas mais-valias latentes sejam expurgadas, mediante a sua dedução aos resultados (no caso de estarem incluídas no resultado contabilístico do exercício) ou não inclusão (no caso de variações patrimoniais) no lucro tributável.

É justamente esta não inclusão das mais e menos-valias latentes registadas nos capitais próprios que está prevista nos artigos 21.º b) e 24.º b) do CIRC), ora em apreço. A dedução das mais-valias registadas no resultado contabilístico da empresa é realizada através dos ajustamentos descritos na seguinte secção.

#### **2.2.2.3. Ajustamentos previstos na legislação fiscal com impacto nas transmissões de ativos**

O terceiro elemento no apuramento do lucro tributável consiste nos diversos ajustamentos [previstos no CIRC](#) e em legislação relacionada, que visam essencialmente adaptar a informação constante nos elementos contabilísticos da empresa aos princípios básicos do nosso sistema [fiscal](#), em particular o princípio da igualdade e da justa repartição dos encargos fiscais.

É que, por um lado, os resultados contabilísticos estão abertos a alguma discricionariedade, permitindo-se, inclusivamente, que uma mesma operação possa ter distintos resultados, conforme as circunstâncias específicas de cada entidade. Por outro lado, a contabilidade serve uma finalidade totalmente distinta do propósito da sua utilização para efeitos fiscais (i.e. o apuramento da matéria coletável das empresas). A contabilidade tem como destinatários os investidores e o público em geral e tem como base um princípio de prudência. Procura-se não reconhecer lucros em excesso, sendo inclusivamente admissível, em base da prudência, reconhecê-los em defeito. Em ambos os casos, obtêm-se resultados incompatíveis com o princípio da igualdade e da capacidade contributiva, que exigem extrema precisão na comparação entre situações e não se compadecem com a prudência.

O processo de ajustamento do lucro contabilístico para apuramento do lucro fiscal consiste essencialmente no seguinte: (i) primeiro, expurga-se do rendimento contabilístico o rendimento não realizado (tais como as mais e menos-valias descritas na secção anterior) e ajusta-se o momento do reconhecimento de alguns outros rendimentos (periodização do lucro tributável); (ii) segundo, ajusta-se o sistema fiscal à artificialidade das entidades sujeitas a este imposto (em especial, eliminando-se o fenómeno da dupla tributação económica do rendimento empresarial); e (iii)

terceiro, não se permite a dedutibilidade fiscal de alguns gastos registados na contabilidade, muitas vezes para evitar abusos por parte dos contribuintes.

Na prática, os ajustamentos, assim como o reconhecimento das variações patrimoniais positivas e negativas, são realizados através do quadro 7 da declaração de rendimentos anual da empresa (modelo 22). Este ~~quadro~~ parte do lucro contabilístico, ~~ao qual é somada~~ sendo ao longo do quadro ~~somadas, na linha \_\_\_~~, as variações patrimoniais ~~incluídas a incluir~~ no lucro tributável e ~~o~~ ~~remanescente do quadro, são somados todos~~ as componentes negativas do lucro contabilístico ~~que não são dedutíveis~~ e deduzidas todas as componentes do lucro contabilístico que não sejam relevantes para efeitos fiscais. Como é evidente, estes ajustamentos provocam, portanto, um distanciamento entre o lucro contabilístico e o lucro tributável<sup>47</sup>.

### ~~2.2.2.3.~~

### ~~2.2.2.4.~~2.2.2.3. O caso específico das mais-valias

Mais-valias e menos-valias são os termos utilizados na legislação fiscal para designar os ganhos e as perdas auferidos na transmissão onerosa, em sinistros ou na afetação permanente a fins não empresariais, de bens reconhecidos nalgumas classes do ativo não corrente da empresa. Fazendo um paralelismo com as definições contabilísticas, podemos afirmar que todas as mais-valias são ganhos, mas nem todos os ganhos são mais-valias.

Estas distinguem-se dos demais rendimentos da empresa (que designaremos por “rendimentos empresariais”), nos quais se incluem os réditos (rendimentos que surgem no decurso das atividades ordinárias da empresa, p. ex. vendas, honorários, juros, dividendos e royalties) e os ganhos que não sejam classificados como mais-valias.

A distinção conceptual, para efeitos fiscais, destas duas classes de rendimentos justifica-se essencialmente por razões práticas relacionadas com a forma de cálculo do rendimento. É que, ao contrário do que sucede com os rendimentos empresariais, o apuramento do montante da mais-valia (ou da menos-valia) exige que ao montante da contrapartida recebida na transmissão dos ativos seja deduzido o respetivo custo de aquisição ajustado – a base fiscal (conceito que trataremos de seguida). Esta diferença obriga o sistema fiscal a definir quais os ativos cuja transmissão é suscetível de gerar mais-valias e a manter um registo constante da respetiva base fiscal. Por razões de ordem sistemática, portanto, foi necessário criar um regime autónomo para cálculo das mais-valias e para o relato dos factos relevantes na determinação do valor da base fiscal desses ativos<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Conforme explica [Morais](#), “Apontamentos ...”, cit. p. 62 *“Estas duas visões do lucro não se identificam, pelo que os valores do lucro contabilístico e do lucro fiscal dificilmente coincidirão. Não porque correspondam a realidades substancialmente diversas, mas, apenas, por ser diferente o prisma de avaliação (os concretos interesses em causa) que preside à quantificação de cada um deles. Na realidade, ao estabelecerem-se normas de cálculo do lucro tributável, não pode ser ignorado o facto de que a imprecisão ou possibilidade de manipulação de tais regras pode resultar na concessão de fáceis oportunidades de evasão ou elisão fiscais. O grau relativamente elevado de indeterminação dos “sãos princípios” da contabilidade, meras “bitolas” de comportamentos e decisões, poderá não ser compatível com as exigências de tributação. (...) Por outro lado, existem normas que, traduzindo realidades próprias do direito fiscal (p.ex. as regras de repartição internacional do direito à tributação poderão conduzir a que só parte do lucro seja sujeito a imposto) ou dando expressão a outros valores que pela via do imposto se pretendem realizar (p.ex. benefícios fiscais que se traduzam em não integrar na matéria coletável determinados proveitos), conduzem também a diferenças entre o quantitativo do lucro contabilístico e do lucro fiscal”*.

<sup>48</sup> A separação destes rendimentos é justificada, noutros ordenamentos jurídicos, por duas razões adicionais (que no entanto não se aplicam ao IRC). A primeira resulta da própria natureza económica dos rendimentos em causa. É que, numa perspetiva económica, os rendimentos empresariais são o resultado da exploração de ativos empresariais durante o seu período de utilização. São, por isso, o resultado de eventos passados, pelo que são certos e suscetíveis de mensuração definitiva. Na data do apuramento do lucro tributável, o rendimento empresarial, produzido em resultado da exploração dos respetivos ativos, é certo e definitivo. Pelo contrário, as mais-valias latentes resultam das variações do justo valor dos ativos não correntes, que é determinado, essencialmente, em função dos rendimentos que se espera que esses ativos possam vir a originar, no futuro. Ou seja, a oscilação do valor do ativo, e os consequentes ganhos ou perdas, resultam da mera expectativa de um fluxo de rendimento empresarial (i.e. da sua exploração), ainda não materializado. Estes ganhos ou perdas têm, por isso, uma natureza volátil, já que uma alteração das expectativas no fluxo futuro de rendimentos terá um impacto imediato na valorização do ativo (e consequentemente na mais/menos-valia latente). A distinta natureza destes rendimentos

Assim, o CIRC segregou as mais-valias e as menos-valias das demais componentes do lucro da empresa, para efeitos da determinação do lucro tributável. Note-se que o artigo 46.º do CIRC define as mais e menos-valias como “os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, e bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afetação permanente a fins alheios à atividade exercida”. Este artigo enumera ainda, de forma taxativa, as classes de ativos cuja transmissão é suscetível de gerar este tipo de rendimentos, em particular os “ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis, ativos biológicos que não sejam consumíveis e propriedades de investimento”.

Optou-se, portanto, não apenas por enumerar as classes de ativos não correntes em relação aos quais os ganhos devem ser autonomizados, mas também por definir os eventos de realização, clarificando que estes podem ser voluntários (resultantes da transmissão de ativos) e involuntários (derivados de sinistros).

Nos termos do artigo 46.º do CIRC, as mais ou menos-valias consistem na diferença entre o valor de realização (em geral o valor de mercado da contraprestação), deduzido dos gastos necessariamente incorridos na transmissão, e o valor de realização (em geral o valor de mercado da contraprestação) deduzido dos gastos necessariamente incorridos na transa base fiscal do ativo. Note-se que tanto a base fiscal como o valor de realização são conceitos próprios do direito fiscal, na medida em que são especificamente definidos no CIRC (cf. n.º 2 e 3 do art.º 46.º do CIRC). Isto implica que, na prática, a base de cálculo da mais-valia é necessariamente distinta da base de cálculo do ganho contabilístico.

Ora, sendo a própria base de cálculo distinta, o legislador entendeu ser mais eficiente, em relação a estes rendimentos, não seguir o método geral de apuramento do lucro tributável, i.e. partir-se do lucro contabilístico, acrescentando-se-lhe as variações patrimoniais e os ajustamentos de ordem fiscal, optando, pelo contrário, por sujeitar o apuramento das mais-valias (e menos-valias) a um regime fiscal totalmente autónomo do tratamento dos ganhos, relativos a esses mesmos ativos, a nível contabilístico.

Assim, o sujeito passivo, na sua declaração de rendimentos: (i) expurga totalmente do seu rendimento tributável os valores relativos aos ganhos contabilísticos que tenham a natureza de mais ou menos-valias; e (ii) adiciona ao rendimento tributável os montantes correspondentes às mais e menos valias apuradas nos termos do CIRC. Estas são calculadas com base em informação extracontabilística apurada num anexo autónomo à declaração de rendimentos. O apuramento das mais-valias é, por isso, um dos casos em que se opera um total afastamento entre a “contabilidade empresarial” e a “contabilidade fiscal”.

---

justifica, por razões de política fiscal, a respetiva sujeição a imposto sob regimes, ou mesmo taxas, distintas. Note-se, porém, que o legislador português optou por não estabelecer quaisquer regimes autónomos para tributar as mais-valias e os demais rendimentos empresariais e a ajustar a sua tributação à verdadeira natureza desses rendimentos, apesar de estarem sujeitos (como vimos) a regras de apuramento distintas. A segunda razão é que a autonomização da tributação das mais-valias permite ao sistema fiscal reagir contra o principal efeito adverso da aplicação do princípio da realização: a possibilidade dos contribuintes escolherem o momento no qual alguns rendimentos, ou gastos, são incluídos na sua base tributável, segundo os seus interesses e com vista à minimização da sua carga fiscal (por exemplo a realização seletiva de menos-valias latentes para as compensar com rendimentos empresariais do exercício). Para evitar este efeito, alguns ordenamentos jurídicos segregam os rendimentos segundo a sua natureza e restringem a dedutibilidade das menos valias contra os demais rendimentos empresariais. Este não é, no entanto, o caso do IRC. Na verdade o CIRC não prevê uma limitação geral da dedutibilidade das menos-valias. Estas são, regra geral, dedutíveis ao lucro tributável. A única exceção é a não dedutibilidade das menos-valias relativas a instrumentos do capital próprio elegíveis para o regime de *participation exemption*, sendo que, no entanto, esta limitação não se destina a evitar abusos à dedutibilidade destes rendimentos, mas antes a estabelecer a simetria com a tributação das mais-valias relativas aos mesmos instrumentos. Sobre este tópico é interessante consultar Yoseph M. Edrey, “What are Capital Gains and Losses Anyway?”, *Virginia Tax Review*, n.º 24, 2004, p. 146; Surrey, Stanley S., “Definitional Problems in Capital Gains Taxation” 69 *Harvard Law Rev.* 985 (1956), p. 990; Stepek, “The Tax Reform Act of 1986: Simplification and the Future Viability of Accrual Taxation”, p. 784-785.

### 2.2.3. A base fiscal

A base fiscal de um bem ou de um direito representa o investimento, para efeitos fiscais, realizado pela entidade que o controla e que, portanto, o tem inscrito no seu ativo. Ou, noutra perspetiva, o papel da base fiscal no sistema fiscal é identificar a parte do património do contribuinte que não será sujeita a tributação sobre o rendimento no futuro<sup>49</sup>.

Apesar do termo “base fiscal”<sup>50</sup> não ser utilizado no CIRC, o conceito, em si, é um mecanismo fundamental em diversos aspetos funcionais deste imposto e está previsto, através de distintos termos e definições, em várias disposições do código e legislação relacionada.

Assim, por exemplo, no CIRC, no contexto da tributação das mais-valias, a base fiscal é definida (no n.º 2 do artigo 46.º) como “o valor de aquisição deduzido das perdas por imparidade e outras correções de valor previstas no artigo 35.º, bem como das depreciações ou amortizações aceites fiscalmente”. Encontramos o mesmo conceito no artigo 2.º do Decreto Regulamentar 25/2009, (*Regime das Amortizações e Depreciações*)<sup>51</sup>, que estabelece as regras de valorização de ativos sujeitos a depreciação e amortização adquiridos ou construídos por sujeitos passivos do imposto.

O mecanismo da base fiscal cumpre diversas funções cruciais no nosso sistema de tributação do rendimento. Primeiro, este mecanismo é essencial para a correta aplicação do princípio da realização, sobretudo em relação aos ativos não correntes da empresa<sup>52</sup>. Sabemos que, de acordo com este princípio, o justo valor do ativo apenas adquire relevância fiscal quando é transmitido e que o acréscimo, ou decréscimo, do justo valor desse ativo durante o período em que é detido pela mesma entidade não releva para efeitos do cálculo do lucro tributável, representando apenas um ganho ou uma perda potencial ou latente. A inclusão no lucro tributável do acréscimo ou decréscimo do valor do ativo ocorrerá no momento da sua transmissão e será apurado deduzindo-se o valor de aquisição do bem ao montante da contrapartida recebida pela sua transmissão.

Ora, a base fiscal tem por missão, justamente, preservar o valor de aquisição que servirá de base de cálculo do ganho tributável no momento dessa transmissão, permitindo que as oscilações de valor dos ativos sejam fiscalmente irrelevantes até que estes sejam transmitidos. Nesta medida, a base fiscal é o mecanismo que permite desconsiderar fiscalmente a parte do acréscimo patrimonial da entidade que resulta da ~~valorização~~ **variação do justo valor** dos seus ativos não correntes, uma vez que garante que o ganho (ou perda) desconsiderado será efetivamente integrado no lucro tributável quando o ativo em causa for transmitido (i.e. quando o ganho ou a perda sejam realizados).

Segundo, na sua vertente prática e visível, a base fiscal é o mecanismo que permite apurar o montantes dos ganhos e das perdas tributáveis que deverão ser fiscalmente reconhecidos na

<sup>49</sup> Cf. Kohl, Glen Arlen, “The Identification Theory of Basis”, 40 Tax L. Rev. 623, 1985 e Maule, James E., BNA Tax Management Portfolios, U.S. Income Series, Income Tax Basis: Overview and Conceptual Aspects (560-2nd) (Tax Management Inc. 2005)

<sup>50</sup> O conceito de base fiscal foi criado nos EUA, ao que se crê, em 1918, quando o Tribunal Supremo dos EUA, em face da falta de regulamentação do imposto sobre as transações de 1909, concluiu que “in order to determine whether there has been a gain or loss, and the amount of gain if any, we must withdraw from the gross proceeds an amount sufficient to restore the capital value that existed at the commencement of the period under consideration”. *Doyle v. Mitchell Bros Co.*, 247 U.S. 179, 185 (1918), *aff’d* 235 F. 686 (6th Cir. 1916).

<sup>51</sup> Atualizado pelo Decreto Regulamentar n.º 4/2015, de 16 de Janeiro.

<sup>52</sup> São ativos não correntes os bens e direitos detidos pela empresa necessários ao desenvolvimento da sua atividade e que, portanto, a empresa não tem intenção de vender a curto prazo e que dificilmente podem ser convertidos imediatamente em dinheiro (como por exemplo os edifícios, as máquinas e as marcas). Têm, por isso, um carácter de permanência, razão pela qual se justifica que seja registada a sua base fiscal. Pelo contrário, são ativos correntes os bens e direitos que se espera sejam vendidos ou consumidos no decurso normal do ciclo operacional da empresa, sejam detidos para serem negociados, ou ainda o dinheiro e ativos equivalentes. Em relação a estes, portanto, não há necessidade de preservar a sua base fiscal.

transmissão dos ativos não correntes da empresa<sup>53</sup>. De facto, como sabemos, o ganho tributável resulta da dedução do valor da base fiscal à contrapartida recebida pela transmissão.

Terceiro, o mecanismo da base fiscal é essencial, juntamente com o reporte de prejuízos, para assegurar a consistência e solidariedade entre distintos períodos de tributação, uma vez que o valor da base fiscal é a base de cálculo do valor da depreciação e amortização que será fiscalmente relevante.

Por último, conforme veremos em maior detalhe, o mecanismo de base fiscal é uma peça fundamental no mecanismo de diferimento da tributação nas transmissões de ativos realizadas ao abrigo de regimes de neutralidade fiscal.

O valor da base fiscal de um ativo não corrente não permanece imutável ao longo da sua vida útil, sofrendo, pelo contrário, oscilações de valor devido à ocorrência de diversos fatores.

Assim, no início da sua vida útil na esfera de uma entidade, i.e. quando o ativo é adquirido a um terceiro ou é produzido pela própria entidade, é-lhe atribuída uma base fiscal (“base fiscal original”). Posteriormente, ao longo da correspondente vida útil, a sua base fiscal vai sendo ajustada, sendo incrementada ou diminuída em reflexo da “utilização fiscal” desse ativo pela entidade (“base fiscal ajustada”). Regra geral, os ajustamentos positivos ao valor da base refletem um investimento adicional nesse ativo. Pelo contrário, os ajustamentos negativos refletem a utilização de parte da base fiscal (nomeadamente através de deduções fiscais, tais como as amortizações).

Por seu turno, a alienação do ativo a um terceiro produz um dos dois seguintes efeitos sobre a base fiscal do ativo. Nas transmissões tributáveis, a base fiscal na esfera da entidade alienante extingue-se, sendo substituída por uma “base fiscal original” na esfera do adquirente. Nas transmissões realizadas ao abrigo de um regime de neutralidade fiscal, a base fiscal da entidade (alienante) é transferida para o adquirente (este herda a base que aquele possuía nos ativos transmitidos). Se a entidade (alienante) realiza uma troca de ativos ao abrigo de um regime de neutralidade fiscal, a base no ativo adquirido é substituída pela base do ativo alienado. No primeiro caso diz-se que a base foi “aumentada” (*stepped-up*) ou “minorada” (*stepped-down*), no segundo que foi “transportada” (*carried-over*) e no terceiro que foi “substituída” (*substituted*).

### **Base fiscal original**

A base fiscal original dos ativos depende de diversos fatores, tais como a forma através da qual são adquiridos, os custos suportados na sua aquisição, a existência de passivos conexos com esse ativo ou com a sua aquisição e a aplicação de diversas regras que refletem considerações de ordem técnica ou de política fiscal (como sejam incentivos fiscais ou regras anti-abuso). Na maior parte dos casos, a atribuição de base fiscal é realizada através de um processo que compreende diversas etapas, começando pela análise da forma de aquisição do ativo, passando pelo impacto dos custos associados à sua aquisição e terminando com a análise de regras especiais que lhe sejam aplicáveis.

Podemos afirmar, assim, que há quase tantos critérios para atribuição de base original quanto existem formas de aquisição de ativos. A base fiscal original é o reflexo dos detalhes específicos da transação mediante a qual o ativo foi adquirido. Por exemplo, na compra, a base fiscal original é equivalente ao custo de aquisição, que compreende o preço e demais custos relacionados. Pelo contrário, na aquisição de ativos por doação, a base fiscal não tem por base os valores de qualquer

---

<sup>53</sup> Por exemplo, suponhamos que o sujeito passivo A transmite um imóvel por 1000. A determinação do ganho (ou perda) realizado nesta transmissão depende inteiramente da base fiscal ajustada que A tem nessa propriedade. Se a base for inferior a 1000, A realiza um ganho tributável. Se a base for superior, realiza uma perda fiscal. Se for igual, não tem qualquer rendimento.

transação, sendo calculada mediante a aplicação de regras objetivas estabelecidas no Código do Imposto do Selo. Nas reorganizações, tais como fusões, cisões ou entradas de ativos, a base fiscal corresponde ao justo valor dos ativos adquiridos (exceto se a operação for realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal).

Note-se ainda que, conforme acima referido, a base fiscal original não é influenciada apenas pela forma de aquisição, mas também por fatores como a natureza do ativo transmitido e as partes envolvidas na transação (em particular, os casos de transmissões entre entidades relacionadas).

Regra geral, no entanto, o valor da base fiscal original, para efeitos de IRC, é determinado com base nas normas relativas ao reconhecimento e valorização de ativos do SNC e pelo disposto no artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 25/2009. Ao abrigo dessas regras, a base fiscal original, quando o ativo seja adquirido a um terceiro, consiste<sup>54</sup>: (i) no preço de compra, acrescido dos gastos acessórios suportados até à sua entrada em funcionamento ou utilização e as benfeitorias necessárias ou úteis realizadas; ou (ii) no valor de mercado, à data do reconhecimento inicial, para os bens objeto de avaliação para este efeito, quando não seja conhecido o custo de aquisição, podendo esse valor ser objeto de correção, para efeitos fiscais, quando se considere excedido.

Por seu turno, a base fiscal dos ativos produzidos pelo sujeito passivo consiste: (i) na soma do custo de aquisição das matérias-primas e de consumo e da mão-de-obra direta, e dos demais custos diretamente imputáveis ao ativo considerado, assim como a parte dos custos indiretos respeitantes ao período de construção ou produção que, de acordo com o sistema de custeio utilizado, lhe seja atribuível; ou (ii) o valor de mercado, à data da abertura de escrita, para os bens objeto de avaliação para este efeito, quando não seja conhecido o custo de produção, podendo esse valor ser objeto de correção, para efeitos fiscais, quando se considere excedido.

À base fiscal assim determinada, em ambos os casos, poderão ser ainda acrescidos, de acordo com a normalização contabilística especificamente aplicável, os custos de empréstimos obtidos que sejam diretamente atribuíveis à aquisição ou produção, na medida em que respeitem ao período anterior à sua entrada em funcionamento ou utilização, sempre que este seja superior a um ano<sup>55</sup>.

### **Base fiscal ajustada**

A base fiscal do ativo não corrente oscila (é ajustada), positiva ou negativamente, em função de diversos fatores diretamente relacionados com a sua utilização pela entidade que o detém. Note-se que estes ajustamentos não estão relacionados com a forma mediante a qual a entidade adquiriu esses ativos.

O propósito de deduzir, ou acrescentar, à base original tais ajustamentos é a de permitir tomar em consideração, para efeitos fiscais, a “história fiscal” do ativo, i.e. todos os eventos fiscalmente relevantes que tenham ocorrido em relação a esse ativo. A maior parte dos ajustamentos à base refletem gastos relativos ao ativo, rendimentos a ele inerentes, ganhos, perdas ou deduções que tenham sido relevados para efeitos fiscais.

Por norma, estes ajustamentos ocorrem durante o período em que o ativo é detido pela própria entidade. No entanto, quando o ativo é adquirido pela entidade numa transação realizada ao abrigo

<sup>54</sup> No custo de aquisição ou de produção inclui-se o imposto sobre o valor acrescentado (IVA) que, nos termos legais, não for dedutível, designadamente em consequência de exclusão do direito à dedução, não sendo, porém, esses custos influenciados por eventuais regularizações ou liquidações efectuadas em períodos de tributação posteriores ao da entrada em funcionamento ou utilização (cf. n.º 4 do art.º 2.º do DR 25/2009).

<sup>55</sup> Não se consideram na base original as diferenças de câmbio relacionadas com os ativos resultantes quer de pagamentos efetivos, quer de actualizações à data do balanço.

do regime de neutralidade fiscal, nomeadamente quando o ativo seja adquirido com base transportada, a base fiscal ajustada do ativo reflete, naturalmente, os ajustamentos que ocorrerem na esfera de outra entidade (a transmitente na operação neutral).

Regra geral, a base fiscal é incrementada em virtude de gastos, perdas e outras diminuições dos capitais próprios, incluindo os custos das melhorias realizadas e gastos relacionados com a protecção dos direitos sobre os ativos, bem como todas as formas de reforço do investimento. Em particular incluem-se os casos em que a entidade realiza um investimento adicional no ativo (por exemplo, quando realiza obras num imóvel do qual é proprietária, o valor incorporado nessas obras é acrescido à base fiscal do imóvel).

Excecionalmente, a base fiscal pode ser incrementada também quando ocorre um incremento de valor de um ativo reconhecido, para efeitos fiscais, pelo seu justo valor através de resultados (por exemplo, se o sujeito passivo detém ações cotadas em bolsa que representem menos de 5% do capital social da sociedade investida)<sup>56</sup>.

Pelo contrário, a base fiscal diminui quando a entidade utiliza parte dessa base para efeitos fiscais, nomeadamente para obter uma dedução, ou quando ocorra uma diminuição de valor em ativos reconhecidos, para efeitos fiscais, pelo seu justo valor através de resultados. A utilização da base fiscal pode ocorrer em virtude da mera utilização do ativo (mediante a dedução do custo através da amortização ou depreciação) ou através de uma redução do investimento no ativo (o caso típico é a redução de capital num investimento realizado numa subsidiária ou a devolução de parte do investimento em títulos de dívida – reembolso parcial do capital) ou ainda no caso de perdas de valor reconhecidas para efeitos fiscais (imparidades)<sup>57</sup>. Note-se como, em relação a este último aspeto, o princípio da realização tem “dois pesos e duas medidas”<sup>58</sup>. É que, enquanto (regra geral) os aumentos de valor apenas adquirem relevância fiscal com a efetiva transmissão dos ativos, as perdas de valor, pelo contrário, podem adquirir relevância fiscal antes da efetiva realização, nomeadamente através da redução da base fiscal do ativo quando o grau de probabilidade de realização futura da perda latente seja elevado<sup>59</sup>. ~~Obviamente, a sua efectiva materialização no montante de imposto a ser pago pelo contribuinte só se fará sentir após uma futura transmissão do activo.~~

Note-se ainda que a base fiscal oscila também em resultado de reavaliações realizadas ao abrigo de legislação de carácter fiscal. Nestes casos, é o próprio legislador que permite o reconhecimento do aumento do valor intrínseco do ativo na respetiva base fiscal.

## 2.3. Exemplos práticos de tributação das operações de reorganização

### 2.3.1. Nota introdutória

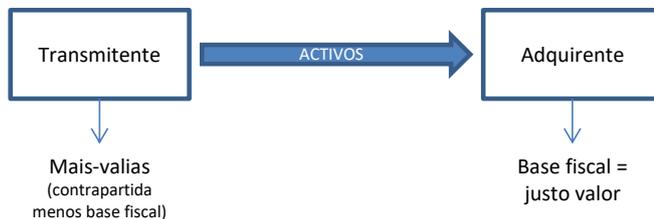
<sup>56</sup> Como vimos, regra geral, o acréscimo ou decréscimo do justo valor dos ativos detidos pela empresa não releva para efeitos fiscais, mesmo que reconhecidos na contabilidade, conforme o disposto no n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, que estabelece que “Os ajustamentos resultantes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados”. Esse mesmo artigo enumera algumas exceções a este princípio, incluindo os instrumentos do capital próprio cujo preço esteja formado em mercado regulamentado e que sejam representativos de uma participação inferior a 5% do capital social da entidade emitente. Neste último caso, as variações do justo valor são acrescidos ou deduzidos à base fiscal, uma vez que tais variações são eventos fiscalmente relevantes, i.e. foram consideradas no cálculo do lucro tributável.

<sup>57</sup> Parece-nos que, apesar de não estar expressamente vedado pela legislação fiscal, não é possível qualquer ativo ter uma base fiscal negativa, sobretudo porque tal efeito tão-pouco é permitido ao abrigo do SNC e do Decreto Regulamentar 25/2009 (não é possível registar um “custo de aquisição negativo” para efeitos contabilísticos).

<sup>58</sup> Este efeito resulta da influência que o princípio contabilístico da prudência exerce sobre o princípio da realização.

<sup>59</sup> Idêntica ausência de correlação temporal entre proveitos e custos ocorre, ~~entre outros, através da dedutibilidade fiscal das amortizações e depreciações e nos casos de desvalorizações excepcionais e não previstas nos casos de excedentes de revalorização e no transporte da base fiscal ao abrigo de regimes de neutralidade fiscal.~~

Voltemos, então, à representação esquemática do mecanismo que está na base da tributação das reorganizações:



Nestas operações, portanto, a transmissão de ativos fixos pela sociedade reorganizada configura um evento de realização, pelo que a diferença entre a contrapartida recebida na operação e a base fiscal dos referidos ativos é considerada uma mais-valia, que deverá ser incorporada no lucro tributável em sede de IRC.

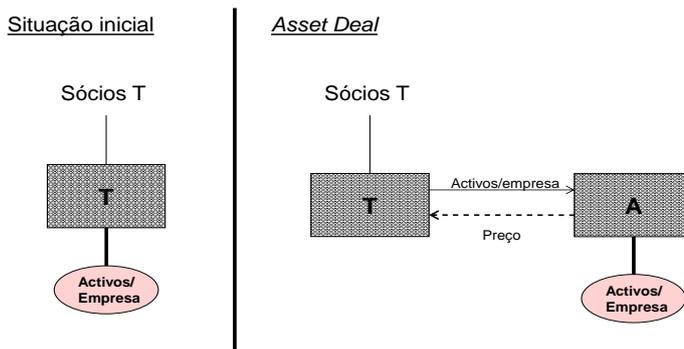
Note-se que este mecanismo está na base da tributação de todas as reorganizações societárias, seja qual for a sua modalidade jurídica. Como veremos, nos casos mais simples, como por exemplo na compra e venda de ativos, a aplicação deste mecanismo é bastante evidente. Em operações mais complexas, a respetiva aplicação não é óbvia numa primeira análise, sendo necessário “desmontar” todas as partes que compõem essas operações para que este mecanismo se torne visível.

Vejamos, em seguida, quatro exemplos de operações societárias, da mais simples para a mais complexa, analisando detalhadamente a forma como este mecanismo opera na prática.

### 2.3.2. Compra e venda de ativos (*asset deal*)

O exemplo mais simples de reorganização societária é a compra e venda de ativos. Neste caso, a sociedade detentora dos ativos que integram a sua empresa transmite-os na sua totalidade, ou em parte, ao comprador, recebendo deste, em contrapartida, o preço acordado.

Esquematicamente:



Na perspetiva da **sociedade vendedora**, a venda dos ativos é um evento de realização, suscetível de gerar ganhos tributáveis (mais-valias), na medida em que o preço recebido<sup>60</sup> exceda a base fiscal dos ativos alienados<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Cf. al. g) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

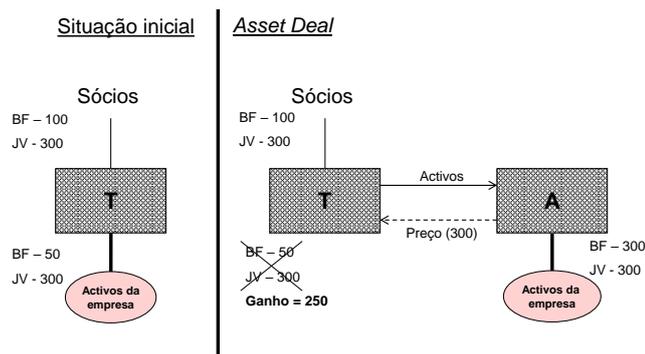
<sup>61</sup> Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

Note-se que, ainda que a transmissão seja realizada no contexto da transmissão global da empresa (trespasse), para efeitos fiscais, considera-se que os elementos patrimoniais são transmitidos individualmente, pelo que haverá que apurar o montante, e caracterizar o tipo, do rendimento resultante dessas transmissões de forma individualizada.

Pelo contrário, na esfera da **sociedade compradora**, a aquisição dos ativos não produz consequências fiscais imediatas, em sede de imposto sobre o rendimento. É que, sendo o preço pago equivalente ao justo valor dos elementos adquiridos, o património da adquirente não regista qualquer variação quantitativa<sup>62</sup>.

Refira-se que a sociedade compradora adquire os ativos transmitidos com uma base fiscal original, equivalente ao preço pago (que por sua vez corresponderá, regra geral, ao justo valor dos ativos adquiridos). Por este motivo, a sociedade compradora não “herda”, em relação aos mesmos, qualquer ganho latente.

No que se refere aos **sócios**, note-se que a compra e venda dos ativos não afeta a base fiscal das participações da sociedade vendedora, pelo que aqueles mantêm, em relação a estas, inalterados os ganhos (ou perdas) latentes. A tributação destes ganhos fica suspensa até ao momento em que sejam distribuídos dividendos ou se realizem as mais-valias (por transmissão ou liquidação da sociedade vendedora). Esquemáticamente:



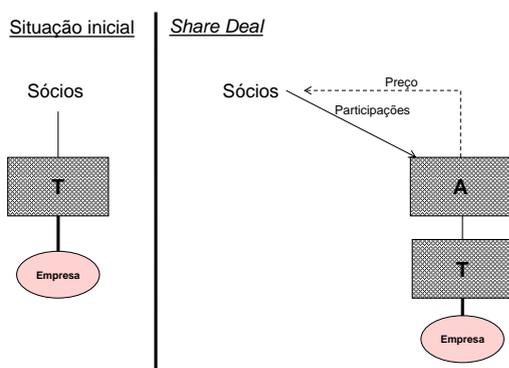
Neste exemplo, antes da operação, a sociedade T (vendedora) detinha os ativos transmitidos com uma base fiscal de apenas 50, quando o respetivo justo valor era de 300. A base fiscal dos sócios nas participações da Sociedade T era de 100, sendo que o justo valor das participações nessa sociedade era, naturalmente, de 300.

A aplicação do mecanismo de tributação destas operações é evidente neste exemplo. A Sociedade T (transmitente) realiza um ganho de 250, equivalente à diferença entre o preço recebido e a base fiscal dos ativos empresariais transmitidos. Por seu turno, a Sociedade A (adquirente) regista os ativos adquiridos com base fiscal original de 300, correspondente ao preço pago (o qual será também, regra geral, o justo valor desses ativos).

<sup>62</sup> A variação patrimonial que se produz na esfera da sociedade adquirente é meramente qualitativa, uma vez que a redução do seu ativo (ou o aumento do seu passivo) no montante do preço pago é compensada por um aumento do seu ativo (reconhecendo os elementos patrimoniais adquiridos) no mesmo valor. Assim, esta operação não produz qualquer incremento ou decréscimo patrimonial. A exceção a esta regra ocorre nos casos em que o preço é satisfeito em espécie, uma vez que, apesar de não haver um incremento patrimonial em termos económicos, poderá haver uma diferença entre o valor pelo qual estavam registados os ativos entregues e o valor pelo qual são registados os ativos adquiridos, originando-se um ganho ou uma perda pelo valor da diferença.

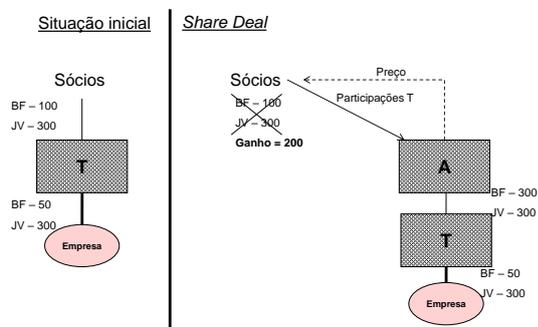
### 2.3.3. Compra e venda de participações sociais (*share deal*)

Encontramos o mesmo mecanismo nas operações de reorganização em que os sócios alienam a totalidade, ou parte, das suas participações na entidade empresarial, recebendo em contrapartida o preço acordado. Esquemáticamente:



A venda de participações configura, na perspetiva dos **sócios vendedores**, um evento de realização, suscetível de gerar mais-valias tributáveis na medida em que o preço recebido<sup>63</sup> exceda a base fiscal das participações vendidas<sup>64</sup>.

A **sociedade compradora**, por seu turno, não tem qualquer ganho tributável, uma vez que, sendo o preço pago equivalente ao justo valor dos elementos adquiridos, o seu património não sofre qualquer variação quantitativa. Esquemáticamente:



Neste exemplo, antes da operação, os Sócios (transmitentes) detinham as participações transmitidas com uma base fiscal de 100, sendo que, no entanto, o seu justo valor era de 300. Os ativos da Sociedade T, por seu turno, tinham uma base fiscal de 50, mas um justo valor de 300.

A transmissão da empresa através de um *share deal*, no qual os Sócios recebem o preço de 300 pela transmissão das participações da Sociedade T, despoleta ganhos (de 200) na esfera destes. Esse ganho é o resultado da diferença entre o preço recebido pelos Sócios e a base fiscal das participações alienadas.

<sup>63</sup> Cf. al. g) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>64</sup> Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

Por seu turno, a Sociedade A, adquirente, regista as participações na Sociedade T com base fiscal equivalente ao preço pago.

Note-se, porém, que apesar da Sociedade A adquirir as participações na Sociedade T com base fiscal original de 300, correspondente ao preço pago, a base que a Sociedade T tem sobre os seus ativos não é alterada, o que implica que a mais-valia latente nos ativos da Sociedade T não é despoletada e, como tal, se transmite (latente) para a esfera patrimonial da adquirente.

#### 2.3.4. Fusão

O mecanismo de tributação das operações societárias é um pouco mais difuso no caso das operações de fusão, não só porque se discute ainda, na doutrina jus-societária, a natureza jurídica da fusão (sendo, de qualquer forma, relativamente pacífico que estas não geram qualquer “transmissão” a nível dos sócios e das sociedades fundidas)<sup>65</sup>, como também porque estas operações são absolutamente neutras, do ponto de vista económico<sup>66</sup>. Estas duas características forçaram o legislador, para efeitos da sua tributação, a definir (no CIRC) como transmissões onerosas:

- (i) a deslocalização da totalidade dos ativos da sociedade fundida para a beneficiária<sup>67</sup>; e
- (ii) a substituição, na esfera dos sócios, das participações sociais da sociedade fundida por participações da sociedade beneficiária<sup>68</sup>.

Foi também necessário estabelecer regras específicas para apurar o valor de realização nessas duas transmissões, determinando-se que ambas se consideram realizadas pelo justo valor dos ativos e das participações “transmitidos”<sup>69</sup>.

Desta forma, as fusões são suscetíveis de originar ganhos tributáveis na esfera da sociedade fundida<sup>70</sup> e na esfera dos seus sócios. Ora, por este motivo, a aplicação do mecanismo de tributação anteriormente discutido exige que a operação seja “desmontada” em duas operações.

Na primeira, a **sociedade fundida** “transmite” a totalidade dos seus ativos “recebendo” em contrapartida o justo valor desses ativos. Note-se que a transmissão e a contrapartida são meras ficções legais, uma vez que, do ponto de vista jurídico societário, elas não ocorrem no processo de

<sup>65</sup> Existem, essencialmente, duas concepções sobre a natureza jurídica do fenómeno de deslocalização do património da sociedade fundida para a sociedade incorporante. Para uma doutrina mais tradicional, a sociedade incorporante sucede (por sucessão universal) à sociedade fundida, que se extingue sem ser liquidada. Para outra doutrina, a fusão provoca a modificação do contrato de sociedade, i.e. ocorrendo apenas uma mera transformação das sociedades reorganizadas (negando-se, por isso, o seu efeito extintivo). Para esta doutrina, na esfera dos sócios, a fusão é compreendida não como o desaparecimento de uma posição jurídica para alcançar outra posição jurídica que a substitui; mas antes como a manutenção do mesmo *status*, desta sorte em outra empresa societária (cf. Diogo Costa Gonçalves, Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais - A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do *Statuo Viae*”, Almedina, 2008, pag 164).

<sup>66</sup> A fusão, analisada na perspetiva dos sócios, é um processo economicamente neutral. Na perspetiva dos sócios da sociedade fundida, as participações da sociedade incorporante adquiridas na fusão têm o mesmo valor económico que as ações da sociedade fundida (que se extinguem), pelo que a fusão, avaliada ao justo valor, não origina um acréscimo patrimonial na esfera destes sócios. Os sócios da sociedade incorporante, por seu lado, vêem a sua participação na sociedade incorporante ser diluída, mas o valor dessa diminuição nominal corresponde ao justo valor dos ativos incorporados, pelo que, a sua participação (percentualmente menor após a fusão) mantém exatamente o mesmo valor económico. Na perspetiva das empresas reorganizadas, note-se que mesmo considerando que algumas sociedades se extinguem em resultado da fusão, aquelas mantêm-se intactas (ocorre apenas uma alteração na forma jurídica de detenção). A empresa, enquanto universalidade de facto, não sofre qualquer alteração. O processo de fusão mais não é do que a adaptação desta empresa ao meio económico, ajustando a forma legal através da qual é detida, para que a empresa em si, combinando os seus ativos com os ativos de outras empresas, se mantenha lucrativa e competitiva.

<sup>67</sup> cfr. alínea c) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>68</sup> cfr. alínea d) e e) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

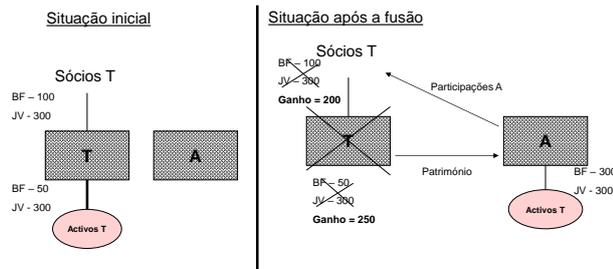
<sup>69</sup> Cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>70</sup> Apesar da sociedade fundida se extinguir imediatamente por efeito da fusão, para efeitos fiscais, está ainda assim obrigada a apurar o lucro tributável correspondente ao período decorrido entre o início do período de tributação e a data da cessação da atividade, nos termos do n.º 3 do artigo 120.º do CIRC.

fusão. Assim, a sociedade fundida apura uma mais-valias equivalente à diferença entre o justo valor dos seus ativos<sup>71</sup> e a respetiva base fiscal<sup>72</sup>. Apesar da “transmissão” do património da sociedade fundida se realizar de forma global, para efeitos fiscais, os ganhos são apurados individualmente para cada ativo e passivo.

Na segunda, os **sócios da sociedade fundida** “transmitem” as suas participações na sociedade fundida, “recebendo” em contrapartida participações da sociedade beneficiária. Os sócios, portanto, apuram uma mais-valia que consistirá na diferença entre o justo valor das participações da sociedade beneficiária<sup>73</sup> (adquiridas em virtude desta operação) e a base fiscal das participações na sociedade fundida (que se extinguem)<sup>74</sup>. Naturalmente, conforme o mecanismo de tributação destas operações, os sócios da sociedade fundida adquirem as participações da sociedade beneficiária com base fiscal original, correspondente ao seu justo valor.

Por seu turno, a **sociedade beneficiária** adquirirá os ativos da sociedade fundida com base fiscal originária correspondente ao seu justo valor, emitindo em contrapartida, regra geral, novas partes sociais. Este procedimento origina, normalmente, uma variação patrimonial positiva, equivalente ao justo valor dos ativos recebidos<sup>75</sup>, estando, no entanto, excluída do lucro tributável, conforme anteriormente explicado<sup>76</sup>. Esquemáticamente:



<sup>71</sup> Cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>72</sup> Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>73</sup> Cf. al. d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>74</sup> Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC. Quando não sejam atribuídas partes sociais aos sócios da sociedade fundida, o ganho ou perda dos sócios consistirá na diferença entre a base fiscal das participações extintas e o seu justo valor à data da operação (cfr. n.º 13 do artigo 46.º do CIRC).

<sup>75</sup> As regras nacionais de contabilização das operações de reorganização, nos termos do SNC, encontram-se essencialmente nas NCRF 14 (concentrações de atividades empresariais) e a NCRF 15 (investimentos em subsidiárias e consolidação). A NCRF 14 prescreve o método contabilístico a aplicar pelas entidades que empreendem uma concentração de atividades empresariais. A concentração de atividades empresariais é definida como “a junção de entidades ou atividades empresariais separadas numa única entidade que relata”. Note-se que, do ponto de vista contabilístico, nem sempre a sociedade incorporante é tratada como a entidade adquirente, já que pode ocorrer que, em virtude da aplicação dos critérios da NCRF 14, o negócio considerado adquirido seja o daquela sociedade. Assim, pode suceder que, para efeitos contabilísticos, sejam os ativos da sociedade incorporante a ser reavaliados a valor de mercado, por se considerar ser esta a entidade adquirida, permanecendo os ativos da sociedade extinta ao seu valor de livros antes da fusão. Seja qual for a sociedade adquirente para efeitos contabilísticos, o certo é que os ativos adquiridos por esta são sempre registados pelo seu justo valor. A sociedade adquirente não realiza qualquer ganho contabilístico, exceto quando o justo valor dos ativos adquiridos seja superior ao custo da operação – que corresponde ao (i) justo valor dos ativos cedidos, dos passivos incorridos e dos instrumentos de capital próprio emitidos pela adquirente e de (ii) todos os outros custos incorridos diretamente atribuíveis à concentração de atividades empresariais. A sociedade adquirida nunca realiza qualquer ganho contabilístico porque deixa de existir para efeitos de reporte. Um aspeto essencial na contabilização das operações de fusão é a imputação do seu custo aos ativos adquiridos pela entidade adquirente. Assim, na data da concentração, a entidade adquirente deverá reconhecer individualmente todos os ativos e passivos identificáveis ao seu justo valor. O excesso do custo da concentração sobre a soma do justo valor dos ativos e passivos identificáveis é registado como *goodwill*, sendo amortizável nos termos do alínea b) do n.º 1 do artigo 45.º-A. Pelo contrário, o excesso do justo valor líquido dos ativos e passivos identificáveis da adquirida relativamente ao custo de concentração é reconhecido em resultados como um rendimento do exercício. Para uma análise mais detalhada desta temática, veja-se Magalhães Ramalho, “O Regime...”, cit., p. 174 e sgts.

<sup>76</sup> Nos termos do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º e na alínea g) do n.º 1 do artigo 24.º do CIRC Nos casos em que a fusão dá origem a um resultado na esfera da sociedade incorporante (nos casos explicados na nota anterior ou em resultado da anulação das partes de capital detidas por esta no capital das sociedades fundidas), esse resultado é classificado como mais-valias e é tributado conforme descrito supra na secção **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, podendo, portanto, beneficiar do regime de *participation exemption*, (cfr. o disposto no n.º 3 do artigo 51.º-C do CIRC).

Neste exemplo, antes da operação, a sociedade T (fundida) detinha a globalidade dos seus ativos com uma base fiscal de 50, sendo que, contudo, o respetivo justo valor era de 300. Por seu turno, os seus sócios (Sócios T) detinham as respetivas participações sociais com uma base fiscal de 100. O justo valor destas era de 300, refletindo o justo valor dos Ativos T.

Assim, neste exemplo, a fusão da Sociedade T (sociedade fundida) por incorporação na sociedade A (sociedade beneficiária) despoleta ganhos de 250 na esfera da primeira, correspondentes à diferença entre o justo valor dos seus elementos patrimoniais e a respetiva base fiscal, e de 200 a nível dos seus sócios (Sócios T), correspondente à diferença entre o justo valor das participações da Sociedade T e a respetiva base fiscal.

Note-se como a Sociedade A adquire os ativos com base fiscal original de 300, correspondente ao respetivo justo valor. Também os Sócios T adquirem as participações da Sociedade A com base fiscal original correspondente ao seu justo valor.

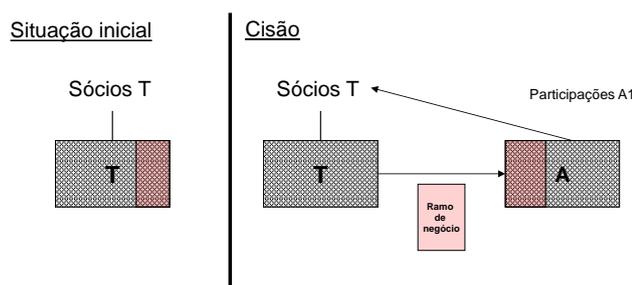
### 2.3.5. Cisão simples

Na cisão simples, a sociedade cindida destaca uma parte do seu património<sup>77</sup> para com ele constituir uma nova sociedade. O valor nominal das participações nesta sociedade é reduzido (ou uma percentagem das participações é extinta), mas os Sócios adquirem, em “contrapartida”, participações na sociedade (ou sociedades) beneficiária(s).

Ou seja:

- A sociedade cindida destaca uma, ou mais, unidades económicas que são adquiridas por uma ou mais sociedades existentes ou constituídas no processo de cisão;
- A sociedade cindida não se extingue e mantém, pelo menos, uma unidade económica;
- O valor nominal das participações na sociedade cindida é reduzido ou parte dessas participações são extintas; e
- São atribuídas aos sócios da sociedade cindida participações da(s) sociedade(s) beneficiária(s).

Esquemáticamente:



O destaque da unidade económica pela **sociedade cindida** configura um evento de realização, susceptível de gerar ganhos tributáveis a nível desta entidade<sup>78</sup>. Esses ganhos consistirão na diferença entre o justo valor dos ativos cindidos<sup>79</sup> e a respetiva base fiscal<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Note-se que o CSC exige que os ativos que se destacam consistam em “bens que estejam agrupados de forma a constituírem uma unidade económica”.

<sup>78</sup> Cf. al. c) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC. Note-se, a título de curiosidade, como esta norma tem um erro de concordância interna ao referir “realizadas pelas sociedades...” quando deveria dizer “realizada (a transferência de elementos patrimoniais) pelas sociedades.”

Apesar da transmissão dos ativos ser realizada no contexto da transmissão de um conjunto de bens, i.e. uma unidade económica, considera-se, para efeitos fiscais, que os ativos e os passivos empresariais são transmitidos individualmente, pelo que haverá que caracterizar o tipo, e o montante, do ganho (ou perda) resultante da transmissão para cada um deles.

Por outro lado, a extinção de parte das ações da sociedade cindida (ou a redução do seu valor nominal) configura um evento de realização na esfera dos **sócios da sociedade cindida**<sup>81</sup>. Esse ganho consistirá na diferença entre o justo valor das participações da sociedade beneficiária adquiridas na cisão e a base fiscal das participações extintas na cisão (ou o justo valor da percentagem de capital reduzida)<sup>82</sup>.

Até à reforma de 2014, o CIRC não continha uma regra específica, em sede do regime geral de tributação, para a determinação da base fiscal das participações das sociedades cindidas após a cisão (aquelas cujo valor nominal é reduzido ou aquelas que não são extintas na operação), ou seja, para determinar que percentagem da base fiscal é consumida na operação de cisão, i.e. qual a proporção da base fiscal total da sociedade cindida que serve de base ao cálculo da mais-valia na cisão.

Esta situação foi corrigida em 2014, estabelecendo-se que os critérios para alocação da base fiscal externa das sociedades cindida e beneficiária no regime de neutralidade fiscal são aplicáveis também às operações realizadas ao abrigo do regime geral. Esses critérios encontram-se estabelecidos no n.º 3 do artigo 76.º do CIRC, nos termos do qual se determina que a base fiscal das participações da sociedade cindida deve ser repartida pelas participações recebidas e pelas que continuem a ser detidas na sociedade cindida, *“com base na proporção entre o valor de mercado dos patrimónios destacados para cada uma das sociedades beneficiárias e o valor de mercado do património da sociedade cindida”*<sup>83</sup>.

A **sociedade beneficiária**, por seu turno, não apura um ganho ou uma perda tributável nesta operação<sup>84</sup> e adquire os ativos cindidos com base fiscal original, correspondente ao seu justo valor.

Esquemáticamente:

---

<sup>79</sup> Cf. al. d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

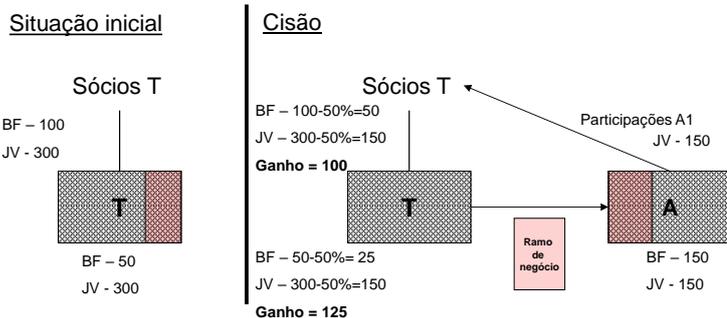
<sup>80</sup> Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>81</sup> Cf. al. d) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>82</sup> Cf. n.º 7 do artigo 46.º do CIRC.

<sup>83</sup> Refira-se ainda que, mesmo no regime de neutralidade fiscal, até à Reforma de 2014, não era claro se o “valor do património da sociedade cindida” a considerar para efeitos de cálculo era o respetivo justo valor ou a base fiscal. A situação era agravada pelo facto de a redução do capital da sociedade cindida não ter que ser proporcional ao valor dos ativos transmitidos, já que parte (ou mesmo a totalidade) deste valor pode ser compensada mediante uma redução das reservas livres da sociedade cindida. A aplicação de um ou outro critério permitia obter resultados distintos, nomeadamente diferir para um momento posterior parte dos ganhos latentes da sociedade cindida e dos seus sócios. Atualmente o CIRC dispõe expressamente que o valor a considerar é o justo valor dos ativos.

<sup>84</sup> Regista, porém, uma variação patrimonial positiva, equivalente ao justo valor dos ativos adquiridos nesta operação, que, no entanto, pelas razões discutidas supra na secção **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, se encontra excluída de tributação, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 21.º do CIRC.



Neste exemplo, os ativos da Sociedade T (sociedade cindida) que formam dois ramos de atividade distintos, são detidos com uma base fiscal conjunta de 50 e um justo valor de 300. Por seu turno, os seus sócios (Sócios T) detinham as respetivas participações sociais com uma base fiscal de 100. O justo valor destas era de 300.

Assumindo que os ativos que formam ambos os ramos de atividade tinham, no seu conjunto, o mesmo justo valor e base fiscal, a cisão de um deles é tratada para efeitos fiscais, a nível da Sociedade T, como a transmissão (i.e. a realização) de metade do seu património (já que esta perde metade dos seus ativos na operação). O mesmo ocorre a nível dos seus sócios, tratando-se a operação como a transmissão (i.e. a realização) de metade do seu investimento nas participações da Sociedade T - que são extintas ou cujo valor nominal é reduzido na percentagem dos ativos cindidos da Sociedade T (no nosso exemplo: 50%).

Assim sendo, a cisão acima descrita dá origem a um ganho de 125 a nível da Sociedade T (cindida), correspondente à diferença entre o justo valor dos elementos patrimoniais cindidos (50% do justo valor da totalidade dos elementos patrimoniais)<sup>85</sup> e a respetiva base fiscal (50% do total da base fiscal); e a um ganho de 100 a nível dos seus sócios (Sócios T), correspondente à diferença entre 50% do justo valor e 50% da base fiscal nas participações da Sociedade T.

Note-se como a Sociedade A (sociedade beneficiária) adquire os ativos com base fiscal original de 150, correspondente ao respetivo justo valor. Também os Sócios T adquirem as participações da Sociedade A com base original correspondente ao seu justo valor.

<sup>85</sup> Sem prejuízo de, conforme atrás referimos, os ganhos e perdas deverem ser apurados individualmente para cada um dos elementos patrimoniais incluídos no ramo de atividade cindido.

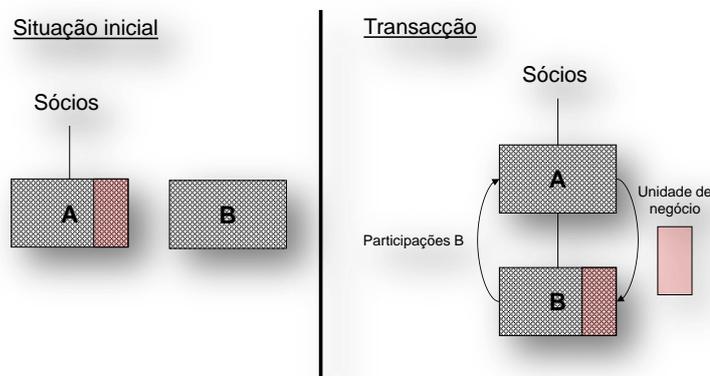
### 3. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

#### 3.1. Enquadramento

O regime de neutralidade fiscal visa eliminar, ou pelo menos minimizar, o impacto negativo da aplicação do princípio da realização em transações que não representam um verdadeiro desinvestimento.

Estão em causa transmissões de ativos que, consubstanciando eventos de realização, não traduzem, porém, um efetivo desinvestimento, i.e., em que a entidade transmitente mantém a “continuidade do investimento”, porque os ativos recebidos titulam direitos económicos sobre os ativos alienados ou representam direitos equivalentes aos representados pelos ativos alienados.

Um exemplo clássico de uma operação na qual a transmitente mantém um interesse económico sobre os ativos transmitidos é a contribuição de uma unidade de negócio, por uma sociedade (Sociedade A), para a realização do capital social de uma nova sociedade (Sociedade B). Em resultado desta operação, a Sociedade A adquire a totalidade do capital social da Sociedade B. Esquemáticamente:



Neste exemplo, a Sociedade A transmite, de facto, um conjunto de ativos. No entanto, a contrapartida recebida permite-lhe manter o interesse económico sobre esses mesmos ativos. O investimento da Sociedade A não é, portanto, descontinuado, uma vez que adquire ativos (partes sociais) que titulam direitos económicos sobre os ativos alienados (i.e. a unidade de negócio transmitida).

Ainda mais evidente é a posição de continuidade do investimento (indireto) dos sócios nesses ativos. No exemplo acima, a transmissão da unidade de negócio da Sociedade A para a Sociedade B não provoca qualquer evento de realização na esfera dos sócios, nem qualquer alteração, quantitativa ou qualitativa, do seu património. O investimento dos sócios na unidade de negócio mantém-se titulado através das suas participações na Sociedade A.

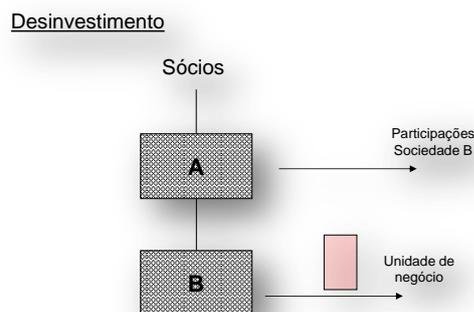
Acresce que da tributação destas operações resultariam consequências semelhantes àquelas que se verificariam num modelo de tributação pura do rendimento acréscimo, nomeadamente a potencial ausência de liquidez para satisfazer o pagamento do imposto.

Este motivo e a continuidade do interesse económico, na perspetiva da sociedade transmitente e sobretudo dos seus sócios, justificam que o sistema fiscal permita, nesses casos (ainda que sujeito a diversas condições), que as mais-valias realizadas na transmissão de ativos não sejam imediatamente incluídas no lucro tributável da entidade transmitente.

Note-se que estas mais-valias, apesar de não serem imediatamente tributadas, são efetivamente realizadas. A entidade transmitente, que é individualmente um sujeito passivo do imposto, realiza uma verdadeira transmissão. Na esfera desta ocorre, portanto, um evento de realização. O que sucede, porém, é que o sistema fiscal reconhece estar perante situações de “fronteira”, nas quais a aplicação “cega” do requisito da realização seria suscetível de colocar em causa os princípios estruturais do sistema fiscal, aproximando-o, contra a opção manifesta do legislador, do modelo de tributação do rendimento acréscimo no seu estado puro. Assim sendo, o sistema fiscal permite, portanto, diferir a tributação destas mais-valias realizadas, não as reconhecendo para efeitos fiscais, até à ocorrência de um novo evento de realização que, desta vez, traduza um efetivo desinvestimento.

Para o efeito, de um ponto de vista conceptual, podemos afirmar, na senda da doutrina norte-americana, que o sistema fiscal impõe um requisito adicional à suscetibilidade de inclusão das mais-valias no lucro tributável: o requisito do “reconhecimento”<sup>86</sup>. Assim, nos casos em que à continuidade do investimento é conferida relevância fiscal, a efetiva tributação das mais-valias depende não só da sua “realização”, mas também do seu “reconhecimento”. Ou, visto na perspetiva inversa, o sistema fiscal pode determinar que as mais-valias realizadas não sejam reconhecidas para efeitos da sua inclusão no lucro tributável até que ocorra um efetivo desinvestimento.

Esse desinvestimento ocorrerá, voltando ao exemplo acima, no momento em que a sociedade B transmita a unidade de negócio a um terceiro ou a Sociedade A transmita as ações da sociedade B. Esquemáticamente:



### 3.2. O mecanismo do diferimento da tributação através do transporte da base fiscal

<sup>86</sup> O requisito do reconhecimento está expressamente definido, nos EUA, na Secção 1001(c) do *Internal Revenue Code*.

**Formatada:** Português (Portugal)

**Formatada:** Tipo de letra: Itálico, Português (Portugal)

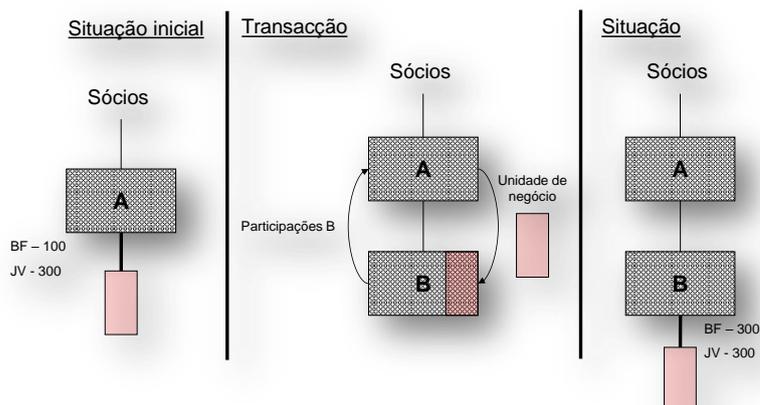
**Formatada:** Português (Portugal)

Como vimos, a atribuição de relevância fiscal às situações de continuidade do investimento tem como efeito suspender o reconhecimento das mais-valias realizadas, até ao momento em que ocorra um verdadeiro desinvestimento. Não se visa, portanto, isentar de tributação, de forma definitiva, essas mais-valias, mas simplesmente diferir a sua tributação.

Para permitir que as mais-valias sejam reconhecidas no futuro (ou seja, que não fiquem definitivamente isentas), o sistema fiscal teve de adotar um mecanismo de exceção às regras de atribuição de base fiscal original: o “mecanismo do diferimento de tributação através do transporte da base fiscal”.

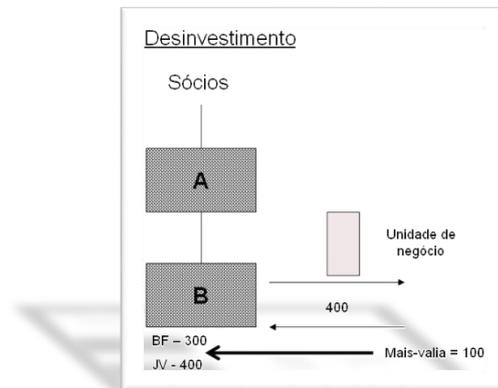
Conforme vimos a propósito da base fiscal, no momento em que um bem ou um direito é adquirido é-lhe imediatamente atribuída uma base fiscal (base fiscal original). O valor da base fiscal original corresponde, regra geral, ao custo de aquisição desse bem ou direito.

Ora, voltando ao exemplo acima descrito, se as regras gerais de atribuição de base fiscal fossem aplicáveis também nas operações em que não há reconhecimento da mais-valia, a Sociedade B, na primeira transação, atribuiria aos ativos adquiridos (que em conjunto formam a unidade de negócio) uma base fiscal equivalente ao valor da contraprestação entregue (neste caso, o valor pelo qual aumentou o seu capital o qual, regra geral, corresponderá ao justo valor dos ativos que formam essa unidade de negócio). Esquemáticamente:



Neste exemplo, antes da operação, a unidade de negócio, cujo justo valor era de 300 tinha uma base fiscal de 100. Após a operação, se as regras gerais de determinação da base fiscal fossem aplicáveis também no contexto de operações em que os ganhos realizados não são reconhecidos, a Sociedade B reconheceria essa unidade de negócio com base fiscal original de 300<sup>87</sup>. Note-se que se assim fosse, i.e. se as regras gerais de determinação da base fossem aplicáveis neste contexto, a mais-valia apurada, mas não reconhecida, na primeira transmissão (correspondente à diferença entre a base fiscal e o justo valor da unidade de negócio, no caso 200) não seria tributada numa futura transação, já que a base de cálculo da mais-valia nesta transmissão seria a base fiscal de 300 reconhecida pela sociedade B na primeira transação. Esquemáticamente:

<sup>87</sup> Na realidade, o adquirente reconhece os ativos que formam essa unidade de negócio individualmente, ou seja atribuindo uma base fiscal a cada um dos seus ativos não correntes, que, no seu conjunto, corresponde, neste exemplo, ao valor global de 300. Para simplificar os exemplos que se seguem, faremos sempre referência ao valor desse conjunto, quando os exemplos se referirem a unidades de negócio.



Neste exemplo, assumindo que a contraprestação pela venda da unidade de negócio é 400, a mais-valia realizada pela Sociedade B seria apenas de 100. A mais-valia realizada, mas não reconhecida, na primeira transmissão pela Sociedade A, no montante de 200, teria desaparecido, ou seja, teria ficado, de facto, definitivamente isenta de tributação.

Ora, o mecanismo do diferimento de tributação através do transporte da base fiscal visa, justamente, evitar este efeito, i.e. que a mais-valia não reconhecida fique definitivamente isenta. Para o efeito, este mecanismo opera através da produção de dois efeitos:

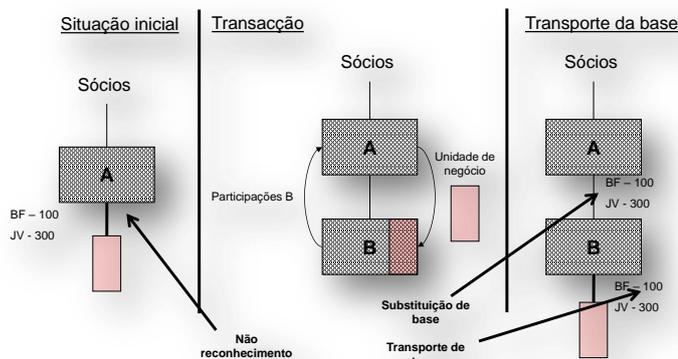
- (i) O primeiro, que já vimos, é o não reconhecimento, para efeitos fiscais, das mais-valias realizadas na transmissão em causa (“**não reconhecimento**”);
- (ii) O segundo é que a base fiscal dos ativos transmitidos é: (a) atribuída aos ativos adquiridos pela transmitente em contrapartida dos ativos transmitidos (“**substituição da base**”); e (b) transportada com os ativos transmitidos para a adquirente (“**transporte da base**”). Ou seja, no primeiro caso, os ativos adquiridos herdam a base fiscal dos ativos transmitidos e, no segundo caso, estes mantêm a sua base fiscal, apesar da transmissão para um novo proprietário.

Vejamos como este mecanismo funciona na prática e como permite que a mais-valia não reconhecida na primeira transação seja reconhecida na segunda, recorrendo, para o efeito, ao exemplo anterior.

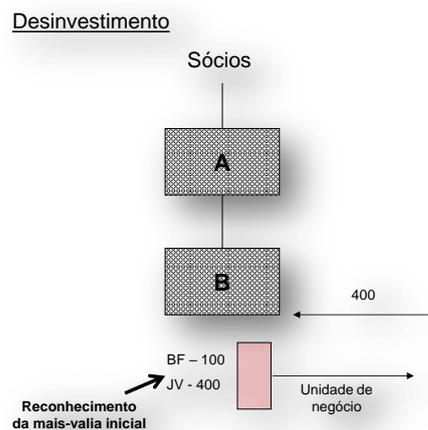
Assim, na primeira transmissão (i.e. na transmissão da unidade de negócio para a Sociedade B):

- (i) A diferença entre a base fiscal dos ativos transmitidos (100) e o justo valor da contrapartida (300), i.e. a mais-valia realizada, não é reconhecida para efeitos de tributação (por isso, a Sociedade A não é imediatamente tributada em resultado desta operação); e
- (ii) A base fiscal dos ativos que formam a unidade de negócio (que em conjunto é 100) é: (a) substituída para a base fiscal das participações na Sociedade B; e é (b) transportada, individualmente em relação a cada um dos ativos, para a esfera da adquirente.

Esquemáticamente:

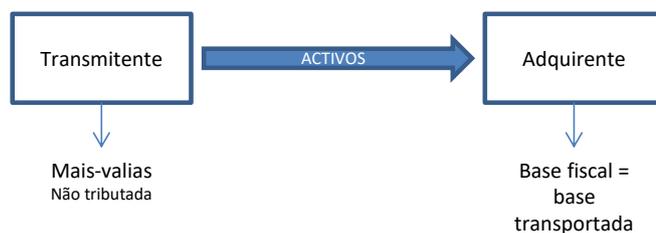


Posteriormente, numa futura transmissão em que ocorra um efetivo desinvestimento (seja por alienação das participações da Sociedade B ou pela venda da unidade de negócio), as mais-valias não reconhecidas serão efetivamente tributadas, uma vez que a base fiscal dos ativos transmitidos será uma base substituída ou transportada (na qual se preservaram as mais-valias latentes à data da primeira transmissão). Esquemáticamente:



Veja-se como nesta segunda transmissão, em que assumimos que o justo valor da unidade de negócio é 400, a mais-valia realizada pela Sociedade A (no caso de transmissão das participações da Sociedade B) ou pela Sociedade B (no caso de transmissão da unidade de negócio) incluem a mais-valia realizada, mas não reconhecida, na primeira transacção.

Ou seja, o paralelismo com o mecanismo de tributação das operações societárias, acima descrito, pode ser representado através do seguinte gráfico:



### 3.3. O regime de neutralidade fiscal no Código do IRC

A aplicação do regime de neutralidade fiscal consagrado no ordenamento nacional, sobretudo no CIRC (nos artigos 76.º e seguintes) mas também no CIRS (em particular no artigo 10.º)<sup>88</sup> produz dois efeitos fundamentais: (i) a neutralização, através do mecanismo de diferimento com transporte de base fiscal, das consequências fiscais típicas de um conjunto específico de negócios jurídicos; e (ii) a manutenção da soberania dos Estados-membros sobre os ganhos diferidos nessas operações, através da afetação dos ativos transmitidos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária no Estado-membro da transmitente.

Os referidos códigos contêm o conjunto de regras necessárias para assegurar a produção desses dois efeitos, ou seja, regras que asseguram que os ganhos realizados por sujeitos passivos do IRS ou do IRC nessas operações não são imediatamente tributados e regras que asseguram que, contudo, esses ganhos não escapam definitivamente à soberania tributária do estado português.

Existem, portanto, dois aspetos a considerar na análise do regime de neutralidade fiscal no ordenamento nacional. O primeiro aspeto refere-se à aplicação do mecanismo de diferimento da tributação aos ganhos auferidos por sujeitos passivos dos impostos sobre o rendimento portugueses naqueles negócios jurídicos expressamente previstos pelo legislador. Para o efeito, o CIRC define detalhadamente cada um dos negócios elegíveis para o regime de neutralidade fiscal (a fusão, a cisão, a entrada de ativos e a permuta de partes sociais) e regula os aspetos específicos da aplicação do mecanismo de diferimento da tributação no contexto dessas operações.

O segundo aspeto refere-se às regras que visam preservar a soberania tributária do estado português sobre ganhos diferidos em reorganizações transfronteiriças. Essa necessidade obrigou o legislador a excluir do regime de neutralidade fiscal alguns dos ganhos realizados em operações elegíveis, nomeadamente aqueles que, numa operação concreta, escapam à soberania tributária de algum Estado-membro.

Note-se que a grande maioria dos casos julgados nos tribunais, portugueses incluindo os arbitrais, relaciona-se com: (i) a elegibilidade das operações para o regime de neutralidade fiscal (discutiu-se, até à reforma do CIRC, se a fusão “inversa” era uma operação elegível); (ii) a verificação de determinados requisitos para essa elegibilidade (sobretudo relativamente ao conceito de “ramo de actividade”); e (iii) casos em que não são concedidos os benefícios do regime porque a motivação principal para a operação é meramente fiscal.

<sup>88</sup> Que resulta da transposição da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro.

## 4. OS COMPORTAMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO E O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL

### 4.1. Enquadramento geral do regime de neutralidade fiscal

De um ponto de vista económico, as reorganizações societárias só têm sentido quando os ganhos de eficiência visados excedam o custo da sua implementação. O regime de neutralidade fiscal, ao eliminar o custo fiscal direto da reorganização, influencia positivamente o resultado daquela fórmula e, desta forma, incentiva, ou pelo menos não dificulta, a realização destas operações. Visto numa perspetiva sistemática, podemos afirmar que o Estado abdica da sua receita fiscal porque, mas apenas porque, reconhece que a eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal superior aos seus interesses creditícios e ao princípio da justa repartição dos encargos fiscais.

No entanto, como analisámos anteriormente, o regime de neutralidade não se aplica a qualquer reorganização capaz de gerar ganhos de eficiência organizacional, mas apenas àquelas que são realizadas sob uma forma jurídica que conste do elenco de operações elegíveis expressamente definidas no CIRC. A característica comum a todas estas operações é que o controlo sobre a empresa reorganizada é mantido pelos seus anteriores proprietários, ou seja, todas elas são operações em que efetivamente os proprietários não desinvestem nem a empresa se desagrega.

Conclui-se, portanto, que o regime de neutralidade fiscal visa proteger operações que reúnem duas características fundamentais, nomeadamente: (i) que não implicam um efetivo desinvestimento na empresa reorganizada (**continuidade do investimento e da empresa**); e (ii) cujo objetivo é atingir uma maior eficiência da organização dos meios de produção da empresa (**vantagens organizacionais**).

### 4.2. Os comportamentos de substituição

Sucedem, no entanto, que o regime de neutralidade fiscal introduz uma assimetria, ou descontinuidade, no sistema fiscal, permitindo que transações com o mesmo efeito económico tenham consequências fiscais distintas. Conscientes desta realidade, os agentes económicos poderão utilizar essa assimetria em seu benefício, realizando manobras (“comportamentos de substituição”)<sup>89</sup> que visam enquadrar no regime de neutralidade operações que, formal ou substancialmente, não são elegíveis.

Quando uma empresa substitui, realiza transações e/ou implementa estruturas (funcionais e/ou societárias) diferentes daquelas que realizaria ou implementaria na ausência das vantagens que levam a empresa a substituir o seu comportamento normal<sup>90</sup>.

A partir do momento em que uma assimetria é criada no sistema fiscal a propensão para a adoção de comportamentos de substituição é inevitável. Quanto maior for a assimetria de tratamento fiscal entre transações substitutas – e portanto, quanto maior for a redução do montante de imposto alcançada com a realização da manobra de substituição – maior será, em princípio, a indução ao comportamento de substituição<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Neste contexto, “substituição” tem um sentido mais restrito do que o seu habitual sentido económico. Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações ...”, cit., p. 67 e seguintes. Sobre esta aproximação teórica, conhecida como *Microeconomic Approach to Tax Planning*, veja-se Lamb, M. & Lymer, A. “Interdisciplinary Research in Taxation: Research Approaches and Bibliographic Survey”, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales. 1999, p. 111 e Scholes, et al. “Taxes...”, cit., a “biblia” deste movimento. Cf. também Schenk, Deborah H. “An Efficiency Approach to Reforming a Realization-Based Tax”, 57 Tax L. Rev. 503 (2004) e Weisbach, David A., “An Efficiency Analysis of Line Drawing in the Tax Law”.

<sup>90</sup> Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações aos Mecanismos...”, cit., p. 89.

<sup>91</sup> *Ibidem*. Cf. também Schenk, “An Efficiency...”, cit. p. 509; Schizer, David M. “Frictions as a Constraint on Tax Planning”, 101 Columbia Law Review 1312 (2001) e Scholes, et al. “Taxes...”, cit., p. 90.

### **4.3. Os problemas da substituição**

#### **4.3.1. Na óptica do ordenamento jurídico**

No nosso ordenamento jurídico, em particular ao abrigo do princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Cód. Civ., os agentes económicos têm o poder de decidir livremente entre contratar ou não contratar, conforme melhor lhes aprouver e, optando por contratar, têm o direito de livre escolha do tipo e da forma do contrato que pretendem celebrar, podendo adotar as formas que, servindo os seus interesses, lhes sejam mais convenientes.

Ao abrigo desse princípio, portanto, os agentes económicos podem optar por uma forma contratual que, obtendo os mesmos resultados económicos, é fiscalmente menos onerosa que as demais alternativas disponíveis. Ou seja, perante uma situação de ausência de neutralidade do sistema fiscal (i.e. uma assimetria), os contribuintes não estão obrigados a optar pela via que maximiza a receita pública<sup>92</sup>, podendo, portanto, substituir o comportamento (i.e. o negócio jurídico) inicialmente previsto por outro que lhes seja fiscalmente menos oneroso.

A questão quanto à legitimidade da substituição surge, no entanto, quando a utilização da forma jurídica alternativa visa, e permite, obter um certo resultado (um benefício fiscal, por exemplo) ou a utilização de um certo meio (como seja um regime favorável) que se considera contrário aos valores estruturantes do ordenamento jurídico ou ao propósito específico desses benefícios ou desses regimes<sup>93</sup>.

Não está em causa a violação de normas concretamente consideradas, mas sim uma atuação que, cumprindo formalmente a lei, é contrária à intenção normativa expressa na ordem jurídica<sup>94</sup>. Nestes casos, a substituição, visando principalmente furtar o negócio à incidência de uma norma tributária, frustra uma intenção normativa expressa (i.a. a sujeição a imposto da capacidade contributiva que tipicamente se manifesta nesse negócio) e, em consequência, desvirtua um propósito normativo específico e a aplicação de princípios estruturantes (sendo o mais relevante o princípio da justa distribuição dos encargos tributários)<sup>95</sup>.

#### **4.3.2. Na óptica da eficiência económica**

Além da potencial violação dos princípios estruturantes do sistema fiscal, a adoção de comportamentos de substituição pode levar os contribuintes a adotarem estruturas ou negócios jurídicos menos eficientes e que só têm sentido na medida em que proporcionam vantagens fiscais que compensam essas ineficiências. Ou seja, a diminuição do valor económico, fruto da adoção de uma estrutura ou de um negócio jurídico menos apto, é compensada pela poupança fiscal obtida<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Saldanha Sanches, “Reestruturação...”, cit., pag 41.

<sup>93</sup> Saldanha Sanches, “Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, 2000, p. 20.

<sup>94</sup> Veja-se, a título meramente exemplificativo, Saldanha Sanches “Manual...”, cit., p. 116 a122; Menezes Leitão, L., “A Evasão e Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal” em *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina 1999, p. 9 a 45; Gonçalo Avelãs Nunes, “Cláusula Geral Anti-abuso de Direito em Sede Fiscal – Art. 38º, N.º 2, da Lei Geral Tributária – à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal”, *Fiscalidade* n.º 3, Lisboa, Julho 2000, p. 39 a 62, ou ainda Lopes Courinha, Gustavo, “A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão”, (Almedina 2004).

<sup>95</sup> Cf. Saldanha Sanches, “Abuso de direito...”, cit., p. 21.

<sup>96</sup> *Ibidem* p. 25

Nesses casos, substitui-se a forma adequada e mais eficiente pela forma que proporciona maior economia fiscal, levando a uma constante distorção do mercado, com o negócio ou a estrutura menos eficiente a substituir o negócio mais eficiente em termos puramente económicos<sup>97</sup>.

Neste sentido, a adoção de comportamentos de substituição é negativa por duas ordens de razões. Primeiro, pelos custos diretos do planeamento fiscal (consultoria, etc). De uma perspetiva económica, estes custos são considerados ineficientes, ou seja, geradores de “deadweight loss”. Segundo, pelos custos indiretos associados à substituição. Num mundo em que contratar tem custos, a implementação de estratégias de planeamento fiscal pode resultar em ineficiências significativas de natureza não fiscal. Por exemplo, as empresas poderão ser induzidas a implementar estruturas societárias e funcionais que não são as ideais de um ponto de vista operacional. As manobras de substituição podem igualmente resultar na transferência de recursos para uma sociedade que não assegure a maximização económica dos mesmos; na adoção de transações mais complexas do que o necessário; e, bem assim, na implementação de transações fora do seu período ideal de um ponto de vista operacional e económico (i.e., os chamados efeitos de lock-in e lock-out) ou, inclusivamente, no seu cancelamento. Todos estes efeitos comportamentais levantam sérias preocupações de uma perspetiva económica<sup>98</sup>.

#### **4.4. A reação à substituição no âmbito do regime de neutralidade fiscal**

##### **4.4.1. Enquadramento geral**

Como acabámos de ver, a adoção de comportamentos de substituição pelos contribuintes pode, sobretudo quando motivados essencialmente por razões de ordem fiscal, não só violar princípios estruturantes do ordenamento jurídico, em particular o princípio da justa distribuição dos encargos fiscais, como também promover a adoção de estruturas e a realização de negócios jurídicos comparativamente ineficientes.

Por estas duas razões, o sistema fiscal adotou mecanismos, entre os quais se destacam as normas anti-abuso<sup>99</sup>, que permitem salvaguardar a correta aplicação dos seus princípios estruturantes e promover a eficiência económica. Encontramos um desses mecanismos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, que contém uma norma anti-abuso especificamente dirigida a evitar o aproveitamento, abusivo (i.e. para fins contrários ao seu propósito), das assimetrias criadas pelo regime de neutralidade fiscal<sup>100</sup>.

A disposição do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC foi adotada ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva das Reorganizações<sup>101</sup>, que, não sendo uma norma diretamente transponível para o ordenamento jurídico dos Estados-membros<sup>102</sup>, cumpre a seguinte dupla função:

<sup>97</sup> *Ibidem* p. 25

<sup>98</sup> Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações aos Mecanismos...”, cit., p.93.

<sup>99</sup> Nomeadamente a cláusula geral anti-abuso (CGAA), estabelecida no n.º 2 do artigo 38.º da LGT e diversas cláusulas anti-abuso específicas, aplicáveis em áreas ou a práticas consideradas de elevado potencial abusivo. Para uma análise detalhada sobre a cláusula geral anti-abuso, ver entre outros, Courinha, “A Cláusula Geral ...”, cit.; Saldanha Sanches “O Abuso de Direito...”, cit.; e Taborda da Gama, João, “Acto Elisivo, Acto Lesivo – notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português”, RFDUL, XL, 1 e 2, p. 289-316.

<sup>100</sup> Por se tratar de uma norma anti-abuso específica, é à luz do disposto no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, e não da cláusula geral anti-abuso, que deverá ser analisada a legitimidade das operações protegidas pelo regime de neutralidade fiscal.

<sup>101</sup> Para uma descrição extremamente pormenorizada da história do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva das Reorganizações, veja-se van den Broek, “Cross-border...”, cit., p. 288. O autor explica que na base desta regra esteve o receio de utilização abusiva do regime de neutralidade fiscal em duas operações concretas: (i) a imediata venda das participações adquiridas numa permuta de partes sociais ou entrada de ativos; e (ii) as cisões subjetivas. Ambas expressamente referidas na Declaração 9(a) do Conselho Europeu (ver nota de rodapé **Erro! Marcador não definido.** supra).

<sup>102</sup> Neste sentido veja-se Pilar Alguacil Maril, “La Doctrina Administrativa sobre el Motivo Económico Valido en las Reestructuraciones Societárias”, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 18.

- “Esclarece” que os Estados-membros podem adotar medidas que permitam retirar os benefícios do regime estabelecido na Diretiva às operações abusivas, podendo aqueles optar por: (i) introduzir, no seu ordenamento jurídico, medidas anti-abuso específicas aplicáveis às reorganizações; ou (ii) aplicar a estas os princípios ou as normas gerais anti-abuso do seu ordenamento jurídico; e
- “Limita” o âmbito de aplicação de tais medidas, segundo a sua conformidade com as regras do direito da União Europeia.

Conclui-se, portanto, que o Estado português não estava obrigado a adotar uma regra anti-abuso específica para as reorganizações, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva das Reorganizações. Porém, o facto de ter optado por essa prerrogativa, e independentemente dos aspetos particulares da sua transposição<sup>103</sup>, deixa ainda em maior evidência a obrigação da AT e dos tribunais portugueses seguirem, na interpretação dessa norma, os princípios gerais do direito da União Europeia e a jurisprudência do TJUE<sup>104</sup>, sendo particularmente relevante para este efeito a doutrina da proibição do abuso de direito desenvolvida por este tribunal<sup>105</sup>.

#### 4.4.2. O abuso de direito na jurisprudência do TJUE

Face ao acima exposto, torna-se necessário analisar, ainda que de forma sumária, a jurisprudência do TJUE em relação à proibição do abuso de direito. Antes, porém, convém esclarecer que devido às idiossincrasias próprias do direito da União Europeia, o conceito de abuso de direito que tem vindo a ser jurisprudencialmente definido pelo TJUE é um conceito próprio do direito da União Europeia que não corresponde inteiramente ao conceito de abuso de direito ou de fraude à lei do ordenamento jurídico nacional (apesar do nosso acervo doutrinário relativo à fraude à lei ser de extrema utilidade para a análise daquele conceito numa perspetiva de direito comparado)<sup>106</sup>.

O TJUE tem vindo a desenvolver o “seu” conceito de abuso de direito<sup>107</sup>, aplicado a normas tributárias, essencialmente em dois contextos distintos<sup>108</sup>: (i) no contexto da aplicação e

<sup>103</sup> Parece-nos que o legislador nacional assumiu, erradamente, que a norma anti-abuso da Diretiva das Reorganizações se destinava a transposição direta para o nosso ordenamento. Este entendimento não é correto. O TJUE interpretou a referida norma anti-abuso da Diretiva como “*uma reserva de competência*” a favor dos Estados-membros para a adoção das suas próprias medidas anti-elisivas (dentro dos limites impostos pela Diretiva). Veremos mais adiante as consequências práticas deste equívoco. O facto de que se trata de um lapso do nosso legislador é evidente na análise da evolução da norma anti-abuso no nosso ordenamento. A sua versão inicial foi introduzida no CIRC no contexto da primeira transposição do regime da Diretiva das Reorganizações (Decreto-lei n.º 123/92) e estabelecia que o regime de neutralidade fiscal “*poderá deixar de aplicar-se, total ou parcialmente, quando se conclua ter-se verificado o disposto no artigo 11.º da Directiva*” (artigo que atualmente corresponde ao artigo 15.º da Diretiva). Só em 1998 (através do Decreto-lei n.º 366/98) é que a norma anti-abuso passou a ter uma redação muito próxima da atual. O preâmbulo do mencionado Decreto-lei n.º 366/98 esclarece que, apesar da nova redação, ainda assim a norma anti-abuso mantém um “*conteúdo idêntico à do artigo 11.º da Diretiva*”.

<sup>104</sup> Cf. Lang, Michael, “Cadbury Schweppes line of case law from the member state perspective”, de la Feria, R & Vogenauer, S “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 457. Na realidade, ainda que esta disposição não tivesse sido adotada no CIRC, a eventual aplicação, em sua substituição, da cláusula geral anti-abuso às reorganizações estaria, ainda assim, balizada pelo direito da União Europeia, conforme se explica em maior detalhe na nota de rodapé 110 infra.

<sup>105</sup> Realce-se que a aplicação, em concreto, da norma anti-abuso das reorganizações está sujeita às normas processuais estabelecidas no ordenamento jurídico português (dentro dos limites impostos pelo direito da União Europeia acima referidos), conforme analisamos de forma mais detalhada em **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** infra. Neste sentido, veja-se o Acórdão no Processo C-255/02 (Acórdão *Halifax*), que estabelece que é “*ao órgão jurisdicional nacional que compete verificar, em conformidade com as regras de prova do direito nacional, contanto que a eficácia do direito comunitário não seja posta em causa, se os elementos constitutivos de uma prática abusiva estão preenchidos no litígio no processo principal (v. acórdão de 21 de Julho de 2005, Eichsfelder Schlachtbetrieb, C-515/03, Colect., p. I-7355, n.º 40)*” (cf. Parágrafo 76 do Acórdão *Halifax*). No entanto, o Tribunal deixa claro que está dentro das suas competências “*sendo caso disso, fornecer dados que permitam guiar o órgão jurisdicional nacional na sua interpretação*” (cf. Parágrafo 77 do Acórdão *Halifax*).

<sup>106</sup> Cf. Schammo, Pierre, “Comments on Abuse of Rights in EU Law”, “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011.

<sup>107</sup> Conforme aponta João Félix Nogueira, “Abuso de Direito em fiscalidade direta”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, p. 237, a noção de abuso tem sido utilizada pelo TJUE como um “recipiente” onde têm cabimento todas das anteriores noções relativas à patologia tributária. Neste seu artigo, o autor faz uma análise interessantíssima e profunda da evolução do conceito de abuso (e da doutrina relativa à sua proibição) na jurisprudência do TJUE.

<sup>108</sup> Judith Freedman “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction”, in *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 367

interpretação do direito da União Europeia originário, onde se discute, essencialmente, a compatibilidade das normas anti-abuso de natureza fiscal estabelecidas no ordenamento jurídico dos Estados-membros com o direito da União Europeia primário (sobretudo as restrições que essas normas anti-abuso impõem sobre o exercício das liberdades fundamentais consagradas no TFUE)<sup>109</sup>; e (ii) no contexto da aplicação concreta de normas do direito da União Europeia derivado, onde se discute, essencialmente, a obtenção de vantagens fiscais de forma semelhante à que seria uma atuação em fraude à lei - por particulares - através do exercício de direitos consagrados em normas do direito da União Europeia secundário.

Por este motivo, a proibição do abuso de direito surge na jurisprudência do TJUE sob duas formas distintas: (i) como um requisito de interesse público, suscetível de restringir a aplicação das liberdades fundamentais e que, na prática, influencia a forma como os Estados-membros formulam as suas normas anti-abuso; e (ii) como manifestação de um princípio (ou de uma regra interpretativa) do direito da União Europeia, que permite aos tribunais nacionais anular os efeitos do exercício (abusivo) de direitos consagrados nesse ordenamento<sup>110</sup>. No entanto, apesar de se manifestar de forma distinta, o TJUE utiliza o mesmo “teste de abuso” em ambos os contextos<sup>111</sup>. Apesar da jurisprudência do TJUE nesta matéria não estar consolidada, não se tendo atingido ainda a desejada certeza quanto ao conteúdo concreto, a verdadeira natureza e a formulação definitiva do teste para aplicação da proibição de abuso de direito no ordenamento jurídico da União Europeia, parece ser possível afirmar, de forma consensual, que a atual posição do TJUE se encontra refletida na seguinte proposição<sup>112</sup>: *uma determinada norma jurídica não será aplicada quando (i) um conjunto de factos está clara e inequivocamente coberto pela previsão dessa norma jurídica; (ii) a sua utilização pelo agente é abusiva, no sentido de que esse agente organizou artificialmente as suas atividades para poder dela beneficiar; e (iii) o resultado da aplicação dessa norma seria contrário ao seu propósito*<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Neste tipo de casos lidamos com a compatibilidade (face ao direito comunitário) de normas internas que efetivamente restringem o exercício de liberdades fundamentais. Nestes casos, o TJUE: (i) analisa se a norma nacional em causa restringe direitos comunitários; em caso afirmativo (ii) determina se essa restrição constitui um obstáculo efetivo ao mercado único; e se assim for (iii) verifica se existe uma justificação que legitime a imposição de tal obstáculo. Entre o elenco de justificações aceites pelo TJUE encontra-se a proibição do abuso de direito.

<sup>110</sup> No Acórdão no Processo C-321/05 (Acórdão *Kofoed*), o TJUE analisou o conceito de abuso de direito na área fiscal numa perspetiva distinta das duas anteriormente referidas. Neste acórdão, o TJUE permitiu que a Dinamarca, que não tinha consagrado no seu ordenamento jurídico uma norma anti-abuso específica para as reorganizações, aplicasse os princípios gerais do seu ordenamento jurídico para limitar os benefícios da Diretiva das Reorganizações, na condição de que o fizesse de forma coerente com os princípios do direito da União Europeia. Este acórdão está na baseada opção do legislador alemão de eliminar (em 2007) a cláusula anti-abuso específica consagrada no ordenamento jurídico alemão, passando as reorganizações neutrais a estar sujeitas ao escrutínio das regras gerais anti-abuso internas (interpretadas de acordo com o direito da União Europeia).

<sup>111</sup> Terra & Watel, “European...”, cit. p. 363 e José Manuel Calderón Carrero “Una Vuelta de Trueca a la Interpretación de la Cláusula Antiabuso de la Directiva de Fusiones”, *Fiscalidade*, Instituto Superior de Gestão, Abril-Junho de 2012, p. 58.

<sup>112</sup> Vogenhauer, Stefan, “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 530.

<sup>113</sup> *Ibidem*. Encontramos todos estes elementos nos parágrafos 74 e 75 do Acórdão *Halifax*, que é considerado um dos Acórdãos-guia em matéria de abuso de direito, e no qual o TJUE estabelece que: “A verificação da existência de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva e da legislação nacional que transponha essa diretiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições. Por outro lado, deve igualmente resultar de um conjunto de elementos objetivos que a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal. Com efeito, como precisou o advogado-geral no n.º 89 das suas conclusões, a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais”. O primeiro elemento está incluído na expressão “apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva e da legislação nacional que transponha essa diretiva”. O segundo, a artificialidade, está formulado na seguinte frase: “a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal”. O terceiro na frase “tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições”. A nossa aproximação à doutrina da proibição do abuso é realizada numa perspetiva um pouco distinta daquela utilizada pela maioria da doutrina, que, seguindo de perto a formulação do TJUE no Acórdão *Halifax* (e na posterior jurisprudência do TJUE sobre a matéria) identifica um elemento subjetivo, que se traduz na intenção primordial de obter vantagens fiscais, e um elemento objetivo, que se verifica quando essa vantagem fiscal for contrária ao objetivo prosseguido pelas normas comunitárias (de cobertura). Como é evidente, estamos na presença dos mesmos elementos, apenas formulados e apresentados de forma ligeiramente distinta.

A proibição do abuso de direito na jurisprudência do TJUE tem, portanto, subjacente três elementos. O primeiro é que se verifica o cumprimento formal da previsão normativa, i.e. que a pessoa ou entidade que invoca a aplicação de uma determinada norma ou regime cumpre todos os seus requisitos de aplicabilidade. O segundo é que a aplicação dessa norma é abusiva, no sentido de que, nesse caso específico, a norma é aplicável apenas porque os factos foram artificialmente organizados para que se verifique o cumprimento formal da previsão normativa<sup>114</sup>. É essa artificialidade que transforma um comportamento formalmente lícito numa prática potencialmente abusiva<sup>115</sup>. O terceiro é que a aplicação da norma, nesse caso, conduz a um resultado que é contrário ao seu propósito.

#### **4.5. O n.º 10 do Artigo 73.º do CIRC**

Pelas razões anteriormente referidas, é à luz da doutrina da proibição do abuso, desenvolvida pelo TJUE, que deve ser interpretada a norma anti-abuso prevista no n.º 10 do art.º 73.º do CIRC, que dispõe que: *“O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”*.

É possível identificar os três elementos da doutrina da proibição do abuso de direito definidos pelo TJUE na segunda frase do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC. O primeiro elemento (verificação da previsão normativa) está incluído na expressão *“operações abrangidas pelo mesmo”* (i.e. pelo regime de neutralidade fiscal). O segundo (artificialidade) e o terceiro (violação do propósito), por estarem intimamente relacionados no abuso ao regime de neutralidade fiscal, encontram-se indissociados na referência ao *“principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal”*. Analisamos, de seguida, estes três elementos em maior detalhe.

##### **4.5.1. Elementos essenciais da norma anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC**

###### **4.5.1.1. Verificação da previsão normativa**

Na base de qualquer prática abusiva está a subsunção formal de um conjunto de factos, neste caso relativos a um negócio jurídico de reorganização, à norma jurídica em questão (*in casu* as normas do regime de neutralidade fiscal previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC).

A elegibilidade da operação é uma condição prévia à aplicação da norma anti-abuso. Assim, a regra anti-abuso aplicar-se-á apenas quando todas as características exigidas para a subsunção de uma transação a uma das operações definidas no regime seja inequívoca e todos os requisitos formais para a sua aplicação tenham sido cumpridos. A norma anti-abuso não pode ser utilizada para discutir o enquadramento formal de uma determinada operação no elenco das operações elegíveis<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem* p. 535.

<sup>116</sup> O TJUE pronunciou-se expressamente neste sentido, estabelecendo que *“o regime fiscal comum instituído pela Diretiva 90/434, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de ativos e de permuta de ações, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais”* (cf. parágrafo 41 do Acórdão proferido no Processo C- 352/08 - Acórdão *Zwijnenburg*).

#### 4.5.1.2. Artificialidade

O segundo elemento de uma prática abusiva é que a transação em causa tenha sido organizada de forma artificial, i.e. que a subsunção a uma norma ou a um regime foi atingida apenas porque os factos foram artificialmente organizados para o efeito<sup>117</sup>. É essa artificialidade que transforma uma operação formalmente lícita numa prática potencialmente abusiva<sup>118</sup>. Este segundo elemento implica, por isso, que “*as operações não são realizadas no âmbito de transações normais, mas antes com o único objetivo de beneficiar abusivamente de uma disposição*”<sup>119</sup>, ou seja, que as atividades económicas realizadas não podem ser justificadas de nenhuma outra forma senão pelo facto de darem origem ao direito reivindicado<sup>120</sup>. A ausência dessa justificação demonstra a artificialidade da conduta, que, por seu turno, torna potencialmente abusiva a aplicação da norma invocada.

No contexto específico do regime de neutralidade fiscal, como veremos agora em maior detalhe, a artificialidade da operação verifica-se apenas quando ocorrem simultaneamente duas circunstâncias: (i) que em resultado da operação de reorganização realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal sejam obtidas vantagens de natureza fiscal; e (ii) que a obtenção dessas vantagens tenha sido o principal motivo para a realização dessa operação.

##### 4.5.1.2.1. Obtenção de vantagens fiscais

#### **Enquadramento**

Encontramos a referência à primeira das circunstâncias acima identificadas, i.e. a exigência de que em resultado da operação de reorganização sejam obtidas vantagens fiscais, na expressão “*objetivos de evasão fiscal*” incluída no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC. O recurso ao conceito de “*evasão fiscal*”<sup>121</sup> limita, necessariamente, o escrutínio da norma anti-abuso àquelas operações que visem a obtenção de vantagens fiscais. Não há “*evasão fiscal*” sem vantagens dessa natureza. Por essa razão, não há uma artificialidade relevante, para efeitos da aplicação do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, se da operação realizada não resultar qualquer vantagem fiscal.

#### **Vantagens fiscais relevantes para efeito de se poder considerar a operação abusiva**

Nesta fase do processo de análise da artificialidade da transação cumpre determinar apenas, de forma totalmente objetiva, se a operação realizada dá origem a uma vantagem fiscal para os intervenientes na operação<sup>122</sup>. A resposta a esta questão é, em nossa opinião e ao contrário do que

<sup>117</sup> Vogenhauer, “The Prohibition...”, cit. p. 530.

<sup>118</sup> *Ibidem* p. 535.

<sup>119</sup> Cf. parágrafo 69 do Acórdão *Halifax*.

<sup>120</sup> Cf. A. G. Poiares Maduro no caso *Halifax* (Parágrafo 91).

<sup>121</sup> O conceito de “*evasão fiscal*” (tax evasion) evocado deve, contudo, ser objeto de interpretação extensiva, entendendo-se que foi utilizado de forma ampla, de modo abranger também a “*elisão fiscal*”, i.e. o abuso de direito (na jurisprudência do TJUE) e a fraude à lei fiscal (no nosso ordenamento jurídico). Caso contrário, a aplicação da norma anti-abuso restringir-se-ia aos casos de violação expressa de normas jurídicas (evasão fiscal em sentido estrito), solução que é incompatível com o propósito desta (e de qualquer outra) norma anti-abuso. Note-se, a este propósito, que na versão inglesa do artigo 15(1)(a) da Diretiva das Reorganizações, referem-se objetivos não só de evasão fiscal (tax evasion) mas também de elisão fiscal (tax avoidance). A versão alemã emprega termos de significado equivalente: *steuerhinterziehung* (fraude fiscal) e *steuerumgehung* (fraude à lei fiscal). A redação portuguesa da Diretiva refere-se à “*fraude e evasão fiscal*”. Estas diferenças de terminologia refletem as disparidades profundas quanto às reações dos distintos ordenamentos aos comportamentos de substituição dos contribuintes. A propósito destas disparidades, veja-se Félix Nogueira, “Abuso de Direito...”, cit. p. 233 e sgts.

<sup>122</sup> Van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 292, sustenta que a aplicação do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações não exige que da operação resulte, efectivamente, uma vantagem fiscal, mas apenas que a intenção tenha sido a obtenção dessa vantagem. Não nos parece que seja assim. Por um lado, é difícil conceber um caso em que se leve a cabo uma reorganização em busca de uma vantagem fiscal que não se materializa. Por outro lado, parece-nos praticamente impossível demonstrar a intenção de obter uma vantagem fiscal se essa vantagem nunca se materializar. Finalmente, como veremos em seguida, mais do que a obtenção de uma vantagem fiscal que resulta imediatamente da reorganização levada a cabo, o que os agentes buscam na reorganização abusiva é colocarem-se em posição de

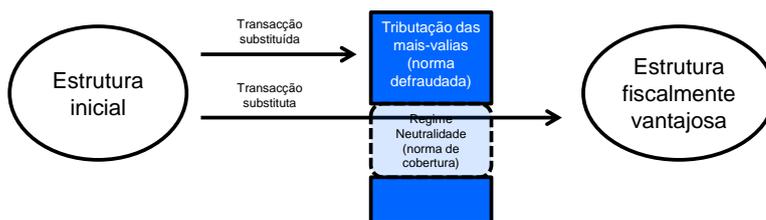
aparenta, a tarefa mais complexa no processo de aplicação da norma anti-abuso das reorganizações e aquela que mais confusão tem gerado.

É que, é fácil confundir as vantagens instrumentais concedidas pela Diretiva das Reorganizações, essencialmente o não reconhecimento das mais-valias realizadas na operação, com a utilização do regime de neutralidade fiscal para aproveitamento de vantagens fiscais. Como explicaremos já de seguida, em nossa opinião, o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal não pode ser considerado uma “vantagem fiscal” para efeitos de aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC. Esta conclusão é contra-intuitiva, mas, como veremos, é perfeitamente lógica<sup>123</sup>.

Para facilitar o entendimento desta questão, haverá que analisar as práticas abusivas de uma perspetiva mais teórica. Neste sentido, em teoria, as práticas abusivas exigem, além da presença de uma vantagem fiscal (que é o verdadeiro objetivo da operação), uma dualidade de normas jurídicas: uma, a norma defraudada, que dá origem a uma obrigação tributária; e outra, a norma de cobertura, que pode ser uma norma que estabelece uma menor tributação, uma isenção ou a ausência de uma norma de incidência numa determinada situação, à qual o agente económico acede através de um determinado comportamento de substituição.

No contexto do regime de neutralidade fiscal, as normas defraudadas são sempre as normas de incidência fiscal sobre ganhos realizados na transmissão onerosa de ativos. A tributação desses ganhos é o obstáculo que impede (ou dificulta) que o agente económico aceda às vantagens fiscais pretendidas. A norma de cobertura é a norma do regime de neutralidade fiscal que permite ao agente colocar-se na posição de poder beneficiar da vantagem fiscal pretendida, sem sofrer o impacto fiscal da norma defraudada.

Ou seja, os agentes adotam transações (substitutas), formalmente elegíveis para o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), com vista à obtenção de um objetivo (a vantagem fiscal) alheio ao propósito do regime, de forma a evitar a tributação incidente (norma defraudada) sobre a transação (substituída) que normalmente conduziria à realização desse objetivo. O diferimento da tributação ao abrigo da neutralidade fiscal não é o objetivo do agente (i.e. não é a vantagem fiscal pretendida), mas apenas o meio utilizado para evitar os obstáculos fiscais que o impedem de aceder a esse objectivo (i.e. às vantagens fiscais pretendidas). Esquemáticamente:



Este esquema pretende retratar a vontade do agente de alterar a estrutura inicial e atingir a estrutura fiscalmente mais vantajosa. A adoção da transação normal, a transação substituída, esbarra na tributação das mais-valias que seriam realizadas nessa hipótese, impedindo o agente de adotar a estrutura fiscalmente mais vantajosa. A adoção de uma transação substituta, utilizando a

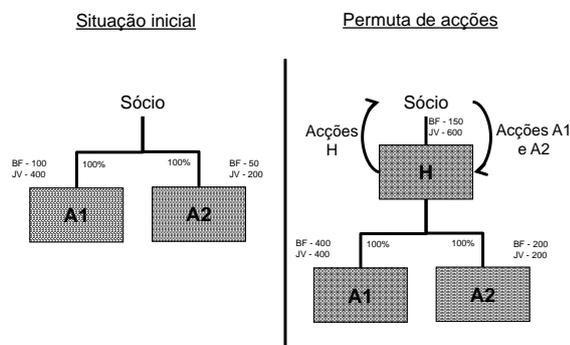
poderem vir a materializar essa vantagem fiscal no futuro (ou em passos subsequentes), seja porque lhes permite, por exemplo, compensar prejuízos fiscais ou vender participações num curto espaço de tempo após a operação.

<sup>123</sup> No decurso do caso *Zwijenburg* no supremo tribunal da Holanda, antes do seu envio ao TJUE, o advogado-geral Wattel propôs que fosse especificamente formulada ao TJUE a questão de saber se as vantagens instrumentais concedidas pela Diretiva das Reorganizações poderia ser uma vantagem fiscal para efeitos de aplicação da norma anti-abuso. Infelizmente, o supremo tribunal holandês optou por não a incluir no elenco de perguntas que enviou ao TJUE. Veja-se a este propósito van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 306.

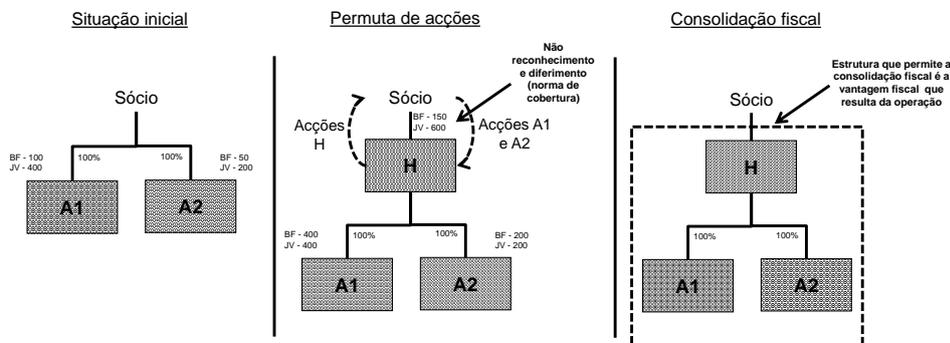
cobertura do regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), permite-lhe evitar o obstáculo da tributação das mais-valias (norma defraudada) e atingir o seu verdadeiro objetivo: a estrutura fiscalmente vantajosa (i.e. a vantagem fiscal).

Feito este enquadramento teórico, esta análise torna-se mais clara através de exemplos práticos. Assim, imaginemos uma situação em que um Sócio (pessoa singular) detém participações em duas sociedades (Sociedade A1 e Sociedade A2) e que, numa operação de permuta de participações realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, contribui estas duas sociedades para o capital de uma nova sociedade (Sociedade H). Suponhamos ainda que a Sociedade A1 tem prejuízos fiscais e a Sociedade A2 resultados positivos e que a operação realizada permite que os lucros de uma sociedade sejam compensados, para efeitos fiscais, com os prejuízos da outra (através de um mecanismo de consolidação fiscal). Este foi o caso analisado no Acórdão proferido pelo TJUE no processo C-28/95 (Acórdão *Leur-Bloem*).

Esquemáticamente:

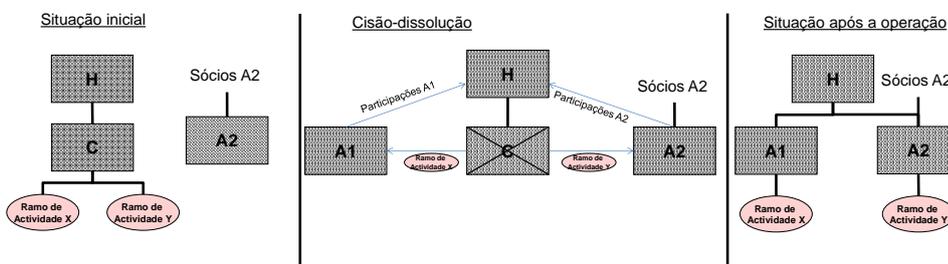


Analisando estes factos na perspetiva da vantagem fiscal visada, concluímos que, nesta operação, a vantagem fiscal pretendida pelo Sócio é a possibilidade que a estrutura final oferece de compensar os prejuízos através do mecanismo da consolidação fiscal. Para o efeito, o Sócio necessita transferir as ações das duas sociedades em que participa para uma nova sociedade. Esta transmissão tem, no entanto, um problema: é que a transmissão das referidas participações despoleta a realização de mais-valias tributáveis. Por essa razão, o Sócio organiza a operação de modo a que seja elegível para o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura) com o intuito de evitar a aplicação da norma que prevê a tributação das referidas mais-valias (norma defraudada). Esta substituição permite chegar à vantagem fiscal (a estrutura que permite a consolidação) sem sofrer o impacto da norma defraudada (a tributação das mais-valias). Esquemáticamente:



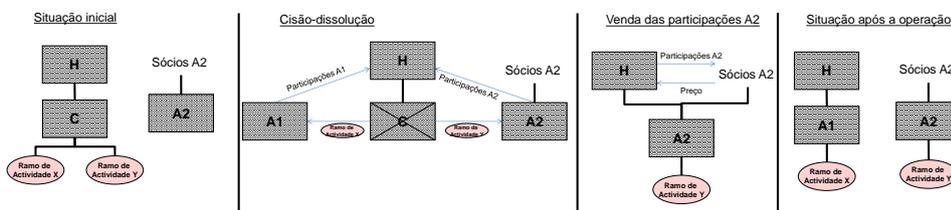
Visto nesta perspetiva, é evidente que a vantagem fiscal visada não é o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, mas sim a possibilidade de compensar os prejuízos fiscais que a estrutura final permite. Na verdade, nenhum agente económico realiza uma operação de reorganização empresarial só pelo facto de o poder fazer ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. É absurdo pensar, no exemplo acima descrito, que o Sócio realiza a permuta de partes sociais apenas porque o pode fazer sem tributação. Se fosse esse o motivo exclusivo, a operação nunca se realizaria. As operações de reorganização têm sempre uma motivação, algo que estimula os sócios a executá-la. Esse motivo, subjacente à decisão de reorganizar a empresa, é que poderá ser a obtenção de uma vantagem fiscal ou a obtenção de qualquer outro benefício económico.

Nem sempre a identificação da vantagem fiscal é tão fácil como no caso acima descrito. Veja-se o seguinte exemplo. A Sociedade C, que é detida a 100% pela Sociedade H, destaca os seus dois ramos de atividade (Ramo de Atividade X e Ramo de Atividade Y) para duas sociedades já existentes (Sociedade A1 e Sociedade A2), numa cisão-dissolução-fusão. Esquemáticamente:



Conforme é evidente, esta operação, assim descrita, não gera qualquer vantagem fiscal. A Sociedade H limita-se a separar os seus dois negócios, sendo que um deles passa a partilhar com novos sócios (Sócios A2). Para o efeito recebe títulos da Sociedade A2 que representam o valor dos ativos que contribuiu para a "joint-venture" com aqueles sócios. Logicamente, a operação está motivada por alguma razão, se não nunca teria sido realizada, mas não se pode afirmar que essa razão seja fiscal, uma vez que, apesar da transmissão dos ativos se realizar sem tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, não se vislumbra qualquer vantagem fiscal resultante desta operação. Nesta fase, é óbvio que a operação não se teria realizado só porque se pode beneficiar do regime de neutralidade fiscal. Assim sendo, a possibilidade de transmitir o ramo de atividade sem tributação não pode ser considerada uma vantagem fiscal relevante para efeitos de aplicação da norma anti-abuso.

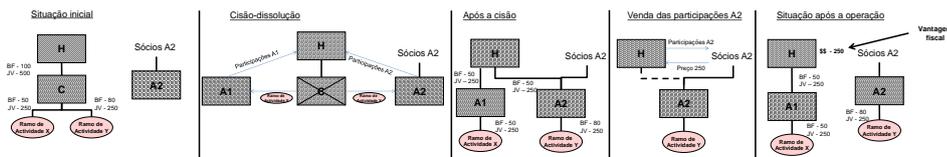
A situação poderá alterar-se, contudo, se imediatamente após a cisão, a Sociedade H vender as participações da Sociedade A2 aos outros sócios desta sociedade (i.e. aos Sócios A2). Esquemáticamente:



Veja-se como em resultado desta operação, no seu conjunto, o Ramo de Atividade Y é transmitido para a Sociedade A2 e o resultado da sua transmissão é apropriado diretamente pela Sociedade H.

Ainda assim, esta situação, por si só, não permite comprovar a existência de vantagens fiscais. A determinação dessas vantagens exige uma análise ainda mais detalhada da operação.

Suponhamos, agora, que a Sociedade C tem uma base externa de 100 e um justo valor de 500. Os seus ramos de atividade têm ambos o mesmo valor (250), sendo a base fiscal dos ativos do Ramo de Atividade X 50 e do Ramo de Atividade Y 80. Suponhamos também que os ganhos realizados na transmissão das participações na Sociedade A2 beneficiam da *participation exemption*. Esquematicamente:



Dados estes pressupostos, é evidente que a operação em causa dá origem a uma vantagem fiscal, já que permite à Sociedade H transmitir o valor do Ramo de Atividade Y aos Sócios A2 sem qualquer tributação, o que não sucederia se, em vez da operação realizada, a Sociedade C tivesse vendido o Ramo de Atividade à Sociedade A2 (neste caso as mais-valias realizadas pela Sociedade C seriam tributadas) e, posteriormente, distribuisse o lucro dessa transmissão à Sociedade H via dividendos (que estariam isentos ao abrigo da *participation exemption*).

Note-se como, à primeira vista, poderíamos ser levados a considerar que a vantagem fiscal resultante desta operação é a possibilidade de, por efeito do diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, se transmitir o Ramo de Atividade Y sem tributação e que, portanto, a vantagem fiscal relevante surge na esfera da Sociedade C (é esta que realiza a mais-valia e que beneficia do não reconhecimento dos ganhos).

No entanto, parece-nos que a determinação da vantagem fiscal, neste caso, não é tão evidente e carece de uma análise mais detalhada. É que, numa análise mais profunda, conclui-se que o diferimento da tributação não é a vantagem fiscal relevante subjacente à operação, mas sim a forma de, sem tributação, a Sociedade H se colocar em condições de transmitir a participação (indireta) no Ramo de Atividade Y para a esfera patrimonial dos Sócios A2 sem sofrer qualquer tributação (direta ou indiretamente). Na verdade, conforme vimos anteriormente, a permuta de partes sociais, sem a posterior venda das participações da Sociedade A2, não dá origem a qualquer vantagem fiscal. Seria contraditório, portanto, afirmar que a vantagem fiscal é o diferimento da tributação na transmissão do Ramo de Atividade Y para Sociedade A2.

A razão pela qual a identificação da vantagem fiscal não é tão evidente neste caso deve-se ao facto da estratégia para a sua obtenção depender da atuação concertada de diversas entidades, não de apenas uma (como no caso da permuta de partes sociais anteriormente exemplificado), e do facto de todos os passos da transação serem interdependentes. Por isso, a operação não pode ser considerada apenas ao nível da transmissão realizada ao abrigo da neutralidade fiscal, mas sim no seu conjunto<sup>124</sup>. Nem tão-pouco pode ser analisada como se a Sociedade H e a Sociedade C

<sup>124</sup> Os tribunais norte-americanos desenvolveram a doutrina da *step-transaction* que permite, justamente, analisar as reorganizações neste prisma global. De acordo com esta doutrina, devem ignorar-se, para efeitos de aplicação das regras tributárias, todas as etapas intermédias de uma operação integrada, que quando analisadas individualmente carecem de substância. Ou seja, o enquadramento fiscal deve ter por base a transação como um todo, desconsiderando-se todas as transações intermédias, não substantivas, realizadas apenas para atingir o resultado final. Os tribunais norte-americanos geralmente enunciam três testes básicos para aplicação da referida doutrina: (i) o teste de interdependência; (ii) o teste de resultado final; e (iii) o teste de compromisso obrigatório (*binding commitment*). Esta doutrina foi adotada pela primeira vez em Portugal no acórdão proferido no processo n.º 04255/10, do TCA Sul, no qual o tribunal considerou que na situação *sub judice* se estava perante um conjunto complexo de atos que formavam uma unidade, o que permitiu aplicar a doutrina da *step transaction* e dar razão à Administração Tributária no sentido de que não se verificava a caducidade do direito a

atuassem de forma totalmente independente, porque na realidade não atuam dessa forma<sup>125</sup>. E não o fazem porque são partes do mesmo conjunto económico e estão sujeitas ao controlo das mesmas pessoas (os sócios no topo da estrutura societária)<sup>126</sup>.

Assim sendo, concluímos que a operação deverá ser analisada na sua globalidade, ou seja, considerando todos os passos interdependentes realizados (ao abrigo da doutrina do *step-transaction*) e analisando as vantagens fiscais obtidas a nível do grupo de sociedades reorganizado (e em última análise dos sócios, os verdadeiros detentores das sociedades intervenientes na operação), e não apenas ao nível das sociedades individualmente consideradas.

No que se refere a este segundo aspeto, i.e. na perspetiva dos sócios, é fácil observar que, até ao momento da venda das ações da Sociedade A2 pela Sociedade H, não ocorre qualquer verdadeira transmissão dos ativos “reorganizados”. Até lá, os detentores da Sociedade H mantêm o interesse económico nos ativos cindidos. Até esse ponto, portanto, não há qualquer vantagem fiscal que possa ter motivado a transação. Se apenas a cisão-fusão ocorresse, sem a posterior venda das ações de uma das sociedades beneficiárias, teríamos que concluir que a operação não geraria qualquer vantagem fiscal. Prova disso é a evidência, anteriormente discutida, de que a Sociedade H não a realizaria com base no mero facto de ela ser elegível para o regime de neutralidade fiscal. Por isso, haverá que concluir que a vantagem fiscal relevante para efeitos de aplicação da norma anti-abuso não é o diferimento da tributação ao abrigo da neutralidade fiscal, mas sim a possibilidade da Sociedade H poder transmitir esse património sem tributação. Ou seja, a reorganização neutral permitiu atingir uma estrutura que, por seu turno, permitiu à Sociedade H transmitir o valor respeitante ao Ramo de Atividade Y sem tributação.

Esta evidente vantagem fiscal na esfera da Sociedade H contrasta com a ausência de vantagens fiscais (ou económicas) na esfera das sociedades reorganizadas. Por um lado, a Sociedade C, individualmente considerada, não obtém qualquer vantagem (fiscal ou económica) na operação, uma vez que se extingue como efeito imediato da operação<sup>127</sup>. Também a Sociedade A2 não obtém qualquer vantagem fiscal na operação. Bem pelo contrário, a aquisição dos ativos numa operação neutral resulta numa desvantagem fiscal para a Sociedade A2, já que adquire os ativos cindidos com base fiscal substituída, apesar de por eles ter pago o seu justo valor<sup>128</sup>.

Ou seja, também neste exemplo concluímos que o não reconhecimento dos ganhos ao abrigo do regime de neutralidade fiscal é o mecanismo (norma de cobertura) que permite à Sociedade H colocar-se em posição de, evitando as regras de tributação das mais-valias sobre a transmissão de

---

liquidar impostos, porque a contagem desse prazo se deveria fazer apenas desde o momento em que todos os atos interdependentes estivessem concluídos.

<sup>125</sup> No decurso do caso *Zwijenburg* no supremo tribunal da Holanda, antes do seu envio ao TJUE, o advogado-geral Wattel propôs que fosse formulada ao TJUE a questão relativa a se a motivação dos sócios, não das sociedades reorganizadas, deveria ser considerada para efeitos da aplicação da norma anti-abuso. Infelizmente, o supremo tribunal optou por não a incluir no elenco de perguntas que enviou ao TJUE. Veja-se a este propósito van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 306.

<sup>126</sup> Esta conclusão está em linha com a análise do TJUE no Acórdão proferido no processo C-126/10 (Acórdão *Foggia*). Nesse caso, a propósito da análise sobre a presença de razões económicas válidas na fusão realizada, o TJUE adotou a perspetiva do grupo de empresas ao qual as sociedades reorganizadas pertenciam. Em particular, veja-se a referência, nos parágrafos 47 e 48 do referido acórdão, ao “grupo em causa” e à “estrutura do grupo”. Veja-se a este propósito também a discussão sobre a natureza artificial das entidades jurídicas (cf. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**) e os efeitos que o seu reconhecimento provoca no sistema de tributação do rendimento (cf. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** supra). Concluímos, nessas secções, que as sociedades são entes artificiais e que cumprem uma função meramente instrumental.

<sup>127</sup> Ainda que a operação se estruturasse através de uma cisão simples, com o destaque apenas do Ramo de Atividade Y (sobrevivendo a Sociedade C com o Ramo de Atividade X), numa perspetiva individual, ainda assim se poderia argumentar que a Sociedade C não teria qualquer vantagem na operação, uma vez que sofreria uma amputação patrimonial (i.e. sem qualquer contrapartida pela transmissão do Ramo de Atividade Y) em tudo contrária ao seu interesse económico (egoisticamente considerado).

<sup>128</sup> Numa operação entre entidades não relacionadas, o normal seria que a Sociedade A2 exigisse partilhar a vantagem fiscal da Sociedade H (e a sua desvantagem fiscal), negociando, para o efeito, uma redução do preço de aquisição. Também este aspeto deixa em evidência que a vantagem fiscal surge ao nível da mais-valia realizada pela Sociedade H e não ao nível da Sociedade C.

ativos (norma defraudada), realizar a transmissão do valor relativo ao seu investimento no Ramo de Atividade Y sem tributação (vantagem fiscal visada)<sup>129</sup>.

Para um último exemplo, recorramos a outra situação analisada pelo TJUE (no Processo C-352/08 - Acórdão *Zwijnenburg*). Neste caso, a sociedade holandesa *Zwijnenburg BV* explorava uma loja que funcionava em dois imóveis, um detido pela própria sociedade e outro detido por uma sociedade (*Beheer BV*), que era propriedade dos pais do dono da *Zwijnenburg BV*. A intenção original das partes, com vista a preparar a sucessão dos pais, era consolidar o negócio e os imóveis da família na sociedade detida pelo filho, pelo que, de acordo com o plano inicialmente traçado, os pais transmitiriam as ações da *Beheer BV* à *Zwijnenburg BV*. Sucede, porém, que esta transmissão estava sujeita a imposto sobre as transmissões de imóveis (porque a maioria dos ativos da *Beheer BV* eram bens imobiliários). Para evitar este imposto, foi decidido que antes da transmissão das ações dos pais à *Zwijnenburg BV*, esta transmitiria o seu negócio à *Beheer BV*, numa operação de entrada de ativos realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. Apenas após esta transmissão é que os pais transfeririam as suas ações da *Beheer BV* à *Zwijnenburg BV*. Note-se que nesse momento a transmissão das ações da *Beheer BV* já não estava sujeita ao imposto sobre a transmissão dos imóveis porque, com a aquisição do negócio da *Zwijnenburg BV*, o ativo da *Beheer BV* deixou de consistir maioritariamente em bens imobiliários imóveis.

Neste caso, portanto, a *Beheer BV* adquiriria, num primeiro momento, o negócio da *Zwijnenburg BV* para, num segundo momento, os pais poderem transmitir a *Beheer BV* à *Zwijnenburg BV* sem imposto sobre as transmissões de imóveis. Porque esta estratégia esbarrava num obstáculo (a tributação das mais-valias realizadas na venda do negócio da *Zwijnenburg BV* à *Beheer BV*), os agentes adotaram uma transação substituta (a entrada de ativos), formalmente elegível para o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), de forma a evitar a tributação incidente (norma defraudada) sobre a transação substituída (neste caso a norma que tributaria as mais-valias realizadas na venda do negócio da *Zwijnenburg BV* à *Beheer BV*).

Note-se como também aqui o diferimento da tributação ao abrigo da neutralidade fiscal não é o objetivo do agente (i.e. não é a vantagem fiscal pretendida e que desencadeou a operação realizada). Aquilo que motivou a operação foi a possibilidade de, uma vez concluída a entrada de ativos neutral, ser possível transmitir as ações da *Beheer BV* à *Zwijnenburg BV* sem tributação indireta. A utilização do regime de neutralidade fiscal (a norma de cobertura) destinou-se apenas a defraudar as regras que tributariam as mais-valias da *Zwijnenburg BV*.

### ***Exclusão das vantagens fiscais que não se refiram a impostos abrangidos pela Diretiva das Reorganizações***

Além dos aspetos acima descritos, a decisão no Acórdão *Zwijnenburg* trás ainda à colação uma questão de extrema importância e que consiste em determinar se todas as operações de elisão fiscal estão sujeitas à norma anti-abuso das reorganizações ou se, pelo contrário, esta norma se aplica

---

<sup>129</sup>129 Há um caso de abuso em que a vantagem fiscal visada resulta diretamente de uma ineficiência no regime de neutralidade fiscal. O exemplo paradigmático é o efeito de *step-up* da base fiscal externa das participações da sociedade adquirente nas permutas de partes sociais. Este efeito permite que os sócios nestas operações alienem de imediato as participações da sociedade adquirente, sem que realizem qualquer ganho. Neste caso, portanto, a vantagem fiscal visada pelos sócios na permuta de partes sociais neutral é o efeito de *step-up* na aquisição de ativos, que resulta da mecânica normal dos impostos sobre o rendimento. A norma defraudada é a regra de tributação das mais-valias que resultariam da venda direta das participações da sociedade adquirida e a norma de cobertura é o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. A possibilidade dos sócios transmitirem as participações da sociedade adquirente imediatamente após a operação, sem realizar qualquer ganho, preocupou os Estados-membros desde os primórdios do regime de neutralidade fiscal. Os Estados-membros discutiram, inicialmente, duas alternativas para resolverem este problema: (i) não admitir o *step-up* da base fiscal externa das participações da sociedade adquirente; ou (ii) impor um limite temporal para a transmissão destas participações. No final, optou-se por não consagrar nenhuma das alternativas na Diretiva, mas sim introduzir a norma anti-abuso agora prevista no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva das Reorganizações.

apenas às operações que visem vantagens fiscais em sede dos impostos sobre o rendimento cobertos pela Diretiva das Reorganizações.

Nem o CIRC nem a Diretiva das Reorganizações contêm uma resposta clara a esta questão. Esta questão foi expressamente analisada no Acórdão *Zwijnenburg*, tendo o TJUE decidido que *“apenas os impostos expressamente visados na Diretiva 90/434 podem beneficiar de regimes de favor instituídos por esta e são, por conseguinte, passíveis de cair no âmbito de aplicação da exceção prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da mesma diretiva”* (cf. parágrafo 50), e que *“não há nenhum indício na referida diretiva que permita concluir que ela tenha pretendido alargar a outros impostos o benefício dos regimes de favor, como aquele em causa no processo principal, que constitui um direito a cobrar no caso de aquisição de um imóvel situado no Estado-Membro em causa”* (cf. parágrafo 52), concluído que *“nestas condições, o benefício dos regimes de favor instituídos pela Diretiva 90/434 não pode ser recusado, nos termos do seu artigo 11.º, n.º 1, alínea a), para compensar o não pagamento de um imposto, como o que está em causa no processo principal, cuja matéria coletável e a taxa diferem necessariamente das aplicáveis às fusões de sociedades e às outras operações de reorganização a elas referentes”* (cf. parágrafo 54).

Os termos nos quais o TJUE se pronunciou não dão lugar a qualquer dúvida, pelo que o n.º 10 do art.º 73.º do CIRC deve ser interpretado no sentido de que o regime de neutralidade não pode ser recusado ao sujeito passivo que gizou uma construção jurídica com o intuito exclusivo de evitar impostos que não sejam os impostos sobre o rendimento previstos no regime de neutralidade fiscal (em Portugal, o IRS e o IRC).

No entanto, não podemos deixar de estar em total desacordo com esta interpretação<sup>130</sup>. Na verdade, parece-nos que o conceito de elisão fiscal, consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 15º da Diretiva, não se pode circunscrever aos impostos cobertos pela Diretiva. É que, como vimos, não sendo o diferimento da tributação, em si, a vantagem fiscal visada pelos agentes, mas sim o meio (norma de cobertura) que lhes permite aceder às vantagens fiscais visadas, não encontramos motivo para limitar o âmbito da norma anti-abuso apenas aos impostos previstos nessa norma de cobertura<sup>131</sup>.

O TJUE parece ter confundido, nesta decisão, a norma defraudada com a vantagem fiscal pretendida. É que, se é certo que a norma anti-abuso só produz efeitos úteis quando a norma defraudada é uma regra de imposto sobre o rendimento<sup>132</sup>, nada impede que os agentes económicos utilizem o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura) para afastar normas de

<sup>130</sup> Em sentido diametralmente oposto ao nosso entendimento veja-se, por exemplo, Calderón Carrero, “La Vuelta...”, cit. p. 67; van den Broek, “Cross-border...”, cit.

<sup>131</sup> Tem sentido limitar a cláusula anti-abuso das reorganizações aos casos em que a norma defraudada é um dos impostos cobertos pela Directiva. Aliás, considerando os benefícios concedidos na Directiva, será sempre esse o caso. Ou seja, o regime de diferimento da tributação previsto na Directiva será sempre usado como norma de cobertura para defraudar as normas que tributam as mais-valias no ordenamento interno dos Estados-membros. Se assim não fosse, seria inútil retirar a uma determinada operação os benefícios do diferimento da tributação. Parece-nos, no entanto, que o TJUE terá confundido a vantagem fiscal com a norma defraudada, considerado (no Acórdão *Zwijnenburg*) que a norma defraudada foi a norma de incidência do imposto sobre a transmissão dos imóveis, o que, como explicámos acima, não nos parece acertado. Pelo contrário, parece-nos que as normas defraudadas foram aquelas que tributam as mais-valias e que eram o obstáculo que impedia que os agentes se colocassem numa posição em que pudessem beneficiar da vantagem fiscal visada (a não tributação da venda das acções em sede de imposto sobre a transmissão dos imóveis). Poderá ter ajudado à confusão do TJUE o facto de também o regime de tributação da transmissão dos imóveis ter sido defraudado nesta operação. É que, a própria transmissão do negócio (por venda, fusão ou qualquer outro meio) com o único intuito de evitar aquela tributação é defraudatória. Porém, esta fraude à lei ocorre no momento em que se decide transmitir o negócio de uma sociedade à outra, independentemente da forma em que ocorre. O abuso ao regime de neutralidade fiscal, neste caso, está a jusante dessa primeira fraude à lei, ocorrendo quando, uma vez tomada a decisão de transmitir o negócio para defraudar o regime de tributação da transmissão de imóveis, se opta por utilizar o regime de neutralidade fiscal para evitar a tributação sobre as mais-valias realizadas nessa transmissão do negócio.

<sup>132</sup> Só nestes casos é que a norma anti-abuso produz efeitos úteis, já que a consequência da sua aplicação é a anulação dos efeitos do diferimento da tributação. Se os agentes não tiverem utilizado a cobertura do regime de neutralidade fiscal para defraudar normas de imposto sobre o rendimento, a reposição do regime geral de tributação será inútil.

tributação sobre o rendimento (norma defraudada) com o objetivo de lograr vantagens fiscais em sede de outros impostos.

Parece-nos que o objetivo da norma anti-abuso é evitar a utilização do regime de neutralidade fiscal com o fim exclusivo (ou principal) de obtenção de vantagens fiscais, sejam elas quais forem, e portanto utilizar a Diretiva de forma imprópria (sem qualquer adesão aos seus fins, que são eliminar os obstáculos fiscais à realização de reorganizações “contínuas” e “eficientes”). Na perspetiva dos Estados que abdicam de receita fiscal em nome da eficiência económica, a reorganização realizada com a intenção exclusiva de consolidar prejuízos fiscais é tão censurável quanto a intenção de evitar o pagamento de IMT (como no *Acórdão Zwijnenburg*).

No entanto, essa não foi a posição adotada pelo TJUE. Assim, em conclusão, a operação só será abusiva, nos termos definidos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, se existir uma vantagem fiscal em sede dos impostos sobre o rendimento previstos na Diretiva das Reorganizações. A ausência de uma tal vantagem fiscal implica que a operação não pode ser considerada, nesses termos, artificial e, conseqüentemente, não lhe poderá ser negada a aplicação do regime de neutralidade fiscal<sup>133</sup>.

#### **4.5.1.2.2. A intenção primordial da operação é a obtenção dessas vantagens fiscais**

A artificialidade da operação depende também de que a sua principal motivação tenha sido a obtenção das vantagens fiscais anteriormente referidas. Por esta razão, nos termos do n.º 10 do art.º 73.º do CIRC, apenas estão abrangidas pela norma anti-abuso aquelas operações que “*tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal*”, i.e. aquelas operações que não possam ser justificadas senão pelo facto de darem origem à vantagem fiscal obtida.

Note-se que a demonstração da motivação subjacente à operação, para estes efeitos, não exige que seja feita prova da intenção subjetiva dos agentes económicos. De acordo com o TJUE, a análise deve ter em consideração o objetivo essencial da operação, conforme resulte aparente da análise objetiva dos resultados produzidos<sup>134</sup>. A motivação deve ser, portanto, objetivamente determinada. Para o efeito, é essencial averiguar da presença, ou da ausência, de uma justificação económica para além da obtenção das vantagens fiscais obtidas<sup>135</sup>. Ou seja, a motivação deve ser estabelecida *a contrario*. Na presença de uma vantagem fiscal e na ausência de outra motivação, conclui-se que a motivação é fiscal.

Por exemplo, uma reestruturação societária em resultado da qual se obtém uma nova estrutura jurídica que permite a consolidação fiscal, mas que é comparativamente menos eficiente, do ponto de vista económico, do que a estrutura original, apenas se justifica na exata medida em que a vantagem (poupança) fiscal inerente à possibilidade de compensação dos prejuízos fiscais exceda as ineficiências (os custos acrescidos ou a diminuição dos rendimentos) da nova estrutura jurídica<sup>136</sup>. Neste cenário, na ausência de qualquer outra justificação económica, é indiscutível que a operação foi essencialmente motivada pela obtenção de uma vantagem fiscal. É que, num mundo sem impostos, essa operação nunca seria realizada.

Porém, refira-se que não é necessário que a motivação seja exclusivamente fiscal para que a operação possa ser considerada artificial, bastando que a obtenção de vantagens fiscais tenha sido a razão preponderante<sup>137</sup>. Esta é também a opinião da AT, que entende que “*a exigência legal de que*

<sup>133</sup> Questão curiosa é saber se esta operação, estando fora do âmbito da norma anti-abuso das reorganizações, pode ser “atacada” ao abrigo da cláusula geral anti-abuso do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

<sup>134</sup> Cf. Parágrafos 75 e 86 do Acórdão *Halifax*.

<sup>135</sup> Vogenauer, “The Prohibition...”, cit., p. 539

<sup>136</sup> Bem como os custos de transação e todas as demais fricções à adoção de comportamentos de substituição.

<sup>137</sup> Cf. parágrafo 33 do Acórdão *Foggia*.

*a fusão tenha por motivação razões económicas válidas dirige-se, na sua essência, a excluir do regime as operações que visem apenas, ou principalmente, conseguir uma vantagem fiscal*<sup>138</sup> (sublinhado nosso).

Nos casos em que, na mesma operação, concorrem vantagens fiscais e outras vantagens económicas, a análise da motivação essencial é muito mais complexa. É que, o peso das vantagens não fiscais pode variar entre algo absolutamente residual, que não justificaria, por si, a realização da operação, até vantagens que, não tendo sido a razão principal, poderiam ainda assim justificar a realização da operação (sem a presença da vantagem fiscal, i.e. num mundo sem impostos).

O TJUE abordou esta questão no Acórdão *Foggia*, a propósito da fusão por incorporação de uma sociedade gestora de participações sociais, com avultados prejuízos fiscais mas já sem qualquer atividade efetiva, noutra sociedade gestora de participações sociais. No referido acórdão, o TJUE pronunciou-se no sentido de que *“nada obsta, em princípio, a que uma operação de fusão que proceda a uma reestruturação ou a uma racionalização de um grupo e que permita reduzir os seus encargos administrativos e de gestão possa prosseguir razões económicas válidas. Contudo, não será esse o caso de uma operação de incorporação, como a que está em causa no processo principal, da qual parece resultar que, atendendo à dimensão do benefício fiscal esperado, isto é, mais de 2 milhões de euros, a economia feita pelo grupo em causa, em termos de estrutura de custos, é perfeitamente marginal”* (cf. parágrafo 47).

Ou seja, o TJUE, perante a ausência de qualquer vantagem económica, para além de meros efeitos incidentais<sup>139</sup> e marginais<sup>140</sup> da operação, conclui que os motivos essenciais da operação são essencialmente fiscais e que, por esse motivo e nesse sentido, a operação é artificial.

Neste caso, porém, estávamos numa situação em que não só o peso das vantagens fiscais era incomparavelmente superior aos ganhos de eficiência obtidos, como estes foram inclusivamente considerados como “perfeitamente marginais”. Não resulta claro desta decisão, por esse motivo, qual será o critério a aplicar em situações em que as vantagens não fiscais, não sendo preponderantes (porque são claramente inferiores às vantagens fiscais obtidas), justificariam, ainda assim e por si só, a realização da operação. Será que as vantagens não fiscais só serão desconsideradas enquanto elemento motivacional quando sejam “perfeitamente marginais”? Ou será que o TJUE propõe a aplicação de um teste de ponderação quantitativo e qualitativo de motivos fiscais e não fiscais, numa base essencialmente casuística? Se foi esta a intenção do TJUE, parece-nos que a aplicação da norma anti-abuso se tornou extremamente complexa (pela sua subjetividade) e que poderá ter um impacto fortemente negativo na utilização do regime de neutralidade fiscal (pela sua falta de previsibilidade)<sup>141</sup>.

#### **4.5.1.3. Violação da intenção normativa subjacente ao regime de neutralidade fiscal**

<sup>138</sup> Cf. Despacho n.º 3137/2003, de 18 de Dezembro.

<sup>139</sup> A este propósito o TJUE chama a atenção para o facto de que *“a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo”* (cf. parágrafo 48 do Acórdão *Foggia*).

<sup>140</sup> Nomeadamente as poupanças relativas a custos de estrutura, conforme indica o TJUE no parágrafo 47 do Acórdão *Foggia*.

<sup>141</sup> Conforme aponta Calderón Carrero, “La Vuelta...”, cit. P. 63, se bem que o autor acaba por concluir que o acórdão *Foggia* SGPS alinha a aplicação do teste de razões económicas válidas com a linha jurisprudencial geral sobre proibição de abuso, não exigindo o referido teste de motivos, mas apenas deixando claro que quando os motivos não fiscais sejam claramente marginais face às vantagens fiscais obtidas, se deverá aplicar a presunção prevista na norma anti-abuso (veremos, em seguida, que em Portugal a presunção a que se refere o autor não é aplicável).

O terceiro elemento das reorganizações abusivas, neste contexto específico, é a incompatibilidade do resultado obtido (i.e. a aplicação do mecanismo do diferimento da tributação à operação realizada) com o propósito e os princípios subjacentes ao regime de neutralidade fiscal<sup>142</sup>.

O juízo quanto à violação da intenção normativa do regime implica uma análise prévia dessa intenção normativa. Assim, cabe recordar que o regime de neutralidade fiscal foi consagrado porque os Estados-membros reconhecem que a busca da máxima eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal superior aos seus interesses creditícios (fiscais)<sup>143</sup>, e que, por essa razão, mas só por essa, aceitam o diferimento da tributação para que o imposto sobre o rendimento não constitua um entrave às operações que visem essa **eficiência**. Cabe notar também que apenas estão abrangidas pelo regime as reorganizações que não impliquem qualquer descontinuidade no investimento e da empresa, i.e. aquelas operações que se encontram na fronteira da realização (**continuidade**)<sup>144</sup>.

Estas duas características (**eficiência** e **continuidade**) têm que estar presentes na estrutura resultante da reorganização, sob pena de se concluir que o regime de neutralidade foi utilizado para um fim estranho ao seu propósito, ou seja, que foi violado o seu propósito normativo.

Quanto à **primeira característica**, é evidente que a abdicação de receita fiscal pelo Estado apenas se justifica quando as reestruturações ou reorganizações empresariais em causa resultem na adoção de estruturas mais eficientes. É óbvio, portanto, que o regime é aplicado para outro propósito quando se conclua que a estrutura visada na reorganização, do ponto de vista empresarial, não apresenta, e razoavelmente nunca poderia apresentar, qualquer vantagem económica.

Pelo contrário, ainda que a operação seja motivada essencialmente por razões fiscais, em teoria, o propósito normativo do regime de neutralidade fiscal não será violado se a estrutura resultante da reorganização for mais eficiente que a estrutura pré-reorganização, uma vez que essa operação permite atingir os ganhos de eficiência pretendidos pelos Estados-membros<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Conforme refere Casalta Nabais, “Direito...”, cit., p. 227, do princípio do Estado fiscal deriva a liberdade de as empresas escolherem as formas de atuação menos onerosas possíveis do ponto de vista fiscal, podendo mesmo praticar atos ou celebrar contratos com o único intuito de reduzir ou eliminar impostos, conquanto que esta opção não seja veiculada através da utilização de meios ou instrumentos inadequados ao objetivo ou objetivos económicos pretendidos. Neste sentido é particularmente interessante o Acórdão proferido no processo C-196/04 (Acórdão *Cadbury*). Nesse caso, uma sociedade residente num Estado-membro constituiu e dotou de capitais sociedades noutro Estado-membro com o **único objetivo** de beneficiar do regime fiscal mais favorável em vigor neste último Estado. Após concluir que a *ratio legis* da liberdade de estabelecimento é permitir que um nacional comunitário participe, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela retire benefício, o TJUE concluiu que, no caso analisado, independentemente da demonstração da intenção predominante de obter uma vantagem fiscal, o propósito normativo da liberdade de estabelecimento não tinha sido violado, porque efetivamente a entidade em causa se instalou no Estado-membro de destino e, como tal, utilizou a liberdade de estabelecimento para os fins para os quais esta foi criada. A aplicação desta lógica no contexto do regime de neutralidade fiscal não é tão evidente. É que, ao contrário do que sucede neste regime, o exercício da liberdade de estabelecimento não é incompatível com uma motivação exclusivamente fiscal. Ou seja, um nacional de um Estado-membro pode decidir instalar-se noutro Estado-membro com a única e exclusiva intenção de beneficiar do seu regime fiscal. Instalando-se, de facto, fica satisfeita a intenção normativa da liberdade de estabelecimento, sendo irrelevante a motivação subjacente. Pelo contrário, o regime de neutralidade fiscal, tendo subjacente a intenção de facilitar a obtenção de eficiências organizacionais a nível das empresas, é incompatível com uma motivação exclusivamente fiscal, i.e. com um resultado em que não surjam quaisquer outras vantagens económicas.

<sup>143</sup> Essa hierarquia de valores encontra-se expressa no ponto 11. do preâmbulo do CIRC, onde se estabelece que a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial não devem ser dificultados, mas antes incentivados, e que serão criadas condições para que aquelas operações não encontrem qualquer obstáculo fiscal à sua efetivação, desde que, pela forma como se processam, esteja garantido que apenas visam um adequado redimensionamento das unidades económicas. Encontramos esse mesmo reconhecimento no preâmbulo da Diretiva das Reorganizações, em particular no esclarecimento de que o principal objetivo do regime de neutralidade aí consagrado é a eliminação dos obstáculos fiscais às reorganizações empresariais, permitindo, dessa forma, que as empresas: “*se adaptem às exigências do mercado comum; aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional*”.

<sup>144</sup> O artigo 73.º do CIRC, sob a epígrafe “definições e âmbito de aplicação”, tipifica as operações societárias que podem beneficiar do regime de neutralidade fiscal. Existe uma característica comum a estes negócios jurídicos: em todos eles, a contrapartida pela transmissão dos ativos recebida pela sociedade transmitente, ou pelos seus sócios, consiste (quase) exclusivamente em participações sociais da adquirente. Esta característica implica que, em todas essas operações (exceto em alguns casos de cisão-dissolução), a sociedade transmitente, ou os seus sócios, mantêm um interesse económico nos ativos transmitidos (continuidade do interesse).

<sup>145</sup> A este propósito, van den Broek, “Cross-border...”, cit., p. 294 apresenta um exemplo de uma situação em que, na opinião desse autor, o propósito normativo não é violado, mas com o qual não estamos de acordo. Na opinião do referido autor, a transferência da sede social,

Esta conclusão leva-nos, contudo, a um problema semelhante ao que analisámos na secção anterior, se bem que, agora, não na perspetiva da motivação essencial do agente económico, mas sim na perspetiva dos Estados-membros e em que medida é que estes pretenderam, através da adoção do regime de neutralidade fiscal, permitir que os agentes económicos obtivessem, numa dada operação, uma vantagem fiscal avultada mas ganhos de eficiência reduzidos.

A resposta a este dilema é óbvia nos casos extremos, como aquele analisado no Acórdão *Foggia*. A solução aí preconizada, i.e. de que ganhos “perfeitamente marginais” são irrelevantes, também aqui pode ser aplicada. É evidente que o regime de neutralidade fiscal não visa a obtenção de ganhos “perfeitamente marginais” às custas de perdas significativas de receitas fiscais. A questão é que parece ser possível, nos casos de fronteira, que uma operação seja motivada essencialmente por razões fiscais, sobretudo se a vantagem fiscal for muito superior às demais vantagens económicas, mas ainda assim gerar ganhos de eficiência que, por si só, justificariam a realização da operação. Está por ver, tal como para efeitos da determinação da motivação essencial, qual é o caminho que seguirá o TJUE nestes casos, i.e. se descurará apenas os ganhos marginais, ou se irá aplicar um teste de ponderação entre a perda de receita fiscal dos estados e os ganhos de eficiência obtidos pelos contribuintes.

Quanto à **segunda característica**, é evidente (na Diretiva das Reorganizações e no CIRC) a intenção de restringir a aplicação do regime aos ganhos realizados num conjunto de operações que, pelas suas características típicas, consistem na realocação de ativos ou combinação de negócios que não implicam um efetivo desinvestimento nem a desagregação da empresa. Nesta medida, a continuidade do investimento e da empresa é uma característica essencial de qualquer operação elegível para o regime de neutralidade fiscal, pelo que, na sua ausência, se deverá concluir que a operação realizada viola o propósito normativo do regime.

Estaremos, nesses casos, perante uma evidente criação artificial de condições para aplicação do regime de neutralidade fiscal. Este será o caso, por exemplo, de uma permuta de participações em que, imediatamente após a operação, os sócios da sociedade adquirida transmitem as participações da sociedade adquirente. É óbvio que a operação de permuta cumpre os requisitos formais para aplicação do regime de neutralidade fiscal, porém, analisado o negócio numa perspetiva global<sup>146</sup>, poder-se-á chegar à conclusão de que foi desrespeitada a continuidade do interesse dos sócios da sociedade adquirida e que, nessa medida, a reorganização viola o propósito normativo do regime de neutralidade fiscal. Podemos concluir, portanto, que a transação verdadeiramente pretendida pelas partes foi “transformada” temporariamente em permuta de partes sociais de forma a poder beneficiar de um regime que não lhe era aplicável.

#### **4.5.2. Índícios de abuso previstos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC**

Além dos três elementos essenciais acima descritos, o n.º 10 do artigo 73.º descreve ainda duas situações nas quais se deve considerar existirem fortes indícios de abuso, “*nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos*”

---

ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, de um Estado-membro para outro Estado-membro, com o único propósito de beneficiar de uma menor taxa de imposto, não é abusiva porque “*the company simply exercises its right of establishment*”. Parece-nos que o autor confunde o propósito normativo da Diretiva das Reorganizações com o propósito normativo da liberdade de estabelecimento. A Diretiva das Reorganizações não foi implementada para facilitar a liberdade de estabelecimento, mas sim para criar estruturas mais eficientes. Se a redomiciliação não for mais eficiente, e se concluir que apenas visou uma menor tributação, parece-nos que o regime de neutralidade fiscal foi utilizado em violação da sua intenção normativa.

<sup>146</sup> Por exemplo ao abrigo da doutrina de *step transaction*, acima descrita e já acolhida pelos tribunais portugueses.

ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas”<sup>147</sup>.

#### 4.5.2.1. Natureza jurídica das circunstâncias descritas na norma anti-abuso

As implicações legais da verificação de qualquer uma das duas circunstâncias definidas na norma anti-abuso não são claras, existindo certa controvérsia quanto à verdadeira natureza jurídica desta previsão, nomeadamente se estabelece uma presunção legal ou se define meros indícios da existência de práticas abusivas.

Neste sentido, note-se que indícios são sinais aparentes e prováveis de que uma determinada situação existe, mas que, no entanto, carecem de efeitos jurídicos *per se*. Pelo contrário, as presunções são as ilações que a lei retira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido. Assim, se qualquer uma das circunstâncias previstas no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC constituísse uma presunção de abuso, a demonstração da sua verificação (facto conhecido) pela AT implicaria imediata e automaticamente que a operação em causa fosse considerada abusiva (facto desconhecido), ou seja, que fora motivada principalmente por razões fiscais e que dera origem a efeitos alheios ao propósito da diretiva, sem necessidade de realização de prova quanto à presença destes dois elementos.

Note-se, contudo, que, ainda assim, as presunções sobre normas de incidência, em direito fiscal, são sempre ilidíveis<sup>148</sup>, pelo que admitem prova em contrário e podem ser afastadas através do procedimento descrito no artigo 64.º do CPPT. Desta forma, ainda que a norma anti-abuso estabelecesse uma presunção, seria possível demonstrar que, apesar da verificação do “facto conhecido” (a ausência de motivos económicos, por exemplo) o “facto desconhecido” (operação abusiva) não se verificou, cabendo, contudo, o ónus desta prova ao contribuinte. A este competiria demonstrar, portanto, a ausência de qualquer um dos três elementos do abuso acima analisados.

Porém, em nossa opinião, o n.º 10 do artigo 73.º não estabelece qualquer presunção<sup>149</sup>. Esta opinião baseia-se, antes de mais, na própria redação da norma anti-abuso, em particular na expressão “*pode considerar-se verificado, nomeadamente*”. É que, primeiro, esta expressão não pode ser considerada equivalente a expressões como “*considera-se verificado*” ou “*presume-se*” que, aliás, constam da própria Diretiva das Reorganizações e poderiam ter sido facilmente adotadas no CIRC, se fosse essa a intenção do legislador. Segundo, a redação do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC permite ao intérprete uma aplicação discricionária da norma (“*pode*”) que, no âmbito do direito fiscal, é incompatível com uma presunção legal. Terceiro, a inclusão da palavra “*nomeadamente*” na referida norma implica que, além das duas situações expressamente contempladas, existiriam outras presunções, inominadas, situação que, uma vez mais, é inadmissível à luz do direito fiscal.

Também a própria AT tem vindo a expressar o entendimento de que esta norma anti-abuso não estabelece qualquer presunção. De facto, no entendimento veiculado no Despacho da Direção de Serviços de IRC P 771/2002 de 17 de Janeiro de 2004, a AT refere que “*Do espectro de medidas anti-abuso consagradas no Código do IRC, apenas está sujeita ao procedimento a que se refere o artigo 63.º do Código do Procedimento e de Processo Tributário a prevista no n.º 10 do artigo 67.º*” (que corresponde ao atual n.º 10 do artigo 73.º do CIRC). Ora, conforme o Acórdão 7464/02 do TCA, o procedimento especial estabelecido no Artigo 63.º do CPPT não tem aplicação no caso de normas

<sup>147</sup> Também a Directiva das Reorganizações estabelece que “*o facto de uma das operações referidas (...) não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscais*”.

<sup>148</sup> Cfr. artigo 73.º da LGT.

<sup>149</sup> Note-se que diversos autores têm uma interpretação distinta da nossa, no sentido de que o CIRC estabelece uma presunção de abuso, não meros indícios.

anti-abuso que estabelecem presunções ilidíveis ou a mera inversão do ónus da prova. É certo que, desde então, o âmbito do artigo 63.º do CPPT foi restringido (na Lei do Orçamento do Estado para 2012) à aplicação da cláusula geral anti-abuso e que o despacho acima referido foi revogado pelo despacho 2890/2007, de 13 de Março de 2012. Note-se, contudo, que, conforme expressamente refere a AT, a revogação do referido despacho não se deve ao reconhecimento de que o n.º 10 do artigo 73.º estabelece qualquer presunção (caso em que o procedimento descrito no artigo 63.º do CPPT não seria aplicável), mas sim porque, no contexto da aplicação daquela norma anti-abuso, “*não é necessário desconsiderarem-se os efeitos da operação, mas apenas retirar os benefícios previstos no regime especial*”<sup>150</sup>.

Finalmente, parece-nos irrelevante o facto do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva autorizar os Estados-membros a presumirem o abuso quando se demonstre a ausência de razões económicas. É que, como vimos anteriormente, essa disposição não foi concebida para transposição direta para os ordenamentos jurídicos nacionais, nem tem efeito direto<sup>151</sup>, como deixou claro o TJUE nos Acórdãos *Leur-Bloem*, *Kofoed* e *Zwijnenburg*. A Diretiva das Reorganizações limita-se a permitir aos Estados-membros a consagração de normas anti-abuso aplicáveis no contexto do regime de neutralidade fiscal e a impor certas características e limites à formulação e aplicação dessas normas. Fica, portanto, ao critério dos Estados-membros introduzir essas normas, ou aplicar princípios gerais anti-abuso estabelecidos na legislação nacional (v. acórdão *Kofoed*), definir o seu escopo e determinar os procedimentos a adotar para a sua aplicação, de acordo com a legislação nacional mas dentro das balizas impostas pelo Direito da União Europeia. Assim sendo, não é minimamente contraditório com o direito da União Europeia que se tenha estabelecido no CIRC um regime menos exigente que aquele que lhe era permitido, nomeadamente não se estabelecendo qualquer presunção legal na norma anti-abuso específica das reorganizações<sup>152</sup>.

Em conclusão, parece-nos que as duas situações descritas na norma anti-abuso constituem meros indícios de que a operação em causa é abusiva. Assim sendo, mesmo que se demonstre a ausência de razões económicas válidas (ou que a operação se realizou entre sociedades sujeitas a distintos regimes fiscais), continua a incidir sobre a AT o ónus de provar que a operação foi motivada essencialmente por razões fiscais e que os resultados obtidos violam o propósito do regime de neutralidade fiscal.

#### **4.5.2.2. Operação com entidades sujeitas a regimes de tributação distintos**

Uma das duas situações descritas no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC como indiciadoras de uma operação abusiva é o facto de essa operação envolver entidades sujeitas a distintos regimes de tributação em sede de IRC. Esta previsão parece-nos absolutamente surpreendente e pode ter sido justificada pela existência, à data da sua redação, de um regime especial de tributação na Zona Franca da Madeira<sup>153</sup>. Pretender-se-ia assinalar à AT a forte probabilidade de estarmos perante uma operação abusiva quando esta envolvesse uma sociedade residente na zona franca. No entanto, esta norma, a confirmar-se tal objetivo, parece-nos desadequada por duas razões.

Primeiro porque esta não é a sede própria para tratar o aspeto específico do envolvimento de sociedades, objetiva ou parcialmente, isentas em reorganizações neutrais. Independentemente da

<sup>150</sup> Conforme veremos em **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** infra, entendemos que o procedimento correto para aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC é aquele previsto no artigo 63.º do CPPT.

<sup>151</sup> Neste sentido, Terra & Wattel, “European...”, cit., que caracterizam a norma anti-abuso da Diretiva das Reorganizações como uma reserva de competência, através da qual os Estados-membros “*may provide that if an operation is not carried out for valid commercial reasons, this justifies a presumption of tax evasion or tax avoidance*”.

<sup>152</sup> Dito isto, parece-nos que teria sido conveniente estabelecer tal presunção, uma vez que a sua ausência dificulta a aplicação prática da norma anti-abuso no contexto das reorganizações, porque impõe um ónus demasiado pesado à AT.

<sup>153</sup> Note-se que o regime de neutralidade fiscal é aplicável às sociedades domiciliadas na Zona Franca da Madeira, uma vez que estas se consideram “sujeitas e não isentas” de imposto, para efeitos do disposto no n.º 7 do artigo 73.º do CIRC.

existência de elisão fiscal, a própria essência do regime de neutralidade fiscal, quando aplicado a estas entidades, exige que se realizem ajustamentos nas bases de imposto, os quais não foram previstos na legislação fiscal portuguesa.

Segundo porque nos parece que o critério utilizado pelo legislador para indiciar operações abusivas é demasiado amplo. É que existem algumas situações de sociedades sujeitas a distintos regimes de tributação em sede de IRC que claramente não indiciam qualquer abuso na aplicação do regime de neutralidade fiscal. Por exemplo, a fusão por incorporação de uma SGPS<sup>154</sup> (antes da Reforma de 2014) numa sociedade com outra atividade económica dificilmente poderá ser julgada *a priori* como potencialmente abusiva. O mesmo sucede com as operações de reorganização transfronteiriças (note-se que as sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal estão sujeitas a um regime fiscal distinto das sociedades residentes, em sede de IRC).

#### **4.5.2.3. Indício de abuso quando a reorganização careça de razões económicas válidas**

A outra situação descrita no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC como indiciadora de operações abusivas é a ausência de “razões económicas válidas” que justifiquem a operação realizada.

##### **4.5.2.3.1. Significado da expressão “razões económicas válidas”**

Antes de mais, cumpre referir que o conceito de “razões económicas válidas” é um conceito de direito europeu, enquanto elemento integrante de uma disposição de direito secundário, que não remete para o direito nacional dos Estados-membros<sup>155</sup>.

No que se refere ao seu significado, note-se que a expressão “razões económicas válidas”<sup>156</sup> contém dois elementos distintos: (i) as razões económicas; e (ii) a sua validade. Quanto ao primeiro, refira-se que a principal razão económica da empresa é a obtenção do lucro, pelo que, qualquer ato ou contrato que vise a sua maximização, através do aumento dos rendimentos da empresa ou da redução dos seus custos, tem subjacente uma razão económica empresarial.

Quanto ao segundo, parece-nos que o critério segundo o qual se deverá aferir a validade das razões económicas empresariais, para este efeito, é o seu alinhamento com os objetivos do regime de neutralidade fiscal, nomeadamente com o propósito de neutralizar a tributação sobre as operações que visem um ganho de eficiência organizacional. É que, as razões económicas que permitem aplicar o regime, e que nessa medida são “válidas”, têm que ser as mesmas razões que levaram os Estados-membros a abdicar da sua receita fiscal. Neste sentido, veja-se como o TJUE (no Acórdão *Leur-Bloem*) clarificou que as vantagens fiscais, apesar de serem razões económicas<sup>157</sup>, não são “razões económicas válidas” para a aplicação do regime de neutralidade fiscal, justamente porque a poupança fiscal não foi uma das razões pelas quais o Estado abdicou da sua receita tributária<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> A Circular n.º 7/2004, noutro contexto, refere expressamente que as SGPS são entidades sujeitas a um regime especial de tributação.

<sup>155</sup> Cf. Glória Teixeira, “O conceito Europeu de Razões Económicas Válidas na Diretiva Fusões”, em *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*, Cadernos do IDEFF, Almedina, 2014, p. 183.

<sup>156</sup> A Diretiva das Reorganizações e o CIRC não definem o conceito de “razões económicas válidas”. A AT analisou este conceito, no contexto da admissibilidade do reporte de prejuízos fiscais e da atribuição dos benefícios fiscais em sede de impostos indiretos no âmbito de processos de reorganização. Assim, por exemplo, consideraram-se motivos económicos válidos em operações de fusão: “a melhoria na gestão das atividades, pela racionalização na afetação dos recursos humanos, financeiros ou técnicos das sociedades abrangidas, bem como pela redução dos custos de administração das atividades”; “a prossecução do objetivo principal de concentração da gestão de participações sociais no âmbito do Grupo “X”, visando eliminar holdings intermédias” e “o aproveitamento de sinergias funcionais e economias de escala e uma redução de custos”. Em todos estes casos, contudo, não foram indicados quaisquer critérios abstratos que permitam uma leitura generalizada da interpretação deste conceito pela AT.

<sup>157</sup> A obtenção de uma poupança fiscal é uma razão económica empresarial, já que reduzindo um custo operacional aumenta os lucros da empresa.

<sup>158</sup> Conforme refere Carlos Palao Taboada, “La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal”, Lex Nova, 2009, p. 223, o facto de a reorganização ser uma decisão empresarial errada, no sentido de que as vantagens económicas pretendidas não se verificaram, não prejudica a “validade” da motivação da empresa. Há que conceder aqui uma ampla margem de discricionariedade ao empresário, que

Em conclusão, entendemos que a expressão razões económicas válidas traduz a intenção de maximizar os lucros da empresa, aumentando a sua capacidade de gerar proveitos ou reduzir os seus custos, através da reorganização da estrutura empresarial<sup>159</sup>.

#### **4.5.2.3.2. Consequências práticas**

Desde um ponto de vista pragmático, pode dizer-se que o processo de determinação da presença ou ausência de razões económicas válidas corresponde, essencialmente, pela abrangência do conceito em causa, à tarefa de aplicação prática da regra anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC.

É que, correspondendo as razões económicas válidas à intenção do agente de obter ganhos de eficiência estrutural através da reorganização dos meios de produção da sua empresa, uma vez demonstrada a **ausência dessas razões**, bastará à AT provar que dela resulta uma qualquer vantagem fiscal para se concluir que a operação foi abusiva<sup>160</sup>. Com essa prova estarão demonstrados todos os elementos constituintes de uma prática abusiva.

Pelo contrário, na perspetiva do contribuinte, a demonstração da **existência de razões económicas válidas**, desde que não sejam “marginais”, será suficiente para afastar qualquer pretensão de considerar a operação abusiva<sup>161</sup>, uma vez que o propósito da Diretiva das Reorganizações está satisfeito e como tal, faltará necessariamente um dos elementos constituintes de uma prática abusiva<sup>162</sup>. Ou seja, uma vez detetado um motivo económico válido, é legítima a utilização pelo contribuinte da via fiscalmente menos onerosa. A porta da economia de opção abre-se com a existência de uma razão económica distinta das vantagens fiscais que a operação visa obter.

---

acaba justamente onde a reorganização encobre precisamente fins de outra natureza, nomeadamente a mera finalidade de obter uma vantagem fiscal.

<sup>159</sup> Neste conceito de maximização da capacidade de obtenção de lucros, deverá entender-se incluída a valorização dos ativos da empresa (que no fundo refletem a capacidade destes de gerar lucros no futuro).

<sup>160</sup> É que, a operação escapa ao escrutínio da regra anti-abuso sempre que não seja demonstrada a existência de vantagens fiscais. Este será o caso, por exemplo, da separação do património familiar por cisão, como forma de preparar a sucessão familiar, mesmo que (na senda da jurisprudência do TJUE) o principal objetivo da operação seja elidir os impostos sucessórios. Note-se que, levando este entendimento às suas últimas consequências, poderemos mesmo considerar legítima a aplicação do regime de neutralidade fiscal a uma operação de separação de sócios em litígio, por cisão, desde que não existam vantagens fiscais, em sede de impostos sobre o rendimento, na estrutura pós-reorganização. É que, conforme referimos, a aplicação do mecanismo de diferimento da tributação não pode ser considerada como um fim em si mesmo, i.e. as vantagens fiscais que resultam da sua aplicação não podem ser consideradas a finalidade da reorganização, mas apenas o meio mediante o qual ela é realizada. Ora, não havendo vantagens fiscais objetivas na estrutura pós-cisão, a operação não pode ser considerada como realizada por motivos de elisão fiscal e como tal não está sujeita à aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC.

<sup>161</sup> Neste sentido, veja-se Teixeira, “O conceito ...”, cit., p. 183. Note-se, no entanto, que na opinião da autora, a verificação de razões económicas válidas permite afastar a presunção de fraude e evasão fiscal, entendimento que, conforme acima explicado, não sufragamos (por entendermos que o n.º 10 do artigo 73.º do CIRC não consagra qualquer presunção).

<sup>162</sup> Neste sentido também Calderón Carrero, “Una Vuelta...”, cit., p. 60.