



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Luís Daniel Gomes Teixeira

**REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL EM
FUSÕES**

AS RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS

**Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças
apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de
Coimbra para obtenção do grau de mestre**

setembro de 2021



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luís Daniel Gomes Teixeira

**REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL EM
FUSÕES
AS RAZÕES ECONÓMICAS VÁLIDAS**

Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof. Doutor Daniel Taborda

Coimbra, 2021

Agradecimentos

Alcançando o fim de mais uma etapa, quero expressar o meu agradecimento a todas as pessoas que de alguma forma me ajudaram ao longo deste percurso.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, pela confiança que depositam em mim e por todas as oportunidades que me providenciaram ao longo destes anos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Daniel Taborda, pelo seu profissionalismo, disponibilidade e por todos os conselhos e conhecimentos transmitidos.

Por fim, expressar a minha profunda gratidão a Coimbra e a todos os que me acompanharam ao longo de cinco anos inesquecíveis.

Que o futuro seja igualmente risonho!

Obrigado,

Resumo

No Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) está previsto um regime especial de tributação aplicável a operações de fusão, designado de “Neutralidade Fiscal”. Este regime engloba um conjunto de disposições que visam eliminar ou reduzir substancialmente a carga fiscal no momento da ocorrência das referidas operações, de modo a incentivar a reestruturação do tecido empresarial português.

Como resultado, este regime especial pode potenciar a realização de transações diferentes das que seriam implementadas na ausência de tais regras. Nesta linha, o artigo 15.º da Diretiva n.º2009/133/CE, transposto para o ordenamento português pelo n.º10 do artigo 73.º do CIRC, prevê a hipótese de os Estados Membros recusarem a aplicação deste regime quando seja evidente que as operações tiveram um fim evasivo, o que pode ser notório 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 (...)”.

Verifica-se que, para além deste regime especial de tributação possuir um elevado potencial de litigância, contém na sua cláusula anti-abuso um conceito vago e indeterminado, suscetível a diferentes interpretações.

Face ao exposto, a presente dissertação tem como objetivo a análise do conceito de “razões económicas válidas”, onde serão analisadas as diferentes interpretações proferidas pelos Tribunais relativamente à referida expressão, procurando-se confrontar os pressupostos apresentados pela Autoridade Tributária (AT) e as contra-alegações dos contribuintes.

Para o efeito, metodologicamente, procedeu-se a uma análise crítica dos diversos Acórdãos provenientes de dois Tribunais portugueses (TCAS e STA), procurando-se identificar os principais motivos para a litigância existente nesta matéria, as tendências das decisões destes Tribunais e a obtenção de um padrão suficientemente claro e objetivo para a interpretação deste conceito.

Conclui-se da análise jurisprudencial realizada que a transmissibilidade de prejuízos fiscais, algo previsto com a aplicação do regime de neutralidade fiscal, é o motivo fundamental para os litígios existentes entre a AT e os contribuintes. Apesar da divisão no sentido das decisões proferidas pelos Tribunais, na jurisprudência recente o sentido predominante das decisões é favorável aos contribuintes.

Esta tendência deve-se essencialmente a dois fatores. Por um lado, os Tribunais passaram a adotar uma abordagem que vai ao encontro das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), assumindo assim uma postura mais interpretativa e abrangente do respetivo conceito, recusando a aplicação de critérios pré-determinados que excluíssem automaticamente determinadas categorias de operações. Por contrapartida, em todos os casos analisados, a interpretação da AT do conceito de razões económicas válidas assentava fundamentalmente numa análise à vertente patrimonial líquida das sociedades intervenientes nas operações em análise, o que se revela redutor para a matéria em estudo e justifica as recentes decisões favoráveis aos contribuintes.

Palavras-chave: razões económicas válidas; regime de neutralidade fiscal; fusões; transmissibilidade de prejuízos fiscais; análise jurisprudencial.

Abstract

The Corporate Income Tax Code provides for a special taxation regime applicable to merger operations, known as “Tax Neutrality”. This regime encompasses a set of provisions that aim to eliminate or substantially reduce the tax burden at the time these operations take place, in order to encourage the restructuring of the portuguese business fabric.

As a result, this special regime can enhance the performance of transactions different from those that would be implemented in the absence of such rules. In this line, article 15 of Directive 2009/133/EC, transposed to Portuguese law by number 10 of article 73 of the Corporate Income Tax Code, provides for the possibility of Member States refusing to apply this regime when it is evident that the operations had an evasive purpose, which can be notorious when “(...) the operations were not carried out for valid economic reasons, such as the restructuring or rationalization of the activities of the companies that participate in them (...)”.

It appears that, in addition to this special taxation regime having a high litigation potential, it contains in its anti-abuse clause a vague and indeterminate concept, susceptible to different interpretations.

In light of the above, this dissertation aims to analyze the concept of "valid economic reasons", by analyzing the different interpretations given by the Courts regarding the aforementioned expression, seeking to confront the assumptions presented by the Tax Authority (AT) and the taxpayers' counter-claims.

Methodologically, for this purpose, a critical analysis of the various judgments from two Portuguese courts (TCAS and STA) will be carried out, seeking to identify the main reasons for the existing litigation in this matter, the trends in the decisions of these Courts and obtaining a sufficiently clear and objective standard for the interpretation of this concept.

It is concluded from the jurisprudential analysis carried out that the transfer of tax losses, something foreseen with the application of the tax neutrality regime, is the fundamental reason for the existing disputes between the Tax Authority and the taxpayers. Despite the division in terms of decisions issued by the Courts, in recent jurisprudence the predominant meaning of decisions is favorable to taxpayers.

This trend is essentially due to two factors. On the one hand, the Courts began to adopt an approach that meets the decisions handed down by the Court of Justice of the European Union, thus assuming a more interpretive and comprehensive stance of the respective concept, refusing the application of predetermined criteria that automatically

exclude certain categories of operations. On the other hand, in all the cases analyzed, Tax Authority's interpretation of the concept of valid economic reasons was fundamentally based on an analysis of the net asset aspect of the companies involved in the operations under analysis, which is reductive for the matter under study and justifies the recent decisions favorable to taxpayers.

Key words: valid economic reasons; tax neutrality regime; mergers; transfer of tax losses; jurisprudential analysis.

Lista de Abreviaturas

AT- Autoridade Tributária

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CIMT - Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIS - Código do Imposto do Selo

CIVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado

CSC – Código das Sociedades Comerciais

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

F&A – Fusões e Aquisições

IMT – Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

IRC – Imposto sobre Rendimentos das Pessoas Coletivas

IS – Imposto do Selo

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

LBO - *Leveraged buyout*

I&D – Investigação e Desenvolvimento

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCA – Tribunal Central Administrativo

TCAN - Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

Lista de Tabelas

Tabela 1 – “Decisões dos Tribunais”	85
---	----

Índice

Agradecimentos	v
Resumo	vii
Abstract.....	x
Lista de Abreviaturas	xiii
Lista de Tabelas	xv
Introdução	1
Capítulo I.....	2
Fusões.....	2
1.1. Conceitos.....	2
1.2. Motivações.....	6
1.3. Sucesso/Insucesso das Fusões e Aquisições	11
1.4. Períodos históricos com maior intensidade de Fusões e Aquisições	14
1.5. Procedimentos legais para a implementação de operações de fusão	19
Capítulo II	22
Regime fiscal aplicável às fusões.....	22
2.1 Fusões em sede de IVA.....	22
2.2 Fusões em sede de IMT e Imposto do Selo	25
2.3 Fusões em contexto de Preços de Transferência.....	26
2.4 Fusões em contexto de IRC	30
2.4.1 Regime Geral	30
2.4.2 Regime de Neutralidade Fiscal	31
2.4.2.1 Enquadramento geral.....	31
2.4.2.2 Diretivas	34
2.4.2.3 Aplicação do regime de neutralidade nas reorganizações societárias... ..	36
2.4.2.4 Evasão fiscal e as razões económicas válidas	41

Capítulo III	48
A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas	48
3.1 Metodologia.....	48
3.2 Questões de Investigação.....	50
3.3 Objeto de Estudo	51
3.4 Análise dos Acórdãos do STA e TCAS.....	52
1. Acórdão do TCAS de 28-10-2008, Processo 00464/05	52
2. Acórdão do TCAS de 03-02-2009, Processo 02087/07	55
3. Acórdão do TCAS de 23-06-2009, Processo 02648/08	59
4. Acórdão do TCAS de 20-10-2009, Processo 01872/07	61
5. Acórdão do TCAS de 23-02-2010, Processo 01844/07	64
6. Acórdão do TCAS de 09-11-2011, Processo 02178/07	66
7. Acórdão do TCAS de 11-12-2012, Processo 05501/12	68
8. Acórdão do TCAS de 09-04-2013, Processo 03811/10	69
9. Acórdão STA de 10-01-2018, Processo 01486/15.....	72
10. Acórdão do STA de 14-11-2018, Processo 03297/06.9BELSB 0191/17 ..	75
.....	
11. Acórdão do TCAS de 28-03-2019, Processo 1852/07.9BCLSB	77
12. Acórdão do TCAS de 13-12-2019, Processo 2178/07.3BCLSB	79
13. Acórdão do TCAS de 25-06-2020, Processo 1545/06.4BCLSB	81
3.5 Análise global	84
Capítulo IV	87
Conclusões e perspetivas futuras	87
Bibliografia	91

Introdução

A presente dissertação centra-se no conceito de “razões económicas válidas” no âmbito do regime de neutralidade fiscal aplicável em operações de fusão. De forma mais específica, recorreu-se à análise de Acórdãos do STA e do TCAS, procurando-se obter um caminho orientador para a interpretação deste conceito.

Numa primeira fase, será realizado um estudo global acerca das operações de fusão. Objetivamente, serão analisadas as principais características deste tipo de operações, as suas principais motivações, a forma como evoluíram historicamente e os fatores determinantes para o sucesso das mesmas (Capítulo I).

Posteriormente, será realizado um enquadramento deste tipo de negócios nos diversos impostos existentes, com especial foco no IRC e no regime de neutralidade fiscal, bem como uma análise do conceito de evasão fiscal e de “razões económicas válidas” (Capítulo II).

No capítulo III encontra-se o cerne da presente dissertação, onde será realizada uma análise crítica aos Acórdãos supracitados, de forma a compreendermos o tipo de litígios gerados no âmbito do regime de neutralidade fiscal e a forma como os Tribunais interpretam e aplicam o conceito de “razões económicas válidas”, contrapondo igualmente os argumentos apresentados pelos contribuintes e pela AT. De notar que em todos os casos analisados, a interpretação do conceito de “razões económicas válidas” foi o fator determinante para as decisões proferidas pelos Tribunais. Para a concretização deste objetivo, entendemos que as metodologias que melhor se coadunam com o propósito da nossa investigação são o estudo de caso e a investigação jurídico-doutrinária.

Quando as análises críticas estiverem concluídas, iremos verificar se existe convergência nas decisões proferidas pelos Tribunais e se é possível estabelecer uma linha orientadora sobre a forma como este conceito deve ser interpretado e aplicado.

Por fim, no Capítulo IV serão apresentadas as conclusões do estudo e algumas indicações para futuras pesquisas.

Capítulo I

Fusões

1.1. Conceitos

Atualmente vivemos num mundo em constante transformação, onde as entidades para se manterem competitivas têm que se adaptar de forma constante aos diversos desafios que lhes são impostos. A transformação digital tem acelerado ainda mais esta evolução, produzindo inúmeras alterações na estrutura de custos das entidades, no tipo de relação que as mesmas estabelecem com os consumidores e na gestão de informações. Com o aumento da concorrência empresarial a nível global, as entidades têm de ter a capacidade de se ajustarem à mudança, de forma a não se tornarem obsoletas.

Uma das soluções pode passar por reestruturações empresariais. Estas podem ser definidas como um conjunto de procedimentos e decisões que levam a uma transformação da estrutura produtiva, alterando a forma como os fatores produtivos contribuem para a obtenção de receitas. Este processo acontece através de uma incorporação, eliminação, separação ou integração de fatores produtivos na estrutura empresarial, fortalecendo, enfraquecendo, invertendo ou redefinindo as ligações entre as suas distintas componentes (Mendes et. al., 2019). Existem diversas formas de reestruturação empresarial, destacando-se as fusões e aquisições. De forma a garantir a competitividade, muitas entidades recorrem a este tipo de operações para garantir o acesso a novos mercados, incorporar novas tecnologias e/ou aumentar a sua dimensão para fazer face à concorrência. Contudo, a concretização destas operações leva a uma combinação de diferentes ativos, valores culturais e práticas de gestão que podem gerar alguma complexidade e produzir desafios adicionais, como termos oportunidade de explorar ao longo deste estudo (Vazirani, 2015).

Antes de explorarmos as motivações principais da realização destes negócios, é pertinente apresentar primeiramente uma série de conceitos básicos sobre esta temática.

Fusões podem ser definidas como a combinação de duas ou mais empresas através da qual os ativos e passivos de uma entidade são absorvidos pela empresa adquirente. Ainda que a entidade adquirente após a operação assuma características diferentes, ela tende a manter a sua identidade original (Sherman e Hart, 2006).

Uma aquisição ocorre quando uma empresa adquire maioritariamente ou totalmente o capital social de uma entidade, assumindo o controlo da mesma. As aquisições são frequentemente utilizadas como uma estratégia de crescimento, nomeadamente em situações onde é mais benéfico assumir as operações de uma entidade já existente, em detrimento de expandir-se por conta própria. Como teremos oportunidade de observar ao longo deste estudo, as aquisições podem-se realizar de forma amigável ou hostil (Vazirani, 2015).

Os termos de fusões e aquisições são constantemente utilizados de forma alternada, embora tenham significados distintos.

Alguns autores consideram que a principal diferença entre estes dois conceitos incide sobre a forma como a transação é anunciada para a empresa-alvo. Numa aquisição, a proposta é apresentada diretamente aos acionistas de uma empresa, que podem tomar as suas decisões de forma independente. Nesse sentido, pode ocorrer uma aquisição completa da entidade-alvo ou simplesmente uma aquisição de uma parte da empresa. Por esse motivo, podemos encontrar exemplos de algumas entidades intervenientes num processo de aquisição e que após a concretização do negócio continuaram a operar em unidades fabris diferentes, visto que o adquirente comprou uma percentagem minoritária da empresa-alvo (Motis, 2007). Quando estamos perante uma proposta de fusão, já é suposto os acionistas tomarem uma decisão coletiva, porque geralmente o que se pretende com este tipo de operação é a reunião de duas ou mais entidades em prol de um objetivo estratégico comum. Consequentemente, é expectável que os acionistas da empresa fundida façam parte do capital social da empresa beneficiária, onde será desenvolvida uma nova identidade em conjunto (Varizani, 2015).

De um ponto de vista prático, a distinção entre estes dois conceitos pode até não ser relevante, visto que em ambas as operações o objetivo fundamental é ter acesso a um conjunto de recursos que permitam um aumento da competitividade e eficiência para a sociedade beneficiária. Contudo, importa referir que o impacto estratégico, financeiro, tributário e até mesmo cultural pode ser muito diferente entre estes dois tipos de transações (Sherman e Hart, 2006).

Na literatura, conseguimos identificar usualmente quatro tipos de fusões e aquisições:

- Horizontais

Cap. I - Fusões

- Verticais
- Concêntricas
- Conglomerados

As F&As horizontais caracterizam-se pela união entre empresas que atuam no mesmo ramo de atividade e onde geralmente são concorrentes. Usualmente, o principal motivo apontado para a realização deste tipo de operações é a obtenção de economias de escala. No entanto, a realização destas F&A podem ser justificadas mediante duas perspectivas: teoria da maximização do valor e a teoria de gestão. Segundo a primeira teoria, estes tipos de operações ocorrem quando as entidades procuram ser mais eficientes na forma como produzem e distribuem os seus produtos. Pela teoria da gestão, o que se pretende é potencializar todos os recursos que se tem à disposição, obtendo-se conseqüentemente níveis superiores de eficiência. De realçar que no seguimento destes negócios, pode ocorrer uma maior concentração de mercado. Desta forma, as entidades intervenientes para além de terem acesso a novos recursos e competências com o decorrer do negócio, poderão obter uma maior quota de mercado e serem mais competitivas face aos seus concorrentes, podendo até em algumas situações ter a capacidade de influenciar os preços, as quantidades e a natureza dos produtos/serviços transacionados no mercado onde estão inseridas (Weston et. al., 1990).

As F&A verticais dizem respeito a operações de reestruturação entre entidades que se encontram em fases diferentes da cadeia de produção. Um exemplo ilustrativo desta situação seria uma entidade comercializadora de sapatos, fundir-se com uma sociedade produtora deste tipo de produtos. Com o decorrer deste tipo de negócios podem surgir alguns benefícios, nomeadamente: melhor planeamento de produção e uma gestão de stocks mais eficiente; redução de determinados custos (pesquisa, publicidade, comunicação, etc.); implementação de uma abordagem mais direta e eficiente ao mercado; obtenção de economias de ordem tecnológica; entre outros (Ferreira, 2002).

Os conglomerados caracterizam-se pelo agrupamento de entidades que atuam em mercados não relacionados. Com estes negócios, as sociedades pretendem diversificar o seu negócio e diminuir a exposição ao risco (Ferreira, 2002).

As F&A concêntricas dizem respeito a operações entre entidades presentes em ramos de atividade distintos, mas que apresentem linhas de negócio complementares (mercados, processos produtivos, meios tecnológicos, etc) (Ferreira, 2002).

Se recorrermos ao Código das Sociedades Comerciais, as fusões podem-se realizar por:

- **Incorporação**¹, quando uma ou mais sociedades transferem o património total para uma sociedade adquirente e são atribuídos aos sócios destas, partes, ações ou quotas da sociedade nova;
- **Constituição de nova sociedade**², quando é constituída uma nova sociedade para a qual são transferidos globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, recebendo os sócios destas as devidas partes, ações ou quotas da sociedade nova.

Simultaneamente, se atentarmos no artigo 73.º do CIRC, tal como no CSC, encontramos previstas as modalidades abrangidas pelo regime fiscal das fusões.

As modalidades de fusão são as seguintes:

- **Incorporação**, mediante a *“A transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades fundidas) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária) e a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas”*
- **Constituição de uma nova sociedade (sociedade beneficiária)**, *“para a qual se transferem globalmente os patrimónios de duas ou mais sociedades (sociedades fundidas), sendo aos sócios destas atribuídas partes representativas do capital social da nova sociedade e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas”;*
- **Incorporação numa sociedade que detém a totalidade do capital social:** *“A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para a sociedade detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social (sociedade beneficiária);”*

¹ CSC – artigo 97.º - n.º4 alínea a)

² CSC – artigo 97.º - n.º alínea b)

- **Sociedades detidas pelo mesmo sócio:** *“A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social de ambas seja detida pelo mesmo sócio;”*
- **Fusão Inversa,** isto é *“A transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social desta seja detida pela sociedade fundida”*

1.2. Motivações

As F&A representam um importante modelo de negócio a nível internacional, sendo constantemente utilizadas pelo meio empresarial como forma de obter um crescimento rápido e atuar em novos mercados. Estrategicamente, reconfiguram indústrias, transformam culturas organizacionais e têm um impacto significativo em inúmeras carreiras individuais. Contudo, inúmeros estudos demonstram que estes tipos de operações não aumentam necessariamente o valor para as sociedades adquirentes. Não existe, por isso, um consenso a nível de literatura sobre o sucesso/insucesso destas operações. Nesse sentido, torna-se pertinente abordar algumas das motivações que levam os agentes económicos a realizarem estes negócios (Hassan, 2018).

Para a maioria dos autores, a principal razão inerente à realização de F&A passa pela obtenção de sinergias (operacionais ou financeiras). As sinergias operacionais incidem essencialmente na existência de economias de escala e/ou de gama, após a concretização do operação. As economias de escala permitem às entidades reduzir o custo médio de produção à medida que a quantidade produzida aumenta (Cox, 2006). Nesse sentido, consideremos o seguinte exemplo: a empresa B (produtora de cartão) é incorporada numa empresa A (produtora do mesmo produto); uma vez que a entidade A produzia a níveis abaixo da sua capacidade total, decide fechar a fábrica da empresa B e passar a produção total para a sua fábrica. Este é um exemplo ilustrativo de uma eventual obtenção de economias de escala, visto que devido à concretização do negócio, a entidade beneficiária conseguiu aumentar a sua capacidade de produção, mantendo inalterados os seus custos fixos. Por sua vez, as economias de gama, refletem a redução nos custos totais médios para uma entidade que

produz dois ou mais produtos, visto que é mais económico produzi-los em conjunto do que em separado.

Adicionalmente, as sinergias financeiras também constituem um fator motivador para os agentes económicos. Estas sinergias correspondem à redução do custo de capital³ do adquirente com a realização de uma fusão ou aquisição. Isto pode ocorrer quando as entidades fundidas conseguem obter economias de custo na emissão de títulos, conseguem melhores oportunidades de investimento com os fundos gerados internamente ou apresentam fluxos de caixa relativamente não correlacionados (DePamphilis, 2018). Num mundo onde não existissem impostos, custos de falência ou assimetrias de informação, não existiriam sinergias puramente financeiras e as estruturas de capital seriam irrelevantes para o valor total da entidade (Leland, 2007). Contudo, essa não é a realidade existente, pelo que em determinadas situações, um empreendedor com dois ou mais projetos terá de perceber se será mais vantajoso estruturar os projetos como se se tratasse de uma única empresa, ou se deverá considerá-los como entidades separadas. Enquanto entidades separadas, cada uma terá responsabilidade limitada e apresentará quantidades ideais de dívida e património líquido, sendo que se as empresas forem significativamente diferentes em termos de riscos, os níveis de alavancagem podem variar de forma significativa. Quando estamos perante uma fusão, haverá exclusivamente um único índice de alavancagem e a dívida da empresa incorporada terá direito aos ativos combinados da empresa (Leland e Skarabot, 2003). Pesquisas recentes sugerem que F&A entre empresas cujos fluxos de caixa não sejam correlacionados, conseguem diminuir o risco sistémico (riscos associados a fatores que afetam todas as empresas, como recessão, inflação ou aumento de taxas de juro). Estas entidades poderão assim ter uma maior capacidade para lidar com perdas de clientes, fornecedores, dificuldades financeiras, entre outros. Contudo, alguns autores defendem que quando há uma F&A entre entidades pertencentes a setores de atividade distintos, ainda que apresentem fluxos de caixa não correlacionados, conseguem apenas reduzir o risco específico da empresa, como por exemplo o risco de obsolescência dos seus produtos (DePamphilis, 2018).

³ Taxa de retorno que o investidor esperaria obter se investisse o capital noutra ativo de risco equivalente.

Uma outra fonte de valor nas F&A incide sobre a gestão das entidades intervenientes. Quando a gestão da entidade adquirente é mais eficiente que a da entidade fundida, é expectável que a gestão da empresa combinada mantenha os níveis de eficiência da sociedade incorporante. Contudo, ainda que este seja um conceito algo abstrato, em determinadas situações poderá constituir uma forma rápida de substituir a gestão ineficiente de uma empresa alvo, providenciando sinergias e benefícios substanciais para a entidade combinada (Cox, 2006).

Para além das sinergias acima expostas, há sujeitos passivos que procuram por este tipo de negócios com o intuito de atingir uma maior diversificação, que lhes garantam uma maior flexibilidade, o acesso a novos produtos e/ou mercados, a redução do risco de falência e a diminuição da dificuldade de acessos a informações inerentes a um mercado externo (Baker et. al., 2005). Nesse sentido, empresas que estejam a assistir a um abrandamento ou até estagnação do seu negócio, podem alavancar o seu crescimento através de uma diversificação relacionada, vendendo os seus produtos atuais em novos mercados que até então lhe eram desconhecidos. Mantendo uma lógica semelhante, as entidades beneficiárias podem também obter novos produtos com os quais não estão familiarizadas e vendê-los em mercados atuais e conseqüentemente menos arriscados. Estudos apontam que as fusões mais bem-sucedidas em países desenvolvidos são aquelas que se concentram em negócios que promovem o negócio principal do adquirente, refletindo a familiaridade com esse tipo de negócios e uma maior capacidade de otimizar investimentos (DePamphilis, 2018). Quando estamos na presença de uma F&A não relacionada, pode surgir alguma complexidade na forma como as entidades são integradas e a procura pela diversificação pode até gerar perdas para os investidores. Isto ocorre quando, após a concretização do negócio, o capital é investido indevidamente em áreas com poucas oportunidades de crescimento, gerando-se assim uma série de ineficiências (Baker et. al., 2005).

Para além disso, muitos são os agentes que procuram por ativos subvalorizados. Em determinadas situações, os agentes económicos podem ter determinadas expectativas acerca do valor potencial de uma organização e avançam para a fusão/aquisição na expectativa que o farão por um valor subavaliado, o que lhes trará lucro futuramente. Noutros casos, os adquirentes procuram por alvos que estejam a apresentar um baixo nível de desempenho, com o objetivo de os reorganizar e vendê-los com lucro (Junni e Teerikangas, 2019).

Em determinadas situações, poderão também existir motivações de cariz fiscal. Questões como a dupla tributação ou a transmissão de prejuízos fiscais podem constituir vantagens para as sociedades em situações específicas e permitir a redução dos impostos a pagar. Contudo, as legislações variam nos diferentes países, pelo que cada situação teria de ser analisada de forma individual (Ferreira, 2002).

A obtenção de poder de mercado constitui também uma das razões para a realização destes negócios. Naturalmente, este tipo de motivações não é expressado de forma pública nem anunciado aquando da concretização dos negócios, mas a realidade é que muitos agentes de mercado são motivados por esta temática, pois acreditam que com um maior poder de mercado obterão um maior controlo sobre o preço, o volume e a qualidade com que os produtos ou serviços são vendidos num determinado mercado, extraíndo assim maior valor dos clientes (Junni e Teerikangas, 2019).

Há autores que ao enunciarem as diferentes motivações dos sujeitos passivos, fazem a distinção entre fusões e aquisições. Nesse sentido, torna-se pertinente apresentar essas razões, uma vez que apesar de estarem amplamente relacionadas com o que aqui já foi mencionado, irá permitir-nos obter uma perspetiva ainda mais clara sobre esta matéria.

No que respeita a aquisições, as motivações podem ser analisadas do ponto de vista do adquirente ou do vendedor.

Para uma empresa vendedora, de uma forma objetiva, as principais motivações são as seguintes (Sherman e Hart, 2006:16-17):

- Gestor/administrador da entidade encontra-se próximo da reforma ou prestes a abandonar o negócio;
- Incapacidade de competir enquanto empresa independente;
- A necessidade de obter economias de escala;
- Acesso aos maiores recursos detidos pela empresa adquirente.

Do ponto de vista da empresa compradora, as principais motivações para uma aquisição são as seguintes (Sherman e Hart, 2006:16-17):

- Aumento da receita;
- Redução de custos;
- Obtenção de sinergias operacionais ou de economias de escala;

Cap. I - Fusões

- Pressões externas provenientes de investidores para a entidade obter um maior crescimento;
- Existência de recursos subutilizados;
- Desejo de reduzir o número de concorrentes e conseqüentemente aumentar a sua participação no mercado;
- A necessidade de se afirmar num novo mercado (especialmente se o mercado atual se encontrar saturado);
- Desejo de diversificar a sua atividade, através de novos produtos e serviços.

No mesmo sentido, existe também uma série de motivações que levam à realização de operações de fusão. De um modo geral, as motivações são as seguintes (Sherman e Hart, 2006:17-18):

- Reestruturar a cadeia de valor da indústria;
- Responder às pressões de preços competitivos de outras entidades, procurando obter economias de escala e de gama;
- Melhorar o processo de engenharia e tecnológico da entidade;
- Aumentar a escala de produção das linhas de produtos existentes;
- Encontrar usos adicionais para os talentos de gestão existentes;
- Redistribuir o excesso de capital em utilizações mais lucrativas ou complementares;
- Obtenção de benefícios fiscais;
- Diversificação.

Numa fusão clássica não é relevante falarmos de empresa compradora ou vendedora, ainda que a discussão do negócio possa ter sido iniciada por uma das partes. Desta forma, a cultura e o espírito das negociações são por norma diferentes das obtidas numa aquisição (Sherman e Hart, 2006).

Naturalmente, não é possível enunciar todos os motivos que levam os sujeitos passivos a procurarem operações de reestruturação, mas a existência de diferentes motivações justifica o facto de termos diferentes tipos de F&A. Mais à frente neste estudo, iremos também perceber que diferentes localizações e diferentes períodos históricos têm um impacto determinante no tipo de decisões tomadas pelos agentes económicos.

1.3. Sucesso/Insucesso das Fusões e Aquisições

Um estudo publicado pela Harvard Business Review que envolveu uma amostra de cerca de 2500 empresas, revelou que mais de 60% das F&A realizadas destruíram valor aos acionistas (Lewis e McKone, 2016).

Apesar de todas as motivações inerentes à realização deste tipo de operações, o sucesso destes negócios não é um dado adquirido, existindo inclusive uma série de exemplos de negócios mediáticos deste género que fracassaram. Ainda assim, as F&A continuam a ser investimentos altamente atrativos, até porque quando são bem-sucedidos, conseguem criar um conjunto de sinergias que dificilmente as empresas envolvidas nos negócios conseguiriam obter de forma tão célere atuando individualmente. Nesse sentido, importa abordar alguns fatores que podem influenciar o sucesso/insucesso deste tipo de investimentos.

Um tema obrigatório quando abordarmos operações de reestruturação incide sobre a cultura organizacional. Por cultura, referimo-nos aos valores e a um conjunto específico de comportamentos de uma organização que definem como as coisas são feitas e de que forma estão alinhadas com o propósito e estratégia da organização (BCG, 2016).

Na literatura conseguimos encontrar diferentes tipos de culturas organizacionais, nomeadamente (Bouwman, 2013):

- ***Role oriented culture***: caracterizada por ser altamente centralizada, burocrática e por se concentrar essencialmente na especialização do trabalho, que é controlado por uma série de procedimentos;
- ***Task/achievement culture***: enfatiza o trabalho em equipa, valorizando a criatividade e autonomia dos colaboradores.
- ***Power oriented culture***: através da aplicação de um conjunto de regras, os gestores deste tipo de organizações procuram obter um controlo absoluto, onde os colaboradores são motivados a agir com lealdade aos chefes ou por receio de punição;
- ***Person/support oriented culture***: caracterizada por promover a igualdade, o crescimento pessoal e o desenvolvimento dos colaboradores.

Face ao acima exposto consideremos o seguinte exemplo: uma entidade A, que presta serviços de contabilidade, procura fundir-se com a empresa B, que é prestadora de serviços de marketing. A empresa A apresenta uma cultura organizacional orientada para o poder, onde os colaboradores atuam obedecendo a inúmeras regras e procuram essencialmente demonstrar o seu seguidismo e lealdade ao chefe máximo, o qual tem controlo absoluto. Por sua vez, na empresa B, os colaboradores já apresentam uma maior liberdade de atuação, sendo altamente valorizadas a criatividade, a capacidade de adaptação e o trabalho em equipa. O facto de as duas entidades atuarem em ramos distintos foi a principal motivação para a realização da fusão, uma vez que os acionistas procuram expandir a sua área de atuação e conquistar novos mercados. Contudo, estamos a falar de organizações com métodos de trabalho e estratégias completamente distintas, onde os colaboradores de uma entidade trabalham mediante regras rígidas e outros têm liberdade total de atuação, pelo que se os intervenientes no negócio se focarem exclusivamente nas eventuais sinergias e não derem especial atenção à forma como a integração irá ocorrer, facilmente poderemos ter um negócio condenado ao fracasso.

Apesar de ser um conceito muito subjetivo, muitos são os negócios que não atingiram os objetivos previstos devido a choques culturais. Isto acontece porque os sócios tratam deste assunto de forma muito superficial ou simplesmente não conseguem lidar com esta problemática de forma prática, fazendo com que o período de integração seja muito longo e dificulte o desenrolar do negócio (BCG, 2016).

Outro fator decisivo para o sucesso destes negócios passa pela avaliação das empresas alvo. Quando as entidades procuram por F&A, pretendem necessariamente obter um conjunto de sinergias, que lhes permitam expandir o seu negócio e conseqüentemente os seus lucros. Contudo, estas sinergias são por vezes sobreavaliadas e algumas pesquisas demonstram que inúmeras empresas pagaram excessivamente por estes negócios, o que dificulta a obtenção de um retorno financeiro adequado (Gomes et. al., 2012). Isto pode acontecer devido a uma comunicação inadequada entre os intervenientes do negócio ou devido a assimetrias de informação, que é particularmente comum em fusões transfronteiriças (Sherman e Hart, 2006). Em determinadas situações, este pagamento excessivo por entidades alvo pode ser fomentado pelos meios de comunicação, que ao publicarem informações financeiras específicas sobre uma entidade, podem gerar alguma

especulação e incentivar os agentes económicos a investirem nessa entidade (Yost-Bremm & Huang, 2018).

O tamanho organizacional de uma entidade também é um fator importante na escolha de um parceiro estratégico. Segundo alguns estudos, quando as entidades intervenientes num processo de fusão possuem dimensões similares, conseguem um maior equilíbrio e consistência na prossecução do negócio. Por sua vez, alguns autores consideram que quando o adquirente tem uma dimensão bastante superior à entidade adquirida, geram-se algumas ineficiências e retornos de baixo valor, até porque em determinadas situações as entidades adquiridas acabam por ser ignoradas. Em sentido oposto, quando os adquirentes apresentam um tamanho organizacional inferior às entidades adquiridas, poderão gerar-se disputas internas num período pós-aquisição, na medida em que ambos os intervenientes irão lutar pelo domínio da organização (Gomes et. al., 2012).

Os governos dos diversos Estados Membros e as respetivas políticas implementadas podem ter um contributo decisivo para o desenvolvimento destas operações, na medida em que as suas decisões podem afetar os custos em que as entidades incorrem. Efetivamente, os governos podem contribuir para o sucesso destes negócios a partir do momento em que apliquem um conjunto de leis específicas que visem fomentar a criação de valor e evitar que as entidades incorram em custos adicionais que possam inviabilizar o sucesso da operação (Du e Boateng, 2015). O regime de neutralidade fiscal previsto no CIRC para as operações de fusão são um exemplo ilustrativo desta situação, visto que visa fundamentalmente fomentar o investimento e evitar que as entidades suportem custos desnecessários.

Face ao acima exposto, percebemos que o conceito de *due diligence* é de extrema pertinência quando falamos de sucesso/insucesso de operações de reestruturação. *Due diligence* corresponde a todos os esforços que as entidades devem realizar para identificar todos os fatores e características do negócio em que estão envolvidas bem como da empresa alvo, de forma a tentar perceber se a operação será lucrativa e corresponderá aos objetivos pré-definidos (McGrady, 2005). No entanto, existem alguns fatores que podem dificultar a aplicação destes esforços. Um desses fatores diz respeito a restrições de tempo, isto é, cronogramas excessivamente agressivos para a conclusão dos negócios, que podem contribuir para análises e projeções (financeiras, fiscais e legais) pouco eficazes. Adicionalmente, as restrições de custos podem igualmente condicionar a aplicação deste

conceito. Em negócios de menor dimensão, por exemplo, poderá ser extremamente dispendioso contratar para cada uma das áreas funcionais, especialistas para emitirem uma opinião, pelo que no processo de *due diligence* podem não ser detetados determinados fatores que terão eventuais impactos na prossecução do negócio. Por fim, podem surgir situações, como aquisições hostis, que não têm em total consideração esta questão da *due diligence*, especialmente na forma como os negócios são conduzidos (Harvey & Lusch, 1995).

Neste sentido, percebemos que o processo de *due diligence* deverá corresponder a uma análise abrangente dos negócios da empresa-alvo, identificando os seus pontos fortes/fracos, bem como o ponto estratégico e competitivo no setor onde esta entidade se encontra inserida. Este processo deverá detetar situações que podem contribuir para o fracasso do negócio, tais como: litígios existentes, contingências fiscais, controlo financeiro deficiente, entre outros. Em fusões transfronteiriças, podem surgir problemas adicionais, tais como diferenças culturais, influência política e obstáculos regulatórios, pelo que o processo de *due diligence* deverá ser ainda mais rigoroso.

Naturalmente não é possível identificar todos os fatores que influenciam o desenvolvimento das operações de reestruturação, mas facilmente percebemos que cada entidade possui características e formas de atuar únicas, o que justifica a necessidade deste tipo de operações serem alvo de análises rigorosas e de forma atempada.

1.4. Períodos históricos com maior intensidade de Fusões e Aquisições

Ao longo da história conseguimos encontrar determinados períodos em que F&A assumiram maior relevância e ocorreram em maior número. Usualmente, estas “ondas de F&A” coincidem com períodos de maior crescimento económico, mas justificar o aumento de atividade destas operações exclusivamente com este argumento seria algo limitador.

Um dos argumentos apontados para o surgimento destes períodos, baseado na teoria neoclássica, defende que as entidades tendem a reagir a “choques de indústria”, isto é, a momentos em que assistimos à desregulamentação, surgimento de novas tecnologias, novos canais de distribuição, produtos substitutos e/ou um crescimento sustentado nos preços de *commodities* (DePamphilis, 2018). Estes choques macroambientais (a nível económico, regulatório, tecnológico ou financeiro) produzem mudanças significativas no ambiente das empresas. Para que as entidades mantenham a sua competitividade, têm naturalmente de

reagir a estes choques industriais, o que leva a uma reação coletiva de empresas, que realocam os seus ativos por via de F&A, impulsionando estas “ondas”. No entanto, algumas evidências demonstram que estes choques industriais são uma condição necessária para este aumento generalizado de F&A, mas não são por si só suficientes. Adicionalmente, são fundamentais a existência de liquidez de capital e uma redução das restrições de financiamento, que permitam que esta realocação de ativos seja executada de forma eficiente. No seguimento desta teoria, percebe-se a razão pela qual esta intensidade de F&A está muitas vezes associada a períodos de crescimento económico (Harford, 2005).

Numa outra perspetiva, alguns autores defendem que as “ondas de F&A” ocorrem quando o mercado sobrevaloriza as empresas. Segundo esta teoria, durante estes períodos, as empresas sobrevalorizadas utilizam as suas ações para se envolverem em aquisições de ativos subavaliados, tirando assim vantagem destas ineficiências de mercado. No que respeita às empresas-alvo, existem essencialmente duas explicações para as entidades aceitarem este tipo de negócios. Por um lado, os gestores das empresas alvo podem ter interesses individuais numa perspetiva de curto prazo, não protegendo propriamente o valor para o acionista. Por outro lado, os gestores destas entidades podem igualmente ter a tentação de aceitar este tipo de negócios quando têm ao seu dispor informações erróneas sobre as sinergias potenciais da operação, sendo excessivamente otimistas sobre os eventuais benefícios futuros. Resumidamente, esta teoria defende que nestes períodos os mercados são ineficientes e os gestores racionais procuram essencialmente obter vantagens destas imperfeições de mercado (Faulkner et. al., 2012).

Em função do acima exposto, torna-se pertinente analisar cada uma das “ondas de F&A” identificadas ao longo da história e analisar as características de cada um desses períodos.

A primeira “onda de F&A” identificada, ocorreu nos Estados Unidos e começou no ano de 1897, num período de crescimento económico e onde a regulamentação existente era pouco rigorosa. Essencialmente, as empresas procuravam a obtenção de monopólios, levando à criação de empresas de maior dimensão e a uma consolidação da indústria (Junni e Teerikangas, 2019). Estas operações aconteceram maioritariamente em setores tradicionais, nomeadamente na indústria petrolífera, mineira, ferroviária, de transportes e de manufatura (Vazirani, 2015). Esta primeira “onda”, decisiva para o impulsionamento das

mudanças tecnológicas e para o crescimento da eficiência e migração, viria a terminar no ano de 1904, devido a inúmeras situações de financiamento fraudulento e à quebra no mercado de ações (DePamphilis, 2018).

A partir do ano de 1916, assistiu-se a mais um período de atividade intensa de operações de reestruturação. A entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial e o consequente *boom* económico a que se assistiu após a Guerra, foi o principal impulsionador (DePamphilis, 2018). Contudo, este período viria a ser menos intenso comparativamente com a primeira “onda de F&A”, essencialmente devido à intervenção do governo dos Estados Unidos, que com a aplicação do *Clayton Antitrust Act*⁴, procurou banir o comportamento empresarial anticompetitivo (Junni e Teerikangas, 2019). Desta forma, o principal objetivo das entidades neste período assentou na criação de oligopólios. Estas operações foram realizadas essencialmente entre empresas de menor dimensão, que para além de procurarem uma maior diversificação, visavam aumentar a sua dimensão, obter economias de escalas e competir com empresas líderes de uma forma mais justa e igualitária. As indústrias petrolífera e metalúrgica foram os setores em destaque, representando cerca de 40% do valor total de F&A. Este período de grande intensidade viria a terminar no ano de 1929, com o surgimento da Grande Depressão (Faulkner et. al., 2012).

A terceira “onda de F&A” surgiu na década de 60, num período caracterizado pelo surgimento da engenharia financeira e pela formação de conglomerados. Numa altura em que se assistia ao período mais longo de crescimento ininterrupto nos Estados Unidos e com um mercado de ações em alta, o índice Preço/Lucro atingia valores recorde. Consequentemente, as entidades que apresentavam valores superiores para este índice, procuravam assim aumentar os seus lucros por ação através de aquisições, em detrimento de um reinvestimento (Vazirani, 2015). Desta forma, através do financiamento de ações, assistiu-se a inúmeros negócios onde grandes empresas adquiriram pequenas empresas públicas ou privadas, fora das suas linhas principais de negócios, procurando obter uma

⁴O Clayton Antitrust Act, aprovado pelo Congresso dos EUA em 1914, definiu um conjunto de práticas de negócios anti-éticas, como a fixação de preços e monopólios e defendeu simultaneamente vários direitos trabalhistas. Fazia parte da *United States Antitrust Law*, que surgiu com o Sherman Antitrust Act of 1890, e teve como principal intuito impedir o surgimento de práticas anticompetitivas.

diversificação não relacionada (Faulkner et. al., 2012). Ainda que estas empresas não pudessem usufruir do poder de mercado usualmente conseguido em monopólios e/ou carteis, esta diversificação não relacionada permitia uma redução do risco de atuarem em apenas um setor. Contrariamente aos dois períodos anteriores, esta “onda” não se restringiu aos Estados Unidos, ocorrendo também no Reino Unido e na Europa Continental. Contudo, a diversificação não relacionada formou estruturas complexas de empresas, que dificultaram a tomada de decisões e criaram uma série de ineficiências. Desta forma, ainda que as reações de curto prazo nos mercados de ações tenham sido positivas, rapidamente se percebeu que a lucratividade destes negócios não seria conforme o expectável (Junni e Teerikangas, 2019).

Na década de 80, a atividade de F&A voltou a assumir especial destaque, nomeadamente nos Estados Unidos, Europa e Ásia. Para além da dissolução de muitos conglomerados, este período ficou marcado por fusões entre entidades relacionadas, pelo aumento da especialização e por empresas-alvo de dimensões superiores comparativamente com o período anterior. Simultaneamente, as aquisições alavancadas (*LBO-leveraged buyout*), onde uma grande percentagem do preço de compra era financiada através de dívida, assumiram especial destaque nesta fase, representando quase 15% do valor total de aquisições realizadas (Faulkner et. al., 2012). Para além disso, assistiu-se a inúmeras aquisições hostis, isto é, operações que eram contra os desejos da administração ou dos acionistas da empresa-alvo. De realçar também as inúmeras aquisições de empresas americanas por parte de empresas estrangeiras, que foram motivadas pela dimensão do mercado, das restrições limitadas na regulamentação existentes nesta fase e pela sofisticação da tecnologia americana. Esta “onda” viria a terminar no final da década de 80, coincidindo com uma economia em desaceleração e com falências de LBOs amplamente divulgados (DePamphilis, 2018).

Embora a atividade de F&A tenha diminuído no fim da década de 80, o número de transações viria a aumentar de forma acentuada no início de 1992, iniciando-se assim a quinta “onda”. Esta fase ficou amplamente marcada pela criação de empresas com dimensões sem precedentes, na premissa de que o tamanho era um fator decisivo para o sucesso das organizações (Vazirani, 2015). Com negócios a ocorrer na Ásia, Europa e Estados Unidos, esta onda ficou igualmente marcada por negócios transfronteiriços, que refletiam uma tendência de globalização e que constituíam nesta fase uma parte importante

das estratégias das organizações. Esta “onda” viria a terminar com o *crash* no mercado de ações (Junni e Teerikangas, 2019).

A sexta “onda de F&A” surgiu por volta de 2003, numa fase em que o mercado começou a recuperar da retração de 2000. A globalização continuou a ser uma das principais motivações para a realização deste tipo de operações, com aquisições internacionais a assumirem uma proporção substancial dos negócios realizados (Junni e Teerikangas, 2019). Numa fase em que as LBO’s voltaram a ganhar força, muitos dos financiamentos das transações realizadas assumiram a forma de dívida sindicada, isto é, dívida comprada por subscritores para revenda a um público investidor. No seguimento disto, os credores eram incentivados a aumentar o volume dos financiamentos, aceitando inclusive empréstimos mais arriscados. Adicionalmente, como as dívidas eram vendidas a terceiros, a monitorização dos mesmos tendia a diminuir e as taxas de juro também eram extremamente baixas, devido a um mundo inundado de liquidez e políticas monetárias acomodáticas. Tudo isto, contribuiu para a existência de empréstimos excessivos e por aquisições de montantes exagerados. As condições acima expostas, foram exacerbadas por preocupações com a dívida soberana europeia e com o aumento exponencial dos preços do petróleo, que desencadearam uma desaceleração económica global em 2008. Consequentemente, esta “onda” de fusões viria a terminar nesta fase (DePamphilis, 2018).

Alguns autores defendem que no período que antecedeu a atual crise pandémica e económica, estaríamos a testemunhar o surgimento da sétima “onda de F&A”. No ano de 2018, o valor total das transações realizadas alcançou um montante de 2 triliões de euros. Contrariamente ao que se sucedeu em “ondas” anteriores, os países de mercados emergentes assumiram um maior destaque nesta fase, onde as entidades procuraram essencialmente o acesso a tecnologias que lhe garantissem maior competitividade nacional e internacional. Esta fase foi ainda alimentada por inovações disruptivas que estão a alterar a indústria e que motiva os adquirentes a procurar por empresas inovadoras, como *startups* e negócios relacionados, que lhe permitam reconfigurar as suas estratégias e atuações no mercado (Junni e Teerikangas, 2019).

Muitos são os estudos que procuram entender que tipo de entidades obtém maior lucratividade no decorrer destes períodos, sendo que vários autores alegam que numa “onda de F&A”, as primeiras operações realizadas tendem a obter desempenhos superiores às

operações seguintes. O principal argumento apresentado defende que numa fase inicial as entidades tendem a usufruir de assimetrias de informação, o que lhes permitem a obtenção de recursos valiosos a um preço inferior (Faulkner et. al., 2012).

De momento assistimos a uma crise pandémica e económica sem precedentes, onde fusões e aquisições poderão assumir um papel de destaque. Algumas entidades estão a sofrer um impacto significativo com o decorrer desta crise e, num contexto de sobrevivência, podem procurar por este tipo de negócios de forma a fortalecer os seus negócios. Por outro lado, existem negócios de determinadas indústrias, como a farmacêutica, que estão a prosperar nesta fase e ambicionam aumentar a sua área de atuação e evoluir os seus negócios, através de operações de reestruturação. Neste momento, existe ainda alguma incerteza sobre a forma de combate a esta crise pandémica, mas num futuro próximo, independentemente das motivações dos agentes económicos, podemos assistir a mais uma “onda de F&As”. Tendo por base tudo o que foi acima exposto, antecipar e preparar-se para o surgimento desta “onda” poderá ser a chave para se ter um negócio bem-sucedido. Como em qualquer área de negócio, as entidades que agem de forma mais célere e eficaz tendem a obter proveitos superiores. Nesse sentido, é expectável que na próxima “onda de F&As, os primeiros negócios a serem realizados (assumindo naturalmente que foram bem planeados e estruturados, nomeadamente no que respeita ao estudo das sinergias potenciais) terão taxas de retorno superiores, especialmente porque no final de um ciclo, numa fase em que o número de licitantes é superior, os preços de aquisição tendem a ser superiores.

1.5. Procedimentos legais para a implementação de operações de fusão

Numa perspetiva legal, uma operação de fusão engloba os seguintes procedimentos:

1. Elaboração do projeto de fusão;
2. Submissão do projeto ao órgão de fiscalização (e a ROC independente, caso aplicável)
3. Registo e publicação do projeto de fusão;
4. Aprovação do projeto de fusão; e
5. Registo da fusão

Num primeiro momento, as administrações das sociedades envolvidas no processo devem elaborar, de forma conjunta, um projeto de fusão onde conste um conjunto de

Cap. I - Fusões

elementos, nomeadamente: modalidade, motivos, condições e objetivos da fusão; identificação das sociedades participantes; participação que algumas das sociedades tenham no capital de outra; balanço de cada uma das sociedades intervenientes, com o valor dos elementos do ativo e do passivo a ser transferido; as partes de capital a serem atribuídas aos acionistas das sociedades a incorporar e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos; as medidas de proteção dos direitos de terceiros não sócios e dos credores; e a data a partir da qual as operações são consideradas, do ponto de vista contabilístico, como efetuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade (artigo 98.º, n.º1 do CSC). De destacar que o projeto de fusão pode ser realizado por via eletrónica, através de uma página na internet onde podem ser entregues todos os documentos necessários e inerentes ao processo e que, permitam a promoção imediata do registo do projeto (artigo 98.º, n.º4 do CSC).

Numa segunda etapa, a administração de cada entidade participante na fusão, deverá comunicar o projeto ao seu órgão de fiscalização, para que seja emitido um parecer (artigo 99.º, n.º1 do CSC).

Pelo artigo 278.º do CSC, a fiscalização das sociedades pode ser estruturada mediante uma das três modalidades: conselho fiscal; comissão de auditoria; conselho geral e de supervisão. Segundo o artigo 413.º do CSC, no modelo com conselho fiscal, a fiscalização compete a: i) um fiscal único, que deve ser revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas, ou a um conselho fiscal, ii) a um conselho fiscal e a um revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas que não seja membro daquele órgão. O conselho fiscal é composto pelo número de membros fixados nos estatutos, no mínimo de três membros efetivos (artigo 413.º, n.º4 do CSC). Por sua vez, a comissão de auditoria é um órgão da sociedade composto por uma parte dos membros do conselho de administração, no mínimo de três membros efetivos. De realçar que aos membros da comissão de auditoria é vedado o exercício de funções executivas na sociedade. Por fim, no artigo 441.º do CSC, encontramos as competências do conselho geral e de supervisão, tais como: fiscalizar as atividades do conselho de administração executivo, dar parecer sobre o relatório de gestão e as contas do exercício, fiscalizar o processo de preparação e divulgação de informação financeira, entre outros.

Para além do parecer emitido pelo órgão de fiscalização, ou em situações em que uma entidade não detenha um órgão de fiscalização, a administração de cada sociedade interveniente na operação deverá promover um exame do projeto de fusão por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independente das sociedades intervenientes (artigo 99.º, n.º2 do CSC).

Importa realçar que o exame de projeto de fusão referido no n.º2 do artigo 99.º do CIRC, poderá ser dispensado a partir do momento em que todos os sócios e portadores de outros títulos que lhes confirmam direito de voto concordem com tal dispensa (artigo 99.º, n.º6 do CSC).

Posteriormente, o projeto de fusão deverá então ser registado na Conservatória do Registo Comercial, sendo publicado no imediato⁵. De seguida, deverá ser alvo de aprovação em assembleia geral. A convocatória é automática e publicada de forma gratuita em simultâneo com a publicação do registo do projeto. A assembleia geral ocorre pelo menos 30 dias sobre a data da publicação da convocatória⁶. Contudo, segundo o que consta no artigo 116.º do CSC, a fusão poderá ser realizada sem a deliberação prévia das assembleias gerais perante a incorporação por uma sociedade de outra que seja titular de pelo menos 90% das partes, ações ou quotas, quando cumpridos os requisitos dispostos no artigo em questão.

Por fim, a partir do momento em que a fusão tenha sido deliberada por todas as sociedades intervenientes no processo sem ter sido deduzido qualquer tipo de oposição, deve-se requerer a inscrição da fusão no registo comercial⁷. Com a realização do registo, são extinguidas as sociedades fundidas, sendo os direitos e obrigações transmitidos para a sociedade beneficiária⁸.

⁵ Conforme n.º1 do artigo 100.º do CSC

⁶ Conforme n.º2 do artigo 100.º do CSC

⁷ Conforme artigo 111.º do CSC

⁸ Conforme artigo 112.º do CSC

Capítulo II

Regime fiscal aplicável às fusões

Como temos observado ao longo deste estudo, as reorganizações empresariais constituem uma importante ferramenta para as entidades reforçarem a sua competitividade e eficiência.

Para a concretização deste tipo de negócios, têm de ser realizados uma série de procedimentos de *due dilligence* de forma a tentar averiguar se o negócio será proveitoso para os intervenientes. Um dos pontos fundamentais a ter em consideração é o impacto fiscal da operação, porque ainda que na base destas operações estejam motivações económicas, se o impacto fiscal do negócio não for devidamente analisado, poderão surgir uma série de encargos fiscais excessivos que possam inclusive colocar em risco a prossecução do negócio.

Nesse sentido, antes de abordarmos o regime de neutralidade fiscal previsto no CIRC para operações de reestruturação, será efetuado um breve enquadramento destes negócios nos diversos impostos existentes, de forma a percebermos se existem alguns pontos de similaridade e conexão entre os mesmos.

2.1 Fusões em sede de IVA

As fusões e cisões implicam a transferência de ativos e passivos entre as sociedades. Pela alínea a) do artigo 1.º do CIVA, a transmissão dos bens e/ou serviços efetuados em território nacional estaria sujeito a imposto.

Contudo, estas sociedades podem beneficiar do disposto no n.º 4 do artigo 3.º do IVA, que estabelece o seguinte: “*Não são consideradas transmissões as cessões a título oneroso ou gratuito do estabelecimento comercial, da totalidade de um património ou de uma parte dele, que seja susceptível de constituir um ramo de actividade independente, quando, em qualquer dos casos, o adquirente seja, ou venha a ser, pelo facto da aquisição, um sujeito passivo do imposto de entre os referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º*”. Para a prestação de serviços, este critério é igualmente aplicável em condições semelhantes⁹.

⁹ Número 5 do artigo 4.º do CIVA

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

Em função destes dois artigos, estes tipos de operações ficam então excluídas do conceito e conseqüentemente da incidência do imposto.

Em termos práticos, esta norma de delimitação negativa é aplicável a:

- Trespasse de estabelecimento comercial
- Fusão e Cisão de sociedades
- Cedência de quotas que envolva a transferência total dos ativos da empresa

Contrariamente ao que ocorre para efeitos de tributação em IRC, onde os contribuintes têm a possibilidade de escolher entre o regime geral de tributação ou o regime de neutralidade fiscal, em matéria de IVA as reorganizações empresariais são automaticamente alvo de isenção, a partir do momento em que o adquirente se torne um sujeito passivo de imposto por meio da operação (Silva, 2013).

Face ao acima exposto, percebemos que a partir do momento em que sejam cumpridos determinados requisitos, uma operação de fusão não está sujeita a IVA. Contudo, na sequência destas operações, surge um conjunto de despesas relacionadas de suporte às operações que os sujeitos passivos procuram deduzir. No entanto, esta situação é geradora de litígios entre os contribuintes e a AT.

De forma a ilustrar o acima exposto, será apresentado um breve resumo do Processo n.º 18/2013 – T/CAAD, que nos irá demonstrar um exemplo do tipo de litígios que surgem nesta matéria.

Neste caso em análise, a requerente era uma sociedade anónima que tinha como atividade principal o fabrico e comercialização de especialidades farmacêuticas, diagnósticos e material clínico/hospitalar. Na sequência de uma operação de reorganização societária, que se consubstanciou em diversos atos (nomeadamente a entrada de um novo acionista, a fusão por incorporação de diversas entidades na requerente e a contração de um financiamento), a requerente incorreu numa série de custos com serviços sujeitos a IVA, tendo procedido à dedução do respetivo imposto. Contudo, o sujeito passivo foi alvo de uma ação de inspeção, que originou correções técnicas em sede de IVA num montante total de € 598.098, que a AT considerou ter sido indevidamente deduzido. Face a essa decisão, o

sujeito passivo requereu a pronúncia arbitral, pedindo a anulação dos atos de liquidação de IVA bem como das liquidações dos correspondentes juros compensatórios.

Por um lado, o sujeito passivo defendeu que os serviços em causa não só estão intimamente relacionados com a operação de fusão e com o financiamento obtido, como também têm uma relação direta e imediata com a atividade económica prosseguida, na medida em que forneceram um conjunto de estudos e relatórios decisivos para a obtenção do financiamento e por terem maximizado a eficiência da operação de reestruturação. Por sua vez, a AT defendeu que as liquidações adicionais de imposto estão relacionadas com a compra de participações sociais ocorridas, tendo em sua defesa destacado uma decisão proferida pelo TJUE, que mencionava o seguinte: *“a simples tomada de participações financeiras noutras empresas (aquisição com posterior fusão) não constitui exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, dado que os eventuais dividendos, fruto de tal participação, resultam da simples propriedade/incorporação do bem e não são contrapartida de nenhuma actividade económica na acepção da directiva”*. Nesse sentido, a AT argumentou que os únicos *outputs* derivados da operação de aquisição de partes sociais, são os lucros que se traduzem em dividendos, sendo que esses lucros não estão sujeitos a IVA pelo que não deverão ter direito a dedução.

Face a todos os argumentos apontados por ambas as partes, o Tribunal Arbitral decidiu julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral.

Primeiramente, referiu que o fato de as fusões beneficiarem da regra de não sujeição prevista no n.º4 do artigo 3.º do CIVA, não produz qualquer impacto no direito à dedução do IVA suportado a montante para efeitos dessa operação de transmissão de património. Por outro lado, mencionou que apesar da simples detenção de participações sociais não constituir uma atividade económica, uma sociedade ao interferir na gestão das suas afiliadas, poderá realizar um conjunto de transações (como serviços financeiros, comerciais, entre outros) sujeitas a imposto e que efetivamente revelem substância económica. Por fim, importa destacar o seguinte argumento: *“no contexto da transferência de uma universalidade de bens ou de parte dela, v.g., uma fusão por incorporação, os serviços utilizados com esse fim mantêm uma relação direta e imediata com o conjunto da atividade económica do respetivo sujeito passivo, fazendo parte das suas despesas gerais, sendo componente do preço dos seus produtos / serviços pelo que conferem nessa medida direito à dedução.”*

Face ao acima exposto, percebemos que o ponto fundamental deste caso incidiu sobre a substância económica dos serviços adquiridos pelo sujeito passivo, bem como da sua relação com a operação de reestruturação.

2.2 Fusões em sede de IMT e Imposto do Selo

De seguida, torna-se relevante perceber o impacto das operações de reorganização em sede de IMT e IS.

Na sequência de uma operação de fusão, encontram-se sujeitos a IMT todos os imóveis que são transferidos para o ativo das sociedades beneficiárias. Desta forma, o IMT incide sobre o valor patrimonial desses imóveis ou sobre o valor (caso este seja superior) pelo qual os mesmos entraram no ativo das sociedades resultantes da operação¹⁰.

Complementarmente, segundo o CIS, estão sujeitos a imposto todos os atos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos ou situações jurídicas que estejam previstas no Tabela Geral, estando também incluídas as transmissões gratuitas de bens¹¹. Nesta Tabela Geral surgem uma série de operações, nomeadamente: aquisição de bens; operações financeiras, transferência onerosa de atividades ou de exploração de serviços.

Face ao acima exposto, percebemos a relevância que estes impostos teriam para as operações em análise neste estudo. Contudo, no estatuto de benefícios fiscais é contemplado um regime de isenção.

Se atentarmos no EBF, encontra-se mencionado que as empresas que tenham como função principal atividades de natureza agrícola, comercial, industrial ou prestação de serviços e que estejam envolvidas em operações de reestruturação ou acordos de cooperação, podem beneficiar de uma série de benefícios¹², designadamente:

- Ficarem isentas de IMT, no que respeita a imóveis que não se destinem a habitação, mas que sejam fundamentais para a prossecução da atividade, ou

¹⁰ Regra 13.º, n.º4, artigo 12.º do CIMT

¹¹ N.º1, artigo 1.º do CIS

¹² N.º1 do artigo 60.º do EBF

a imóveis habitacionais que sejam necessários para as operações de reestruturação ou acordos de cooperação;

- Isenção do imposto do selo para as operações mencionadas no ponto anterior ou de estabelecimentos comerciais, industriais ou agrícolas que sejam necessárias para o desenrolar das operações de reestruturação ou acordos de cooperação.
- Isenção dos emolumentos e de outros encargos legais que se mostrem devidos pela prática dos atos inseridos nos processos de reestruturação ou de cooperação.

Contudo, se o principal objetivo das operações em questão tiver sido a obtenção de benefícios fiscais, as isenções acima expostas deixam de ser aplicáveis. Isso é verificável a partir do momento em que as operações não tenham tido razões economicamente válidas como motivo principal para a sua realização, isto é, que não tenha existido uma substância económica inerente à operação, como poderia ser o reforço de competitividade das empresas ou até da estrutura produtiva¹³. Nos casos em que se verifique a ausência de razões economicamente válidas, procede-se às liquidações do imposto, com uma majoração de 15%.

2.3 Fusões em contexto de Preços de Transferência

Importa fazer também um breve enquadramento sobre as operações de fusão no contexto dos Preços de Transferência. Trata-se de uma área extremamente complexa e alvo de litígio entre as Autoridades Tributárias e os sujeitos passivos, uma vez que influencia diretamente o lucro/prejuízo apurado para cada uma das entidades relacionadas e, consequentemente, a receita fiscal do Estado (Correia, 2018).

Pelo artigo 13.º da Portaria 1446-C/2001, de 21 de dezembro, devem manter organizada a documentação relativa à política adotada para a determinação de Preços de Transferência, as entidades que tenham registado vendas líquidas e outros proveitos de valor igual ou superior a 3 milhões de euros. Nesse sentido, ao se analisar as operações vinculadas, deve-se garantir o cumprimento do Princípio de Plena Concorrência, isto é, que as condições

¹³ N.º6 do artigo 60.º do EBF.

prevalecentes numa operação entre empresas relacionadas¹⁴ sejam idênticas e realizadas em circunstâncias similares a operações entre empresas independentes.

Em termos práticos, a matéria fiscal dos Preços de Transferência não é uma ciência exata, permitindo uma larga margem de subjetividade e discricionariedade. Desta forma, não é razoável excluir a possibilidade das Autoridades Tributárias de diversos países procederem a ajustamentos nesta matéria, ainda que a preparação de documentação fiscal dos preços de transferência dificulte essa possibilidade.

Nesse sentido, no planeamento das operações de reestruturação, o risco dos Preços de Transferência é um tema obrigatório e de extrema relevância, nomeadamente quando estamos perante negócios transfronteiriços. Este risco é avaliado mediante a possibilidade da Autoridade Tributária de um determinado país anular a posição de Preços de Transferência assumida por uma empresa, resultando no pagamento de um imposto adicional (Mescall, 2007).

A realidade é que, fruto da atual conjuntura económica, as reorganizações dos modelos de negócio surgem como uma ferramenta necessária para as entidades se adaptarem às constantes alterações do mundo económico. No seguimento dessas operações, os Preços de Transferência conferem às entidades a possibilidade de transferirem um conjunto de funções, riscos ou ativos para outros países, geralmente através de uma realocação de lucros, imediata ou posterior, entre as entidades envolvidas (Breia, 2009). Nesse sentido, há uma atenção crescente em torno desta temática, porque efetivamente as disposições fiscais variam entre países e os Preços de Transferência podem ser utilizados como uma ferramenta para alocar lucros em jurisdições com tributações mais favoráveis.

Os Preços de Transferência podem surgir igualmente como um meio estratégico para os grupos económicos reforçarem a sua posição competitiva no mercado. Efetivamente, o Preço de Transferência adequado poderá permitir que uma subsidiária atue em determinados mercados com preços competitivos. Nesse sentido, a par dos objetivos internos do grupo,

¹⁴ No n.º4 do artigo 63.º do CIRC, encontra-se exposto as situações em que existem relações especiais entre duas entidades. Um dos vários casos apresentados, estabelece que empresas relacionadas são empresas com ligação direta ou indireta superior a 20% do capital ou do direito de voto.

poderá igualmente ajudar a que um grupo económico consiga gerir de forma mais eficiente as diferenças cambiais bem como a flutuação nos níveis de inflação (Cravens, 1997). No entanto, importa realçar que as restrições às transferências de dinheiro são específicas do ambiente internacional, o que pode criar determinadas limitações neste âmbito. Dessa forma, ainda que os impostos não constituam um efeito de primeira ordem na influência da localização de metas de F&A, a aplicação agressiva dos Preços de Transferência poderá implicar custos excessivos nas operações futuras da empresa, pelo que a avaliação do risco fiscal constitui uma componente importante no processo de *due diligence* das operações de reestruturação (Mescall e Klassen, 2018).

Tendo por base o acima exposto, e de forma a ilustrar a relevância e as especificidades dos Preços de Transferência em operações de fusão, consideremos o seguinte exemplo.

A entidade T (subsidiária da entidade P), localizada em Portugal, será incorporada mediante uma operação de fusão na entidade L (também subsidiária da entidade P), localizada no Luxemburgo. O objetivo fundamental desta operação é tornar a entidade beneficiária num centro de produção dos produtos comercializados pelo grupo. Esta operação iria implicar a alocação de determinados riscos, funções e ativos para a entidade beneficiária. Desde logo surgiria uma série de questões fundamentais associadas a esta operação: perceber se com a concretização do negócio, a entidade beneficiária seria uma *full-fledged, licensed, contract* ou *toll manufacturer*¹⁵; perceber em que circunstâncias

¹⁵ Estes quatro conceitos representam os perfis funcionais usualmente utilizados para caracterizar entidades produtoras. Dos quatros perfis, um *full fledged manufacturer* é aquele que assume um maior número de funções e riscos, tais como planeamento de produção, I&D, controlo de qualidade, detenção e controlo das matérias-primas, entre outros. No sentido oposto, um *toll manufacturer* é quem assume menos riscos e funções na atividade que desenvolve, não detendo atividades de marketing ou vendas, nem inventários, sendo que as matérias-primas utilizadas por si são detidas e disponibilizadas pelo produtor principal do grupo económico onde se insere. Nesta hierarquia, um *licensed e contract manufacturer* assumem uma posição intermédia. Em termos genéricos, um *licensed manufacturer* produz bens mediante um contrato de licença estabelecido com o produtor principal do grupo onde se insere, utilizando para isso um conjunto de intangíveis como patentes, design de produtos, processos de fabrico e know-how detidos pelo produtor principal. Por sua vez um *contract manufacturer* produz um conjunto de bens para o produtor principal, mediante as especificações e requisitos de qualidade definidos por este último, que é quem assume os riscos de procura e de preço final dos produtos.

poderia existir uma compensação para a entidade que viu encerrada a sua atividade; a forma como no processo pós reestruturação as transações serão enquadradas mediante o princípio de plena concorrência, entre outros. Nesse sentido, assumindo que a entidade L, após a concretização do negócio de reestruturação passe a assumir um maior número de funções (como por exemplo, atividades de I&D, compra de matérias-primas, controlo da qualidade ou suporte após vendas) e riscos (de mercado, inventário, cambial, crédito, entre outros), é expectável que beneficie de maiores margens de rentabilidade nas suas operações intra-grupo, ainda que esteja também mais exposta à possibilidade de incorrer em maiores prejuízos. Face a isto, se considerarmos que a entidade iria vender parte da sua produção a outras entidades do grupo, poderíamos eventualmente assistir à transferência de um conjunto de lucros para a jurisdição da entidade beneficiária, que neste caso seria no Luxemburgo, o que poderia resultar numa diminuição dos encargos fiscais, se considerarmos que a taxa de imposto sobre o rendimento é inferior. Ora, assumindo este hipotético exemplo, enquanto a entidade poderia diminuir os impostos a serem pagos, o Estado Português iria assistir a uma deslocalização de lucros que contribuiria para uma perda de receita fiscal.

Neste sentido, encontra-se previsto na legislação portuguesa um conjunto de normas que visam prevenir a deslocalização de empresas por motivos exclusivamente fiscais. Se atentarmos no n.º1 do artigo 83.º do CIRC, verificamos que a transferência de uma sociedade residente em território nacional para o estrangeiro passa a ser fiscalmente equiparada a uma liquidação. Face ao exposto, são relevantes para efeitos de determinação do lucro tributável do exercício da cessação da atividade, as diferenças positivas ou negativas entre os valores de mercado e os valores contabilísticos dos elementos patrimoniais à data da cessação. Ora, se considerarmos que os razões para a deslocalização de empresas sejam motivações meramente fiscais, encontramos aqui alguns entraves que efetivamente podem dificultar este tipo de estratégias. Contudo, pelo n.º10 do artigo 83.º do CIRC, se os elementos patrimoniais permanecerem afetos a um estabelecimento estável e contribuírem para o lucro tributável do mesmo, já não ocorre a tributação anteriormente referida, desde que se mantenham os

Ainda assim, apesar de um *contract manufacturer* assumir menos funções/riscos face a um *licensed manufacturer*, detém equipamentos e assume o controlo das suas matérias-primas, assumindo o risco de detenção dos mesmos (Dahm e Sciacca , 2014).

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

valores nos termos do n.º3 do artigo 74º do CIRC. Tendo por base o exposto, se considerarmos o exemplo representado no parágrafo anterior, poderíamos já assistir a uma estratégia algo distinta com base nestas normas.

Desta forma, conseguimos ter uma perceção da relevância e do impacto que esta temática assume, não só a nível das estratégias assumidas pelos diversos grupos económicos, como também nos diversos Estados Membros, que necessitam de criar de forma constante um conjunto de mecanismos que previnam situações de evasão fiscal e de deslocalização de lucros.

Por fim, importa realçar a publicação da Lei n.º119/2019 de 18 de setembro, que trouxe uma série de alterações ao regime de Preços de Transferência. Com a introdução desta lei, passaram a ser consideradas como operações vinculadas, as operações de reestruturação ou de reorganização empresariais, tais como as alterações de estrutura de negócio, a cessação ou renegociação substancial de contratos existentes, com foco especial nas situações que implicam a transferência de bens tangíveis, intangíveis, direitos sobre intangíveis e compensações por danos emergentes ou lucros cessantes.

2.4 Fusões em contexto de IRC

2.4.1 Regime Geral

Segundo o regime geral de tributação, os resultados das operações de fusão seriam apurados como se estivéssemos perante uma alienação, apurando-se as mais valias individualmente para cada ativo e passivo.

Nesse sentido, segundo o n.º2 do artigo 46.º do CIRC, as mais valias correspondem à diferença entre o valor de realização (valor de mercado dos elementos transmitidos e líquido dos encargos que lhe são inerentes) e o valor de aquisição (deduzido das depreciações e amortizações aceites fiscalmente, perdas por imparidade e outras correções).

Numa perspetiva societária, com a operação de fusão, os sócios da sociedade fundida transmitem as suas participações, recebendo em troca participações da sociedade beneficiária. Como mencionado anteriormente, aqui estamos igualmente perante uma transmissão onerosa, pelo que os sócios apuram uma mais-valia que irá corresponder à diferença entre o justo valor das participações da sociedade beneficiária (que foram

adquiridas em função da operação) e entre a base fiscal das operações da sociedade fundida (que se extingue) (Mendes et. al., 2019).

Desta forma, consideremos o seguinte exemplo: a empresa S será incorporada na empresa G mediante uma operação de fusão, sendo que a operação será enquadrada no regime geral de tributação. Nesse sentido, com o decorrer da operação os sócios da sociedade S receberão participações da sociedade G, tendo conseqüentemente de apurar uma mais-valia. Tendo em consideração o exposto, se o justo valor das participações sociais da sociedade beneficiária tivesse um valor de 150 e a base fiscal das operações da sociedade S fosse de 120, teríamos uma mais-valia de 30, que seria alvo de tributação.

Ou seja, mediante o regime geral de tributação, os resultados da transmissão de património, dos ativos e a passivos irão concorrer para a determinação do lucro tributável das sociedades envolvidas como se de uma efetiva transação se tratasse, havendo por isso lugar à tributação das mais valias que possam ser geradas nessa operação.

Nas situações em que não ocorra uma atribuição de participações sociais aos acionistas da sociedade fundida, os ganhos ou perdas de cada sócio irão corresponder à diferença entre o justo valor das partes representativas de capital da sociedade fundida à data da operação e o valor de aquisição das partes de capital detidas pelos sócios das sociedades fundidas (artigo 46.º, n.º13 do CIRC).

Este constitui uma das razões para a criação de um regime especial de tributação aplicável a fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, de forma a evitar a existência de eventuais desincentivos para todas as partes. No entanto, é importante realçar que não se pode afirmar de forma imediata que com a aplicação do regime de neutralidade fiscal surgem vantagens imediatas perante o regime geral.

2.4.2 Regime de Neutralidade Fiscal

2.4.2.1 Enquadramento geral

Ao longo deste estudo temos vindo a perceber a importância das operações de reestruturação na economia mundial. Num mundo cada vez mais globalizado, em constante mudança e com níveis de competitividade altíssimos, as F&A tornaram-se ferramentas de negócios imprescindíveis, na medida em que permitem que as empresas cresçam de forma

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

mais rápida comparativamente com os seus concorrentes e se adaptem rapidamente a novos ambientes económicos, culturais e sociais.

Nesse sentido, é fundamental que cada Estado Membro crie um conjunto de condições que evitem a existência de entraves à concretização destes negócios, nomeadamente de âmbito fiscal.

Seguindo esta lógica, nos artigos 73.º e seguintes do CIRC encontra-se previsto um regime especial aplicável a operações de reorganização (nomeadamente fusões) designado de “Regime de neutralidade fiscal”.

Como iremos verificar em capítulos posteriores, este é um regime especial de tributação que visa precisamente evitar que sejam criados entraves de natureza fiscal às operações de reestruturação que tenham como objeto o redimensionamento das atividades, uma vez que não estão em causa verdadeiras operações de transmissão. Contudo, importa realçar que não existe uma eliminação da tributação, simplesmente ocorre um diferimento para um momento futuro, em que, por exemplo, a sociedade beneficiária aliene os ativos e as mais valias, decorrentes da operação, sejam tributadas de acordo com o regime geral (Campos e Pais, 2019).

Face ao acima exposto, torna-se pertinente perceber se estamos efetivamente perante um benefício fiscal.

O conceito de benefício fiscal está enquadrado numa noção mais ampla, designada por desagravamentos fiscais. Objetivamente, desagravamentos fiscais representam uma vantagem para o contribuinte na medida em que reduzem o montante de imposto a pagar (Gomes, 1990). Contudo, dentro deste conceito, encontram-se os benefícios fiscais e as não sujeições tributárias, pelo que importa abordar as diferenças entre ambos.

Pelo n.º2 do artigo 4.º do EBF, as não sujeições tributárias representam medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência. Ou seja, estamos perante manifestações do próprio sistema normal de tributação, fazendo parte da tributação-regra que certas situações não sejam tributadas (Pereira, 2010).

Por sua vez, se recorrermos ao n.º1 do artigo 2º do EBF, os benefícios fiscais representam medidas fiscais de carácter excecional instituídas para tutela de interesses

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem. Pelo n.º2 do artigo 2º do EBF, estas medidas fiscais podem ser concretizadas mediante isenções, reduções de taxa, deduções à matéria coletável e à coleta, amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam ao que se encontra exposto no nº1 do mesmo artigo.

Recorrendo ao Acórdão do TCAS de 05/02/2015, Processo nº08259/14, encontra-se exposto o seguinte: “(...)os benefícios fiscais consubstanciam, antes de mais, factos que estando sujeitos a tributação, são impeditivos do nascimento da obrigação tributária ou, pelo menos, de que a mesma surja em plenitude. Na verdade, enquanto facto impeditivo, o benefício fiscal traduz-se sempre em situações que estão sujeitas a tributação, isto é, que são subsumíveis às regras jurídicas que definem a incidência objectiva e subjectiva do imposto.”

Verifica-se, assim, que o regime de neutralidade fiscal assume características que correspondem a um verdadeiro benefício fiscal. Desde logo, este é um regime que visa fomentar a reestruturação do tecido empresarial português, pelo que ainda que o Estado Português abdique de receita fiscal no momento da ocorrência das operações, estamos perante um conjunto de medidas excepcionais aplicáveis em casos de reconhecido interesse público. Isto é, estamos perante um conjunto de factos que são impeditivos da tributação normal por razões excepcionais e extrafiscais superiores ao da percepção do imposto, sendo por isso protegidos por motivos económicos que visam fomentar o investimento. Adicionalmente, e tal como iremos abordar posteriormente neste estudo, uma das condições previstas com este regime especial de tributação é a possibilidade de transmissibilidade de prejuízos fiscais para a sociedade beneficiária, o que conseqüentemente se materializa numa dedução na matéria coletável apurada, que constitui uma das formas de concretização de um benefício fiscal, conforme exposto no n.º2 do artigo 2º do EBF. Como tal, defendemos que se está perante um verdadeiro benefício fiscal.

Tal como mencionado anteriormente, no momento da ocorrência da operação o Estado abdica de receita fiscal com a existência deste regime. Contudo, sem este regime, muitos negócios eventualmente não se iriam concretizar uma vez que os encargos fiscais seriam superiores aos benefícios líquidos que as entidades iriam obter com a realização da operação, logo nem o Estado nem as entidades iriam obter as vantagens económicas

desejadas. Nesse sentido, é razoável afirmarmos que ambas as partes têm os seus interesses salvaguardados com a aplicação deste regime especial de tributação (Sanches, 2008).

Pode-se então concluir que o regime de neutralidade fiscal pretende proteger operações que reúnam duas características fundamentais (Mendes et. al., 2019), designadamente:

- Não pressupõem um desinvestimento na empresa reorganizada, isto é, existe continuidade da empresa e do respetivo investimento;
- Pretendem alcançar uma maior eficiência da organização e dos meios de produção da empresa, ou seja, procuram alcançar vantagens organizacionais.

2.4.2.2 Diretivas

Antes de abordarmos a aplicação do regime de neutralidade nas operações de reorganizações societárias, importa perceber a evolução das Diretivas respeitantes a esta temática, bem como a sua transposição para o ordenamento jurídico português.

No CIRC do ano de 1989, através dos artigos 62.º e 64.º, as entidades já poderiam beneficiar do regime de neutralidade fiscal, mediante o cumprimento de determinados requisitos. No entanto, este regime era algo limitador dado que era aplicável exclusivamente a nível nacional e não beneficiava as fusões transfronteiriças. Atendendo a estas limitações, surge no ano de 1990, a publicação da Diretiva n.º 90/434/CEE, de 23 de julho, comumente denominada por Diretiva das Fusões e Aquisições, com vista a uma harmonização a nível comunitário (Silva, 2013).

Esta Diretiva estabeleceu que as operações de fusão *“não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional”*.

Reconhecendo que estes tipos de operações entre empresas pertencentes a Estados-Membros diferentes poderiam ser prejudicados comparativamente com as operações realizadas entre entidades pertencentes ao mesmo Estado-Membro, a Diretiva veio responder à necessidade de eliminar essa penalização.

O regime fiscal previsto nesta Diretiva acabaria por ser transposto para o normativo fiscal português nos anos de 1992 e 1993, pelos Decretos-lei n.º123/92, de 2 de julho, e n.º 6/93, de 9 de janeiro. Nesse sentido, a legislação portuguesa passou a prever dois regimes diferentes, consoante se tratasse de fusões entre sociedades portuguesas ou de fusões entre sociedades portuguesas e sociedades estrangeiras (Gomes, 2014).

Posteriormente, surgiu a Diretiva 2005/56/CE, de 26 de outubro de 2005, que, reconhecendo que as fusões transfronteiriças de sociedades de responsabilidade limitada se deparavam com numerosas dificuldades legislativas e administrativas na Comunidade, estabeleceu um conjunto de disposições comunitárias para facilitar este tipo de fusões¹⁶.

Mais tarde, acabaria por surgir a Diretiva 2009/109/CE de 16 de setembro de 2009. Entre outros tópicos, nesta Diretiva constava o seguinte: *“Os sítios web das sociedades ou outros sítios web oferecem, em alguns casos, uma alternativa à publicação através dos registos das sociedades. Os Estados-Membros deverão poder indicar esses outros sítios web que as sociedades podem utilizar a título gratuito para essa publicação, como os sítios web das associações empresariais ou das câmaras do comércio, ou a plataforma electrónica central referida na Primeira Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968 .*

Simultaneamente, também estabeleceu que *“Os requisitos de publicidade relativos ao projeto de fusão aplicáveis a fusões transfronteiriças, previstos na Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, deverão ser idênticos aos requisitos aplicáveis às fusões e cisões nacionais”*.

De forma objetiva, as disposições introduzidas com esta Diretiva visavam essencialmente simplificar as obrigações de publicidade associadas às operações de fusão, aproveitando assim as virtualidades dos meios disponíveis na internet (Silva, 2013).

¹⁶ Na Diretiva 2005/56/CE, de 26 de outubro de 2005, era mencionado o seguinte: *“(…) as fusões transfronteiriças de sociedades de responsabilidade limitada deparam-se com numerosas dificuldades legislativas e administrativas na Comunidade”. “É, por isso, necessário (...), prever disposições comunitárias que facilitem a realização de fusões transfronteiriças entre sociedades de responsabilidade limitada de diferentes tipos, regidas por legislações de diferentes Estados-Membros”*.

2.4.2.3 Aplicação do regime de neutralidade nas reorganizações societárias.

Segundo o n.º7 do artigo 73.º do CIRC o regime de neutralidade fiscal é aplicável a fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais em que intervenham:

- Sociedades com sede ou direção efetiva em território português, sujeitas e não isentas de IRC;
- Sociedade ou sociedades de outros Estados membros da União Europeia, desde que todas as sociedades se encontrem nas condições estabelecidas no artigo 3.º da Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro.

Se atentarmos no número 1 do artigo 74.º do CIRC, o regime de neutralidade prevê que não sejam considerados para efeitos fiscais, os resultados provenientes da transferência de elementos patrimoniais nas operações de fusão e cisão. Para a aplicação deste regime, a sociedade beneficiária deverá manter os elementos patrimoniais, alvo de transferência, pelos exatos valores que tinham nas sociedades fundidas/cindidas antes da realização das operações (artigo 74.º, n.º3 do CIRC). Nesse sentido, a sociedade que é gerada na sequência da operação de fusão, assume os direitos e obrigações das sociedades que se fundiram, num princípio de continuidade. Assim, os ativos e passivos que foram transferidos com o decorrer da sua operação, não sofrem alterações e mantêm o valor que tinham anteriormente (Gomes, 2014).

No seguimento desta linha torna-se pertinente observar o impacto deste regime na perspetiva de ambas as sociedades.

Na esfera da sociedade fundida, na determinação do lucro tributável, para além de não se considerar qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais, em consequência da operação, também não são contabilizados como rendimentos os ajustamentos em inventários, perdas por imparidade e outras correções de valor que digam respeito a créditos, inventários e as provisões relativas a obrigações e encargos objetos de transferência, aceites para efeitos fiscais (artigo 74.º, n.º1 do CIRC). Adicionalmente, quando a sociedade fundida detém participação no capital da sociedade beneficiária, a eventual mais/menos-valia resultante da anulação de partes de capital não concorre para formação do lucro tributável (artigo 74.º, n.º7 do CIRC).

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

Na esfera da sociedade beneficiária, para a determinação do lucro tributável deve-se ter em consideração o seguinte: o apuramento dos resultados provenientes da transferência de elementos patrimoniais ocorre como se não tivesse ocorrido fusão (alínea a, n.º4 do artigo 74.º do CIRC); as depreciações/amortizações ocorrem em conformidade com o que era aplicado nas sociedades fundidas (alínea b, n.º4 do artigo 74.º do CIRC); para os ajustamentos em inventário, perdas por imparidade e provisões alvo de transferência, são aplicados, de uma perspetiva fiscal, o regime que era utilizado nas sociedades fundidas (alínea c, n.º4 do artigo 74.º do CIRC); e não são contabilizadas para efeitos de lucro tributável eventuais mais ou menos-valias que resultem da anulação de partes de capital detidas no capital das sociedades fundidas (artigo 74.º, n.º6 do CIRC).

Relativamente aos sócios das sociedades fundidas, a aplicação deste regime pressupõe que nas operações de trocas de partes do capital, não sejam tidos em consideração, para efeitos fiscais, eventuais ganhos/perdas, desde que as partes do capital recebidas pelos acionistas das sociedades fundidas sejam valorizadas, para efeitos fiscais, pelo montante que tinham as partes de capital entregues (artigo 76.º, n.º1 do CIRC). Contudo, tal não impede a tributação dos montantes em dinheiro recebidos pelos sócios das sociedades fundidas, na sequência da fusão (artigo 76.º, n.º2 do CIRC).

No entanto, é importante repetir que este regime não pretende isentar a tributação de forma definitiva, mas simplesmente diferi-la para um momento posterior. Procura-se assim atribuir significância fiscal à continuidade do investimento, suspendendo o reconhecimento das mais-valias, até ao momento em que ocorra um efetivo desinvestimento.

Pode-se afirmar que a aplicação deste regime produz dois efeitos fundamentais (Mendes et. al., 2019):

- Neutralizar, através do diferimento da tributação, as consequências fiscais que seriam habituais para um conjunto específico de negócios jurídicos; e
- Garantir a soberania dos Estados Membros sobre as mais-valias diferidas nessas operações, por via da afetação dos ativos transferidos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária no Estado-Membro transmitente.

A realidade é que sem este regime de tributação, as fusões poderiam em determinadas situações gerar custos elevados.

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

As mais-valias e menos-valias devem ser tributadas a partir do momento em que são realizadas e as operações de fusão constituem precisamente um momento de realização pela transmissão de partes sociais que acarretam (as mais valias latentes não estão sujeitas a tributação e as menos-valias latentes não constituem gastos fiscais). Adicionalmente, numa operação de fusão, existe uma avaliação do património da sociedade fundida, o que implica a avaliação da totalidade dos seus ativos, pelo que parte desses ativos, nomeadamente aqueles que a entidade detém por um longo período, podem ser alvo de valorização. Nesse sentido, estas operações de troca poderiam ser consideradas como uma forma de realização das mais-valias e menos-valias latentes, o que poderia representar encargos fiscais excessivos e inviabilizar a ocorrência da operação (Sanches, 2008).

Com este regime, assistimos, portanto, a uma transmissão de património que não é alvo de tributação no momento da ocorrência da operação, mas que terá de manter o valor que tinha antes da fusão, garantindo assim que as entidades não sejam beneficiadas de forma excessiva, o que poderia acontecer se houvesse a possibilidade de se reavaliar o património e não se tributassem eventuais acréscimos patrimoniais que pudessem surgir (Gomes, 2014). O apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos é efetuado como se não tivesse ocorrido a fusão. Como tal, é efetuado uma junção dos ativos, passivos, reservas e resultados das empresas intervenientes na operação, pelas quantias escrituradas em cada uma delas. Ora, uma vez que este regime especial não elimina a tributação, apesar de no momento da ocorrência da operação existir perda de receita fiscal, num momento futuro o Estado pode recuperar essa perda caso, por exemplo, exista uma alienação dos ativos. Contudo, com a aplicação deste regime especial, se os elementos patrimoniais transferidos não mantivessem os valores que tinham antes da fusão, efetivamente poderiam ser reavaliados aquando da concretização da operação e aumentarem o seu valor patrimonial, sendo que aqui não estaríamos na presença de um diferimento da tributação, uma vez que estes eventuais acréscimos patrimoniais constituiriam uma perda fiscal irreversível.

Adicionalmente, se atentarmos no artigo 75.º-A do CIRC, verificamos que o regime de neutralidade fiscal prevê também a possibilidade de transmissão de benefícios fiscais e de dedutibilidade de gastos de financiamento líquidos. Segundo o n.º1 do artigo acima mencionado, os benefícios fiscais podem transitar da sociedade fundida para a sociedade beneficiária, desde que se verifiquem os respetivos requisitos e em situações em que seja aplicado o regime especial previsto no artigo 74.º do CIRC. Contrariamente ao que acontece

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

em cisões, onde a atribuição deste benefício está limitada ao cumprimento dos requisitos previstos na Portaria n.º275/2014, o processo de transmissão de benefícios fiscais, em fusões sob o regime de neutralidade fiscal, ocorre de forma automática. No que diz respeito aos gastos de financiamento líquidos não deduzidos pelas sociedades fundidas, bem como a parte não utilizada do limite mencionado no n.º3 do artigo 67.º do CIRC, podem ser deduzidos na determinação do lucro tributável das sociedades beneficiárias (artigo 75.º-A, n.º2 do CIRC). Contudo, este processo depende igualmente da aplicação do regime previsto de neutralidade fiscal e está limitado ao término do prazo de que as sociedades fundidas dispunham, de acordo com o que está representado nos n.º2 e 3 do artigo 67.º do CIRC.

Para além de tudo o que foi acima exposto, este regime especial de tributação prevê também a transmissibilidade de prejuízos fiscais. Para a análise deste tema, é necessário fazer um breve enquadramento da Lei n.º2/2014 de 16 de janeiro, que veio trazer alterações significativas.

No n.º1 do artigo 75.º do CIRC, da versão anterior à entrada em vigor da Lei n.º2/2014, constava: “ *Os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante (..) desde que seja concedida autorização pelo Ministro das Finanças, mediante requerimento dos interessados entregue na Direcção-Geral dos Impostos até ao fim do mês seguinte ao do pedido do registo da fusão na conservatória do registo comercial*”.

No n.º2 desse mesmo artigo, acrescia o seguinte: “*a concessão da autorização está subordinada à demonstração de que a fusão é realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes, e se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva (...)*”

Seguindo esta lógica, para além de ser necessária uma autorização do Ministro das Finanças, os sujeitos passivos eram obrigados a demonstrar que as fusões eram realizadas por razões económicas válidas. Esta situação foi alvo de inúmeras críticas, visto que a Diretiva de F&A previa precisamente o contrário, isto é, era aos Estados Membros que cabia a obrigatoriedade de provar a ausência de substância económica no momento em que estas operações eram realizadas (Gomes, 2014). Adicionalmente, pelo n.º4 desse mesmo artigo, era concedida a faculdade ao Ministro das Finanças para, no despacho de autorização, fixar

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

um plano específico de dedução, bem como os limites que não podiam ser excedidos. Esta situação piorou ainda mais com a Circular 7/2005 que veio uniformizar o despacho previsto nesse artigo 75.º e previa sempre limitações na dedução de prejuízos (Braga, 2012).

De forma a combater uma série de ineficiências legislativas, no ano de 2014 assistiu-se então a uma reforma do IRC.

No seguimento das alterações efetuadas, o atual n.º1 do artigo 75.º do CIRC prevê o seguinte: *“os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante, nos termos e condições estabelecidos no artigo 52.º e até ao fim do período referido no n.º 1 do mesmo artigo, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam”*. Simultaneamente, o n.º4 deste artigo sofreu igualmente alterações, sendo que atualmente a limitação da dedutibilidade dos prejuízos fiscais corresponde ao *“valor correspondente à proporção entre o valor positivo do património líquido da sociedade fundida (...) e o valor do património líquido de todas as sociedades ou estabelecimentos estáveis envolvidos na operação de fusão”*.

Das alterações proferidas, destaca-se o facto de já não ser necessária a autorização por parte do Ministro das Finanças e de as entidades não necessitarem de demonstrar que a fusão foi motivada por razões económicas válidas para terem acesso ao processo de transmissibilidade de prejuízos fiscais. Efetivamente, estas alterações foram importantes na medida em que permitiram eliminar uma série de burocracias e entraves que dificultavam a realização de operações de reestruturação. Contudo, o controlo por parte das Autoridades Tributárias poderá ser algo dificultado com o atual regime, até porque neste momento este controlo terá de ser feito numa fase posterior à realização das operações e através de ações de inspeção (Gomes, 2014).

Todos estes mecanismos podem contribuir para algumas condutas abusivas, especialmente quando motivam os agentes económicos a tomarem determinadas decisões que aconteceriam na ausência destas regras. Naturalmente, qualquer sujeito passivo na tomada de decisão dos seus investimentos deve ter em consideração a carga fiscal, mas devem igualmente garantir que as suas operações sejam realizadas em conformidade com a letra e o espírito da lei. Nos capítulos seguintes, será abordada a linha ténue existente entre os conceitos de planeamento fiscal legítimo e de evasão fiscal e também a cláusula anti-

abuso prevista no CIRC, que permite à AT controlar estas situações de planeamento ilegítimo.

2.4.2.4 Evasão fiscal e as razões económicas válidas

A erosão das bases tributáveis é um fenómeno de complexidade elevada e que se encontra presente na maioria dos países. Com uma crescente globalização e digitalização, os fenómenos de evasão e fraude fiscal tendem a ser cada vez mais sofisticados e complexos, dificultando o combate por parte dos diversos Estados Membros. Este combate é absolutamente determinante para garantir a estabilidade dos sistemas económicos dos diversos países. Por um lado, a evasão e a fraude fiscal criam uma série de problemas de carácter económico, na medida em que comprometem seriamente o erário público e criam vários fatores de distorção da concorrência nos diversos setores de atividade. Por outro lado, também colocam em causa a aplicação do princípio de equidade e justiça tributária, a partir do momento em que os incumpridores põem em causa os interesses dos sujeitos passivos que cumprem as suas obrigações fiscais.

Inicialmente, importa distinguir os conceitos de fraude fiscal, planeamento fiscal legítimo e evasão fiscal.

O conceito de fraude fiscal diz respeito a um conjunto de comportamentos manifestamente ilícitos, constituindo verdadeiros delitos ou infrações, sendo objeto de sanção penal ou administrativa. Aqui estamos perante um conjunto de atos culposos, totalmente contrários à lei e que devem ser alvo de um juízo de censura ética particularmente intenso, por ferirem valores fundamentais do direito penal (Santos, 2009).

O planeamento fiscal legítimo ocorre quando a poupança fiscal é desejada pelo legislador, que estabelece um conjunto de normas de tributação como exclusões tributárias, deduções específicas, isenções fiscais, zonas francas, entre outros. Desta forma, os sujeitos passivos podem beneficiar de uma minimização dos impostos por uma via totalmente legítima e lícita, procurada pelo legislador e deixado como opção aos contribuintes (Silva, 2008).

A evasão fiscal diz respeito a um conjunto de atos ou operações lícitas, mas que a lei fiscal considera que não estão em conformidade com a substância da realidade económica que lhes é subjacente (Silva, 2008).

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

A evasão fiscal poderá ocorrer a nível interno, quando estamos perante uma variedade de regimes fiscais de um só ordenamento jurídico, ou a nível internacional, quando estamos na presença de uma pluralidade de regimes fiscais de mais de um ordenamento jurídico. Para que a evasão fiscal internacional ocorra, terão que existir dois pressupostos, designadamente (Santos, 2008):

- Existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, sendo que um deles é mais favorável que os demais, para uma determinada situação em específico; e
- Existe a liberdade do sujeito passivo optar por um dos ordenamentos jurídicos.

Um exemplo ilustrativo deste tipo de elisão, seria uma entidade mudar a sua residência fiscal para um país com um regime de tributação mais favorável, de forma a tentar diminuir os impostos a pagar.

A realidade é que a conformidade tributária depende de uma procura racional por parte dos contribuintes pelos seus próprios interesses. Tendo em consideração que os impostos constituem custos, é expectável que os sujeitos passivos tentem evitá-los ao máximo (Wenzel, 2005).

Os motivos pelos quais as situações de evasão ocorrem podem resumir-se a: económicos, políticos, técnicos e judiciais.

As razões económicas relacionam-se essencialmente com períodos de recessão económica. Nesta fase, assiste-se geralmente a maiores índices de desemprego, os impostos tendem a aumentar e conseqüentemente há uma maior propensão para a evasão ou fraude fiscal (Afonso, 2015).

Os motivos políticos relacionam-se com a percepção que os contribuintes têm sobre o sistema fiscal em vigor. Fatores como a igualdade de oportunidades e as correções efetuadas na forma como a riqueza e o rendimento são distribuídos, podem motivar a um maior ou menor cumprimento das obrigações fiscais por parte dos contribuintes. Adicionalmente, quando existe a percepção que a tributação recai em maior proporção sobre determinada parte da população ou que a despesa pública é gerida de forma errada, poderá existir uma maior resistência por parte dos sujeitos passivos no pagamento dos seus impostos (Afonso, 2015).

No que respeita aos fatores técnicos, devem-se essencialmente à complexidade e instabilidade do sistema fiscal, que pode contribuir para situações onde os sujeitos passivos não tenham uma perceção precisa da sua situação tributária, não exista um sistema adequado de garantias para efeitos de reclamações/impugnações, entre outros (Jordão, 2016). Estas imperfeições na lei e conseqüente ausência de neutralidade do sistema fiscal terão como conseqüência a atuação dos contribuintes na procura de opções de gestão fiscal que permitam aliviar a carga tributária, isto é, podemos assistir a um uso irregular de formas jurídicas, criadas de forma engenhosa, para colocá-los fora do campo de incidência de determinados tributos em relação aos quais estariam sujeitos em situações normais (Viana, 2016).

Relativamente às razões judiciais, decorrem essencialmente de um elevado número de processos judiciais pendentes e do facto de não existir celeridade no que respeita à resolução de litígios entre a Autoridade Tributária e os sujeitos passivos (Jordão, 2016).

A realidade é que existe uma linha muito ténue entre os conceitos de planeamento fiscal e evasão fiscal.

Existem situações em que facilmente conseguimos identificar que estamos perante um planeamento legítimo. Quando o legislador permite, por exemplo, a opção entre dois regimes jurídicos distintos, de onde resultam conseqüências fiscais diversas, o que se pretende não é incentivar determinado comportamento, mas sim garantir que o sujeito passivo tome uma decisão em função dos seus interesses. Assim, o contribuinte ao escolher uma das opções que tem à sua disposição, estará a realizar, em primeira instância, um planeamento totalmente legítimo (Santos, 2009).

O maior desafio surge em perceber o momento em que ultrapassamos a fronteira da mera gestão fiscal. Do ponto de vista teórico, facilmente compreendemos que essa fronteira é ultrapassada quando o sujeito passivo, para evitar uma conseqüência fiscal indesejável, não realiza determinado ato ou negócio que o iria sujeitar ao pagamento desse imposto. Contudo, na prática, poderá não ser fácil identificar esse tipo de situações, o que obriga à realização de uma análise casuística na generalidade das situações (Santos, 2009).

De forma a ilustrar melhor esta situação, consideremos o seguinte exemplo que aborda igualmente o tema das fusões e do regime de neutralidade fiscal: uma entidade A tem como atividade fundamental o comércio de viaturas comerciais ligeiras, sendo que no decorrer de um bom desempenho da sua atividade, prevê apresentar lucros tributáveis para

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

os anos seguintes. As empresas B e C, que têm como atividade principal o fabrico e comércio de viaturas pesadas, apresentaram prejuízos fiscais, sendo que não vão conseguir deduzir os mesmos. Decorrente de uma análise de mercado, a entidade A entra em negociações e decide incorporar as entidades B e C, através de uma operação de fusão, optando pelo regime de neutralidade fiscal para efeitos de IRC. Na sequência da operação, a entidade A fica com a possibilidade de deduzir os prejuízos fiscais das entidades B e C e conseqüentemente reduzir o seu lucro tributável.

Facilmente percebemos que esta situação poderia gerar alguma discussão. Por um lado, haveria quem argumentasse que a entidade A procedeu à aquisição destas entidades simplesmente com o intuito de deduzir os prejuízos fiscais das entidades adquiridas e reduzir o imposto a pagar. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a entidade A simplesmente pretendia alargar o seu ramo de negócio, visto que comercializava exclusivamente viaturas ligeiras e, com a aquisição destas entidades, conseguiria vender outro tipo de viaturas e ter acesso a outro tipo de mercados.

Este simples exemplo é demonstrativo do tipo de situações que podem surgir com a existência do regime de neutralidade fiscal.

No entanto, no n.º10 do artigo 73.º do CIRC, está prevista uma cláusula anti-abuso que confere a possibilidade de a AT rejeitar a aplicação deste regime quando for evidente que a operação tem como intenção um fim evasivo.

Este artigo, transposto da Diretiva n.º2009/133/CE, menciona o seguinte: *“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.”*

Verificamos que uma das condições que permite à AT rejeitar a aplicabilidade do regime especial de tributação é comprovar que determinado ato tributário não foi motivado por razões económicas válidas. Contudo, estamos a falar de um conceito de extrema

subjetividade e que pode ser suscetível a diferentes interpretações, o que poderá dificultar a sua aplicação e criar uma série de litígios.

Tendo em consideração que o ordenamento jurídico português é influenciado pela legislação europeia, torna-se pertinente apresentar um caso do TJUE onde o conceito de razões económicas válidas tenha sido abordado, de forma a reunir um conjunto de ilações que possam ser relevantes para este estudo.

O caso que irá ser apresentado diz respeito ao Acórdão Leur Bloem¹⁷ que, para além de mediático, tornou-se num caso de referência para a temática das razões económicas válidas.

Fazendo um breve resumo, a sra. Leur Bloem, que era a única acionista e administradora de duas entidades holandesas, pretendia adquirir as ações de uma terceira sociedade privada, mediante uma permuta com as ações das duas primeiras sociedades mencionadas.

Posteriormente, Leur Bloem solicitou à administração fiscal holandesa que considerasse a operação em causa como uma “fusão por permuta de ações”¹⁸ na aceção da legislação holandesa, o que lhe iria permitir beneficiar da isenção do imposto sobre a mais-valia eventualmente realizada na cessão de ações e da possibilidade de compensar as eventuais perdas no interior da entidade fiscal assim criada.

Contudo, esse pedido viria a ser indeferido, sendo posteriormente interposto recurso para o *Gerechtshof te Amsterdam*¹⁹.

A. Leur Bloem considerava que a operação deveria ser considerada como fusão, uma vez que visava uma cooperação mais estreita entre as sociedades. Por sua vez, o *inspecteur*²⁰

¹⁷ Acórdão de 17. 7. 1997 — Processo C-28/95

¹⁸ Segundo a lei holandesa (à data dos factos), uma fusão de sociedades ocorre quando uma sociedade estabelecida nos Países Baixos adquire, mediante entrega das suas próprias ações ou títulos participativos, com eventual pagamento de uma compensação, algumas ações de outra sociedade estabelecida nos Países Baixos que lhe permitem exercer mais de metade dos direitos de voto nesta última sociedade, a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessa sociedade e a de outra numa mesma entidade.

¹⁹ Tribunal de Justiça com competência para julgar recursos de apelação interpostos contra as resoluções de um Tribunal ou Juiz de inferior instância.

²⁰ Inspector das contribuições das empresas de Amsterdão.

sustentava que a operação em causa não tinha um objetivo financeiro e económico, uma vez que as entidades já existiam e tinham a mesma acionista e diretora.

Face ao exposto, o *Gerechtshof te Amsterdam* suspendeu a instância e questionou o TJUE em alguns aspetos, nomeadamente para delimitar o conceito de permuta de ações e se a compensação fiscal das perdas entre as sociedades que participaram na operação constituía uma “razão económica válida” à luz da Diretiva das fusões, cisões, entrada de ativos e permuta de ações.

Relativamente ao primeiro ponto, o TJUE mencionou o seguinte: *“regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, não exige que a sociedade adquirente (..), explore uma empresa, nem que haja uma reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades. Do mesmo, a circunstância de uma mesma pessoa singular, que era o único accionista e director das sociedades adquiridas, se tornar o único accionista e director da sociedade adquirente não impede que a operação em causa possa ser qualificada de fusão por permuta de acções.”*

Adicionalmente, o TJUE procurou clarificar o significado do conceito de razões económicas válidas e destacou alguns pontos que se devem ter em consideração. Por um lado, referiu que as Autoridades Tributárias ao averiguarem se uma determinada operação teve como principal objetivo a fraude ou evasão fiscal, devem efetuar uma análise globalizada da referida operação. Simultaneamente, destacou a necessidade de cada caso ser analisado de forma individual, afastando desde logo a aplicação de critérios pré-determinados que excluíssem automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal. Por fim, mencionou a importância de os procedimentos internos aplicados respeitarem o princípio de proporcionalidade²¹.

²¹ O princípio da proporcionalidade poderá desdobrar-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como as mais adequadas para atingir os objetivos pretendidos, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos) (Canotilho & Moreira, 2014:170).

Cap. II – Regime fiscal aplicável às fusões

Face ao acima exposto, justifica-se então a necessidade de se analisar Acórdãos sobre esta matéria.

De seguida, procurar-se-á entender que tipo de litígios ocorrem entre a AT e os contribuintes no âmbito do regime de neutralidade fiscal previsto no CIRC. Adicionalmente, serão analisados casos em que o Tribunal considerou não existirem razões economicamente válidas e outros em que considerou existirem. Sendo este um conceito subjetivo e sujeito a diferentes interpretações, será interessante perceber o que levou a estas diferentes decisões bem como analisar os argumentos que sustentaram estas decisões.

Capítulo III

A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas

3.1 Metodologia

No que diz respeito a metodologias de investigação, podemos identificar duas abordagens principais de pesquisa: quantitativa e qualitativa.

Os objetivos finais destas duas metodologias são essencialmente os mesmos: descrever os dados obtidos, construir um conjunto de argumentos com base nesses dados e perceber por que razão se obtiveram determinados resultados. No entanto, o processo que antecede essa fase final, nomeadamente no que diz respeito à obtenção e organização de dados, pode ser distinto entre as duas abordagens. É com base nessas diferenças que iremos procurar distinguir estes dois conceitos (Sidani e Sechrest, 1995).

Numa pesquisa quantitativa, procura-se explicar um conjunto de fenómenos através de dados numéricos, recorrendo-se a um conjunto de métodos estatísticos (Yilmaz, 2013). No seguimento deste conceito, um estudo qualitativo poderia então ser definido como um tipo de pesquisa através do qual se obtêm um conjunto de resultados sem se recorrer a procedimentos estatísticos ou outros meios de quantificação. Numa perspetiva mais abrangente, estamos perante uma abordagem interpretativa e naturalista do seu objeto de estudo, isto é, neste tipo de pesquisas os investigadores procuram atribuir um sentido ou interpretar os fenómenos em função dos significados que as pessoas lhe atribuem (Denzin e Lincoln, 2005).

Tendo por base o acima exposto, para a presente dissertação foi selecionada uma abordagem qualitativa. Consequentemente, a estratégia mais indicada para a concretização dos objetivos desta dissertação assenta no estudo de caso.

Esta estratégia revela-se particularmente indicada quando se pretende investigar um fenómeno contemporâneo dentro de um contexto de vida real, onde não exista uma clara distinção entre o fenómeno e o contexto (Yin, 1989).

Existem algumas características inerentes a este tipo de pesquisas, nomeadamente: holísticas, empíricas e interpretativas. Primeiramente, são holísticas na medida em que os investigadores necessitam de considerar as inter-relações existentes entre determinados

fenómenos e os diversos contextos onde se encontram inseridos. De seguida, podem considerar-se empíricas se tivermos em consideração que os investigadores baseiam os seus estudos em observações de campo, isto é, observam um conjunto de fenómenos mediante a recolha de dados, procurando obter um determinado conjunto de conclusões. Consequentemente, percebemos o motivo pelo qual estes tipos de pesquisas assumem igualmente uma característica interpretativa. Efetivamente, tendo por base esses dados recolhidos, os investigadores tentarão interpretá-los e analisá-los de forma a estabelecerem um determinado conjunto de argumentos, tendo por base uma fundamentação sólida e sustentada (Stake, 1995).

Face aos objetivos desta dissertação, o objeto de estudo selecionado foi a análise de vários acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) e do Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS).

Como tal, para além do estudo de caso torna-se pertinente complementar a estratégia de investigação com o *legal research method*.

Esta estratégia de investigação é particularmente utilizada para analisar e estabelecer um conjunto de comentários acerca da legislação, jurisprudência, desenvolvimento de jurisdições nacionais ou até sobre questões de direito internacional.

Decorrente destas investigações, poderão surgir debates jurídicos acerca das formas mais indicadas para se redigir a legislação e a forma como determinadas regras devem ser aplicadas. Contudo, para a prossecução destes estudos, os investigadores não devem ter um conhecimento exclusivo acerca dos elementos tradicionais da lei. É fundamental que tenham também em consideração os diversos contextos sociais, políticos, económicos e tecnológicos, dado que só dessa forma conseguirão obter conclusões mais rigorosas sobre a forma como a lei deve ser aplicada na sociedade (Langbroek et. al., 2017).

Decorrente desta estratégia, conseguimos encontrar dois conceitos distintos: *doctrinal legal research method* e *non doctrinal legal research method*.

Face aos objetivos pretendidos para este estudo, o *doctrinal legal research method* será o mais indicado para a prossecução desta investigação. Tal como o nome indica, esta estratégia envolve uma análise rigorosa e detalhada de múltiplas vertentes doutrinárias. Segundo (Hoecke, 2011), esta estratégia de investigação pode ser considerada como: i) disciplina hermenêutica, na medida em que se baseia em textos, documentos e processos interpretativos; ii) disciplina interpretativa, dado que é sustentada por argumentos de

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas diferentes perspetivas; e iii) disciplina empírica, devido ao fato de se desenvolver mediante um conjunto de fatos. Tendo isto em consideração, o *doctrinal legal research method* procurará então explicar os motivos inerentes a um conjunto de conceitos, regras e princípios jurídicos.

O grande propósito desta estratégia é expor uma doutrina jurídica coerente e com competência para promover a justiça. Em situações onde a lei possua lacunas, o *doctrinal legal research method* poderá ser essencial, na medida em que ao produzir uma análise precisa e transparente a um conjunto de princípios legais, poderá preencher essas mesmas lacunas através de uma interpretação criativa, tendo em mente ideologias jurídicas fundamentais (Bhat, 2020).

Face ao acima exposto, e por forma a obtermos um conjunto de conclusões para as questões de investigação deste estudo, o estudo de caso e o *doctrinal legal research method* serão utilizados de forma complementar.

3.2 Questões de Investigação

O regime de neutralidade fiscal, previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, foi introduzido com o intuito de reestruturar o tecido empresarial português, fomentando o investimento e competitividade das entidades. Ainda que não se possa afirmar de forma convicta que a aplicação deste regime produz mais vantagens para as entidades comparativamente com o regime geral de tributação, o facto de se tratar de um regime especial poderá potenciar a realização de transações diferentes daquelas que seriam realizadas com a ausência dessas regras, gerando-se assimetrias no sistema.

Pelas características que assume e pelos efeitos que produz, percebe-se que este é um regime propício a gerar litigância entre as entidades e a AT.

Complementarmente, se atentarmos na cláusula anti abuso, prevista no n.º10 do artigo 73.º do CIRC, um dos requisitos para a elegibilidade deste regime é a existência de razões económicas válidas inerentes à realização da operação. Desde logo se subentende que este conceito é extremamente subjetivo e pode ser suscetível a inúmeras e distintas interpretações.

É precisamente nesta temática que se encontra a base deste estudo. Tendo em consideração os litígios existentes com a aplicação deste regime, serão analisados casos em que o conceito de “razões económicas válidas” tenha sido decisivo para as decisões tomadas,

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas procurando-se assim perceber os argumentos utilizados para justificar a existência de razões válidas em determinadas situações, em detrimento de outras.

Desta forma, e em consonância com o que foi exposto acima, procurar-se-á obter resposta para as seguintes questões de investigação:

1. Quais foram os principais motivos que geraram litígios fiscais entre a AT e as entidades no âmbito do regime especial de tributação previsto para operações de fusão?
2. Que tipo de decisões foram tomadas nos litígios em análise e que tipo de argumentos foram utilizados para justificar a existência/ausência de razões económicas válidas no âmbito destas operações?

3.3 Objeto de Estudo

De forma a concretizarmos os objetivos desta dissertação, recorreremos a acórdãos do TCAS e STA²².

A principal função do TCA, que constitui um Tribunal de 2ª instância, é julgar recursos referentes a decisões de Tribunais de primeira instância. Quando o valor dos processos é inferior a € 30.000, a sentença proferida pelo TCA torna-se definitiva. Nos restantes casos, poderá ocorrer um novo recurso para o STA, que representa o órgão superior desta hierarquia.

A escolha destes tribunais deveu-se essencialmente ao facto de possuírem um maior número de casos acerca deste tema, sendo que em todos os casos selecionados, o conceito de “razões económicas válidas” constituiu o critério decisivo para as decisões tomadas pelos Tribunais. Tendo em conta que o objetivo deste estudo incide sobre a análise de um conceito subjetivo e indeterminado, era fundamental obtermos um número alargado de casos em estudo, de forma a obtermos conclusões detalhadas e fundamentadas acerca desta temática.

Desta forma, foi realizada uma pesquisa onde foram selecionados os Acórdãos que cumpriam cumulativamente os seguintes critérios:

²² Dado que no TCAN não foram obtidos acórdãos apropriados para o tema em análise, a amostra restringiu-se ao TCAS e STA.

- O regime de neutralidade fiscal aplicável em operações de fusão foi o motivo para o litígio existente entre a AT e o contribuinte; e
- A interpretação do conceito de “razões económicas válidas” constituiu o critério decisivo para as decisões tomadas pelos Tribunais.

A análise dos Acórdãos está dividida em quatro partes. Primeiramente, será efetuada uma descrição dos casos, onde serão apresentados os principais argumentos da AT e do contribuinte. Em segundo lugar, será apresentada a decisão proferida pelo Tribunal, onde será possível verificar a sua opinião acerca da forma como o conceito de razões económicas válidas deverá ser interpretado. Posteriormente, serão realizados um conjunto de comentários que englobam uma análise crítica às alegações efetuadas por ambas as partes e à decisão do Tribunal. Por fim, caso aplicável, será abordado o recurso efetuado junto do STA, de forma a concluirmos se existiu uma convergência entre a decisão do respetivo Tribunal e o TCAS.

3.4 Análise dos Acórdãos do STA e TCAS

1. Acórdão do TCAS de 28-10-2008, Processo 00464/05

a) Descrição do caso

Na sequência de uma operação de fusão, a sociedade F..... –S.....s S.A. solicitou autorização ao Ministro das Finanças para dedução dos prejuízos fiscais apurados pelas sociedades incorporadas, designadamente da sociedade R... que tinha prejuízos acumulados nos exercícios de 1999 a 2002 de cerca de 3.500.000 Euros. Esse pedido viria a ser indeferido, por a AT considerar não existirem razões económicas válidas associadas à operação, pelo que a sociedade apresentou uma ação administrativa especial junto do TCAS.

Inicialmente, a sociedade alegou que o seu pedido foi realizado a 28/11/2003, sendo notificada do projeto de decisão após oito meses. Nesse sentido, a recorrente considera que terá ocorrido deferimento tácito²³, uma vez que a decisão não foi proferida num prazo de

²³ Existe deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine que a ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento.

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas seis meses, tal como era estipulado no artigo 7.º da lei 32-B/2002 de 30/12. Adicionalmente, a sociedade referiu que o indeferimento por parte da AT constituía um erro grosseiro, uma vez que a própria terá reconhecido que a operação em termos gerais teria efeitos positivos em termos de reforço da capacidade competitiva das empresas.

Por sua vez, a AT alegou que o prazo para o deferimento tácito apenas começa a contar quando estão na sua posse todos os elementos e informações necessárias sobre a operação visada. Como tal, por força do artigo 11.ºA do EBF²⁴ (legislação em vigor à data), a sociedade era obrigada a entregar uma certidão de inexistência de dívidas à Segurança Social, por isso apenas após o envio dessa certidão é que a AT teria na sua posse todos os elementos necessários para o perfeito conhecimento da operação visada. Desta forma, como a respetiva certidão foi entregue exclusivamente no dia 22/04/2004, não se verificou o deferimento tácito alegado pelo contribuinte. Adicionalmente, a AT mencionou que o indeferimento do pedido se deveu à inexistência de razões económicas válidas associadas à operação. No seu entendimento, a sociedade incorporada não tinha desenvolvido qualquer atividade relacionada com o seu objeto social, sendo que o seu património líquido representava exclusivamente 0,5% do património líquido da sociedade incorporante. Nesse sentido, apesar de reconhecer que a operação iria permitir um incremento da eficiência empresarial e da estrutura produtiva, a AT considerou que ficou por esclarecer o interesse económico da incorporação da R....

b) Apresentação da decisão

Contrariamente ao mencionado pela recorrente, o TCAS considerou que efetivamente não existiu deferimento tácito. No seu entendimento, o prazo só começa a contar quando a AT tenha na sua posse todos os elementos necessários para o perfeito conhecimento da operação em análise. Tendo em consideração que o contribuinte enviou a respetiva certidão no dia 22/04/2004 e o despacho do Sr. Secretário de Estado dos Assuntos

²⁴ O respetivo artigo estabelecia que os benefícios fiscais dependentes de reconhecimento não poderiam ser concedidos quando o sujeito passivo tivesse deixado de efectuar o pagamento de qualquer imposto sobre o rendimento, a despesa, ou o património e das contribuições relativas ao sistema de segurança social.

Fiscais foi proferido no dia 14/07/2004, o TCAS considerou que não existiu deferimento tácito uma vez que o prazo de seis meses não foi excedido.

Adicionalmente, o TCAS referiu que o indeferimento do pedido por parte da AT deveu-se à inexistência de razões económicas válidas. No seu entendimento, este juízo por parte da AT não pode ser fiscalizado pelos Tribunais, salvo erro grosseiro ou desadequação ao fim legal, o que no caso em análise não se verificou.

Face ao exposto, o TCAS julgou improcedente a ação administrativa especial.

c) Comentários

Tal como já foi abordado ao longo deste estudo, o regime de neutralidade fiscal constituiu um verdadeiro benefício fiscal. Nesse sentido, face ao disposto no artigo 11º-A do EBF (legislação em vigor à época), o prazo para o deferimento tácito só poderia ser contabilizado a partir do momento em que efetivamente a AT tivesse acesso às informações acerca de eventuais dívidas à Segurança Social. Nesse sentido, consideramos que a análise do TCAS foi adequada e que efetivamente não se verificou um deferimento tácito no caso em análise.

No que respeita ao interesse económico da operação, a AT alegou que o património da sociedade incorporada representava exclusivamente 0,5% do património líquido da sociedade incorporante. Ainda que este argumento possa indiciar que existiram motivações fiscais associadas à fusão, não significa necessariamente que não houveram razões económicas válidas. A AT reconheceu, inclusive, que a concretização do negócio iria permitir um incremento da eficiência empresarial e da estrutura produtiva, especialmente porque as entidades intervenientes já pertenciam ao mesmo grupo.

Importa destacar que podem existir efetivamente motivações de natureza fiscal nas operações de reestruturação, desde que essas motivações não constituam o principal motivo pelo qual a operação se concretizou. Nesse sentido, a AT ao indeferir o pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais, tem que demonstrar que a operação teve efetivamente um fim evasivo.

Face ao exposto, tendo em conta que a AT reconheceu algumas motivações económicas inerentes à operação, consideramos que o seu argumento para o indeferimento do pedido foi redutor e insuficiente, uma vez que não ficou claro que motivações de cariz fiscal tenham sido a principal razão para a concretização da fusão.

Desta forma, consideramos que a decisão proferida pelo TCAS deveria ter sido distinta.

2. Acórdão do TCAS de 03-02-2009, Processo 02087/07

a) Descrição do caso

Na sequência de uma operação de fusão, através da qual a sociedade C incorporou por fusão a C..... M....., CRL (doravante designada por CCAMMN), foi solicitado ao Ministério das Finanças a transmissibilidade dos prejuízos fiscais apurados pela sociedade incorporada nos exercícios de 2000 a 2005. Tendo em conta que o pedido foi indeferido, a sociedade CCAMMN deduziu uma ação administrativa especial contra o Ministério das Finanças junto do TCAS.

A AT alegou que o indeferimento do pedido se deveu à inexistência de razões económicas válidas associadas à operação de fusão. No seu entendimento, o facto de a sociedade incorporada apresentar um património negativo e revelar uma degradação da sua situação financeira, iria sobrecarregar a sociedade incorporante no seu processo de reorganização. Adicionalmente, referiu que o património negativo apresentado pela sociedade incorporada tornava inaplicável qualquer plano de dedução de prejuízos nos termos do Despacho n.º 79/2005-XV11 de 2005/04/15 e da Circular 7/2005 de 16 de maio.

Por sua vez, o contribuinte alegou uma série de objetivos pretendidos com a fusão. Objetivamente, as sociedades optaram pela fusão devido à situação de depreciação exponencial dos ativos da entidade incorporada, surgindo a necessidade de os reabilitar no âmbito de uma nova estrutura. Adicionalmente, enunciou uma série de sinergias e ganhos de eficiência que iriam ser obtidos com a concretização do negócio. De forma a sustentar os seus argumentos, o contribuinte apresentou inclusive declarações do Banco de Portugal (após um pedido de informação formulado por si), onde constava o seguinte: “ *No nosso entendimento, a generalidade das fusões por incorporação de caixas de crédito agrícola mútuo constituem um meio capaz de contribuir para a consolidação e o fortalecimento do sector bancário (...)*”. Face ao exposto, a Autora alegou que o ato de indeferimento por parte da AT consubstancia um erro grosseiro de interpretação e uma manifesta desadequação ao propósito do regime de neutralidade fiscal.

b) Apresentação da decisão

Para o caso em análise, o TCAS realizou uma análise crítica acerca da existência/ausência de benefícios económicos inerentes à operação.

Primeiramente, referiu que se no seio de um grupo económico uma entidade deixar de cumprir um papel relevante na estratégia concebida globalmente, a decisão de eliminação dessa sociedade constitui uma decisão legítima, desde logo porque permite a eliminação de estruturas duplicadas.

Nesse sentido, o TCAS considerou que o objetivo fundamental da operação de fusão enunciado pelo contribuinte constituía um motivo válido e aceitável, uma vez que não se justificava a manutenção de uma estrutura que apresentava uma atividade reduzida.

Adicionalmente, referiu que a continuidade da empresa foi comprovada, por isso a transmissibilidade de prejuízos fiscais deveria ser considerada como normal e imprescindível para a manutenção da fonte produtora.

Posteriormente, o Tribunal mencionou que o indeferimento por parte da AT não pode assentar em meros indícios ou presunções, tendo de comprovar adequadamente que os pressupostos legais que permitem a transmissão dos prejuízos fiscais não se verificaram. No entanto, para o caso em análise, o TCAS considerou que não estava evidente que a obtenção de benefícios fiscais tivesse constituído o objetivo principal da operação. Como tal, o TCAS considerou que seria sensato afirmar que se encontravam preenchidos os requisitos previstos para a aplicação do regime de neutralidade fiscal.

Contudo, no entendimento do Tribunal, avaliar se uma operação foi motivada por razões económicas válidas é matéria de discricionariedade técnica, com uma longa margem de livre apreciação da Administração. Desta forma, a menos que se verifique um erro grosseiro ou uma manifesta desadequação ao fim legal, o Tribunal não deverá sobrepor-se à AT na interpretação dos respetivos conceitos.

Como tal, o TCAS julgou improcedente a ação administrativa especial e manteve o ato impugnado.

c) Comentários

Ao proferir as suas conclusões, o Tribunal realizou uma análise detalhada aos argumentos apresentados por ambas as partes, sendo que na nossa opinião a respetiva análise

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas foi adequada para o caso em estudo. Contudo, a sua decisão foi algo contraditória e oposta aos argumentos por si apresentados.

Um dos objetivos fundamentais do regime de neutralidade fiscal assenta na reestruturação do tecido empresarial português. Este foi precisamente um dos objetivos enunciados pela recorrente, uma vez que devido à depreciação exponencial dos seus ativos, as entidades intervenientes na operação decidiram reabilitar esses ativos no âmbito de uma nova estrutura.

Por sua vez, o indeferimento do pedido por parte da AT assentou exclusivamente no facto de a entidade incorporada apresentar um património negativo. No nosso entendimento, este argumento é redutor e insuficiente para justificar a ausência de razões económicas válidas na operação. À semelhança do que foi proferido pelo Tribunal, o indeferimento por parte da AT não pode assentar em meros indícios ou presunções. Nesse sentido, ainda que o património negativo apresentado por uma sociedade incorporada possa constituir algum indício de que existam motivações de cariz fiscal associadas à operação, não é por si só suficiente para justificar que essas motivações tenham constituído a principal razão para a operação se ter concretizado. Adicionalmente, utilizando como referência o argumento apresentado pela AT, sempre que uma entidade incorporada numa operação de fusão apresentasse um património negativo, automaticamente teria o seu pedido para a transmissibilidade dos prejuízos fiscais recusado, pelo que estaríamos perante a aplicação de um conjunto de critérios pré-determinados que desvirtuam o sentido da norma em análise.

Face ao exposto, e tendo em consideração que o próprio TCAS admitiu que não era evidente a ausência de razões económicas válidas na operação, consideramos que a sua decisão deveria ter sido distinta, uma vez que estamos perante um erro grosseiro.

d) Recurso para o STA (Acórdão de 27-11-2013, Processo 01159/09)

Face à decisão do TCAS, a sociedade CCAMMN decidiu recorrer para o STA.

Numa fase inicial, o Tribunal reconheceu que a jurisprudência desta secção do STA tinha vindo a acolher o entendimento de que salvo erro grosseiro, o juízo da AT não poderia ser fiscalizado pelos Tribunais, dado que se trata de matéria de discricionariedade técnica, com uma longa margem de apreciação por parte da AT.

Contudo, o STA não foi ao encontro desta abordagem. No seu entendimento, os Tribunais devem realizar uma apreciação global da operação em causa, analisando os

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas

elementos probatórios apresentados pela requerente (que justificam a substância económica da operação), bem como um exame ao discurso fundamentador do ato de indeferimento do pedido. Desta forma, o Tribunal não deve eximir-se ao dever de verificar se a solução encontrada obedeceu à melhor interpretação do conceito face às exigências postas pela norma em que ele se insere bem como dos interesses que esta visa tutelar.

Face ao acima exposto, o STA expôs os motivos económicos enunciados pelo contribuinte, documentados no Estudo Demonstrativo das Vantagens Económicas da Fusão. Após uma análise aos mesmos, considerou que o Estudo demonstrava claramente uma série de consequências vantajosas na estrutura produtiva e que seria preponderante do ponto de vista económico, numa lógica de médio e longo prazo. Nesse sentido, caberia assim à AT um especial dever de fundamentação que justificasse o indeferimento do pedido.

Após uma análise aos argumentos da AT, o STA considerou que o único argumento apresentado para o indeferimento do pedido foi o facto de a sociedade incorporada apresentar um património negativo e que tal iria impedir qualquer plano de dedução dos prejuízos. Ora, no entendimento do STA, este argumento não só é insuficiente para sustentar a posição assumida pela AT como colocou inclusive em causa que a mesma tenha tido em conta todo o contexto jurídico-económico em que a operação se desenvolveu. Posteriormente, e de forma a sustentar a sua posição, o STA recorreu a uma citação de Carlos Baptista Lobo, mencionando o seguinte: *“apreciações administrativas de motivações económicas das fusões que assentem unicamente na verificação dos seus efeitos na óptica do critério do património líquido põem em causa o princípio da legalidade fiscal e pecarão por um défice de fundamentação”*. Como tal, era exigido que a Administração examinasse todos os elementos pertinentes e demonstrasse que a fusão visou exclusivamente a obtenção de vantagens fiscais, o que não se verificou.

No que respeita ao plano de dedução dos prejuízos, o Tribunal referiu que tal não constituía uma condição de acesso ao regime de neutralidade fiscal, simplesmente estávamos perante uma possível consequência com a transmissão do património negativo.

Face ao acima exposto, o STA concedeu provimento ao recurso jurisdicional e revogou o Acórdão recorrido.

3. Acórdão do TCAS de 23-06-2009, Processo 02648/08

a) Descrição do caso

A sociedade R...- C..., Lda., recorrente neste caso, é uma entidade que se dedica ao comércio de artigos de uso pessoal, tais como vestuário, calçado, entre outros. No ano de 2004, incorporou duas sociedades através de uma operação de fusão, designadamente: R..... Sul -Confecções e Utilidades e R..... III — Boutique, S.A..

De notar que as sociedades incorporadas exerciam a mesma atividade que a recorrente. Na sequência da operação, a entidade beneficiária manteve o objeto social das sociedades fundidas.

Posteriormente, foi solicitado ao Ministro das Finanças a utilização dos prejuízos fiscais que subsistiam na esfera da R..... III — Boutique, S.A.. Tendo em consideração que o pedido foi indeferido, a sociedade recorrente apresentou uma ação administrativa especial junto do TCAS.

A recorrente alegou que a operação visava eliminar as empresas que atualmente não exerciam nenhuma atividade de comercialização ou produção, reforçando assim a competitividade das mesmas e das respetivas estruturas produtivas. Nesse sentido, a entidade considerou que o indeferimento por parte da AT constituía um erro grosseiro.

Por sua vez, a AT sustentou os seus argumentos com base na inatividade apresentada pelas entidades incorporadas. No seu entendimento, devido a esta situação, os proveitos iriam depender exclusivamente da sociedade recorrente, não sendo previsível o surgimento de benefícios económicos decorrentes da operação.

b) Apresentação da decisão

Para o caso em análise, o TCAS realizou uma análise detalhada acerca da existência/ausência de benefícios económicos inerentes à operação.

Primeiramente, referiu que para o caso em análise estava provada a continuidade da empresa, sendo que a transmissão de prejuízos fiscais deveria ser considerada como algo natural e imprescindível para a manutenção da fonte produtora, dada a manifesta adequação à atividade e tutela da recorrente.

Adicionalmente, sustentou a sua análise com base em algumas conclusões proferidas pelo TCAS num Acórdão de 01-02-2005. Objetivamente, o Tribunal pretendeu demonstrar

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas que a partir do momento em que uma sociedade beneficiária continue a exercer a sua atividade empresarial e consiga uma redução de custos e otimização de ganhos através da extinção de determinadas entidades, poderemos então estar perante uma estratégia que visa promover a competitividade, racionalidade económica e melhoria do desempenho da atividade da empresa. Nesse sentido, sempre que uma operação se qualifique como tendo sido realizada por motivos económicos válidos, numa estratégia de médio e longo prazo, então deverá beneficiar da transmissão dos prejuízos fiscais das sociedades incorporadas.

Ainda assim, o TCAS considerou que esta é uma análise que envolve uma longa margem de livre apreciação da AT, sendo que apenas poderia intervir caso ocorresse um erro grosseiro ou uma desadequação ao fim legal. Face a isto, o TCAS considerou que tal não se verificou, tendo julgado improcedente a respetiva ação administrativa especial.

c) Comentários

Desde logo este caso apresenta-nos uma situação algo distinta dos Acórdãos analisados anteriormente. Neste caso em específico, as entidades incorporadas não exerciam nenhuma atividade de produção ou comercialização à data da operação. À *priori*, poderíamos estar efetivamente perante uma situação propícia a evasão fiscal.

No entanto, o TCAS admitiu que a respetiva inatividade das entidades incorporadas não significa necessariamente que não tenha existido interesse económico na fusão.

Em qualquer operação de reestruturação, os intervenientes têm naturalmente em consideração o impacto fiscal da mesma. Como tal, quando se determina a estratégia e os objetivos para uma operação de fusão, podem também figurar considerações de natureza fiscal. Aquilo que é verdadeiramente relevante é perceber se as motivações fiscais foram determinantes para a concretização do negócio. Adicionalmente, importa perceber se os interesses sacrificados são proporcionais aos salvaguardados.

Como tal, a defesa da AT não se deveria ter centrado apenas no facto de as entidades incorporadas estarem inativas. Efetivamente, poderia ser um indício de que a operação teria um fim evasivo, mas seria pertinente analisar as motivações económicas apontadas pela requerente e perceber se efetivamente essas razões eram legítimas, tinham sustentação e se compensavam efetivamente os interesses sacrificados, associados à autorização para a dedução dos prejuízos fiscais. E ainda que a AT tenha argumentado que eventuais benefícios

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas futuros iriam depender exclusivamente da Requerente, existia a possibilidade de, com a concretização do negócio, ser obtido um conjunto de sinergias que eventualmente não seriam possíveis antes da operação.

Face ao acima exposto e tendo em conta que o próprio TCAS admitiu que a inatividade das empresas não significava necessariamente que não tenha existido substância económica, consideramos que a decisão deveria ter sido distinta.

4. Acórdão do TCAS de 20-10-2009, Processo 01872/07

a) Descrição do caso

Na sequência de uma operação de fusão, através da qual a sociedade C...,S.A. incorporou as sociedades Spauto – Venda e Reparação de Automóveis, Lda. e Sociedade Portuguesa de Automóveis, S.A, foi solicitado ao Ministério das Finanças a transmissibilidade dos prejuízos fiscais das sociedades incorporadas. Tendo em conta que o pedido foi indeferido, a sociedade C...S.A. deduziu uma ação administrativa especial contra o Ministério das Finanças.

Primeiramente, a recorrente alegou que o regime de Neutralidade Fiscal não constituía um benefício fiscal, logo o artigo 11º-A do EBF²⁵ (legislação em vigor à data) não lhe era aplicável. Nesse sentido, dado que a recorrente efetuou o pedido para a dedução dos prejuízos fiscais a 30 de novembro de 2004, terá ocorrido um deferimento tácito a 30 de maio de 2005. Como tal, apesar de a AT ter solicitado em junho de 2006 o envio de comprovativos de inexistência de dívidas à Segurança Social, tal não era suscetível de suspender a contagem do prazo de deferimento tácito. Por fim, a recorrente alegou também que o indeferimento por parte da AT constituía um erro grosseiro, uma vez que foram enunciados os objetivos económicos da operação, nomeadamente: aumento de produtividade, redução de custos operacionais, otimização da gestão comercial, entre outros.

²⁵ O respetivo artigo estabelecia que que os benefícios fiscais dependentes de reconhecimento não poderiam ser concedidos quando o sujeito passivo tivesse deixado de efetuar o pagamento de qualquer imposto sobre o rendimento, a despesa, ou o património e das contribuições relativas ao sistema de segurança social.

Em contrapartida, a AT alegou que segundo o número 2 do artigo 69º do CIRC (legislação em vigor à época), o contribuinte era obrigado a fornecer todos os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada. No entendimento da AT, uma vez que o regime de Neutralidade Fiscal dependia de reconhecimento e constituía um benefício fiscal, o artigo 11-A do EBF era aplicável. Desta forma, dado que só em julho de 2006 foi fornecido à AT informações acerca da possível existência de dívidas à Segurança Social, o deferimento tácito só poderia ocorrer em julho de 2007 (o que não se verificou). Por fim, a AT alegou que a operação em análise não foi motivada por razões económicas válidas, sendo que a sua decisão só não poderia ser fiscalizada pelo Tribunal, salvo erro grosseiro, o que no seu entendimento não se verificou.

b) Apresentação da decisão

Contrariamente ao mencionado pela autora, o TCAS referiu que o Regime de Neutralidade Fiscal constituía efetivamente um benefício fiscal. Tendo citado o nº1²⁶ e nº2²⁷ do artigo 2º do EBF, o TCAS mencionou que ao estarmos perante uma transmissão de prejuízos com conseqüente dedução na matéria coletável, este regime teria necessariamente de ser considerado como um benefício fiscal. Adicionalmente, referiu que a transmissão de prejuízos fiscais também não se subsume na delimitação negativa contida na norma do art.º 3.º do mesmo EBF (legislação à época), que legalmente veio consagrar os casos de desagravamentos fiscais que não eram benefícios fiscais. Como tal, e tendo o procedimento sido iniciado já depois da entrada em vigor do artigo 11º-A do EBF, o TCAS considerou que não se verificou deferimento tácito no caso em análise.

Posteriormente, o Tribunal abordou os argumentos apresentados pela AT para o indeferimento da pretensão da Autora, que se basearam no facto do passivo das sociedades incorporadas na operação excederem o ativo, apresentando conseqüentemente um

²⁶ O nº1 do artigo 2º do EBF mencionava o seguinte: “(..)consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação (...)”

²⁷ O nº2 do artigo 2º do EBF mencionava o seguinte: “(..)e, são benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam às características enunciadas no número anterior (...)”

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas património negativo. Consequentemente, o TCAS proferiu o seguinte: *“porque o acto de indeferimento do SEAF se fundamentou na inexistência dos requisitos exigidos pela lei para a concessão da autorização para deduzir os prejuízos fiscais acumulados pelas sociedades fundidas, este seu juízo não pode ser fiscalizado pelos tribunais.”*

Face ao exposto, o Tribunal julgou improcedente a ação administrativa especial, uma vez que no seu entendimento não se pode concluir que tal ato possa padecer do invocado vício formal da sua insuficiente fundamentação.

c) Comentários

No entendimento do contribuinte, o Regime de Neutralidade Fiscal não constitui um benefício fiscal, mas sim um desagravamento fiscal. Verificando-se tal situação, estaríamos na presença de um deferimento tácito. Contudo, a nossa opinião vai ao encontro da análise do TCAS. Tal como já foi analisado neste estudo, o regime em análise constitui um verdadeiro benefício fiscal. Nesse sentido, o prazo para o deferimento tácito só poderia ser contabilizado a partir do momento em que efetivamente a AT tivesse acesso às informações acerca de eventuais dívidas à Segurança Social, uma vez que o regime estava sujeito ao artigo 11-A do EBF.

Contudo, face aos argumentos apresentados pela AT para o indeferimento da pretensão da Autora, não concordamos com a decisão proferida pelo TCAS na sua totalidade. À semelhança do que temos observado nos restantes casos, o argumento por parte da AT restringiu-se ao facto de o passivo das sociedades incorporadas ser superior ao ativo. No nosso entendimento, este constitui um argumento redutor e insuficiente, uma vez que não vai ao encontro do que representa o conceito de razões económicas válidas. De igual forma, ao validar este argumento, estaríamos na presença de um critério de exclusão automático, porque se o facto de a sociedade apresentar um património negativo é por si só suficiente para indeferir o pedido de transmissão dos prejuízos fiscais, então qualquer entidade que incorpore uma outra sociedade com património negativo, verá o seu pedido ser automaticamente recusado. Como tal, verifica-se que este argumento retira o sentido e espírito desta norma, pelo que a decisão do Tribunal deveria ter sido distinta.

5. Acórdão do TCAS de 23-02-2010, Processo 01844/07

a) Descrição do caso

No ano de 2006, a sociedade A...Ibérica Sucursal integrou uma operação de fusão através da qual incorporou a entidade A...A... Sucursal. Na sequência da operação, foi solicitada autorização ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais para a transmissibilidade dos prejuízos fiscais da sociedade incorporada. No entanto, esse pedido foi indeferido, tendo a entidade A...Ibérica Portugal, Unipessoal, Lda (sucessora da A...Ibérica Sucursal) deduzido uma ação administrativa especial junto do TCAS.

No entendimento da AT, a operação de fusão não foi motivada por razões económicas válidas. Adicionalmente, alegou que o facto de a sociedade incorporada apresentar um património negativo, impedia a dedução dos prejuízos fiscais. Por fim, considerou que a transmissão do património negativo iria dificultar a obtenção de resultados positivos por parte da sociedade beneficiária, sendo que, no seu entendimento, a autora em momento algum demonstrou que a situação patrimonial da sociedade incorporada era meramente conjuntural.

Por sua vez, a recorrente alegou que o indeferimento por parte da AT constituía um erro grosseiro. Primeiramente, referiu que o património negativo apresentado pela sociedade incorporada constituía uma situação meramente conjuntural, uma vez que suportou encargos de natureza excecional, o que não significa necessariamente que a entidade não pudesse obter resultados positivos futuros. Para sustentar a sua posição, referiu que a sociedade incorporada contribuiu significativamente para os resultados positivos apresentados pela sociedade beneficiária nos exercícios posteriores, uma vez que o volume de vendas resultou essencialmente do segmento de negócio em que a entidade incorporada atuava anteriormente. Por fim, alegou que a operação permitiu a racionalização dos fatores de produção existentes, reduzindo os custos associados e criando sinergias de natureza comercial, financeira e de gestão.

b) Apresentação da decisão

O TCAS considerou que avaliar a existência de razões económicas válidas associadas a uma operação de fusão é matéria de discricionariedade técnica, com uma longa margem

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas de livre apreciação da Administração, que poderá originar soluções diferentes consoante o interesse que a Administração privilegie.

Nesse sentido, considera que o juízo efetuado pela AT não pode ser fiscalizado pelos Tribunais a menos que ocorra um erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal, o que no entendimento do TCAS, não se verificou.

Por fim, a sociedade recorrente alegou que caso este Tribunal tivesse dúvidas acerca da interpretação do regime de neutralidade fiscal e consequentemente do conceito de razões económicas válidas, deveria suspender a atual instância e submeter tal interpretação à apreciação do Tribunal de Justiça.

Contudo, o TCAS não reconheceu a necessidade de intervenção do Tribunal de Justiça, uma vez que existia diversa jurisprudência nacional acerca desta matéria, não residindo qualquer controvérsia acerca da validade e interpretação deste regime especial de tributação, até porque não existia divergência nas decisões proferidas pelo Tribunal até então.

Face ao exposto, o TCAS julgou improcedente a presente ação administrativa especial e manteve o ato impugnado.

c) Comentários

O principal motivo para o indeferimento do pedido de transmissibilidade dos prejuízos fiscais assentou no património negativo apresentado pela sociedade incorporada.

À semelhança do que temos mencionado nos casos anteriores, este constitui, no nosso entendimento, um argumento redutor e insuficiente para o caso em análise.

O facto de a sociedade apresentar um património negativo não significa necessariamente que não existam razões económicas válidas associadas a uma operação de reestruturação. A recorrente, referiu inclusive que a sociedade incorporada foi determinante para os resultados positivos apresentados pela sociedade beneficiária nos exercícios posteriores.

No que respeita ao plano de dedução dos prejuízos fiscais, este não constitui uma condição de acesso ao regime de neutralidade fiscal, revelando simplesmente uma das possíveis consequências com a transmissão do património negativo.

Face ao exposto, consideramos que a decisão proferida pelo TCAS deveria ter sido distinta.

6. Acórdão do TCAS de 09-11-2011, Processo 02178/07

a) Descrição do caso

No exercício de 2006, a Caixa...(CCAMINP) integrou uma operação de fusão através da qual incorporou uma sociedade. Na sequência dessa operação, dirigiu um requerimento ao Ministro das Finanças a solicitar a transmissão de prejuízos fiscais apurados pela sociedade incorporada nos exercícios de 2004 e 2005, ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. Contudo, a AT viria a indeferir o pedido por considerar não existirem razões económicas válidas inerentes à fusão.

De forma a justificar a substância económica inerente à operação, a recorrente alegou que através da fusão iria aumentar o seu alcance no mercado de forma exponencial, sem que para tal necessitasse de aumentar proporcionalmente a sua estrutura comercial e administrativa, multiplicando assim a sua eficiência e aumentando conseqüentemente os lucros.

Por sua vez, a AT alegou que o contributo da sociedade incorporada no processo de fusão seria inteiramente desfavorável, uma vez que a entidade apresentava um património negativo e reduzida solvabilidade. No entendimento da AT, não existiram assim ganhos macroeconómicos com a operação, sendo que eventuais resultados positivos futuros iriam depender quase exclusivamente da recorrente. De forma a sustentar a sua posição, a AT referiu ainda que o Estudo Demonstrativo das Vantagens Económicas da Fusão, disponibilizado pela recorrente aquando do requerimento enviado, demonstrava que a reduzida solvabilidade da sociedade incorporada não lhe permitia desenvolver a sua atividade, sendo que com a ausência da operação, a continuidade da sociedade incorporada estaria provavelmente em causa.

b) Apresentação da decisão

Para o TCAS, não se verificou qualquer um dos vícios imputados ao despacho impugnado, tendo por isso considerado improcedente todas as conclusões das alegações formuladas pela recorrente.

No seu entendimento, averiguar se existiram razões económicas válidas num processo de reestruturação é matéria de discricionariedade técnica, com uma longa margem de livre apreciação da Administração. Nesse sentido, a decisão proferida pela AT apenas

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas poderia ser alvo de fiscalização judicial em caso de erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal.

Face ao acima exposto, o TCAS considerou que o indeferimento ao pedido de transmissão de prejuízos fiscais foi adequado, não violando a letra e o *ratio* do regime de neutralidade fiscal.

c) Comentários

Antes de proferir as conclusões finais, o TCAS explorou os propósitos e os princípios inerentes ao regime de neutralidade fiscal previsto para as operações de reestruturação.

Resumidamente, o TCAS mencionou que ao prever a possibilidade de transmissão de prejuízos fiscais, o legislador procurou garantir que, em caso de fusão, uma sociedade que tivesse obtido prejuízos em períodos anteriores, mantivesse a sua estrutura produtiva desde que verificados determinados pressupostos. Esses pressupostos, de forma objetiva, definem que os interesses sacrificados sejam proporcionais aos salvaguardados.

Ora, os argumentos apresentados pela AT resumiram-se exclusivamente ao facto de a sociedade incorporada contribuir negativamente para o processo de fusão devido à degradação da sua situação financeira. Contudo, a AT ao focar os seus argumentos exclusivamente numa análise ao património líquido da sociedade incorporada mostra uma visão redutora para o caso em análise. Naturalmente, uma entidade ao transferir um património negativo para outra sociedade, inicialmente poderá sobrecarregar a situação financeira da sociedade incorporante, mas aquilo que é verdadeiramente relevante é entender as possíveis vantagens associadas à concretização do negócio e perceber se efetivamente esses benefícios compensam os interesses que foram sacrificados. Nesse sentido, a recorrente apresentou um conjunto de objetivos inerentes a esta operação, entre os quais o aumento do seu alcance de mercado. Desta forma, para se discutir se efetivamente existiram razões económicas válidas, a AT deveria ter explorado se efetivamente os objetivos previstos para a operação apresentavam algum tipo de viabilidade e sustentação, não devendo limitar-se a argumentar que não existiu substância económica devido à degradação financeira da incorporada. Ainda que a continuidade da sociedade incorporada pudesse estar em causa se a operação não ocorresse, não é descabido pensarmos que com a concretização do negócio as entidades poderiam reunir um conjunto de sinergias e alavancarem os seus negócios, pelo que no nosso entendimento, a posição apresentada pela AT deveria ter sido mais abrangente.

Face ao acima exposto, consideramos que a decisão proferida pelo TCAS deveria ter sido diferente, uma vez que houve aqui uma desadequação ao fim legal do caso dos autos.

7. Acórdão do TCAS de 11-12-2012, Processo 05501/12

a) Descrição do caso

A sociedade C..., CRL deduziu uma ação administrativa especial contra o Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, que lhe indeferiu o pedido de dedução de prejuízos fiscais por si apresentado, relativamente à sociedade incorporada CC....

No entendimento da AT, não existiram razões económicas válidas na operação de fusão para que a transmissão de prejuízos fosse autorizada. Primeiramente, a AT alegou que a sociedade incorporada se encontrava numa situação financeira delicada e que a Autora terá admitido que a realização da operação foi motivada pelo facto da atividade da incorporada não se ter desenvolvido da forma planeada. Como tal, e tendo em consideração que a continuidade da sociedade incorporada estaria inclusive em risco, a AT considerou que a operação não traria quaisquer benefícios para a entidade recorrente. Por fim, alegou que ainda que se reconhecesse a existência de substância económica associada à operação, a aplicação do plano específico de dedução dos prejuízos fiscais não iria permitir que a sociedade incorporante deduzisse os prejuízos da sociedade incorporada.

Por contrapartida, a recorrente alegou que o principal objetivo com a operação de reestruturação foi a racionalização dos recursos existentes. Como tal, a sociedade considera que o indeferimento por parte da AT é manifestamente ilegal e extravasa a letra e a *ratio* do número 2 do artigo 69º do CIRC (legislação em vigor à data). No que diz respeito ao plano de dedução dos prejuízos, a sociedade alegou que a Circular 7/2005 não constitui lei nem pode ser assumida como critério decisor para a decisão tomada pela AT.

b) Apresentação da decisão

O TCAS julgou improcedente a ação administrativa especial e manteve o ato impugnado.

No entendimento do Tribunal, ao se avaliar a existência de razões económicas válidas numa operação de fusão, estamos perante um conjunto de conceitos indeterminados que cabe à AT preencher. Como tal, não cabe ao Tribunal sobrepor à AT o seu juízo na interpretação

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas de tais conceitos indeterminados, a não ser que se verifique um erro grosseiro ou um grave desajustamento da decisão da AT face ao caso concreto, o que no entendimento do TCAS não se verificou.

c) Comentários

A defesa da AT focou-se essencialmente em dois aspetos. Um dos argumentos incide sobre o património negativo da sociedade incorporada, sendo que no entendimento da AT eventuais efeitos positivos futuros da operação iriam depender exclusivamente da sociedade incorporante.

À semelhança do que já comentamos em casos anteriores, este argumento não significa necessariamente que não tenham existido motivos económicos associados à operação. A própria AT reconheceu alguma legitimidade no argumento apresentado pelo contribuinte, que referiu que a operação teria ocorrido porque a atividade da empresa incorporada não decorrera da forma que tinha sido inicialmente planeada. Como tal, é efetivamente possível que um dos objetivos da operação tenha sido a racionalização dos recursos existentes, pelo que na nossa opinião, o primeiro argumento apresentado pela AT é redutor para o caso em concreto.

O segundo ponto abordado pela AT, incide sobre o facto de não ser possível efetuar um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais. No nosso entendimento, este argumento é desadequado para a análise que deveria ser realizado ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. O indeferimento à transmissão dos prejuízos deve ocorrer quando não se verifique a existência de razões económicas válidas. Ora, este plano de dedução dos prejuízos nada indica acerca dos motivos económicos da operação, simplesmente determina possíveis consequências que podem ocorrer devido à situação patrimonial da sociedade incorporada. Como tal, na nossa opinião, este não pode constituir um argumento válido para o caso em concreto.

Face ao acima exposto, não concordamos com a decisão proferida pelo TCAS.

8. Acórdão do TCAS de 09-04-2013, Processo 03811/10

a) Descrição do caso

No ano de 2006, a sociedade A...- Restauração Multiconceito S.A., requerente neste processo, realizou uma operação de fusão através da qual incorporou 3 sociedades,

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas designadamente: B...,S.A.; C...- Restauração e Actividades Hoteleiras, S.A; e A...- Restauração de Comida Italiana, Lda.. Na sequência da operação, foi requerido ao Ministro das Finanças autorização para que os prejuízos fiscais das sociedades incorporadas fossem deduzidos dos lucros tributáveis da requerente. No entanto, no que respeita à incorporação da sociedade A...Restauração de Comida Italiana Unipessoal, Lda., esse pedido viria a ser indeferido, uma vez que AT considerou não existirem razões económicas válidas subjacentes à operação.

A requerente alegou que na documentação apresentada estaria justificada a substância económica inerente à operação. Adicionalmente, o contribuinte mostrou-se indignado, uma vez que a AT terá reconhecido o interesse económico subjacente à operação de fusão como um todo, mas relativamente à incorporação da entidade A...Restauração de Comida Italiana Unipessoal, Lda., considerou não terem existido razões económicas válidas. Face a isto, a sociedade mencionou que ainda que exista margem de livre apreciação por parte da AT, a mesma não deverá ser ilimitada.

Por sua vez, a AT referiu que para a concessão da autorização, a entidade deveria ter fornecido todos os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, nomeadamente para se concluir acerca da existência de razões económicas válidas. Ora, no seu entendimento, esses requisitos não se verificaram, tendo por esse motivo indeferido o pedido.

b) Apresentação da decisão

No entendimento do TCAS, os principais elementos que a AT dispunha para concluir acerca do interesse económico subjacente à operação eram os elementos contabilísticos das entidades intervenientes.

Ainda que a requerente tenha defendido que a situação líquida negativa apresentada pela sociedade incorporada no exercício anterior não fosse crucial, o TCAS não concordou, mencionando que a proporção do património daria uma ideia dos efeitos da incorporação na perspetiva da sociedade incorporante.

Ademais, reforçou que não estava em causa a substância económica da operação de fusão como um todo. Contudo, na integração da A...Restauração de Comida Italiana, essas razões económicas não eram visíveis. No entendimento do TCAS, eventuais resultados positivos futuros iriam depender exclusivamente da sociedade incorporante e das restantes

sociedades incorporadas. Adicionalmente, o TCAS alegou que para a incorporação desta sociedade, a recorrente limitou-se a justificar os motivos dos prejuízos apresentados no exercício anterior, que estariam relacionados com o facto de ser o seu ano de constituição, mas não terá demonstrado os efeitos positivos que a sua incorporação traria para o grupo, impedindo assim uma análise abrangente da situação.

Face ao acima exposto, o TCAS considerou que mediante os elementos documentais que se encontravam na posse da AT, a decisão não poderia ter sido diferente, julgando improcedente a ação administrativa especial.

c) Comentários

Antes de proferir as suas conclusões, o TCAS abordou as principais sinergias apontadas para a operação de fusão na sua globalidade.

O objetivo principal apontado para a operação seria concentrar na sociedade A...- Restauração Multiconceito, S.A. toda a atividade vocacionada para a restauração rápida (*quick service*). O fato de a mesma atividade estar dispersa pelas diversas entidades, gerava uma afetação de recursos humanos e financeiros excessivos e dispensáveis. Adicionalmente, a operação visava uma gestão financeira, operacional e administrativa unificada, bem como implementar um posicionamento comercial específico. De forma objetiva, pretendia-se essencialmente obter uma redução de custos e uma maior eficiência organizacional.

Face ao acima exposto, o TCAS não colocou em causa a substância económica inerente à operação como um todo, mas no que diz respeito à integração da sociedade Restauração Multiconceito, S.A., a mesma já foi posta em causa, essencialmente devido ao facto de a sociedade apresentar resultados negativos.

Se nós recorrermos às conclusões proferidas pelo TJUE, no caso *Leur Bloem* (já abordado anteriormente neste estudo), foi mencionado que a AT ao verificar se uma determinada operação teve como principal objetivo a evasão fiscal, deverá fazer uma análise globalizada da respetiva operação. Adicionalmente, mencionou que não deverão ser aplicados critérios pré-determinados que excluam automaticamente determinadas categorias de operações, o que no nosso entendimento é de extrema pertinência para este tipo de análises.

Ora, no caso em análise, o TCAS abordou e reconheceu o interesse económico inerente à operação como um todo, não colocando em causa o mesmo. Como tal, seguindo

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas as considerações do TJUE, ao fazer-se uma análise global a esta operação, não se pode afirmar que estamos perante uma situação de evasão fiscal. Adicionalmente, o facto de se recusar a dedutibilidade dos prejuízos fiscais apenas porque uma entidade apresenta património negativo, seria extremamente redutor e estaríamos na aplicação de critérios pré-determinados. Isto porque, ao legitimar o argumento apresentado pela AT, estaríamos a assumir desde logo que qualquer entidade interveniente numa operação de fusão que apresentasse património negativo seria automaticamente excluída da possibilidade de transmissibilidade dos prejuízos fiscais, sem sequer se averiguar se existiram razões económicas válidas associadas à operação.

Como tal, tendo por base que o TCAS considerou existir substância económica subjacente à operação na sua globalidade, consideramos que a decisão proferida deveria ter sido diferente.

9. Acórdão STA de 10-01-2018, Processo 01486/15

a) Descrição do caso

A sociedade A...S intentou uma ação administrativa especial contra o Ministério das Finanças e Administração Pública, que indeferiu o pedido de dedução dos prejuízos fiscais das sociedades que foram incorporadas na autora através de uma operação de fusão. O TCAS, perante a factualidade dada como provada, julgou a ação procedente. Face ao exposto, o Ministério das Finanças recorreu para o STA.

Primeiramente, o Ministério Público alegou que a sociedade incorporada apresentava um passivo superior ao ativo, o que impunha concluir que a integração da mesma não constituía qualquer efeito positivo para a sociedade incorporante. Adicionalmente, mencionou que face ao que fora aduzido e transcrito no Acórdão recorrido, a sociedade incorporante e a incorporada tinham as suas sedes administrativas no mesmo local, pelo que se poderia deduzir que as decisões operacionais ou executivas, centralizadas no mesmo local, fossem tomadas de forma concertada. Adicionalmente, mencionou que a sociedade incorporada já era detida a 100% pela sociedade ora recorrida, logo já se encontrava sob a sua orientação estratégica, o que permitia concluir que com a concretização do negócio não se afiguravam alterações significativas do ponto de vista económico. Por fim, alegou que o benefício fiscal esperado com a operação era de cerca de 1 milhão e quatrocentos mil Euros,

logo os objetivos económicos apontados pela sociedade, essencialmente relacionados com a redução de custos, eram marginais face ao benefício fiscal.

Por sua vez, a sociedade alegou que os objetivos económicos da operação não se resumiam à redução de custos. Em contrapartida, referiu que abrangiam essencialmente cinco áreas, designadamente: área administrativa e financeira; comercial; informática; técnica e operacional; e área de pessoal. Adicionalmente, rejeitou a ideia de que o benefício fiscal iria ascender ao montante de 1 milhão e quatrocentos mil Euros, tendo inclusive referido que a AT não fora capaz de explicar quais os critérios económicos aplicados por si para concluir que os ganhos económicos seriam marginais. Por fim, argumentou que no ano de 2006, após a concretização do negócio, a sociedade beneficiária verificou um crescimento exponencial dos proveitos gerados, essencialmente devido às sinergias obtidas com a operação, nomeadamente no que diz respeito às reduções dos encargos e o aumento do poder negocial.

b) Apresentação da decisão

No Acórdão recorrido, o TCAS proferiu as suas conclusões utilizando como referência o Acórdão do STA de 27-11-2013 (já abordado neste estudo). Nesse sentido, considerou que o argumento apresentado pela AT constituía uma solução excessivamente redutora, tendo por essa razão julgado procedente a ação administrativa especial.

No que respeita ao STA, à semelhança do que foi concluído no Acórdão recorrido, considerou que o único fundamento para a não concessão da autorização da transmissão de prejuízos fiscais assentou no facto de a sociedade incorporada apresentar um património negativo, uma vez que a sociedade apresentou um estudo que procurava demonstrar o interesse económico da operação e a AT nada mencionou acerca do mesmo nem solicitou qualquer tipo de esclarecimentos. Como tal, considerou que esse argumento seria extremamente redutor e retiraria o sentido e razão de ser à norma.

Adicionalmente, o STA também abordou os argumentos alternativos apresentados pela AT em sede de recurso. Contudo, os respetivos argumentos constituem uma fundamentação *à posteriori*, o que não é legalmente admissível.

Face ao exposto, o STA negou provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

c) Comentários

Contrariamente aos últimos casos que temos analisado, a AT neste Acórdão apresentou um conjunto de argumentos que não se restringiram ao património negativo da sociedade incorporada. Contudo, esses argumentos não foram considerados pelo Tribunal, uma vez que constituem uma fundamentação *à posteriori*.

Ainda assim, importa citar uma das conclusões proferidas pelo STA: “*É certo que a recorrente nos pontos 10 a 13 e 32 a 35 das conclusões vem de alguma forma aduzir razões que no seu entender justificariam in casu a inexistência de razões económicas válidas (...) Todavia os factos agora invocados constituem fundamentação “a posteriori”.*”

Apesar dos argumentos não terem sido submetidos a apreciação, o Tribunal demonstrou alguma recetividade. Fazendo uma abordagem superficial a esses argumentos, a AT realizou um conjunto de alegações que efetivamente poderiam colocar em causa o interesse económico da operação. Desde logo, o facto de as decisões operacionais e executivas das sociedades intervenientes serem efetuadas no mesmo local, ainda antes da operação se ter concretizado. Adicionalmente, a sociedade incorporada já era detida totalmente pela sociedade incorporada. Neste sentido, existem um conjunto de sinergias, nomeadamente do ponto de vista estratégico, que eventualmente poderiam ser retirados dos objetivos apontados para a operação.

No entanto, importa também mencionar que a determinado momento o STA mencionou que a AT em momento algum realizou uma análise crítica aos objetivos da operação alegados pelo contribuinte, não tendo sequer solicitado qualquer pedido de esclarecimento.

Face ao exposto, conseguimos obter uma linha orientadora do tipo de abordagem que deverá ser assumida pela AT. Por um lado, a AT não deverá sustentar os seus argumentos exclusivamente com o facto de uma sociedade incorporada numa fusão apresentar um património negativo, até porque, neste Acórdão, verificou-se que se alguns dos seus argumentos não constituíssem uma fundamentação *à posteriori*, poderiam ter colocado em dúvida o interesse económico da operação. Adicionalmente, é verdadeiramente importante fazer uma análise objetiva aos argumentos apontados pelo contribuinte, pois só dessa forma se percebe se existe efetivamente substância económica na operação e se os objetivos enunciados são legítimos.

10.Acórdão do STA de 14-11-2018, Processo 03297/06.9BELSB 0191/17

a) Descrição do caso

A sociedade A...,Lda é uma sociedade dedicada ao comércio de artigos de uso pessoal que, em dezembro de 2014, incorporou mediante uma operação de fusão as sociedades B..., S.A e C...S.A..

Na sequência da operação, a sociedade incorporante apresentou um requerimento a solicitar autorização para deduzir os prejuízos fiscais apurados pelas sociedades incorporadas. Dado que esse pedido foi rejeitado, a sociedade A..Lda, apresentou uma ação administrativa especial junto do TCAS, alegando que o despacho impugnado pela AT carece de fundamentação e que estavam verificados todos os requisitos para o deferimento de pedido que realizou, nomeadamente no que respeita à existência de razões económicas válidas. Face às alegações apresentadas, o TCAS julgou procedente a ação administrativa especial deduzida pela sociedade, sendo que a AT, indignada com a decisão, recorreu para o STA.

A sociedade A..., Lda., recorrida neste Acórdão, alegou que existiram inúmeros motivos económicos associadas à operação de fusão, nomeadamente: otimização de recursos, reforço da competitividade, otimização da atividade, união dos recursos, tecnologias e know how numa única estrutura, entre outros. Adicionalmente, referiu que a AT em momento algum realizou uma análise crítica a estes objetivos, pelo que no seu entendimento, não existiu uma análise ao contexto jurídico-económico da operação na sua globalidade.

Por contrapartida, a AT alegou que a sociedade B...,Lda apresentava um passivo superior ao ativo e que os seus prejuízos fiscais iriam sobrecarregar a sociedade incorporante no seu objetivo de viragem de resultados futuros. Adicionalmente, considerou que o património negativo transmitido iria inviabilizar qualquer plano de deduções.

b) Apresentação da decisão

No Acórdão recorrido, o TCAS ao proferir as suas conclusões, utilizou como referência o Acórdão do STA de 27-11-2013 (já abordado neste estudo). No seu entendimento, o Tribunal não pode recusar ao interessado o controlo judicial do processo pelo qual a AT chegou à decisão, ainda que estejam em causa conceitos indeterminados.

Adicionalmente, mencionou que a AT não infirmou os motivos económicos enunciados pela sociedade, nem a documentação por esta apresentada. Desta forma, o TCAS considerou que o indeferimento por parte da AT constituía uma solução excessivamente redutora e que estaríamos perante a instituição de critérios de exclusão pré-determinados, quer tenha existido ou não o propósito de evasão fiscal. Como tal, o TCAS condenou a AT a praticar o ato decisório de deferimento do pedido de transmissibilidade dos prejuízos fiscais formulado pela recorrente.

Ora, neste Acórdão, o STA foi ao encontro das conclusões proferidas pelo TCAS e decidiu negar provimento ao recurso deduzido pela AT.

Sempre que existe um indeferimento do pedido de transmissão de prejuízos fiscais, o STA mencionou a necessidade de se comprovar e demonstrar que a operação foi realizada por razões predominantemente fiscais.

Para o caso em análise, o STA considerou que as razões económicas enunciadas pelo contribuinte se encontravam devidamente documentadas.

Contudo, a AT na sua defesa abordou exclusivamente o património negativo da sociedade incorporada, o que no entendimento do STA constituiu um critério sem idoneidade suficiente para desconsiderar as vantagens económicas enunciadas pelo contribuinte. Adicionalmente, o STA mencionou que não existem sequer evidências que a AT tenha considerado todo o contexto jurídico-económico inerente à operação.

No que respeita ao plano específico de dedução dos prejuízos fiscais, à semelhança do TCAS, o STA referiu que o principal propósito do respetivo plano é escalonar o eventual benefício se a AT o entender necessário após deferir o pedido, não constituindo um requisito ou condição de acesso ao regime de neutralidade fiscal.

c) Comentários

Ao proferir as suas conclusões, o STA recorreu de forma contínua às conclusões que haviam sido proferidas pelo também STA no Acórdão de 27 de novembro de 2013 (já abordado neste estudo). A determinada altura, o STA recorreu a uma citação de Carlos Baptista Lobo, mencionando o seguinte : *“(...) a análise da motivação económica não pode limitar-se à análise da vertente patrimonial líquida e que esse critério é indevidamente condicionador do princípio da liberdade económica e distorce o que se deve entender por “vantagem económica (...)”*.

Esta citação ilustra aquilo que é verdadeiramente relevante neste tipo de situações.

Face ao exposto, consideramos que a fundamentação da AT foi algo redutora para o caso em questão. A sociedade recorrida apresentou uma série de argumentos que procuravam demonstrar a substância económica da operação. Desta forma, a partir do momento em que AT recusou o pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais, deveria ter realizado uma análise crítica aos argumentos apresentados pela sociedade e discutido se efetivamente os motivos económicos eram viáveis.

Ao aceitar o argumento apresentado pela AT, estaríamos aqui na presença de um critério de exclusão automática, uma vez que sempre que uma sociedade incorporada numa operação de fusão apresentasse património negativo, eventuais pedidos para transmissibilidade de prejuízos fiscais seriam sempre rejeitados.

Como tal, entendemos que a decisão proferida pelo STA não poderia ter sido diferente neste caso em análise.

11.Acórdão do TCAS de 28-03-2019, Processo 1852/07.9BCLSB

a) Descrição do caso

A sociedade P..., S.A, integrou em dezembro de 2014 uma operação de fusão, através da qual incorporou cinco sociedades. Na sequência da operação, a sociedade P...,S.A. realizou um pedido de autorização para dedução dos prejuízos fiscais das sociedades ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, que viria, no entanto, a ser indeferido pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. De notar que a 31 de dezembro de 2003, todas as sociedades incorporadas apresentavam um património negativo.

O contribuinte alegou que os propósitos da fusão abrangiam seis áreas de atuação distintas, designadamente: área operacional e logística; área administrativa, área financeira, área de recursos humanos; área comercial e área de marketing. Adicionalmente, referiu que terá demonstrado para cada uma dessas áreas os resultados que pretendia alcançar.

Por sua vez, a AT afirmou que o contributo fornecido pelas sociedades incorporadas na operação de reestruturação era negativo para a sociedade requerente, sobrecarregando-a no seu objetivo de reorganização, uma vez que as incorporadas apresentavam uma situação patrimonial negativa. A AT reforçou ainda este seu argumento com o fato de a sociedade resultante da fusão ter recorrido a suprimentos, por parte da P..., SGPS (entidade detentora do capital social da recorrente), de forma a conseguir desenvolver um processo de

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas saneamento financeiro. Por fim, no entendimento da AT, a requerente não explicitou as vantagens de carácter económico induzido pela operação, nomeadamente no que diz respeito a melhorias de estrutura, desenvolvimento de produção, capacidade de inovação, entre outras.

b) Apresentação da decisão

Perante a situação acima exposta, o TCAS proferiu as suas conclusões, utilizando como referência o Acórdão do STA de 27/11/2013 (já abordado neste estudo).

Mediante as alegações feitas por ambas as partes, o TCAS considerou que o argumento fundamental da AT assentava no facto de as sociedades incorporadas levarem um património negativo para a sociedade incorporante e que tal constituía uma solução redutora e insuficiente para o caso em análise, para além de constituir uma regra de exclusão automática à possibilidade de transmissão de prejuízos fiscais, o que retira o sentido e a razão de ser à norma.

Face ao exposto, o TCAS julgou procedente a presente ação administrativa.

c) Comentários

A situação líquida das sociedades incorporadas ascendia a um montante negativo de € 15.967.562. Adicionalmente, a Autora admitiu que a sociedade P..., SGPS, detentora do seu capital social, forneceu suprimentos num montante de € 544.000.000 de forma a que a sociedade resultante da operação desenvolvesse um processo de saneamento financeiro. No nosso entendimento, a referência a estas situações não é suficiente para sustentar o indeferimento por parte da AT. Contudo, as sociedades incorporadas encontravam-se numa situação algo delicada e após a concretização do negócio, a sociedade beneficiária necessitou de um financiamento avultado, o que pode efetivamente levantar indícios de que os benefícios económicos da operação fossem marginais face ao benefício fiscal.

Face ao exposto, consideramos que a AT deveria ter realizado uma análise crítica aos objetivos da fusão enunciados pelo contribuinte, de forma a averiguar a sua viabilidade e concluir se a motivação fiscal foi efetivamente a principal razão para o negócio se ter concretizado. Contudo, apesar de o contribuinte ter enunciado inúmeras motivações económicas para diversas áreas, a AT não fez uma análise interpretativa sobre as mesmas,

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas restringindo os seus argumentos ao facto de as sociedades apresentarem um património negativo.

Como tal, concordamos com a decisão proferida pelo TCAS, uma vez que o motivo para o indeferimento da pretensão da Autora foi efetivamente redutor e insuficiente para o caso em análise.

d) Recurso para o STA (Acórdão de 14/10/2020, Processo 01852/07.9BCLSB)

Face à decisão do TCAS, a AT decidiu recorrer para o STA.

Contudo, as conclusões deste STA foram ao encontro da análise realizada pelo TCAS no Acórdão recorrido.

Relativamente à possibilidade de sindicância judicial do juízo sobre a existência de razões económicas válidas, o STA considerou que o processo de concretização do juízo administrativo bem como os parâmetros de avaliação não são inteiramente livres, e tendo de ser coerentes e razoáveis, o Tribunal não pode eximir-se ao controlo judicial desse processo.

Posteriormente, mencionou que o contribuinte detalhou aqueles que seriam os ganhos de eficiência e de competitividade resultantes da fusão, que a AT não só rebateu como aceitou expressamente. De seguida analisou os argumentos apresentados pela AT e considerou que para além de representarem uma solução extremamente redutora, traduzia efetivamente uma regra de alcance geral de exclusão automática da possibilidade de transmissibilidade de prejuízos fiscais, quer tenha ou não havido o propósito de evasão ou fraude fiscal, retirando assim o sentido e a razão de ser à norma. Por fim, referiu também que o património líquido não constituía um critério de fundamentação económica.

Face ao acima exposto, o STA negou provimento ao recurso, confirmando integralmente o Acórdão recorrido.

12.Acórdão do TCAS de 13-12-2019, Processo 2178/07.3BCLSB

a) Descrição do caso

No ano de 2006, a CAIXA DE IDANHA-A-NOVA E PENAMACOR, CRL (doravante designada por C.....INP) incorporou por fusão a Caixade Castelo Branco, CRL (doravante designada por C.....CB). Na sequência da operação a C...INP (recorrente

neste caso) solicitou ao Ministério das Finanças a transmissão dos prejuízos fiscais da sociedade incorporada, que ascendiam a € 4.015.883.

No entanto, esse pedido viria a ser indeferido, por se considerar não existirem razões económicas válidas. No entendimento da AT, o substrato patrimonial da sociedade incorporante seria diminuído em cerca de 50%, o que lhe seria extremamente desfavorável e tornaria legítima a conclusão de que a operação em causa não iria produzir efeitos positivos para a estrutura da sociedade incorporante, pelo que a fusão carece de substância económica. Adicionalmente, mencionou que com a operação não seria possível estabelecer um plano de dedução dos prejuízos fiscais mediante o Despacho n.º 79/2005-XVII, de 15 de abril do SEAF.

Por sua vez, a recorrente alegou que a operação visou o desenvolvimento e o incremento da atividade de crédito não agrícola, provocando um inevitável aumento da rentabilidade dos ativos e dos recursos humanos. Como tal, a recorrente considera que a simples referência aos capitais próprios como indicador exclusivo na aferição da viabilidade económica da fusão é extremamente redutora.

b) Apresentação da decisão

Sustentando as suas conclusões com base no Acórdão do STA de 27.11.2013 (já analisado neste estudo), o TCAS considerou que o indeferimento da pretensão da Autora, não só constitui uma solução excessivamente redutora, como criaria um critério de exclusão automática que retira o sentido e razão de ser à norma.

No que respeita ao plano de dedução dos prejuízos fiscais, o STA referiu que tal não constituía uma condição de acesso ao regime de neutralidade fiscal, uma vez que a referência a essa orientação administrativa constitui simplesmente um mero acréscimo para alertar para as consequências decorrentes da transmissão do património negativo.

Face ao acima exposto, o TCAS julgou procedente a ação administrativa especial.

c) Comentários

À semelhança do que temos observado nos últimos casos analisados, a análise e a decisão proferida pelo Tribunal foi sustentada pelo Acórdão do STA de 27.11.2013.

Segundo a jurisprudência do TJUE, e tal como abordado no Acórdão do STA de 27.11.2013, uma operação de fusão pode ter inúmeros objetivos, entre os quais a obtenção

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas de benefícios fiscais, desde que os mesmos não constituam um critério determinante para a concretização do negócio.

Nesse sentido, é fundamental que a AT apresente uma fundamentação sólida e detalhada, uma vez que não tem simplesmente de comprovar que a operação teve motivações fiscais, mas sim que essas motivações foram a principal razão pelo qual a operação se materializou. Neste caso em concreto, a sociedade incorporada apresentava prejuízos fiscais avultados. E ainda que a existência de prejuízos fiscais não possa determinar, por si só, a inexistência de razões económicas válidas, quando o montante é avultado e a proveniência dos mesmos é indeterminada, podemos estar efetivamente perante alguns indícios de evasão fiscal.

Como tal, face ao indeferimento da pretensão da Autora, caberia à AT efetuar uma análise crítica à substância económica da operação, nomeadamente aos objetivos apontados pela Autora, de forma a conseguir demonstrar que os mesmos eram imateriais face ao benefício fiscal obtido com a transmissão dos prejuízos fiscais. Contudo, o argumento fundamental da AT baseou-se essencialmente no património, o que desvirtua o sentido da norma em análise e objetivamente não confere uma análise ao interesse económico da operação, pelo que concordamos com a decisão proferida pelo TCAS.

13.Acórdão do TCAS de 25-06-2020, Processo 1545/06.4BCLSB

a) Descrição do caso

A sociedade T..., S.A. intentou uma ação administrativa especial contra o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, na sequência do indeferimento do pedido de transmissibilidade de prejuízos fiscais.

No ano de 2014, a requerente integrou uma operação de fusão, através da qual incorporou seis sociedades. De realçar que todas as sociedades intervenientes na operação exerciam a mesma atividade, que se relacionava com o setor dos transportes públicos ocasionais de mercadorias.

Segundo as alegações do contribuinte, a operação tinha uma série de objetivos, nomeadamente: criação de uma estrutura capaz de proporcionar uma utilização mais racional dos recursos; expansão comercial, solidificando a posição da empresa face aos concorrentes; redução da burocracia e de ineficiências económicas e logísticas; incrementar a eficiência e competitividade; aumentar o volume de vendas e alcançar economias de escala; entre outros.

Por sua vez, a AT indeferiu o pedido com base nos seguintes argumentos: algumas entidades incorporadas apresentavam um património negativo; uma das sociedades incorporadas não exercia qualquer atividade à data; duas das empresas fundidas apresentavam exclusivamente valores em “outros proveitos”, não estando relevados nas contas contabilísticas próprias as prestações de serviços a empresas do grupo que se encontravam mencionados nos relatórios de gestão; e os resultados previsionais estimados serem negativos e a aumentar.

b) Apresentação da decisão

O TCAS julgou a ação procedente, condenando a entidade demandada na prática do ato devido.

Primeiramente, o TCAS concluiu que não foi efetuada uma análise global à operação, sendo que sem essa análise, a AT não poderia ter alegado a inexistência de substância económica. Posteriormente, e tendo mencionando o Acórdão Foggia²⁸, o facto de uma das entidades incorporadas não exercer nenhuma atividade à data da operação, não pode constituir um critério decisório para o indeferimento do pedido, porque podem igualmente existir razões económicas válidas a sustentar a operação, algo que no entendimento do TCAS, não foi sequer verificado pela AT. No que respeita ao argumento de que duas das empresas fundidas apresentavam valores exclusivamente na rubrica de outros proveitos operacionais, foi imediatamente descartado pelo TCAS, uma vez que AT não terá aferido sequer as restantes operações que essas entidades exerciam com outras sociedades do grupo.

²⁸ Acórdão do TJUE de 10-11-2011, Processo C-126/10. A sociedade Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA incorporou três sociedades gestoras de participações sociais pertencentes ao mesmo grupo. Na sequência da operação solicitou autorização para deduzir aos eventuais lucros tributáveis os prejuízos fiscais resultantes dos seis anos anteriores incorridos pelas sociedades incorporadas. Contudo, o pedido foi parcialmente aceite, uma vez que foi apenas autorizada a transmissão dos prejuízos fiscais de duas das três entidades. Desta forma, a sociedade Foggia intentou uma acção administrativa especial no TCAS que foi julgada improcedente, tendo posteriormente recorrido para o STA. Uma vez que ainda subsistiam dúvidas relativamente à interpretação feita pelo Secretário de Estado ao conceito de razões económicas válidas, o STA decidiu suspender a instância e submeter algumas questões para o TJUE.

No que diz respeito ao argumento da AT referente aos resultados previsionais, o TCAS considera que a AT focou-se apenas em parte desses resultados, não tendo sequer aferido o impacto previsto para a operação em termos de custos e proveitos previsíveis.

c) Comentários

Uma vez mais, consideramos que a decisão proferida pelo TCAS foi correta e não poderia ter sido distinta.

À semelhança do que temos verificados nos Acórdãos anteriores, o contribuinte enunciou inúmeras vantagens económicas associadas à operação, ao passo que a AT centrou a sua defesa no facto de sociedades incorporadas apresentarem um património negativo.

Efetivamente, o património negativo apresentado pelas sociedades incorporadas poderia até criar indícios que não tenha existido interesse económico na respetiva operação. Contudo, a AT deveria ter efetuado uma análise mais aprofundada nesse sentido e averiguar de que forma é que esse fator inviabilizava as vantagens económicas enunciadas pelo contribuinte para a operação de fusão na sua globalidade. O próprio TCAS incorporou nas suas conclusões uma citação que vai ao encontro com o acima exposto: *“O facto de o património da entidade incorporada registar um valor negativo no balanço anterior à fusão, podia, sem dúvida, conduzir a uma intensificação da actuação administrativa, obrigando-a a um maior e mais pormenorizado exame da operação na sua globalidade (...). É que não pode esquecer-se que a AT está sujeita ao princípio da verdade material e ao princípio do inquisitório no que respeita à averiguação dos factos relevantes para a tributação, incumbindo-lhe, em sede de procedimento tributário, examinar e indagar todos os elementos pertinentes ao apuramento da real intenção do contribuinte e da razão de ser da operação”*

Contudo, apesar de considerarmos que a defesa apresentada pela AT foi algo redutora, reconhecemos que comprovar a inexistência de substância económica na respetiva operação seria algo complexo. Efetivamente, estamos perante uma análise de um conjunto de conceitos indeterminados. Neste caso em específico, todas as sociedades intervenientes na operação encontravam-se no mesmo setor de atividade, pelo que ainda não tenhamos a possibilidade de realizar uma análise aprofundada à operação, a racionalização de recursos existentes ou aumento de competitividade são desde logo exemplos imediatos de vantagens inerentes à operação e que certamente não seriam fáceis de se rebater.

Contudo, a conclusão que podemos retirar é que efetivamente o contribuinte documentou os diversos objetivos económicos da operação, logo competia à AT um especial dever de fundamentação, de forma a comprovar que a operação teve motivos predominantemente fiscais. Dado que tal não se verificou, consideramos a decisão do TCAS acertada.

3.5 Análise global

De acordo com a análise dos Acórdãos, é possível retirar algumas conclusões acerca do regime de Neutralidade Fiscal e a forma como o conceito de “razões económicas válidas” é interpretado a nível da Jurisprudência.

Desde logo importa realçar que todos os litígios encontrados nesta matéria se deveram a indeferimentos por parte da AT a pedidos de transmissibilidade de prejuízos fiscais, algo que é previsto com este regime. Não se pode afirmar à *priori* que o Regime de Neutralidade Fiscal seja mais vantajoso comparativamente com o Regime Geral de Tributação. Contudo, este regime especial tem um conjunto de disposições que podem potenciar a realização de transações diferentes das que seriam implementadas na ausência das mesmas. Ora, tendo em consideração todas as disposições presentes neste regime especial, a transmissibilidade de prejuízos fiscais é efetivamente a forma mais óbvia e até tentadora para potenciar situações de evasão fiscal. Uma sociedade ao analisar uma operação de reestruturação, com a possibilidade de deduzir ao lucro tributável os prejuízos fiscais das sociedades incorporadas, encontram aqui uma motivação fiscal relevante, uma vez que para além das motivações económicas inerentes a este tipo de operações, conseguem reduzir o montante de imposto a pagar.

Em todos os casos aqui analisados, o conceito de razões económicas válidas foi o ponto determinante da resolução destes litígios. Na tabela infra encontramos os principais resultados obtidos:

Tabela 1 - Decisões dos Tribunais

Decisões favoráveis ao contribuinte	6 (46%)
Decisões favoráveis ao Estado	7 (54%)
Total	13

Fonte: Elaboração própria

Face à tabela acima exposta, verificamos que em aproximadamente metade dos casos analisados os Tribunais decidiram a favor do contribuinte, enquanto na outra metade as decisões já foram a favor do Estado.

De uma forma simplista poderíamos afirmar que como estamos perante uma temática subjetiva, não existiu convergência nas decisões proferidas pelos Tribunais nos diversos casos, precisamente devido a este tema ser suscetível a diferentes interpretações. Contudo, após a análise dos casos, não seria apropriado proferirmos tal conclusão.

O Acórdão do STA de 27-11-2013 é o ponto fulcral deste estudo. De todos os casos analisados, os que antecederam este Acórdão tiveram uma decisão favorável ao Estado. Por contrapartida, todos os casos analisados que ocorreram após este Acórdão tiveram uma decisão favorável ao contribuinte.

Antes desse Acórdão do STA, verificamos inúmeras semelhanças na forma como os casos eram abordados. Por um lado, o contribuinte enunciava um conjunto de objetivos económicos pretendidos com a operação, tentando demonstrar que a operação era movida por razões económicas válidas. Por sua vez, a AT ao justificar o indeferimento dos pedidos de transmissibilidade dos prejuízos fiscais, utilizava fundamentalmente como argumento o facto de as entidades incorporadas nas operações de fusão possuírem um património negativo, o que iria sobrecarregar as entidades beneficiárias nos seus objetivos futuros. Ora, face ao exposto, os Tribunais assumiram sempre uma posição passiva. De uma forma objetiva, consideravam que estávamos perante um conjunto de conceitos técnicos e indeterminados, pelo que o Tribunal não se poderia sobrepor ao juízo de interpretação efetuado pela AT, salvo se estivéssemos na presença de um erro grosseiro ou se a posição da AT fosse manifestamente desajustada à situação em análise.

Contudo, o Acórdão do STA de 27-11-2013 constituiu uma mudança de paradigma. Primeiramente, o STA considerou que é precisamente por estarmos perante um conjunto de conceitos subjetivos que o órgão decisor tem a responsabilidade de fornecer um padrão suficientemente claro para a sua interpretação. Como tal, o Tribunal tem necessariamente de

Cap. III –A litigância fiscal e o regime de neutralidade fiscal: As razões económicas válidas fiscalizar se a AT proferiu uma interpretação correta e adequada a estes conceitos. Posteriormente, e em consonância com a jurisprudência a nível do TJUE, o STA realizou uma análise crítica sobre a forma como o conceito de razões económicas válidas deve ser interpretado. Objetivamente, proferiu as seguintes conclusões: i) para averiguar a substância económica de uma operação, as autoridades nacionais devem proceder a uma análise global da operação; ii) não devem ser aplicadas regras de alcance geral que excluam automaticamente certas categorias de operação; iii) uma operação de fusão pode ter motivações de cariz fiscal, desde que essas motivações não sejam predominantes para a concretização do negócio e; iv) análises baseadas na vertente patrimonial líquida, para além de representarem uma solução excessivamente redutora, condiciona o princípio de liberdade económica e distorce o que deve ser interpretado como vantagem económica.

Ora, mediante as conclusões proferidas neste Acórdão do STA, todos os casos posteriores foram analisados e julgados mediante esta abordagem. Em consonância com o que se verificou nos casos anteriores a esse Acórdão, os argumentos fundamentais da AT continuaram a sustentar-se em análises ao património líquido das sociedades intervenientes, pelo que sem surpresa, todos esses casos posteriores tiveram decisão favorável aos contribuintes.

Contudo, importa destacar o Acórdão do STA de 10-01-2018. Neste caso a AT apresentou um conjunto de argumentos que não se restringiram a uma análise do património líquido das sociedades intervenientes. No entanto, estes argumentos não foram alvo de análise uma vez que constituíam uma fundamentação à *posteriori*. Ainda assim, é importante destacar que o Tribunal mostrou alguma recetividade e mencionou inclusive que esses argumentos poderiam colocar em causa o interesse económico da operação.

Esta constituiu claramente uma linha orientadora para o tipo de análises que deverão ser proferidas. Naturalmente, é fundamental percebermos a situação patrimonial das sociedades intervenientes nas fusões, sendo que as análises da AT são pertinentes e podem inclusive demonstrar indícios de evasão fiscal. Contudo, esse não deverá constituir o argumento fundamental para alegar a inexistência de substância económica de uma determinada operação. Desta forma, deve igualmente ser realizada uma análise crítica às vantagens económicas enunciadas pelos contribuintes e concluir acerca da sua pertinência e viabilidade, bem como se essas vantagens económicas são materiais face aos eventuais benefícios fiscais que serão obtidos.

Capítulo IV

Conclusões e perspectivas futuras

Da análise efetuada anteriormente é possível enumerar algumas conclusões sobre o tema em análise.

Para além de percebermos o principal motivo de litígios existentes entre a AT e os contribuintes, no âmbito do Regime de Neutralidade Fiscal, verificamos a forma como os Tribunais têm abordado, em termos genéricos, o conceito de razões económicas válidas.

Em todos os casos analisados, os argumentos apresentados pela AT restringiram-se a análises dos patrimónios líquidos das sociedades intervenientes nas operações de reestruturação. Tendo em consideração a subjetividade inerente ao tema em análise, se os argumentos por parte da AT fossem direcionados para uma vertente mais interpretativa e crítica dos objetivos económicos das operações que eram enunciados pelos contribuintes, as conclusões acerca deste tema seriam mais proveitosas. Isto porque, nessa perspetiva, o Tribunal teria igualmente de realizar uma análise crítica aos argumentos apresentados por ambas as partes e destacar quais os mais válidos e pertinentes. No entanto, uma vez que o argumento fundamental da AT foi algo redutor para o tema em análise, após o Acórdão do STA de 27-11-2013 as decisões dos casos foram, sem surpresa, favoráveis ao contribuinte.

Importa ainda destacar a reforma do IRC ocorrida no ano de 2014. Antes das alterações efetuadas, e conforme observamos em diversos casos analisados, o contribuinte necessitava de uma autorização por parte do Ministério das Finanças para obter acesso ao processo de transmissibilidade de prejuízos fiscais, tendo para isso de demonstrar que a fusão foi motivada por razões económicas válidas. Ora, a partir da reforma do IRC, essa autorização deixou de ser necessária, o que claramente dificulta ainda mais o papel de controlo por parte da AT. Por um lado, esse controlo ocorrerá agora num momento posterior à operação de fusão, nomeadamente através de ações de inspeção. Por outro lado, caso a AT considere que uma determinada operação teve um fim evasivo, terá de apresentar argumentos muito bem sustentados e persuasivos, o que é complexo num tema tão subjetivo. Importa destacar que a AT não tem simplesmente de demonstrar que existiram motivações fiscais numa operação, mas sim que essas motivações tenham constituído o principal motivo para a operação se ter concretizado.

Ainda que não exista um consenso a nível da literatura acerca do sucesso/insucesso destas operações, as fusões constituem um modelo de negócio importante a nível internacional. Apesar de cada uma destas operações assumir tipologias e características únicas, existe um conjunto de sinergias que são de certa forma inerentes e globais às operações de fusão. Se pensarmos, por exemplo, em duas entidades produtoras intervenientes numa operação de fusão, é algo comum e até expectável que uma das motivações com a concretização do negócio assente na obtenção de sinergias operacionais (tais como economias de escala) de forma a que a empresa beneficiária consiga reduzir os custos médios de produção. Como tal, sempre que uma entidade necessite de comprovar a substância económica de uma operação para aceder ao regime de neutralidade fiscal, tem desde logo um conjunto de sinergias e motivações económicas que são inerentes a qualquer operação de fusão e reconhecidas por todos. Assim, ainda que determinadas operações tenham um motivo meramente fiscal, a partir do momento em que uma entidade reúna um conjunto de motivações económicas e apresente um discurso algo persuasivo, não é previsível nesta fase que a AT consiga contrariar esses argumentos, até porque tal como mencionado anteriormente, não é suficiente demonstrar que uma operação teve motivações fiscais, mas sim que essas motivações tenham sido a principal determinante para a concretização da operação.

Adicionalmente, tal como abordado ao longo deste estudo, as fusões são uma atividade altamente pró-cíclica e hipersensível ao contexto económico. Atualmente estamos perante uma crise pandémica sem precedentes. Apesar de existirem já algumas medidas de combate à Pandemia, assistimos ainda a uma fase algo incerta, desconhecendo-se se as medidas existentes serão suficientes para reverter a atual situação económica.

Face ao exposto, será sensato considerarmos que as operações de reestruturação, nomeadamente fusões, poderão ser uma das soluções para o tecido empresarial português. Nesta fase, muitas das entidades necessitaram de recorrer a inúmeros apoios disponibilizados pelo Estado e a créditos bancários, o que apesar de aliviar a tesouraria das entidades, sobrecarregam a sua situação patrimonial, colocando em causa a sua sustentabilidade económica e financeira a médio e longo prazo. Contudo, ainda que seja previsível um aumento de procura por este tipo de operações por motivações meramente económicas, não podemos descartar o facto de que as condições previstas no regime de neutralidade poderão ser determinantes para a concretização deste tipo de negócios, inclusive no que diz respeito

à transmissibilidade de prejuízos fiscais. Como tal, é expectável o surgimento de mais litígios nesta matéria, ainda que não seja previsível que ocorra uma alteração na recente tendência do sentido das decisões proferidas pelo Tribunal.

Face ao exposto, admitimos que determinadas operações com motivações meramente fiscais possam efetivamente ter acesso ao regime de neutralidade fiscal, o que não é naturalmente pretendido. Contudo, especialmente nesta fase, este regime especial de tributação poderá assumir uma enorme relevância na reestruturação do tecido empresarial português, nomeadamente de entidades que irão procurar garantir a sua sobrevivência, o que demonstra que este regime poderá eventualmente ser muito importante para a concretização destes negócios. Desta forma, é razoável afirmar a importância e o contributo deste regime, ainda que se promovam algumas atividades que não ocorreriam com a ausência do mesmo.

Poderíamos igualmente discutir se faria sentido a criação de um conjunto de critérios mais concretos e objetivos para a aplicação do conceito de “razões económicas válidas”. Contudo, este é um conceito que por si só já acarreta enorme subjetividade. De igual forma, as operações de fusão assumem características e tipologias distintas. Como tal, a abordagem do TJUE e dos Tribunais Portugueses nos Acórdãos recentes parece-nos a mais sensata, nomeadamente quando referem que é fundamental fazer-se uma análise global em cada operação e rejeitar-se a aplicação de critérios pré-determinados. Assim, no nosso entendimento, a partir do momento em que a cláusula anti-abuso do regime especial de tributação se sustenta num conceito subjetivo, a sua aplicabilidade deverá igualmente ser feita em função de uma fundamentação interpretativa persuasiva e evidente, de forma a respeitar o espírito da lei.

O presente estudo apresenta algumas limitações. Por um lado, a linha orientadora descrita e as previsões futuras assentam naquilo que foram os casos posteriores ao Acórdão de 27-11-2013 (analisados neste estudo), o que demonstra a necessidade de um estudo contínuo e mais amplo sobre a aplicação deste conceito para se concluir que a linha orientadora estabelecida se encontra correta. Por outro lado, com a análise dos Acórdãos, percebermos as diversas interpretações estabelecidas pelos Tribunais e dos contribuintes acerca do conceito em análise. Contudo, os argumentos por parte da AT foram sempre baseados em análises de património líquido, o que se afasta daquilo que o conceito representa, sendo que será interessante acompanharmos e verificarmos o tipo de abordagens que a AT irá assumir em casos futuros.

Cap. IV –Conclusões e perspectivas futuras

Por fim, este estudo resumiu-se à jurisprudência nacional, pelo que em futuras investigações, poderá ser interessante percebermos a forma como este conceito será aplicado e interpretado a nível da jurisprudência internacional.

Bibliografia

- Afonso, O. (2015). *Motivações para a fraude e evasão fiscais. Observatório de Economia e Gestão de Fraude*. Disponível em: https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/NaoI_039.pdf [acedido em 28 de março de 2021]
- Baker, H.K., Kiyamaz, H. & Mukherjee, T.K. (2005). *Merger Motives and Target Valuation: A Survey of Evidence from CFOs*. *Journal of Applied Finance*. 14, 7-24
- Baldé G. (2016). *As Fusões e Aquisições como Mecanismos de Criação de Valor: Estudo de Caso da NOS Comunicações (Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Gestão, Lisboa, Portugal)*
- BCG (2016). *Breaking the Culture Barrier in Postmerger Integrations*. Disponível em: <https://www.bcg.com/publications/2016/breaking-the-culture-barrier-in-postmerger-integrations> [acedido em 12 de dezembro de 2020]
- Bhat, P.I. (2020). *Doctrinal Legal Research as a Means of Synthesizing Facts, Thoughts, and Legal Principles*. In *Idea and Methods of Legal Research*: Oxford University Press. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780199493098.001.0001/oso-9780199493098-chapter-5> [acedido em 14 de maio de 2021]
- Breia, A.C. (julho-setembro de 2009). *Os preços de transferência e o âmbito de intervenção do Revisor/Auditor: enquadramento e actualidade*. *Revisores & Auditores*. pp.44-52
- Bouwman, C.H.S (2013). *The Role of Corporate Culture in Mergers & Acquisitions*. In E. Perrault (Ed.). *Mergers and Acquisitions: Practices, Performance and Perspectives*, NOVA Science Publishers. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307740 [acedido em 19 de fevereiro de 2021]
- Campos, C. M. P., & Pais, C. M. L. (2019). *O regime da neutralidade fiscal das reorganizações societárias: o caso das fusões e cisões*. *Revista Contabilista/TOC*. 233: 26-29

Canotilho, J.J.G., & Moreira, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada Vol I*. (4.^aed.). Coimbra: Coimbra Editora

Cox, R.A.K. (2006), “Mergers and Acquisitions: a Review of the Literature”, *Corporate Ownership & Control*. 3(3), 55-59

Cravens, K.S. (1997). Examining the Role of Transfer , , Pricing.as a Strategy for Multinational Firms. *International Business Review*. 6 (2), 127-145

Dahm, K.K., & Sciacca, R. (2014). *TP in the manufacturing sector: Transformation and new challenges*. *International Tax Review*. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f9jycxlx131v/tp-in-the-manufacturing-sector-transformation-and-new-challenges> [acedido em 14 de maio de 2021]

Denzin, N.K. & Lincoln, Y.S. (2005). Introduction: The discipline and practice of qualitative research. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (Eds.), *The Sage handbook of qualitative research*. (pp. 1-32). USA: Sage Publications Ltd.

DePamphilis, D (2018). *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*.(9.^aed.) Los Angeles: Academic Press

Du,M. & Boateng, A. (2015). State ownership, institutional effects and value creation in cross-border mergers & acquisitions by Chinese firms. *International Business Review*. 24 (3),430-442.Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969593114001528> [acedido em 21 de março de 2021]

Faulkner, D., Teerikangas, S., Joseph, R. (2012). *The Handbook of Mergers and Acquisitions*. *Oxford Scholarship Online*. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199601462.001.0001/acprof-9780199601462> [acedido em 13 de fevereiro de 2021]

Ferreira, D. (2002). *Fusões, Aquisições e Reestruturação de Empresas (Vol. I)*. Lisboa: Edições Sílabo.

Gomes, E., Angwin, D.N., Weber, Y., Tarba, S.Y. (2012). *Critical Success Factors through the Mergers and Acquisitions Process: Revealing Pre- and Post-M&A Connections for Improved Performance*. *Thunderbird International Business Review*.55 (1), 13-35. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/tie.21521>. [acedido em 20 de março de 2021]

Gomes, M. V. D. C. C. (2014). *Regime Fiscal Das Fusões – Um Olhar Sobre A Evolução Do Regime Da Transmissibilidade De Prejuízos* (Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal)

Gomes, N. S. (1990). *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Lisboa: Ministério das Finanças.

Harford, J. (2005). *What drives merger waves?* *Journal of Financial Economics*. 77 (3), 529-560. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X04002041> [acedido em 13 de fevereiro de 2021]

Harvey, M. G. & Lusch, R. F. (1995). Expanding the nature and scope of due diligence. *Journal of Business Venturing*. 10, 5-21. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.468.2046&rep=rep1&type=pdf>

Hoecke, M. V. (2011). *Methodologies of legal research : which kind of method for what kind of discipline?* (1.^aed). Oxford ; Portland,: Hart.

Jordão, T.A.V. (2016). *O direito fundamental ao planeamento fiscal e o combate à evasão fiscal*. (Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal)

Junni, P., & Teerikangas, S. (2019). *Mergers and Acquisitions*. *Oxford Research Encyclopedia of Business and Management*. Disponível em: <https://oxfordre.com/business/view/10.1093/acrefore/9780190224851.001.0001/acrefore-9780190224851-e-15> [acedido em 5 de novembro de 2020]

Langbroek, P. M., Bos, K. V. D., Thomas, M.S., Milo, J.M., & Rossum, W.M.V (2017). *Methodology of Legal Research: Challenges and Opportunities*. *Utrecht Law Review*, 13 (3), 1–8.

Leland., H., & Škarabot, J. (2003). Financial Synergies and the Optimal Scope of the Firm: Implications for Mergers, Spinoffs, and Off-Balance Sheet Finance. *Corporate Finance: Capital Structure & Payout Policies*.

Leland, H.E. (2007). Financial Synergies and the Optimal Scope of the Firm: Implications for Mergers, Spinoffs, and Structured Finance. *The Journal of Finance*. 62 (2), 765-807. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1540-6261.2007.01223.x> [acedido em 6 de março de 2021]

Lewis, A. & McKone, D. (2016). So Many M&A Deals Fail Because Companies Overlook This Simple Strategy. *Harvard Business Review*. Disponível em: <https://hbr.org/2016/05/so-many-ma-deals-fail-because-companies-overlook-this-simple-strategy> [acedido em 15 de outubro de 2020]

Mcgrady, S. (junho – julho de 2005). Extending Due Diligence to Improve Mergers and Acquisitions. *Bank Accounting & Finance*, pp. 17-23

Mendes, A.R., Courinha, G., Sarmiento, J.M., & Ramos, L.P. (2019). Tributação do Rendimento: IRC – 2019. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_IRC2019.pdf [acedido em 12 de dezembro de 2020]

Mescall, D. (2007). How Do Tax and Financial Reporting Policies Affect Cross-Border Mergers and Acquisitions? (Dissertação de mestrado, University of Waterloo, Ontario, Canada)

Mescall, D. & Klassen, K.J. (2018). *How Does Transfer Pricing Risk Affect Premiums in Cross-Border Mergers and Acquisitions?*. *Contemporary Accounting Research*. 35 (2), 830-865. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1911-3846.12397> [acedido em 13 de março de 2021]

Motis, J. (2007). *Mergers and Acquisitions Motives*. Working Papers 0730, University of Crete, Department of Economics. Disponível em: <https://economics.soc.uoc.gr/wpa/docs/paper2mottis.pdf> [acedido em 6 de março de 2021]

- Sanches, J.L.S. (abril-junho de 2008). Fusão Inversa e Neutralidade (Da Administração) Fiscal. *Fiscalidade*. 34, 7-34
- Sherman, A. J., & Hart, M. A. (2006). *Mergers & Acquisitions From A to Z, Second Edition*. (2.^a ed.). Broadway: Amacom
- Sidani, S. & Sechrest, L. (janeiro-março de 1995). Quantitative and qualitative methods:: Is There an Alternative?. *Evaluation and Program Planning*, pp. 77-87
- Santos, A.C. (2008). Planeamento fiscal: Conceito, Figuras Afins, Limites. GETOC/IDE
- Santos, A.C. (2009). *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal*. *Fiscalidade*. 38. 62-100
- Silva, A. F. (2008). O direito dos contribuintes ao planeamento fiscal. *Fiscalidade*. 104, 42-45
- Silva, N. R. (2013). *Fusões: Uma Análise Multidisciplinar* (Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
- Stake, R. E. (1995). *The art of case study research*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 1995.
- Vazirani, N. (2015). A Literature Review on Mergers and Acquisitions Waves and Theories. *SIES Journal of Management*, 11(1), 3–9.
- Viana, V. (2016). *A evasão fiscal*. *Vida Económica*. 20. Disponível em: https://www.occ.pt/fotos/editor2/ve_19agosto.pdf [acedido em 20 de março de 2021]
- Wenzel, M. (2005). Motivation or rationalisation? Causal relations between ethics, norms and tax compliance. *Journal of Economic Psychology*. 26 (4), 491-508
- Weston, J. F., Chung, K. S., & Hoag, S. E. (1990). *Mergers, restructuring, and corporate control*. Englewood Cliffs, N.J: Prentice-Hall.
- Yilmaz, K. (junho de 2013). Comparison of Quantitative and Qualitative Research Traditions: epistemological, theoretical, and methodological differences. *European Journal of Education*. 48(2), 311-325

Yin, R. K. (1989). *Case study research: Design and methods*. London: Sage Publications.

Yost-Bremm, C. & Huang, E. (2018). Merger Speculation in Financial Media: The Valuation of Investigative Reporting. *Journal of Behavioral Finance*. 19(3), 291-307.