

■ FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Tributação do Rendimento: IRC - 2019

Jurisdição Administrativa e Fiscal
Novembro 2019

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

Este e-book da “Coleção Formação Contínua” reúne os textos das intervenções apresentadas em Maio de 2019 numa acção de formação intitulada “Tributação do Rendimento”.

Em concreto, e para facilitar, as temáticas relativas ao IRC são aqui autonomizadas.

Para os profissionais que lidam com estas matérias a pertinência das reflexões que vêm reflectidas nos textos serão de uma enorme utilidade, uma vez que, para além do seu carácter dogmático assumem uma vertente prática que é de assinalar.

A Jurisdição Administrativa e Fiscal continua assim a produzir conteúdos de excelência que, dirigidos em primeira linha aos/as magistrados/as em exercício de funções na área tributária, podem agora ser também aproveitados por toda a comunidade jurídica.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Tributação do Rendimento: IRC – 2019

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Fernando Martins Duarte – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Ana Carla Palma – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Tiago Brandão de Pinho – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2018/2019:

Tributação do Rendimento – 3 de maio de 2019 (programa)

Conceção e organização:

Margarida Reis

Intervenientes:

Gustavo Courinha – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Joaquim Miranda Sarmiento – Professor do Instituto Superior de Gestão e Economia de Lisboa

Luís Pedro Ramos – Diretor Adjunto da Unidade de Grandes Contribuintes, Autoridade Tributária

António Rocha Mendes – Advogado

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

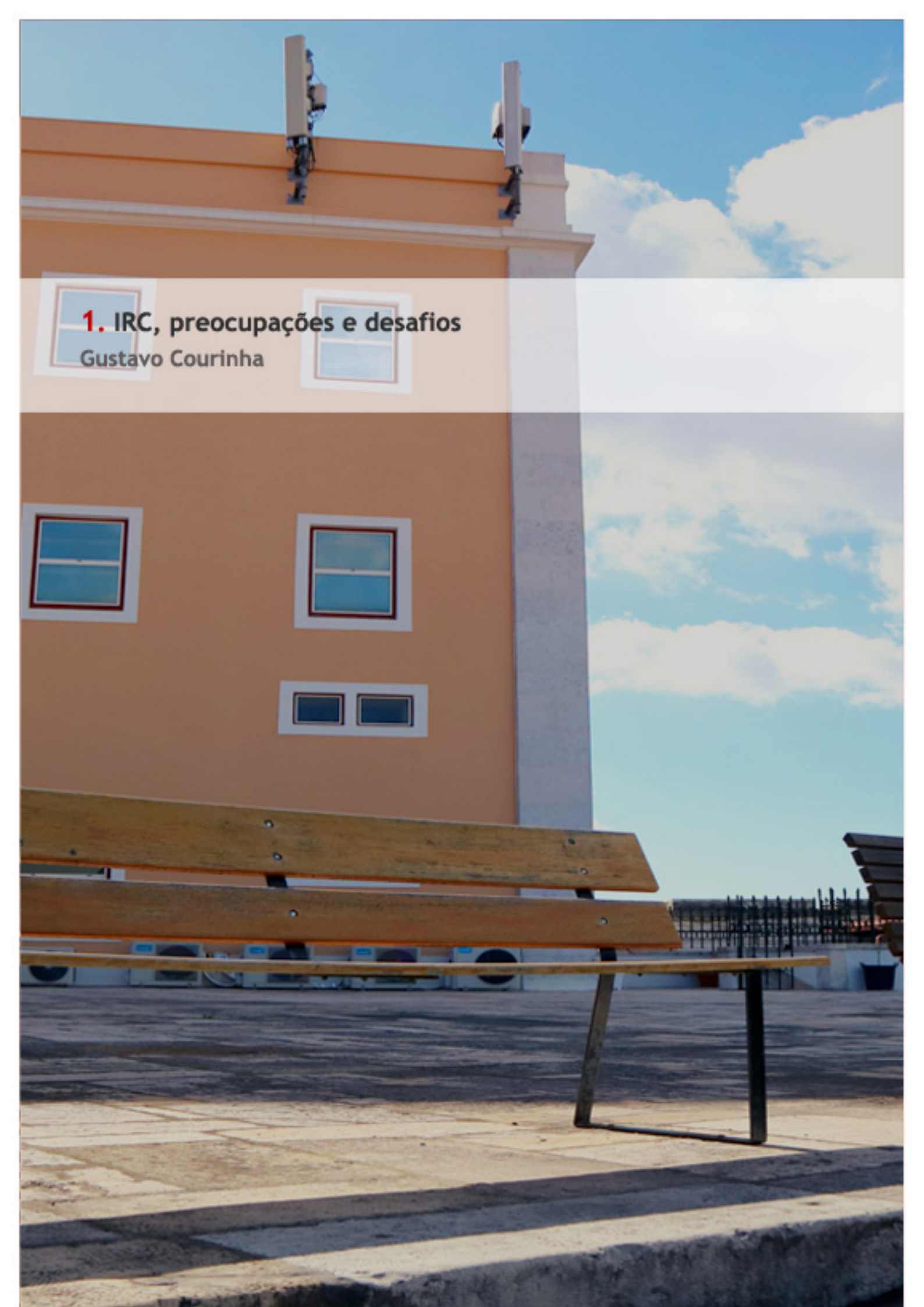
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –14/11/2019	

Tributação do Rendimento: IRC– 2019

Índice

1. O IRC, preocupações e desafios	9
Gustavo Courinha	
2. Dedução de encargos financeiros em IRC	13
Joaquim Miranda Sarmento	
Sumário executivo	15
1. O “apetite pela dívida” – o efeito <i>leverage</i> no financiamento das empresas	15
2. A não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC	26
3. Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)	34
4. Subcapitalização	43
5. Discussão sobre a doutrina e jurisprudência	45
Referências	52
Anexo - Regras de limitação da dedução de custos de financiamento	54
3. Os preços de transferência na determinação do lucro tributável	93
Luis Pedro Ramos	
4. IRC e as reorganizações empresariais	111
António Rocha Mendes	
1. AS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL	114
1.1. Enquadramento	114
1.2. Conceito de reestruturação empresarial	115
1.3. Tipos de reestruturação empresarial – estrutura de activos e financiamento	116
1.4. A transmissão de activos ou participações	117
1.5. Reestruturação empresarial no direito português	118
2. O IRC NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS	119
2.1. Nota introdutória	119
2.2. Mecânica da tributação das transmissões de activos	120
2.2.1. O princípio da realização	120
2.2.2. O lucro tributável e a categoria específica das mais-valias	125
2.2.2.1. O lucro contabilístico	127
2.2.2.2. Variações patrimoniais – as alterações de valor nos capitais próprios	128
2.2.2.2.1. O capital próprio	128
2.2.2.2.2. Variação do valor dos capitais próprios	129
<i>Contribuições dos titulares do capital e operações com instrumentos de capital próprio</i>	130
<i>Mais valias e menos valias latentes</i>	132
2.2.2.2.3. Ajustamentos previstos na legislação fiscal	133

2.2.2.3. O caso específico das mais-valias	134
2.2.3. A base fiscal	136
2.3. Exemplos práticos de tributação das operações de reorganização	141
2.3.1. Nota introdutória	141
2.3.2. Compra e venda de activos (<i>asset deal</i>)	142
2.3.3. Compra e venda de participações sociais (<i>share deal</i>)	144
2.3.4. Fusão	145
2.3.5. Cisão simples	148
3. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL	151
3.1. Enquadramento	151
3.2. O mecanismo do diferimento da tributação através do transporte da base fiscal	153
3.3. O regime de neutralidade fiscal no Código do IRC	158
4. OS COMPORTAMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO E O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL	159
4.1. Enquadramento geral do regime de neutralidade fiscal	159
4.2. Os comportamentos de substituição	160
4.3. Os problemas da substituição	160
4.3.1. Na óptica do ordenamento jurídico	160
4.3.2. Na óptica da eficiência	161
4.4. A reacção à substituição no âmbito do regime de neutralidade fiscal	162
4.4.1. Enquadramento geral	162
4.4.2. O abuso de direito na jurisprudência do TJUE	164
4.5. O n.º 10 do Artigo 73.º do CIRC	166
4.5.1. Elementos essenciais da norma anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC	167
4.5.1.1. Verificação da previsão normativa	167
4.5.1.2. Artificialidade	167
4.5.1.2.1. Obtenção de vantagens fiscais	168
4.5.1.2.2. A intenção primordial da operação é a obtenção dessas vantagens fiscais	178
4.5.1.3. Violação da intenção normativa subjacente ao regime de neutralidade fiscal	180
4.5.2. Índícios de abuso previstos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC	183
4.5.2.1. Natureza jurídica das circunstâncias descritas na norma anti-abuso	183
4.5.2.2. Operação com entidades sujeitas a regimes de tributação distintos	185
4.5.2.3. Índício de abuso quando a reorganização careça de razões económicas válidas	186
4.5.2.3.1. Significado da expressão “razões económicas válidas”	186
4.5.2.3.2. Consequências práticas	187



1. IRC, preocupações e desafios

Gustavo Courinha

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. O IRC, PREOCUPAÇÕES E DESAFIOS

Gustavo Courinha*


Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/21swwd1lwn/streaming.html?locale=pt>

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2. Dedução de encargos financeiros em IRC

Joaquim Miranda Sarmiento

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. DEDUÇÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS EM IRC

Joaquim Miranda Sarmento *

Sumário executivo

1. O “apetite pela dívida” – o efeito *leverage* no financiamento das empresas
 2. A não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC
 3. Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)
 4. Subcapitalização
 5. Discussão sobre a doutrina e jurisprudência
- Referências
Anexo - Regras de limitação da dedução de custos de financiamento
Apresentação *Power Point*
Vídeo

Sumário executivo

Este artigo aborda a dedutibilidade dos gastos de financiamento em sede de IRC. A teoria de Finanças tem-se debruçado de forma abundante sobre as questões da estrutura de financiamento das sociedades. Existe um “bias” em favor da dívida versus o capital próprio (*Equity*). Esse enviesamento, que leva os gestores a preferirem dívida a *Equity* resulta de vários motivos, sendo um deles a não neutralidade fiscal entre juros e dividendos.

A dedutibilidade dos gastos de financiamento é analisada em 3 prismas: a dedutibilidade geral do artigo 23.º; a limitação à dedução dos gastos de financiamento do artigo 67.º do CIRC e o regime (revogado em 2013) da subcapitalização. Adicionalmente é analisada doutrina e jurisprudência sobre esta matéria.

1. O “apetite pela dívida” – o efeito *leverage* no financiamento das empresas

A teoria económica e a teoria de Finanças tem debatido abundantemente, nas últimas décadas, a relevância e os efeitos da estrutura de capital de uma empresa. Isso resulta da não neutralidade fiscal, em sede de IRC, do tratamento da dívida e do *Equity* (Capital Próprio). Isso sucede na maioria dos sistemas fiscais, em que os juros da dívida são dedutíveis fiscalmente, ao contrário dos dividendos/lucros que são distribuídos aos acionistas/sócios. Essa não neutralidade ocorre, exceto (algo que muito poucos ordenamentos jurídicos acolheram até hoje), da possibilidade de deduzir igualmente a remuneração do capital próprio, conforme defendem Pereira (2005) ou Tomás (2013). Há assim um “debt bias” ou se quisermos, “um apetite pela dívida”, que resulta de uma taxa de juro inferior à rentabilidade do *Equity*, mas sobretudo pelo efeito fiscal a ser discutido nesta secção.

Começamos pela parte contabilística, para compreender o que é, concetualmente, uma estrutura de capital. Quando olhamos para o Balanço de uma empresa sabemos que a equação básica da Contabilidade é que Ativos = *Equity* + Passivo. Isto sucede por uma razão

* Professor do Instituto Superior de Gestão e Economia de Lisboa.

simples (além naturalmente da aplicação dos princípios da contabilidade digráfica em que em cada lançamento o Σ Débitos = Σ Créditos), que é a que os ativos representam o investimento da empresa e o “outro lado” do balanço (*Equity* e Passivo) as fontes de financiamento. Basicamente, ao olharmos para um balanço de uma empresa, temos do lado direito (*Equity* e Passivo) como é que a empresa se financiou. Ou seja, que parte do financiamento provém dos sócios e que parte provém de terceiros. Naturalmente, todos os recursos que “entram” na empresa, são alocados a um determinado ativo. Pelo que o total do financiamento de uma empresa é o montante que a empresa investiu no seu negócio (seja em ativos fixos, mercadorias, dívidas de clientes, depósitos, aplicações financeiras, etc.)¹.

Assim, a estrutura de capital (entre *Equity* e passivo) implica de que forma a empresa financiou o seu negócio. Naturalmente, cada empresa procura o *mix* de financiamento mais eficiente possível. Como veremos mais à frente, essa eficiência mede-se por um custo médio ponderado do capital o mais baixo (o mais barato) possível. Isso tornará o negócio da empresa o mais lucrativo possível.

Em Finanças cada investimento deve ser avaliado independentemente da sua forma de financiamento. O princípio base de Corporate Finance (Damodaran, 2001) é que existem 3 decisões na empresa:

- 1) Decisão de investimento;
- 2) Decisão de financiamento;
- 3) Decisão de distribuição de resultados (politica de dividendos).

Estas 3 decisões têm de ser independentes. Isto é, a decisão de investimento não pode depender do financiamento, nem vice-versa, e a decisão de dividendos não pode depender do investimento ou do financiamento.

Assim, a decisão de investimento depende de o investimento (sem qualquer dívida, isto é financiado apenas por *Equity*) ter um Valor Atual Líquido (VAL) positivo. Se tal ocorre, a empresa pode realizar esse investimento. Naturalmente, considerando que todos os agentes económicos têm uma reta de restrição orçamental, cada empresa selecionará os projetos que tendo $VAL > 0$, maximiza esse VAL². No entanto, os projetos são comparáveis para o mesmo nível de risco (refletido na taxa de desconto, que não é mais que a taxa de juro sem risco – a abordar a seguir – e um prémio de risco) e para a mesma maturidade (isto é, a mesma duração).

¹ Naturalmente, uma empresa pode sempre alterar a sua estrutura de capital ao longo de sua vida emitindo novas ações ou dívidas, reinvestindo ou distribuindo os lucros obtidos, recomprando ações, pagando dividendos. Uma transação que causa uma mudança significativa na estrutura de capital de uma empresa é chamada de recapitalização. Em particular, quando uma empresa se financia através de dívida para a recompra das suas ações em circulação ou pagar dividendos aos acionistas, a transação é chamada de recapitalização alavancada.

² Mesmo considerando os limites do VAL descritos em Ross (1976).

Desta forma, como veremos mais à frente, a decisão de financiamento serve para aumentar o retorno (reduzindo o custo de financiamento ao máximo) de um investimento que sem dívida já tem um $VAL > 0$. A dívida, ou como veremos, o chamado efeito de alavancagem, permite maximizar ganhos. Mas nunca se deve cometer o erro de escolher um projeto com $VAL < 0$, só porque depois de se usar o efeito de alavancagem o VAL fica positivo. Isso é misturar as duas decisões, que como se referiu atrás, devem ser independentes.

Assim, a estrutura de financiamento e o seu custo representam um dos aspetos mais relevantes no *Corporate Finance* de qualquer empresa com um mínimo de dimensão. O resto desta seção explica como se calcula essa estrutura ótima de financiamento e o seu custo respetivo (procurando minimizar esse custo). Desta forma, esta seção introduz a importância do tópico, lançando as bases para a discussão centrada na questão fiscal da dedutibilidade destes custos em sede de IRC. Não sendo dedutíveis os custos de financiamento por dívida (isto é, os juros), perde-se uma parte importante da vantagem do efeito de alavancagem, da vantagem de usar dívida ao invés de *Equity*.

Por regra o financiamento do setor público é mais barato que o do setor privado. É relativamente simples perceber porque é que os Estados se financiam a custos inferiores às empresas ou aos cidadãos. Tal deve-se ao conceito de a dívida soberana da maioria dos países ser, pelo menos em teoria, um ativo “sem risco”. Desta forma, a taxa de juro das Obrigações do Tesouro é designada de “taxa de juro sem risco”³ (Damodaran, 2001, 2008). Isso ocorre porque se considera que não existe risco de falência (default) do país, ou, pelo menos, esse risco é muito baixo, e simultaneamente a taxa é fixa, não havendo incerteza quanto ao retorno. Embora a crise financeira e das dívidas soberanas tenha abalado, e muito, este conceito, não deixa de ser verdade que os Estados tendem a financiar-se a taxas de juro mais baixas que as das empresas nacionais.

Contudo, do ponto de vista das empresas, o financiamento entre capital próprio ou dívida não é irrelevante (apesar da primeira proposição de M&M⁴).

Podemos assim dizer que:

³ Naturalmente, trata-se da *yield* da Obrigação do Tesouro à maturidade similar à do projeto/investimento alternativo.

⁴ A Teoria Clássica defende que a estrutura ótima do capital traduz-se num custo mínimo e na maximização do valor da empresa. O custo dos CA é a partir de determinado nível de endividamento crescente. O custo dos CP é também crescente e depende do risco financeiro da empresa. Ou seja: O custo do capital é uma função crescente em relação ao endividamento da empresa.

A primeira proposição de Modigliani & Miller (M&M, 1958) tem como Pressupostos: O mercado de capitais funciona de forma perfeita; Os ativos das empresas geram rendimentos futuros incertos; Não há tributação nem das empresas nem dos acionistas; As empresas pertencem à mesma classe de risco operacional. A Proposição I defende que O valor de qualquer empresa é independente da sua estrutura de financiamento e é igual ao valor do rendimento esperado descontado da taxa de risco. Ou seja, o valor da empresa depende dos *cash-flows* que poderá gerar no futuro e não da sua estrutura de capitais. O custo de capital de uma empresa não se altera seja qual for a sua estrutura de financiamento.

A Proposição II de MM é uma reformulação da teoria. A 2.ª proposição baseia-se nas seguintes ideias: O pagamento de juros é dedutível fiscalmente; O pagamento de dividendos não é dedutível fiscalmente. O valor da empresa com endividamento é superior ao valor da empresa sem endividamento. Quanto maior o endividamento maior o valor da empresa. No limite: endividamento total. A diferença entre os *cash-flows* das duas empresas é o benefício fiscal dos juros. O custo do capital é decrescente com o endividamento. A empresa com endividamento vale mais em consequência do benefício fiscal.

$$R_f < K_d < K_e \quad (1)$$

Em que R_f é a taxa de juro sem risco; K_d é o custo da dívida⁵ e K_e é o custo do equity⁶.

Desta forma, o custo médio ponderado do capital ($WACC$ – *Weighted Average Cost of Capital*) é medido por:

$$wacc = K_e * \frac{E}{E + D} + K_d * \frac{D}{E + D} * (1 - t)$$

Onde K_e é o custo do *Equity* (medido pelo CAPM); K_d é o custo da dívida (juros + *fees* + comissões – ver capítulo 12); E é a % *Equity* no total financiamento; D é a % dívida no total do financiamento, t é a taxa de imposto.

Donde se K_e : 12%; K_d : 4%; $Debt$: 60% e t : 23% - Temos que $WACC = 0,4 * 0,12 + 0,6 * 0,04 * (1 - 0,23) = 6,65\%$

Existem 4 razões fundamentais para que $K_d < K_e$ (pelo menos até um determinado ponto, como veremos mais à frente):

A primeira razão é que os credores têm prioridade no reembolso dos seus créditos em caso de falência, face aos acionistas/sócios;

Em segundo lugar, por uma questão de custo de oportunidade. Se $K_d = K_e$ então não haveria razão para os acionistas colocarem o seu dinheiro como *Equity* num projeto.

Terceiro, por uma questão de diversificação de portfolio. Conforme ensina Markowitz (1952), uma carteira quanto mais diversificada, menor é o risco (ver Damodaran, 2001, para uma demonstração matemática deste efeito, que nos dispensamos de replicar neste texto). Ora, os financiadores terão sempre uma carteira mais diversificada do que os investidores.

A última razão é que para o apuramento do custo médio ponderado do capital (a analisar mais à frente), o K_d terá um efeito de redução, por via fiscal. Esse efeito resulta de que os juros são fiscalmente dedutíveis (em principio, embora todo o texto subsequente seja sobre essa problemática no ordenamento fiscal nacional). Assim, o $K_d = K_d (1-t)$, em que t é a taxa marginal de imposto (no caso Português o IRC). Desta forma, uma empresa que pague 100 de juros e tenha uma taxa marginal de IRC de 21%, poupará 21 em impostos (assumindo que tem lucros). Isso significa que o custo “líquido” dos juros é de apenas 79. Já os dividendos (ou os lucros no caso das sociedades por quotas), não beneficiam de qualquer efeito fiscal (embora o seu reinvestimento possa beneficiar de um crédito de imposto – ver entre outros aspetos, por exemplo o RFAI – Regime Fiscal de Apoio ao Investimento). Portanto, mesmo que $K_d = K_e$ (e não é pelos três motivos apontados atrás), o efeito fiscal faria com que, no final, $K_d < K_e$.

⁵ K_d , custo da dívida, é a soma dos juros, *fees* e comissões pagas pelo endividamento.

⁶ K_e , custo do *Equity* (Capitais próprios), é o retorno esperado pelos acionistas, e geralmente é medido pelo CAPM (*Capital Asset Pricing Model*) a ver mais à frente.

Assim, até um determinado ponto a utilização de dívida reduz o custo de financiamento de uma empresa. Assim, empresas que enfrentam taxas marginais de imposto maiores tenderão a usar mais dívida. Empresas com níveis baixos de tributação ou de lucros tenderão a usar mais *Equity*. Adicionalmente, existe uma influência do endividamento no aumento da disciplina da Gestão. O aumento do endividamento impõe um maior controlo externo, e consequentemente uma maior disciplina na Gestão da empresa. Os gestores necessitam de “incentivos” externos para muitas vezes colocarem os interesses dos *stakeholders* à frente dos seus (problemas de agência).

Vejamos 2 exemplos do efeito de alavancagem. Num primeiro exemplo a percentagem de dívida no total do capex⁷ (investimento) não altera a taxa de juro. No segundo exemplo, mais consentâneo com a realidade, o aumento do peso da dívida reflete-se naturalmente numa taxa de juro superior.

Efeito de alavancagem – exemplo Capex: 1.000

Ke: 8% (CAPM)

Kd: 5%

Imposto: 20%

EBIT: 100

Qual o efeito do *leverage* se Kd constante?

E se Kd aumentar 1 p.p. em cada 10% de dívida, a partir dos 30%?

Nota: ROE – *Return on Equity*, isto é, Retorno dos Capitais Próprios (*Net income/Equity*); *Net income* é o resultado líquido depois de impostos; EBT – *Earnings Before Tax*, ou seja, resultados antes de impostos.

Ganho fiscal: 20% * juros

Ganho dif i (ganho diferença taxas): $(Ke - Kd) * Debt$

Debt	Equity	Juros	EBT	Tax	Net	ROE	Ganho	Ganho dif	Ganho total	
0	1,000.00	0.00	100.00	20.00	80.00	8.0%				
100	900.00	5.00	95.00	19.00	76.00	8.4%	1.00	3.00	4.00	0.4%
200	800.00	10.00	90.00	18.00	72.00	9.0%	2.00	6.00	8.00	1.0%
300	700.00	15.00	85.00	17.00	68.00	9.7%	3.00	9.00	12.00	1.7%
400	600.00	20.00	80.00	16.00	64.00	10.7%	4.00	12.00	16.00	2.7%
500	500.00	25.00	75.00	15.00	60.00	12.0%	5.00	15.00	20.00	4.0%
600	400.00	30.00	70.00	14.00	56.00	14.0%	6.00	18.00	24.00	6.0%
700	300.00	35.00	65.00	13.00	52.00	17.3%	7.00	21.00	28.00	9.3%
800	200.00	40.00	60.00	12.00	48.00	24.0%	8.00	24.00	32.00	16.0%
900	100.00	45.00	55.00	11.00	44.00	44.0%	9.00	27.00	36.00	36.0%

⁷ Capital expenditure.

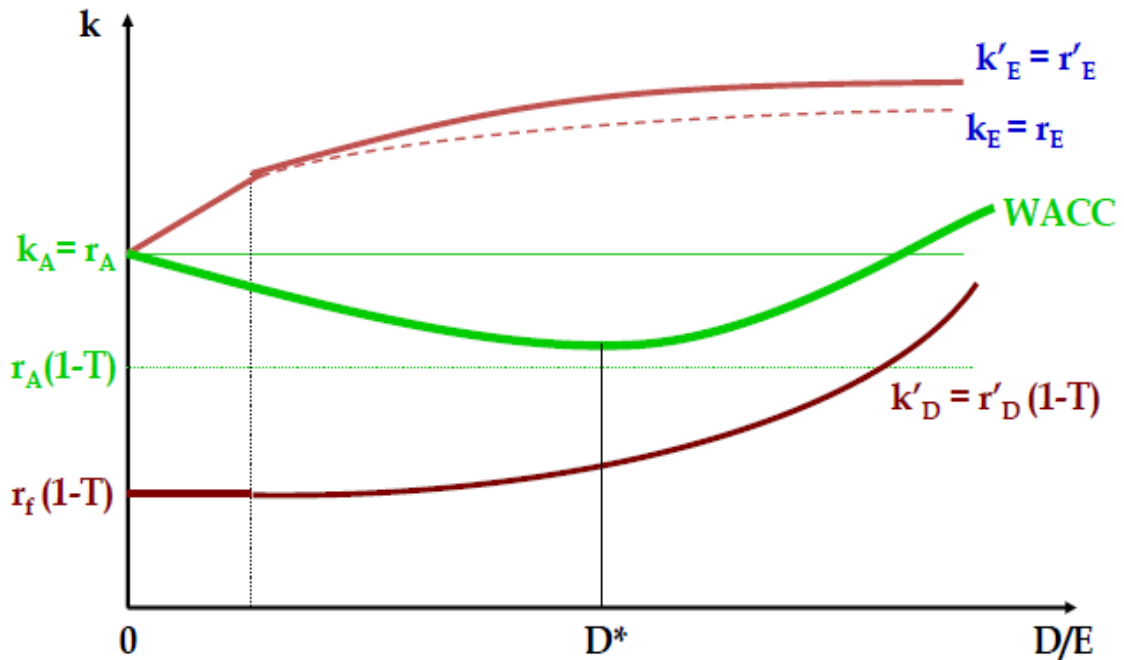
Debt	Equity	Juros	EBT	Tax	Net income	ROE	Ganho fiscal	Ganho difi	Ganho total	
0	1,000.00	0.00	100.00	20.00	80.00	8.0%				
100	900.00	5.00	95.00	19.00	76.00	8.4%	1.00	3.00	4.00	0.4%
200	800.00	10.00	90.00	18.00	72.00	9.0%	2.00	6.00	8.00	1.0%
300	700.00	15.00	85.00	17.00	68.00	9.7%	3.00	9.00	12.00	1.7%
400	600.00	24.00	76.00	15.20	60.80	10.1%	4.80	8.00	12.80	2.1%
500	500.00	35.00	65.00	13.00	52.00	10.4%	7.00	5.00	12.00	2.4%
600	400.00	48.00	52.00	10.40	41.60	10.4%	9.60	0.00	9.60	2.4%
700	300.00	63.00	37.00	7.40	29.60	9.9%	12.60	-7.00	5.60	1.9%
800	200.00	80.00	20.00	4.00	16.00	8.0%	16.00	-16.00	0.00	0.0%
900	100.00	99.00	1.00	0.20	0.80	0.8%	19.80	-27.00	-7.20	-7.2%

Debt	WACC1	WACC2
0	8.0%	8.0%
100	7.6%	7.6%
200	7.2%	7.2%
300	6.8%	6.8%
400	6.4%	6.7%
500	6.0%	6.8%
600	5.6%	7.0%
700	5.2%	7.4%
800	4.8%	8.0%
900	4.4%	8.7%

O que vemos é que utilizar mais dívida, como reduz o custo do capital (de forma direta enquanto a taxa de juro for inferior ao custo do *Equity* e de forma indireta por via da poupança fiscal – o que significa que compensa usar dívida enquanto $K_d(1-t) < K_e$), dado que aumenta o Retorno dos Capitais Próprios. É verdade que o lucro líquido vai-se reduzindo, mas o valor do *Equity* também se reduz (e a uma velocidade maior). No primeiro exemplo, que naturalmente não reflete a realidade dado que a taxa de juro não é constante para níveis diferentes de alavancagem, o ponto máximo de *leverage* deveria ser os 100%, dado que a taxa de juro é sempre inferior ao custo do *Equity*. No segundo exemplo, o ponto máximo de *leverage* (ou seja, onde maximiza do ROE) é debt igual a 60% do capex, momento a partir do qual o ROE começa a descer.

Veja-se no segundo exemplo que quando o nível de dívida passa de 100 para 200, há um ganho marginal de 4 (o ganho total passa de 4 para 8). Esse ganho marginal resulta de trocarmos financiamento a 8% por financiamento a 5% (poupando 3 p.p., o que em 100 de dívida, implica uma poupança de 3) e adicionalmente, o financiamento a 5% tem uma dedução de impostos de 20% (o que implica que esse financiamento custa na realidade 4%), o que em 100 de dívida, permite poupar mais 1 ($100 * 5% * 20%$). No total, os 4 de ganho marginal são:

$$[100 * (8\% - 5\% * 20\%)] = 100 * (4\%) = 4$$



Já o custo do *Equity* é normalmente medido pelo CAPM (*Capital Asset Pricing Model*), talvez a ferramenta mais popular em *Corporate Finance*.

O *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), como um “*risk and return model*” (modelo de risco e retorno) tornou-se a ferramenta mais popular em finanças corporativas para avaliar o custo de capital, no sentido de que mede o retorno esperado de um ativo e o risco sistemático dado pelos ativos de mercado disponíveis. O CAPM é baseado na Teoria do Portfólio de Markowitz (1952) e na hipótese do mercado eficiente, ou seja, os preços de mercado reagem rapidamente a novas informações.

O CAPM descreve a relação entre o risco sistemático e o retorno esperado dos ativos, medindo a variação nos retornos e os “*risk markers*” para uma carteira bem diversificada. É amplamente utilizado para estimar o custo de capital para empresas e avaliar o desempenho de portfólios (Fama & French, 2002, 2004). O custo do capital próprio (*Equity*) é a taxa de retorno que os investidores exigem para realizar um determinado investimento (uma entrada de capital próprio na empresa). Este custo do *Equity* é por regra medido por modelos de risco e retorno, sendo o mais comum o CAPM, mas pode ser medido também por modelos de crescimento dos dividendos.

O CAPM foi desenvolvido de forma independente por Sharpe (1964), Lintner (1965) e Mossin (1966) e tornou-se um marco nas finanças, particularmente em finanças corporativas e avaliação de investimentos. A literatura financeira sobre este tema é ampla e variada. Indústrias em todo o mundo passaram a confiar no CAPM para uma série de decisões financeiras; por exemplo, determinar a taxa de desconto para a avaliação de investimento das empresas, estabelecer preços de venda na regulação de serviços públicos e fazer

benchmarking de gestores de fundos, entre outros (Dempsey, 2013). O CAPM assume que não há custos de transação, pois todos os ativos são negociados e os investimentos são infinitamente divisíveis, significando que um investidor pode comprar qualquer fração de uma unidade de qualquer ativo. Não há informação assimétrica e os investidores podem diversificar sem custos adicionais. O CAPM representa o valor que os investidores esperam com base numa taxa de juro sem risco mais um prémio de risco de mercado, que é multiplicado pela exposição do investidor aos mercados.

O CAPM é construído sobre a premissa de que a variância de retornos é a medida de risco apropriada, mas somente a variância que não pode ser diversificada recebe recompensa em termos de maior retorno. Os investimentos são medidos em duas dimensões: retorno esperado (recompensa) e a variância nos retornos esperado (risco do investimento).

$$\text{CAPM: } E(R_i) = R_f + \beta_i [E(R_m) - R_f]$$

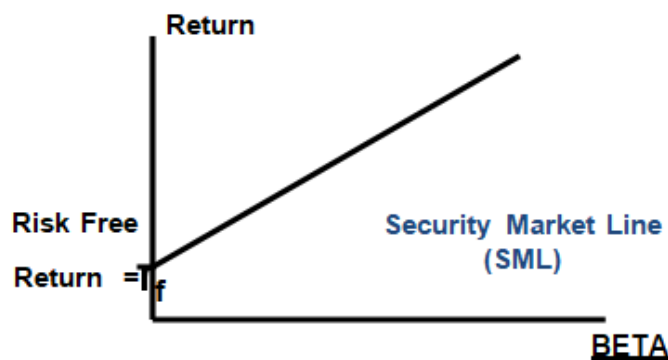
Onde:

R_f: Taxa de juro sem risco

β_i: Beta *leverage* (Beta da empresa com recurso ao *leverage* – endividamento) β_i (beta da empresa) = β_u*[1+(1-t)*(D/E)]

E(R_m): Retorno esperado do mercado

Sendo que [E(R_m) – R_f] é o “*market premium*”, ou seja, o prémio do mercado sobre o risco daquele ativo, face à taxa de juro sem risco



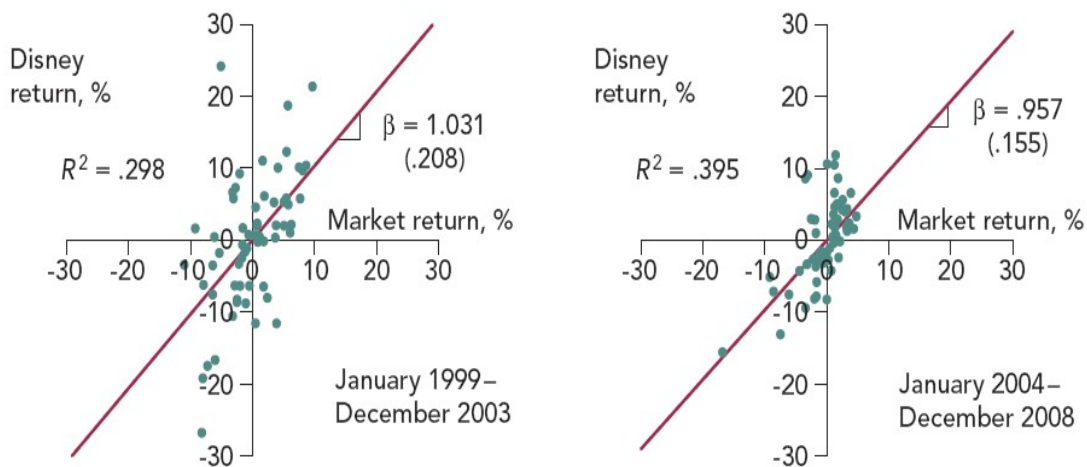
Apesar do número de artigos e do uso do CAPM para avaliar o comportamento empírico dos mercados, o método tem sido sujeito a algum grau de crítica (Dempsey, 2013). A maioria veio das suposições do modelo (Merton, 1973). Apesar do facto de que alguns autores⁸ demonstram uma relação clara entre os betas das empresas (o beta de um ativo representa a medida de risco de um ativo específico *versus* o risco do mercado. Obtém-se dividindo-se a covariância do ativo pela variação da carteira de mercado, Betas acima de 1 significa um ativo com risco maior que a média do mercado) e resultados de retorno de ativos, tem havido alguma preocupação com a ineficácia dos betas usados para calcular o CAPM. Como afirma Dempsey (2013), retornos dos *stocks* com maiores betas são sistematicamente menores do que o previsto pelo CAPM, enquanto os dos *stocks* com betas menores são sistematicamente maiores. O retorno médio de um ativo em vários períodos é insensível à sua versão beta. Essa

⁸ Miller & Scholes, 1972; Black, 1972; Fama & McBeth, 1973.

sensibilidade significa que os mercados podem não ser capazes de avaliar o risco de maneira diferencial entre os ativos. Fama e French (1993, 1995, 2004) desenvolveram outra abordagem para o CAPM: o modelo de três fatores (*“the three-factor model”*). Esse novo modelo usa três tipos distintos de risco encontrados no mercado de ações para dar suporte à classificação de valor contabilístico e de mercado, tamanho e alavancagem. Eles usam características específicas das empresas, e não apenas o fator mercado, para explicar o comportamento de retorno de diferentes tipos de carteiras.

No entanto, o CAPM permanece, para projetos e empresas, o mais popular, bem como a pedra angular em finanças corporativas e avaliação de investimentos. No entanto, poucos estudos se concentraram no uso do CAPM no transporte. Kavussanos e Marcoulis (1997) examinam o CAPM no transporte de água dos EUA e descobrem que o risco sistemático do retorno da indústria naval não é diferente do da empresa “média”, mas também do efeito do tamanho no retorno. O CAPM nas companhias aéreas é analisado por Lai (2009), que calcula a subscrição de risco sistemático e margens de lucro na aviação. Sarmiento & Oliveira (2018) mostram como elevadas alavancagens podem condicionar o uso do CAPM, sendo preferível a utilização do WACC.

Measuring Betas

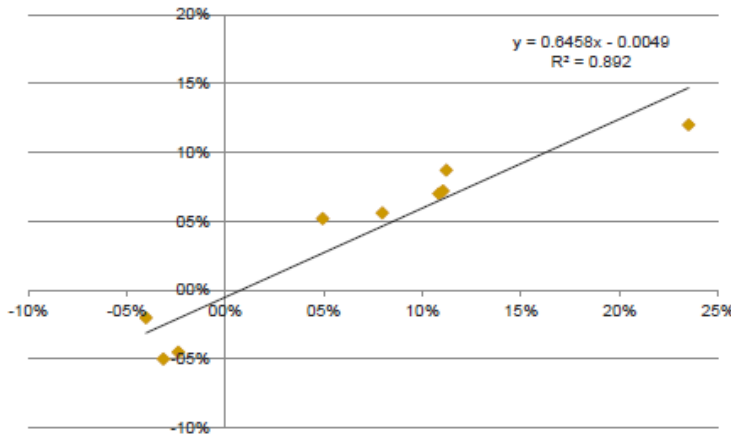


Vejamos um exemplo do cálculo do CAPM

1º Calcular o Bu de uma empresa

Ano	Retorno empresa	Retorno mercado
1		
2	23.5%	12.0%
3	10.8%	7.0%
4	-4.0%	-2.0%
5	-3.1%	-5.0%
6	-2.4%	-4.5%
7	11.0%	7.2%
8	8.0%	5.6%
9	4.9%	5.2%
10	11.2%	8.7%

O que resulta em:



R2: 89% do risco desta empresa vem do mercado

Beta: 0,64

Intercept : - 0,0049

Donde:

$$R_f (1-B) = 0,045 * (1 - 0,64) = 0,0162$$

$$\begin{aligned} \text{Intercept} - 0,0162 \\ = -0,0049 - 0,0162 \\ = -0,0021 \end{aligned}$$

Com base no CAPM, esta empresa teve uma performance pior que o mercado em 0,2%

Assim, o CAPM desta empresa será de:

$$B_u = 0.64;$$

$$D/E: 0.8$$

$$\beta_l (\text{beta da empresa}) = \beta_u * [1 + (1-t) * (D/E)]$$

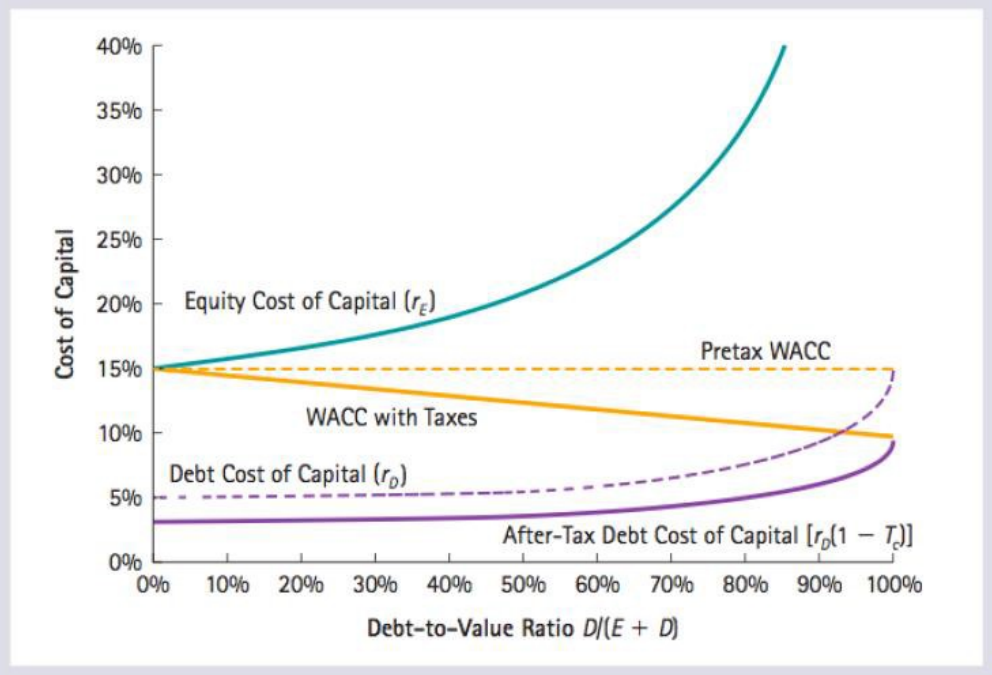
$$\beta_l (\text{beta da empresa}) = 0.64 * [1 + (1-0.25) * 0.8] = 1,024$$

$$E(R_i) = 0.045 + 1,024 * (0.055)$$

$$= 10,1\% \text{ ou } 0.101$$

Naturalmente, esta alavancagem tem um efeito no valor da empresa. Tomemos uma empresa que tem um EBIT (*Earnings Before Interests and Taxes*) de 100, um $K_e=10\%$ e uma taxa de imposto de 20%. Esta empresa, sem alavancagem (suponha um *Equity* de 500), terá um valor de: $100 * (1-0.2) / 0.1 = 800$. Com alavancagem (valor de Debt de 200), esta empresa terá um valor de: $[100 * (1-0.2) / 0.1 + 0.2 * 200] = 840$ (nota: na prática trata-se de o valor da empresa sem alavancagem mais o valor presente do benefício fiscal da dívida).

We compute the WACC as a function of leverage using Eq. 16.9. Whereas the pretax WACC remains constant, with taxes the WACC declines as the firm increases its reliance on debt financing and the benefit of the interest tax deduction grows. The figure assumes a marginal corporate income tax rate of 35%.



Fonte: Ross (2006)

Em síntese, podemos afirmar que a decisão de financiamento é hoje uma das decisões mais importantes que uma empresa toma. Apesar de o endividamento ser favorável, dado que, até um determinado ponto, maior endividamento implica maior rendibilidade esperada dos capitais próprios, no entanto isso também é equivalente a maior risco do capital próprio. O endividamento pode ser favorável ou desfavorável à partida, mas dado o risco inerente ao respetivo investimento, há sempre uma relação risco/ rendibilidade subjacente. Por outro lado, a estrutura de capitais escolhida afeta a rendibilidade dos capitais próprios, mas o endividamento aumenta o risco dos capitais próprios.

No entanto, a estrutura dos grupos económicos e, conseqüentemente, do financiamento desses grupos tornou-se cada vez mais complexa. Conforme refere Martins (2014): *“Existindo falta de neutralidade no tratamento fiscal da dívida e do capital próprio, tal pode influenciar as múltiplas variáveis tributárias e não tributárias que essa falta de neutralidade envolve (v. g., na escolha das formas jurídicas, no timing de realização das operações, nas formas de reorganização societária, nos tipos de instrumentos financeiros a usar).”*

De facto, é cada vez mais comum a concentração do financiamento numa única sociedade (seja uma SGPS, seja uma SPV – *Special Purpose Vehicle*; ou seja uma sociedade sem qualquer tipo de requisito específico). Isto porque a concentração de financiamento numa única “sociedade veículo” permite ganhos de escala e de negociação que muitas vezes não são despendidos. Tome-se um exemplo simples: um grupo de 10 sociedades, ao invés de cada uma se financiar em 50 M, um financiamento de 500 M€ tem uma escala diferente, permitindo

uma maior assimetria (apesar de um volume, e portanto um risco superior) do lado da empresa que necessita do financiamento.

Nesse contexto, a dedutibilidade dos juros do financiamento em sede de IRC assume extrema importância na estratégia financeira de uma empresa. Essa dedutibilidade tem de ser vista à luz de dois normativos: Por um lado, o normativo geral da dedutibilidade dos gastos, exposto no artigo 23.º, do IRC. Por outro lado, a norma específica de limitação da dedutibilidade dos gastos financeiros, expressa no artigo 67 do IRC. Por último, pese embora tenha sido revogado em 2013, dado que os tribunais, sobretudo em última instância, decidem sob casos e matérias já com algum “lag” face à ocorrência dos eventos, iremos abordar o regime de subcapitalização que esteve em vigor até 2013.

Este artigo está assim organizado:

- O capítulo 2 aborda a não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC;
- O capítulo 3 analisa os limites à dedutibilidade dos gastos de financiamento;
- O capítulo 4 analisa o regime (entretanto revogado) da subcapitalização;
- O capítulo 5 analisa a jurisprudência e doutrina sobre este tema.

2. A não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

O Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1989, e tem como finalidade a tributação do lucro das empresas e pessoas coletivas em geral.

O conceito de imposto é “num certo entendimento das coisas, podemos definir o imposto com base em três elementos, a saber: um elemento objetivo, um elemento subjetivo e um elemento teleológico. Objetivamente o imposto é uma prestação pecuniária, unilateral, definitiva e coativa. Por sua vez, subjetivamente, o imposto é uma prestação, com as características objetivas que acabámos de mencionar, exigida a (ou devida por) detentores (individuais ou coletivos) de capacidade contributiva a favor de entidades que exerçam funções ou tarefas públicas. Finalmente, em termos teleológicos, o imposto é exigido pelas entidades que exerçam funções públicas para a realização dessas funções, conquanto que não tenham carácter sancionatório.” In Nabais (2008), p. 10 e 11.

O conceito de rendimento assenta na teoria do rendimento acréscimo, ou incremento patrimonial, que consiste na diferença entre o valor do património no início e o valor do património no fim do período de tributação, incluindo as mais-valias e outros ganhos fortuitos (ex. subsídios não destinados à exploração, as indemnizações e os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito). Trata-se de uma noção extensiva do rendimento que procura tributar

o rendimento real e efetivo das empresas, o que é, aliás, um princípio de imperativo constitucional (artigo 104.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa – CRP).

Esta base de imposto parte do valor do património ou resultado líquido aferido no termo de cada período de tributação, por comparação com o transitado do período antecedente⁹. O mesmo é dizer, na formação do lucro tributável começa por concorrer a diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação (artigo 3.º, n.º 2), afinal, o resultado líquido do período (artigo 17.º, n.º 1). O que denuncia o acolhimento pelo legislador da teoria do incremento patrimonial¹⁰.

Do ponto de vista contabilístico, o reconhecimento dos rendimentos e ganhos depende da verificação cumulativa de determinadas condições. Para efeitos de mensuração dos rendimentos, considera-se, em sede de SNC, o justo valor¹¹ da retribuição devida, líquida de eventuais descontos (como os comerciais ou de quantidade). Em caso de diferimento do rédito, e sendo o justo valor menor que a quantia nominal devida, a diferença deve ser reconhecida como rédito de juros.

Na origem o lucro tributável é feito reportar ao resultado contabilístico¹². No entanto, o legislador não optou por uma identificação total, introduzindo, extra contabilisticamente, isto é, fiscalmente, determinadas correções (umas positivas, outras negativas). Pelo que, seja por acréscimo¹³ seja por dedução¹⁴, conforme sejam, respetivamente, em desfavor ou a favor do

⁹ Por regra, o período de tributação coincide com o ano civil (artigo 8.º), porém, caso de se trate do início da atividade (e, logo, da tributação), a diferença é apurada a partir dessa mesma data.

¹⁰ Cfr. SALDANHA SANCHES, Manual de Direito Fiscal, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 217. A extensão da noção de rendimento bem como o alargamento da base tributável são uma evidência na profunda reforma legislativa empreendida pelo Código, conforme se alcança no seu preâmbulo.

¹¹ Em 2004, através de uma transposição de uma diretiva europeia que vem dar origem ao Decreto-Lei n.º 88/2004 de 20 de abril, ponto 1, faz referência ao princípio do justo valor e define-o como: “o justo valor referido no artigo 2.º do presente diploma é determinado por referência:

a) A um valor de mercado, relativamente aos instrumentos financeiros para os quais possa ser facilmente identificado um mercado fiável;

b) Aos componentes dos instrumentos financeiros ou a um instrumento semelhante, quando o valor de mercado não puder ser identificado facilmente; ou

c) A um valor resultante de modelos e técnicas de avaliação geralmente aceites, para os instrumentos financeiros para os quais não possa ser facilmente identificado um mercado fiável, devendo esses modelos ou técnicas de avaliação assegurar uma aproximação razoável ao valor de mercado.”

Este conceito tal como o próprio nome indica, define o justo valor de um ativo ou passivo registado na estrutura conceptual, ou seja, é a mensuração pelo qual o ativo pode ser trocado e um passivo pode ser liquidado, por duas entidades conhecedoras e dispostas a negociar, resultante da lei da oferta e da procura ao qual é acordado o valor de troca definido entre o comprador e o vendedor. (Rodrigues, 2011). Inicialmente o método usado era o custo histórico, que o valor registado era através do custo histórico de aquisição, o que por sua vez levava a uma discrepância da realidade, visto os valores dos ativos não serem constantes ao longo dos anos. (Fernandes 2003) alertou para o facto de “o custo histórico não perderá utilidade para avaliar atividades de exploração que apresentam ativos corpóreos relativamente estáticos, mas fornece informação pobre quando estamos na presença do tempo, facto que retira utilidade à informação prestada com referência ao seu custo inicial de aquisição ou custo histórico”. Ou seja, sentiu-se a necessidade de mensurar os ativos de forma mais fiável e realista. Apesar de ser um conceito muito usado no SNC, este não é totalmente novidade, pois a Diretriz Contabilística 1 (DC1) de 1991 com o título “Tratamento Contabilístico de Concentrações de Atividades Empresariais” dizia o seguinte no item 3.2.3, “Justo valor é a quantia pela qual um bem (ou serviço) poderia ser trocado, entre um comprador conhecedor e interessado e um vendedor nas mesmas condições, numa transação ao seu alcance” (Guimarães 2012).

¹² Campo 701, do quadro 07, da declaração periódica de rendimentos (modelo. 22)

¹³ Campos 754 a 776, do quadro 07, da declaração periódica de rendimentos.

¹⁴ Campos 709 a 753, do quadro 07, da declaração periódica de rendimentos.

sujeito passivo, adotou-se o modelo de dependência parcial da fiscalidade relativamente à contabilidade¹⁵, conforme se observa no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 159/2009 de 17 de julho, a propósito da adaptação do Código ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC).

Na letra do preâmbulo do Código surge esclarecido que *«para concretizar a noção ampla de lucro tributável acolhida (...) mantém-se a metodologia tradicional de reportar o lucro tributável ao resultado líquido do exercício constante da demonstração de resultados líquidos, a que acrescem as variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo e não refletidas naquele resultado». Havendo, porém, «sempre que possível, a preocupação de aproximar a fiscalidade da contabilidade».*

O artigo 17.º, n.º 1, do Código do IRC, dispõe que o lucro tributável é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas¹⁶ verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código.

Ou seja, o lucro tributável não convergirá, necessariamente, com o resultado líquido do período, extraído da contabilidade do sujeito passivo.

Do ponto de vista do IRC, as regras para reconhecimento dos rendimentos estão previstas no artigo 18.º do IRC, sendo que a mensuração do rédito de vendas e prestações de serviços é feita pela quantia nominal da contraprestação (valor bruto) e não pelo valor presente ou atual da retribuição a receber.

Vendas e prestações de serviços com pagamentos diferidos: diferença entre a quantia nominal da contraprestação e o justo valor (artigo 18.º n.º 5):

Em regra, a quantia do rédito é a quantia em dinheiro (ou equivalente) recebido e a receber. Porém, se o fluxo for diferido, o justo valor da retribuição pode ser menor que a quantia nominal a receber. Nestes casos, quer a Norma Contabilística e de Relato Financeiro (NCRF) 20, quer a IAS 18, prevêm que a diferença entre o justo valor e a quantia nominal da retribuição seja reconhecida como rédito de juros. Em sede de IRC, estes réditos são imputáveis ao período de tributação a que respeita a quantia nominal da contraprestação. O Quadro 7 da Modelo 22 destina-se a corrigir a diferença entre o justo valor e a quantia nominal da retribuição a receber.

Assim, temos como rendimentos e ganhos, nomeadamente:

- Vendas ou prestações de serviços, descontos, bónus e abatimentos, comissões e corretagens;

¹⁵ Cfr. TOMÁS CASTRO TAVARES, Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas – algumas reflexões ao nível dos custos”, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 396, 1999.

¹⁶ Campos 702 a 705, do quadro 07, da declaração periódica de rendimentos, conforme previsto nos artigos 117.º, n.º 1, alínea b), e 120.º do Código.

- Rendimentos de imóveis;
- Rendimentos de aplicações financeiras;
- Rendimentos de propriedade industrial;
- Ganhos por aumentos de justo valor em instrumentos financeiros;
- Ganhos por aumentos de justo valor em ativos biológicos¹⁷ consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais;
- Mais-valias realizadas;
- Indemnizações auferidas, seja a que título for;
- Subsídios à exploração;
- Outros rendimentos e ganhos.

Para efeitos fiscais, nos termos do artigo 23.º do Código do IRC, apenas se considera como gastos ou perdas os que comprovadamente foram incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC. Do ponto de vista do IRC, há a ressaltar que:

- Considera-se como gastos os resultantes da aplicação do método de juro efetivo aos instrumentos financeiros, valorizados pelo custo amortizado.
- Também se considera como gastos os resultados da cessação de empregos e outros benefícios pós-emprego ou a longo prazo dos empregados.
- São considerados os gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros; bem como os gastos resultantes da aplicação do justo valor em ativos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais.

Assim, temos como gastos e perdas:

- Gastos relativos à produção ou aquisição de quaisquer bens ou serviços;
- Gastos de distribuição e venda;
- Gastos de natureza financeira;
- Gastos de natureza administrativa;

¹⁷ Ativo biológico: o que estiver para ser colhido como produto agrícola ou vendido como ativo biológico; ativo biológico consumível: o que não seja ativo biológico não consumível; ativo biológico de produção: o produto colhido dos ativos biológicos da entidade.

- Gastos com análises, racionalização, investigação e consulta e projetos de desenvolvimento;
- Gastos fiscais e parafiscais;
- Depreciações e amortizações;
- Ajustamentos em inventários, perdas por imparidade e provisões;
- Perdas por reduções de justo valor em instrumentos financeiros e em ativos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais;
- Menos - valias realizadas;
- Indemnizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável;
- Gastos respeitantes a ações preferenciais sem voto;
- Outros gastos comprovadamente necessários à atividade.

«A definição fiscal de custo, como conceito mais amplo do que sejam os custos de produção e de aquisição, parte de uma perspetiva ampla de atividade e de necessidade da empresa, assim estabelecendo uma conexão objetiva entre a atividade desta e as despesas que, inevitavelmente, daqui decorrerão. E fá-lo com uma finalidade claramente fiscal, a qual consiste em distinguir entre custos que podem ser aceites para fins fiscais e que, por isso, vão influenciar o cálculo do lucro tributável e os que não podem ser aceites para tal efeito. Os custos ou perdas da empresa constituem, portanto, os elementos negativos da conta de resultados, os quais são dedutíveis do ponto de vista fiscal»¹⁸.

A determinação do lucro tributável das pessoas coletivas e outras entidades sujeitas a IRC tem como ponto de partida a contabilidade¹⁹, conforme se retira do exposto no n.º 1 do artigo 17.º do Código do IRC: *“O lucro tributável das pessoas coletivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código”.*

Isto significa que o lucro é definido como a diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correções estabelecidas pelo código. Trata-se do conceito de rendimento acréscimo, o qual tem em conta os incrementos patrimoniais não refletidos naquele resultado.

¹⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 17 de março de 2016 (Processo n.º 09322/16).

¹⁹ Desta forma, todas as entidades que exerçam a título principal uma atividade comercial (sejam residentes ou não residentes com estabelecimento estável) estão obrigadas a terem contabilidade organizada de acordo com o SNC.

O apuramento do lucro/prejuízo tributável faz-se através do preenchimento do Quadro 7 do Modelo 22. Este quadro, a preencher apenas pelas entidades que exerçam a título principal uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, quando sujeitas ao regime geral de determinação do lucro tributável bem como pelas entidades não residentes com estabelecimento estável em território português, destina-se ao apuramento do lucro tributável, o qual é constituído pela soma algébrica do Resultado Líquido do Período (RLP) (conta 88 do SNC e demonstrado no Anexo A da declaração anual a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 117.º do Código do IRC) e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, mas que concorrem para a determinação do lucro tributável, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos do Código do IRC e demais disposições legais aplicáveis (artigo 17.º do Código do IRC) e das correções fiscais a acrescentar e a deduzir.

Do ponto de vista da dedutibilidade dos gastos, a norma do artigo 23.º, do Código do IRC, sobre gastos e perdas, que dispõe que «Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC» (n.º 1). Ou seja, conforme refere Marques (2016), a dedutibilidade fiscal dos gastos depende de um juízo quanto à sua afetação ao interesse societário que, no fundo, se circunscreve no propósito de obtenção de rendimentos ou ganhos «resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória» (artigo 20.º, n.º 1), os quais, como componente positiva, integram o lucro tributável, sujeito a imposto (corpo do artigo 23.º, n.º 1).

As restrições à dedutibilidade fiscal dos gastos são justificadas porque «a dedução indevida de gastos, pela inerente redução de imposto a pagar (a montante daquela) configura uma situação de abuso de direito, que não pode ser tolerada. Pelo que as restrições à dedutibilidade fiscal almejam preservar a unidade e coerência do sistema fiscal, logrando evitar a afetação dos recursos da esfera empresarial para a esfera pessoal (sócios, gerentes ou gestores, ou terceiros), com a consequente redução da matéria coletável»²⁰.

Acolheu-se no artigo 23.º do IRC uma aceção económica em lugar da fixação de uma definição propriamente dita ou do estabelecimento de um rol taxativo dos gastos fiscalmente dedutíveis. Isso resulta do princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real (artigo 104.º, n.º 2, da Constituição), e que obriga a que os gastos realizados estejam afetos ao negócio da firma.

Através da realização do objeto estatutariamente fixado, a empresa visa o lucro, realizando gastos tendo em vista um tal escopo, não sendo de admitir que os mesmos possam servir fins estritamente pessoais ou externos à empresa, afinal, o sujeito passivo de imposto. A dedutibilidade fiscal dos gastos depende pois da convocação de um juízo quanto à sua afetação ao interesse societário, ainda que, a jusante, em benefício dos sócios²¹.

²⁰ RUI MARQUES, *As Realizações de Utilidade Social em IRC e IRS*, Wolters Kluwer, Lisboa, 2016.

²¹ RUI MARQUES, *Fusões e Participações: Da dedutibilidade dos encargos financeiros em sede de IRC*, Revisores e Auditores, Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, n.º 73, Lisboa, Abril-Junho, 2016, p. 42.

De entre os vários exemplos de gastos dedutíveis no apuramento do lucro tributável, o legislador quis²², expressamente, fazer constar, na letra da alínea c) do mencionado n.º 2, os “*de natureza financeira*», concretizando: «*tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efetivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado*”.

Saliente-se no entanto que a norma dos custos financeiros é uma norma de delimitação negativa. Ou seja, restrições ao princípio geral da dedutibilidade fiscal dos encargos, mesmo que contabilizados como gastos.

Refira-se que o artigo 23, n.º 2, al. c) refere explicitamente “juros de capitais alheios aplicados na exploração”. Sobre isso, atente-se ao que o TCA estabeleceu como doutrina: “*para fazer face a custos operacionais ou de exploração - que são aqueles em que incorre para assegurar o exercício da sua atividade, nomeadamente, custos que dão origem a saídas de fluxos monetários, como salários, matérias-primas, energia, etc.*” (Tribunal Central Administrativo Sul, in Acórdão de 12 de dezembro de 2013; Proc. n.º 06826/13).”

Temos assim que o artigo 23.º tem duas grandes condições para que o gasto seja aceite do ponto de vista fiscal e como tal, considerado no cálculo do lucro tributável: a comprovação e a indispensabilidade.

O conceito de comprovação está hoje bem delimitado. Durante muito tempo dirimiu-se se bastava um documento justificativo, ou se, como no IVA, era necessário uma fatura ou documento equivalente. Isto é, se outros documentos serviriam de suporte para a comprovação dos gastos em sede de IRC (desde que preenchidos os requisitos essenciais para serem considerados fidedignos). Hoje é consensual na doutrina e na jurisprudência que a exigência de uma prova documental não se resumia à exigência de uma fatura. Podiam existir outros documentos justificativos, p.e., uma “nota” de lançamento elaborada pelo próprio sujeito passivo (ver sobre este aspeto a obra de Portugal, 2004). Por outro lado, é também hoje relativamente pacífico que podem ser aceites quaisquer meios admitidos em direito, de forma a permitir a comprovação de despesas efetivamente existentes e contabilizadas, mas para as quais o sujeito passivo não possuísse documento de suporte. Tudo no sentido de dar cumprimento ao princípio da capacidade contributiva e prezar pelo respeito à máxima da tributação com base no rendimento real (Sardão, 2014).

Por outro lado, existindo uma obrigatoriedade de possuir contabilidade organizada, o contribuinte obrigado a tal dever tem que suportar, documentalmente, os pagamentos ou saídas de dinheiro que efetua, conforme imposto pela alínea a) do n.º 2 do artigo 123.º do Código do IRC, segundo o qual “Todos os lançamentos devem ser apoiados em documentos

²² Saliente-se no entanto que o artigo 23.º não oferece uma definição propriamente nem estabelece um rol taxativo dos gastos fiscalmente dedutíveis. Procede antes a uma enumeração, meramente, exemplificativa, como se infere do advérbio «nomeadamente», dos gastos que são, fiscalmente, dedutíveis. Na maioria dos exemplos fornecidos no n.º 2, o legislador não opera qualquer

justificativos, datados e suscetíveis de serem apresentados sempre que necessários”. No mesmo sentido se pronunciou já a Comissão Executiva da Comissão de Normalização Contabilística, pois em resposta a uma questão idêntica que lhe foi apresentada, emitiu o seguinte entendimento: «Por imperativos de organização contabilística e de controlo interno, esta Comissão entende que todos os registos contabilísticos devem ser suportados por documentos comprovativos de cada operação». Este entendimento é aplicável à exigência de recibo de quitação das importâncias pagas em conformidade com o disposto no artigo 476.º do Código Comercial, bem como no n.º 3 do artigo 115.º do Código do IRC.

Não estranha pois que, segundo o n.º 3, do artigo 23.º, do Código do IRC, os gastos dedutíveis devem estar comprovados documentalmente, independentemente da natureza ou suporte dos documentos utilizados para esse efeito²³²⁴.

No caso de gastos incorridos ou suportados pelo sujeito passivo com a aquisição de bens ou serviços, o documento comprovativo deve conter, pelo menos, os seguintes elementos (n.º 4):

- a) Nome ou denominação social do fornecedor dos bens ou prestador dos serviços e do adquirente ou destinatário;
- b) Números de identificação fiscal do fornecedor dos bens ou prestador dos serviços e do adquirente ou destinatário, sempre que se tratem de entidades com residência ou estabelecimento estável no território nacional;
- c) Quantidade e denominação usual dos bens adquiridos ou dos serviços prestados;
- d) Valor da contraprestação, designadamente o preço;
- e) Data em que os bens foram adquiridos ou em que os serviços foram realizados.

Já o conceito da indispensabilidade por seu lado tem gerado muita e acesa discussão.

Se por um lado a orientação de que a Administração Fiscal (e por maioria de razão) os Tribunais não intervêm nem têm qualquer ingerência na gestão das empresas, faz com que a posição de que a indispensabilidade está diretamente correlacionada com a obtenção de

²³ O Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), no seu artigo 123.º, tipifica e sanciona, como contraordenação, a violação do dever de emitir recibos – seja a não passagem, seja a sua emissão fora dos prazos legais – e do dever de exigir recibos – seja quanto à sua passagem ou emissão, seja ainda quanto à sua não conservação pelo período de tempo imposto pela lei. O sujeito passivo está assim obrigado a exigir a passagem ou emissão dos recibos, e a conservá-los (como documentos de suporte dos registos contabilísticos que são) em boa ordem e durante o prazo de 10 anos – artigo 123.º, n.º 4, do Código do IRC. Sob pena de, para além das consequências estritamente fiscais, ser sancionado com a aplicação de uma coima.

²⁴ Também não são dedutíveis os encargos evidenciados em documentos emitidos por sujeitos passivos cuja cessação de atividade tenha sido declarada oficiosamente. Recorde-se que a Autoridade Tributária e Aduaneira pode declarar oficiosamente a cessação de atividade quando for manifesto que esta não está a ser exercida nem há intenção de a continuar a exercer, ou sempre que o sujeito passivo tenha declarado o exercício de uma atividade sem que possua uma adequada estrutura empresarial em condições de a exercer (artigo 8.º, n.º 6). Devendo, para tais efeitos, disponibilizar a informação relativa à situação cadastral dos sujeitos passivos que seja considerada relevante (artigo 23.º-A, n.º 4).

proveitos seja afastada liminarmente do nosso ordenamento. Isto porque qualquer ação ou decisão que não levasse a um negócio efetivo deixaria de ter efeito fiscal. Ora, naturalmente, as empresas precisam de liberdade e margem de atuação para intentar os negócios que entendam ser os mais favoráveis, com total abertura para os erros e os falhanços.

Aquilo que se tem afigurado mais razoável é considerar que a indispensabilidade dos gastos vai para além da obtenção dos proveitos, afigurando-se dentro de um conceito mais lato, de considerar a estrutura e o interesse da empresa. Conforme refere Sardão (2014), “Assim, a cláusula geral do artigo 23.º pretende evitar o abuso do instituto da dedutibilidade de gastos, impedindo a inclusão de custos assumidos com a prossecução de interesses alheios. Os gastos abrangidos pela norma devem respeitar à própria sociedade contribuinte”.

3. Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Para efeitos do apuramento do IRC, apenas é aceite como custo fiscal os gastos com juros de financiamentos até um máximo de 1 milhão € ou até 30% do EBITDA (será considerado o maior dos dois valores) nos termos do artigo 67.º do Código de IRC²⁵.

²⁵ Artigo 67.º

Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento

1 – Os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites:

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

a) € 1.000.000; ou

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

b) 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

2 – Os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número anterior podem ainda ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, após os gastos de financiamento líquidos desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

3 – Sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, a parte não utilizada deste limite acresce ao montante máximo dedutível, nos termos da alínea b) do n.º 1, até ao quinto período de tributação posterior.

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

4 – Para efeito do disposto nos n.os 2 e 3, consideram-se em 1.º lugar os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis e a parte não utilizada do limite referido no número anterior que tenham sido apurados há mais tempo.

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

5 – Nos casos em que exista um grupo de sociedades sujeito ao regime especial previsto no artigo 69.º, a sociedade dominante pode optar, para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo, pela aplicação do disposto no presente artigo aos gastos de financiamento líquidos do grupo nos seguintes termos:

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

a) O limite para a dedutibilidade ao lucro tributável do grupo corresponde ao valor previsto na alínea a) Do n.º 1, independentemente do número de sociedades pertencentes ao grupo ou, quando superior, ao previsto na alínea b) do mesmo número, calculado com base na soma algébrica dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurados nos termos deste artigo pelas sociedades que o compõem;

(Redação dada pela Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro)

b) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo relativos aos períodos de tributação anteriores à aplicação do regime e ainda não deduzidos apenas podem ser considerados, nos termos do n.º 2, até ao limite previsto no n.º 1 correspondente à sociedade a que respeitem, calculado individualmente;

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

c) A parte do limite não utilizado, a que se refere o n.º 3, por sociedades do grupo em períodos de tributação anteriores à aplicação do regime apenas pode ser acrescido nos termos daquele número ao montante máximo dedutível dos gastos de financiamento líquidos da sociedade a que respeitem, calculado individualmente;

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

d) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo, bem como a parte do limite não utilizado a que se refere o n.º 3, relativos aos períodos de tributação em que seja aplicável o regime, só podem ser utilizados pelo grupo, independentemente da saída de uma ou mais sociedades do grupo.

(Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

6 – A opção da sociedade dominante prevista no número anterior deve ser mantida por um período mínimo de três anos a contar da data em que se inicia a sua aplicação, o qual é automaticamente prorrogável por períodos de um ano, exceto no caso de renúncia.

(Redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro)

7 – A opção e a renúncia mencionadas nos n.ºs 5 e 6, respetivamente, devem ser comunicadas à Autoridade Tributária e Aduaneira através do envio, por transmissão eletrónica de dados, da declaração prevista no artigo 118.º, até ao fim do 3.º mês do período de tributação em que se pretende iniciar a respetiva aplicação ou dela renunciar.

(Redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro)

8 – O previsto nos n.os 2 e 3 deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efetuada a dedução ou acrescido o limite, que, em relação àquele a que respeitam os gastos de financiamento líquidos ou a parte do limite não utilizada, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto do sujeito passivo, salvo no caso de ser aplicável o disposto no n.º 9 do artigo 52.º ou de ser obtida autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças em caso de reconhecido interesse económico, mediante requerimento a apresentar na Autoridade Tributária e Aduaneira, nos prazos previstos nos n.os 13 e 14 do artigo 52.º, consoante os casos.

(Redação dada pela Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro)

9 – O disposto no presente artigo aplica-se aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações.

(Renumerado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. Corresponde ao anterior n.º 5)

10 – Sempre que o período de tributação tenha duração inferior a um ano, o limite previsto na alínea a) do n.º 1 é determinado proporcionalmente ao número de meses desse período de tributação. (Renumerado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. Corresponde ao anterior n.º 6)

11 – O disposto no presente artigo não se aplica às entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal, às sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros, e às sociedades de titularização de créditos constituídas nos termos do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro.

(Renumerado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. Corresponde ao anterior n.º 7)

12 – Para efeitos do presente artigo, consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, designadamente juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazos, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, bem como as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.

(Renumerado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. Corresponde ao anterior n.º 8)

13 – Para efeitos do presente artigo, o resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos é o apurado na contabilidade, corrigido de:

(Aditado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

a) Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

b) Imparidades e reversões de investimentos não depreciáveis ou amortizáveis; (Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

c) Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC, do método de consolidação proporcional;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

d) Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime previsto nos artigos 51.º e 51.º-C;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

e) Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual seja exercida a opção prevista no n.º 1 do artigo 54.º-A;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

f) A contribuição extraordinária sobre o setor energético; (Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

g) A contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica. (Aditada Redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro)

Nota:

Disposição transitória prevista na Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro:

Contudo, o limite de 30% do EBITDA apenas se verificou em 2017. Até 2017 houve um período de transição, em que os limites foram: 2014: 60%; 2015: 50%; 2016: 40%.

A tabela em anexo, no final deste documento, mostra as diferentes normas de limitação da dedução dos custos de financiamento existentes em diferentes países. De fato, conforme nota Martins (2013), tem havido uma tendência internacional para limitar a dedução de juros. Procura-se assim, como refere Sanches (2006), colocar um limite em níveis de endividamento que possam ser considerados excessivos. Esta tendência teve, naturalmente, um grande incremento após a crise financeira de 2008. Por um lado, o efeito que um *leverage* demasiado agressivo teve em muitos bancos e empresas, levando em muitos casos a falências ou necessidade de injeções de capital ou de compra agressiva por parte de concorrentes (bail-out). Por outro lado, níveis elevados de *leverage* podem correlacionar com práticas de planeamento fiscal agressivo, ou no limite, abusivo (Sanches, 2006).

Durante muito tempo, conforme refere Martins (2015), a prática de limitar este planeamento fiscal abusivo situou-se em termos de regras de subcapitalização ou outro tipo de cláusulas anti abuso. Contudo, a evolução das regras Europeias e dos Acordos de Dupla Tributação tem levado a um abandono da subcapitalização em favor da regra de limitação da dedução dos juros.

Como vimos atrás, por um lado, para fazer face às necessidades de investimento, as empresas recorrem frequentemente quer a capital próprio quer a capital alheio, como, por exemplo, empréstimos bancários. Por outro lado, a utilização de dívida tem um efeito, até um determinado ponto, de aumentar o valor da empresa (diminuindo o custo médio ponderado do capital). O recurso a capital alheio irá, naturalmente, gerar encargos financeiros. Porém, para efeitos fiscais, existem limites, anualmente, à possibilidade de deduzir esses encargos. Isto é, de acordo com o previsto no artigo 67.º do Código do IRC, as empresas apenas poderão considerar como gastos num determinado período de tributação, um dos seguintes limites, consoante o que for maior:

- i) Até um máximo de um milhão de euros de gastos de financiamento líquidos (GFL);
ou
- ii) Até 30% do seu EBITDA (resultado antes de impostos, depreciações e GFL)²⁶.

O resultado antes de impostos, depreciações e GFL corresponde, em termos contabilísticos, ao valor que consta na demonstração de resultados por naturezas, antes de serem tidos em conta os gastos ou reversões de depreciação e de amortização e as perdas ou reversões de

Nos períodos de tributação iniciados entre 2014 e 2017, o limite referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo, é de 60% em 2014, 50% em 2015, 40% em 2016 e 30% em 2017.

²⁶ Conforme salienta Martins (2015), a escolha do EBITDA e não do EBIT, considerando que no primeiro constam as depreciações e amortizações, resulta de que o financiamento está, por regra, ligado a investimentos em ativos fixos, sujeitos a depreciação contabilística. Assim, não só não se penaliza esse investimento, como se evita práticas de manipulação do EBIT por via da política de depreciações da empresa.

imparidade de investimentos depreciables ou amortizáveis, os GFL e o imposto sobre o rendimento do período.

Por sua vez, serão de considerar como gastos de financiamento as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios deduzidos de rendimentos de idêntica natureza. São exemplos de gastos de financiamento os seguintes:

- Juros de descobertos bancários;
- Juros de empréstimos obtidos a curto e longo prazo;
- Juros de obrigações e outros títulos assimilados;
- Amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos;
- Amortizações de custos acessórios²⁷ relacionados com empréstimos obtidos;
- Encargos financeiros relativos a locações financeiras;
- Diferença de câmbios desfavoráveis relativos a empréstimos em moeda estrangeira.

Para efeitos de apuramento dos GFL, poderão ser deduzidos àqueles, por exemplo, os seguintes rendimentos:

- Juros de depósitos;
- Juros de empréstimos concedidos, incluindo a empresas associadas e subsidiárias;
- Ganhos obtidos com diferenças de câmbio favoráveis;
- Outros rendimentos similares a juros.

Para efeitos do artigo 67.º, o conceito de EBITDA corresponde ao EBITDA contabilístico corrigido de:

- a) Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;
- b) Imparidades e reversões de investimentos não depreciables ou amortizáveis;

²⁷ Incluem-se neste conceito, designadamente, os custos diretamente atribuíveis à aquisição, emissão ou alienação de um ativo ou passivo financeiro, designadamente, as comissões bancárias e o imposto do selo.

- c) Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC, do método de consolidação proporcional;
- d) Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime de *participation exemption*;
- e) Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português tributado separadamente da casa-mãe;
- f) A contribuição extraordinária sobre o setor energético.

Relativamente ao limite indexado ao EBITDA, foi criado um regime transitório que vigorou até 2017. Assim, durante os períodos de tributação iniciados entre 2014 e 2017, devem ser considerados, para efeitos da regra de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamentos, os seguintes limites:

- 2014 – 60 % do EBITDA;
- 2015 – 50 % do EBITDA;
- 2016 – 40 % do EBITDA;
- 2017 – 30 % do EBITDA.

Esta limitação é aplicável, aos sujeitos passivos com sede ou direção efetiva e ainda aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, independentemente da localização do domicílio fiscal do credor e de existirem ou não relações especiais entre o devedor e o credor, com exceção das seguintes entidades:

- Entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal;
- Sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros;
- Sociedades de titularização de créditos constituídas nos termos do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro.

Vejamos o seguinte exemplo:

Considere os seguintes dados relativamente à sociedade Quelhas, no período de tributação de 2014:

- EBITDA: € 2,5 milhões

- GFL: € 1,2 milhões

Qual o montante de gastos de financiamento líquidos que a sociedade Quelhas poderá deduzir no ano de 2014?

Determinar qual o limite superior:

- 1º Limite: € 1 milhão
- 2º Limite: € 1,5 milhões (60% do EBITDA – regime transitório para 2014)

No período de 2014, tendo em conta o 2º limite, a sociedade Quelhas poderá deduzir a totalidade dos GFL, ou seja, € 1,2 milhões.

Quanto aos encargos que não sejam dedutíveis, pelo facto dos gastos líquidos superarem os limites previstos, de referir que poderão ainda ser aproveitados e abatidos como gasto nos cinco períodos de tributação posteriores por via do reporte, desde que somados aos gastos de financiamento desse mesmo período e não ultrapassem o maior dos limites supra indicados. Quem, pelo contrário, tenha gastos inferiores a 30% do resultado antes de impostos, gastos líquidos e depreciações, pode usar a parte não utilizada desse limite (limite que iremos designar de “folga”) em cada um dos cinco períodos de tributação posteriores, até à sua integral utilização²⁸.

Vejamos outro exemplo:

Considere agora os seguintes dados relativamente à mesma sociedade e no mesmo período de 2014.

- EBITDA: € 3 milhões
- GFL: € 0,5 milhões

Qual o montante de gastos de financiamento líquidos que poderá deduzir no ano de 2015?

Em primeiro lugar, vamos apurar qual o limite a aplicar:

- 1º Limite: € 1 milhão
- 2º Limite: € 1,5 milhões (50% do EBITDA – regime transitório para 2015)

No ano de 2015, a sociedade Quelhas poderá deduzir a totalidade dos GFL, independentemente do limite.

²⁸ De referir que, contrariamente ao limite indexado ao valor do EBITDA, não existe nenhum regime transitório aplicável à “folga”. Assim o valor de referência para apurar a eventual folga é sempre 30%.

Vamos agora apurar a “folga”:

- 30% de € 3 milhões (EBITDA): € 0,9 milhões

Como se pode verificar o valor, em 2014, dos gastos de financiamento é inferior a 30% do valor do EBITDA, pelo que terá uma folga de € 0,4 milhões que poderá reportar para os cinco anos seguintes.

Para efeitos da identificação dos GFL passíveis de reporte, bem como da parte não utilizada do limite que se deva acrescer ao montante máximo dedutível, ambos durante os cinco períodos subsequentes, consideram-se, em primeiro lugar, os GFL e a parte do limite não utilizada que tenham sido apurados há mais tempo.

Tal reporte deixa, no entanto, de ser aplicável quando se verificar uma alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto, salvo em determinadas situações expressamente elencadas. Poderá, porém, ser obtida autorização, para a realização de tal reporte, do membro do Governo responsável pela área das finanças em caso de reconhecido interesse económico, mediante requerimento a apresentar à Autoridade Tributária e Aduaneira.

Vejamos outro exemplo:

Considere os seguintes dados relativamente à sociedade XYZ, relativamente aos períodos de tributação de 2014 a 2017:

Ano	EBITDA	GFL	Limites							Excesso reportado do ano anterior	Limite	Valor aceite	Apuramento do excesso		
			Art. 67º, n.º 1, a)		Art. 67º, n.º 1, b)		Art. 67º, n.º 3						No ano	Valor acumulado	Excesso a reportar
			Valor	%	Valor	%	Valor								
2014	5	2,3	1	60	3	30	1,5	0	3	2,3	0	0	0		
2015	5	0,5	1	50	2,5	30	1,5	0	2,5	0,5	1	1	1		
2016	5	1	1	40	2	30	1,5	1	3	1	0,5	1,5	1,5		
2017	5	1,8	1	30	1,5	30	1,5	1,5	3	1,8	0	0,7	0,7		

No ano de 2014, foi possível deduzir a totalidade dos GFL (2,3), tendo em conta o maior dos limites (60% do EBITDA, aplicável por força do regime transitório).

No ano de 2015, para além de ter sido possível deduzir o limite dos GFL (0,5), também foi reportado o valor de 1 a título de “folga”, em virtude dos GFL serem inferiores a 30% do EBITDA.

No ano de 2016, continua a ser possível deduzir a totalidade dos GFL (1), dado que aquele valor é inferior ao maior dos limites (30% do EBITDA). Tendo em conta este limite, é possível ainda reportar o valor de 0,5 a título de “folga”.

Por fim, em 2017, será possível deduzir o valor de 1,8 porque, embora superior aos limites previstos, aproveitou parte do excesso a reportar de anos anteriores (0,7).

Exemplos adicionais:

Exemplo 1:

Admita-se uma sociedade que, no período de 2014, reconheceu na sua contabilidade, a título de GFL, o montante de € 650.000.

Sabendo que o EBITDA já corrigido nos termos do n.º 13 do artigo 67º é de € 500.000, qual o valor dos GFL que devem ser considerados para efeitos do apuramento do lucro tributável.

- Limite da alínea a): € 1.000.000,00
- Limite da alínea b) (60% do EBITDA – regime transitório): € 300.000,00 (60% x 500.000,00)

Como o montante dos GFL é inferior ao maior dos limites, o sujeito passivo não tem de proceder a qualquer correção no ano de 2014.

Exemplo 2:

A sociedade X, no período de 2015, reconheceu na sua contabilidade, a título de GFL, o montante de € 1.050.000.

Relativamente a esta sociedade sabe-se ainda o seguinte:

- EBITDA contabilístico: € 1.750.000
- A empresa reconheceu contabilisticamente a perda que lhe é imputável relativamente a uma participação de 40% que detém noutra sociedade, no valor de € 400.000 (MEP).

- Recebeu dividendos pagos por outra sociedade, onde detém uma participação de 8%, desde 2010, no valor de € 120.000.
- Gastos relativos a ajustamentos de justo valor, no montante de € 15.000, relativamente a duas participações financeiras que a empresa possui de, respetivamente, 8% e 10%

Qual o valor a considerar para efeitos de determinação do lucro tributável de 2015?

EBITDA corrigido: € 2.045.000 (1.750.000 + 400.000 – 120.000 + 15.000)

- Limite da alínea a): € 1.000.000,00
- Limite da alínea b) (50% do EBITDA – regime transitório): € 1.022.500 (50% x 2.045.000)

Como o montante dos GFL é superior em € 22.500 ao maior dos limites (€ 1.022.500), o sujeito passivo deverá acrescer este valor ao lucro tributável de 2015. No entanto, o valor do excesso não deduzido pode ainda ser deduzido até ao quinto período de tributação posterior.

Exemplo 3:

Suponha-se agora que 80% do capital da sociedade X tinha sido adquirido por outra empresa no ano de 2016. Quais as consequências em termos fiscais?

Como a empresa X tinha um excesso a reportar de GFL referentes a 2015, deveria ter solicitado autorização para a manutenção do direito a deduzir o limite não utilizado, ao Ministro das Finanças, através de requerimento a entregar no prazo de 30 dias a contar daquela alteração de titularidade, demonstrando que a mesma se deveu a razões de interesse económico. Caso não o fizesse, perderia o direito a deduzir a parte do limite de gastos não utilizados.

Da aplicação deste regime decorre uma maior neutralidade no tratamento dos rendimentos da dívida e do Equity. No entanto, para muitas entidades empresariais, dado a sua pequena dimensão e não atingirem os limites atrás referidos (tais encargos são inferiores ao limite fixado no artigo 67.º, n.º 1, alínea a), quer porque inferiores à percentagem do EBITDA constante da alínea b), a dedução dos encargos financeiros continuar a ser efetuada pela totalidade. Na maioria das empresas Portuguesa a não neutralidade do tratamento fiscal dos juros e dividendos mantém-se. Mas mesmo nas empresas que não deduzem a totalidade, essa não neutralidade (esse “apetite pela dívida”), mantém-se para uma parte substancial dos encargos gerados.

Contudo, saliente-se por fim que esta é, como vimos, a solução adotada por a grande maioria dos países a nível internacional. A outra hipótese, que anularia a não neutralidade, de dedução dos dividendos (Mirrlees et al., 2011), acarretaria problemas de receita fiscal, não displicentes

num contexto de crise orçamental (passada e presente). Por outro lado, existe aqui o objetivo de minimizar o endividamento do setor das empresas, correntemente acima dos 100% do PIB. Mas, este regime limita a capacidade e a eficiência da utilização de recursos por parte dos agentes económicos nacionais. A solução nacional de limite de 30% do EBITDA está em linha com o que foi feito em diversos países (Martins, 2014).

4. Subcapitalização

Outro tópico relevante em matéria de dedutibilidade dos gastos de financiamento prende-se com as regras de subcapitalização. Este regime esteve em vigor até 2013, tendo sido revogado aquando da introdução da limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento visto no ponto anterior. Contudo, dado que poderá ainda existir casos de litigação sobre subcapitalização pendentes de decisão, entendemos incluir o regime nesta análise.

No seio de grupos nacionais/internacionais é mais vantajoso para uma sociedade assegurar o seu financiamento por via de um empréstimo, contraído junto de outra empresa do grupo, do que por aumento do capital social, dado que os juros são encargos dedutíveis para determinação do lucro tributável e estão sujeitas a taxas de retenção inferiores às dos dividendos pagos.

A subcapitalização evidencia-se quando existe uma desproporção acentuada entre o Capital Próprio de uma sociedade e o seu endividamento para titulares do seu capital, com os quais existam relações especiais.

Os objetivos do legislador relativamente às regras fiscais de subcapitalização eram por um lado, evitar formas de “planeamento fiscal agressivo”; Por outro lado, esta limitação fiscal aos gastos de financiamento, tem como objetivo promover a redução do endividamento excessivo da economia e mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através da dívida. Mas sobretudo procura-se limitar o valor dos juros dedutíveis pela empresa contribuinte, para efeitos da determinação do lucro tributável, quando o credor de tais juros é uma entidade com a qual a empresa tem certo tipo de relações, nomeadamente de participação.

Na parte do endividamento considerado excessivo, os juros suportados a essa parte não serão considerados como dedutíveis para efeitos da determinação do Lucro Tributável. Esta medida é do tipo “*safe heaven*” – no caso de o coeficiente não ser ultrapassado não é colocada em causa a dedutibilidade dos juros, desde que respeitadas as condições de dedução previstas na lei.

A noção de endividamento na subcapitalização engloba todas as formas de crédito, em numerário ou em espécie qualquer que seja o tipo de remuneração acordada, concedido (...), incluindo os créditos resultantes de operações comerciais, quando decorridos mais de seis meses após a data do respetivo vencimento, tais como: Títulos de Participação; Empréstimos subordinados; Endividamento Líquido ou Bruto; Empréstimos sem juros; Suprimentos, Ações Próprias.

Este regime não será aplicável sempre que o SP demonstre que o endividamento seria semelhante se tivesse recorrido ao mercado bancário (nível de endividamento; Condições – juros, prazos, exigências, etc.). Ou então, quando o SP demonstrar que a natureza do setor ou do negocio, a dimensão da empresa ou outros critérios, justificam o tipo de endividamento.

Assim, existe excesso de endividamento quando relativamente a cada uma das entidades atrás referidas, o valor das dívidas a essa entidade exceder duas vezes o valor da participação no Capital Próprio.

Vejamos 2 exemplos:

Exemplo 1:

Participação empresarial com relações especiais	95%
Capital Próprio do SP	6,000,000.00
Valor da participação	5,700,000.00
Valor do empréstimo	14,000,000.00
Valor referência excesso endividamento	11,400,000.00
Excesso de endividamento	2,600,000.00
Coeficiente de endividamento	2.46
Juros	840,000.00
Percentagem não dedutíveis	0.19
Correcção à Matéria Colectável	156,000.00

Exemplo 2:

Participação empresarial com relações especiais	30%
Capital Próprio do SP	6,000,000.00
Valor da participação	1,800,000.00
Valor do empréstimo	6,000,000.00
Valor referência excesso endividamento	3,600,000.00
Excesso de endividamento	2,400,000.00
Coeficiente de endividamento	3.33
Juros	360,000.00
Percentagem não dedutíveis	0.40
Correcção à Matéria Colectável	144,000.00

5. Discussão sobre a doutrina e jurisprudência

Em termos de doutrina temos por um lado os acórdãos do STA e do TCA e por outro lado as decisões do CAAD, que têm incidido mais sobre a dedutibilidade dos juros em termos da sua não dedutibilidade. As decisões que analisamos em seguida são de sentido oposto.

O acórdão do STA de 19 de abril de 2017 (relativo ao IRC de 2007) estabeleceu que:

“I - Não sendo a recorrente uma SGPS nem estando abrangida pelo regime de tributação de grupos de sociedade os encargos financeiros por si suportados decorrentes dos suprimentos e prestações suplementares efetuados a empresas associadas de forma gratuita não podem ser considerados como custos fiscalmente dedutíveis por não serem indispensáveis para a realização de proveitos da recorrente sujeitos a imposto ou para a sua manutenção como fonte produtora dos mesmos nos termos do artigo 23 do CIRC na redacção vigente à data dos factos.

II - Mantendo-se a recorrente autonomamente como sujeito passivo de IRC e as empresas a si associadas igualmente autónomas e igualmente sujeitos passivos em sede de IRC os encargos financeiros por si suportados decorrentes dos suprimentos e prestações suplementares efetuados a favor das empresas a si associadas não podem considerar-se como custo indispensável para efeitos de dedutibilidade em sede de IRC ao abrigo do disposto no artigo 23.º do CIRC por serem alheios ao exercício da sua atividade.”

O Tribunal vem assim levantar a questão se os encargos financeiros dos empréstimos bancários suportados pela recorrente para financiar a título gratuito as suas associadas são dedutíveis fiscalmente nos termos do disposto no artigo 23.º do CIRC. Isto é, esta empresa, apesar de não atuar formalmente como SGPS, contraia dívida financeira para com isso financiar as suas participadas. Ou seja, a impugnante defende que as opções de gestão eram realizadas numa lógica de grupo empresarial.

A jurisprudência tem defendido que a norma do artigo 23.º pressupõe apenas a correlação entre o gasto e a obtenção do proveito, sendo tudo o mais uma intromissão da Administração Fiscal na esfera decisória das sociedades privadas.

Saliente-se antes de passarmos à análise da decisão do STA que a empresa em causa não atuava com as suas participadas no regime de tributação dos grupos de sociedades, nem como SGPS. Caso o fizesse, a análise teria naturalmente que seguir o disposto nos artigos 63 e seguintes (à data dos fatos, entretanto renumerados para artigos 69 a 71) do CIRC para os grupos de sociedades.

A empresa tinha como atividade a construção de imóveis, mas financiava-se para emprestar (sem custos) às suas participadas. Ou seja, os custos de financiamento destas empresas, que apesar de não atuarem do ponto de vista do IRC como um grupo de sociedades, estavam

concentrados na empresa “principal” (chamemos-lhe assim) ao invés de em cada uma das empresas individuais.

Este acórdão resultou de uma decisão em primeira instância em que foi estabelecido que perante a factualidade dada como provada julgou a impugnação improcedente no entendimento de que não sendo a impugnante uma SGPS nem estando submetida ao regime de tributação de grupos de sociedade previsto no artigo 63 do CIRC os custos dos encargos financeiros suportados em favor das empresas que com ela têm relações especiais não podem ser considerados custos dedutíveis ao abrigo do artigo 23 do CIRC por não poderem ser qualificados de indispensáveis para a realização de proveitos da impugnante ou para manutenção da fonte produtora.

Já o Ministério Público também suportou que o princípio da liberdade de gestão (corolário do princípio constitucional da liberdade de iniciativa privada – artigo 61 nº 1 da CRP) impede a adoção de critérios para a densificação do conceito indeterminado da indispensabilidade dos gastos que traduzam um controlo administrativo sobre o mérito das decisões empresariais designadamente desconsiderando como custo fiscal gastos efetuados no âmbito de operações económicas ou financeiras infrutíferas ou mesmo ruinosas. Entende igualmente que a Administração Tributária apenas deve excluir como custos fiscais os gastos que não se inscrevem no âmbito da atividade societária do sujeito passivo e foram suportados não no interesse deste mas para o prosseguimento de objetivos alheios ou quando as regras da experiência comum permitem concluir que não têm virtualidade para gerar proveitos. No entanto, o MP defendeu que o sujeito passivo impugnante e as suas associadas são sujeitos passivos autónomos e independentes ainda que se apresentem como um grupo económico onde a impugnante assume materialmente o papel de sociedade dominante. Defendeu também que os encargos financeiros associados aos financiamentos não foram suportados para o exercício da atividade normal do sujeito passivo inscrita no seu escopo societário antes se destinando ao exercício da regular atividade das sociedades participadas pelo sujeito passivo, beneficiárias dos suprimentos gratuitos e das prestações suplementares de capital.

Desta forma, entende o MP que:

“A adesão à tese da impugnante sobre a indispensabilidade dos encargos financeiros significaria um desequilíbrio no binómio custos /proveitos imputando ao sujeito passivo apenas custos e às sociedades associadas os proveitos resultantes do financiamento obtido com os empréstimos gratuitos. Resulta da conjugação das premissas antecedentes que os encargos financeiros suportados carecem do requisito da indispensabilidade para obtenção dos rendimentos tributáveis ou para a manutenção da fonte produtora do sujeito passivo que permitam ser considerados custos fiscais (artigo 23 nº 1 al.c) do CIRC”.

O STA, ao não dar provimento ao pedido da empresa, fundamenta que o artigo 23 do CIRC estabelece que apenas são aceites como gastos os utilizados na prossecução do objeto societário da empresa. O STA, com todo o respeito, agarra-se a 2 fundamentos formais que, aos olhos de um economista, deveriam ser secundários. O primeiro é o da atividade da empresa. Isso limita o conceito de negócio que uma empresa pode realizar. O segundo é que

só SGPS ou quem formalmente se enquadre no regime especial de tributação de grupos de sociedades é que podem funcionar numa lógica de “grupo”.

Note-se que não discuto, por falta de mais informação, a justiça da sentença. Mas há aspetos que merecem ser discutidos.

O STA cita, e bem, Portugal (2004) e Faveiro (2002), sobre a indispensabilidade dos gastos e como a Administração Fiscal não deve se imiscuir nas decisões empresariais de cada agente económico, até atendendo ao princípio constitucional do Artigo 61, n.º 1 da CRP.

Ora, os dois autores supracitados, na minha opinião, preocupam-se mais com a questão substantiva do lucro do que com a questão formal da atividade declarada em CAE ou da forma jurídica da empresa ou do grupo de sociedades.

Afigura-se, na minha opinião, que a decisão teria (não sei se o foi, dado que o acórdão é omissivo sobre isso) de se basear nos seguintes pontos de análise:

- A sociedade “principal” está a colher benefícios dos suprimentos e empréstimos que está a realizar às suas participadas? Isto é, há indícios que os resultados das participadas justificam o “investimento” que a “principal” está a realizar?
- O financiamento às participadas está, aí sim, a ser utilizado para o fim societário de cada uma dessas empresas? Esse parece-me ser um ponto crítico que desconheço se mereceu atenção da Administração Fiscal na análise deste caso. Se a “principal” está a servir de “veículo” de financiamento, mas este financiamento está, nas participadas, a ser usado no seu negócio, perspetivando a criação de valor para os acionistas?
- Existe neste decisão, de concentrar o financiamento na “principal”, ao invés de nas participadas, um ganho de eficiência e escala do ponto de vista da operação financeira? Ou é apenas uma forma de planeamento fiscal abusivo. Aqui há outro aspeto a meu ver crítico. Se a Administração Fiscal não provou planeamento fiscal abusivo (coisa que desconheço), então porque não se haverá de considerar que a forma de montagem do financiamento resultou apenas de uma melhor solução?
- Isto é, ao concentrar o financiamento na “principal” há uma poupança de impostos face ao que sucederia se cada participada se tivesse financiado per si?
- Por outro lado, estamos perante um problema de “*tax shelter*”? Ou seja, a sociedade “principal” esta a endividar-se e a ter gastos para obtenção de rendimentos potencialmente isentos de IRC (os dividendos das participadas)? Há aqui indícios que possam suscitar a norma anti abuso?
- Mas se há indícios de norma anti abuso, há regras específicas para isso, nomeadamente a subcapitalização atrás descrita, que à data dos factos estava em vigor, ou o regime de preços de transferência.

- Por outro lado, se o STA neste acórdão diz que se a sociedade fosse uma SGPS teria aceite os gastos, então colocam-se duas questões:
 - Se os gastos não são aceites por a atividade da empresa não ser uma SGPS, quer dizer que não aceitamos gastos que não correspondam à atividade formal e declarada da empresa. Então e tributamos os rendimentos auferidos por atividades fora dessa mesma atividade principal?
 - Como é que enquadramos uma sociedade que detém um CAE de detenção de participações sociais e um CAE de uma outra atividade económica, e por isso mesmo, fica impossibilitada de ser uma SGPS?

Aqui estou com Martins (2008), quando a propósito destas matérias refere que a atividade da empresa não se resume à sua atividade operacional (normal e corrente), mas baseia-se, também, no investimento financeiro. O autor defende que o ato de reforçar o capital da sociedade dominada através deste tipo de financiamento é entendido como um ato legítimo de gestão empresarial, normal em relações intragrupo, visando a manutenção da fonte produtora. Entende assim que “deve ser aceite a dedutibilidade de encargos financeiros desde que estes sejam “necessários para a manutenção de ativos financeiros potencialmente geradores de rendimento”

Já relativamente às decisões do CAAD saliente-se o Processo nº 732/2016-T. Também aqui a requerente invoca que para o IRC de 2012 a Administração Fiscal não demonstrou que os financiamentos contratados e que geraram custos financeiros não foram afetos à atividade e à exploração da Requerente, tendo antes sido objeto de operações de financiamento das suas participadas não geradoras de quaisquer proveitos, sendo que tais financiamentos não se traduziram, de per se, num acréscimo dos direitos sociais da Requerente nas diversas participadas, dando apenas direito ao respetivo reembolso pelo valor nominal. E que assim a Administração Fiscal não provou que não estava perante o preceito de indispensabilidade do artigo 23 do IRC. Como vemos, um caso similar (se posso dizer isso, dada a assimetria de informação) com o acórdão do STA atrás analisado.

Já a Administração Fiscal alegou que:

a) Para efeitos de determinação da matéria coletável sujeita a IRC, não é indiferente se um gasto incorrido pela empresa foi praticado no seu interesse ou no interesse de terceiros e, ainda, mesmo quando praticado também no seu interesse o mesmo deve ser-lhe imputável para efeitos do disposto no artigo 23.º do Código do IRC;

b) A Requerente não demonstrou que o empréstimo contraído tenha sido não só, no interesse da sociedade que o contraiu, mas que igualmente tenha tido cabimentação a jusante de acordo com o necessário critério de indispensabilidade nas sociedades participadas;

c) Ao contrário da justificação meramente societária que a Requerente pretende atribuir aos encargos ocorridos com os aludidos financiamentos, estes não se afiguram com um interesse imediato, antes só se compaginando como um reflexo do interesse da sociedade participada;

d) Por outro lado, qualquer cedência gratuita, para efeitos fiscais, é tida como uma doação, a qual está sujeita a Imposto do Selo;

e) Abrir a porta à dedutibilidade de custos que tiveram como fim a realização de doações é manifestamente desajustado de toda a sistemática do IRC, não sendo acompanhado o custo incorrido do respetivo rédito, contrariando o necessário binómio.

Entende assim a Administração Fiscal que tais gastos não são dedutíveis porque respeitam a capitais alheios que não foram aplicados na exploração e na atividade da Requerente, tendo antes sido objeto de operações de financiamento das suas participadas não geradoras de quaisquer proveitos, sendo que tais financiamentos não se traduziram, de per se, num acréscimo dos direitos sociais da Requerente nas diversas participadas, dando apenas direito ao respetivo reembolso pelo valor nominal.

Ora a decisão do CAAD foi favorável ao contribuinte, indo ao contrário da decisão do STA no acórdão atrás analisado. Quais foram os argumentos do CAAD?

Primeiro, que não ficou demonstrado pela Administração Fiscal que os financiamentos contratados pela Requerente e que geraram os custos financeiros em causa não foram afetos à atividade e, bem assim, à exploração da Requerente. Isto é a Administração Fiscal limitou-se a constatar que a Requerente efetuou financiamentos não remunerados às suas participadas e a presumir que os fundos disponibilizados teriam origem em capitais alheios que geraram encargos financeiros para a Requerente. Competia à Administração Fiscal alegar e provar factos que permitissem concluir no sentido de que partes dos fundos mutuados à Requerente teriam sido efetivamente utilizados na exploração e na atividade das suas participadas e não da Requerente, uma vez que esta beneficia da presunção legal de veracidade e correção da sua contabilidade e das declarações de rendimento apresentadas.

Ou seja, neste primeiro argumento do CAAD está as duas primeiras questões que eu colocava atrás: está a sociedade “principal” a recolher benefícios dos empréstimos, sobre a forma de lucros (presentes ou futuros) das suas participadas?; e; estão as suas participadas a usar o financiamento para a sua atividade, dentro do âmbito da gestão dessas empresas? De fato, já na fase de decisão, o CAAD ainda enfatiza que:

“Ainda que se pudesse concluir que os fundos mutuados e que geraram encargos para a Requerente foram canalizados, diretamente, para as participadas a título gratuito, está também por demonstrar que estes financiamentos não contribuíram para a obtenção de proveitos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora da Requerente. De facto, e contrariamente ao que a AT alega, o financiamento das sociedades participadas, ainda que gratuito, assegurando a estas entidades fundos

que, por outra via, poderiam não ser obtidos, permite a manutenção da atividade dessas entidades.”.

O CAAD entende assim que ficou por demonstrar por demonstrar que os capitais alheios não foram utilizados pela Requerente para a realização de proveitos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, demonstração essa que caberia à própria Administração Fiscal.

O CAAD reforça este ponto, que eu lá atrás levantei, ao referir (citando o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS), de 16/10/2014, Processo n.º 06754/13²⁹) que a atividade da Requerente não se esgota no conjunto de operações produtivas ou operacionais, incluindo também o conjunto de operações de investimento ou alienação de ativos, a aquisição de participações financeiras e a sua posterior alienação, a aplicação de liquidez em investimentos, os recebimentos e pagamentos resultantes de rendimentos e gastos operacionais e não operacionais, entre outros. De facto, a atividade empresarial que gera custos dedutíveis traduz-se, assim, no conjunto de operações que tenham como propósito – ainda que, por razões diversas, este possa não ser alcançado – a obtenção de rendimento ou a manutenção da fonte produtora, seja como resultado direto de uma efetiva atividade produtiva e operacional, seja por via da gestão, administração ou alienação dos seus ativos de investimento.

Ou seja, o CAAD tem uma posição mais lata, atendendo menos aos aspetos formais, e mais aos aspetos substantivos, de realidade económico. Defende assim que a dedutibilidade de gastos para efeitos fiscais deverá ser aferida em função da sua conexão com a atividade empresarial do sujeito passivo e com os seus interesses económicos (que não exclusivamente operacionais e produtivos). Isto é, a participada usa fundos que lhe são aportados pela participante para a sua atividade e no seu interesse, mas esses fundos são, também, utilizados no interesse da própria sociedade participante, no contexto de atos normais de gestão e administração dos seus ativos que se podem englobar no seu escopo ou propósito lucrativo, uma vez que permitem criar a expectativa de benefícios económicos futuros. Esta conclusão é tanto mais evidente nas situações em que a sociedade participante detém a totalidade do capital social da participada, como se verifica no presente caso em relação à sociedade C... Lda^{30 31}.

²⁹ *É entendimento da jurisprudência e doutrina que a A. Fiscal não pode avaliar a indispensabilidade dos custos à luz de critérios incidentes sobre a oportunidade e mérito da despesa. Um custo é indispensável quando se relacione com a atividade da empresa, sendo que os custos estranhos à atividade da empresa serão apenas aqueles em que não seja possível descortinar qualquer nexos causal com os proveitos ou ganhos (ou com o rendimento, na expressão atual do código – cfr. art. 23.º, n.º 1, do CIRCI), explicado em termos de normalidade, necessidade, congruência e racionalidade económica”.*

³⁰ *Como se conclui, também, na decisão arbitral proferida no processo n.º 585/2014-T, “Nas situações em que a participante detém a totalidade do capital da participada e, por isso, detém total possibilidade de intervir na gestão da participada e assegurar que o investimento é utilizado no seu interesse, o investimento na participada reconduz-se a gestão da participação e consubstancia exercício indireto pela participante da atividade económica que a participada leva a cabo, cujos reflexos positivos ou negativos se acabam por repercutir totalmente na esfera jurídica da participante através da valorização ou desvalorização da sua participação, pelo que os encargos necessários para assegurar o investimento potenciador da obtenção de futuros benefícios enquadram-se no conceito de indispensabilidade económica, com o referido sentido de despesas integralmente efetuadas no interesse da empresa.”.*

³¹ Este racional é também aplicável a sociedades participadas relativamente às quais a sociedade participante, não detendo a totalidade do capital, tenha uma participação lhe permita uma posição de controlo.

Ou seja, o que o CAAD vem dizer é que se a “principal” participa no capital de várias outras empresas, com maioria de capital (ou pelo menos uma posição de relevo), é natural que olhe para essa realidade como um todo, do ponto de vista da sua gestão³². E portanto, salvo situações (que também aqui não vem argumentadas) de planeamento fiscal abusivo, é perfeitamente natural e razoável que a “principal” possa concentrar a totalidade do financiamento do grupo, mesmo que formalmente não atue como SGPS ou grupo de sociedades.

Assim, a “principal”, ao financiar as suas “participadas” (que detém de forma maioritária ou total) está a atuar no seu interesse global, no âmbito da estratégia que delineou para o seu negócio. A influência significativa da participante na gestão da participada, o financiamento desta por aquela será no interesse económico da primeira, inserindo-se no âmbito das operações normais de gestão da participante.

Com efeito, esta posição de controlo e capacidade para influenciar a gestão da participada deverá ser determinada, em concreto, tomando por base a relação jurídico-societária existente entre as entidades envolvidas.

Esta decisão está aliás em linha com uma decisão anterior do CAAD (Processo n.º 12/2013-T) em que se entendeu que:

“Uma sociedade pode obter fundos (e pagar juros) e depois entregar esses fundos a uma filial sem qualquer remuneração causal e direta – e ainda assim exercer adequadamente a sua atividade, dentro da sua capacidade e escopo lucrativo: pode efetuar um aumento de capital (art. 25.º do CSC), prestações suplementares ou acessórias sem juros (art. 210.º e 287.º do CSC) ou suprimentos sem juros (art. 243.º do CSC) – e em qualquer desses casos atua totalmente dentro da sua capacidade de exercício e com um ânimo lucrativo e no âmbito da sua atividade.”

Desta forma, a doutrina do CAAD sobre a dedutibilidade dos custos financeiros em sede do artigo 23 é que o financiamento não oneroso efetuado em benefício das participadas da Requerente não pode, só por se tratar de uma operação gratuita, levar à desconsideração como custo fiscal dos eventuais encargos suportados pela Requerente e a ele inerentes, uma vez que poderão ser essenciais para a obtenção de ganhos futuros ou para a manutenção da fonte produtora da sociedade participante.

³² Refere a decisão do CAAD: “no caso de investimento de uma sociedade numa sua participada, o financiamento originado na participante será feito no âmbito da sua atividade empresarial e no seu interesse caso daí decorra uma expectativa de rendimentos futuros dele diretamente decorrentes, ou seja, desde que se conclua que, segundo as regras normais de gestão, tais financiamentos contribuam para o incremento da expectativa de benefícios futuros ou para manutenção da fonte produtora (que, neste caso, corresponderá a um ativo financeiro) da sociedade participante”.

Referências

Damodaran, A. (2001). Corporate finance. Wiley.

Damodaran, A. (2008). What is the riskfree rate? A Search for the Basic Building Block. A Search for the Basic Building Block (December 14, 2008).

Fama, E. F., & French, K. R. (2002). Testing trade-off and pecking order predictions about dividends and debt. *Review of financial studies*, 15(1), 1-33.

Fama, E. F., & French, K. R. (2004). The capital asset pricing model: Theory and evidence. *The Journal of Economic Perspectives*, 18(3), 25-46.

Faveiro, V. (2002), *As Garantias do Contribuinte*, Coimbra Editora

Guimarães, Joaquim (2012), “As Variações Patrimoniais (POC vs SNC e CIRC)”, *Jornal de Contabilidade APOTEC*, janeiro de 2012.

Lintner, J. (1965). The Valuation of Risk Assets and the Selection of Risky Investments in Stock Portfolios and Capital Budgets. *Review of Economics and Statistics*. 47, 13-37.

Markowitz, H. (1952). Portfolio selection. *The journal of finance*, 7(1), 77-91.

Marques, Rui (2016), *Fusões e participações: da dedutibilidade dos encargos financeiros em sede de IRC*, *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*

Martins (2015), *limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros em sede do IRC: uma nota sobre os conceitos de gastos de financiamento e EBITDA de grupos*, *Revista de Direito Fiscal e Finanças Públicas*

Mossin, J. (1966). Equilibrium in a Capital Asset Market. *Econometrica*. 34, 768-783. Pereira, M. F. (2005) *Fiscalidade*, Almedina, Coimbra.

Portugal, A.M (2004), *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora

PORTUGAL, António Moura (2004), *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora.

Rodrigues (2009), *Sistema de Normalização Contabilística explicado*, Porto Editora

Ross, S.A. (1976), The arbitrage theory of capital asset pricing. *Journal of Economic Theory* 13(3): 341-360.

Ross, S.A. (2006), *Fundamentals of Corporate Finance*

Sanches J. L., (2006), Os limites do planeamento fiscal, Coimbra Editora, Coimbra.

SANCHES, S. (2006), Manual de Direito Fiscal, 3.ª Edição, Coimbra Editora

Sardão, Adriana (2014), Dedutibilidade de Juros em Sede de IRC: Algumas Questões, Tese de Mestrado, Catolica Porto Direito.

Sharpe, W. (1964). Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risk. Journal of Finance. 19, 425-442.

Tomaz J. A. (2013), “Terá sido Portugal o primeiro país a implementar a remuneração convencional do capital próprio?”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano V, n.º 3, p.59-86.

Anexo – Regras de limitação da dedução de custos de financiamento

Grupo	Descrição	Países
Grupo A	Sem norma	Chipre, Croácia, Eslováquia, Estónia, Holanda, Índia, Malta
Grupo B	Normas gerais	Áustria, Irlanda, Luxemburgo, Reino Unido, Suécia
Grupo C	Partes relacionadas; Rácio da dívida; Distribuição encoberta de lucros	Bélgica, Eslovénia
Grupo D	Partes relacionadas; Rácio da dívida	Canadá, Dinamarca, EUA, França, Lituânia, Polónia
Grupo E	Partes relacionadas; Limiar em função de % do lucro tributável ajustado	EUA, França
Grupo F	Todos os empréstimos; Rácio da dívida	Bélgica, Brasil, Bulgária, Canadá, China, Hungria, Letónia, República Checa, Roménia, Rússia
Grupo G	Todos os empréstimos; Limiar em função do ativo	Dinamarca
Grupo H	Todos os empréstimos; Limiar em função de % do EBITDA	Alemanha, Austrália, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Portugal, Polónia (desde 2015)

Overview of monetary thresholds in selected countries

- Australia: Thin capitalisation rule only applies if total debt deductions exceed AUD 2 million (**EUR 1 300 000**).
- Denmark: Limitation of deduction of net financing expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding DKK 21.3 million (**EUR 2.85 million**).
- Finland: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 500 000**.
- France: Cap on interest deductions applies to net interest expenses exceeding **EUR 3 million**.
- Germany: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 3 million**.
- Portugal: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 1 million**.
- Spain: Limitation of deduction of net financial expenses exceeding **EUR 1 million**.

Fixed interest to earnings (EBITDA) ratios in selected countries

- Finland: 25 per cent of EBITD calculated based on the taxable profit and loss account. The calculation is made by entity and adjusted by taking into account group contributions received or made.
- Germany: 30 per cent of taxable EBITDA.
- Greece: 30 per cent of EBITDA. Phased-in system according to which the percentage will reduce from 60 per cent in 2014 to 30 per cent in 2017.
- Italy: 30 per cent of EBITDA, adjusted by adding rental payments under finance lease transactions.
- Norway: 30 per cent of taxable EBITDA.
- Portugal: 30 per cent of EBITDA, adjusted by excluding certain items such as income resulting from shares eligible for the participation exemption or attributable to a permanent establishment outside Portugal to which the option for exemption is applied. Phased-in system according to which the percentage will reduce from 70 per cent in 2013 to 30 per cent in 2017.
- Spain: 30 per cent of operating profits adjusted by adding certain items such as depreciation and amortisation and financial income from equity investments.
- United States: 50 per cent of adjusted taxable income, ie. EBITDA plus specific deductions taken into account when calculating the taxable income.

Apresentação Power Point

“O apetite pela dívida: a dedutibilidade dos gastos de financiamento em sede de IRC”

Joaquim Miranda Sarmento
Professor Auxiliar de Finanças no ISEG- *Lisbon School of Economics and
Management* / Universidade de Lisboa; *Ph.D. in Finance (Tilburg university)*

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
6 DE MAIO E 2019

**Disclaimer: Todas as opiniões vinculam
apenas o autor, e nenhuma das entidades a
que o autor possa estar vinculado nem o
próprio CEJ**

APRESENTAÇÃO

- Professor Auxiliar no ISEG (aguarda provas de Agregação) desde 2014
- Assistente no ISEG entre 2007 e 2014
- P.h.D in Finance Tilburg University
- Economista na DGCI (1999-2005) e na DGO (2005-2010)
- Consultor na UTAO (2010-2011)
- Assessor Económico do Presidente da República entre 2012 e 2016

<https://sites.google.com/view/joaquim-miranda-sarmento/home>

AGENDA

- INTRODUÇÃO
- CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA
- DEDUTIBILIDADE DOS GASTOS EM IRC
- LIMITE DA DEDUTIBILIDADE DOS GASTOS FINANCEIROS EM IRC
- REGIME DE SUBCAPITALIZAÇÃO
- ANÁLISE JURISPRUDENCIA E DOCTRINA

INTRODUÇÃO

- Existe um “bias” ou seja, uma tendência, para as empresas preferirem Dívida a Equity (Capital Próprio).
- A estrutura de Financiamento das empresas é um dos tópicos mais estudados e analisados em Corporate Finance.
- A preferência pela dívida resulta em grande medida da “não neutralidade” fiscal da Dívida face ao Equity

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Contabilisticamente, o Balanço de uma empresa dá-nos:

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Ou seja:

- Equity + Dívida ---- Financiamento
- Ativos ----- Investimento

Todo o Financiamento gera Investimento porque $\Sigma \text{ Débitos} = \Sigma \text{ Créditos}$

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Naturalmente, cada empresa procura, dentro do seu modelo de negócio e das condicionantes endógenas e exógenas:
 - Minimizar o Custo de Financiamento ou seja
 - Maximizar o ROE (Return on Equity – Retorno para os acionistas)

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Em Corporate Finance temos 3 decisões (que devem ser avaliadas de forma independente):
 - Decisão de Investimento ($VAL > 0$)
 - Decisão de Financiamento (menor WACC possível)
 - Decisão de dividendos (reinvestir ou pagar dividendos)

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- A decisão de investimento e de financiamento são independentes porque:
 - A decisão de investimento (VAL > 0) tem de ocorrer sem dívida (ou seja, só com Equity)
 - A decisão de financiamento não serve para passar um VAL negativo para positivo, mas sim para aumentar o valor do VAL positivo, via efeito leverage (alavancagem)

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Conceito de NPV

(Net Present Value ou VAL: Valor Actual Líquido):

Nota:

Mesma maturidade

Mesma taxa de desconto

“Um Euro hoje vale mais que um Euro amanhã”.

Trata-se do **custo de oportunidade do capital**.

$$PV = \frac{x_1}{1+i} + \frac{x_2}{(1+i)^2} + \frac{x_3}{(1+i)^3} + \dots + \frac{x_N}{(1+i)^N} = \sum_{n=1}^N \frac{x_n}{(1+i)^n}$$

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Desta forma, como veremos mais à frente, a decisão de financiamento serve para aumentar o retorno (reduzindo o custo de financiamento ao máximo) de um investimento que sem dívida já tem um $VAL > 0$.
- A dívida, ou como veremos, o chamado efeito de alavancagem, permite maximizar ganhos.
- Mas nunca se deve cometer o erro de escolher um projeto com $VAL < 0$, só porque depois de se usar o efeito de alavancagem o VAL fica positivo. Isso é misturar as duas decisões, que como se referiu atrás, devem ser independentes.

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Esta seção introduz a importância do tópico, lançando as bases para a discussão centrada na questão fiscal da dedutibilidade destes custos em sede de IRC.
- Não sendo dedutíveis os custos de financiamento por dívida (isto é, os juros), perde-se uma parte importante da vantagem do efeito de alavancagem, da vantagem de usar dívida ao invés de Equity.

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Por regra temos que:

$$R_f < R_d < R_e$$

R_f: Taxa de juro sem Risco

Usamos a taxa de juro da dívida pública

Ou seja: a taxa de juro sem risco é menor que o custo da dívida que é menor que o custo do Equity.

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Há 4 razões para que $K_d < K_e$

Credores tem prioridade em caso de falência

Custo oportunidade se $K_d = K_e$

Diversificação de portfolio

Não neutralidade fiscal da dívida: $K_d (1-t)$

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Do ponto de vista das empresas, o financiamento entre capital próprio ou dívida não é irrelevante

(apesar da primeira proposição de M&M)

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- Sendo o Custo Médio Ponderado do Capital (WACC):

$$WACC = \frac{E}{V} * Re + \frac{D}{V} * Rd * (1 - Tc)$$

Where:

Re = cost of equity

Rd = cost of debt

E = market value of the firm's equity

D = market value of the firm's debt

V = E + D

E/V = percentage of financing that is equity

D/V = percentage of financing that is debt

Tc = corporate tax rate

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Alavancagem financeira:

- A utilização de dívida gera um efeito de alavancagem financeira, por duas vias:
 - Por um lado, o custo da dívida (até um determinado valor) é inferior ao custo do capital próprio, o que reduz o WACC (Custo médio ponderado do capital)
 - Por outro lado, os juros da dívida são fiscalmente aceites, gerando uma poupança fiscal, enquanto que os dividendos dos capitais próprios não são dedutíveis.

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Efeito de alavancagem – Resolução de um exemplo prático

Capex: 1.000

Ke: 8% (CAPM) – Custo do capital próprio

Kd: 5% - Custo da dívida

Imposto: 20%

EBIT: 100

Qual o efeito do leverage se Kd constante?

E se Kd aumentar 1 p.p. em cada 10% de dívida, a partir dos 30%?

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Debt	Equity	Juros	EBT	Tax	Net income	ROE	Ganho fiscal	Ganho dif i	Ganho total	
0	1,000.00	0.00	100.00	20.00	80.00	8.0%				
100	900.00	5.00	95.00	19.00	76.00	8.4%	1.00	3.00	4.00	0.4%
200	800.00	10.00	90.00	18.00	72.00	9.0%	2.00	6.00	8.00	1.0%
300	700.00	15.00	85.00	17.00	68.00	9.7%	3.00	9.00	12.00	1.7%
400	600.00	20.00	80.00	16.00	64.00	10.7%	4.00	12.00	16.00	2.7%
500	500.00	25.00	75.00	15.00	60.00	12.0%	5.00	15.00	20.00	4.0%
600	400.00	30.00	70.00	14.00	56.00	14.0%	6.00	18.00	24.00	6.0%
700	300.00	35.00	65.00	13.00	52.00	17.3%	7.00	21.00	28.00	9.3%
800	200.00	40.00	60.00	12.00	48.00	24.0%	8.00	24.00	32.00	16.0%
900	100.00	45.00	55.00	11.00	44.00	44.0%	9.00	27.00	36.00	36.0%

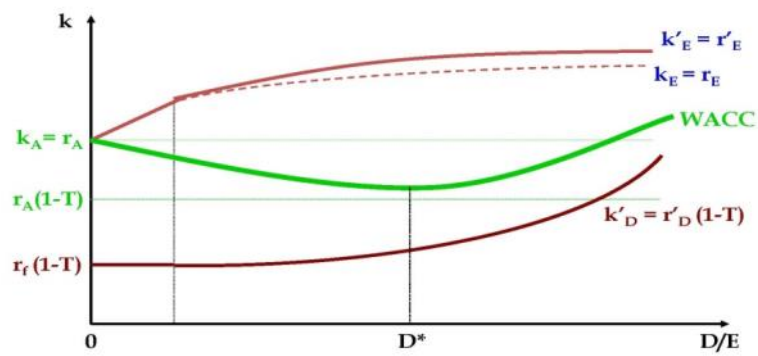
CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Debt	Equity	Juros	EBT	Tax	Net income	ROE	Ganho fiscal	Ganho dif i	Ganho total	
0	1,000.00	0.00	100.00	20.00	80.00	8.0%				
100	900.00	5.00	95.00	19.00	76.00	8.4%	1.00	3.00	4.00	0.4%
200	800.00	10.00	90.00	18.00	72.00	9.0%	2.00	6.00	8.00	1.0%
300	700.00	15.00	85.00	17.00	68.00	9.7%	3.00	9.00	12.00	1.7%
400	600.00	24.00	76.00	15.20	60.80	10.1%	4.80	8.00	12.80	2.1%
500	500.00	35.00	65.00	13.00	52.00	10.4%	7.00	5.00	12.00	2.4%
600	400.00	48.00	52.00	10.40	41.60	10.4%	9.60	0.00	9.60	2.4%
700	300.00	63.00	37.00	7.40	29.60	9.9%	12.60	-7.00	5.60	1.9%
800	200.00	80.00	20.00	4.00	16.00	8.0%	16.00	-16.00	0.00	0.0%
900	100.00	99.00	1.00	0.20	0.80	0.8%	19.80	-27.00	-7.20	-7.2%

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Debt	WACC C1	WACC C2
0	8.0%	8.0%
100	7.6%	7.6%
200	7.2%	7.2%
300	6.8%	6.8%
400	6.4%	6.7%
500	6.0%	6.8%
600	5.6%	7.0%
700	5.2%	7.4%
800	4.8%	8.0%
900	4.4%	8.7%

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA



CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

☐ Para medir o Ke usa-se o CAPM (Capital Asset Pricing Model)

$$\text{CAPM: } E(R_i) = R_f + \beta_i [E(R_m) - R_f]$$

Onde:

Rf: Taxa de juro sem risco

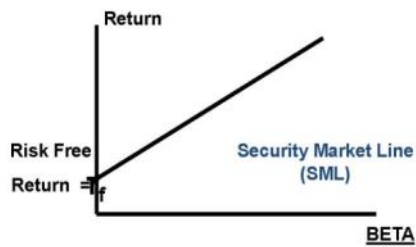
βi: Beta leverage (Beta da empresa com recurso ao leverage – endividamento)

βi (beta da empresa) = βu*[1+(1-t)*(D/E)]

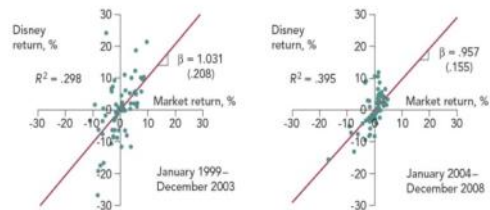
E(Rm): Retorno esperado do mercado

Sendo que [E(Rm) – Rf] é o “market premium”, ou seja, o prémio do mercado sobre o risco daquele activo, face à taxa de juro sem risco

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA



Measuring Betas



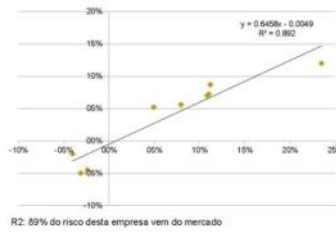
CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Vejamos um exemplo do cálculo do CAPM

1º Calcular o Bu de uma empresa

O que resulta em:

Ano	Retorno empresa	retorno mercado
1		
2	23.5%	12.0%
3	10.8%	7.0%
4	-4.0%	-2.0%
5	-3.1%	-5.0%
6	-2.4%	-4.5%
7	11.0%	7.2%
8	8.0%	5.6%
9	4.9%	5.2%
10	11.2%	8.7%



Beta: 0,64

Intercept : - 0,0049

Donde:

Rf (1-B) = 0,045*(1-0,64) = 0,0162

Intercept - 0,0162 = -0,0049 - 0,0162 = -0,0021

Com base no CAPM, esta empresa teve uma performance pior que o mercado em 0,2%

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

Assim, o CAPM desta empresa será de:

$$Bu = 0.64;$$

$$D/E: 0.8$$

$$\beta l \text{ (beta da empresa)} = \beta u * [1 + (1-t) * (D/E)]$$

$$\beta l \text{ (beta da empresa)} = 0.64 * [1 + (1-0.25) * 0.8] = 1,024$$

$$E(Ri) = 0.045 + 1,024 * (0.055)$$

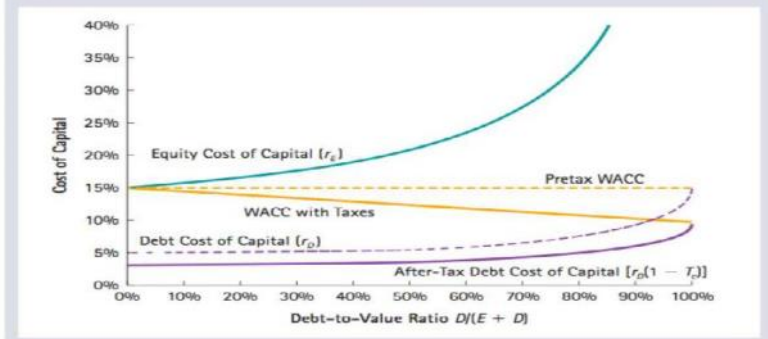
$$= 10,1\% \text{ ou } 0.101$$

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- ❑ Naturalmente, esta alavancagem tem um efeito no valor da empresa.
- ❑ Tomemos uma empresa que tem um EBIT (Earnings Before Interests and Taxes) de 100, um $K_e=10\%$ e uma taxa de imposto de 20%. Esta empresa, sem alavancagem (suponha um Equity de 500), terá um valor de: $100*(1-0.2)/0.1 = 800$.
- ❑ Com alavancagem (valor de Debt de 200), esta empresa terá um valor de: $[100*(1-0.2)/0.1 + 0.2*200] = 840$ (nota: na prática trata-se de o valor da empresa sem alavancagem mais o valor presente do benefício fiscal da dívida).

CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

We compute the WACC as a function of leverage using Eq. 16.9. Whereas the pretax WACC remains constant, with taxes the WACC declines as the firm increases its reliance on debt financing and the benefit of the interest tax deduction grows. The figure assumes a marginal corporate income tax rate of 35%.



CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- ❑ No entanto, a estrutura dos grupos económicos e, conseqüentemente, do financiamento desses grupos tornou-se cada vez mais complexa.
- ❑ Conforme refere Martins (2014): “Existindo falta de neutralidade no tratamento fiscal da dívida e do capital próprio, tal pode influenciar as múltiplas variáveis tributárias e não tributárias que essa falta de neutralidade envolve (v. g., na escolha das formas jurídicas, no timing de realização das operações, nas formas de reorganização societária, nos tipos de instrumentos financeiros a usar).”

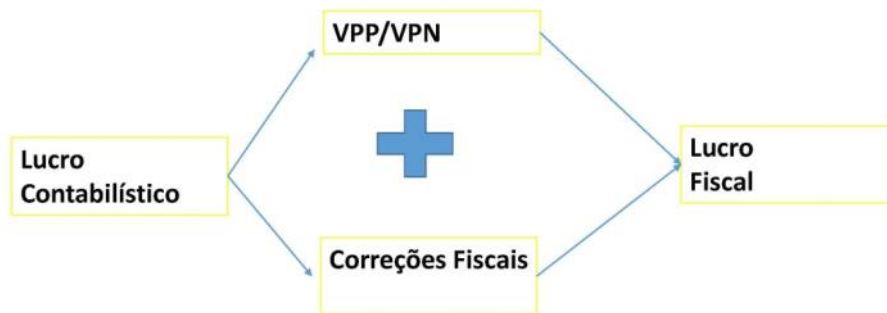
CONCEITOS DE FINANÇAS E DE DÍVIDA

- ❑ De fato, é cada vez mais comum a concentração do financiamento numa única sociedade (seja uma SGPS, seja uma SPV – *Special Purpose Vehicle*; ou seja uma sociedade sem qualquer tipo de requisito específico).
- ❑ Isto porque a concentração de financiamento numa única “sociedade veículo” permite ganhos de escala e de negociação que muitas vezes não são displicentes.
- ❑ Tome-se um exemplo simples: um grupo de 10 sociedades, ao invés de cada uma se financiar em 50 M, um financiamento de 500 M€ tem uma escala diferente, permitindo uma maior assimetria (apesar de um volume, e portanto um risco superior) do lado da empresa que necessita do financiamento.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ O conceito de rendimento assenta na teoria do rendimento acréscimo, ou incremento patrimonial, que consiste na diferença entre o valor do património no início e o valor do património no fim do período de tributação, incluindo as mais-valias e outros ganhos fortuitos (ex. subsídios não destinados à exploração, as indemnizações e os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito).
- ❑ Trata-se de uma noção extensiva do rendimento que procura tributar o rendimento real e efetivo das empresas, o que é, aliás, um princípio de imperativo constitucional (artigo 104.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa - CRP).

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC



Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ O artigo 17.º, n.º 1, do Código do IRC, dispõe que o lucro tributável é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ Do ponto de vista do IRC, as regras para reconhecimento dos rendimentos estão previstas no artigo 18.º do CIRC, sendo que a mensuração do rédito de vendas e prestações de serviços é feita pela quantia nominal da contraprestação (valor bruto) e não pelo valor presente ou atual da retribuição a receber.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ Para efeitos fiscais, nos termos do artigo 23.º do Código do IRC, apenas se considera como gastos ou perdas os que comprovadamente foram incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ Do ponto de vista do IRC, há a ressaltar que:
- ❑ Considera-se como gastos os resultantes da aplicação do método de juro efetivo aos instrumentos financeiros, valorizados pelo custo amortizado.
- ❑ Também se considera como gastos os resultados da cessação de empregos e outros benefícios pós-emprego ou a longo prazo dos empregados.
- ❑ São considerados os gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros; bem como os gastos resultantes da aplicação do justo valor em ativos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

Assim, temos como gastos e perdas:

- Gastos relativos à produção ou aquisição de quaisquer bens ou serviços;
- Gastos de distribuição e venda;
- Gastos de natureza financeira;
- Gastos de natureza administrativa;
- Gastos com análises, racionalização, investigação e consulta e projetos de desenvolvimento;
- Gastos fiscais e parafiscais;
- Depreciações e amortizações;
- Ajustamentos em inventários, perdas por imparidade e provisões;
- Perdas por reduções de justo valor em instrumentos financeiros e em ativos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais;
- Menos - valias realizadas;
- Indemnizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável;
- Gastos respeitantes a ações preferenciais sem voto;
- Outros gastos comprovadamente necessários à atividade.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- Acolheu-se no artº 23 do IRC uma aceção económica em lugar da fixação de uma definição propriamente dita ou do estabelecimento de um rol taxativo dos gastos fiscalmente dedutíveis. Isso resulta do princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real (artigo 104.º, n.º 2, da Constituição), e que obriga a que os gastos realizados estejam afetos ao negócio da firma.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ Saliente-se no entanto que a norma dos custos financeiros é uma norma de delimitação negativa. Ou seja, restrições ao princípio geral da dedutibilidade fiscal dos encargos, mesmo que contabilizados como gastos.
- ❑ Refira-se que o artº 23, nº2, al c refere explicitamente “juros de capitais alheios aplicados na exploração”. Sobre isso, atente-se ao que o TCA estabeleceu como doutrina: *“para fazer face a custos operacionais ou de exploração - que são aqueles em que incorre para assegurar o exercício da sua atividade, nomeadamente, custos que dão origem a saídas de fluxos monetários, como salários, matérias-primas, energia, etc.” (Tribunal Central Administrativo Sul, in Acórdão de 12 de Dezembro de 2013; Proc. n.º 06826/13).”*

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- ❑ Temos assim que o artº 23 tem duas grandes condições para que o gasto seja aceite do ponto de vista fiscal e como tal, considerado no cálculo do lucro tributável: a comprovação e a indispensabilidade.

O conceito da indispensabilidade por seu lado tem gerado muita e acesa discussão.

Não dedutibilidade dos gastos em sede de IRC

- Aquilo que se tem afigurado mais razoável é considerar que a indispensabilidade dos gastos vai para além da obtenção dos proveitos, afigurando-se dentro de um conceito mais lato, de considerar a estrutura e o interesse da empresa.
- Conforme refere Sardão (2014), “Assim, a cláusula geral do art. 23º pretende evitar o abuso do instituto da dedutibilidade de gastos, impedindo a inclusão de custos assumidos com a prossecução de interesses alheios. Os gastos abrangidos pela norma devem respeitar à própria sociedade contribuinte”.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

- Para efeitos do apuramento do IRC, apenas é aceite como custo fiscal os gastos com juros de financiamentos até um máximo de 1 milhão € ou até 30% do EBITDA (será considerado o maior dos dois valores) nos termos do artº 67 do Código de IRC.
- Contudo, o limite de 30% do EBITDA apenas se verificou em 2017. Até 2017 houve um período de transição, em que os limites foram: 2014: 60%; 2015: 50%; 2016: 40%.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Regras de limitação da dedução de custos de financiamento

Grupo	Descrição	Países
Grupo A	Sem norma	Chipre, Croácia, Eslováquia, Estónia, Holanda, Índia, Malta
Grupo B	Normas gerais	Áustria, Irlanda, Luxemburgo, Reino Unido, Suécia
Grupo C	Partes relacionadas; Rácio da dívida; Distribuição encoberta de lucros	Bélgica, Eslovénia
Grupo D	Partes relacionadas; Rácio da dívida	Canadá, Dinamarca, EUA, França, Lituânia, Polónia
Grupo E	Partes relacionadas; Limiar em função de % do lucro tributável ajustado	EUA, França
Grupo F	Todos os empréstimos; Rácio da dívida	Bélgica, Brasil, Bulgária, Canadá, China, Hungria, Letónia, República Checa, Roménia, Rússia
Grupo G	Todos os empréstimos; Limiar em função do ativo	Dinamarca
Grupo H	Todos os empréstimos; Limiar em função de % do EBITDA	Alemanha, Austrália, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Portugal, Polónia (desde 2015)

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Regras de limitação da dedução de custos de financiamento

Overview of monetary thresholds in selected countries

- Australia: Thin capitalisation rule only applies if total debt deductions exceed AUD 2 million (**EUR 1 300 000**).
- Denmark: Limitation of deduction of net financing expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding DKK 21.3 million (**EUR 2.85 million**).
- Finland: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 500 000**.
- France: Cap on interest deductions applies to net interest expenses exceeding **EUR 3 million**.
- Germany: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 3 million**.
- Portugal: Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding **EUR 1 million**.
- Spain: Limitation of deduction of net financial expenses exceeding **EUR 1 million**.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

O resultado antes de impostos, depreciações e GFL corresponde, em termos contabilísticos, ao valor que consta na demonstração de resultados por naturezas, antes de serem tidos em conta os gastos ou reversões de depreciação e de amortização e as perdas ou reversões de imparidade de investimentos depreciables ou amortizáveis, os GFL e o imposto sobre o rendimento do período.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Por sua vez, serão de considerar como gastos de financiamento as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios deduzidos de rendimentos de idêntica natureza. São exemplos de gastos de financiamento os seguintes:

- Juros de descobertos bancários;
- Juros de empréstimos obtidos a curto e longo prazo;
- Juros de obrigações e outros títulos assimilados;
- Amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos;
- Amortizações de custos acessórios relacionados com empréstimos obtidos;
- Encargos financeiros relativos a locações financeiras;
- Diferença de câmbios desfavoráveis relativos a empréstimos em moeda estrangeira.

Incluem-se neste conceito, designadamente, os custos diretamente atribuíveis à aquisição, emissão ou alienação de um ativo ou passivo financeiro, designadamente, as comissões bancárias e o imposto do selo.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Para efeitos de apuramento dos GFL, poderão ser deduzidos àqueles, por exemplo, os seguintes rendimentos:

- Juros de depósitos;
- Juros de empréstimos concedidos, incluindo a empresas associadas e subsidiárias;
- Ganhos obtidos com diferenças de câmbio favoráveis;
- Outros rendimentos similares a juros.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Para efeitos do artigo 67.º, o conceito de EBITDA corresponde ao EBITDA contabilístico corrigido de:

- a) Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;
- b) Imparidades e reversões de investimentos não depreciáveis ou amortizáveis;
- c) Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC, do método de consolidação proporcional;
- d) Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime de *participation exemption*;
- e) Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português tributado separadamente da casa-mãe;
- f) A contribuição extraordinária sobre o setor energético.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Relativamente ao limite indexado ao EBITDA, foi criado um regime transitório que vigorou até 2017. Assim, durante os períodos de tributação iniciados entre 2014 e 2017, devem ser considerados, para efeitos da regra de limitação à dedutibilidade de gastos de financiamentos, os seguintes limites:

- 2014 – 60 % do EBITDA;
- 2015 – 50 % do EBITDA;
- 2016 – 40 % do EBITDA;
- 2017 – 30 % do EBITDA.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Vejamos o seguinte exemplo:

Considere os seguintes dados relativamente à sociedade Quelhas, no período de tributação de 2014:

- EBITDA: € 2,5 milhões
- GFL: € 1,2 milhões

Qual o montante de gastos de financiamento líquidos que a sociedade Quelhas poderá deduzir no ano de 2014?

Determinar qual o limite superior:

1º Limite: € 1 milhão

2º Limite: € 1,5 milhões (60% do EBITDA – regime transitório para 2014)

No período de 2014, tendo em conta o 2º limite, a sociedade Quelhas poderá deduzir a totalidade dos

GFL, ou seja, € 1,2 milhões.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Quanto aos encargos que não sejam dedutíveis, pelo facto dos gastos líquidos superarem os limites previstos, de referir que poderão ainda ser aproveitados e abatidos como gasto nos cinco períodos de tributação posteriores por via do reporte, desde que somados aos gastos de financiamento desse mesmo período e não ultrapassem o maior dos limites supra indicados.

Quem, pelo contrário, tenha gastos inferiores a 30% do resultado antes de impostos, gastos líquidos e depreciações, pode usar a parte não utilizada desse limite (limite que iremos designar de “folga”) em cada um dos cinco períodos de tributação posteriores, até à sua integral utilização

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Vejamos outro exemplo:

Considere agora os seguintes dados relativamente à mesma sociedade e no mesmo período de 2014.

- EBITDA: € 3 milhões
- GFL: € 0,5 milhões

Qual o montante de gastos de financiamento líquidos que poderá deduzir no ano de 2015?

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Em primeiro lugar, vamos apurar qual o limite a aplicar:

- 1º Limite: € 1 milhão
- 2º Limite: € 1,5 milhões (50% do EBITDA – regime transitório para 2015)

No ano de 2015, a sociedade Quelhas poderá deduzir a totalidade dos GFL, independentemente do limite.

Vamos agora apurar a “folga”:

- 30% de € 3 milhões (EBITDA): € 0,9 milhões

Como se pode verificar o valor, em 2014, dos gastos de financiamento é inferior a 30% do valor do EBITDA, pelo que terá uma folga de € 0,4 milhões que poderá reportar para os cinco anos seguintes.

Subcapitalização

Outro tópico relevante em matéria de dedutibilidade dos gastos de financiamento prende-se com as regras de subcapitalização. Este regime esteve em vigor até 2013, tendo sido revogado aquando da introdução da limitação da dedutibilidade de gastos de financiamento visto no ponto anterior. Contudo, dado que poderá ainda existir casos de litigação sobre subcapitalização pendentes de decisão, entendemos incluir o regime nesta análise.

Dedutibilidade dos gastos de financiamentos (juros)

Na parte do endividamento considerado excessivo, os juros suportados a essa parte não serão considerados como dedutíveis para efeitos da determinação do Lucro Tributável. Esta medida é do tipo “safe heaven” – no caso do coeficiente não ser ultrapassado não é colocada em causa a dedutibilidade dos juros, desde que respeitadas as condições de dedução previstas na lei.

Existe excesso de endividamento quando relativamente a cada uma das entidades atrás referidas, o valor das dívidas a essa entidade exceder duas vezes o valor da participação no Capital Próprio.

Subcapitalização

Exemplo 1:

Participação empresarial com relações especiais	95%
Capital Próprio do SP	6,000,000.00
Valor da participação	5,700,000.00
Valor do empréstimo	14,000,000.00
Valor referência excesso endividamento	11,400,000.00
Excesso de endividamento	2,600,000.00
Coeficiente de endividamento	2.46
Juros	840,000.00
Percentagem não dedutíveis	0.19
Correcção à Matéria Colectável	156,000.00

Subcapitalização

Exemplo 2:

Participação empresarial com relações especiais	30%
Capital Próprio do SP	6,000,000.00
Valor da participação	1,800,000.00
Valor do empréstimo	6,000,000.00
Valor referência excesso endividamento	3,600,000.00
Excesso de endividamento	2,400,000.00
Coeficiente de endividamento	3.33
Juros	360,000.00
Percentagem não dedutíveis	0.40
Correcção à Matéria Colectável	144,000.00

Análise da Jurisprudência e Doutrina

O acórdão do STA de 19 de abril de 2017 (relativo ao IRC de 2007) estabeleceu que:

“I - Não sendo a recorrente uma SGPS nem estando abrangida pelo regime de tributação de grupos de sociedade os encargos financeiros por si suportados decorrentes dos suprimentos e prestações suplementares efectuados a empresas associadas de forma gratuita não podem ser considerados como custos fiscalmente dedutíveis por não serem indispensáveis para a realização de proveitos da recorrente sujeitos a imposto ou para a sua manutenção como fonte produtora dos mesmos nos termos do artigo 23 do CIRC na redacção vigente à data dos factos.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

II - Mantendo-se a recorrente autonomamente como sujeito passivo de IRC e as empresas a si associadas igualmente autónomas e igualmente sujeitos passivos em sede de IRC os encargos financeiros por si suportados decorrentes dos suprimentos e prestações suplementares efetuados a favor das empresas a si associadas não podem considerar-se como custo indispensável para efeitos de dedutibilidade em sede de IRC ao abrigo do disposto no artigo 23 do CIRC por serem alheios ao exercício da sua atividade.”

Análise da Jurisprudência e Doutrina

A jurisprudência tem defendido que a norma do artº 23 pressupõe apenas a correlação entre o gasto e a obtenção do proveito, sendo tudo o mais uma intromissão da Administração Fiscal na esfera decisória das sociedades privadas.

Saliente-se antes de passarmos à análise da decisão do STA que a empresa em causa não atuava com as suas participadas no regime de tributação dos grupos de sociedades, nem como SGPS. Caso o fizesse, a análise teria naturalmente que seguir o disposto nos artº 63 e seguintes (à data dos fatos, entretanto renumerados para art 69 a 71) do CIRC para os grupos de sociedades.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Ministério Público:

Princípio da liberdade de gestão (corolário do princípio constitucional da liberdade de iniciativa privada – artigo 61 n° 1 da CRP) impede a adoção de critérios para a densificação do conceito indeterminado da indispensabilidade dos gastos que traduzam um controlo administrativo sobre o mérito das decisões empresariais.

O MP defendeu que o sujeito passivo impugnante e as suas associadas são sujeitos passivos autónomos e independentes ainda que se apresentem como um grupo económico onde a impugnante assume materialmente o papel de sociedade dominante. Defendeu também que os encargos financeiros associados aos financiamentos não foram suportados para o exercício da atividade normal do sujeito passivo inscrita no seu escopo societário antes se destinando ao exercício da regular atividade das sociedades participadas pelo sujeito passivo, beneficiárias dos suprimentos gratuitos e das prestações suplementares de capital.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

O STA, ao não dar provimento ao pedido da empresa, fundamenta que o art 23 do CIRC estabelece que apenas são aceites como gastos os utilizados na prossecução do objeto societário da empresa.

O STA, com todo o respeito, agarra-se a 2 fundamentos formais que, aos olhos de um economista, deveriam ser secundários.

O primeiro é o da atividade da empresa. Isso limita o conceito de negócio que uma empresa pode realizar.

O segundo é que só SGPS ou quem formalmente se enquadre no regime especial de tributação de grupos de sociedades é que podem funcionar numa lógica de “grupo”.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Note-se que não discuto, por falta de mais informação, a justiça da sentença. Mas há aspetos da sentença que merecem reflexão.

O STA cita, e bem, Portugal (2004) e Faveiro (2002), sobre a indispensabilidade dos gastos e como a Administração Fiscal não deve se imiscuir nas decisões empresariais de cada agente económico, até atendendo ao princípio constitucional do Art 61, nº1 da CRP.

Ora, os dois autores supracitados, na minha opinião, preocupam-se mais com a questão substantiva do lucro do que com a questão formal da atividade declarada em CAE ou da forma jurídica da empresa ou do grupo de sociedades.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Afigura-se, na minha opinião, que a decisão teria (não sei se o foi, dado que o acórdão é omissivo sobre isso) de se basear nos seguintes pontos de análise:

- A sociedade “principal” está a colher benefícios dos suprimentos e empréstimos que está a realizar às suas participadas? Isto é, há indícios que os resultados das participadas justificam o “investimento” que a “principal” está a realizar?

Análise da Jurisprudência e Doutrina

- O financiamento às participadas está, aí sim, a ser utilizado para o fim societário de cada uma dessas empresas? Esse parece-me ser um ponto crítico que desconheço se mereceu atenção da Administração Fiscal na análise deste caso. Se a “principal” está a servir de “veículo” de financiamento, mas este financiamento está, nas participadas, a ser usado no seu negócio, perspetivando a criação de valor para os acionistas?

Análise da Jurisprudência e Doutrina

- Existe neste decisão, de concentrar o financiamento na “principal”, ao invés de nas participadas, um ganho de eficiência e escala do ponto de vista da operação financeira? Ou é apenas uma forma de planeamento fiscal abusivo. Aqui há outro aspeto a meu ver crítico. Se a Administração Fiscal não provou planeamento fiscal abusivo (coisa que desconheço), então porque não se haverá de considerar que a forma de montagem do financiamento resultou apenas de uma melhor solução?
- Isto é, ao concentrar o financiamento na “principal” há uma poupança de impostos face ao que sucederia se cada participada se tivesse financiado per si?

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Já relativamente às decisões do CAAD saliente-se o Processo nº 732/2016-T.

A situação é similar e a argumentação da AT foi em linha com a vista anteriormente

Ora a decisão do CAAD foi favorável ao contribuinte, indo ao contrário da decisão do STA no acórdão atrás analisado. Quais foram os argumentos do CAAD?

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Primeiro, que não ficou demonstrado pela Administração Fiscal que os financiamentos contratados pela Requerente e que geraram os custos financeiros em causa não foram afetos à atividade e, bem assim, à exploração da Requerente.

Ou seja, neste primeiro argumento do CAAD está as duas primeiras questões que eu colocava atrás: está a sociedade “principal” a recolher benefícios dos empréstimos, sobre a forma de lucros (presentes ou futuros) das suas participadas?; e; estão as suas participadas a usar o financiamento para a sua atividade, dentro do âmbito da gestão dessas empresas?

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Ou seja, o que o CAAD vem dizer é que se a “principal” participa no capital de várias outras empresas, com maioria de capital (ou pelo menos uma posição de relevo), é natural que olhe para essa realidade como um todo, do ponto de vista da sua gestão.

E portanto, salvo situações (que também aqui não vem argumentadas) de planeamento fiscal abusivo, é perfeitamente natural e razoável que a “principal” possa concentrar a totalidade do financiamento do grupo, mesmo que formalmente não atue como SGPS ou grupo de sociedades.

Análise da Jurisprudência e Doutrina

Esta decisão está aliás em linha com uma decisão anterior do CAAD (Processo n.º 12/2013-T) em que se entendeu que:


“Uma sociedade pode obter fundos (e pagar juros) e depois entregar esses fundos a uma filial sem qualquer remuneração causal e direta – e ainda assim exercer adequadamente a sua atividade, dentro da sua capacidade e escopo lucrativo: pode efetuar um aumento de capital (art. 25.º do CSC), prestações suplementares ou acessórias sem juros (art. 210.º e 287.º do CSC) ou suprimentos sem juros (art. 243.º do CSC) – e em qualquer desses casos atua totalmente dentro da sua capacidade de exercício e com um ânimo lucrativo e no âmbito da sua atividade.”

Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1mlpntpcbo/streaming.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

Luis Pedro Ramos

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NA DETERMINAÇÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL

Luis Pedro Ramos*

Apresentação *Power Point*

Vídeo

Apresentação *Power Point*

The image shows the cover slide of a PowerPoint presentation. The slide has a white background with a dark blue header bar at the top. The main title is 'Tributação do Rendimento' in a large, black, serif font. Below it, the subtitle is 'Os preços de transferência na determinação do lucro tributável' in a bold, black, sans-serif font. The date '3 de maio de 2019' is centered below the subtitle. In the bottom left corner, there is a logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' in red and black. In the bottom right corner, the presenter's name 'Luís Pedro Ramos' and email 'Luis.pedro.ramos@at.gov.pt' are listed. A small number '1' is in the bottom right corner of the slide content area.

* Diretor Adjunto da Unidade de Grandes Contribuintes, Autoridade Tributária.

Agenda

1. Determinação do lucro tributável
2. A problemática dos preços de transferência
3. As soluções previstas no Código do IRC

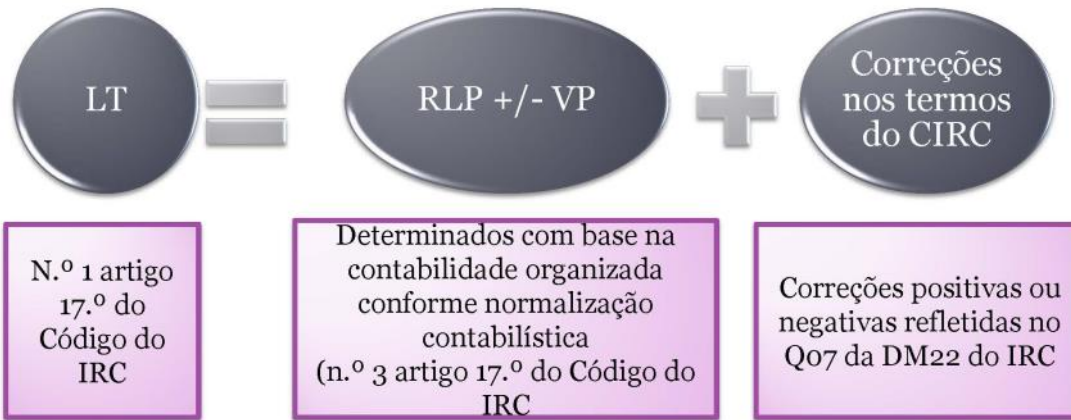
2

Agenda

- 1. Determinação do lucro tributável**
2. A problemática dos preços de transferência
3. As soluções previstas no Código do IRC

3

Determinação do lucro tributável



O regime dos preços de transferência previsto no artigo 63.º do Código do IRC é aplicável na determinação do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC sejam residentes, sejam não residentes com estabelecimento estável em território português (número 3 do artigo 15.º do Código do IRC)

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

Agenda

1. Determinação do lucro tributável
- 2. A problemática dos preços de transferência**
3. As soluções previstas no Código do IRC

ECONOMIA | Expresso

ÚLTIMAS - OPINIÃO - ECONOMIA - EXPRESSO CURTO - PODCASTS - TRIBUNA 2:59 - DOCUMENTÁRIOS

Lux Leaks. Auxílios de Estado à Fiat e Starbucks são ilegais

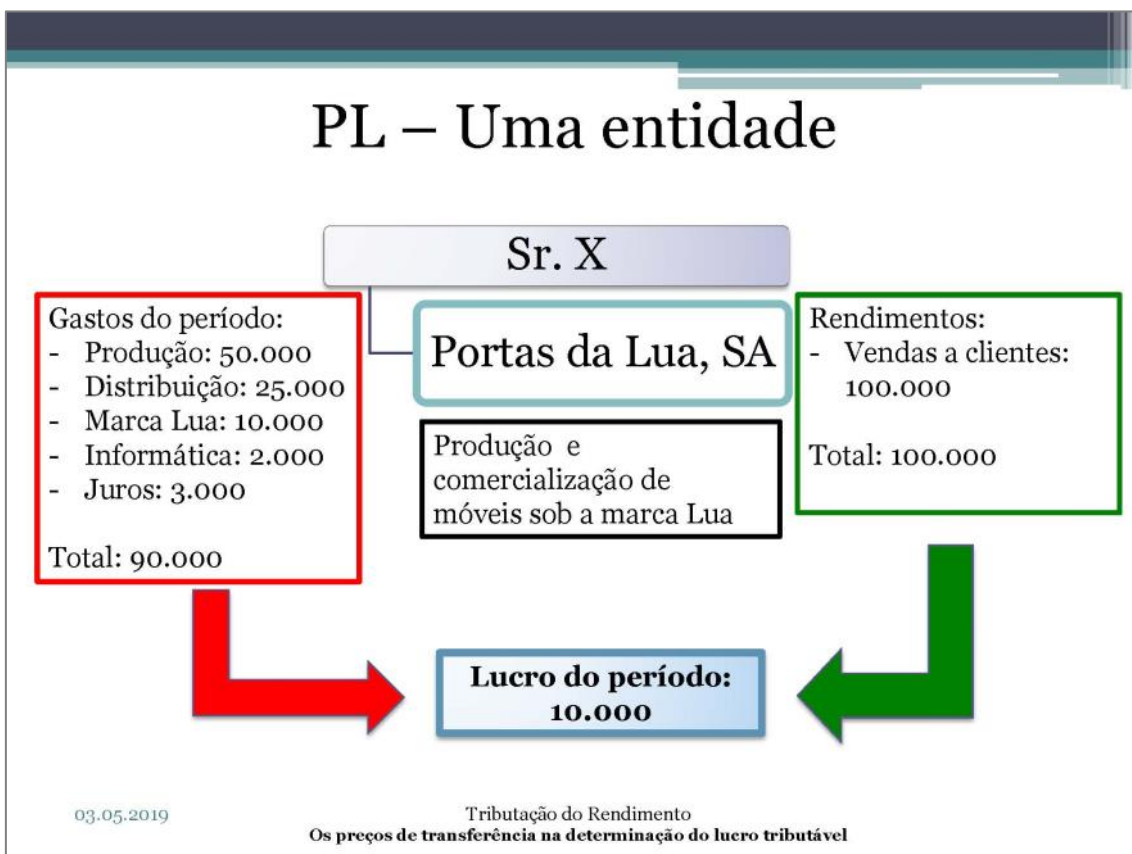
21.10.2015 às 11h52

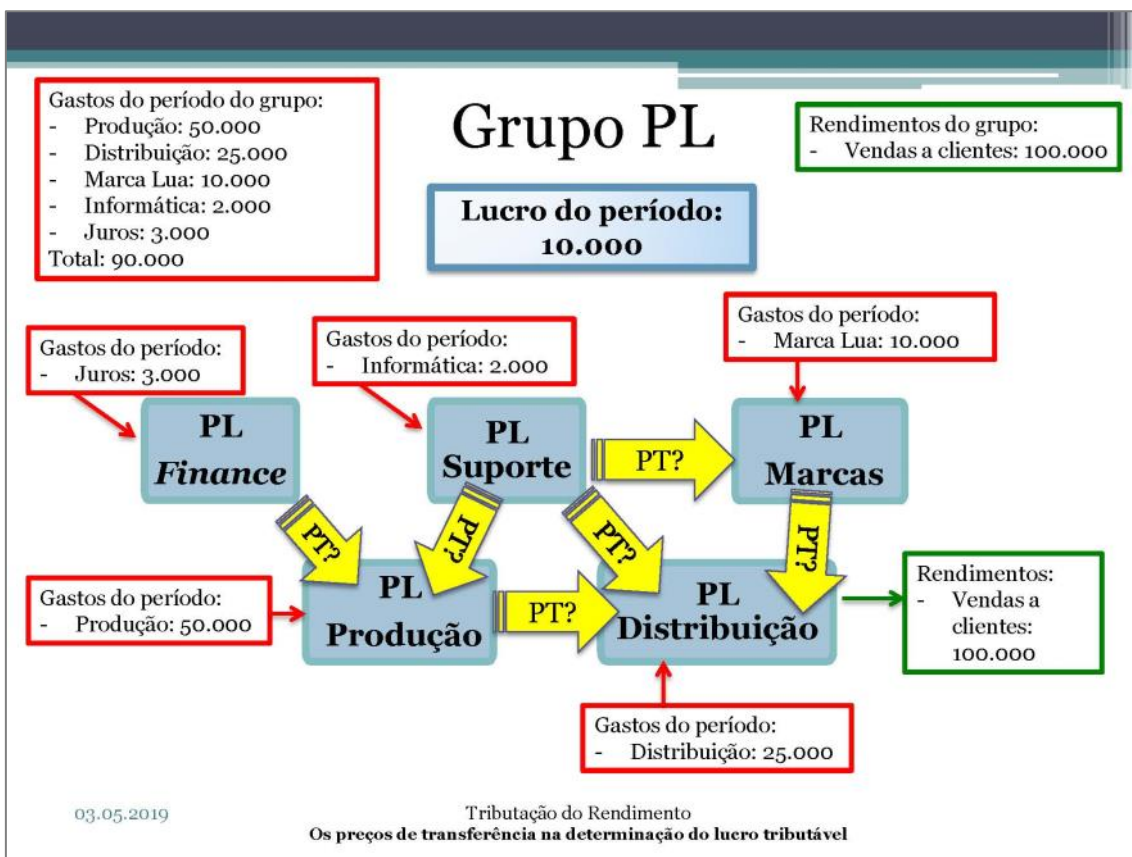
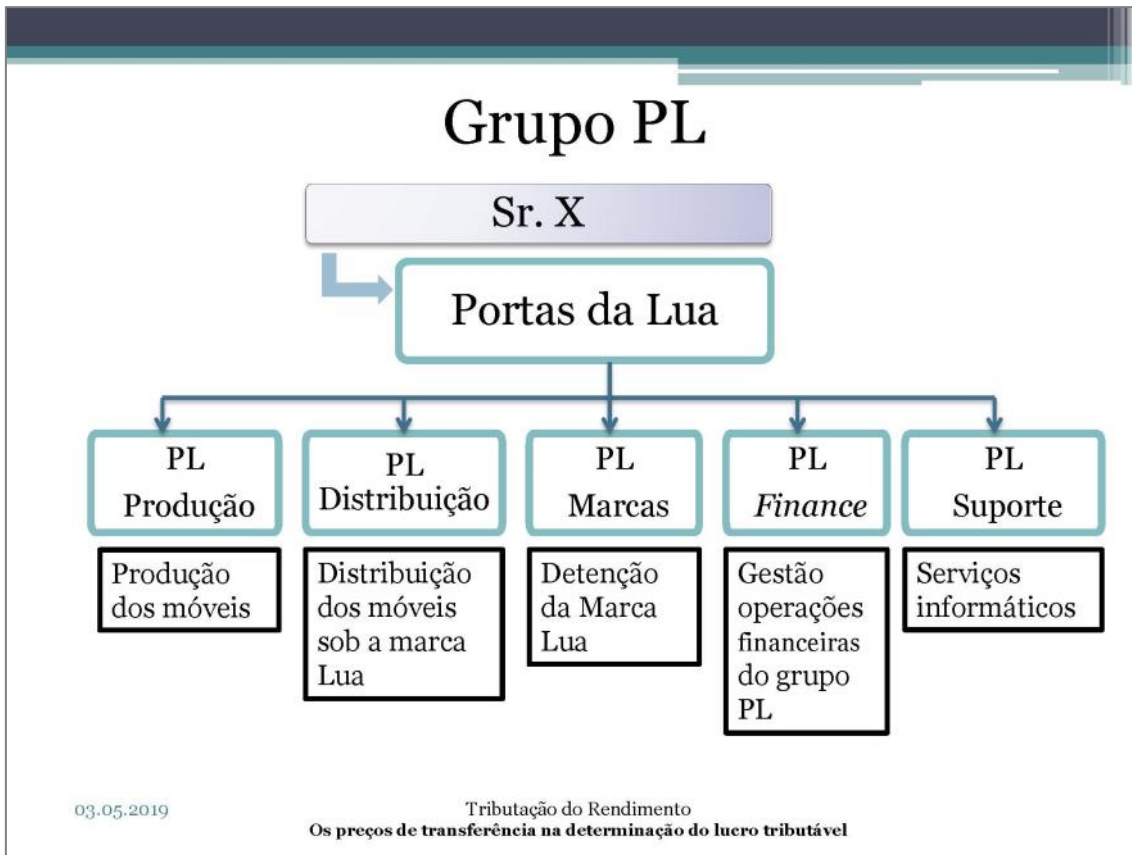
Comissão Europeia exige que o Luxemburgo e a Holanda cobrem entre 20 a 30 milhões de euros de impostos a cada uma das multinacionais

A Comissão Europeia acaba de declarar que as vantagens fiscais dadas pelo Luxemburgo e pela Holanda à Fiat e à Starbucks são ilegais.

No caso da Starbucks o esquema para pagar menos impostos passava por manipulação ao nível dos preços de transferência (o *pricing* usado nas operações mantidas entre as empresas do mesmo grupo), enquanto a Fiat Finance and Trade usou uma elaborada estratégia de empréstimos financeiros intra-grupo.

03.05.2019 Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável





Agenda

1. Determinação do lucro tributável
2. A problemática dos preços de transferência
- 3. As soluções previstas no Código do IRC**

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

10

3. As soluções previstas no Código do IRC



03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

- Operações comerciais, ou série de operações sobre:

- bens
- direitos
- serviços

(Inclui alteração de estruturas de negócio)

- Operações financeiras

Onde?

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Entre Sujeitos Passivos do IRS ou IRC e qualquer outra entidade sujeita ou não a estes impostos incluindo:

- Operações entre SP e uma entidade não residente
- Operações entre uma entidade não residente e um seu estabelecimento estável situado em Portugal
- Operações entre um estabelecimento estável (EE) situado em Portugal e outro EE, da mesma entidade, situado fora de Portugal
- Operações entre uma entidade residente e um seu EE situado fora do território português e entre estes
- Operações entre entidades residentes

Quem?

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Em situação de Relações Especiais,

quando uma das entidades tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra.

Quando?

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Situações de Relações Especiais (n.º 4 do artigo 63.º):

a) Participação societária não inferior a 20% do capital ou dos direitos de voto;



Relações Especiais

Nota:

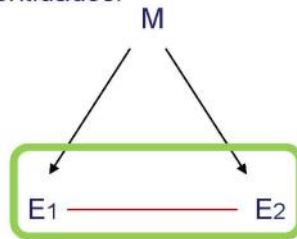
A participação pode ser detida directa ou indirectamente por via da intervenção dum familiar, cônjuge, parente na linha recta de 1º grau.

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

- b) Comunidade de Participação, superior a 20%, no Capital ou nos direitos de voto mediada por terceiras entidades:



**Relações
especiais**

- c) Entre uma entidade e os seus órgãos de governo ou fiscalização da entidade;

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

- d) Entidades em que a maioria dos membros dos corpos sociais sejam os mesmos;

- e) Entidades ligadas por:
- Contrato de subordinação – artigo 493.º do CSC
 - Grupo Paritário – artigo 492.º do CSC

- f) Entidades em situação de Relação de Domínio nos termos do artigo 486.º do CSC

**Relações
Especiais**

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

- g) Entidades cujo relacionamento jurídico possibilita, pelos seus termos e condições, que uma condicione as decisões de gestão da outra, em função de factos ou circunstâncias alheios à própria relação comercial ou profissional.
- h) Entre entidades residentes ou entidades não residentes com estabelecimento estável situado em Portugal e entidades sujeitas a um regime fiscal mais favorável, residente em país ou território

Relações Especiais

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Observando o

Princípio de Plena Concorrência
(arm's length principle)

Como?

Devem ser contratados, aceites e praticados termos e condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

“...entre entidades independentes em operações comparáveis.”



Fatores de comparabilidade:

1. Características específicas do bem ou serviço
2. Funções desempenhadas
3. Termos e condições contratuais
4. Circunstâncias económicas de mercado
5. Estratégias de negócio

Que comparáveis?

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Comparáveis Internos:

- Preços / margens praticadas pelo sujeito passivo ou por outra entidade do grupo numa transação comparável realizada com uma entidade independente
- Preferível face aos comparáveis externos
- Exemplos
- Dificuldade de aplicação prática

Comparáveis Internos

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

Comparáveis Externos:

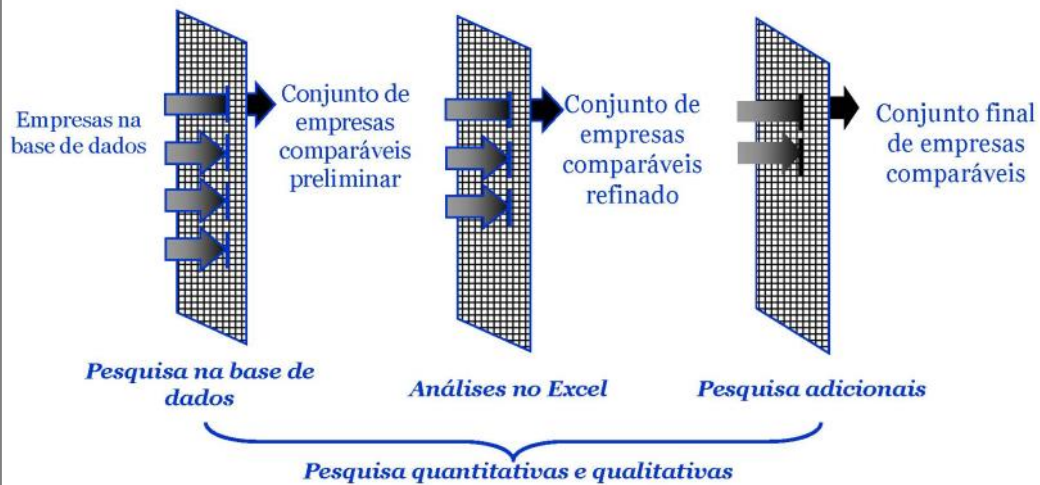
- Alternativa aos comparáveis internos
- Obtidos com recurso a:
 - Estudos setoriais
 - Bases de dados comerciais
 - Índices bolsistas - ações, produtos petrolíferos, mercados financeiros, etc
 - Cotações oficiais
 - Pesquisas na Internet
 - Etc...

Comparáveis Externos

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC



03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

- Método do Preço Comparável de Mercado
- Método do Preço de Revenda Minorado
- Método do Custo Majorado

- Método do Fracionamento do Lucro
- Método da Margem Líquida da Operação
- Outro método

Métodos de determinação dos Preços de Transferência

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

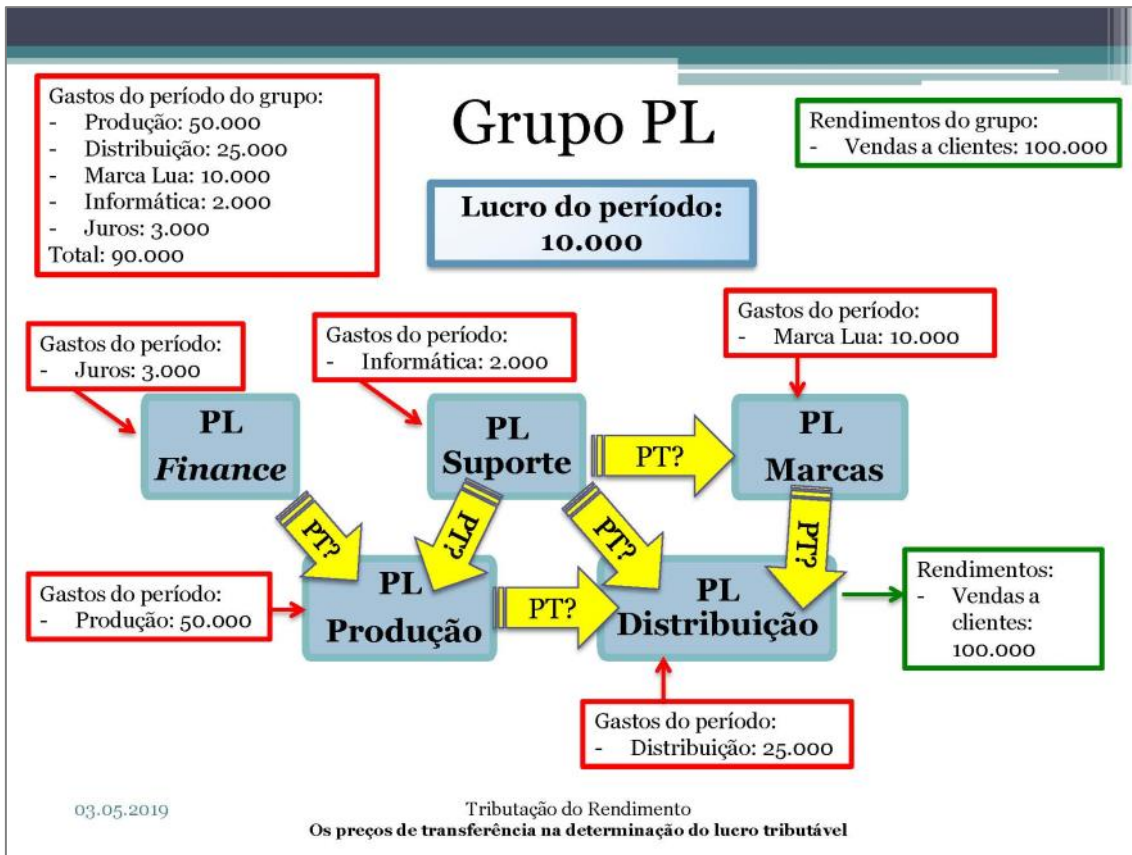
3. As soluções previstas no Código do IRC

Comparação dos métodos

Método	Requisitos de comparação	Tipo de operação / actividade a analisar	Abordagem
Preço Comparável Mercado	Mais elevados	Qualquer	Teste aos Preços
Preço Revenda Minorado	Elevados	Distribuição/Marketing	Teste à Margem Bruta
Custo Majorado	Elevados	Produção/Serviços	Teste à Margem Bruta
Margem Líquida da Operação	Médios	Qualquer	Teste à Margem Líquida

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável



3. As soluções previstas no Código do IRC

Legislação Portuguesa:

- O sujeito passivo deverá compilar um conjunto de informação que permita fazer prova da aderência ao Princípio de Plena Concorrência.

- Esta documentação está prevista no artigo 13.º da Portaria e n.º 6 do artigo 63.º do CIRC.

Constitui ferramenta essencial na relação AF/SP no âmbito das verificações em sede de preços de transferência.

3. As soluções previstas no Código do IRC

Ajustamentos ao lucro tributável

Por iniciativa do sujeito passivo:
- Acréscimo ao lucro tributável
(Q07 Modelo 22)

Por iniciativa da AT – Requisitos de fundamentação previstos no n.º 3 do artigo 77.º da LGT:

- a) Descrição das relações especiais
- b) Indicação das obrigações incumpridas pelo sujeito passivo
- c) Aplicação dos métodos previstos na lei
- d) Quantificação dos respetivos efeitos.

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

3. As soluções previstas no Código do IRC

3.1.9 ATIVIDADE INSPETIVA DA UNIDADE DE GRANDES CONTRIBUINTES

(...)

De igual modo, ao abrigo do regime dos preços de transferência, foram efetuados **ajustamentos ao lucro tributável que ascenderam a cerca de 66 M€**, que representa um aumento de 20% face ao ano anterior. Acresce que, entre as várias situações identificadas, **aproximadamente 40% foram regularizadas voluntariamente** pelos contribuintes, a que corresponde mais de 15% do valor global ajustado.

Fonte: Relatório de atividades desenvolvidas de combate a fraude e evasão fiscais e aduaneiras – 2017 (página 134)

03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

**A TEMÁTICA DOS PREÇOS DE
TRANSFERÊNCIA NÃO É UMA CIÊNCIA
EXACTA**

Obrigado pela atenção!

Luis.Pedro.Ramos@at.gov.pt

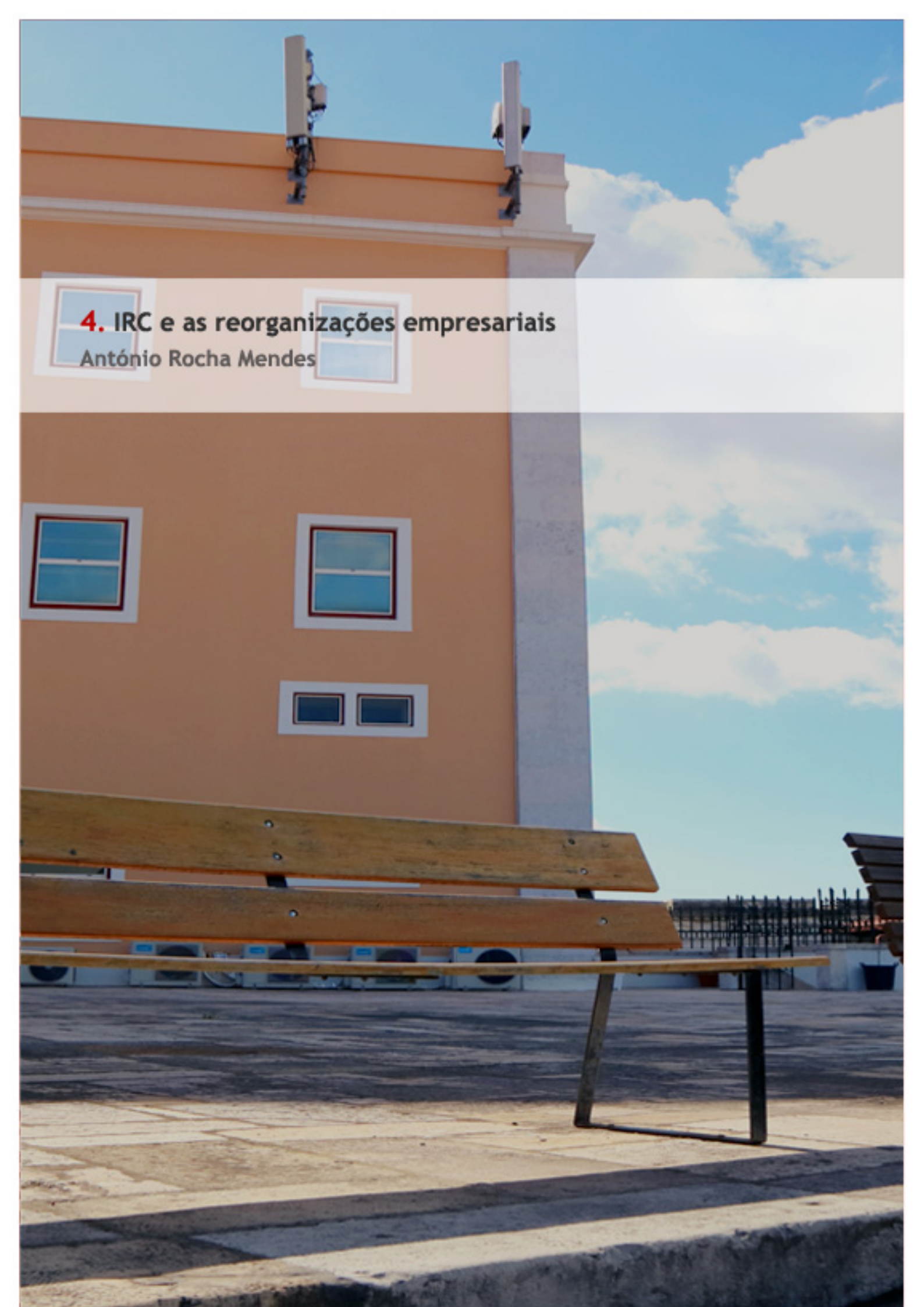
03.05.2019

Tributação do Rendimento
Os preços de transferência na determinação do lucro tributável

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2d3t1xrx59/streaming.html?locale=pt>



4. IRC e as reorganizações empresariais

António Rocha Mendes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

António Rocha Mendes*

1. AS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL
 - 1.1. Enquadramento
 - 1.2. Conceito de reestruturação empresarial
 - 1.3. Tipos de reestruturação empresarial – estrutura de activos e financiamento
 - 1.4. A transmissão de activos ou participações
 - 1.5. Reestruturação empresarial no direito português
2. O IRC NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS
 - 2.1. Nota introdutória
 - 2.2. Mecânica da tributação das transmissões de activos
 - 2.2.1. O princípio da realização
 - 2.2.2. O lucro tributável e a categoria específica das mais-valias
 - 2.2.2.1. O lucro contabilístico
 - 2.2.2.2. Variações patrimoniais – as alterações de valor nos capitais próprios
 - 2.2.2.2.1. O capital próprio
 - 2.2.2.2.2. Variação do valor dos capitais próprios

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

Mais valias e menos valias latentes
 - 2.2.2.2.3. Ajustamentos previstos na legislação fiscal
 - 2.2.2.3. O caso específico das mais-valias
 - 2.2.3. A base fiscal
 - 2.3. Exemplos práticos de tributação das operações de reorganização
 - 2.3.1. Nota introdutória
 - 2.3.2. Compra e venda de activos (*asset deal*)
 - 2.3.3. Compra e venda de participações sociais (*share deal*)
 - 2.3.4. Fusão
 - 2.3.5. Cisão simples
3. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL
 - 3.1. Enquadramento
 - 3.2. O mecanismo do diferimento da tributação através do transporte da base fiscal
 - 3.3. O regime de neutralidade fiscal no Código do IRC
4. OS COMPORTAMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO E O REGIME DA NEUTRALIDADE FISCAL
 - 4.1. Enquadramento geral do regime de neutralidade fiscal
 - 4.2. Os comportamentos de substituição
 - 4.3. Os problemas da substituição
 - 4.3.1. Na óptica do ordenamento jurídico
 - 4.3.2. Na óptica da eficiência
 - 4.4. A reacção à substituição no âmbito do regime de neutralidade fiscal
 - 4.4.1. Enquadramento geral
 - 4.4.2. O abuso de direito na jurisprudência do TJUE
 - 4.5. O n.º 10 do Artigo 73.º do CIRC
 - 4.5.1. Elementos essenciais da norma anti-abuso do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC
 - 4.5.1.1. Verificação da previsão normativa
 - 4.5.1.2. Artificialidade
 - 4.5.1.2.1. Obtenção de vantagens fiscais
 - 4.5.1.2.2. A intenção primordial da operação é a obtenção dessas vantagens fiscais
 - 4.5.1.3. Violação da intenção normativa subjacente ao regime de neutralidade fiscal
 - 4.5.2. Índícios de abuso previstos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC
 - 4.5.2.1. Natureza jurídica das circunstâncias descritas na norma anti-abuso
 - 4.5.2.2. Operação com entidades sujeitas a regimes de tributação distintos
 - 4.5.2.3. Indício de abuso quando a reorganização careça de razões económicas válidas

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

4.5.2.3.1. Significado da expressão “razões económicas válidas”**4.5.2.3.2. Consequências práticas**Apresentação *Power Point*

Vídeo

1. AS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL**1.1. Enquadramento**

As empresas, para se manterem competitivas¹, são obrigadas a um constante ajustamento ao mercado em que operam, nomeadamente através do investimento na aquisição, manutenção e renovação dos seus factores de produção e da adaptação da sua estrutura jurídica às exigências do mercado e às frequentes alterações legislativas, incluindo aquelas de natureza fiscal.

Essa necessidade agravou-se nas últimas décadas, nas quais assistimos à internacionalização do capital e à concorrência empresarial a nível global. A incessante procura, à escala mundial, da melhor alocação dos recursos de capital aumentaram significativamente a pressão sobre a eficiência e o desempenho empresarial. Aquelas empresas incapazes de operar os seus factores de produção na sua máxima capacidade para gerar lucros tornam-se rapidamente obsoletas, ou são identificadas e adquiridas, por investidores convictos de serem capazes de lhes retirar maior proveito².

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

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

Até à data, e apesar dos recentes ajustamentos introduzidos pela Reforma do IRC de 2014, a complexidade de tal empresa tem impedido que as regras de tributação das operações societárias, e em particular das reorganizações societárias, atinja o fundamental patamar de eficiência, transparência e segurança jurídica que permita aos empresários organizarem,

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

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

sempre, os seus negócios da forma economicamente mais eficiente (respeitando, naturalmente, as necessidades de financiamento do Estado e o princípio da capacidade contributiva).

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

1.2. Conceito de reestruturação empresarial

Conforme resulta da sua própria etimologia³, a **reestruturação** é o processo de renovação (ou de transformação) das relações formais entre as distintas componentes de uma organização. Por seu lado, a **empresa** é a organização dos factores de produção⁴ que o empresário reúne para o exercício de uma actividade económica (i.e. a venda de bens e a prestação de serviços).

Assim, numa primeira aproximação, podemos definir a **reestruturação empresarial** como o conjunto de acções dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos factores de produção no processo de obtenção de lucros. Este processo ocorre através da incorporação, eliminação, separação ou integração de factores de produção na estrutura empresarial, e pode fortalecer, enfraquecer, inverter ou redefinir as relações entre as suas distintas componentes⁵.

O denominador comum a todas as reorganizações empresariais é a criação de valor para os empresários⁶. Os motivos que vulgarmente lhes são apontados, como sejam a redução de custos, o redireccionamento estratégico, crescimento, economias de integração vertical ou de escala, combinação de recursos complementares e utilização de recursos disponíveis, mais não são do que simples meios para atingir esse fim essencial⁷.

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

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

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

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

⁷ Hunt, Peter A. *Structuring Mergers & Acquisitions: a guide to creating shareholder value*; Aspen Publishers Inc., 2nd Edition, 2004, pag 352. O conceito de reestruturação empresarial levanta questões que emanam de diversas áreas científicas, incluindo o direito societário, fiscal e da concorrência,

1.3. Tipos de reestruturação empresarial – estrutura de activos e estrutura de financiamento

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

A primeira refere-se à forma como uma empresa financia os seus activos, através de uma combinação de capitais próprios, dívida (capitais alheios) e instrumentos híbridos. Este tipo de reestruturação consiste essencialmente na modificação das proporções relativas de cada componente no balanço da empresa, pelo que, devido ao seu cariz essencialmente financeiro, está fora do âmbito da nossa análise, que se dedica exclusivamente às operações jurídicas de reestruturação⁸.

As segundas são aquelas reorganizações que envolvem essencialmente a forma jurídica de detenção dos activos fixos da empresa. Estes activos são os bens e direitos controlados pela empresa, necessários à manutenção das suas actividades, e que têm, portanto, um carácter de permanência. Os activos fixos distinguem-se dos activos circulantes, que são aqueles bens e direitos controlados pela empresa que se destinam a ser convertidos em dinheiro em curto prazo. Estes incluem, por exemplo, o dinheiro em caixa, contas bancárias, aplicações financeiras, contas a receber, inventários, mercadorias e matérias-primas.

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

Por esta razão, na presente análise, as referências a activos devem considerar-se feitas a activos fixos, excepto quando expressamente mencionado o contrário. Ou seja, nas explicações e exemplos que se apresentam faremos menção apenas à transmissão de activos

contabilidade, finanças, macroeconomia e gestão, entre muitas outras. Esta abordagem pluridisciplinar resulta evidente na seguinte definição: “A reestruturação societária consiste num realinhamento de controlo, operações, activos e estrutura de capital de uma companhia com o objectivo de melhorar a performance operacional, otimizar estrutura de capital e melhorar a percepção do público. A definição de reestruturação vem evoluindo ao longo dos anos desde uma simples reconfiguração de balanço até uma gama de alternativas relacionadas com finanças e transacções que vão de uma simples melhoria do desempenho interno até a venda completa ou fusão da companhia, desde uma venda de activos visando dividendo especial ou a recompra de acções face uma ameaça de uma oferta hostil. Reestruturações têm sido usadas no passado por inúmeras razões, incluindo alavancar e desalavancar o balanço, concentrar o capital para fins de controlo, receber valor de uma subsidiária e acalmar investidores hostis. Mesmo com isso tudo dito, entretanto, as reestruturações são geralmente estabelecidas para gerar valor ao accionista.

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

fixos e aos ganhos e perdas que dela possam resultar, apesar de ser evidente que na transmissão de empresas também os activos circulantes são transmitidos⁹.

1.4. A transmissão de activos ou participações

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

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

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

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

Por este motivo, na aquisição de participações, o adquirente herda todas as contingências e obrigações (ainda que “ocultas”) da entidade transmitida, o que não sucede (ao menos de forma generalizada) num *asset deal*¹⁰. Em consequência, a aquisição directa da empresa, i.e. dos respectivos elementos patrimoniais, é geralmente benéfica para o adquirente, ao passo que a transmissão das participações sociais é normalmente preferida pelo alienante¹¹.

⁹ A transmissão de activos circulantes, no entanto, não apresenta qualquer dificuldade. A contrapartida recebida pela transmissão destes activos é sempre considerada um rédito na perspectiva do alienante e um gasto na perspectiva do adquirente.

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

¹¹ Na verdade, a transmissão de participações permite um corte para o alienante, que transmite parte ou a totalidade da sua participação na sociedade *target*, permitindo-lhe desvincular-se total ou

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

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

1.5. Reestruturação empresarial no direito português

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

(a) Transmissão da propriedade, ou do controlo, de activos fixos individualizados da empresa ou a globalidade dos seus elementos patrimoniais¹³ (*going concern*), sendo que neste último caso a referida transmissão pode ser realizada através de uma transmissão das participações da entidade que detém a empresa ou um trespasse¹⁴.

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

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

parcialmente da empresa detida pela mesma. Isto, naturalmente, sem prejuízo das denominadas Repts&Warranties e demais obrigações e responsabilidades assumidas no contrato de transmissão. Na transmissão de activos, pelo contrário, o alienante mantém a sua posição de sócio na entidade transmitente.

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

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

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

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

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

2. O IRC NAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

2.1. Nota introdutória

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

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



Analisamos, em seguida, os três conceitos fundamentais que estão na base deste mecanismo e, conseqüentemente, da tributação das reorganizações empresariais:

- (i) O princípio da realização;
- (ii) O conceito de rendimento tributável em sede de IRC, em particular a categoria específica das mais-valias; e
- (iii) A base fiscal.

2.2. Tributação das reorganizações empresariais

2.2.1. Princípio da realização

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

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

O lucro tributável é, por isso, aquilo que é sujeito a IRC, ou seja, o objecto da sua incidência real¹⁸ e consiste, portanto, no “rendimento-acréscimo-realizado” auferido pela empresa. Numa outra perspectiva, poderá dizer-se que o “rendimento-acréscimo-realizado” é uma manifestação de capacidade contributiva e que o lucro tributável é o resultado da aplicação do mecanismo legal para a respectiva quantificação.

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

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

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

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

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

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

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

A **riqueza** é definida como o poder de compra de mercadorias ou serviços com valor de troca. A riqueza compreende essencialmente quatro fases:

- (i) A criação;
- (ii) A detenção;
- (iii) A transmissão; e
- (iv) O consumo (destruição).

O rendimento, no sentido lato e abrangente do modelo *Schanz-Haig-Simmons*, corresponde à criação da riqueza.

O rendimento é o valor da riqueza criada durante um determinado período de tempo.

Uma vez criada, i.e., uma vez auferido o rendimento; a riqueza pode ser mantida, transmitida ou consumida.

A criação de riqueza (rendimento), no entanto, não depende do respectivo destino ou utilização (consumo, investimento ou poupança)¹⁹

O **rendimento**, enquanto variação no valor da riqueza entre dois momentos distintos, é apurado com base em duas medidas: a duração do período considerado e o valor da riqueza (no início e no final desse período)²⁰. A definição de rendimento segundo o modelo *Schanz-Haig-Simmons* tem, portanto, duas componentes essenciais: a periodização e o acréscimo da riqueza. Ambas são interdependentes. A variação da riqueza implica necessariamente que esta seja medida em função de um determinado período de tempo. Não é possível conceber a variação de um determinado valor sem estabelecer um período de tempo durante o qual tal variação possa ser medida²¹.

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

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

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

Concluímos, portanto, que cabe nesta definição de rendimento qualquer aumento do valor líquido da riqueza, independentemente do seu destino, da sua fonte ou da actividade (activa ou passiva) que lhe dá origem, incluindo a variação do valor dos bens que não são transmitidos nem consumidos²². É por isso um conceito abrangente de rendimento²³. É por isso também que este conceito de rendimento é comumente designado por “rendimento acréscimo”.

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

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

Foi necessário, portanto, introduzir no sistema de tributação do rendimento o denominado princípio da realização, que encontramos, naturalmente, na base do sistema de tributação

²² A título de exemplo, veja-se que o incremento do valor de um imóvel, entre dois momentos distintos, é considerado rendimento, quer tal acréscimo resulte da actividade do seu proprietário (promoção, melhora, etc.) quer surja por meras variações dos preços no mercado. Em ambos os casos a valorização constitui a criação de riqueza, uma vez que resulta num acréscimo do valor líquido do património do seu proprietário. Também o destino dado a essa riqueza é irrelevante. O imóvel pode ser mantido, trocado ou vendido. Seja qual for o destino, a criação de riqueza surgiu com a valorização entre dois períodos. Note-se que, conforme aponta Tavares, “IRC...”, cit., p. 28, entram no conceito de rendimento também duas categorias extravagantes: o rendimento imputado e o capital humano. O primeiro corresponde à riqueza intangível de activos que possa ser apropriada pelo sujeito. O segundo é a riqueza relativa às capacidades intangíveis da pessoa, adquiridos de forma inata ou num momento posterior da vida. No entanto, conforme aponta o autor, as duas categorias extravagantes estão excluídas do conceito de rendimento para efeitos fiscais porque não são susceptíveis de mensuração objectiva.

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

previsto no CIRC²⁴. Segundo este princípio, o rendimento (acréscimo) que se visa tributar no IRC só adquire relevância fiscal no momento em que se considera realizado. Até esse momento o rendimento existe economicamente, mas é fiscalmente irrelevante.

Assim, ao abrigo do princípio da realização, o acréscimo patrimonial resultante do aumento do valor de elementos patrimoniais, ainda que contabilisticamente reconhecido²⁵, não é considerado rendimento tributável até que tais elementos sejam efectivamente transmitidos²⁶. Até lá, o respectivo titular tem apenas uma mera expectativa da realização de um ganho, ou seja, um rendimento “não realizado”.

Regra geral, a realização implica, portanto, que os elementos patrimoniais (valorizados ou desvalorizados) sejam transmitidos. Até à transmissão, o rendimento (acréscimo) dissocia-se temporalmente da realização. “Há rendimento sem realização”. Por isso se pode afirmar que “A realização não é o acto constitutivo, mas tão só um posterior momento de mensuração” do rendimento²⁷. Ou seja, a transmissão que despoleta a realização (i.e. o “evento de realização”) não cria o rendimento económico. Este existe antes da transmissão. A transmissão serve apenas como a referência temporal na qual o rendimento se considera realizado e, como tal, pode ser incluído na base tributável do contribuinte²⁸.

A este respeito cabe deixar uma importante nota sobre os denominados “eventos de realização”. Os eventos de realização não correspondem necessariamente a uma transmissão jurídica de determinado bem ou direito. Pode ocorrer um evento de realização numa operação em que a propriedade jurídica não é transmitida, bastando para o efeito que os “riscos e os benefícios” desse bem ou direito sejam transferidos para outra entidade. Com efeito, nesses casos, determina a contabilidade que o bem ou direito seja desreconhecido no balanço da sua

²⁴ É importante sublinhar que embora tanto no IRC, como nos sistemas análogos de tributação do rendimento das empresas noutros países, o princípio da realização desempenhe uma função fulcral, não cobre todos os rendimentos das empresas. Regra geral, subsistem sempre certas áreas que são sujeitas a princípios alternativos de tributação. Um caso paradigmático é a tributação de certos instrumentos financeiros, geralmente caracterizados pela sua elevada liquidez e facilidade de avaliação, que são frequentemente sujeitos a tributação de acordo com o seu justo valor.

²⁵ As normas contabilísticas permitem que o valor contabilístico de alguns activos flutue em função do seu justo valor (em vez de permanecer registado com base no seu custo histórico). A contrapartida dessa flutuação, em termos de registos contabilísticos, pode ser realizada através dos resultados ou dos capitais próprios da sociedade, o que implica que as alterações no justo valor de tais activos são imediatamente reconhecidas, independentemente de qualquer transmissão, nos resultados ou no capital próprio da empresa.

²⁶ Note-se que este princípio central é, no entanto, sujeito a excepções, tanto no IRC português, como nos sistemas análogos de tributação do rendimento das empresas noutros países (cf. por exemplo, Hugh J. Ault and Brian J. Arnold., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Alphen aan den Rijn, Holanda, Kluwer Law International, 2010, p. 233). Note-se também que (cfr. ponto 4 do preâmbulo do CIRC) “a realização é, porém, entendida em sentido lato, de modo a abranger quer os chamados ganhos de capital voluntários (v.g. derivados da venda ou troca), quer os denominados ganhos de capital involuntários (v.g. resultantes de expropriações ou indemnização por destruição ou roubo)”.

²⁷ Cf. Tavares, “IRC...”, cit., p. 25.

²⁸ Cf. Brauner, Yariv, “A good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations”, *Brigham Young University Law Review*, Provo (Utah), 2004, p. 4.

proprietária jurídica e passe a ser reconhecido por outra entidade²⁹. Para efeitos contabilísticos e fiscais, este registo contabilístico é suficiente para despoletar um evento de realização. Pode também acontecer o oposto, i.e. que a transmissão jurídica de um bem ou direito não dê origem a um evento de realização³⁰.

Por essa razão, revela-se criterioso encarar os eventos de realização de um ponto de vista menos jurídico e mais abstracto, como “transmissões de valor” entre duas entidades. Nesta medida, a realização envolve uma troca com outra pessoa e a troca envolve, tipicamente, um pagamento. Por isso, um sistema de tributação baseado na realização tributa a criação de riqueza na esfera de uma pessoa apenas quando esta é transformada num pagamento realizado por outra pessoa³¹. Para este efeito, o pagamento é entendido não no sentido estrito de um pagamento em dinheiro mas sim no sentido de qualquer transmissão de valor (susceptível de valorização monetária) de uma pessoa para outra pessoa³².

Sem esta transmissão de valor não há realização, pelo que não ocorre qualquer evento tributável em sede de imposto sobre o rendimento. A transmissão de valor é a componente fundamental na determinação do rendimento tributável. Os valores recebidos são adicionados ao rendimento tributável, ao passo que os valores pagos lhe são deduzidos. São os valores pagos e recebidos, e portanto realizados, que produzem o rendimento tributável. A riqueza não transmitida, i.e. não realizada, não é relevante para o respectivo apuramento.

Segundo esta perspectiva, as “transmissões de valor” poderão ocorrer de distintas formas, incluindo a transmissão de dinheiro (ou de qualquer outro activo); a redução de um passivo; a criação de um activo na esfera patrimonial de outra pessoa; a utilização de um activo de um terceiro; ou a prestação de um serviço³³. Em suma, qualquer forma de “transmissão de valor”, e não apenas os pagamentos em dinheiro, constituem, regra geral, “eventos de realização”.

²⁹ De acordo com o parágrafo 87 da Estrutura Conceptual: “Um activo é reconhecido no balanço quando for provável que os benefícios económicos futuros fluam para a entidade e o activo tenha um custo ou um valor que possa ser mensurado com fiabilidade”. Ora, pode ocorrer que alguns activos sejam propriedade de uma entidade mas que os seus benefícios económicos fluam para outra entidade. Nesses casos, será esta que deverá registar os activos no seu balanço. O exemplo mais típico destes casos são os activos detidos pela empresa em *leasing*.

³⁰ De um ponto de vista estrutural um evento de realização depende de que os activos trocados sejam (económica e funcionalmente) diferentes. Este princípio, aceite na legislação e doutrina norte-americana, não foi adoptado em Portugal. Nos EUA, a troca de “*like-kind property*”, mesmo que constituindo uma transmissão jurídica, nem sempre é um “evento de realização” (cf. IRC Treas. Section Reg. Section 1.1001-1(a) e *Cottage Sav. Ass’n v. Commissioner*, 111 S. Ct. 1503 (1991)). Para uma análise em profundidade deste tema cf. Prescott, Loren, “*Cottage Sav. Ass’n v. Commissioner: Refining the Concept of Realization*”, 60 Fordham Law Review 437 (1991), Shaviro, Daniel N., “*An Efficiency Analysis of Realization and Recognition Rules Under the Federal Income Tax*”, 48 Tax L. Rev. 1 (1992), p. 12, e Brauner, “*A Good Old...*”, cit., p. 7.

³¹ Cf. Harris, Peter & Oliver, David, “*International Commercial Taxation*” (Cambridge University Press. 2010) p. 10-11. Cf. Harris and Oliver, p. 10-11.

³² *Ibidem*. Cf. PETER HARRIS & DAVID OLIVER, *International Commercial Taxation* (Cambridge University Press. 2010), p. 10-11.

³³ *Ibidem*. Em alguns casos, as transferências de valor, a título de pagamento, implicam ajustamentos no património da entidade pagadora, nomeadamente quando o pagamento do preço envolve a transmissão de um activo. O caso mais típico é o pagamento do preço para aquisição de activos. Neste caso, o adquirente sofre uma diminuição do seu património, reflectindo o exfluxo do meio de

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

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

O conceito de lucro tributável é definido, em termos gerais, no n.º 2 do artigo 3.º do CIRC como a diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, determinado com base no sistema de normalização contabilística³⁴.

É evidente, portanto:

- (i) A adesão ao conceito económico de rendimento acréscimo, em particular na referência à *diferença entre valores do património líquido no fim e no início do período*; e
- (ii) A aceitação das regras contabilísticas vigentes como um método fidedigno de representação dos elementos patrimoniais da empresa³⁵.

pagamento utilizado, mas beneficia, em contrapartida, do aumento patrimonial resultante da incorporação do valor do activo adquirido. Nestes casos, a transacção não gera qualquer riqueza económica. Noutros casos, porém, a transferência de valor de uma pessoa para outra não implica qualquer ajustamento nos activos existentes. Este é o caso, por exemplo, da prestação de serviços ou da utilização de um activo. Nestes casos, ocorre uma pura criação de riqueza. A transmissão de valor recebida é equivalente à riqueza criada.

³⁴ O CIRC acolheu um regime de dependência parcial entre o balanço comercial e o balanço fiscal. Veja-se a propósito desta relação Tavares, Tomás, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas”; Ciência e Técnica Fiscal n.º 369, 1999. A relevância atribuída às normas contabilísticas na determinação do rendimento tributável das sociedades é justamente um dos aspectos estruturais onde maior divergência se encontra entre os diversos sistemas de tributação do rendimento das empresas. Em alguns sistemas, sobretudo na Europa continental (incluindo Portugal), esta relação é muito próxima. Noutros, pelo contrário, sobretudo no sistema americano, irlandês e holandês, esta relação é mais remota (cf., por exemplo, AULT, “Comparative...”, cit. p. 299-315). Veja-se, também, a este propósito o ponto 10 do preâmbulo do IRC, que estabelece que “*Dado que a tributação incide sobre a realidade económica constituída pelo lucro, é natural que a contabilidade, como instrumento de medida e informação dessa realidade, desempenhe um papel essencial como suporte da determinação do lucro tributável. As relações entre contabilidade e fiscalidade são, no entanto, um domínio que tem sido marcado por uma certa controvérsia e onde, por isso, são possíveis diferentes modos de conceber essas relações. Afastadas uma separação absoluta ou uma identificação total, continua a privilegiar-se uma solução marcada pelo realismo e que, no essencial, consiste em fazer reportar, na origem, o lucro tributável ao resultado contabilístico ao qual se introduzem, extracontabilisticamente, as correcções positivas ou negativas – enunciadas na lei para tomar em consideração os objectivos e condicionalismos próprios da fiscalidade*”.

³⁵ Segundo Morais, “Apontamentos...”, cit. p. 61, “*mais do que o resultado de quaisquer exigências legais a necessidade de manter contabilidade organizada será uma condição mínima para o seu normal funcionamento. A existência de registos fiáveis, capazes de revelar a real situação económica da empresa, é requisito mínimo de gestão e exigência normal daqueles que com ela se relacionam (a começar pelos próprios sócios). (...) Este facto, só por si, explica que a lei fiscal assuma o lucro contabilístico como o “valor” de onde se deve partir no apuramento do lucro tributável, ou seja, consagre um modelo de dependência parcial entre lucro contabilístico e lucro tributável*”.

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

A fórmula de cálculo do lucro tributável, que reflecte todas as considerações acima tecidas, é detalhada no n.º 1 do artigo 17.º do CIRC, nos termos do qual o lucro tributável é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código³⁶.

Esquemáticamente:

$$LT = LC + VP + \text{Ajustamentos de natureza fiscal}$$

Com base nesta fórmula, concluímos que a determinação do lucro tributável parte do lucro contabilístico ao qual é somado o saldo das variações nos capitais próprios (“variações patrimoniais”), todos apurados com base na contabilidade da empresa, sendo o resultado desta soma ajustado, com base nas regras do IRC, através da adição ou subtracção de rendimentos ou gastos não realizados ou cujo critério de reconhecimento ou dedução fiscal divergem dos critérios contabilísticos utilizados para apuramento do lucro³⁷.

Vejamos em detalhe os três elementos que compõem a fórmula de cálculo do lucro tributável:

- (i) O lucro contabilístico;
- (ii) As variações patrimoniais registadas na contabilidade da empresa; e
- (iii) Os ajustamentos fiscais ao resultado da soma dos dois elementos anteriores.

³⁶ No entanto, nem todas as sociedades são tributadas com base nestes princípios, devido, essencialmente, à existência dos Pagamentos Especiais por Conta (PEC) e o regime simplificado de tributação, ambos previstos no Código do IRC. Estes dois regimes constituem um desvio à tributação das sociedades com base no seu lucro real. Na verdade, conforme aponta Medina Carreira, “A tributação das sociedades na constituição e a reforma de 88/89” em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 150, “*Se o regime criado pela Reforma de 1988/89 foi incapaz de enfrentar a realidade económica e social, o PEC e o “regime simplificado” são também inadequados, dispendiosos, insuficientes e rejeitáveis. Apenas porque se pretende lançar um imposto mínimo, chamando-lhe coisa diferente para contornar o que a Constituição nem impõe. (...) Com tantas e tão pequenas sociedades, não parece aconselhável que se mantenha o actual quadro da tributação pelo rendimento “real” de poucas, pelo regime simplificado de algumas e pelo PEC de muitas outras: tudo isto se traduz numa burocracia muito onerosa para o Estado e para as sociedades; inútil porque não atinge os objectivos fundamentais de equidade e de eficiência; e geradora de tensões e de incertezas em que, muitas vezes, os contribuintes têm sérias razões.*”

³⁷ Como aponta Tavares, “IRC...”, cit. P. 9, o lucro fiscal não se equipara ontologicamente ao lucro mercantil, em função da díspar hierarquia dos interesses tutelados.

2.2.2.1. O lucro contabilístico

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

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

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

- O rédito é o rendimento que surge no decurso das actividades ordinárias de uma empresa e é referido por uma variedade de termos, incluindo vendas (de activos correntes), honorários, juros, dividendos e *royalties*; e
- Os ganhos são os demais rendimentos que podem, ou não, provir do decurso das actividades correntes da entidade. Uma vez que representam aumentos em benefícios económicos, do ponto de vista contabilístico, não têm uma natureza distinta dos réditos nem são vistos como constituindo uma categoria separada destes (incluem-se nesta categoria os ganhos na transmissão de activos não correntes).

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

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

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

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

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

2.2.2.2.1. O capital próprio

Os capitais próprios, conjuntamente com os activos e os passivos, constituem os três elementos do balanço e estão, portanto, directamente relacionados com a mensuração do património da empresa. De forma extremamente simplificada, podemos afirmar que no activo estão registados os bens e os direitos controlados pela entidade, enquanto que no passivo (“capital alheio”) e no capital próprio está registada a origem dos recursos que financiaram a aquisição desses activos. Tanto o capital próprio como o capital alheio (passivo) são reembolsáveis a quem os disponibilizou (e residualmente aos sócios no momento da liquidação). A diferença entre um recurso próprio e um recurso alheio, em termos contabilísticos, reside apenas na maior ou menor definição ou certeza da saída desse recurso num determinado período temporal. Nos primeiros, existe uma obrigação eventual de reembolso. Nos segundos, existe uma obrigação presente, mas de vencimento futuro³⁸.

O capital próprio é definido como o “interesse residual nos activos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos”³⁹. É, portanto, um conceito de tipo meramente nocional (consiste na diferença entre dois valores, activo menos passivo), constituindo um mero

³⁸ Cf. Fernando Carreira Araújo & António Fernandes de Oliveira, “O Código de IRC e os Conceitos de Capital, Partes de Capital, Prestações Suplementares e Créditos pela Realização de Prestações Suplementares”, em *Estudos em Memória do Professor José Luis Saldanha Sanches*, Volume IV, Coimbra Editora, 2011, p. 681, e Fernando Carreira Araújo, “Tributação Societária à Luz do Novo SNC: Variações nos Capitais Próprios”, *Fiscalidade*, n.º 50, Instituto Superior de Gestão, Abril-Junho de 2012, Página 89. Segundo os autores, a diferença entre capitais próprios e capitais alheios não radica numa qualquer natureza inequívoca das coisas, sendo que, tendencialmente, será capital alheio tudo aquilo cujo reembolso ou saída da sociedade já esteja definido ou for definível e será capital próprio tudo aquilo cujo reembolso ou saída da sociedade não esteja fixado ou não possa sê-lo sem uma deliberação nesse sentido pela sociedade.

³⁹ Cf. alínea c) do parágrafo 49 da Estrutura Conceptual.

espelho ou reflexo de realidades muito distintas e que pouco têm em si mesmas de comum incluindo entre outras:

- (i) O capital social, i.e. os fundos contribuídos pelos sócios para a realização do capital social da entidade;
- (ii) Os resultados obtidos pela entidade e que não foram ainda distribuídos aos sócios (resultados transitados);
- (iii) Resultados obtidos e retidos pela entidade (reserva legal ou reservas livres);
- (iv) As reservas que representam ajustamentos de manutenção do capital;
- (v) Os subsídios e as doações recebidas pela entidade; etc.⁴⁰.

Conforme é evidente, nem todas as rubricas do capital próprio reflectem contribuições dos sócios. Algumas referem-se a rendimentos gerados pela entidade. Outras, a influxos de valor realizadas por terceiros. Por essa razão, em vez do termo “capital próprio”, o direito societário faz uso predominantemente da expressão “situação líquida” (ou por vezes património) para designar a mesma realidade (activo subtraído de passivo). Esta designação traduz de forma mais adequada o carácter meramente nocional do conceito em causa e tem a virtude de evitar a confusão terminológica com o conceito de capital social (trata-se, como veremos, de conceitos muito distintos)⁴¹.

2.2.2.2.2. Variação do valor dos capitais próprios

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

Também alguns gastos ou rendimentos podem influenciar directamente os capitais próprios da entidade, em particular aqueles que, segundo as normas contabilísticas vigentes, são reconhecidos directamente em rúbricas do capital próprio⁴². Nestes incluem-se, entre outros, as flutuações de valor de alguns activos, as diferenças cambiais e as diferenças apuradas na reavaliação de activos. Ainda que estes ajustamentos contribuam para a alteração do valor do

⁴⁰ Cf. Araújo & Oliveira, “Tributação...”, cit., p. 693.

⁴¹ 42 Cf. Araújo e Oliveira, “Tributação...”, cit., p. 696.

⁴² Estes itens ao serem incluídos no capital próprio como ajustamentos de manutenção do capital ou reservas de revalorização, mostram ao utente uma visão mais ampla das alterações do capital próprio de um exercício para outro, evidenciando o “resultado extensivo” obtido naquele exercício.

capital próprio, satisfazendo, dessa forma, a definição de Rendimentos e de Gastos considerado por este na Estrutura Conceptual, é consensual que estes não são incluídos na demonstração dos resultados, deixando-se esta com informação do desempenho da entidade em função das operações levadas a cabo pela entidade e não em função das alterações de valor dos elementos do activo e do passivo.

Todas essas variações no capital próprio da entidade, apesar de não influírem no resultado contabilístico, implicam também (pelo menos formalmente) um acréscimo ou uma diminuição do património da empresa⁴³.

Como vimos, tal acréscimo é rendimento, segundo o modelo *Schanz-Haig-Simmons* adoptado pelo CIRC. É por esta razão que, regra geral, *as variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas no resultado contabilístico do exercício formam parte do lucro tributável* (cf. n.º 1 do artigo 17.º e, no mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 21.º e o n.º 1 do artigo 24.º todos do CIRC)⁴⁴.

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

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

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

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

⁴³ Refira-se que o lucro ou prejuízo, no final do exercício, é levado ao balanço da empresa, aumentando ou diminuindo a respectiva conta (“resultados do exercício”) nos capitais próprios. Ou seja, o excesso de influxos ou efluxos (a título de rendimentos ou gastos) acabará por influenciar os capitais próprios da entidade, no momento em que os resultados são levados ao balanço. Por isso, a alteração global no capital próprio durante um período representa a quantia total de rendimentos e gastos, incluindo ganhos e perdas, gerada pelas actividades da entidade durante esse período (quer esses rendimentos e gastos sejam reconhecidos nos resultados do exercício ou directamente como alterações no capital próprio).

⁴⁴ As variações patrimoniais podem ser qualitativas ou quantitativas (ou simultaneamente ambas). Para a determinação do lucro tributável apenas interessam as alterações quantitativas, visto serem as únicas susceptíveis de influenciar o valor do património líquido no final do exercício (e, entre estas, apenas aquelas que não estejam já reflectidas no resultado do exercício).

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

No entanto, essa não é a caracterização correta. A emissão de capital deve ser caracterizada de forma semelhante à emissão de dívida. Nestas, não é difícil perceber que os fundos recebidos em empréstimo não são rendimento. E não o são porque o montante do capital recebido é compensado pelo reconhecimento imediato da obrigação de devolução de igual quantidade numa data futura. Ou seja, a sociedade reconhece um activo (o dinheiro que lhe foi emprestado) mas reconhece também um passivo de igual montante (a obrigação da sua devolução), razão pela qual não ocorre qualquer acréscimo patrimonial. E não ocorre porque o património é a diferença entre o activo e o passivo e, numa operação de financiamento, ambas são movimentados no mesmo montante.

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

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

Por este motivo, dispõe o artigo 21.º alínea a) do CIRC, que não são incluídas no lucro tributável as variações patrimoniais positivas (acréscimos patrimoniais) resultantes de *“entradas de capital, incluindo os prémios de emissão de acções ou quotas, as coberturas de prejuízos, a qualquer título, feitas pelos titulares do capital, bem como outras variações patrimoniais positivas que decorram de operações sobre acções, quotas ou outros*

instrumentos de capital próprio da entidade emitente, incluindo as que resultem da atribuição de instrumentos financeiros derivados que devam ser reconhecidos como instrumentos de capital próprio”.

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

Mais valias e menos valias latentes

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

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

Vimos, a propósito do princípio da realização, que o acréscimo patrimonial resultante do aumento do valor dos activos da empresa (nomeadamente no que se refere aos seus activos não correntes), ainda que contabilisticamente reconhecido, não é considerado rendimento tributável até que esses activos sejam efectivamente transmitidos, i.e. até que ocorra um evento de realização. Até lá, o respectivo titular tem apenas uma mera expectativa da realização de um ganho, ou seja, tem uma mais-valia potencial ou latente, equivalente à diferença entre a base fiscal do bem ou direito e o seu justo valor, i.e. o valor pelo qual este bem poderia ser transmitido entre partes não relacionadas.

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

Ora, como é fácil de verificar, nestes casos, encontrar-se-ão registados na contabilidade (que serve de ponto de partida para o cálculo do rendimento tributável) rendimentos e variações patrimoniais que, por aplicação do princípio da realização, não formam parte do lucro tributável. A aplicação do princípio da realização exige, portanto, que essas mais-valias

latentes sejam expurgadas, mediante a sua dedução aos resultados (no caso de estarem incluídas no resultado contabilístico do exercício) ou não inclusão (no caso de variações patrimoniais) no lucro tributável.

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

2.2.2.2.3. Ajustamentos previstos na legislação fiscal com impacto nas transmissões de activos

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

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

O processo de ajustamento do lucro contabilístico para apuramento do lucro fiscal consiste essencialmente no seguinte:

- (i) Primeiro, expurga-se do rendimento contabilístico o rendimento não realizado (tais como as mais e menos-valias descritas na secção anterior) e ajusta-se o momento do reconhecimento de alguns outros rendimentos (periodização do lucro tributável);
- (ii) Segundo, ajusta-se o sistema fiscal à artificialidade das entidades sujeitas a este imposto (em especial, eliminando-se o fenómeno da dupla tributação económica do rendimento empresarial); e
- (iii) Terceiro, não se permite a dedutibilidade fiscal de alguns gastos registados na contabilidade, muitas vezes para evitar abusos por parte dos contribuintes.

Na prática, os ajustamentos, assim como o reconhecimento das variações patrimoniais positivas e negativas, são realizados através do quadro 7 da declaração de rendimentos anual

da empresa (modelo 22). Este parte do lucro contabilístico, sendo ao longo do quadro somadas as variações patrimoniais a incluir no lucro tributável e as componentes negativas do lucro contabilístico que não são dedutíveis e deduzidas todas as componentes do lucro contabilístico que não sejam relevantes para efeitos fiscais. Como é evidente, estes ajustamentos provocam, portanto, um distanciamento entre o lucro contabilístico e o lucro tributável⁴⁵.

2.2.2.3. O caso específico das mais-valias

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

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

A distinção conceptual, para efeitos fiscais, destas duas classes de rendimentos justifica-se essencialmente por razões práticas relacionadas com a forma de cálculo do rendimento. É que, ao contrário do que sucede com os rendimentos empresariais, o apuramento do montante da mais-valia (ou da menos-valia) exige que ao montante da contrapartida recebida na transmissão dos activos seja deduzido o respectivo custo de aquisição ajustado – a base fiscal (conceito que trataremos de seguida). Esta diferença obriga o sistema fiscal a definir quais os activos cuja transmissão é susceptível de gerar mais-valias e a manter um registo constante da respectiva base fiscal. Por razões de ordem sistemática, portanto, foi necessário criar um regime autónomo para cálculo das mais-valias e para o relato dos factos relevantes na determinação do valor da base fiscal desses activos⁴⁶.

⁴⁵ Conforme explica Morais, “Apontamentos ...”, cit. p. 62 “*Estas duas visões do lucro não se identificam, pelo que os valores do lucro contabilístico e do lucro fiscal dificilmente coincidirão. Não porque correspondam a realidades substancialmente diversas, mas, apenas, por ser diferente o prisma de avaliação (os concretos interesses em causa) que preside à quantificação de cada um deles. Na realidade, ao estabelecerem-se normas de cálculo do lucro tributável, não pode ser ignorado o facto de que a imprecisão ou possibilidade de manipulação de tais regras pode resultar na concessão de fáceis oportunidades de evasão ou elisão fiscais. O grau relativamente elevado de indeterminação dos “sãos princípios” da contabilidade, meras “bitolas” de comportamentos e decisões, poderá não ser compatível com as exigências de tributação. (...) Por outro lado, existem normas que, traduzindo realidades próprias do direito fiscal (p. ex. as regras de repartição internacional do direito à tributação poderão conduzir a que só parte do lucro seja sujeito a imposto) ou dando expressão a outros valores que pela via do imposto se pretendem realizar (p. ex. benefícios fiscais que se traduzam em não integrar na matéria colectável determinados proveitos), conduzem também a diferenças entre o quantitativo do lucro contabilístico e do lucro fiscal”.*

⁴⁶ A separação destes rendimentos é justificada, noutros ordenamentos jurídicos, por duas razões adicionais (que no entanto não se aplicam ao IRC). A primeira resulta da própria natureza económica dos rendimentos em causa. É que, numa perspectiva económica, os rendimentos empresariais são o

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

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

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

resultado da exploração de activos empresariais durante o seu período de utilização. São, por isso, o resultado de eventos passados, pelo que são certos e susceptíveis de mensuração definitiva. Na data do apuramento do lucro tributável, o rendimento empresarial, produzido em resultado da exploração dos respectivos activos, é certo e definitivo. Pelo contrário, as mais-valias latentes resultam das variações do justo valor dos activos não correntes, que é determinado, essencialmente, em função dos rendimentos que se espera que esses activos possam vir a originar, no futuro. Ou seja, a oscilação do valor do activo, e os consequentes ganhos ou perdas, resultam da mera expectativa de um fluxo de rendimento empresarial (i.e. da sua exploração), ainda não materializado. Estes ganhos ou perdas têm, por isso, uma natureza volátil, já que uma alteração das expectativas no fluxo futuro de rendimentos terá um impacto imediato na valorização do activo (e consequentemente na mais/menos-valia latente). A distinta natureza destes rendimentos justifica, por razões de política fiscal, a respectiva sujeição a imposto sob regimes, ou mesmo taxas, distintas. Note-se, porém, que o legislador português optou por não estabelecer quaisquer regimes autónomos para tributar as mais-valias e os demais rendimentos empresariais e a ajustar a sua tributação à verdadeira natureza desses rendimentos, apesar de estarem sujeitos (como vimos) a regras de apuramento distintas. A segunda razão é que a autonomização da tributação das mais-valias permite ao sistema fiscal reagir contra o principal efeito adverso da aplicação do princípio da realização: a possibilidade dos contribuintes escolherem o momento no qual alguns rendimentos, ou gastos, são incluídos na sua base tributável, segundo os seus interesses e com vista à minimização da sua carga fiscal (por exemplo a realização selectiva de menos-valias latentes para as compensar com rendimentos empresariais do exercício). Para evitar este efeito, alguns ordenamentos jurídicos segregam os rendimentos segundo a sua natureza e restringem a dedutibilidade das menos-valias contra os demais rendimentos empresariais. Este não é, no entanto, o caso do IRC. Na verdade o CIRC não prevê uma limitação geral da dedutibilidade das menos-valias. Estas são, regra geral, dedutíveis ao lucro tributável. A única excepção é a não dedutibilidade das menos-valias relativas a instrumentos do capital próprio elegíveis para o regime de *participation exemption*, sendo que, no entanto, esta limitação não se destina a evitar abusos à dedutibilidade destes rendimentos, mas antes a estabelecer a simetria com a tributação das mais-valias relativas aos mesmos instrumentos. Sobre este tópico é interessante consultar Yoseph M. Edrey, “What are Capital Gains and Losses Anyway?”, *Virginia Tax Review*, n.º 24, 2004, p. 146; Surrey, Stanley S., “Definitional Problems in Capital Gains Taxation” 69 *Harvard Law Rev.* 985 (1956), p. 990; Stepek, “The Tax Reform Act of 1986: Simplification and the Future Viability of Accrual Taxation”, p. 784-785.

prática, a base de cálculo da mais-valia é necessariamente distinta da base de cálculo do ganho contabilístico.

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

Assim, o sujeito passivo, na sua declaração de rendimentos:

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

2.2.3. A base fiscal

A base fiscal de um bem ou de um direito representa o investimento, para efeitos fiscais, realizado pela entidade que o controla e que, portanto, o tem inscrito no seu activo. Ou, noutra perspectiva, o papel da base fiscal no sistema fiscal é identificar a parte do património do contribuinte que não será sujeita a tributação sobre o rendimento no futuro⁴⁷.

Apesar do termo “base fiscal”⁴⁸ não ser utilizado no CIRC, o conceito, em si, é um mecanismo fundamental em diversos aspectos funcionais deste imposto e está previsto, através de distintos termos e definições, em várias disposições do código e legislação relacionada.

Assim, por exemplo, no CIRC, no contexto da tributação das mais-valias, a base fiscal é definida (no n.º 2 do artigo 46.º) como “o valor de aquisição deduzido das perdas por imparidade e outras correcções de valor previstas no artigo 35.º, bem como das depreciações ou amortizações aceites fiscalmente”. Encontramos o mesmo conceito no artigo 2.º do Decreto

⁴⁷ Cf. Kohl, Glen Arlen, "The Identification Theory of Basis", 40 Tax L. Rev. 623, 1985 e Maule, James E., BNA Tax Management Portfolios, U.S. Income Series, Income Tax Basis: Overview and Conceptual Aspects (560-2nd) (Tax Management Inc. 2005).

⁴⁸ O conceito de base fiscal foi criado nos EUA, ao que se crê, em 1918, quando o Tribunal Supremo dos EUA, em face da falta de regulamentação do imposto sobre as transacções de 1909, concluiu que “in order to determine whether there has been a gain or loss, and the amount of gain if any, we must withdraw from the gross proceeds an amount sufficient to restore the capital value that existed at the commencement of the period under consideration”. Doyle v. Mitchell Bros Co., 247 U.S. 179, 185 (1918), aff’g 235 F. 686 (6th Cir. 1916).

Regulamentar 25/2009, (*Regime das Amortizações e Depreciações*)⁴⁹, que estabelece as regras de valorização de activos sujeitos a depreciação e amortização adquiridos ou construídos por sujeitos passivos do imposto.

O mecanismo da base fiscal cumpre diversas funções cruciais no nosso sistema de tributação do rendimento. Primeiro, este mecanismo é essencial para a correta aplicação do princípio da realização, sobretudo em relação aos activos não correntes da empresa⁵⁰. Sabemos que, de acordo com este princípio, o justo valor do activo apenas adquire relevância fiscal quando é transmitido e que o acréscimo, ou decréscimo, do justo valor desse activo durante o período em que é detido pela mesma entidade não releva para efeitos do cálculo do lucro tributável, representando apenas um ganho ou uma perda potencial ou latente. A inclusão no lucro tributável do acréscimo ou decréscimo do valor do activo ocorrerá no momento da sua transmissão e será apurado deduzindo-se o valor de aquisição do bem ao montante da contrapartida recebida pela sua transmissão.

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

Segundo, na sua vertente prática e visível, a base fiscal é o mecanismo que permite apurar o montante dos ganhos e das perdas tributáveis que deverão ser fiscalmente reconhecidos na transmissão dos activos não correntes da empresa⁵¹. De facto, como sabemos, o ganho tributável resulta da dedução do valor da base fiscal à contrapartida recebida pela transmissão.

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

⁴⁹ Actualizado pelo Decreto Regulamentar n.º 4/2015, de 16 de Janeiro.

⁵⁰ São activos não correntes os bens e direitos detidos pela empresa necessários ao desenvolvimento da sua actividade e que, portanto, a empresa não tem intenção de vender a curto prazo e que dificilmente podem ser convertidos imediatamente em dinheiro (como por exemplo os edifícios, as máquinas e as marcas). Têm, por isso, um carácter de permanência, razão pela qual se justifica que seja registada a sua base fiscal. Pelo contrário, são activos correntes os bens e direitos que se espera sejam vendidos ou consumidos no decurso normal do ciclo operacional da empresa, sejam detidos para serem negociados, ou ainda o dinheiro e activos equivalentes. Em relação a estes, portanto, não há necessidade de preservar a sua base fiscal.

⁵¹ Por exemplo, suponhamos que o sujeito passivo A transmite um imóvel por 1000. A determinação do ganho (ou perda) realizado nesta transmissão depende inteiramente da base fiscal ajustada que A tem nessa propriedade. Se a base for inferior a 1000, A realiza um ganho tributável. Se a base for superior, realiza uma perda fiscal. Se for igual, não tem qualquer rendimento.

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

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

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

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

Base fiscal original

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

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

objectivas estabelecidas no Código do Imposto do Selo. Nas reorganizações, tais como fusões, cisões ou entradas de activos, a base fiscal corresponde ao justo valor dos activos adquiridos (excepto se a operação for realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal).

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

Regra geral, no entanto, o valor da base fiscal original, para efeitos de IRC, é determinado com base nas normas relativas ao reconhecimento e valorização de activos do SNC e pelo disposto no artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 25/2009. Ao abrigo dessas regras, a base fiscal original, quando o activo seja adquirido a um terceiro, consiste⁵²:

- (i) No preço de compra, acrescido dos gastos acessórios suportados até à sua entrada em funcionamento ou utilização e as benfeitorias necessárias ou úteis realizadas; ou
- (ii) No valor de mercado, à data do reconhecimento inicial, para os bens objecto de avaliação para este efeito, quando não seja conhecido o custo de aquisição, podendo esse valor ser objecto de correcção, para efeitos fiscais, quando se considere excedido.

Por seu turno, a base fiscal dos activos produzidos pelo sujeito passivo consiste:

- (i) Na soma do custo de aquisição das matérias-primas e de consumo e da mão-de-obra directa, e dos demais custos directamente imputáveis ao activo considerado, assim como a parte dos custos indirectos respeitantes ao período de construção ou produção que, de acordo com o sistema de custeio utilizado, lhe seja atribuível; ou
- (ii) O valor de mercado, à data da abertura de escrita, para os bens objecto de avaliação para este efeito, quando não seja conhecido o custo de produção, podendo esse valor ser objecto de correcção, para efeitos fiscais, quando se considere excedido.

À base fiscal assim determinada, em ambos os casos, poderão ser ainda acrescentados, de acordo com a normalização contabilística especificamente aplicável, os custos de empréstimos obtidos que sejam directamente atribuíveis à aquisição ou produção, na medida em que respeitem ao período anterior à sua entrada em funcionamento ou utilização, sempre que este seja superior a um ano⁵³.

⁵² No custo de aquisição ou de produção inclui-se o imposto sobre o valor acrescentado (IVA) que, nos termos legais, não for dedutível, designadamente em consequência de exclusão do direito à dedução, não sendo, porém, esses custos influenciados por eventuais regularizações ou liquidações efectuadas em períodos de tributação posteriores ao da entrada em funcionamento ou utilização (cf. n.º 4 do art.º 2.º do DR 25/2009).

⁵³ Não se consideram na base original as diferenças de câmbio relacionadas com os activos resultantes quer de pagamentos efectivos, quer de actualizações à data do balanço.

Base fiscal ajustada

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

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

Por norma, estes ajustamentos ocorrem durante o período em que o activo é detido pela própria entidade. No entanto, quando o activo é adquirido pela entidade numa transacção realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, nomeadamente quando o activo seja adquirido com base transportada, a base fiscal ajustada do activo reflecte, naturalmente, os ajustamentos que ocorreram na esfera de outra entidade (a transmitente na operação neutral).

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

Excepcionalmente, a base fiscal pode ser incrementada também quando ocorre um incremento de valor de um activo reconhecido, para efeitos fiscais, pelo seu justo valor através de resultados (por exemplo, se o sujeito passivo detém acções cotadas em bolsa que representem menos de 5% do capital social da sociedade investida)⁵⁴.

Pelo contrário, a base fiscal diminui quando a entidade utiliza parte dessa base para efeitos fiscais, nomeadamente para obter uma dedução, ou quando ocorra uma diminuição de valor em activos reconhecidos, para efeitos fiscais, pelo seu justo valor através de resultados. A utilização de base fiscal pode ocorrer em virtude da mera utilização do activo (mediante a

⁵⁴ Como vimos, regra geral, o acréscimo ou decréscimo do justo valor dos activos detidos pela empresa não releva para efeitos fiscais, mesmo que reconhecidos na contabilidade, conforme o disposto no n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, que estabelece que “*Os ajustamentos resultantes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados*”. Esse mesmo artigo enumera algumas excepções a este princípio, incluindo os instrumentos do capital próprio cujo preço esteja formado em mercado regulamentado e que sejam representativos de uma participação inferior a 5% do capital social da entidade emitente. Neste último caso, as variações do justo valor são acrescidos ou deduzidos à base fiscal, uma vez que tais variações são eventos fiscalmente relevantes, i.e. foram consideradas no cálculo do lucro tributável.

dedução do custo através da amortização ou depreciação) ou através de uma redução do investimento no activo (o caso típico é a redução de capital num investimento realizado numa subsidiária ou a devolução de parte do investimento em títulos de dívida – reembolso parcial do capital) ou ainda no caso de perdas de valor reconhecidas para efeitos fiscais (imparidades)⁵⁵. Note-se como, em relação a este último aspecto, o princípio da realização tem “dois pesos e duas medidas”⁵⁶. É que, enquanto (regra geral) os aumentos de valor apenas adquirem relevância fiscal com a efectiva transmissão dos activos, as perdas de valor, pelo contrário, podem adquirir relevância fiscal antes da efectiva realização, nomeadamente através da redução da base fiscal do activo quando o grau de probabilidade de realização futura da perda latente seja elevado⁵⁷.

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

2.3. Exemplos práticos de tributação das operações de reorganização

2.3.1. Nota introdutória

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



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

⁵⁵ Parece-nos que, apesar de não estar expressamente vedado pela legislação fiscal, não é possível qualquer activo ter uma base fiscal negativa, sobretudo porque tal efeito tão-pouco é permitido ao abrigo do SNC e do Decreto Regulamentar 25/2009 (não é possível registar um “custo de aquisição negativo” para efeitos contabilísticos).

⁵⁶ Este efeito resulta da influência que o princípio contabilístico da prudência exerce sobre o princípio da realização.

⁵⁷ Idêntica ausência de correlação temporal entre proveitos e custos ocorre, entre outros, nos casos de desvalorizações excepcionais e não previstas nos casos de excedentes de revalorização e no transporte da base fiscal ao abrigo de regimes de neutralidade fiscal.

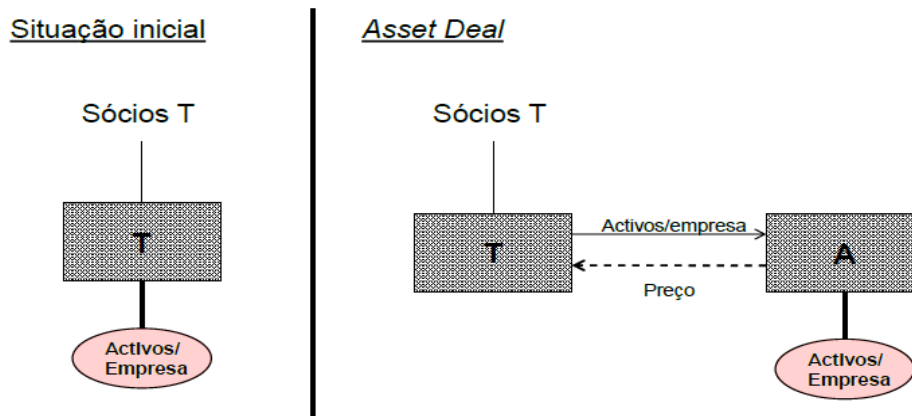
Note-se que este mecanismo está na base da tributação de todas as reorganizações societárias, seja qual for a sua modalidade jurídica. Como veremos, nos casos mais simples, como por exemplo na compra e venda de activos, a aplicação deste mecanismo é bastante evidente. Em operações mais complexas, a respectiva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

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

2.3.2. Compra e venda de activos (*asset deal*)

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

Esquemáticamente:



Na perspectiva da **sociedade vendedora**, a venda dos activos é um evento de realização, susceptível de gerar ganhos tributáveis (mais-valias), na medida em que o preço recebido⁵⁸ exceda a base fiscal dos activos alienados⁵⁹.

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

Pelo contrário, na esfera da **sociedade compradora**, a aquisição dos activos não produz consequências fiscais imediatas, em sede de imposto sobre o rendimento. É que, sendo o

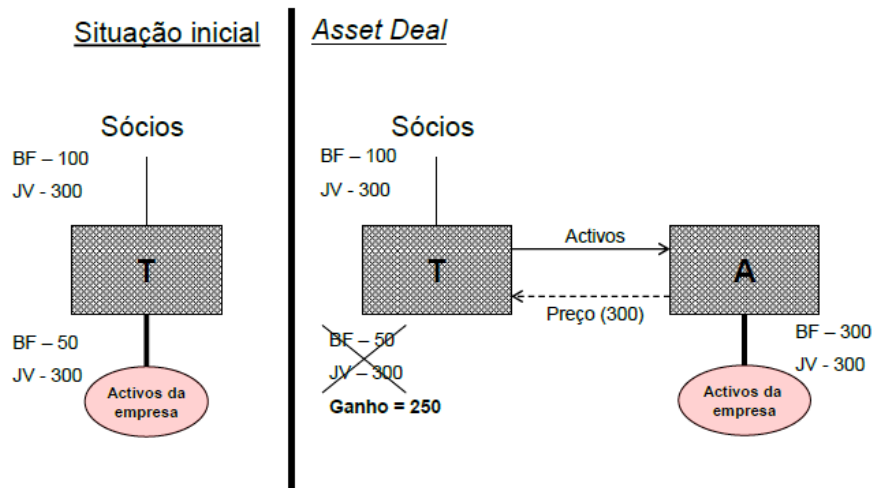
⁵⁸ Cf. al. g) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁵⁹ Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

preço pago equivalente ao justo valor dos elementos adquiridos, o património da adquirente não regista qualquer variação quantitativa⁶⁰.

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

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



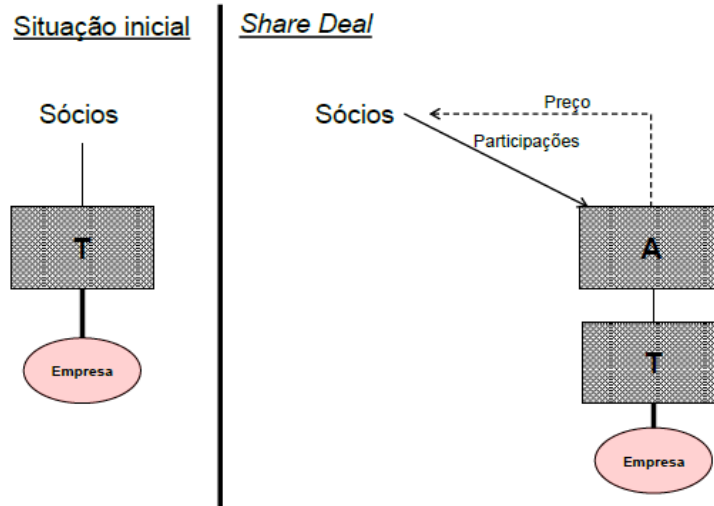
Neste exemplo, antes da operação, a sociedade T (vendedora) detinha os activos transmitidos com uma base fiscal de apenas 50, quando o respectivo justo valor era de 300. A base fiscal dos sócios nas participações da Sociedade T era de 100, sendo que o justo valor das participações nessa sociedade era,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

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

⁶⁰ A variação patrimonial que se produz na esfera da sociedade adquirente é meramente qualitativa, uma vez que a redução do seu activo (ou o aumento do seu passivo) no montante do preço pago é compensada por um aumento do seu activo (reconhecendo os elementos patrimoniais adquiridos) no mesmo valor. Assim, esta operação não produz qualquer incremento ou decréscimo patrimonial. A excepção a esta regra ocorre nos casos em que o preço é satisfeito em espécie, uma vez que, apesar de não haver um incremento patrimonial em termos económicos, poderá haver uma diferença entre o valor pelo qual estavam registados os activos entregues e o valor pelo qual são registados os activos adquiridos, originando-se um ganho ou uma perda pelo valor da diferença.

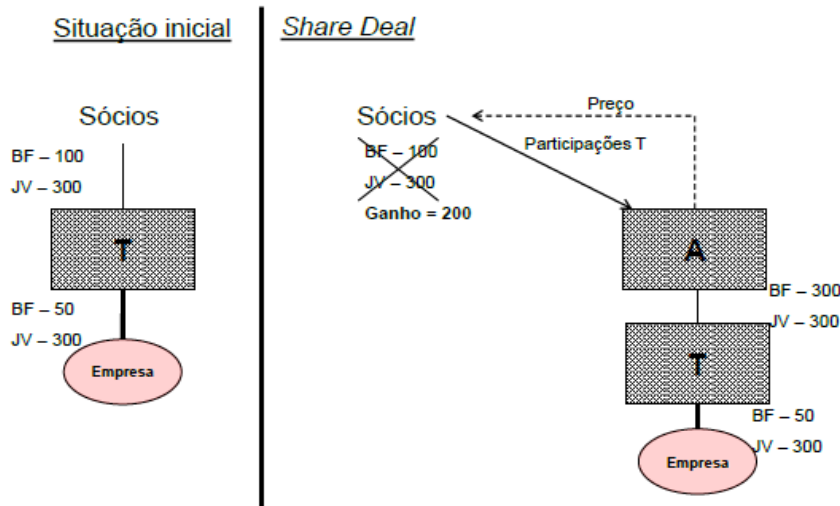
2.3.3. Compra e venda de participações sociais (*share deal*)

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



A venda de participações configura, na perspectiva dos sócios **vendedores**, um evento de realização, susceptível de gerar mais-valias tributáveis na medida em que o preço recebido⁶¹ exceda a base fiscal das participações vendidas⁶².

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



⁶¹ Cf. al. g) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁶² Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

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

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

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

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

2.3.4. Fusão

O mecanismo de tributação das operações societárias é um pouco mais difuso no caso das operações de fusão, não só porque se discute ainda, na doutrina jus-societária, a natureza jurídica da fusão (sendo, de qualquer forma, relativamente pacífico que estas não geram qualquer “transmissão” a nível dos sócios e das sociedades fundidas)⁶³, como também porque estas operações são absolutamente neutras, do ponto de vista económico⁶⁴. Estas duas

⁶³ Existem, essencialmente, duas concepções sobre a natureza jurídica do fenómeno de deslocalização do património da sociedade fundida para a sociedade incorporante. Para uma doutrina mais tradicional, a sociedade incorporante sucede (por sucessão universal) à sociedade fundida, que se extingue sem ser liquidada. Para outra doutrina, a fusão provoca a modificação do contrato de sociedade, i.e. ocorrendo apenas uma mera transformação das sociedades reorganizadas (negando-se, por isso, o seu efeito extintivo). Para esta doutrina, na esfera dos sócios, a fusão é compreendida não como o desaparecimento de uma posição jurídica para alcançar outra posição jurídica que a substitui; mas antes como a manutenção do mesmo *status*, desta sorte em outra empresa societária (cf. Diogo Costa Gonçalves, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*”, Almedina, 2008, pág. 164).

⁶⁴ A fusão, analisada na perspectiva dos sócios, é um processo economicamente neutral. Na perspectiva dos sócios da sociedade fundida, as participações da sociedade incorporante adquiridas na fusão têm o mesmo valor económico que as acções da sociedade fundida (que se extinguem), pelo que a fusão, avaliada ao justo valor, não origina um acréscimo patrimonial na esfera destes sócios. Os sócios da sociedade incorporante, por seu lado, vêem a sua participação na sociedade incorporante ser diluída, mas o valor dessa diminuição nominal corresponde ao justo valor dos activos incorporados, pelo que, a sua participação (percentualmente menor após a fusão) mantém exactamente o mesmo valor económico. Na perspectiva das empresas reorganizadas, note-se que mesmo considerando que algumas sociedades se extinguem em resultado da fusão, aquelas mantêm-se intactas (ocorre apenas uma alteração na forma jurídica de detenção). A empresa, enquanto universalidade de facto, não sofre qualquer alteração. O processo de fusão mais não é do que a adaptação desta empresa ao meio económico, ajustando a forma legal através da qual é detida, para que a empresa em si, combinando os seus activos com os activos de outras empresas, se mantenha lucrativa e competitiva.

características forçaram o legislador, para efeitos da sua tributação, a definir (no CIRC) como transmissões onerosas:

- (i) A deslocalização da totalidade dos activos da sociedade fundida para a beneficiária⁶⁵; e
- (ii) A substituição, na esfera dos sócios, das participações sociais da sociedade fundida por participações da sociedade beneficiária⁶⁶.

Foi também necessário estabelecer regras específicas para apurar o valor de realização nessas duas transmissões, determinando-se que ambas se consideram realizadas pelo justo valor dos activos e das participações “transmitidos”⁶⁷.

Desta forma, as fusões são susceptíveis de originar ganhos tributáveis na esfera da sociedade fundida⁶⁸ e na esfera dos seus sócios. Ora, por este motivo, a aplicação do mecanismo de tributação anteriormente discutido exige que a operação seja “desmontada” em duas operações.

Na primeira, a **sociedade fundida** “transmite” a totalidade dos seus activos “recebendo” em contrapartida o justo valor desses activos. Note-se que a transmissão e a contrapartida são meras ficções legais, uma vez que, do ponto de vista jurídico societário, elas não ocorrem no processo de fusão. Assim, a sociedade fundida apura uma mais-valia equivalente à diferença entre o justo valor dos seus activos⁶⁹ e a respectiva base fiscal⁷⁰. Apesar da “transmissão” do património da sociedade fundida se realizar de forma global, para efeitos fiscais, os ganhos são apurados individualmente para cada activo e passivo.

Na segunda, os **sócios da sociedade fundida** “transmitem” as suas participações na sociedade fundida, “recebendo” em contrapartida participações da sociedade beneficiária. Os sócios, portanto, apuram uma mais-valia que consistirá na diferença entre o justo valor das participações da sociedade beneficiária⁷¹ (adquiridas em virtude desta operação) e a base fiscal das participações na sociedade fundida (que se extinguem)⁷². Naturalmente, conforme o mecanismo de tributação destas operações, os sócios da sociedade fundida adquirem as participações da sociedade beneficiária com base fiscal original, correspondente ao seu justo valor.

⁶⁵ Cfr. alínea c) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

⁶⁶ Cfr. alínea d) e e) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

⁶⁷ Cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁶⁸ Apesar da sociedade fundida se extinguir imediatamente por efeito da fusão, para efeitos fiscais, está ainda assim obrigada a apurar o lucro tributável correspondente ao período decorrido entre o início do período de tributação e a data da cessação da actividade, nos termos do n.º 3 do artigo 120.º do CIRC.

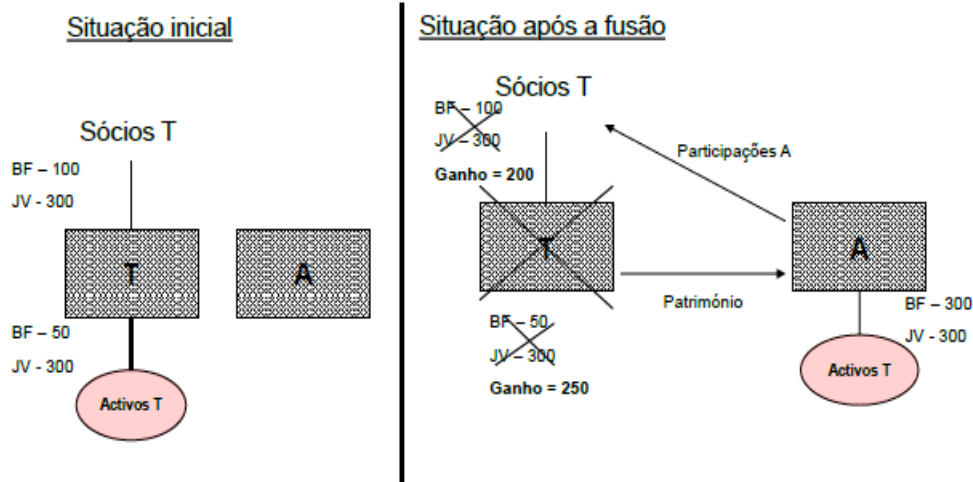
⁶⁹ Cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁷⁰ Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

⁷¹ Cf. al. d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁷² Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC. Quando não sejam atribuídas partes sociais aos sócios da sociedade fundida, o ganho ou perda dos sócios consistirá na diferença entre a base fiscal das participações extintas e o seu justo valor à data da operação (cfr. n.º 13 do artigo 46.º do CIRC).

Por seu turno, a **sociedade beneficiária** adquirirá os activos da sociedade fundida com base fiscal originária correspondente ao seu justo valor, emitindo em contrapartida, regra geral, novas partes sociais. Este procedimento origina, normalmente, uma variação patrimonial positiva, equivalente ao justo valor dos activos recebidos ⁷³, estando, no entanto, excluída do lucro tributável, conforme anteriormente explicado ⁷⁴. Esquemáticamente:



⁷³ As regras nacionais de contabilização das operações de reorganização, nos termos do SNC, encontram-se essencialmente nas NCRF 14 (concentrações de actividades empresariais) e a NCRF 15 (investimentos em subsidiárias e consolidação). A NCRF 14 prescreve o método contabilístico a aplicar pelas entidades que empreendem uma concentração de actividades empresariais. A concentração de actividades empresariais é definida como “a junção de entidades ou actividades empresariais separadas numa única entidade que relata”. Note-se que, do ponto de vista contabilístico, nem sempre a sociedade incorporante é tratada como a entidade adquirente, já que pode ocorrer que, em virtude da aplicação dos critérios da NCRF 14, o negócio considerado adquirido seja o daquela sociedade. Assim, pode suceder que, para efeitos contabilísticos, sejam os activos da sociedade incorporante a ser reavaliados a valor de mercado, por se considerar ser esta a entidade adquirida, permanecendo os activos da sociedade extinta ao seu valor de livros antes da fusão. Seja qual for a sociedade adquirente para efeitos contabilísticos, o certo é que os activos adquiridos por esta são sempre registados pelo seu justo valor. A sociedade adquirente não realiza qualquer ganho contabilístico, excepto quando o justo valor dos activos adquiridos seja superior ao custo da operação – que corresponde ao (i) justo valor dos activos cedidos, dos passivos incorridos e dos instrumentos de capital próprio emitidos pela adquirente e de (ii) todos os outros custos incorridos directamente atribuíveis à concentração de actividades empresariais. A sociedade adquirida nunca realiza qualquer ganho contabilístico porque deixa de existir para efeitos de reporte. Um aspecto essencial na contabilização das operações de fusão é a imputação do seu custo aos activos adquiridos pela entidade adquirente. Assim, na data da concentração, a entidade adquirente deverá reconhecer individualmente todos os activos e passivos identificáveis ao seu justo valor. O excesso do custo da concentração sobre a soma do justo valor dos activos e passivos identificáveis é registado como goodwill, sendo amortizável nos termos do alínea b) do n.º 1 do artigo 45.º-A. Pelo contrário, o excesso do justo valor líquido dos activos e passivos identificáveis da adquirida relativamente ao custo de concentração é reconhecido em resultados como um rendimento do exercício. Para uma análise mais detalhada desta temática, veja-se Magalhães Ramalho, “O Regime...”, cit., p. 174 e sgts.

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

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

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

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

2.3.5. Cisão simples

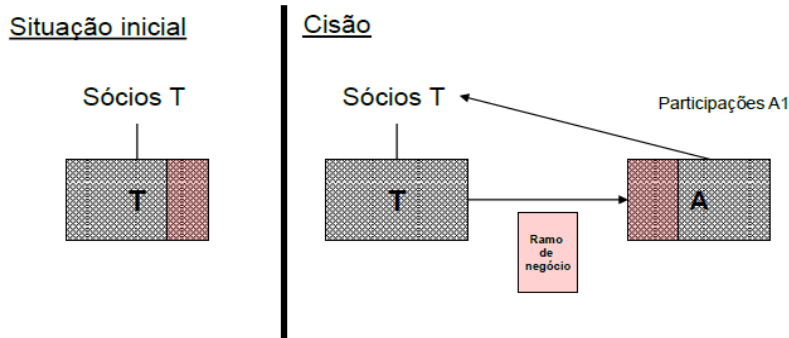
Na cisão simples, a sociedade cindida destaca uma parte do seu património⁷⁵ para com ele constituir uma nova sociedade. O valor nominal das participações nesta sociedade é reduzido (ou uma percentagem das participações é extinta), mas os Sócios adquirem, em “contrapartida”, participações na sociedade (ou sociedades) beneficiárias.

Ou seja:

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

⁷⁵ Note-se que o CSC exige que os activos que se destacam consistam em “bens que estejam agrupados de forma a constituírem uma unidade económica”.

Esquemáticamente:



O destaque da unidade económica pela **sociedade cindida** configura um evento de realização, susceptível de gerar ganhos tributáveis a nível desta entidade⁷⁶. Esses ganhos consistirão na diferença entre o justo valor dos activos cindidos⁷⁷ e a respectiva base fiscal⁷⁸.

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

Por outro lado, a extinção de parte das acções da sociedade cindida (ou a redução do seu valor nominal) configura um evento de realização na esfera dos sócios da sociedade cindida⁷⁹. Esse ganho consistirá na diferença entre o justo valor das participações da sociedade beneficiária adquiridas na cisão e a base fiscal das participações extintas na cisão (ou o justo valor da percentagem de capital reduzida)⁸⁰.

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

Esta situação foi corrigida em 2014, estabelecendo-se que os critérios para alocação da base fiscal externa das sociedades cindida e beneficiária no regime de neutralidade fiscal são aplicáveis também às operações realizadas ao abrigo do regime geral. Esses critérios encontram-se estabelecidos no n.º 3 do artigo 76.º do CIRC, nos termos do qual se determina que a base fiscal das participações da sociedade cindida deve ser repartida pelas participações

⁷⁶ Cf. al. c) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC. Note-se, a título de curiosidade, como esta norma tem um erro de concordância interna ao referir “realizadas pelas sociedades...” quando deveria dizer “realizada (a transferência de elementos patrimoniais) pelas sociedades.

⁷⁷ Cf. al. d) do n.º 3 do artigo 46.º do CIRC.

⁷⁸ Cf. n.º 2 do artigo 46.º do CIRC.

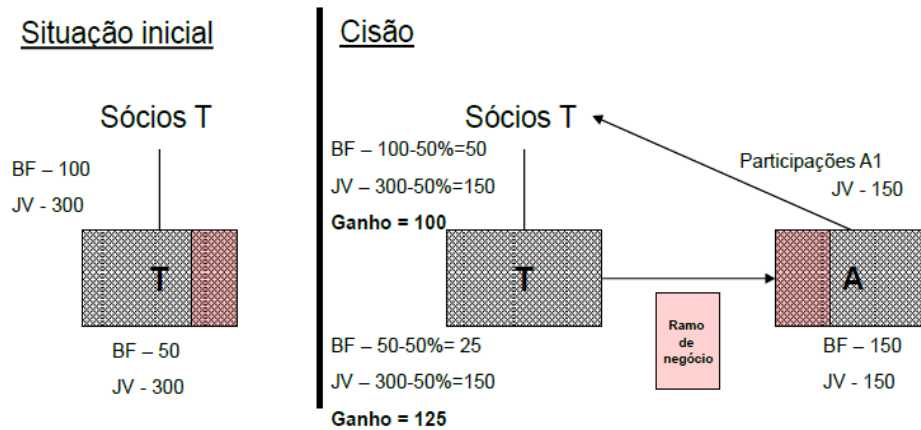
⁷⁹ Cf. al. d) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

⁸⁰ Cf. n.º 7 do artigo 46.º do CIRC.

recebidas e pelas que continuam a ser detidas na sociedade cindida, “com base na proporção entre o valor de mercado dos patrimónios destacados para cada uma das sociedades beneficiárias e o valor de mercado do património da sociedade cindida”⁸¹.

A sociedade beneficiária, por seu turno, não apura um ganho ou uma perda tributável nesta operação⁸² e adquire os activos cindidos com base fiscal original, correspondente ao seu justo valor.

Esquemáticamente:



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

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

⁸¹ Refira-se ainda que, mesmo no regime de neutralidade fiscal, até à Reforma de 2014, não era claro se o “valor do património da sociedade cindida” a considerar para efeitos de cálculo era o respectivo justo valor ou a base fiscal. A situação era agravada pelo facto de a redução do capital da sociedade cindida não ter que ser proporcional ao valor dos activos transmitidos, já que parte (ou mesmo a totalidade) deste valor pode ser compensada mediante uma redução das reservas livres da sociedade cindida. A aplicação de um ou outro critério permitia obter resultados distintos, nomeadamente diferir para um momento posterior parte dos ganhos latentes da sociedade cindida e dos seus sócios. Actualmente o CIRC dispõe expressamente que o valor a considerar é o justo valor dos activos.

⁸² Regista, porém, uma variação patrimonial positiva, equivalente ao justo valor dos activos adquiridos nesta operação, que, no entanto, pelas razões discutidas supra, se encontra excluída de tributação, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 21.º do CIRC

Assim sendo, a cisão acima descrita dá origem a um ganho de 125 a nível da Sociedade T (cindida), correspondente à diferença entre o justo valor dos elementos patrimoniais cindidos (50% do justo valor da totalidade dos elementos patrimoniais)⁸³ e a respectiva base fiscal (50% do total da base fiscal); e a um ganho de 100 a nível dos seus sócios (Sócios T), correspondente à diferença entre 50% do justo valor e 50% da base fiscal nas participações da Sociedade T.

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

3. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

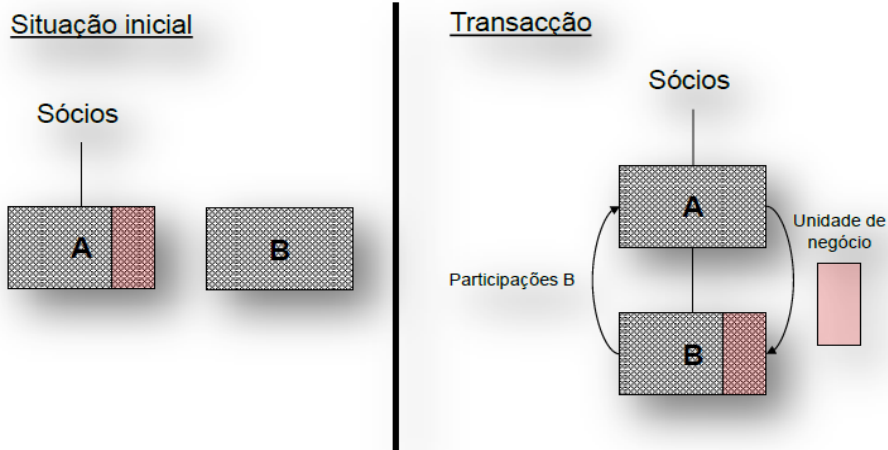
3.1. Enquadramento

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

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

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

⁸³ Sem prejuízo de, conforme atrás referimos, os ganhos e perdas deverem ser apurados individualmente para cada um dos elementos patrimoniais incluídos no ramo de actividade cindido.



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

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

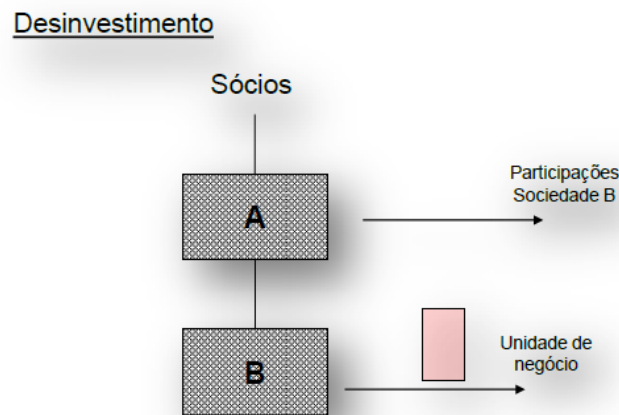
Acresce que da tributação destas operações resultariam consequências semelhantes àquelas que se verificariam num modelo de tributação pura do rendimento acréscimo, nomeadamente a potencial ausência de liquidez para satisfazer o pagamento do imposto.

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

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

Para o efeito, de um ponto de vista conceptual, podemos afirmar, na senda da doutrina norte-americana, que o sistema fiscal impõe um requisito adicional à susceptibilidade de inclusão das mais-valias no lucro tributável: o requisito do “reconhecimento”⁸⁴. Assim, nos casos em que à continuidade do investimento é conferida relevância fiscal, a efectiva tributação das mais-valias depende não só da sua “realização”, mas também do seu “reconhecimento”. Ou, visto na perspectiva inversa, o sistema fiscal pode determinar que as mais-valias realizadas não sejam reconhecidas para efeitos da sua inclusão no lucro tributável até que ocorra um efectivo desinvestimento.

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



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

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

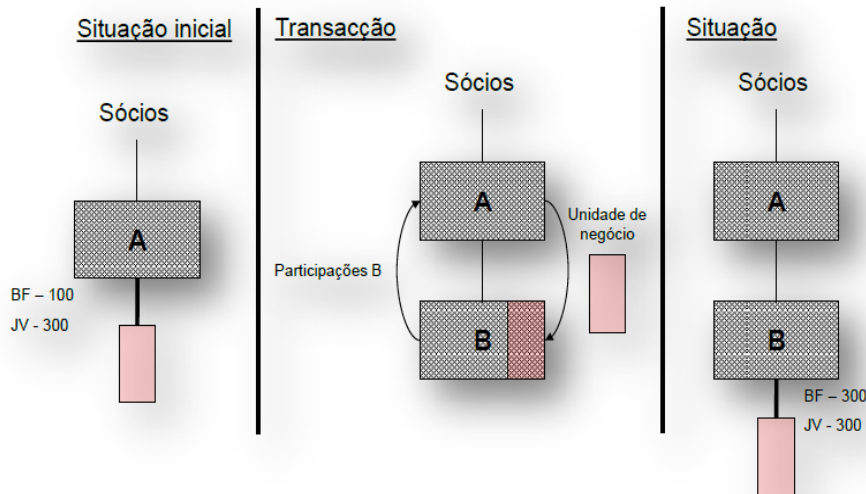
Para permitir que as mais-valias sejam reconhecidas no futuro (ou seja, que não fiquem definitivamente isentas), o sistema fiscal teve de adoptar um mecanismo de excepção às regras de atribuição de base fiscal original: o “mecanismo do diferimento de tributação através do transporte da base fiscal”.

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

⁸⁴ O requisito do reconhecimento está expressamente definido, nos EUA, na Secção 1001(c) do *Internal Revenue Code*.

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

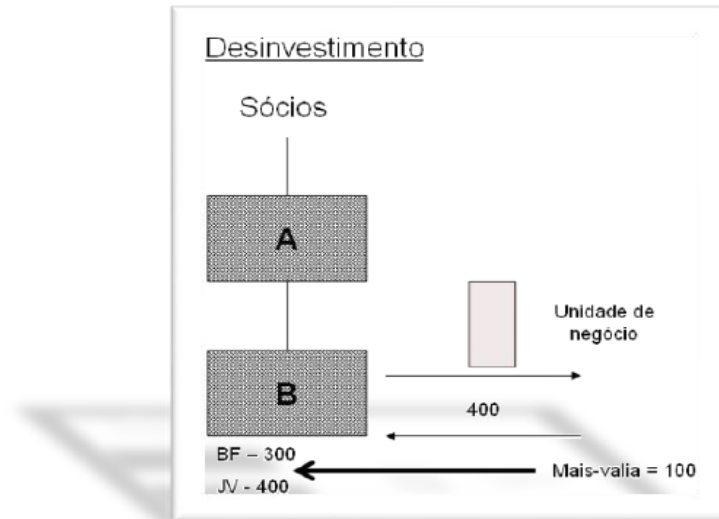
Esquemáticamente:



Neste exemplo, antes da operação, a unidade de negócio, cujo justo valor era de 300 tinha uma base fiscal de 100. Após a operação, se as regras gerais de determinação da base fiscal fossem aplicáveis também no contexto de operações em que os ganhos realizados não são reconhecidos, a Sociedade B reconheceria essa unidade de negócio com base fiscal original de 300⁸⁵. Note-se que se assim fosse, i.e. se as regras gerais de determinação da base fossem aplicáveis neste contexto, a mais-valia apurada, mas não reconhecida, na primeira transmissão (correspondente à diferença entre a base fiscal e o justo valor da unidade de negócio, no caso 200) não seria tributada numa futura transacção, já que a base de cálculo da mais-valia nesta transmissão seria a base fiscal de 300 reconhecida pela sociedade B na primeira transacção.

⁸⁵ Na realidade, a adquirente reconhece os activos que formam essa unidade de negócio individualmente, ou seja atribuindo uma base fiscal a cada um dos seus activos não correntes, que, no seu conjunto, corresponde, neste exemplo, ao valor global de 300. Para simplificar os exemplos que se seguem, faremos sempre referência ao valor desse conjunto, quando os exemplos se referirem a unidades de negócio.

Esquemáticamente:



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

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

- (i) O primeiro, que já vimos, é o não reconhecimento, para efeitos fiscais, das mais-valias realizadas na transmissão em causa (“**não reconhecimento**”);
- (ii) O segundo é que a base fiscal dos activos transmitidos é:
 - (a) Atribuída aos activos adquiridos pela transmitente em contrapartida dos activos transmitidos (“**substituição da base**”); e
 - (b) transportada com os activos transmitidos para a adquirente (“**transporte da base**”).

Ou seja, no primeiro caso, os activos adquiridos herdaram a base fiscal dos activos transmitidos e, no segundo caso, estes mantêm a sua base fiscal, apesar da transmissão para um novo proprietário.

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

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

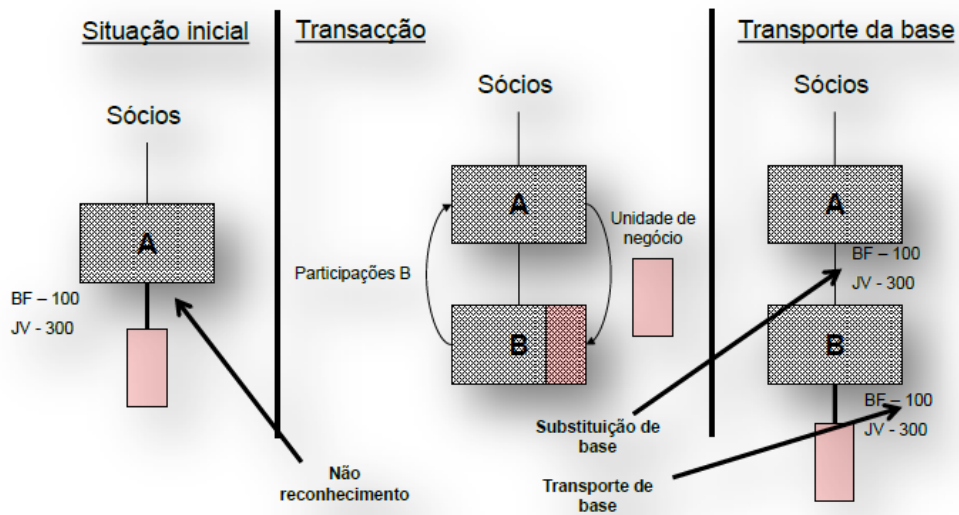
(i) A diferença entre a base fiscal dos activos transmitidos (100) e o justo valor da contrapartida (300), i.e. a mais-valia realizada, não é reconhecida para efeitos de tributação (por isso, a Sociedade A não é imediatamente tributada em resultado desta operação); e

(ii) A base fiscal dos activos que formam a unidade de negócio (que em conjunto é 100) é:

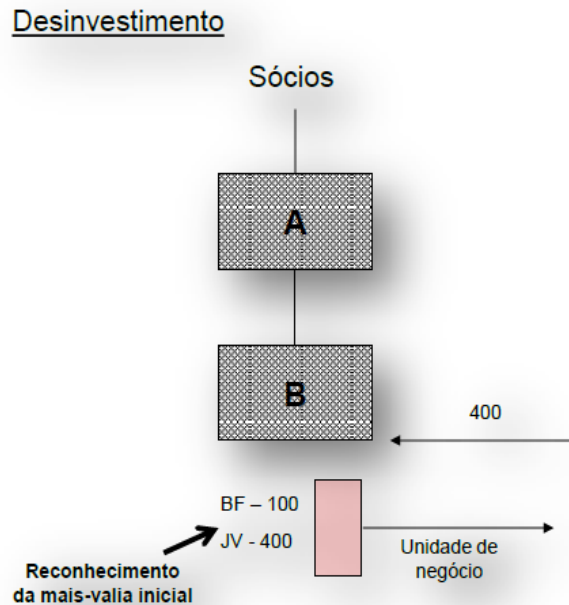
(a) Substituída para a base fiscal das participações na Sociedade B; e é

(b) Transportada, individualmente em relação a cada um dos activos, para a esfera da adquirente.

Esquemáticamente:



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



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

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



3.3. O regime de neutralidade fiscal no Código do IRC

A aplicação do regime de neutralidade fiscal consagrado no ordenamento nacional, sobretudo no CIRC (nos artigos 76.º e seguintes) mas também no CIRS (em particular no artigo 10.º)⁸⁶ produz dois efeitos fundamentais:

- (i) A neutralização, através do mecanismo de diferimento com transporte de base fiscal, das consequências fiscais típicas de um conjunto específico de negócios jurídicos; e
- (ii) A manutenção da soberania dos Estados-membros sobre os ganhos diferidos nessas operações, através da afectação dos activos transmitidos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária no Estado-membro da transmitente.

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

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

⁸⁶ Que resulta da transposição da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro.

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

Note-se que a grande maioria dos casos julgados nos tribunais, portugueses incluindo os arbitrais, relaciona-se com:

- (i) A elegibilidade das operações para o regime de neutralidade fiscal (discutiu-se, até à reforma do CIRC, se a fusão “inversa” era uma operação elegível);
- (ii) A verificação de determinados requisitos para essa elegibilidade (sobretudo relativamente ao conceito de “ramo de actividade”); e
- (iii) Casos em que não são concedidos os benefícios do regime porque a motivação principal para a operação é meramente fiscal.

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

4.1. Enquadramento geral do regime de neutralidade fiscal

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

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

Conclui-se, portanto, que o regime de neutralidade fiscal visa proteger operações que reúnem duas características fundamentais, nomeadamente:

- (i) Que não implicam um efectivo desinvestimento na empresa reorganizada (continuidade do investimento e da empresa); e

(ii) Cujo objectivo é atingir uma maior eficiência da organização dos meios de produção da empresa (vantagens organizacionais).

4.2. Os comportamentos de substituição

Sucedem, no entanto, que o regime de neutralidade fiscal introduz uma assimetria, ou descontinuidade, no sistema fiscal, permitindo que transacções com o mesmo efeito económico tenham consequências fiscais distintas. Conscientes desta realidade, os agentes económicos poderão utilizar essa assimetria em seu benefício, realizando manobras (“comportamentos de substituição”)⁸⁷ que visam enquadrar no regime de neutralidade operações que, formal ou substancialmente, não são elegíveis.

Quando uma empresa substitui, realiza transacções e/ou implementa estruturas (funcionais e/ou societárias) diferentes daquelas que realizaria ou implementaria na ausência das vantagens que levam a empresa a substituir o seu comportamento normal⁸⁸.

A partir do momento em que uma assimetria é criada no sistema fiscal a propensão para a adopção de comportamentos de substituição é inevitável. Quanto maior for a assimetria de tratamento fiscal entre transacções substitutas – e portanto, quanto maior for a redução do montante de imposto alcançada com a realização da manobra de substituição – maior será, em princípio, a indução ao comportamento de substituição⁸⁹.

4.3. Os problemas da substituição

4.3.1. Na óptica do ordenamento jurídico

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

⁸⁷ Neste contexto, “substituição” tem um sentido mais restrito do que o seu habitual sentido económico. Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações ...”, cit., p. 67 e seguintes. Sobre esta aproximação teórica, conhecida como *Microeconomic Approach to Tax Planning*, veja-se Lamb, M. & Lymer, A. “Interdisciplinary Research in Taxation: Research Approaches and Bibliographic Survey”, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales, 1999, p. 111 e Scholes, et al. “Taxes...”, cit., a “bíblia” deste movimento. Cf. também Schenk, Deborah H. “An Efficiency Approach to Reforming a Realization-Based Tax”, 57 Tax L. Rev. 503 (2004) e Weisbach, David A., “An Efficiency Analysis of Line Drawing in the Tax Law”.

⁸⁸ Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações aos Mecanismos...”, cit., p. 89.

⁸⁹ *Ibidem*. Cf. também Schenk, “An Efficiency...”, cit. p. 509; Schizer, David M. “Frictions as a Constraint on Tax Planning”, 101 Columbia Law Review 1312 (2001) e Scholes, et al. “Taxes...”, cit., p. 90.

Ao abrigo desse princípio, portanto, os agentes económicos podem optar por uma forma contratual que, obtendo os mesmos resultados económicos, é fiscalmente menos onerosa que as demais alternativas disponíveis. Ou seja, perante uma situação de ausência de neutralidade do sistema fiscal (i.e. uma assimetria), os contribuintes não estão obrigados a optar pela via que maximiza a receita pública⁹⁰, podendo, portanto, substituir o comportamento (i.e. o negócio jurídico) inicialmente previsto por outro que lhes seja fiscalmente menos oneroso.

A questão quanto à legitimidade da substituição surge, no entanto, quando a utilização da forma jurídica alternativa visa, e permite, obter um certo resultado (um benefício fiscal, por exemplo) ou a utilização de um certo meio (como seja um regime favorável) que se considera contrário aos valores estruturantes do ordenamento jurídico ou ao propósito específico desses benefícios ou desses regimes⁹¹.

Não está em causa a violação de normas concretamente consideradas, mas sim uma actuação que, cumprindo formalmente a lei, é contrária à intenção normativa expressa na ordem jurídica⁹². Nestes casos, a substituição, visando principalmente furtar o negócio à incidência de uma norma tributária, frustra uma intenção normativa expressa (i.e. a sujeição a imposto da capacidade contributiva que tipicamente se manifesta nesse negócio) e, em consequência, desvirtua um propósito normativo específico e a aplicação de princípios estruturantes (sendo o mais relevante o princípio da justa distribuição dos encargos tributários)⁹³.

4.3.2. Na óptica da eficiência económica

Além da potencial violação dos princípios estruturantes do sistema fiscal, a adopção de comportamentos de substituição pode levar os contribuintes a adoptarem estruturas ou negócios jurídicos menos eficientes e que só têm sentido na medida em que proporcionam vantagens fiscais que compensam essas ineficiências. Ou seja, a diminuição do valor económico, fruto da adopção de uma estrutura ou de um negócio jurídico menos apto, é compensada pela poupança fiscal obtida⁹⁴.

Nesses casos, substitui-se a forma adequada e mais eficiente pela forma que proporciona maior economia fiscal, levando a uma constante distorção do mercado, com o negócio ou a estrutura menos eficiente a substituir o negócio mais eficiente em termos puramente económicos⁹⁵.

⁹⁰ Saldanha Sanches, “Reestruturação...”, cit., pág. 41.

⁹¹ Saldanha Sanches, “Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, 2000, p. 20.

⁹² Veja-se, a título meramente exemplificativo, Saldanha Sanches “Manual...”, cit., p. 116 a122; Menezes Leitão, L., “A Evasão e Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal” em *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina 1999, p. 9 a 45; Gonçalo Avelãs Nunes, “Cláusula Geral Anti-abuso de Direito em Sede Fiscal – Art. 38º, N.º 2, da Lei Geral Tributária – à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal”, *Fiscalidade* n.º 3, Lisboa, Julho 2000, p. 39 a 62, ou ainda Lopes Courinha, Gustavo, “A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão”, (Almedina 2004).

⁹³ Cf. Saldanha Sanches, “Abuso de direito...”, cit., p. 21.

⁹⁴ *Ibidem* p. 25.

⁹⁵ *Ibidem* p. 25.

Neste sentido, a adopção de comportamentos de substituição é negativa por duas ordens de razões. Primeiro, pelos custos directos do planeamento fiscal (consultoria, etc.). De uma perspectiva económica, estes custos são considerados ineficientes, ou seja, geradores de “*deadweight loss*”. Segundo, pelos custos indirectos associados à substituição. Num mundo em que contratar tem custos, a implementação de estratégias de planeamento fiscal pode resultar em ineficiências significativas de natureza não fiscal. Por exemplo, as empresas poderão ser induzidas a implementar estruturas societárias e funcionais que não são as ideais de um ponto de vista operacional. As manobras de substituição podem igualmente resultar na transferência de recursos para uma sociedade que não assegure a maximização económica dos mesmos; na adopção de transacções mais complexas do que o necessário; e, bem assim, na implementação de transacções fora do seu período ideal de um ponto de vista operacional e económico (i.e., os chamados efeitos de *lock-in* e *lock-out*) ou, inclusivamente, no seu cancelamento. Todos estes efeitos comportamentais levantam sérias preocupações de uma perspectiva económica⁹⁶.

4.4. A reacção à substituição no âmbito do regime de neutralidade fiscal

4.4.1. Enquadramento geral

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

Por estas duas razões, o sistema fiscal adoptou mecanismos, entre os quais se destacam as normas anti-abuso⁹⁷, que permitem salvaguardar a correta aplicação dos seus princípios estruturantes e promover a eficiência económica. Encontramos um desses mecanismos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, que contém uma norma anti-abuso especificamente dirigida a evitar o aproveitamento, abusivo (i.e. para fins contrários ao seu propósito), das assimetrias criadas pelo regime de neutralidade fiscal⁹⁸.

A disposição do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC foi adoptada ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações⁹⁹, que, não sendo uma norma

⁹⁶ Cf. Rocha Mendes & Correia, “As Alterações aos Mecanismos...”, cit., p 93.

⁹⁷ Nomeadamente a cláusula geral anti-abuso (CGAA), estabelecida no n.º 2 do artigo 38.º da LGT e diversas cláusulas anti-abuso específicas, aplicáveis em áreas ou a práticas consideradas de elevado potencial abusivo. Para uma análise detalhada sobre a cláusula geral anti-abuso, ver entre outros, Courinha, “A Cláusula Geral ...”, cit.; Saldanha Sanches “O Abuso de Direito...”, cit.; e Taborda da Gama, João, “Acto Elisivo, Acto Lesivo – notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português”, RFDUL, XL, 1 e 2, p. 289-316.

⁹⁸ Por se tratar de uma norma anti-abuso específica, é à luz do disposto no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, e não da cláusula geral anti-abuso, que deverá ser analisada a legitimidade das operações protegidas pelo regime de neutralidade fiscal.

⁹⁹ Para uma descrição extremamente pormenorizada da história do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações, veja-se van den Broek, “Cross-border...”, cit., p. 288. O autor explica que na base desta

directamente transponível para o ordenamento jurídico dos Estados-membros¹⁰⁰, cumpre a seguinte dupla função:

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

Conclui-se, portanto, que o Estado português não estava obrigado a adoptar uma regra anti-abuso específica para as reorganizações, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações. Porém, o facto de ter optado por essa prerrogativa, e independentemente dos aspectos particulares da sua transposição¹⁰¹, deixa ainda em maior evidência a obrigação da AT e dos tribunais portugueses seguirem, na interpretação dessa norma, os princípios gerais do direito da União Europeia e a jurisprudência do TJUE¹⁰², sendo

regra estava o receio de utilização abusiva do regime de neutralidade fiscal em duas operações concretas: (i) a imediata venda das participações adquiridas numa permuta de partes sociais ou entrada de activos; e (ii) as cisões subjectivas. Ambas expressamente referidas na Declaração 9(a) do Conselho Europeu (ver nota de rodapé supra).

¹⁰⁰ Neste sentido veja-se Pilar Alguacil Maril, “La Doctrina Administrativa sobre el Motivo Económico Valido en las Reestructuraciones Societárias”, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 18.

¹⁰¹ Parece-nos que o legislador nacional assumiu, erradamente, que a norma anti-abuso da Directiva das Reorganizações se destinava a transposição directa para o nosso ordenamento. Este entendimento não é correto. O TJUE interpretou a referida norma anti-abuso da Directiva como “uma reserva de competência” a favor dos Estados-membros para a adopção das suas próprias medidas anti-elisivas (dentro dos limites impostos pela Directiva). Veremos mais adiante as consequências práticas deste equívoco. O facto de que se trata de um lapso do nosso legislador é evidente na análise da evolução da norma anti-abuso no nosso ordenamento. A sua versão inicial foi introduzida no CIRC no contexto da primeira transposição do regime da Directiva das Reorganizações (Decreto-lei n.º 123/92) e estabelecia que o regime de neutralidade fiscal “*poderá deixar de aplicar-se, total ou parcialmente, quando se conclua ter-se verificado o disposto no artigo 11.º da Directiva*” (artigo que actualmente corresponde ao artigo 15.º da Directiva). Só em 1998 (através do Decreto-lei n.º 366/98) é que a norma anti-abuso passou a ter uma redacção muito próxima da actual. O preâmbulo do mencionado Decreto-lei n.º 366/98 esclarece que, apesar da nova redacção, ainda assim a norma anti-abuso mantém um “*conteúdo idêntico à do artigo 11.º da Directiva*”.

¹⁰² Cf. Lang, Michael, “Cadbury Schweppes line of case law from the member state perspective”, de la Feria, R & Vogenauer, S “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 457. Na realidade, ainda que esta disposição não tivesse sido adoptada no CIRC, a eventual aplicação, em sua substituição, da cláusula geral anti-abuso às reorganizações estaria, ainda assim, balizada pelo direito da União Europeia, conforme se explica em maior detalhe na nota de rodapé 110 infra.

particularmente relevante para este efeito a doutrina da proibição do abuso de direito desenvolvida por este tribunal¹⁰³.

4.4.2. O abuso de direito na jurisprudência do TJUE

Face ao acima exposto, torna-se necessário analisar, ainda que de forma sumária, a jurisprudência do TJUE em relação à proibição do abuso de direito. Antes, porém, convém esclarecer que devido às idiosincrasias próprias do direito da União Europeia, o conceito de abuso de direito que tem vindo a ser jurisprudencialmente definido pelo TJUE é um conceito próprio do direito da União Europeia que não corresponde inteiramente ao conceito de abuso de direito ou de fraude à lei do ordenamento jurídico nacional (apesar do nosso acervo doutrinal relativo à fraude à lei ser de extrema utilidade para a análise daquele conceito numa perspectiva de direito comparado)¹⁰⁴.

O TJUE tem vindo a desenvolver o “seu” conceito de abuso de direito¹⁰⁵, aplicado a normas tributárias, essencialmente em dois contextos distintos¹⁰⁶:

- (i) No contexto da aplicação e interpretação do direito da União Europeia originário, onde se discute, essencialmente, a compatibilidade das normas anti-abuso de natureza fiscal estabelecidas no ordenamento jurídico dos Estados-membros com o direito da União Europeia primário (sobretudo as restrições que essas normas anti-abuso impõem sobre o exercício das liberdades fundamentais consagradas no TFUE)¹⁰⁷; e

¹⁰³ Realce-se que a aplicação, em concreto, da norma anti-abuso das reorganizações está sujeita às normas processuais estabelecidas no ordenamento jurídico português (dentro dos limites impostos pelo direito da União Europeia acima referidos), conforme analisamos de forma mais detalhada infra. Neste sentido, veja-se o Acórdão no Processo C-255/02 (Acórdão Halifax), que estabelece que é “ao órgão jurisdicional nacional que compete verificar, em conformidade com as regras de prova do direito nacional, contanto que a eficácia do direito comunitário não seja posta em causa, se os elementos constitutivos de uma prática abusiva estão preenchidos no litígio no processo principal (v. acórdão de 21 de Julho de 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb*, C-515/03, *Colect.*, p. I-7355, n.º 40)” (cf. Parágrafo 76 do Acórdão Halifax). No entanto, o Tribunal deixa claro que está dentro das suas competências “sendo caso disso, fornecer dados que permitam guiar o órgão jurisdicional nacional na sua interpretação” (cf. Parágrafo 77 do Acórdão Halifax).

¹⁰⁴ Cf. Schammo, Pierre, “Comments on Abuse of Rights in EU Law”, “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011.

¹⁰⁵ Conforme aponta João Félix Nogueira, “Abuso de Direito em fiscalidade direta”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, p. 237, a noção de abuso tem sido utilizada pelo TJUE como um “recipiente” onde têm cabimento todas das anteriores noções relativas à patologia tributária. Neste seu artigo, o autor faz uma análise interessantíssima e profunda da evolução do conceito de abuso (e da doutrina relativa à sua proibição) na jurisprudência do TJUE.

¹⁰⁶ Judith Freedman “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction”, in *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 367.

¹⁰⁷ Neste tipo de casos lidamos com a compatibilidade (face ao direito comunitário) de normas internas que efectivamente restringem o exercício de liberdades fundamentais. Nestes casos, o TJUE: (i) analisa se a norma nacional em causa restringe direitos comunitários; em caso afirmativo (ii) determina se essa restrição constitui um obstáculo efectivo ao mercado único; e se assim for (iii) verifica se existe uma justificação que legitime a imposição de tal obstáculo. Entre o elenco de justificações aceites pelo TJUE encontra-se a proibição do abuso de direito.

(ii) No contexto da aplicação concreta de normas do direito da União Europeia derivado, onde se discute, essencialmente, a obtenção de vantagens fiscais de forma semelhante à que seria uma actuação em fraude à lei – por particulares – através do exercício de direitos consagrados em normas do direito da União Europeia secundário.

Por este motivo, a proibição do abuso de direito surge na jurisprudência do TJUE sob duas formas distintas:

(i) Como um requisito de interesse público, susceptível de restringir a aplicação das liberdades fundamentais e que, na prática, influencia a forma como os Estados-membros formulam as suas normas anti-abuso; e

(ii) Como manifestação de um princípio (ou de uma regra interpretativa) do direito da União Europeia, que permite aos tribunais nacionais anular os efeitos do exercício (abusivo) de direitos consagrados nesse ordenamento¹⁰⁸.

No entanto, apesar de se manifestar de forma distinta, o TJUE utiliza o mesmo “teste de abuso” em ambos os contextos¹⁰⁹.

Apesar da jurisprudência do TJUE nesta matéria não estar consolidada, não se tendo atingido ainda a desejada certeza quanto ao conteúdo concreto, a verdadeira natureza e a formulação definitiva do teste para aplicação da proibição de abuso de direito no ordenamento jurídico da União Europeia, parece ser possível afirmar, de forma consensual, que a actual posição do TJUE se encontra reflectida na seguinte proposição¹¹⁰: uma determinada norma jurídica não será aplicada quando:

(i) A sua utilização pelo agente é abusiva, no sentido de que esse agente organizou artificialmente as suas actividades para poder dela beneficiar; e

(ii) Um conjunto de factos está clara e inequivocamente coberto pela previsão dessa norma jurídica; mas

¹⁰⁸ No Acórdão no Processo C-321/05 (Acórdão Kofoed), o TJUE analisou o conceito de abuso de direito na área fiscal numa perspectiva distinta das duas anteriormente referidas. Neste acórdão, o TJUE permitiu que a Dinamarca, que não tinha consagrado no seu ordenamento jurídico uma norma anti-abuso específica para as reorganizações, aplicasse os princípios gerais do seu ordenamento jurídico para limitar os benefícios da Directiva das Reorganizações, na condição de que o fizesse de forma coerente com os princípios do direito da União Europeia. Este acórdão está baseado na opção do legislador alemão de eliminar (em 2007) a cláusula anti-abuso específica consagrada no ordenamento jurídico alemão, passando as reorganizações neutras a estar sujeitas ao escrutínio das regras gerais anti-abuso internas (interpretadas de acordo com o direito da União Europeia).

¹⁰⁹ Terra & Watel, “European...”, cit. p. 363 e José Manuel Calderón Carrero “Una Vuelta de Trueca a la Interpretación de la Cláusula Antiabuso de la Directiva de Fusiones”, *Fiscalidade*, Instituto Superior de Gestão, Abril-Junho de 2012, p. 58.

¹¹⁰ Vogenhauer, Stefan, “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, “Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?”, Oxford Hart Publishing, 2011, p. 530.

(iii) O resultado da aplicação dessa norma seria contrário ao seu propósito¹¹¹.

A proibição do abuso de direito na jurisprudência do TJUE tem, portanto, subjacente a três elementos. O primeiro é que se verifica o cumprimento formal da previsão normativa, i.e. que a pessoa ou entidade que invoca a aplicação de uma determinada norma ou regime cumpre todos os seus requisitos de aplicabilidade.

O segundo é que a aplicação dessa norma é abusiva, no sentido de que, nesse caso específico, a norma é aplicável apenas porque os factos foram artificialmente organizados para que se verifique o cumprimento formal da previsão normativa¹¹². É essa artificialidade que transforma um comportamento formalmente lícito numa prática potencialmente abusiva¹¹³.

O terceiro é que a aplicação da norma, nesse caso, conduz a um resultado que é contrário ao seu propósito.

4.5. O n.º 10 do Artigo 73.º do CIRC

Pelas razões anteriormente referidas, é à luz da doutrina da proibição do abuso, desenvolvida pelo TJUE, que deve ser interpretada a norma anti-abuso prevista no n.º 10 do art.º 73.º do CIRC, que dispõe que: *“O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos 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*

¹¹¹ *Ibidem*. Encontramos todos estes elementos nos parágrafos 74 e 75 do Acórdão *Halifax*, que é considerado um dos Acórdãos-guia em matéria de abuso de direito, e no qual o TJUE estabelece que: *“A verificação da existência de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Directiva e da legislação nacional que transponha essa directiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições. Por outro lado, deve igualmente resultar de um conjunto de elementos objectivos que a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal. Com efeito, como precisou o advogado-geral no n.º 89 das suas conclusões, a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais”*. O primeiro elemento está incluído na expressão *“apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Directiva e da legislação nacional que transponha essa directiva”*. O segundo, a artificialidade, está formulado na seguinte frase: *“a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal”*. O terceiro na frase *“tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por essas disposições”*. A nossa aproximação à doutrina da proibição do abuso é realizada numa perspectiva um pouco distinta daquela utilizada pela maioria da doutrina, que, seguindo de perto a formulação do TJUE no Acórdão *Halifax* (e na posterior jurisprudência do TJUE sobre a matéria) identifica um elemento subjectivo, que se traduz na intenção primordial de obter vantagens fiscais, e um elemento objectivo, que se verifica quando essa vantagem fiscal for contrária ao objectivo prosseguido pelas normas comunitárias (de cobertura). Como é evidente, estamos na presença dos mesmos elementos, apenas formulados e apresentados de forma ligeiramente distinta.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem* p. 535.

quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”.

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

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

4.5.1.1. Verificação da previsão normativa

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

A elegibilidade da operação é uma condição prévia à aplicação da norma anti-abuso. Assim, a regra anti-abuso aplicar-se-á apenas quando todas as características exigidas para a subsunção de uma transacção a uma das operações definidas no regime seja inequívoca e todos os requisitos formais para a sua aplicação tenham sido cumpridos. A norma anti-abuso não pode ser utilizada para discutir o enquadramento formal de uma determinada operação no elenco das operações elegíveis¹¹⁴.

4.5.1.2. Artificialidade

O segundo elemento de uma prática abusiva é que a transacção em causa tenha sido organizada de forma artificial, i.e. que a subsunção a uma norma ou a um regime foi atingida apenas porque os factos foram artificialmente organizados para o efeito¹¹⁵. É essa artificialidade que transforma uma operação formalmente lícita numa prática potencialmente abusiva¹¹⁶. Este segundo elemento implica, por isso, que “as operações não são realizadas no âmbito de transacções normais, mas antes com o único objectivo de beneficiar abusivamente de uma disposição”¹¹⁷, ou seja, que as actividades económicas realizadas não podem ser

¹¹⁴ O TJUE pronunciou-se expressamente neste sentido, estabelecendo que “o regime fiscal comum instituído pela Directiva 90/434, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais” (cf. parágrafo 41 do Acórdão proferido no Processo C- 352/08 - Acórdão *Zwijnenburg*).

¹¹⁵ Vogenhauer, “The Prohibition...”, cit. p. 530.

¹¹⁶ *Ibidem* p. 535.

¹¹⁷ Cf. parágrafo 69 do Acórdão *Halifax*.

justificadas de nenhuma outra forma senão pelo facto de darem origem ao direito reivindicado¹¹⁸. A ausência dessa justificação demonstra a artificialidade da conduta, que, por seu turno, torna potencialmente abusiva a aplicação da norma invocada.

No contexto específico do regime de neutralidade fiscal, como veremos agora em maior detalhe, a artificialidade da operação verifica-se apenas quando ocorrem simultaneamente duas circunstâncias:

- (i) Que em resultado da operação de reorganização realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal sejam obtidas vantagens de natureza fiscal; e
- (ii) Que a obtenção dessas vantagens tenha sido o principal motivo para a realização dessa operação.

4.5.1.2.1. Obtenção de vantagens fiscais

Enquadramento

Encontramos a referência à primeira das circunstâncias acima identificadas, i.e. a exigência de que em resultado da operação de reorganização sejam obtidas vantagens fiscais, na expressão “*objectivos de evasão fiscal*” incluída no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC. O recurso ao conceito de “evasão fiscal”¹¹⁹ limita, necessariamente, o escrutínio da norma anti-abuso àquelas operações que visem a obtenção de vantagens fiscais. Não há “evasão fiscal” sem vantagens dessa natureza. Por essa razão, não há uma artificialidade relevante, para efeitos da aplicação do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, se da operação realizada não resultar qualquer vantagem fiscal.

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

Nesta fase do processo de análise da artificialidade da transacção cumpre determinar apenas, de forma totalmente objectiva, se a operação realizada dá origem a uma vantagem fiscal para

¹¹⁸ Cf. A.G. Poiares Maduro no caso *Halifax* (Parágrafo 91).

¹¹⁹ O conceito de “evasão fiscal” (*tax evasion*) evocado deve, contudo, ser objecto de interpretação extensiva, entendendo-se que foi utilizado de forma ampla, de modo abranger também a “elisão fiscal”, i.e. o abuso de direito (na jurisprudência do TJUE) e a fraude à lei fiscal (no nosso ordenamento jurídico). Caso contrário, a aplicação da norma anti-abuso restringir-se-ia aos casos de violação expressa de normas jurídicas (evasão fiscal em sentido estrito), solução que é incompatível com o propósito desta (e de qualquer outra) norma anti-abuso. Note-se, a este propósito, que na versão inglesa do artigo 15(1)(a) da Directiva das Reorganizações, referem-se objectivos não só de evasão fiscal (*tax evasion*) mas também de elisão fiscal (*tax avoidance*). A versão alemã emprega termos de significado equivalente: *steuerhinterziehung* (fraude fiscal) e *steuerumgehung* (fraude à lei fiscal). A redacção portuguesa da Directiva refere-se à “fraude e evasão fiscal”. Estas diferenças de terminologia reflectem as disparidades profundas quanto às reacções dos distintos ordenamentos aos comportamentos de substituição dos contribuintes. A propósito destas disparidades, veja-se Félix Nogueira, “Abuso de Direito.”, cit. p. 233 e seguintes.

os intervenientes na operação¹²⁰. A resposta a esta questão é, em nossa opinião e ao contrário do que aparenta, a tarefa mais complexa no processo de aplicação da norma anti-abuso das reorganizações e aquela que mais confusão tem gerado.

É que, é fácil confundir as vantagens instrumentais concedidas pela Directiva das Reorganizações, essencialmente o não reconhecimento das mais-valias realizadas na operação, com a utilização do regime de neutralidade fiscal para aproveitamento de vantagens fiscais. Como explicaremos já de seguida, em nossa opinião, o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal não pode ser considerado uma “vantagem fiscal” para efeitos de aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC. Esta conclusão é contra-intuitiva, mas, como veremos, é perfeitamente lógica¹²¹.

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

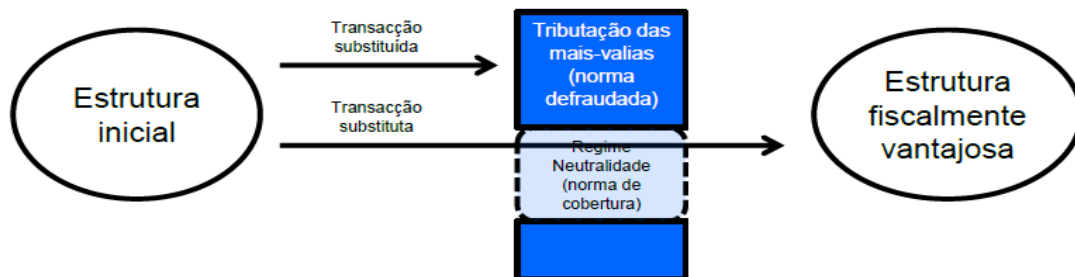
No contexto do regime de neutralidade fiscal, as normas defraudadas são sempre as normas de incidência fiscal sobre ganhos realizados na transmissão onerosa de activos. A tributação desses ganhos é o obstáculo que impede (ou dificulta) que o agente económico aceda às vantagens fiscais pretendidas. A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

Ou seja, os agentes adoptam transacções (substitutadas), formalmente elegíveis para o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), com vista à obtenção de um objectivo (a vantagem fiscal) alheio ao propósito do regime, de forma a evitar a tributação incidente (norma defraudada) sobre a transacção (substituída) que normalmente conduziria à realização

¹²⁰ Van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 292, sustenta que a aplicação do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações não exige que da operação resulte, efectivamente, uma vantagem fiscal, mas apenas que a intenção tenha sido a obtenção dessa vantagem. Não nos parece que seja assim. Por um lado, é difícil conceber um caso em que se leve a cabo uma reorganização em busca de uma vantagem fiscal que não se materializa. Por outro lado, parece-nos praticamente impossível demonstrar a intenção de obter uma vantagem fiscal se essa vantagem nunca se materializar. Finalmente, como veremos em seguida, mais do que a obtenção de uma vantagem fiscal que resulta imediatamente da reorganização levada a cabo, o que os agentes buscam na reorganização abusiva é colocarem-se em posição de poderem vir a materializar essa vantagem fiscal no futuro (ou em passos subsequentes), seja porque lhes permite, por exemplo, compensar prejuízos fiscais ou vender participações num curto espaço de tempo após a operação.

¹²¹ No decurso do caso *Zwijenburg* no supremo tribunal da Holanda, antes do seu envio ao TJUE, o advogado-geral Wattel propôs que fosse especificamente formulada ao TJUE a questão de saber se as vantagens instrumentais concedidas pela Directiva das Reorganizações poderia ser uma vantagem fiscal para efeitos de aplicação da norma anti-abuso. Infelizmente, o supremo tribunal holandês optou por não a incluir no elenco de perguntas que enviou ao TJUE. Veja-se a este propósito van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 306.

desse objectivo. O diferimento da tributação ao abrigo da neutralidade fiscal não é o objectivo do agente (i.e. não é a vantagem fiscal pretendida), mas apenas o meio utilizado para evitar os obstáculos fiscais que o impedem de aceder a esse objectivo (i.e. às vantagens fiscais pretendidas). Esquemáticamente:



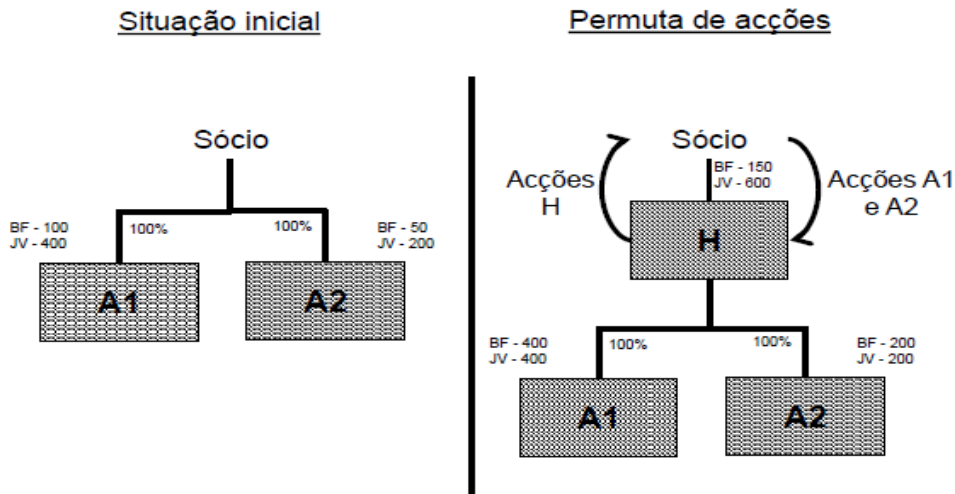
Este esquema pretende retratar a vontade do agente de alterar a estrutura inicial e atingir a estrutura fiscalmente mais vantajosa. A adopção da transacção normal, a transacção substituída, esbarra na tributação das mais-valias que seriam realizadas nessa hipótese, impedindo o agente de adoptar a estrutura fiscalmente mais vantajosa. A adopção de uma transacção substituta, utilizando a cobertura do regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), permite-lhe evitar o obstáculo da tributação das mais-valias (norma defraudada) e atingir o seu verdadeiro objectivo: a estrutura fiscalmente vantajosa (i.e. a vantagem fiscal).

Feito este enquadramento teórico, esta análise torna-se mais clara através de exemplos práticos. Assim, imaginemos uma situação em que um Sócio (pessoa singular) detém participações em duas sociedades (Sociedade A1 e Sociedade A2) e que, numa operação de permuta de participações realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, contribui estas duas sociedades para o capital de uma nova sociedade (Sociedade H).

Suponhamos ainda que a Sociedade A1 tem prejuízos fiscais e a Sociedade A2 resultados positivos e que a operação realizada permite que os lucros de uma sociedade sejam compensados, para efeitos fiscais, com os prejuízos da outra (através de um mecanismo de consolidação fiscal).

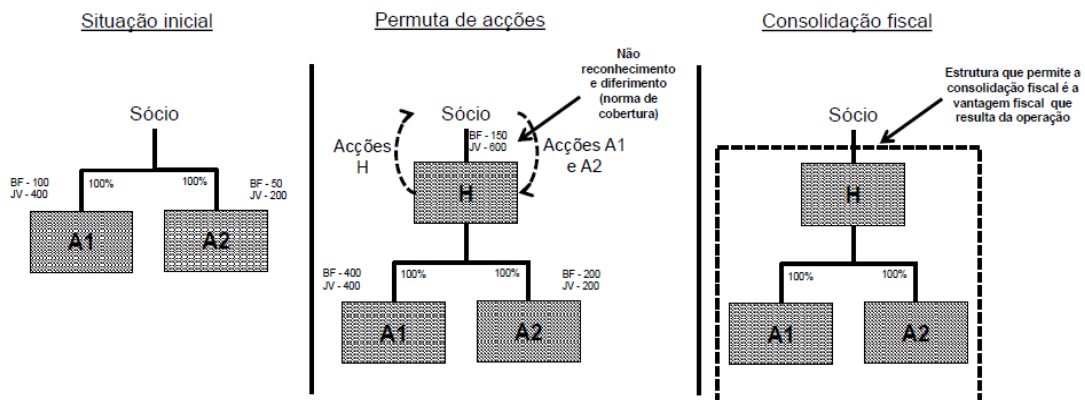
Este foi o caso analisado no Acórdão proferido pelo TJUE no processo C-28/95 (Acórdão *Leur-Bloem*).

Esquemáticamente:



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

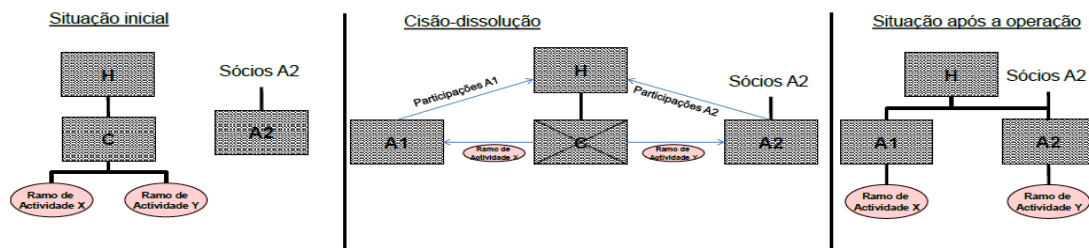
Esquemáticamente:



Visto nesta perspectiva, é evidente que a vantagem fiscal visada não é o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, mas sim a possibilidade de compensar os prejuízos fiscais que a estrutura final permite. Na verdade, nenhum agente económico realiza uma operação de reorganização empresarial só pelo facto de o poder fazer ao abrigo do

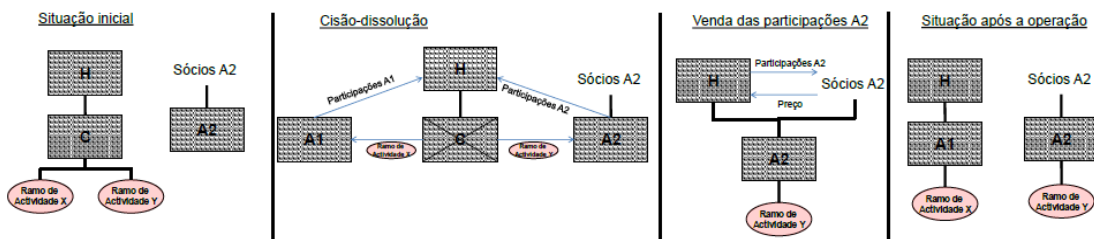
regime de neutralidade fiscal. É absurdo pensar, no exemplo acima descrito, que o Sócio realiza a permuta de partes sociais apenas porque o pode fazer sem tributação. Se fosse esse o motivo exclusivo, a operação nunca se realizaria. As operações de reorganização têm sempre uma motivação, algo que estimula os sócios a executá-la. Esse motivo, subjacente à decisão de reorganizar a empresa, é que poderá ser a obtenção de uma vantagem fiscal ou a obtenção de qualquer outro benefício económico.

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



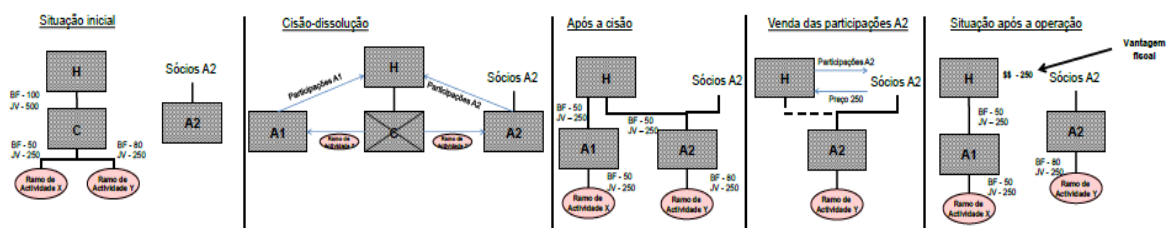
Conforme é evidente, esta operação, assim descrita, não gera qualquer vantagem fiscal. A Sociedade H limita-se a separar os seus dois negócios, sendo que um deles passa a partilhar com novos sócios (Sócios A2). Para o efeito recebe títulos da Sociedade A2 que representam o valor dos activos que contribuiu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

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



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

Ainda assim, esta situação, por si só, não permite comprovar a existência de vantagens fiscais. A determinação dessas vantagens exige uma análise ainda mais detalhada da operação. Suponhamos, agora, que a Sociedade C tem uma base externa de 100 e um justo valor de 500. Os seus ramos de actividade têm ambos o mesmo valor (250), sendo a base fiscal dos activos do Ramo de Actividade X 50 e do Ramo de Actividade Y 80. Suponhamos também que os ganhos realizados na transmissão das participações na Sociedade A2 beneficiam da *participation exemption*. Esquemáticamente:



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

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

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

A razão pela qual a identificação da vantagem fiscal não é tão evidente neste caso deve-se ao facto da estratégia para a sua obtenção depender da actuação concertada de diversas entidades, não de apenas uma (como no caso da permuta de partes sociais anteriormente exemplificado), e do facto de todos os passos da transacção serem interdependentes. Por isso, a operação não pode ser considerada apenas ao nível da transmissão realizada ao abrigo da neutralidade fiscal, mas sim no seu conjunto¹²². Nem tão-pouco pode ser analisada como se a Sociedade H e a Sociedade C actuassem de forma totalmente independente, porque na realidade não actuam dessa forma¹²³. E não o fazem porque são partes do mesmo conjunto económico e estão sujeitas ao controlo das mesmas pessoas (os sócios no topo da estrutura societária)¹²⁴.

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

No que se refere a este segundo aspecto, i.e. na perspectiva dos sócios, é fácil observar que, até ao momento da venda das acções da Sociedade A2 pela Sociedade H, não ocorre qualquer verdadeira transmissão dos activos “reorganizados”. Até lá, os detentores da Sociedade H mantêm o interesse económico nos activos cindidos. Até esse ponto, portanto, não há qualquer vantagem fiscal que possa ter motivado a transacção. Se apenas a cisão-fusão

¹²² Os tribunais norte-americanos desenvolveram a doutrina da *step-transaction* que permite, justamente, analisar as reorganizações neste prisma global. De acordo com esta doutrina, devem ignorar-se, para efeitos de aplicação das regras tributárias, todas as etapas intermédias de uma operação integrada, que quando analisadas individualmente carecem de substância. Ou seja, o enquadramento fiscal deve ter por base a transacção como um todo, desconsiderando-se todas as transacções intermédias, não substantivas, realizadas apenas para atingir o resultado final. Os tribunais norte-americanos geralmente enunciam três testes básicos para aplicação da referida doutrina:

(i) o teste de interdependência; (ii) o teste de resultado final; e (iii) o teste de compromisso obrigatório (*binding commitment*). Esta doutrina foi adoptada pela primeira vez em Portugal no acórdão proferido no processo n.º 04255/10, do TCA Sul, no qual o tribunal considerou que na situação *sub judice* se estava perante um conjunto complexo de actos que formavam uma unidade, o que permitiu aplicar a doutrina da *step transaction* e dar razão à Administração Tributária no sentido de que não se verificava a caducidade do direito a liquidar impostos, porque a contagem desse prazo se deveria fazer apenas desde o momento em que todos os actos interdependentes estivessem concluídos.

¹²³ No decurso do caso *Zwijnenburg* no supremo tribunal da Holanda, antes do seu envio ao TJUE, o advogado-geral Wattel propôs que fosse formulada ao TJUE a questão relativa a se a motivação dos sócios, não das sociedades reorganizadas, deveria ser considerada para efeitos da aplicação da norma anti-abuso. Infelizmente, o supremo tribunal optou por não a incluir no elenco de perguntas que enviou ao TJUE. Veja-se a este propósito van den Broek, “Cross-border...”, cit. p. 306.

¹²⁴ Esta conclusão está em linha com a análise do TJUE no Acórdão proferido no processo C-126/10 (Acórdão *Foggia*). Nesse caso, a propósito da análise sobre a presença de razões económicas válidas na fusão realizada, o TJUE adoptou a perspectiva do grupo de empresas ao qual as sociedades reorganizadas pertenciam. Em particular, veja-se a referência, nos parágrafos 47 e 48 do referido acórdão, ao “grupo em causa” e à “estrutura do grupo”. Veja-se a este propósito também a discussão sobre a natureza artificial das entidades jurídicas e os efeitos que o seu reconhecimento provoca no sistema de tributação do rendimento). Concluímos, nessas secções, que as sociedades são entes artificiais e que cumprem uma função meramente instrumental.

ocorresse, sem a posterior venda das acções de uma das sociedades beneficiárias, teríamos que concluir que a operação não geraria qualquer vantagem fiscal. Prova disso é a evidência, anteriormente discutida, de que a Sociedade H não a realizaria com base no mero facto de ela ser elegível para o regime de neutralidade fiscal. Por isso, haverá que concluir que a vantagem fiscal relevante para efeitos de aplicação da norma anti-abuso não é o diferimento da tributação ao abrigo da neutralidade fiscal, mas sim a possibilidade da Sociedade H poder transmitir esse património sem tributação. Ou seja, a reorganização neutral permitiu atingir uma estrutura que, por seu turno, permitiu à Sociedade H transmitir o valor respeitante ao Ramo de Actividade Y sem tributação.

Esta evidente vantagem fiscal na esfera da Sociedade H contrasta com a ausência de vantagens fiscais (ou económicas) na esfera das sociedades reorganizadas. Por um lado, a Sociedade C, individualmente considerada, não obtém qualquer vantagem (fiscal ou económica) na operação, uma vez que se extingue como efeito imediato da operação¹²⁵. Também a Sociedade A2 não obtém qualquer vantagem fiscal na operação. Bem pelo contrário, a aquisição dos activos numa operação neutral resulta numa desvantagem fiscal para a Sociedade A2, já que adquire os activos cindidos com base fiscal substituída, apesar de por eles ter pago o seu justo valor¹²⁶.

Ou seja, também neste exemplo concluímos que o não reconhecimento dos ganhos ao abrigo do regime de neutralidade fiscal é o mecanismo (norma de cobertura) que permite à Sociedade H colocar-se em posição de, evitando as regras de tributação das mais-valias sobre a transmissão de activos (norma defraudada), realizar a transmissão do valor relativo ao seu investimento no Ramo de Actividade Y sem tributação (vantagem fiscal visada).¹²⁷

¹²⁵ Ainda que a operação se estruturasse através de uma cisão simples, com o destaque apenas do Ramo de Actividade Y (sobrevivendo a Sociedade C com o Ramo de Actividade X), numa perspectiva individual, ainda assim se poderia argumentar que a Sociedade C não teria qualquer vantagem na operação, uma vez que sofreria uma amputação patrimonial (i.e. sem qualquer contrapartida pela transmissão do Ramo de Actividade Y) em tudo contrária ao seu interesse económico (egoisticamente considerado).

¹²⁶ Numa operação entre entidades não relacionadas, o normal seria que a Sociedade A2 exigisse partilhar a vantagem fiscal da Sociedade H (e a sua desvantagem fiscal), negociando, para o efeito, uma redução do preço de aquisição. Também este aspecto deixa em evidência que a vantagem fiscal surge ao nível da mais-valia realizada pela Sociedade H e não ao nível da Sociedade C.

¹²⁷ Há um caso de abuso em que a vantagem fiscal visada resulta directamente de uma ineficiência no regime de neutralidade fiscal. O exemplo paradigmático é o efeito de *step-up* da base fiscal externa das participações da sociedade adquirente nas permutas de partes sociais. Este efeito permite que os sócios nestas operações alienem de imediato as participações da sociedade adquirente, sem que realizem qualquer ganho. Neste caso, portanto, a vantagem fiscal visada pelos sócios na permuta de partes sociais neutral é o efeito de *step-up* na aquisição de activos, que resulta da mecânica normal dos impostos sobre o rendimento. A norma defraudada é a regra de tributação das mais-valias que resultariam da venda directa das participações da sociedade adquirida e a norma de cobertura é o diferimento da tributação ao abrigo do regime de neutralidade fiscal. A possibilidade dos sócios transmitirem as participações da sociedade adquirente imediatamente após a operação, sem realizar qualquer ganho, preocupou os Estados-membros desde os primórdios do regime de neutralidade fiscal. Os Estados-membros discutiram, inicialmente, duas alternativas para resolverem este problema: (i) não admitir o *step-up* da base fiscal externa das participações da sociedade adquirente; ou (ii) impor um limite temporal para a transmissão destas participações. No final, optou-se por não consagrar nenhuma das alternativas na Directiva, mas sim introduzir a norma anti-abuso agora prevista no n.º 1 do artigo 15.º da Directiva das Reorganizações.

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

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

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

Exclusão das vantagens fiscais que não se refiram a impostos abrangidos pela Directiva das Reorganizações

Além dos aspectos acima descritos, a decisão no Acórdão *Zwijnenburg* traz ainda à colação uma questão de extrema importância e que consiste em determinar se todas as operações de elisão fiscal estão sujeitas à norma anti-abuso das reorganizações ou se, pelo contrário, esta norma se aplica apenas às operações que visem vantagens fiscais em sede dos impostos sobre o rendimento cobertos pela Directiva das Reorganizações.

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

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

No entanto, não podemos deixar de estar em total desacordo com esta interpretação¹²⁸. Na verdade, parece-nos que o conceito de elisão fiscal, consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 15º da Directiva, não se pode circunscrever aos impostos cobertos pela Directiva. É que, como vimos, não sendo o diferimento da tributação, em si, a vantagem fiscal visada pelos agentes, mas sim o meio (norma de cobertura) que lhes permite aceder às vantagens fiscais visadas, não encontramos motivo para limitar o âmbito da norma anti-abuso apenas aos impostos previstos nessa norma de cobertura¹²⁹.

¹²⁸ Em sentido diametralmente oposto ao nosso entendimento veja-se, por exemplo, Calderón Carrero, “La Vuelta...”, cit. p. 67; van den Broek, “Cross-border...”, cit.

¹²⁹ Tem sentido limitar a cláusula anti-abuso das reorganizações aos casos em que a norma defraudada é um dos impostos cobertos pela Directiva. Aliás, considerando os benefícios concedidos na Directiva, será sempre esse o caso. Ou seja, o regime de diferimento da tributação previsto na Directiva será sempre usado como norma de cobertura para defraudar as normas que tributam as mais-valias no ordenamento interno dos Estados-membros. Se assim não fosse, seria inútil retirar a uma determinada operação os benefícios do diferimento da tributação. Parece-nos, no entanto, que o TJUE terá confundido a vantagem fiscal com a norma defraudada, considerado (no Acórdão *Zwijnenburg*) que a norma defraudada foi a norma de incidência do imposto sobre a transmissão dos imóveis, o que, como explicámos acima, não nos parece acertado. Pelo contrário, parece-nos que as normas defraudadas foram aquelas que tributam as mais-valias e que eram o obstáculo que impedia que os agentes se colocassem numa posição em que pudessem beneficiar da vantagem fiscal visada (a não tributação da venda das acções em sede de imposto sobre a transmissão dos imóveis). Poderá ter ajudado à confusão do TJUE o facto de também o regime de tributação da transmissão dos imóveis ter sido defraudado nesta operação. É que, a própria transmissão do negócio (por venda, fusão ou qualquer outro meio) com o único intuito de evitar aquela tributação é defraudatória. Porém, esta fraude à lei ocorre no momento em que se decide transmitir o negócio de uma sociedade à outra, independentemente da forma em que ocorre. O abuso ao regime de neutralidade fiscal, neste caso, está a jusante dessa primeira fraude à lei, ocorrendo quando, uma vez tomada a decisão de transmitir o negócio para

O TJUE parece ter confundido, nesta decisão, a norma defraudada com a vantagem fiscal pretendida. É que, se é certo que a norma anti-abuso só produz efeitos úteis quando a norma defraudada é uma regra de imposto sobre o rendimento¹³⁰, nada impede que os agentes económicos utilizem o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura) para afastar normas de tributação sobre o rendimento (norma defraudada) com o objectivo de lograr vantagens fiscais em sede de outros impostos.

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

No entanto, essa não foi a posição adoptada pelo TJUE. Assim, em conclusão, a operação só será abusiva, nos termos definidos no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, se existir uma vantagem fiscal em sede dos impostos sobre o rendimento previstos na Directiva das Reorganizações. A ausência de uma tal vantagem fiscal implica que a operação não pode ser considerada, nesses termos, artificial e, conseqüentemente, não lhe poderá ser negada a aplicação do regime de neutralidade fiscal¹³¹.

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

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

Note-se que a demonstração da motivação subjacente à operação, para estes efeitos, não exige que seja feita prova da intenção subjectiva dos agentes económicos. De acordo com o TJUE, a análise deve ter em consideração o objectivo essencial da operação, conforme resulte

defraudar o regime de tributação da transmissão de imóveis, se opta por utilizar o regime de neutralidade fiscal para evitar a tributação sobre as mais-valias realizadas nessa transmissão do negócio.

¹³⁰ Só nestes casos é que a norma anti-abuso produz efeitos úteis, já que a consequência da sua aplicação é a anulação dos efeitos do diferimento da tributação. Se os agentes não tiverem utilizado a cobertura do regime de neutralidade fiscal para defraudar normas de imposto sobre o rendimento, a reposição do regime geral de tributação será inócuo.

¹³¹ Questão curiosa é saber se esta operação, estando fora do âmbito da norma anti-abuso das reorganizações, pode ser “atacada” ao abrigo da cláusula geral anti-abuso do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

aparente da análise objectiva dos resultados produzidos¹³². A motivação deve ser, portanto, objectivamente determinada. Para o efeito, é essencial averiguar da presença, ou da ausência, de uma justificação económica para além da obtenção das vantagens fiscais obtidas¹³³. Ou seja, a motivação deve ser estabelecida *a contrario*. Na presença de uma vantagem fiscal e na ausência de outra motivação, conclui-se que a motivação é fiscal.

Por exemplo, uma reestruturação societária em resultado da qual se obtém uma nova estrutura jurídica que permite a consolidação fiscal, mas que é comparativamente menos eficiente, do ponto de vista económico, do que a estrutura original, apenas se justifica na exacta medida em que a vantagem (poupança) fiscal inerente à possibilidade de compensação dos prejuízos fiscais exceda as ineficiências (os custos acrescidos ou a diminuição dos rendimentos) da nova estrutura jurídica¹³⁴. Neste cenário, na ausência de qualquer outra justificação económica, é indiscutível que a operação foi essencialmente motivada pela obtenção de uma vantagem fiscal. É que, num mundo sem impostos, essa operação nunca seria realizada.

Porém, refira-se que não é necessário que a motivação seja exclusivamente fiscal para que a operação possa ser considerada artificial, bastando que a obtenção de vantagens fiscais tenha sido a razão preponderante¹³⁵. Esta é também a opinião da AT, que entende que *“a exigência legal de que a fusão tenha por motivação razões económicas válidas dirige-se, na sua essência, a excluir do regime as operações que visem apenas, ou principalmente, conseguir uma vantagem fiscal”*¹³⁶ (sublinhado nosso).

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

O TJUE abordou esta questão no Acórdão *Foggia*, a propósito da fusão por incorporação de uma sociedade gestora de participações sociais, com avultados prejuízos fiscais mas já sem qualquer actividade efectiva, noutra sociedade gestora de participações sociais. No referido acórdão, o TJUE pronunciou-se no sentido de que *“nada obsta, em princípio, a que uma operação de fusão que proceda a uma reestruturação ou a uma racionalização de um grupo e que permita reduzir os seus encargos administrativos e de gestão possa prosseguir razões económicas válidas. Contudo, não será esse o caso de uma operação de incorporação, como a que está em causa no processo principal, da qual parece resultar que, atendendo à dimensão*

¹³² Cf. Parágrafos 75 e 86 do Acórdão *Halifax*.

¹³³ Vogenauer, “The Prohibition...”, cit., p. 539

¹³⁴ Bem como os custos de transacção e todas as demais fricções à adopção de comportamentos de substituição.

¹³⁵ Cf. parágrafo 33 do Acórdão *Foggia*.

¹³⁶ Cf. Despacho n.º 3137/2003, de 18 de Dezembro.

do benefício fiscal esperado, isto é, mais de 2 milhões de euros, a economia feita pelo grupo em causa, em termos de estrutura de custos, é perfeitamente marginal” (cf. parágrafo 47).

Ou seja, o TJUE, perante a ausência de qualquer vantagem económica, para além de meros efeitos incidentais¹³⁷ e marginais¹³⁸ da operação, conclui que os motivos essenciais da operação são essencialmente fiscais e que, por esse motivo e nesse sentido, a operação é artificial.

Neste caso, porém, estávamos numa situação em que não só o peso das vantagens fiscais era incomparavelmente superior aos ganhos de eficiência obtidos, como estes foram inclusivamente considerados como “perfeitamente marginais”. Não resulta claro desta decisão, por esse motivo, qual será o critério a aplicar em situações em que as vantagens não fiscais, não sendo preponderantes (porque são claramente inferiores às vantagens fiscais obtidas), justificariam, ainda assim e por si só, a realização da operação. Será que as vantagens não fiscais só serão desconsideradas enquanto elemento motivacional quando sejam “perfeitamente marginais”? Ou será que o TJUE propõe a aplicação de um teste de ponderação quantitativo e qualitativo de motivos fiscais e não fiscais, numa base essencialmente casuística? Se foi esta a intenção do TJUE, parece-nos que a aplicação da norma anti-abuso se tornou extremamente complexa (pela sua subjectividade) e que poderá ter um impacto fortemente negativo na utilização do regime de neutralidade fiscal (pela sua falta de previsibilidade)¹³⁹.

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

O terceiro elemento das reorganizações abusivas, neste contexto específico, é a incompatibilidade do resultado obtido (i.e. a aplicação do mecanismo do diferimento da tributação à operação realizada) com o propósito e os princípios subjacentes ao regime de neutralidade fiscal¹⁴⁰.

¹³⁷ A este propósito o TJUE chama a atenção para o facto de que *“a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo”* (cf. parágrafo 48 do Acórdão *Foggia*).

¹³⁸ Nomeadamente as poupanças relativas a custos de estrutura, conforme indica o TJUE no parágrafo 47 do Acórdão *Foggia*.

¹³⁹ Conforme aponta Calderón Carrero, “La Vuelta...”, cit. P. 63, se bem que o autor acaba por concluir que o acórdão *Foggia SGPS* alinha a aplicação do teste de razões económicas válidas com a linha jurisprudencial geral sobre proibição de abuso, não exigindo o referido teste de motivos, mas apenas deixando claro que quando os motivos não fiscais sejam claramente marginais face às vantagens fiscais obtidas, se deverá aplicar a presunção prevista na norma anti-abuso (veremos, em seguida, que em Portugal a presunção a que se refere o autor não é aplicável).

¹⁴⁰ Conforme refere Casalta Nabais, “Direito...”, cit., p. 227, do princípio do Estado fiscal deriva a liberdade de as empresas escolherem as formas de actuação menos onerosas possíveis do ponto de vista fiscal, podendo mesmo praticar actos ou celebrar contractos com o único intuito de reduzir ou eliminar impostos, conquanto que esta opção não seja veiculada através da utilização de meios ou instrumentos inadequados ao objectivo ou objectivos económicos pretendidos. Neste sentido é particularmente interessante o Acórdão proferido no processo C-196/04 (Acórdão *Cadbury*). Nesse caso, uma sociedade residente num Estado-membro constituiu e dotou de capitais sociedades noutra Estado-

O juízo quanto à violação da intenção normativa do regime implica uma análise prévia dessa intenção normativa. Assim, cabe recordar que o regime de neutralidade fiscal foi consagrado porque os Estados-membros reconhecem que a busca da máxima eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal superior aos seus interesses creditícios (fiscais)¹⁴¹, e que, por essa razão, mas só por essa, aceitam o diferimento da tributação para que o imposto sobre o rendimento não constitua um entrave às operações que visem essa **eficiência**. Cabe notar também que apenas estão abrangidas pelo regime as reorganizações que não impliquem qualquer descontinuidade no investimento e da empresa, i.e. aquelas operações que se encontram na fronteira da realização (**continuidade**)¹⁴².

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

Quanto à **primeira característica**, é evidente que a abdicação de receita fiscal pelo Estado apenas se justifica quando as reestruturações ou reorganizações empresariais em causa resultem na adopção de estruturas mais eficientes. É óbvio, portanto, que o regime é aplicado para outro propósito quando se conclua que a estrutura visada na reorganização, do ponto de

membro com o único objectivo de beneficiar do regime fiscal mais favorável em vigor neste último Estado. Após concluir que a *ratio legis* da liberdade de estabelecimento é permitir que um nacional comunitário participe, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela retire benefício, o TJUE concluiu que, no caso analisado, independentemente da demonstração da intenção predominante de obter uma vantagem fiscal, o propósito normativo da liberdade de estabelecimento não tinha sido violado, porque efectivamente a entidade em causa se instalou no Estado-membro de destino e, como tal, utilizou a liberdade de estabelecimento para os fins para os quais esta foi criada. A aplicação desta lógica no contexto do regime de neutralidade fiscal não é tão evidente. É que, ao contrário do que sucede neste regime, o exercício da liberdade de estabelecimento não é incompatível com uma motivação exclusivamente fiscal. Ou seja, um nacional de um Estado-membro pode decidir instalar-se noutra Estado-membro com a única e exclusiva intenção de beneficiar do seu regime fiscal. Instalando-se, de facto, fica satisfeita a intenção normativa da liberdade de estabelecimento, sendo irrelevante a motivação subjacente. Pelo contrário, o regime de neutralidade fiscal, tendo subjacente a intenção de facilitar a obtenção de eficiências organizacionais a nível das empresas, é incompatível com uma motivação exclusivamente fiscal, i.e. com um resultado em que não surjam quaisquer outras vantagens económicas.

¹⁴¹ Essa hierarquia de valores encontra-se expressa no ponto 11 do preâmbulo do CIRC, onde se estabelece que a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial não devem ser dificultados, mas antes incentivados, e que serão criadas condições para que aquelas operações não encontrem qualquer obstáculo fiscal à sua efectivação, desde que, pela forma como se processam, esteja garantido que apenas visam um adequado redimensionamento das unidades económicas. Encontramos esse mesmo reconhecimento no preâmbulo da Directiva das Reorganizações, em particular no esclarecimento de que o principal objectivo do regime de neutralidade aí consagrado é a eliminação dos obstáculos fiscais às reorganizações empresariais, permitindo, dessa forma, que as empresas: “se adaptem às exigências do mercado comum; aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional”.

¹⁴² O artigo 73.º do CIRC, sob a epígrafe “definições e âmbito de aplicação”, tipifica as operações societárias que podem beneficiar do regime de neutralidade fiscal. Existe uma característica comum a estes negócios jurídicos: em todos eles, a contrapartida pela transmissão dos activos recebida pela sociedade transmitente, ou pelos seus sócios, consiste (quase) exclusivamente em participações sociais da adquirente. Esta característica implica que, em todas essas operações (excepto em alguns casos de cisão-dissolução), a sociedade transmitente, ou os seus sócios, mantêm um interesse económico nos activos transmitidos (continuidade do interesse).

vista empresarial, não apresenta, e razoavelmente nunca poderia apresentar, qualquer vantagem económica.

Pelo contrário, ainda que a operação seja motivada essencialmente por razões fiscais, em teoria, o propósito normativo do regime de neutralidade fiscal não será violado se a estrutura resultante da reorganização for mais eficiente que a estrutura pré-reorganização, uma vez que essa operação permite atingir os ganhos de eficiência pretendidos pelos Estados-membros¹⁴³.

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

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

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

¹⁴³ A este propósito, van den Broek, “Cross-border...”, cit., p. 294 apresenta um exemplo de uma situação em que, na opinião desse autor, o propósito normativo não é violado, mas com o qual não estamos de acordo. Na opinião do referido autor, a transferência da sede social, ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, de um Estado-membro para outro Estado-membro, com o único propósito de beneficiar de uma menor taxa de imposto, não é abusiva porque “*the company simply exercises its right of establishment*”. Parece-nos que o autor confunde o propósito normativo da Directiva das Reorganizações com o propósito normativo da liberdade de estabelecimento. A Directiva das Reorganizações não foi implementada para facilitar a liberdade de estabelecimento, mas sim para criar estruturas mais eficientes. Se a redomiciliação não for mais eficiente, e se concluir que apenas visou uma menor tributação, parece-nos que o regime de neutralidade fiscal foi utilizado em violação da sua intenção normativa.

Estaremos, nesses casos, perante uma evidente criação artificial de condições para aplicação do regime de neutralidade fiscal. Este será o caso, por exemplo, de uma permuta de participações em que, imediatamente após a operação, os sócios da sociedade adquirida transmitem as participações da sociedade adquirente. É óbvio que a operação de permuta cumpre os requisitos formais para aplicação do regime de neutralidade fiscal, porém, analisado o negócio numa perspectiva global¹⁴⁴, poder-se-á chegar à conclusão de que foi desrespeitada a continuidade do interesse dos sócios da sociedade adquirida e que, nessa medida, a reorganização viola o propósito normativo do regime de neutralidade fiscal. Podemos concluir, portanto, que a transacção verdadeiramente pretendida pelas partes foi “transformada” temporariamente em permuta de partes sociais de forma a poder beneficiar de um regime que não lhe era aplicável.

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

Além dos três elementos essenciais acima descritos, o n.º 10 do artigo 73.º descreve ainda duas situações nas quais se deve considerar existirem fortes indícios de abuso, “nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas”¹⁴⁵.

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

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

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

¹⁴⁴ Por exemplo ao abrigo da doutrina de *step transaction*, acima descrita e já acolhida pelos tribunais portugueses.

¹⁴⁵ Também a Directiva das Reorganizações estabelece que “o facto de uma das operações referidas (...) não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais”.

Note-se, contudo, que, ainda assim, as presunções sobre normas de incidência, em direito fiscal, são sempre ilidíveis¹⁴⁶, pelo que admitem prova em contrário e podem ser afastadas através do procedimento descrito no artigo 64.º do CPPT. Desta forma, ainda que a norma anti-abuso estabelecesse uma presunção, seria possível demonstrar que, apesar da verificação do “facto conhecido” (a ausência de motivos económicos, por exemplo) o “facto desconhecido” (operação abusiva) não se verificou, cabendo, contudo, o ónus desta prova ao contribuinte. A este competiria demonstrar, portanto, a ausência de qualquer um dos três elementos do abuso acima analisados.

Porém, em nossa opinião, o n.º 10 do artigo 73.º não estabelece qualquer presunção¹⁴⁷. Esta opinião baseia-se, antes de mais, na própria redacção da norma anti-abuso, em particular na expressão “pode considerar-se verificado, nomeadamente”. É que, primeiro, esta expressão não pode ser considerada equivalente a expressões como “considera-se verificado” ou “presume-se” que, aliás, constam da própria Directiva das Reorganizações e poderiam ter sido facilmente adoptadas no CIRC, se fosse essa a intenção do legislador. Segundo, a redacção do n.º 10 do artigo 73.º do CIRC permite ao intérprete uma aplicação discricionária da norma (“pode”) que, no âmbito do direito fiscal, é incompatível com uma presunção legal. Terceiro, a inclusão da palavra “nomeadamente” na referida norma implica que, além das duas situações expressamente contempladas, existiriam outras presunções, inominadas, situação que, uma vez mais, é inadmissível à luz do direito fiscal.

Também a própria AT tem vindo a expressar o entendimento de que esta norma anti-abuso não estabelece qualquer presunção. De facto, no entendimento veiculado no Despacho da Direcção de Serviços de IRC P 771/2002 de 17 de Janeiro de 2004, a AT refere que “*Do espectro de medidas anti-abuso consagradas no Código do IRC, apenas está sujeita ao procedimento a que se refere o artigo 63.º do Código do Procedimento e de Processo Tributário a prevista no n.º 10 do artigo 67.º*” (que corresponde ao actual n.º 10 do artigo 73.º do CIRC). Ora, conforme o Acórdão 7464/02 do TCA, o procedimento especial estabelecido no Artigo 63.º do CPPT não tem aplicação no caso de normas anti-abuso que estabelecem presunções ilidíveis ou a mera inversão do ónus da prova. É certo que, desde então, o âmbito do artigo 63.º do CPPT foi restringido (na Lei do Orçamento do Estado para 2012) à aplicação da cláusula geral anti-abuso e que o despacho acima referido foi revogado pelo despacho 2890/2007, de 13 de Março de 2012. Note-se, contudo, que, conforme expressamente refere a AT, a revogação do referido despacho não se deve ao reconhecimento de que o n.º 10 do artigo 73.º estabelece qualquer presunção (caso em que o procedimento descrito no artigo 63.º do CPPT não seria aplicável), mas sim porque, no contexto da aplicação daquela norma anti-abuso, “*não é necessário desconsiderarem-se os efeitos da operação, mas apenas retirar os benefícios previstos no regime especial*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. artigo 73.º da LGT.

¹⁴⁷ Note-se que diversos autores têm uma interpretação distinta da nossa, no sentido de que o CIRC estabelece uma presunção de abuso, não meros indícios.

¹⁴⁸ Conforme veremos infra, entendemos que o procedimento correto para aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC é aquele previsto no artigo 63.º do CPPT.

Finalmente, parece-nos irrelevante o facto do n.º 1 do artigo 15.º da Directiva autorizar os Estados membros a presumirem o abuso quando se demonstre a ausência de razões económicas. É que, como vimos anteriormente, essa disposição não foi concebida para transposição directa para os ordenamentos jurídicos nacionais, nem tem efeito directo¹⁴⁹, como deixou claro o TJUE nos *Acórdãos Leur-Bloem, Kofoed e Zwijnenburg*. A Directiva das Reorganizações limita-se a permitir aos Estados- membros a consagração de normas anti-abuso aplicáveis no contexto do regime de neutralidade fiscal e a impor certas características e limites à formulação e aplicação dessas normas. Fica, portanto, ao critério dos Estados-membros introduzir essas normas, ou aplicar princípios gerais anti- abuso estabelecidos na legislação nacional (v. acórdão *Kofoed*), definir o seu escopo e determinar os procedimentos a adoptar para a sua aplicação, de acordo com a legislação nacional mas dentro das balizas impostas pelo Direito da União Europeia. Assim sendo, não é minimamente contraditório com o direito da União Europeia que se tenha estabelecido no CIRC um regime menos exigente que aquele que lhe era permitido, nomeadamente não se estabelecendo qualquer presunção legal na norma anti-abuso específica das reorganizações¹⁵⁰.

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

4.5.2.2. Operação com entidades sujeitas a regimes de tributação distintos

Uma das duas situações descritas no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC como indiciadoras de uma operação abusiva é o facto de essa operação envolver entidades sujeitas a distintos regimes de tributação em sede de IRC. Esta previsão parece-nos absolutamente surpreendente e pode ter sido justificada pela existência, à data da sua redacção, de um regime especial de tributação na Zona Franca da Madeira¹⁵¹. Pretender-se-ia assinalar à AT a forte probabilidade de estarmos perante uma operação abusiva quando esta envolvesse uma sociedade residente na zona franca. No entanto, esta norma, a confirmar-se tal objectivo, parece-nos desadequada por duas razões.

¹⁴⁹ Neste sentido, Terra & Wattel, “European...”, cit., que caracterizam a norma anti-abuso da Directiva das Reorganizações como uma reserva de competência, através da qual os Estados-membros “*may provide that if an operation is not carried out for valid commercial reasons, this justifies a presumption of tax evasion or tax avoidance*”.

¹⁵⁰ Dito isto, parece-nos que teria sido conveniente estabelecer tal presunção, uma vez que a sua ausência dificulta a aplicação prática da norma anti-abuso no contexto das reorganizações, porque impõe um ónus demasiado pesado à AT.

¹⁵¹ Note-se que o regime de neutralidade fiscal é aplicável às sociedades domiciliadas na Zona Franca da Madeira, uma vez que estas se consideram “sujeitas e não isentas” de imposto, para efeitos do disposto no n.º 7 do artigo 73.º do CIRC.

Primeiro porque esta não é a sede própria para tratar o aspecto específico do envolvimento de sociedades, objectiva ou parcialmente, isentas em reorganizações neutrais. Independentemente da existência de elisão fiscal, a própria essência do regime de neutralidade fiscal, quando aplicado a estas entidades, exige que se realizem ajustamentos nas bases de imposto, os quais não foram previstos na legislação fiscal portuguesa.

Segundo porque nos parece que o critério utilizado pelo legislador para indiciar operações abusivas é demasiado amplo. É que existem algumas situações de sociedades sujeitas a distintos regimes de tributação em sede de IRC que claramente não indiciam qualquer abuso na aplicação do regime de neutralidade fiscal. Por exemplo, a fusão por incorporação de uma SGPS¹⁵² (antes da Reforma de 2014) numa sociedade com outra actividade económica dificilmente poderá ser julgada *a priori* como potencialmente abusiva. O mesmo sucede com as operações de reorganização transfronteiriças (note-se que as sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal estão sujeitas a um regime fiscal distinto das sociedades residentes, em sede de IRC).

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

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

4.5.2.3.1. Significado da expressão “razões económicas válidas”

Antes de mais, cumpre referir que o conceito de “razões económicas válidas” é um conceito de direito europeu, enquanto elemento integrante de uma disposição de direito secundário, que não remete para o direito nacional dos Estados-membros¹⁵³.

No que se refere ao seu significado, note-se que a expressão “razões económicas válidas”¹⁵⁴ contém dois elementos distintos:

¹⁵² A Circular n.º 7/2004, noutro contexto, refere expressamente que as SGPS são entidades sujeitas a um regime especial de tributação.

¹⁵³ Cf. Glória Teixeira, “O conceito Europeu de Razões Económicas Válidas na Directiva Fusões”, em *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*, Cadernos do IDEFF, Almedina, 2014, p. 183.

¹⁵⁴ A Directiva das Reorganizações e o CIRC não definem o conceito de “razões económicas válidas”. A AT analisou este conceito, no contexto da admissibilidade do reporte de prejuízos fiscais e da atribuição dos benefícios fiscais em sede de impostos indirectos no âmbito de processos de reorganização. Assim, por exemplo, consideraram-se motivos económicos válidos em operações de fusão: “a melhoria na gestão das actividades, pela racionalização na afectação dos recursos humanos, financeiros ou técnicos das sociedades abrangidas, bem como pela redução dos custos de administração das actividades”; “a prossecução do objectivo principal de concentração da gestão de participações sociais no âmbito do Grupo “X”, visando eliminar holdings intermédias” e “o aproveitamento de sinergias funcionais e economias de escala e uma redução de custos”. Em todos estes casos, contudo, não foram indicados quaisquer critérios abstractos que permitam uma leitura generalizada da interpretação deste conceito pela AT.

- (i) As razões económicas; e
- (ii) A sua validade.

Quanto ao primeiro, refira-se que a principal razão económica da empresa é a obtenção do lucro, pelo que, qualquer acto ou contrato que vise a sua maximização, através do aumento dos rendimentos da empresa ou da redução dos seus custos, tem subjacente uma razão económica empresarial.

Quanto ao segundo, parece-nos que o critério segundo o qual se deverá aferir a validade das razões económicas empresariais, para este efeito, é o seu alinhamento com os objectivos do regime de neutralidade fiscal, nomeadamente com o propósito de neutralizar a tributação sobre as operações que visem um ganho de eficiência organizacional. É que, as razões económicas que permitem aplicar o regime, e que nessa medida são “válidas”, têm que ser as mesmas razões que levaram os Estados- membros a abdicar da sua receita fiscal. Neste sentido, veja-se como o TJUE (no Acórdão *Leur-Bloem*) clarificou que as vantagens fiscais, apesar de serem razões económicas¹⁵⁵, não são “razões económicas válidas” para a aplicação do regime de neutralidade fiscal, justamente porque a poupança fiscal não foi uma das razões pelas quais o Estado abdicou da sua receita tributária¹⁵⁶.

Em conclusão, entendemos que a expressão razões económicas válidas traduz a intenção de maximizar os lucros da empresa, aumentando a sua capacidade de gerar proveitos ou reduzir os seus custos, através da reorganização da estrutura empresarial¹⁵⁷.

4.5.2.3.2. Consequências práticas

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

É que, correspondendo as razões económicas válidas à intenção do agente de obter ganhos de eficiência estrutural através da reorganização dos meios de produção da sua empresa, uma vez demonstrada a **ausência dessas razões**, bastará à AT provar que dela resulta uma qualquer

¹⁵⁵ A obtenção de uma poupança fiscal é uma razão económica empresarial, já que reduzindo um custo operacional aumenta os lucros da empresa.

¹⁵⁶ Conforme refere Carlos Palao Taboada, “*La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal*”, Lex Nova, 2009, p. 223, o facto de a reorganização ser uma decisão empresarial errada, no sentido de que as vantagens económicas pretendidas não se verificaram, não prejudica a “validade” da motivação da empresa. Há que conceder aqui uma ampla margem de discricionariedade ao empresário, que acaba justamente onde a reorganização encobre precisamente fins de outra natureza, nomeadamente a mera finalidade de obter uma vantagem fiscal.

¹⁵⁷ Neste conceito de maximização da capacidade de obtenção de lucros, deverá entender-se incluída a valorização dos activos da empresa (que no fundo reflectem a capacidade destes de gerar lucros no futuro).

vantagem fiscal para se concluir que a operação foi abusiva¹⁵⁸. Com essa prova estarão demonstrados todos os elementos constituintes de uma prática abusiva.

Pelo contrário, na perspectiva do contribuinte, a demonstração da **existência de razões económicas válidas**, desde que não sejam “marginais”, será suficiente para afastar qualquer pretensão de considerar a operação abusiva¹⁵⁹, uma vez que o propósito da Directiva das Reorganizações está satisfeito e como tal, faltarão necessariamente um dos elementos constituintes de uma prática abusiva¹⁶⁰. Ou seja, uma vez detectado um motivo económico válido, é legítima a utilização pelo contribuinte da via fiscalmente menos onerosa. A porta da economia de opção abre-se com a existência de uma razão económica distinta das vantagens fiscais que a operação visa obter.

¹⁵⁸ É que, a operação escapa ao escrutínio da regra anti-abuso sempre que não seja demonstrada a existência de vantagens fiscais. Este será o caso, por exemplo, da separação do património familiar por cisão, como forma de preparar a sucessão familiar, mesmo que (na senda da jurisprudência do TJUE) o principal objetivo da operação seja elidir os impostos sucessórios. Note-se que, levando este entendimento às suas últimas consequências, poderemos mesmo considerar legítima a aplicação do regime de neutralidade fiscal a uma operação de separação de sócios em litígio, por cisão, desde que não existam vantagens fiscais, em sede de impostos sobre o rendimento, na estrutura pós-reorganização. É que, conforme referimos, a aplicação do mecanismo de diferimento da tributação não pode ser considerada como um fim em si mesmo, i.e. as vantagens fiscais que resultam da sua aplicação não podem ser consideradas a finalidade da reorganização, mas apenas o meio mediante o qual ela é realizada. Ora, não havendo vantagens fiscais objectivas na estrutura pós-cisão, a operação não pode ser considerada como realizada por motivos de elisão fiscal e como tal não está sujeita à aplicação da norma anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC.

¹⁵⁹ Neste sentido, veja-se Teixeira, “O conceito ...”, cit., p. 183. Note-se, no entanto, que na opinião da autora, a verificação de razões económicas válidas permite afastar a presunção de fraude e evasão fiscal, entendimento que, conforme acima explicado, não sufragamos (por entendermos que o n.º 10 do artigo 73.º do CIRC não consagra qualquer presunção).

¹⁶⁰ Neste sentido também Calderón Carrero, “Una Vuelta...”, cit., p. 60.

Apresentação Power Point

O IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

I. Conceito e formas de reorganização

- II. Mecanismo de tributação das reorganizações em sede de IRC
 - I. Realização
 - II. Base fiscal
 - III. Mais-valias
- III. Tributação das reorganizações no regime geral de tributação
- IV. O regime de neutralidade fiscal

1

I. AS REORGANIZAÇÕES - CONCEITO E FORMA

CONCEITO

REORGANIZAÇÃO = transformação das relações formais entre as distintas componentes de uma organização

EMPRESA = organização dos factores de produção para o exercício de uma actividade económica

REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL = acções dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos factores de produção no processo de obtenção de lucros

2

I. AS REORGANIZAÇÕES - *CONCEITO E FORMA*

TIPOS

- **Reorganização de activos não correntes**
- **Reorganização financeira**



Vamos analisar apenas estas, porque são aquelas que implicam a transmissão de activos fixos

3

I. AS REORGANIZAÇÕES - *CONCEITO E FORMA*

FORMAS

- **Reorganização de activos não correntes**
 - Transmissão da propriedade ou do controlo sobre activos ou conjuntos de activos;
 - Fusão
 - Cisão, contribuição de activos e permuta de partes sociais
 - Transformação, liquidação e redomiciliação

4

I. AS REORGANIZAÇÕES - *CONCEITO E FORMA*

FORMAS

- **Reorganização de activos não correntes**
 - Transmissão da propriedade ou do controlo sobre activos ou conjuntos de activos
 - Fusão
 - Contribuição de activos, cisão e permuta de partes sociais
 - Transformação, liquidação e redomiciliação
- } **Todas implicam a transmissão (ou a ficção de transmissão) de activos fixos**

5

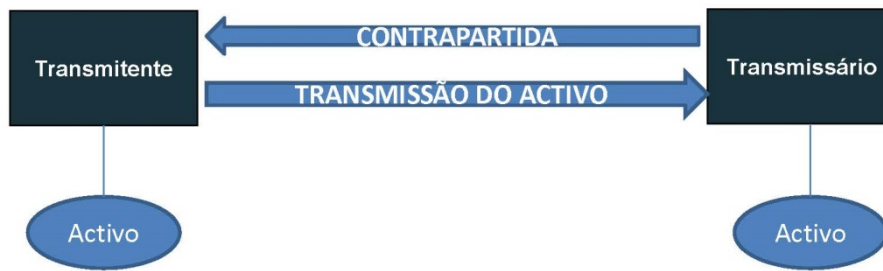
O IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

- I. Conceito e formas de reorganização
- II. Mecanismo de tributação das reorganizações em sede de IRC**
 - I. Realização**
 - II. Base fiscal**
 - III. Mais-valias**
- III. Tributação das reorganizações no regime geral de tributação
- IV. O regime de neutralidade fiscal

6

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

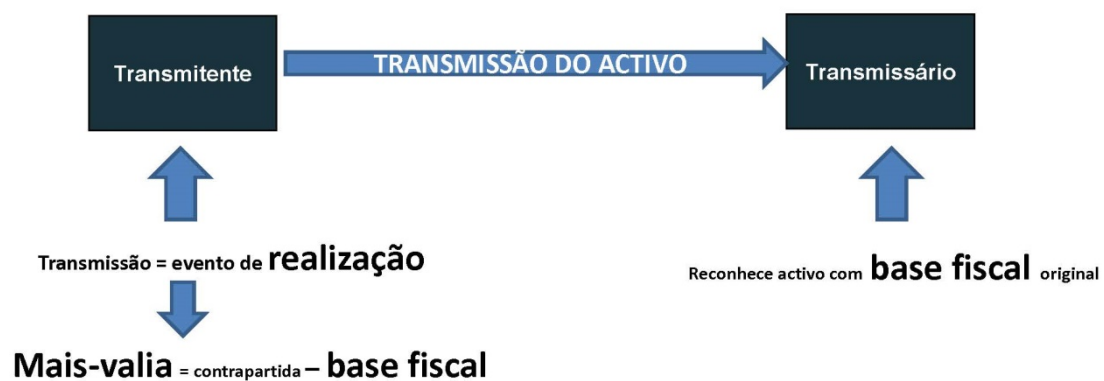
MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS TRANSMISSÕES DE ACTIVOS



7

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

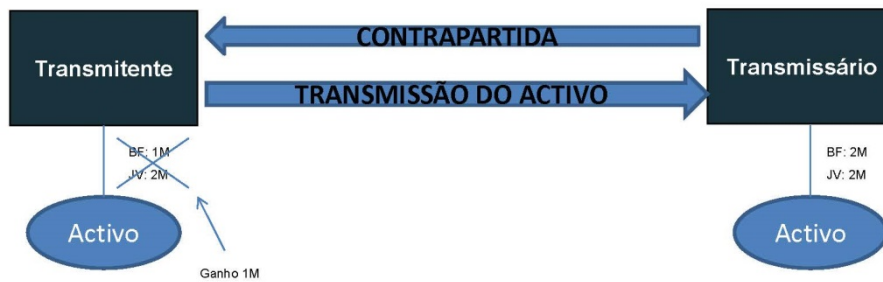
MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS TRANSMISSÕES DE ACTIVOS



8

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS TRANSMISSÕES DE ACTIVOS



9

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- Conceito de rendimento no IRC – rendimento acréscimo
 - Rendimento = Consumo + variação da riqueza
- Problemas na tributação do rendimento acréscimo no seu estado puro:
 - Falta de liquidez
 - Necessidade de avaliação de activos de forma recorrente
 - Percepção de injustiça
- Princípio da realização:
 - A riqueza só se torna relevante para efeitos fiscais quando for transmitida

10

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO



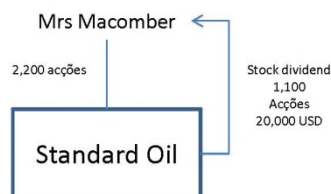
- Eventos de realização são transmissões de valor (nem sempre transmissões jurídicas)
- Contrapartida não tem que ser dinheiro
- A riqueza criada mas não transmitida não é relevante

11

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- Eisner vs Macomber (1920)



Pizza Problems - taking dumb to a whole new level!.mp4

- A pizza cresce? Ou é dividida em mais fatias?
- Não é equivalente a um dividendo em acções?

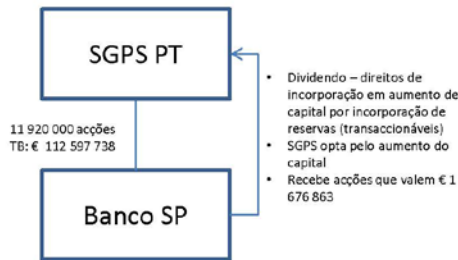
A questão não é se o accionista teve um ganho económico (i.e. um acréscimo do seu património), mas sim saber se é este o momento em que esse acréscimo deve ser tributado

12

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- **Decisão Arbitral 237/2016-T**



ARGUMENTOS DA AT:

- Aumento do capital deve ser tratado como distribuição de dividendos em espécie
- O Banco deu alternativa aos sócios de receber em dinheiro ou direitos de incorporação

ARGUMENTOS DO REQUERENTE:

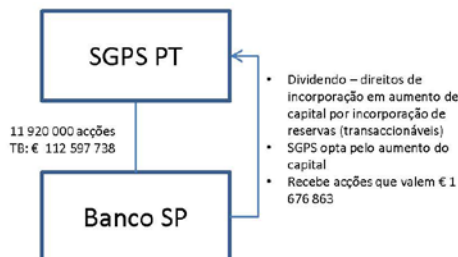
- Aumento do capital por incorporação de reservas não é equivalente a dividendo em acções:
 - Economicamente: não há um exfluxo de fundos
 - Juridicamente: são conceitos distintos
 - Fiscalmente: são tratados de forma distinta

13

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- **Decisão Arbitral 237/2016-T**



CAAD (Poças Falcão e Francisco Nicolau Domingos)

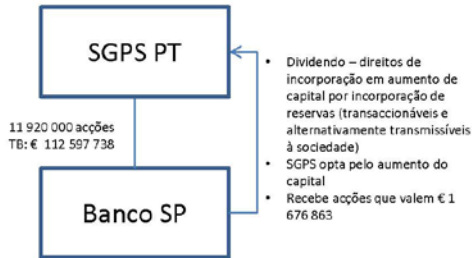
- CIRC consagra rendimento-acrécimo: “A doutrina defende que: «A noção de rendimento-acrécimo, que subjaz à quantificação do lucro tributável, leva à consagração legal de um conceito amplo de proveitos ou ganhos, capaz de abarcar quaisquer variações patrimoniais positivas do património líquido da empresa...».
- No caso concreto, com a atribuição de acções à Requerente existiu um incremento patrimonial da sua esfera jurídica e assim o rendimento de € 1 676 863,30 deve concorrer para a determinação do lucro tributável.
- Nessa linha, no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património 10 da OCDE refere-se que: «São considerados dividendos não apenas as distribuições de lucros definidas anualmente pela assembleia-geral de accionistas, mas também outros benefícios, em dinheiro ou seu equivalente, tais como acções gratuitas, bónus, lucros de liquidação e distribuições ocultas de lucros».

14

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- **Decisão Arbitral 237/2016-T**



CAAD – voto de vencida (Maria Isabel Guerreiro)

- Não tendo havido qualquer distribuição de dividendos pelo Banco enquanto a Requerente deteve as ações, no exercício de 2011, não havia lugar ao reconhecimento de qualquer rédito, proveniente de dividendos neste exercício, quer do ponto de vista contabilístico quer do ponto de vista fiscal.
- O artigo 20º - Rendimentos e ganhos, do Código do IRC, não estabelecendo uma definição para os rendimentos na forma de dividendos e também não contendo uma regra específica para o respectivo reconhecimento deve considerar-se a definição que consta no artº 5º do Código do IRS.
- O valor de €1.676.863,30 correspondia apenas à mensuração, ao justo valor, das 183.384 ações, pelo valor da respectiva cotação no mercado regulamentado e não um valor recebido, ou colocado à sua disposição, a título de distribuição de lucros.
- Concluindo, considero assim que não estamos perante o recebimento de dividendos mas perante uma realidade distinta do ponto de vista da legislação comercial e fiscal a saber: a utilização de direitos de subscrição para aumentar o número de ações do Banco na sequência do aumento de capital deliberado e executado por aquela entidade bancária, tendo a Requerente, em consequência, recebido, em Fevereiro de 2011, gratuitamente (sem qualquer contraprestação e em resultado desse aumento de capital por incorporação de reservas), 183.384 ações.

15

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

I. MECANISMO DA BASE FISCAL

- Conceito de base fiscal
 - valor de aquisição, deduzido das depreciações e amortizações aceites fiscalmente, das perdas por imparidade e outras correcções de valor
- Evolução da base fiscal ao longo do período de detenção dos activos
 - Base fiscal original
 - Base fiscal ajustada

16

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS

As mais-valias e as menos-valias são dadas pela diferença entre o valor de realização, líquido dos encargos que lhe sejam inerentes e o valor de aquisição, deduzido das depreciações e amortizações aceites fiscalmente, das perdas por imparidade e outras correções de valor



Mais-valias = valor realização – base fiscal



Valor influenciado pelo justo valor do activo



Valor influenciado pelo custo de aquisição e pela utilização fiscal do valor do activo

17

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

JUSTIFICAÇÃO PARA SEGREGAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS

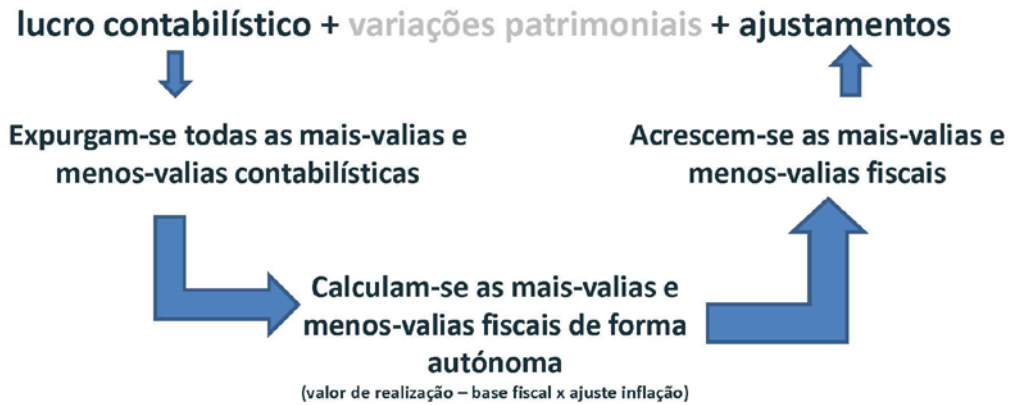
Se o rendimento é global porquê segregar os rendimentos classificados como “mais-valias”?:

- Distintas regras de cálculo do rendimento (diversos ajustamentos à contabilidade)
- Distinta natureza económica (em algumas jurisdições justifica taxas diferenciadas)
- Restringir a dedutibilidade das menos-valias (regras anti-abuso)

18

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

MECANISMO DE APURAMENTO DAS MAIS-VALIAS NO IRC



19

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

ENQUADRAMENTO LEGAL

- Mais-valias latentes
 - Artigo 21.º e 24.º - variações patrimoniais excluídas de tributação
- “Regime das mais-valias realizadas”
 - Artigo 46.º - Conceito de mais-valias e menos-valias
 - Artigo 47.º - Correção monetária das mais-valias e menos-valias
 - Artigo 47.º-A – Data de aquisição das partes de capital
 - Artigo 48.º - Reinvestimento dos valores de realização

20

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

CONCEITO DE MAIS-VALIAS E MENOS-VALIAS NO CIRC (ARTIGO 46.º)

- DEFINIÇÃO: As mais-valias são os ganhos apurados na transmissão de **ativos fixos**

Artigo 46.º
Conceito de mais-valias e de menos-valias

1 — Consideram-se mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afectação permanente a fins alheios à actividade exercida, respeitantes a:

a) **Ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis, ativos biológicos não consumíveis e propriedades de investimento, ainda que qualquer destes ativos tenha sido reclassificado como ativo não corrente detido para venda;**

b) **Instrumentos financeiros, com excepção dos reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º 9 do artigo 18.º**

2 — As mais-valias e as menos-valias são dadas pela diferença entre o valor de realização, líquido dos encargos que lhe sejam inerentes e o valor de aquisição, deduzido das depreciações e amortizações aceites fiscalmente, das perdas por imparidade e outras correções de valor previstas nos artigos 28.º-A, 31.º-B e ainda dos valores reconhecidos como gasto fiscal nos termos do artigo 45.º-A, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 3 do artigo 31.º-A.

21

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

CONCEITO DE MAIS-VALIAS E MENOS-VALIAS NO CIRC (ARTIGO 46.º)

- VALOR: corresponde ao valor realização deduzido do valor da base fiscal

Artigo 46.º
Conceito de mais-valias e de menos-valias

1 — Consideram-se mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afectação permanente a fins alheios à actividade exercida, respeitantes a:

a) **Ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis, ativos biológicos não consumíveis e propriedades de investimento, ainda que qualquer destes ativos tenha sido reclassificado como ativo não corrente detido para venda;**

b) **Instrumentos financeiros, com excepção dos reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º 9 do artigo 18.º**

2 — **As mais-valias e as menos-valias são dadas pela diferença entre o valor de realização, líquido dos encargos que lhe sejam inerentes e o valor de aquisição, deduzido das depreciações e amortizações aceites fiscalmente, das perdas por imparidade e outras correções de valor previstas nos artigos 28.º-A, 31.º-B e ainda dos valores reconhecidos como gasto fiscal nos termos do artigo 45.º-A, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 3 do artigo 31.º-A.**

BASE
FISCAL

22

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

CONCEITO DE MAIS-VALIAS E MENOS-VALIAS NO CIRC (ARTIGO 46.º)

Artigo 46.º
Conceito de mais-valias e de menos valias

3 – Considera-se valor de realização:

- a) No caso de troca, o valor de mercado dos bens ou direitos recebidos, acrescido ou diminuído, consoante o caso, da importância em dinheiro conjuntamente recebida ou paga;
- b) No caso de expropriações ou de bens sinistrados, o valor da correspondente indemnização;
- c) No caso de bens afectos permanentemente a fins alheios à actividade exercida, o seu valor de mercado;
- d*) Nos casos de fusão, cisão, entrada de ativos ou permuta de partes sociais, o valor de mercado dos elementos transmitidos em consequência daquelas operações;
- e) No caso de alienação de títulos de dívida, o valor da transacção, líquido dos juros contáveis desde a data do último vencimento ou da emissão, primeira colocação ou endosso, se ainda não houver ocorrido qualquer vencimento, até à data da transmissão, bem como da diferença pela parte correspondente àqueles períodos, entre o valor de reembolso e o preço da emissão, nos casos de títulos cuja remuneração seja constituída, total ou parcialmente, por aquela diferença;
- f) No caso de afetação dos elementos patrimoniais referidos no n.º 1 a um estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual tenha sido exercida a opção pelo regime previsto no n.º 1 do artigo 54.º-A, o valor de mercado à data da afetação;
- g) Nos demais casos, o valor da respectiva contraprestação.

4 – No caso de troca por bens futuros, o valor de mercado destes é o que lhes corresponderia à data da troca.

5 – Consideram-se transmissões onerosas, designadamente:

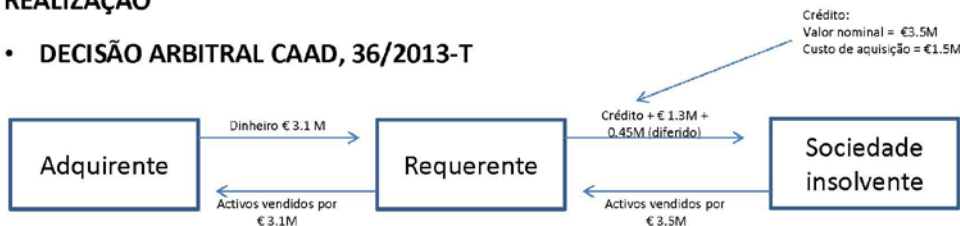
- a) A promessa de compra e venda ou de troca, logo que verificada a tradição dos bens;
- b) As mudanças no modelo de valorização relevantes para efeitos fiscais, nos termos do n.º 9 do artigo 18.º, que decorram, designadamente, de reclassificação contabilística ou de alterações nos pressupostos referidos na alínea a) do n.º 9 deste mesmo artigo.
- c) A transferência de elementos patrimoniais no âmbito de operações de fusão, cisão ou entrada de ativos, realizadas pelas sociedades fundidas, cindidas ou contribuidoras;
- d) A extinção ou entrega pelos sócios das partes representativas do capital social das sociedades fundidas, cindidas ou adquiridas no âmbito de operações de fusão, cisão ou permuta de partes sociais;
- e) A anulação das partes de capital detidas pela sociedade beneficiária nas sociedades fundidas ou cindidas em consequência de operações de fusão ou cisão;
- f) A remição e amortização de participações sociais com redução de capital;
- g) A anulação das partes de capital por redução de capital social destinada à cobertura de prejuízos de uma sociedade quando o respetivo sócio, em consequência da anulação, deixe de nela deter qualquer participação.
- h) A afetação dos elementos patrimoniais previstos no n.º 1 de uma entidade residente a um seu estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual tenha sido exercida a opção pelo regime previsto no n.º 1 do artigo 54.º-A.

23

II. MECANISMO DE TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES

REALIZAÇÃO

- **DECISÃO ARBITRAL CAAD, 36/2013-T**



Factos: Sociedade adquire crédito contra B por € 1.5 M (valor nominal € 3.5M). Sociedade adquire activos em insolvência de B por € 3.5M, ficando dispensada de pagar € 1.75 em virtude do seu crédito. Além do mais, administrador permite deferimento do pagamento de € 0.45M. Ou seja, sociedade paga, nesse momento, em cash € 1.3M. Sociedade vende bens a terceiro por €3.1 M.

Posições: AT entende que sociedade teve um ganho de € 0.3M (diferença entre € 2.8M que pagou – dinheiro mais crédito – e € 3.1 M da venda). Contribuinte entende que teve menos-valia.

Decisão: Tribunal dá razão ao contribuinte: a sociedade teve uma menos-valia de € 0.4M, correspondente à diferença entre o valor de aquisição (€ 3.5M) e de venda € 3.1M.

Questão: O tribunal não se esqueceu de um ganho?

24

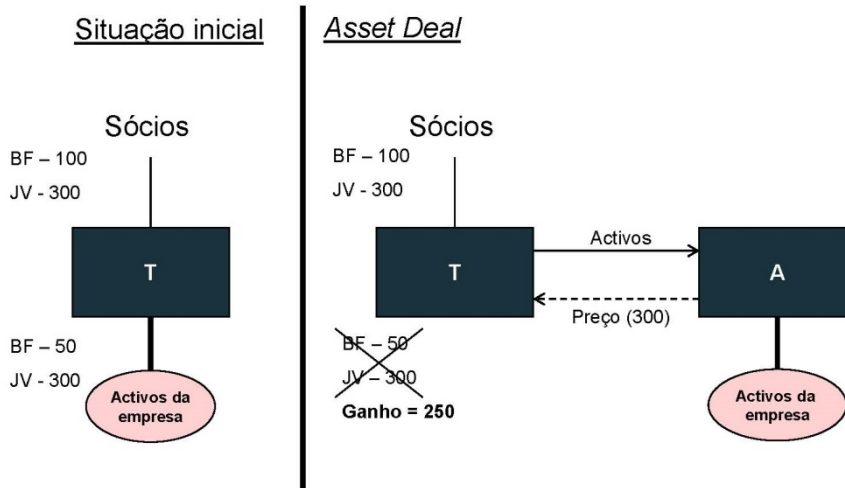
O IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

- I. Conceito e formas de reorganização
- II. Mecanismo de tributação das reorganizações em sede de IRC
 - I. Realização
 - II. Base fiscal
 - III. Mais-valias
- III. Tributação das reorganizações no regime geral de tributação**
- IV. O regime de neutralidade fiscal

25

III. TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES NO IRC

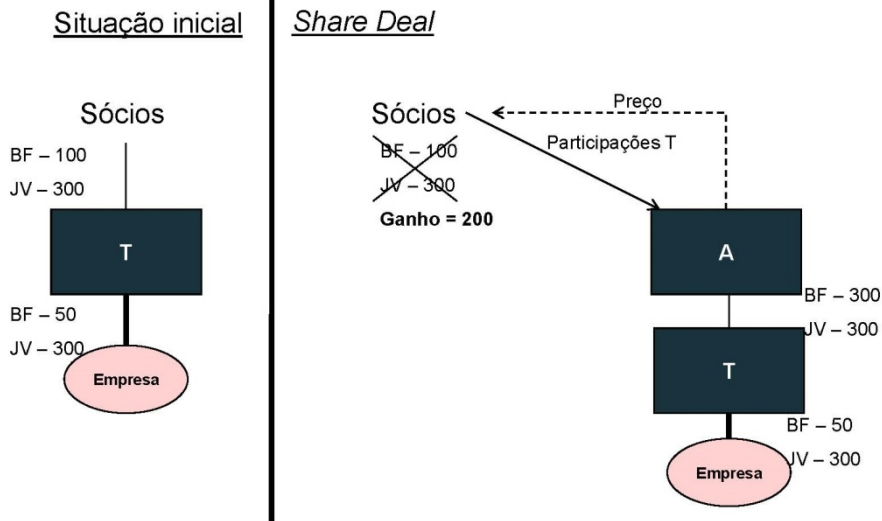
TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE OU DO CONTROLO SOBRE ACTIVOS OU CONJUNTOS DE ACTIVOS



26

III. TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES NO IRC

TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE OU DO CONTROLO SOBRE ACTIVOS OU CONJUNTOS DE ACTIVOS



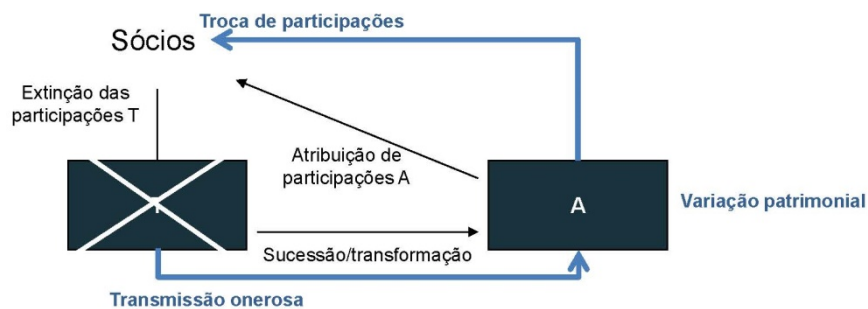
27

III. TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES NO IRC

FUSÃO POR INCORPORAÇÃO OU POR CRIAÇÃO DE UMA NOVA ENTIDADE

Descrição:

- ✓ Extinção da sociedade fundida
- ✓ Concentração de patrimónios (sucessão universal/transformação societária)
- ✓ Atribuição de títulos representativos do capital da sociedade incorporante



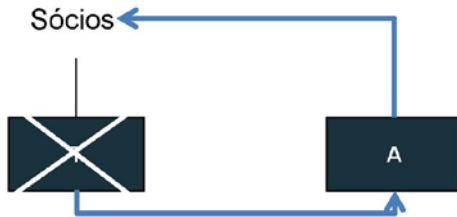
28

III. TRIBUTAÇÃO DAS REORGANIZAÇÕES NO IRC

FUSÃO POR INCORPORAÇÃO OU POR CRIAÇÃO DE UMA NOVA ENTIDADE

Troca de participações

- *Artigo 46.º n.º 5 alínea d)* – equipara, para efeitos fiscais, a extinção das participações da T a uma transmissão onerosa
- *Artigo 46.º n.º 3 alínea d) e n.º 2 CIRC* – determina que o ganho apurado consiste na diferença entre o justo valor das participações A e a base fiscal das participações T
- De acordo com as regras gerais, os Sócios adquirem as participações na Sociedade A com base fiscal equivalente ao seu justo valor



Variação patrimonial

- *Artigo 21 n.º 1 alínea e) artigo 24.º n.º 1 alínea g)* – determinam que o aumento/diminuição do capital próprio da sociedade beneficiária consiste numa variação patrimonial excluída de tributação
- De acordo com as regras gerais, a sociedade A adquire os elementos patrimoniais com base fiscal equivalente ao seu justo valor

Transmissão onerosa

- *Artigo 46.º n.º 5 alínea c)* – equipara, para efeitos fiscais, a transferência de elementos patrimoniais a uma transmissão onerosa
- *Artigo 46.º n.º 3 alínea d) e n.º 2 CIRC* - determina que o ganho apurado consiste na diferença entre o justo valor dos elementos patrimoniais transferidos e a respectiva base fiscal

29

O IRC E AS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS

- I. Conceito e formas de reorganização
- II. Mecanismo de tributação das reorganizações em sede de IRC
 - I. Realização
 - II. Base fiscal
 - III. Mais-valias
- III. Tributação das reorganizações no regime geral de tributação
- IV. O regime de neutralidade fiscal**

30

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

ORIGEM E FINALIDADE DO REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL



31

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

ORIGEM E FINALIDADE DO REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

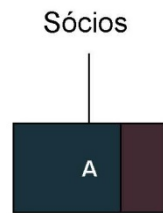
- ✓ Resguardar reorganizações dos seus efeitos fiscais típicos:
 - ✓ “Permitir” a sua realização
 - ✓ Tributação pelo regime normal assemelhar-se-ia à tributação do rendimento acréscimo puro
- ✓ Operações visadas:
 - ✓ São economicamente eficientes
 - ✓ Implicam uma continuidade do investimento e da empresa

32

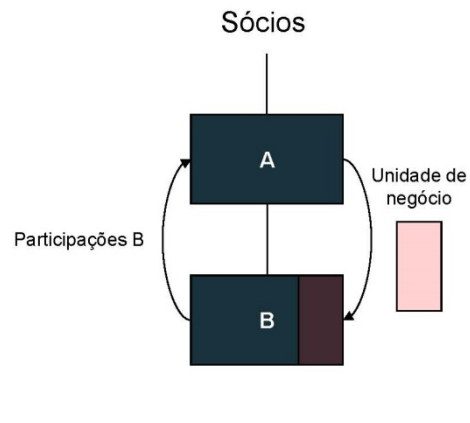
IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

Exemplo de reorganização com continuidade do investimento e da empresa

Situação inicial



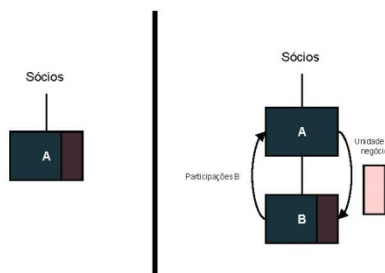
Transacção



33

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

Exemplo de reorganização com continuidade do investimento e da empresa



- Transacção produz uma transmissão – realização
- No entanto, o investimento não é descontinuado
 - A Sociedade A mantém o controlo e o interesse económico nos activos
 - A empresa mantém-se intacta
 - Mais evidente ainda na perspectiva dos sócios (nem sequer lhes provoca uma transmissão).

34

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

Mecanismo do diferimento da tributação com transporte da base fiscal

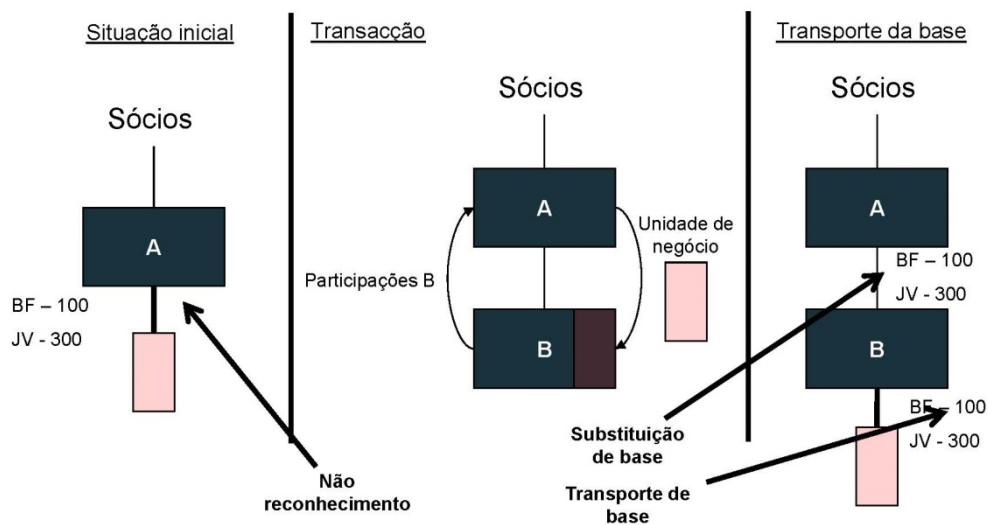
- Mecanismo é necessário para evitar que os ganhos não reconhecidos possam sê-lo no momento em que ocorre o desinvestimento
- Funciona através do não reconhecimento e de uma excepção às regras de atribuição de base fiscal, produzindo dois efeitos:
 - NÃO RECONHECIMENTO do ganho para efeitos fiscais no momento da transmissão
 - A base fiscal dos activos transmitidos é: (a) atribuída aos activos adquiridos pela transmitente em contrapartida dos activos transmitidos (“SUBSTITUIÇÃO DA BASE FISCAL”); e (b) transportada com os activos transmitidos para a adquirente (“TRANSPORTE DA BASE FISCAL”).

35

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

VI. CONTINUIDADE DO INVESTIMENTO

Mecanismo do diferimento da tributação com transporte da base fiscal

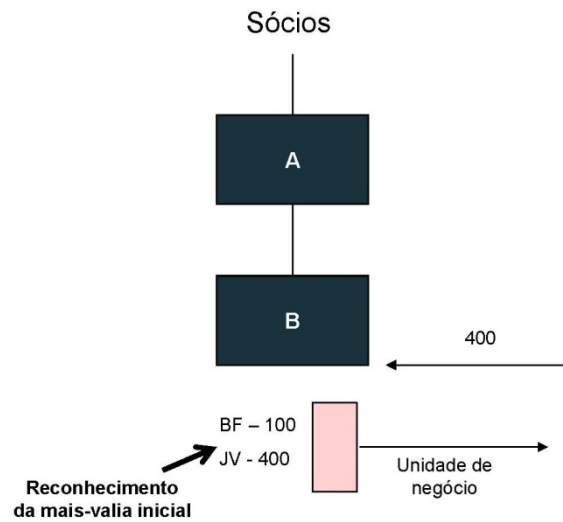


36

IV. REGIME DE NEUTRALIDADE FISCAL

VI. CONTINUIDADE DO INVESTIMENTO

Mecanismo do diferimento da tributação com transporte da base fiscal



37

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2d3t1xrxbn/streaming.html?locale=pt>

Título:

Tributação do Rendimento: IRC – 2019

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-87-2

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt