



CATÓLICA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

**AS FUSÕES NO DIREITO FISCAL:
SENTIDO E ALCANCE DO CONCEITO “RAZÕES
ECONÓMICAS VÁLIDAS”**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO FISCAL

POR ANA RITA SIMÕES DE CARVALHO

SOB ORIENTAÇÃO DO DOUTOR MIGUEL CORREIA

MAIO 2014



CATÓLICA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

**AS FUSÕES NO DIREITO FISCAL:
SENTIDO E ALCANCE DO CONCEITO “RAZÕES
ECONÓMICAS VÁLIDAS”**

DISSERTAÇÃO DE Mestrado em Direito Fiscal

POR ANA RITA SIMÕES DE CARVALHO

SOB ORIENTAÇÃO DO DOUTOR MIGUEL CORREIA

MAIO 2014

Agradecimentos

“A ciência será sempre uma busca e jamais uma descoberta. É uma viagem, nunca uma chegada”

Karl Popper

Sem o contributo de várias pessoas, ao longo deste *percurso*, a realização desta tese não teria sido possível. É necessário reconhecer e expressar o mais sincero agradecimento a cada uma delas.

Em primeiro lugar, ao Doutor Miguel Correia, pela honrosa orientação neste trabalho e pelas profícuas sugestões. Agradeço a cedência de alguma bibliografia, sem a qual não teria sido possível tornar o trabalho tão enriquecedor. Relembro também as constantes palavras de incentivo que foram determinantes ao longo deste percurso.

Ao Professor Doutor António Frada de Sousa, pela sincera amizade e conselhos úteis ao longo do percurso académico.

À Professora Doutora Ana Maria Rodrigues, pela disponibilidade e acompanhamento desde o início do curso.

Ao Avô Carvalho, pelo carinho, valores e sabedoria que transmitiu. Apesar da saudade, fica a grande admiração pelo seu *ser* e a certeza de que estaria presente em cada passo dado.

Aos meus pais e à tia Bia por acreditarem sempre em mim, pelas palavras de coragem e força, sobretudo nos momentos de maior ansiedade. A eles devo aquilo que sou.

À família Braga da Cruz, em especial à Sr^a D. Ofélia, pelos valores e carinho transmitidos.

Aos tios, Manuela e Eduardo, e primas, Paula e Teresa, pelo apoio e longas conversas que transmitiram conhecimento. À tia Teresa, pela preocupação constante.

À Alexandra, Patrícia, Sara Mariana, Tita, Sofia e Alexandra Augusto, por estarem sempre presentes, pelas palavras de encorajamento e pela partilha de ideias por alguém que já experienciou este momento. Agradeço a amizade.

À Ana Luísa, Filipe, Zinha e Miguel, pela forma como fui recebida no Porto. Agradeço o companheirismo.

À Lena, Lurdes, Fernanda, Albertina e Aurélia pela colaboração no acesso a alguns dados bibliográficos.

Por não ser possível nomear todos, aqui fica o meu agradecimento aos que acreditaram e acompanharam este trabalho.

Índice

Nota Prévia	1
Abreviaturas.....	2
Introdução.....	3
1. Fusões no direito das sociedades	4
2. Neutralidade Fiscal	6
2.1. Origem histórica	7
2.2. Regime nacional e harmonização europeia.....	8
2.2.1. Regime português.....	9
2.2.2. Diretiva fusões.....	12
2.3. Natureza jurídica	13
3. Cláusula específica anti-abuso.....	14
3.1. Origem	14
3.2. Razão de ser da norma	15
3.3. Consequências da sua aplicação	16
4. Abuso de diferimento de tributação: razões económicas válidas	17
4.1. Introdução	17
4.2. Soluções ao nível da UE e ao nível nacional	19
4.3. Soluções nos EUA	23
4.3.1. <i>Continuity of shareholders' interest</i>	24
4.3.2. <i>Continuity of business interest</i>	28
4.3.3. <i>Business purpose</i>	29
5. Conclusões.....	32
Anexos.....	36
Análise de jurisprudência.....	36
1. Jurisprudência TJUE	36
1.1. Acórdão <i>Leur-Bloem</i>	36
1.2. Acórdão <i>Kofoed</i>	38
1.3. Acórdão <i>Zwijnenburg</i>	40
1.4. Acórdão <i>Foggia</i>	42
2. Jurisprudência Interna	43
2.1. Acórdão TCA Sul n.º 00025/04 – Caso Europeia	43

2.2. Acórdão TCA Sul n.º 00247/04 - Caso Império.....	45
2.3. Acórdão TCA Sul n.º 00464/05 – Caso FOGGIA.....	46
2.4. Acórdão TCA Sul n.º 03811/10 – Caso Restauração	47
3. Jurisprudência dos EUA.....	48
3.1. <i>Cortland Specialty Co. v. Commissioner</i>	48
3.2. <i>Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner</i>	49
3.3. <i>Gregory v. Helvering</i>	50
3.4. <i>Helvering v. Minnesota Tea Co.</i>	51
3.5. <i>John A. Nelson Corp. v. Helvering</i>	52
3.6. <i>Letulle v. Scofield</i>	52
3.7. <i>Standard Realization Corp.</i>	53
3.8. <i>Bentsen v. Phinney</i>	53
3.9. <i>Pridemark, Inc. v. Cir.</i>	54
3.10. <i>Yoc Heating Corp. v. Commissioner</i>	55
3.11. <i>McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner</i>	56
3.12. <i>J. E. Seagram Corp. v. Commissioner</i>	57
Glossário	59
Bibliografia.....	60

Nota Prévia

No presente trabalho, as referências bibliográficas são citadas pela identificação do autor, título, editora e ano. Tratando-se de artigos ou da seção de uma obra, é indicado também o título da obra em que está inserido. Quanto às publicações consultadas na Internet, indica-se o autor, título da publicação, data da consulta e o site da Internet onde foi consultada. Na primeira citação segue-se a ordem referida anteriormente. Quando é citado pela segunda vez, mencionaremos o nome do autor, acrescentando apenas o nome da obra em caso de serem referenciadas várias obras do mesmo. Os demais elementos são omitidos. Nas notas de rodapé, se for citado mais do que um autor, seguir-se-á por ordem cronológica, salvo se, por razões de exposição, justifique de outro modo.

Na bibliografia final inclui-se todos os elementos referidos anteriormente.

A utilização de maiúsculas na primeira letra de algumas expressões pretende destacar conceitos conhecidos na doutrina, que são posteriormente definidos no glossário. As transcrições são feitas pela língua original.

No presente trabalho foi tida em consideração a lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que alterou o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, assim como doutrina e jurisprudência até Abril de 2014.

Abreviaturas

art. – artigo

CCmo. – Código Comercial

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Comm’r - *Commissioner*

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CSC - Código das Sociedades Comerciais

ESD – *Economic-substance doctrine*

EUA – Estados Unidos da América

GAAR – *General Anti-Avoidance Rule*

IRC - *Internal Revenue Code* (EUA)

LGT – Lei Geral Tributária

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

SNC – Sistema de Normalização Contabilística

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

A internacionalização dos mercados tem contribuído para a intensificação da concorrência entre empresas. Em face deste dinamismo, torna-se necessário que estas se adaptem constantemente aos mercados e aos condicionalismos legais dos vários ordenamentos jurídicos¹.

As reestruturações² de empresas têm desempenhado um papel fundamental como forma de superar estes desafios, destacando-se a fusão, enquanto processo de *concentração interempresarial*. A reunião de recursos patrimoniais e financeiros numa só entidade pode, em certos casos, agilizar o crescimento de uma empresa e favorecer a diversificação da sua atividade. Como resultado, os envolvidos podem beneficiar de economias de escala, pela redução de custos de transação (produção, comercialização, administração e gestão), pelo aumento do poder de mercado, i.e. através da eliminação de empresas concorrentes, e pelas eventuais sinergias resultantes da combinação de atividades.

Considerando que estas operações têm por base motivos económicos, a fiscalidade deve seguir o propósito da *neutralidade*, isto é, a tributação não deve constituir um obstáculo à sua realização. Mas note-se que, da mesma forma que se estabelece um regime especial, este pode ser também um incentivo para a realização de operações que têm por base não a prossecução de interesses económicos, mas motivos puramente fiscais³. Para obviar ao uso ilegítimo do regime, foi necessário introduzir uma cláusula anti-abuso. Essa cláusula, prevista no art. 73º, n.º 10 do CIRC, adotou a redação prevista na diretiva 90/434/CEE⁴, que introduziu o conceito de *razões económicas válidas*. Assim, por ausência desses motivos, *pode* constituir-se uma *presunção* de evasão fiscal. No entanto, como iremos demonstrar, em face da relativa obscuridade do referido conceito, é necessário determinar critérios orientadores para a sua interpretação, uma análise forçosamente norteada pelo exame das preocupações que estiveram na sua génese.

¹ Cfr. PEDRO MATOS, VASCO RODRIGUES, *Fusões e Aquisições* (Principia. 2000), p. 13-14.

² Para distinção das várias figuras previstas no direito societário, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades* (Almedina 2ª ed. 2002), p. 84 et seq.

³ Cfr. ANTÓNIO MARTINS, *A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturar: uma Perspetiva Financeira*, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009), p. 22; *A Fiscalidade e o Financiamento das Empresas* (Vida Económica. 1999), p. 99. O autor reconhece que as razões fiscais constituem frequentemente o motivo preponderante para a realização das fusões, sobretudo porque permitem o reporte de prejuízos.

⁴ Diretiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990. Posteriormente denominada por diretiva fusões.

O presente trabalho tem por objetivo auxiliar os tribunais na interpretação do referido conceito, numa perspetiva comparada com os EUA⁵. Este prisma de análise impõe-se quer pelo grau de profundidade com que a doutrina e a jurisprudência norte-americana exploraram este conceito, quer por o regime norte-americano constituir a base do nosso. Será necessária, também, uma abordagem multidisciplinar. Analisaremos, em particular, além do direito das sociedades e direito fiscal, alguma literatura económica, para compreender quais os motivos e efeitos associados às fusões. Serão também recorrentes as menções feitas a jurisprudência, por ser neste campo que maiores questões se têm levantado.

Por razões de economia de espaço, não podemos desenvolver todas as especificidades das várias reestruturações, centrar-nos-emos apenas nas fusões. Por outro lado, também não será possível desenvolver as fusões transfronteiriças. Porém, recorde-se que a diretiva fusões permitiu uniformizar, de alguma forma, o regime entre os vários Estados-membros.

O trabalho está dividido em quatro partes. No ponto 1 iremos identificar os elementos essenciais das fusões que servem de base à definição do seu regime fiscal. No ponto 2 analisaremos o regime fiscal a nível interno, sua génese, requisitos e efeitos da sua aplicabilidade. A referência à diretiva fusões pretende evidenciar as diferenças face ao regime interno. No ponto 3 tentaremos compreender a razão da introdução da cláusula anti-abuso, e as suas consequências. Por fim, no ponto 4, será analisada jurisprudência europeia e interna, para determinação do sentido da cláusula anti-abuso, como também jurisprudência dos EUA, esta já com carácter de orientação-solução.

1. Fusões no direito das sociedades

Em termos gerais, a fusão define-se pela reunião de elementos patrimoniais e pessoais de sociedades, ainda que de *tipo diverso*⁶, numa só sociedade. Pode realizar-se mediante a Fusão por Incorporação, na qual uma ou mais sociedades se extinguem e transferem o seu património para uma sociedade já existente, ou pela Fusão por Constituição de uma Nova Sociedade, em que duas ou mais sociedade se extinguem e

⁵ Cfr. MYRON SCHOLLES, et al., *Taxes and Business Strategy: A Planning Approach* (Pearson Prentice Hall 4ª ed. 2009), p. 404 et seq. Como o autor esclarece, as fusões são uma área de otimização fiscal nos EUA.

⁶ A 3ª diretiva (diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978) apenas se aplica a sociedades anónimas. Para maiores desenvolvimentos relativamente à sua transposição no nosso ordenamento, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades* (Almedina. 2005). Posteriormente foi introduzida a diretiva 2005/56/CE, de 26 de Outubro, com o intuito de regular as fusões transfronteiriças.

transferem o seu património para uma sociedade que se constitui no decurso do processo de fusão.

Os efeitos jurídicos desencadeados pela operação de fusão têm geralmente início a partir da “inscrição no registo comercial”, segundo o art. 112º do CSC⁷, e caracterizam-se por: extinção da sociedade incorporada ou fundida, a consequente transmissão de património para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; e respetiva integração dos sócios das sociedades extintas.

Quanto à *extinção das sociedades transmitentes*⁸, se tivermos em consideração a regra geral, após a dissolução de uma sociedade, enquanto “efeito jurídico de certos fatos”⁹, segue-se de imediato a liquidação da mesma. Neste último período, procede-se à cessação das relações jurídicas da sociedade e respetivo apuramento do património líquido para posterior distribuição aos sócios. Todavia, parece que a lei não quis atribuir à fusão este efeito de dissolução e liquidação, não só porque não há menção desta enquanto causa no art. 141º do CSC, ao contrário do que estava previsto anteriormente no CCmo., como também se tem subjacente uma ideia de continuidade¹⁰ dos vários elementos que constituem as sociedades transmitentes, em sede de outra sociedade. Deste modo, parece-nos adequada a conclusão de RAÚL VENTURA de que se trata de uma extinção “sem dissolução e sem liquidação”¹¹.

Quer isto dizer que a fusão não implica, em termos absolutos, o fim da sociedade, pois esta mantém-se enquanto unidade económica. Através da *sucessão universal*¹², a sua atividade mantém-se na esfera de outro sujeito.

É ainda necessário que os sócios da sociedade fundida sejam integrados na sociedade incorporante. Quando é constituída uma nova sociedade, percebe-se que esta tem sempre que emitir *novas* participações. Já no caso da Fusão por Incorporação, quando a sociedade já existia, esta pode conceder participações próprias, detidas em

⁷ A produção dos efeitos ocorre “num só momento e por um só ato”, cfr. RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, transformação de sociedades* (Almedina. 2006), p. 237.

⁸ *Ibid.*, p. 14-15, e 18. Esta referência permite distinguir as fusões das demais reestruturações.

⁹ *Ibid.*, p. 227.

¹⁰ Cfr. CARLOS LOBO, *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*, 26/27 *Fiscalidade* 29 (2006), p.32; RAÚL VENTURA, p. 230.

¹¹ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Fusão e Cisão de Sociedades*, 57 *Fisco* 18 (1993), p. 20; RAÚL VENTURA, p. 227-228. Note-se que a 3ª diretiva, nos arts. 3º e 4º, pressupõe uma “uma dissolução sem liquidação”. Porém, parece que não é incompatível com o CSC.

¹² Na medida em que se transferem todos os direitos e obrigações. Cfr. RAÚL VENTURA, p. 236-237, JOSÉ DRAGO, *Fusões de Sociedades Comerciais* (Almedina. 2007), p. 26-30. O CSC contém no art. 97º, o termo *transmissão global*, e no art. 112º faz referência à transmissibilidade de *direitos e obrigações*. A 3ª diretiva acompanha esta posição, no art. 19º (“...transmissão universal do conjunto do património ativo e passivo da sociedade...”).

carteira, ou ainda atribuir participações obtidas no processo de fusão (quando a sociedade incorporada detém participações na incorporante)¹³. Desta forma, percebe-se que nem sempre há a realização de aumento de capital para a atribuição de títulos aos sócios da sociedade fundida.

No art. 97º, n.º 5 do CSC, admite-se ainda uma contrapartida monetária com limite máximo de “10% do valor nominal das participações que lhes forem atribuídas”, permitindo que se proceda ao ajuste da relação entre as participações recebidas e o valor real das participações originárias. Todavia, no referido preceito legal, não há menção expressa de que seja este o único propósito, sendo possível a sua utilização para outros fins¹⁴.

Encontramos ainda uma terceira modalidade, no art. 116º do CSC, através da simplificação do processo de fusão, em dois casos distintos¹⁵. O primeiro relativo à incorporação de uma sociedade, detida em pelo menos 90%, mas não na totalidade, por outra. Aqui, pode haver lugar à atribuição de participações, limitada aos 10% ou menos dos sócios que não detêm títulos na incorporada. No segundo caso, pode ocorrer a incorporação de uma sociedade *detida na totalidade* por outra. Assim, no momento em que a sociedade incorporante recebe o património da incorporada, perde as participações que detinha nesta. Note-se que é neste grupo de fusões que se evidencia o fato de não haver necessidade de troca de participações, enquanto elemento essencial da fusão, pois estas são apenas anuladas.

2. Neutralidade Fiscal

No direito societário, a fusão assenta numa ideia de continuidade, quer da sociedade fundida, quer dos sócios desta. Já para *efeitos fiscais*¹⁶, só o regime especial é

¹³Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU (coord.), Código das Sociedades Comerciais em Comentário Vol. II (Almedina. 2011), p. 297 (“A unificação de patrimónios de duas ou mais sociedades não significa a “unificação” de dois capitais sociais, podendo mesmo permanecer inalterável.”). Porém, o art. 104º do CSC limita a atribuição de ações próprias em certos casos.

¹⁴ Cfr. RAÚL VENTURA, p. 86. Como o autor esclarece, a doutrina alemã, enquanto génese do referido preceito, segue este entendimento.

¹⁵ Inicialmente esta norma apenas abrangia a situação em que uma sociedade detinha na totalidade outra, pois havia um dever de o regular pelo art. 24º da 3ª diretiva. A partir de 2009, o art. 116º do CSC passou também a incluir os casos em que uma sociedade detém pelo menos 90% de outra.

¹⁶ Note-se que no mesmo dia em que foi aprovado o SNC, foram também alteradas as normas do regime especial fiscal, deixando de fazer referência à contabilidade. Para efeitos contabilístico, em caso de concentração de empresas, e segundo a NCRF 14 do SNC, a contabilização faz-se pelo Método de Compra. Porém, note-se que o *Goodwill* não é amortizável e por isso não é considerado um custo. Para

que acompanha esta conceção, visto que, por norma, a fusão está sujeita a tributação como se de uma transmissão onerosa se tratasse.

2.1. Origem histórica

A origem do regime de neutralidade fiscal remonta aos EUA, a 1918. Nesse ano, foi implementada uma norma¹⁷ que permitia o *diferimento* de tributação em certas transferências de propriedade (*property exchanges*), num momento de grande controvérsia quanto à determinação do conceito de “rendimento” para efeitos de tributação¹⁸.

À época, foram apresentadas três justificações para o diferimento. A primeira dizia respeito à continuidade do interesse económico dos sócios, ainda que numa sociedade distinta, suportando os mesmos riscos, as chamadas *purely paper transactions*¹⁹. Pela insuficiente realização, estas operações não podiam ser tributadas.

A segunda estava relacionada com a eficiência económica, num momento em que o mercado de capitais estava em desenvolvimento. Sendo estas operações essenciais para a economia, se fossem tributadas, desencorajar-se-ia a sua realização. Assim, de forma a incentivá-las, optou-se pelo diferimento.

Por último, este regime permitiria resolver dois problemas em simultâneo, por não haver o *cash-out*. Por um lado, a dificuldade em determinar o valor dos ativos neste tipo de transações, e, por outro, a falta de liquidez dos sócios, pois não há aumento

garantir a tributação futura dos elementos patrimoniais é necessária documentação própria (dossiê fiscal). Cfr. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *Aspetos Contabilísticos e Fiscais nas Fusões e Cisões*, in O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro (Coimbra Editora, 2007), p. 168; CARLOS ANTÓNIO LOPES, *As Recentes Alterações das Normas Contabilísticas no Âmbito da Concentração de Atividades Empresariais*, 117 Revista OTOC 44 (2009); JOÃO RODRIGUES, SNC - Sistema de Normalização Contabilística Explicado (Porto Editora 3ª ed. 2012), p. 667.

¹⁷ Section 202, Revenue Act 1918. Recorde-se que estávamos numa fase pós primeira Guerra mundial. Sobre a origem histórica, cfr. STEVEN BANK, *Mergers, Taxes and Historical Realism*, Florida State University College of Law, Working Paper No. 03 (2000), p. 7 et seq.; AJAY K. MEHROTRA, *The story of the Corporate Reorganization Provisions: From “Purely Paper” to Corporate Welfare*, Indiana University Maurer School of Law, Research Paper No. 21 (2005), p. 7 et seq.

¹⁸ Segundo a conceção do consumo, as *property exchanges* não seriam tributadas enquanto não se verificasse uma venda, que desse origem a um rendimento tributável. Se fosse adotado este modelo, enquanto decorresse a mera troca de propriedade, seria incerto o momento da sua tributação. No modelo do acréscimo, ainda que se permitisse a tributação pela contrapartida, havia o problema da determinação do valor, e caso fosse adotado, haveria uma tributação com base num valor “fictício”. Foi então adotado o modelo de realização, cfr. STEVEN BANK, *Mergers, Taxes and Historical Realism*, p. 73 et seq.

¹⁹ *Ibid.*, p. 15-16. Havia apenas uma alteração na forma (de investimento) e não na substância; AJAY K. MEHROTRA, *The story of the Corporate Reorganization Provisions: From “Purely Paper” to Corporate Welfare*, p. 20-21 e 23. Note-se que o critério da continuidade tinha grande relevância, e permitia distinguir estas transações da venda, que era tributada.

monetário do património destes, com que pudessem fazer face ao pagamento do imposto.

Embora tenham sido estas as razões que, à época, conduziram à adoção do diferimento, hoje são amplamente contestadas pela doutrina norte-americana²⁰. Repare-se que o sentido que era dado à continuidade do investimento não se mantém nos mesmos moldes, como iremos ver em profundidade. Não parece também evidente que o regime em causa permita obter benefícios económicos, ou que seja inclusivamente o mais eficiente²¹. Acresce que a neutralidade apenas se aplica às operações que têm como contrapartida ações (*stock*), sendo discutível a sua admissibilidade quando se encontram envolvidas sociedades de capital aberto²².

2.2. Regime nacional e harmonização europeia

Inicialmente, em 1980, foi consagrado no nosso ordenamento interno, no âmbito do SIII²³, um regime que pretendia incentivar a *concentração* e cooperação de *empresas*. Na vigência do referido preceito, admitia-se a *isenção* das mais-valias decorrentes da fusão, e permitia-se a dedução de prejuízos fiscais, mediante a verificação de critérios objetivos e com necessária autorização do Ministério das Finanças e do Plano. Após a reforma fiscal sobre o rendimento, foi consagrado o CIRC²⁴, que inclui a base do atual regime especial das fusões.

Posteriormente, a nível europeu, foi implementada a diretiva fusões²⁵ (1990) com o objetivo de eliminar eventuais restrições no mercado comum. Assim, pretende-se que os Estados adotem regras fiscais neutras nas reorganizações e evitem a dupla

²⁰ Cfr. TOMÁS CANTISTA TAVARES, *IRC e Contabilidade* (Almedina. 2011), p. 327-331. Autor classifica o fenómeno como “falência das justificações clássicas”.

²¹ Cfr. YARIV BRAUNER, *A Good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations*, Northwestern University School of Law, Research Paper No. 04-02 (2004), p. 146.

²² Cfr. STEVEN BANK, *Mergers, Taxes and Historical Realism*, p. 46 et seq.

²³ Sistema Integrado de Incentivos ao Investimento, pelo decreto-lei n° 194/80, de 19 de Junho, e revisto em 1983. Inicialmente admitia a fusão de empresas, independentemente da sua forma. Posteriormente, limitou-se à fusão por constituição de uma nova sociedade e à concentração pela incorporação, de todo ou parte do património, de uma empresa para outra.

²⁴ Pelo decreto-lei 442-B/88.

²⁵ Foi transposta em 1992, cfr. M.H. DE FREITAS PEREIRA, *Fusões e Cisões: a Diretiva Comunitária*, 47 Fisco 3 (1992), p. 9 (“...pode verificar-se que a legislação portuguesa constitui já, de certo modo, uma antecipação do regime previsto na diretiva...”). A diretiva fusões foi alterada pela diretiva 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, incluindo agora as transferências de sede de uma sociedade europeia, ou de uma sociedade cooperativa europeia de um Estado-membro para outro. Note-se que já em 1969 tinha sido apresentada uma proposta de diretiva, mas não chegou a ser aprovada.

tributação de rendimentos, garantindo, no entanto, a soberania de tributação dos Estados.

2.2.1. Regime português

Quando inicialmente introduzido, o CIRC permitia a neutralidade das fusões, independentemente da sua forma²⁶. Este regime manteve-se a nível interno, mesmo depois da transposição da diretiva fusões.

Posteriormente, o decreto-lei 221/2001, ao ter em consideração o regime societário do nosso ordenamento²⁷, acabou por introduzir os elementos essenciais do regime especial, e desta forma delimitou as operações por ele admitidas.

Note-se, porém, que permitir que uma operação seja neutra, em termos fiscais, não significa necessariamente que esta resulte num regime mais favorável para as partes envolvidas²⁸. Atendendo a esse fato, a aplicabilidade do regime de neutralidade depende sempre da *opção da sociedade beneficiária* nesse sentido, nos termos do art. 78º, n.º 1 do CIRC.

Para efeitos do regime especial, o art. 73º, n.º 1 do CIRC, prevê a Fusão por Incorporação e Fusão por Constituição de uma Nova Sociedade. Assim, mediante a *transferência global* do património das sociedades fundidas para a sociedade beneficiária, e consequente extinção da personalidade jurídica²⁹, são atribuídas participações aos sócios na sociedade beneficiária. Também no CIRC é admitida uma

²⁶ Cfr. J.L. SALDANHA SANCHES, *Fusão Inversa e Neutralidade da (Administração) Fiscal*, 34 Fiscalidade 7 (2004), p. 14.

²⁷ Assim, para o que não estiver previsto no direito fiscal, pode-se recorrer ao direito societário como direito supletivo. Acresce ainda que não faria sentido a mera verificação formal dos elementos da fusão, para efeitos de aplicação do CIRC, sem ter em consideração o direito societário de um Estado, cfr. ANTÓNIO ROCHA MENDES, *A Tributação de Reestruturações Societárias*, Working Draft de 29 de Janeiro de 2013, p. 273.

²⁸ A fusão é um processo complexo e demorado, pois é necessário ponderar todos os custos (fiscais e para-fiscais) da operação e respetivo tratamento na sociedade beneficiária (i.e. custos decorrentes da transmissão de ativos, possibilidade de dedução de eventuais custos financeiros decorrentes da operação, e o tratamento que é dado ao *Goodwill*). Caso não seja benéfico, as partes envolvidas podem sempre optar pela cessão ou liquidação da sociedade. Cfr. CARLOS LOUREIRO, *Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Empresas*, 55/56 Fisco 42 (1993), p. 47; M.H. DE FREITAS PEREIRA, *Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões, e Entradas de Ativos – Novos Desenvolvimentos*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha* (Almedina. 2010), p. 424-426.

²⁹ O CIRC não tomou posição quanto à dissolução e liquidação, pois trata-se de um só artigo aplicável às fusões transfronteiriças e internas. Como já afirmámos inicialmente, no âmbito societário, há diferentes posições conforme se trate do CSC e da 3º diretiva.

contrapartida monetária, que não pode exceder 10% do valor nominal ou, quando a sua determinação não é possível, do *valor contabilístico*³⁰ das participações atribuídas.

A recente inclusão³¹ permite ainda fusões entre sociedades do mesmo grupo: *Upstream Merger*, a Fusão Sociedades Irmãs³² e a Fusão Inversa. Note-se que a administração fiscal sempre teve dúvidas quanto à (des)necessidade de atribuição de participações em relação à última modalidade³³. Porém, se dúvidas houve, a alteração legislativa permitiu esclarecer a sua admissibilidade. Acresce que no direito das sociedades, a atribuição de títulos não é também um fator essencial para a caracterização da fusão.

Quanto aos efeitos deste regime, este tem repercussões nas três partes envolvidas. Na esfera da sociedade fundida, a transmissão dos ativos para outra sociedade está sujeita a tributação, pela diferença entre o valor fiscal dos ativos e o valor de mercado, art. 46º, n.º 3, alínea d) do CIRC. A aplicação do regime especial permite, porém, a desconsideração de eventuais ganhos ou perdas provenientes dessa transmissão, segundo o art. 74º, n.º 1 do CIRC.

Quanto aos sócios da sociedade fundida, segundo a regra geral, estes são tributados pela diferença entre o valor fiscal das participações que detinham e o valor de mercado das participações que passam a deter na sociedade beneficiária. Mas caso seja aplicado o regime especial, o ganho ou perda proveniente dessa diferença será desconsiderado, nos termos art. 76º, n.º 1 do CIRC, desde que as *novas* participações sejam registadas pelo valor fiscal das primeiras. Porém, as eventuais quantias monetárias recebidas pelos sócios estão sujeitas a tributação³⁴.

³⁰ O CSC não menciona as ações sem valor nominal, pois estas só foram introduzidas no nosso ordenamento pelo decreto-lei n.º 49/2010. Note-se que podemos facilmente determinar o valor, que resulta da divisão entre o capital social e o número total de ações emitidas, isto é, seu *valor contabilístico* (denominação da diretiva 77/91/CEE e CSC), cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Traços Essenciais do Novo Regime das Ações Sem Valor Nominal*, in *Capital Social Livre e Ações Sem Valor Nominal* (Almedina. 2011), p. 108.

³¹ Pela lei n.º 2/2014. Segundo o relatório do Orçamento de Estado de 2014, p. 69, a reforma do CIRC, ao acrescentar as referidas operações, pretende aproximar o regime fiscal à legislação comercial. Se na fase inicial do CIRC tínhamos um regime especial para as fusões em geral, caminhamos agora para um regime cada vez mais pormenorizado na caracterização das modalidades.

³² Cfr. ANTÓNIO ROCHA MENDES, *Comentários ao Anteprojeto de Reforma do IRC* (Outubro 2013), disponível em <http://www.csassociados.pt/>, p. 9. Segundo o autor, a solução para este grupo de fusões devia passar antes por esclarecimentos administrativos.

³³ No despacho n.º 1204/2004 – XV do SEAF, de 19/05/04 a administração fiscal considerou que, sendo taxativos os requisitos mencionados no art. 73º, n.º 1 do CIRC, seria necessária a *troca* de participações sociais. Desta forma, excluía a Fusão Inversa do regime especial. Contudo, cfr. J.L. SALDANHA SANCHES, *Fusão Inversa e Neutralidade da (Administração) Fiscal*, p. 21 (“A lei limita-se a dizer que o regime de neutralidade fiscal também se aplica a fusões em que não haja troca de títulos”).

³⁴ A neutralidade admite que seja entregue até 10% em dinheiro pela “troca” das participações. Na nossa opinião, esse valor tem em consideração a globalidade da operação, ou seja, a quantia monetária paga a

Finalmente, na esfera da sociedade beneficiária, caso “adquirir” ativos da sociedade fundida, estes são contabilizados pelo valor de mercado. Além disso, os prejuízos ainda não deduzidos da sociedade fundida, não podem ser transmitidos para esta. Mas caso esta *opte* pelo regime especial é aplicado o tratamento que seria aplicável se tivesse ocorrido a fusão. Ou seja, os ativos recebidos têm de ser contabilizados pelo valor que possuíam na sociedade fundida, e mantém-se o mesmo tratamento quer em relação às depreciações e amortizações, quer em relação às imparidades e provisões, segundo o art. 74º, n.º 3 e 4 do CIRC. A recente alteração legislativa permite ainda a transmissão dos benefícios fiscais e gastos financeiros, e o reporte de prejuízos fiscais, para a sociedade beneficiária, de forma *automática*, desde que cumpridos os requisitos formais do art. 74º do CIRC.

Note-se que, por norma, os benefícios e os prejuízos fiscais estão associados a um determinado sujeito passivo. O que significa que quando esse sujeito se extingue, extinguem-se também os benefícios e os prejuízos. Porém, no caso da fusão, ao pressupor a continuação da atividade empresarial da sociedade fundida, ainda que por outro sujeito (sociedade beneficiária), admite-se esta transmissibilidade. Quer isto dizer que é dada relevância à realidade empresarial independentemente da pessoa jurídica que beneficiou do uso dos prejuízos fiscais ou que os incorreu inicialmente³⁵.

Tratando-se de uma exceção ao que normalmente é aplicado, admitir o reporte sem restrições, sobretudo no caso dos prejuízos fiscais, cujo reporte desde a sua génese esteve sempre sujeito a autorização do Ministério das Finanças, não parece o mais aconselhável, devido à sujeição a maiores práticas abusivas³⁶. Nesta medida, acreditamos que será preferível a adoção de regras mais restritas do que as estabelecidas para a neutralidade, à semelhança do que ocorre nos EUA³⁷.

todos os sócios (mesmo que alguns recebam só dinheiro e outros só ações) e não a cada um. Não há, no entanto, uma regra uniforme nos vários Estados-membros, devido ao silêncio da diretiva, cfr. KONSTANTIN LOZEV, *Survey of Implementation of the EC Merger Directive – A Summary with Comments*, 50 *European Taxation* 84 (2010), p. 86.

³⁵ Cfr. MANUEL ANSELMO TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais*, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009), p. 125-126; M.H. DE FREITAS PEREIRA, *Regime Fiscal de Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale* (Centro de Estudos Fiscais. 1995), p. 236.

³⁶ Cfr. OCDE, *Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning* (OCDE. 2011), p. 77 (“Countries which do not have any restrictions on the use of built-in (i.e. unrealised) losses in the case of mergers, acquisitions or group taxation regimes are more exposed to aggressive tax planning”) (sublinhado nosso). Note-se que há países que não permitem sequer o reporte, i.e. a Alemanha, por considerar que se trata de entidades distintas, cfr. FRANS VANISTENDAEL, *Taxation of Corporate Reorganizations*, in *Tax Law Design and Drafting Vol. 2* (International Monetary Fund. 1998), p. 25.

³⁷ Cfr. STEPHEN A. LIND, et al., *Fundamentals of Corporate Taxation* (Foundation Press 4ª ed. 1997), p. 496 e 619 et seq; FRANS VANISTENDAEL, p.10. Nos EUA, o IRC Section 381, enquanto regra geral do

2.2.2. Diretiva fusões

A partir da recente inclusão das modalidades fiscais no CIRC, a diretiva fusões passou a conter um âmbito mais restrito, na medida em que só se aplica à Fusão por Incorporação, Fusão por Constituição de uma Nova Sociedade e a *Upstream Merger*³⁸.

Para efeitos da diretiva, a fusão opera pela “dissolução sem liquidação”. Tendo em consideração o intuito da liquidação, esta implica a cessação das relações jurídicas da sociedade, e respetivo apuramento dos ativos para partilha entre os sócios, mas parece que não é esse o propósito da diretiva. Esta pretende antes, através da transmissão global, a manutenção das relações jurídicas da sociedade fundida³⁹.

Para a diretiva, a “troca” de participações não constitui também um elemento essencial da fusão, de acordo com o art. 7º. Todavia, o referido artigo refere que não se encontram sujeitas a tributação apenas as mais-valias resultantes da anulação, não fazendo qualquer referência às menos-valias. Em consequência do princípio da não discriminação, a estas últimas entendemos que deve ser aplicado o que está previsto para as operações internas.

A diretiva permite a desconsideração das mais-valias resultantes da diferença entre o valor real e o *valor fiscal*⁴⁰ dos elementos transmitidos, no caso das sociedades, e da atribuição de novas participações, no caso dos sócios, sendo necessária a manutenção dos valores que detinham anteriormente.

Quanto ao reporte de prejuízos, a diretiva não obriga à sua admissibilidade. Todavia, não permite um tratamento discriminatório⁴¹ face ao previsto internamente. Assim, sendo possível o seu reporte num determinado Estado-membro, deve este também admiti-lo para as fusões transfronteiriças, nas mesmas condições. Note-se que

carryover tax attributes, só para certos tipos de reorganizações, está sujeito a diversas limitações, como o IRC Section 269, que proíbe o reporte quando o principal objetivo é a *evasion* ou *avoidance* do imposto, IRC Section 382, esta já com o intuito de reduzir ou eliminar os prejuízos transmitidos em certas aquisições de *stock* (i.e. *continuity of business enterprise, long-term interest rate*).

³⁸ Cfr. MATTHIAS HOFSTÄTTE & DANIELA HOHENWARTER-MAYR, *The Merger Directive, in Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (Spiramus Press 2ª ed. 2010), p. 105. A proposta de diretiva de 1969 não fazia qualquer menção às modalidades.

³⁹ Cfr. FRANS VANISTENDAEL, p. 16 (“The directive requires that all assets and liabilities, without exception, be transferred to the acquiring company. This requirement is of course closely linked to the idea that the acquiring company is the universal legal successor to the acquired company...”). No acórdão *Punch Graphix* (C-371/11), o TJUE confirmou que a dissolução não se confunde com a liquidação, para efeitos da diretiva fusões, cfr. TOM O’SHEA, *ECJ Rules Dissolution of a Company Not the Same as Liquidation*, 69 Tax Notes International 675 (2013).

⁴⁰ A diretiva fusões refere-se ao *valor fiscal*. Curiosamente, as alterações feitas às normas fiscais que deixaram de fazer referência ao valor contabilístico, resultantes da aprovação do SNC, permitiram uma aproximação da diretiva.

⁴¹ Cfr. MATTHIAS HOFSTÄTTE & DANIELA HOHENWARTER-MAYR, p.110.

os prejuízos devem deduzir-se ao lucro tributável de um estabelecimento estável constituído pela sociedade beneficiária, quando esta deixe de residir nesse Estado.

Apesar de não constar na diretiva qualquer referência à transmissão de benefícios fiscais para a sociedade beneficiária, sendo admitido a nível interno, deve também aplicar-se para as fusões transfronteiriças. Esta conclusão resultada da aplicação do princípio da não discriminação, do art. 18º TFUE.

2.3. Natureza jurídica

Os ordenamentos que temos vindo a tratar assentam no *modelo de realização*⁴². Assim, no *momento* em que ocorre um *evento de realização (realization event)*⁴³, como a venda entre duas entidades distintas, materializa-se um ganho, sujeito a tributação.

A implementação de uma fusão, através da transferência de ativos entre sociedades, implicaria também, em princípio, tributação. Mas atendendo ao fato de que se mantém o interesse económico, apesar da transferência, alguns ordenamentos consideram que os ganhos não são reconhecidos no momento da fusão⁴⁴. Note-se que não está em causa uma isenção⁴⁵ ou um mecanismo com o intuito de promover a referida operação, mas sim evitar penalizações de normas fiscais que, ao serem aplicadas, implicariam uma tributação indevida de um ponto de vista económico⁴⁶.

Deste modo, o não reconhecimento de um ganho ou perda no momento da fusão corresponde apenas a um diferimento de tributação. Através do mecanismo da *carryover basis*, os ativos transferem-se para a esfera de outro titular, sem que haja

⁴² A realização constitui o elemento central de tributação, mas não é exclusiva, i.e. nos instrumentos financeiros, adota-se antes o *accrual* ou *mark-to-mark*. Neste último tributa-se a mera detenção, quando há alteração de valor, independentemente da transferência. Cfr. MIGUEL CORREIA, *Taxation of Corporate Groups* (Wolters Kluwer. 2013), p. 10.

⁴³ Cfr. HUGH J. AULT, et.al. *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis* (Kluwer Law International 3ª ed. 2010), p. 232 (“A capital gain or loss is realized, in general, only if the property is sold, exchanged, or otherwise disposed of.”); REUVEN AVI-YONAH, et al., *Global Perspectives on Income Taxation Law* (Oxford University Press. 2011), p. 89-90 (“However, the fact that an event gives rise to a capital gain or loss does not necessarily mean that the capital gain or loss is taxable (or deductible)”).

⁴⁴ Cfr. MIGUEL CORREIA, p. 92 (“The classification of a real life transactions under these artificial legal categories is particularly problematic due to the need of denying tax significance to situations where, although a formal transfer occurs, the transferor maintains a substantial economic interest in the property transferred.”) (sublinhado nosso).

⁴⁵ Note-se que no caso da isenção, a ocorrência de um evento, é tratada como uma situação de *recognition*. Cfr. REUVEN AVI-YONAH, p. 92-94 (“A tax exemption, on the other hand, provides the assignee with a step-up-in basis, without triggering any taxes...”); MYRON SCHOLLES, et al., p. 406 (“A step-up occurs when the tax basis of a target’s assets are written up in value to the purchase price.”).

⁴⁶ Cfr. REUVEN AVI-YONAH, et al., p. 93; CENTRO DE ESTUDOS FISCAIS, *Reavaliação dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal nº 198 (Almedina. 2005), p. 174.

lugar à alteração do seu valor fiscal pelo seu valor de mercado, ou seja, mantém-se o valor fiscal (como se não tivesse havido fusão), permitindo ainda que, num *evento* posterior⁴⁷, haja lugar a tributação.

3. Cláusula específica anti-abuso

3.1. Origem

À semelhança do regime de neutralidade, também a problemática do *tax evasion* e *tax avoidance* teve origem nos EUA⁴⁸. Num momento crucial da história económica, a Grande Depressão, tomou-se consciência da necessidade de colmatar algumas lacunas na lei e reduzir eventuais incentivos fiscais à ocorrência deste tipo de fenómenos, optando-se pela aplicação de medidas mais restritivas.

Quando foi consagrado o nosso regime interno, havia uma ausência de meios para atuar face a uma prática abusiva, inclusive da cláusula geral anti-abuso⁴⁹. Daí que tenha sido fundamental o art. 11º da diretiva fusões, ao permitir que os Estados-membros adotem medidas⁵⁰, dentro dos limites desta, e deixem de aplicar o respetivo regime quando um dos principais ou o principal objetivo é a evasão ou fraude fiscal.

Decorrente desta legitimidade, a transposição da referida norma no nosso sistema limitou-se às fusões transfronteiriças. Só numa fase posterior é que foi adotado

⁴⁷ Para melhor compreensão entre a diferença de uma operação neutral e tributável, através de diagramas, cfr. MIGUEL CORREIA, p. 100.

⁴⁸ Como iremos ver no ponto 4, as decisões jurisprudenciais norte-americanas surgiram fundamentalmente após 1932. Cfr. STEVEN BANK, *Federalizing the Tax-Free Merger: Toward an End to the Anachronistic Reliance on State Corporation Laws* (Julho 2013), disponível em <http://papers.ssrn.com>, p. 28 et seq.; ASSAF LIKHOVSKI, *The Duke and The Lady: Helvering v. Gregory and The History of Tax Avoidance Adjudication*, 25 *Cardozo Law Review* 953 (2004); AJAY K. MEHROTRA, *Mergers, Taxes and Historical Materialism*, 83 *Indiana Law Journal* 881 (2008), p. 931 et seq. Note-se que as regras fiscais, conforme os benefícios que permitem, em contraposição com uma transmissão onerosa, podem induzir a realização deste tipo de operações. Sobre o impacto das regras fiscais nas decisões de reorganização, cfr. MYRON S. SCHOLLES & MARK A. WOLFSON, *The Effects of Changes in Tax Laws on Corporate Reorganization Activity*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 3095 (1989).

⁴⁹ Introduzida em 1999. Nos EUA e Reino Unido (embora tenha sido implementada a GAAR em 2013) tem-se seguido doutrinas jurisprudenciais para o combate ao planeamento fiscal abusivo, cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário* (Almedina. 2009), p. 27 et al. Sobre a implementação da GAAR nos vários países, cfr. ERNEST & YOUNG, *GAAR rising – Mapping tax enforcement's evolution* (Novembro 2013), disponível em <http://tmagazine.ey.com/>

⁵⁰ Esta norma não constava na proposta de diretiva em 1969. Só foi introduzida devido à preocupação de alguns Estados-membros (Holanda e Alemanha) pelos efeitos que advinham deste regime, cfr. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-abuso prevista no artigo 67º/10 do CIRC*, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009), p. 73; TERESA GIL BRAGA, *A Transmissibilidade Prejuízos Fiscais no Âmbito das Fusões*, 49 *Fiscalidade* 87 (2012), p. 91.

o atual art. 73º, n.º 10, com uma redação semelhante à diretiva, como forma de colmatar o vazio legislativo para as fusões internas⁵¹.

3.2. Razão de ser da norma

O sistema fiscal mantém-se neutro quanto às reorganizações, incluindo as fusões, para que não constitua um obstáculo nem um custo para as sociedades que concorrem entre si. Mas note-se que os benefícios fiscais que advêm da aplicação da neutralidade podem constituir um meio para se evitar o imposto. Significa que uma operação pode ser realizada, não pelas razões que contribuíram para a adoção do regime especial, mas por razões de ordem fiscal.

Como forma de evitar essas situações, o art. 73º, n.º 10 do CIRC, permite a derrogação do regime especial, em caso de *evasão fiscal*, isto é, de atos ou negócios jurídicos que, através do recurso a meios ilícitos (i.e. pela ocultação de certos fatos), permitem atingir o resultado previsto na lei. Porém, deve-se interpretar extensivamente o referido conceito, de forma a incluir também os casos de *tax avoidance*⁵². Ou seja, de atos ou negócios verdadeiros, em que as partes querem efetivamente a sua realização, inclusive a produção dos efeitos económicos, cumprindo formalmente os requisitos de um preceito legal. Porém, obtém-se uma vantagem que difere da finalidade pretendida pela norma.

No caso da fusão, esta pode constituir um ato intermédio para uma futura diminuição de imposto⁵³. Acresce ainda a existência de distorções⁵⁴ no sistema fiscal que podem também influenciar a realização de fusões, como a transmissão de benefícios

⁵¹ Antes da introdução da norma anti-abuso (1998), era comum, através da Fusão Inversa, uma sociedade (com lucros) deter outra sociedade (com prejuízos) na totalidade, para posterior incorporação nesta última, com o único propósito de deduzir os prejuízos. Talvez advenha daí a desconfiança da administração fiscal pela Fusão Inversa. Cfr. J.L. SALDANHA SANCHES, *Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração) Fiscal*, p. 18-19.

⁵² Cfr. REUVEN AVI-YONAH, et al., p. 100 (“tax evasion can be synthetically defined as intentional illegal behaviors”, “tax avoidance can be defined as all illegitimate (but not necessarily illegal) behaviors aimed at reducing tax liability. These behaviors do not violate the letter of the law but clearly violate its spirit”). Note-se que a delimitação dos casos que não são admitidos pela lei fiscal é de extrema importância para o planeamento da atividade económica. Sobre o princípio da liberdade de gestão fiscal, cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas* (Almedina. 2013), p. 44.

⁵³ Na situação em que é evidente é quando o valor fiscal (i.e. 100) do ativo é inferior ao valor de mercado (i.e. 200). Caso fosse tributável, seria pelo resultado da diferença dos dois (100). Além disso, o valor fiscal do ativo após a operação seria de 200. Mas tratando-se de uma operação *neutra*, só a contrapartida paga em dinheiro é que será tributada (no máximo 10% de 200), e o ativo não será “reavaliado”, mantendo-se na esfera do novo titular pelo valor fiscal de 100 (note-se que a este valor fiscal de base tende-se a adicionar o montante de dinheiro recebido que foi sujeito a tributação).

⁵⁴ Cfr. ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro* (Almedina 4ª ed. 2008), p. 199.

fiscais que não seriam transmitidos numa venda, ou o reporte de prejuízos de forma *automática* e o alargamento do prazo de dedução⁵⁵ que, através de manobras de planeamento fiscal envolvendo sociedades com elevados prejuízos, permitem diminuir o lucro tributável da sociedade beneficiária.

3.3. Consequências da sua aplicação

De forma a evitar a concessão da neutralidade a operações abusivas, a cláusula específica anti-abuso, quando aplicada, à semelhança do regime geral, implica a tributação da fusão, quer na esfera da sociedade, quer na esfera dos sócios. Acresce ainda que, tratando-se de uma cláusula aplicável a toda a *subsecção*, os seus efeitos estendem-se à recusa da transmissão dos benefícios fiscais e prejuízos fiscais para a sociedade beneficiária. Porém, se a operação for admitida, em resultado da apreciação da cláusula específica, não se deve aplicar a cláusula geral anti-abuso⁵⁶.

Para a verificação de evasão fiscal, é necessário que a administração fiscal prove que as sociedades intervenientes não têm a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação⁵⁷, ou que não se verificou a existência de razões económicas válidas para a realização da operação. Como exemplo deste último critério, a lei considera as reestruturações ou a racionalização das atividades das sociedades.

Note-se que, apesar de ser comum a consideração de que a prova dos elementos referidos anteriormente constitui uma *presunção*, no nosso entender trata-se de indícios⁵⁸ de evasão fiscal. Não só porque o art. 73º, n.º 10, ao contrário da diretiva, não

⁵⁵ Não se trata de uma crítica em relação ao alargamento do período de dedução dos prejuízos, que veio até melhorar a competitividade do nosso sistema, face a países que já consagravam um prazo mais alargado, cfr. ANTÓNIO NEVES, et al., O Novo IRC (Almedina. 2013), p. 62. Dos vários benefícios fiscais que podem influenciar para a realização da fusão, a transmissibilidade dos prejuízos é o que tem maior impacto, cfr. ALAN J. AUERBACH & DAVID REISHUS, *The Impact of Taxation on Mergers and Acquisitions*, in *Mergers and Acquisitions* (University of Chicago Press. 1987).

⁵⁶ O art. 73, n.º 10 do CIRC, aplica-se só a um setor específico de tributação, enquanto o art. 38º, n.º 2 LGT reprova atos ou negócios jurídicos em geral. Embora tenham um âmbito de aplicação distinto, ambas têm em comum o modo de atuação, pois distinguem a finalidade económica da finalidade fiscal subjacente na operação. Assim, sendo admitido um comportamento pelo legislador, quando é aplicado o art. 73º, n.º 10 do CIRC, a cláusula geral não pode ser aplicada, cfr. J.L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2006), p. 200; GUSTAVO LOPES COURINHA, p. 104 et seq.

⁵⁷ Inicialmente a cláusula transposta continha uma redação semelhante à diretiva. Em 2000, foi adicionado este indício. Cfr ANTÓNIO ROCHA MENDES, *A Tributação de Reestruturações Societárias*, p. 442-443, segundo o autor, esta situação merecia um tratamento distinto, num regime próprio.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 440-441. Nos acórdãos do TJUE, relativos à diretiva fusões, é também recorrente o uso do termo indício. Note-se que atualmente não é permitida a aplicação do art. 63º CPPT nos casos em que se verifique o art. 73º, n.º 10. Tratando-se de situações que podem gerar alguma insegurança, não se compreende a sua exclusão neste tipo de procedimento, cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Sobre a Noção de “Cláusula Antiabuso” em Direito Fiscal*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof.*

recorreu ao termo⁵⁹, como também, no acórdão *Leur-Bloem*, o Tribunal considera que as cláusulas adotadas pelos Estados-membros não podem ser de *aplicação automática*⁶⁰.

4. Abuso de diferimento de tributação: razões económicas válidas

4.1. Introdução

No exercício da autonomia privada, as sociedades podem planear as suas atividades, optando, entre várias formas contratuais, por aquela que permite uma maior eficiência económica. Mas a par desta liberdade, deve limitar-se, em simultâneo, a escolha pelas formas jurídicas que impliquem uma eficiência puramente fiscal, despidas de qualquer validade económica. Nestes casos a atuação das sociedades pode pautar-se por duas condutas consideradas ilícitas: a evasão e a elisão fiscal.

Como já referimos, os benefícios decorrentes do regime de neutralidade fiscal podem contribuir para a realização de uma operação que tem em vista apenas a obtenção dessas vantagens, isto é, pretendem obter um *fim* que não corresponde ao que é desejado pelo legislador. É neste sentido que iremos analisar os meios de que dispomos no combate às *práticas abusivas* do referido regime.

Para isso, é necessário começar pela génese da cláusula específica anti-abuso, prevista no art. 11º, n.º 1, alínea a) da diretiva fusões. Note-se que um foi um passo importante, enquanto fonte secundária da fiscalidade direta⁶¹, ao legitimar os Estados na adoção de uma cláusula semelhante para os casos de *evasão* ou *fraude fiscal*⁶², mas sem mencionar o *abuso*.

Doutor António de Sousa Franco Vol. III (Coimbra Editora. 2006), Manual de Procedimento e Processo Tributário (Almedina. 2012), p. 227-229; J.L. SALDANHA SANCHES, Os Limites do Planeamento Fiscal, p. 193; JORGE LOPES DE SOUSA, Código de Procedimento e Processo Tributário Vol. I (Áreas Editora 6ª ed. 2011), p. 584.

⁵⁹ O ordenamento espanhol também não recorreu ao referido termo.

⁶⁰ Segundo o TJUE, a aplicação automática, mesmo quando haja evasão fiscal, ultrapassaria o que era necessário para se evitar essas práticas e seria incompatível com o fim da diretiva.

⁶¹ Recorde-se que as diretivas vinculam os Estados-membros apenas quanto ao resultado, ao contrário dos regulamentos, onde lhes é dada liberdade quanto ao meio e forma. Cfr. JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Abuso de direito em Fiscalidade direta: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, 6 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto 233 (2009), p. 261. Como o autor refere, os dispositivos anti-abuso previstos na diretiva não podem ser diretamente aplicados a nível interno. É necessário que as normas internas consistam na transposição da diretiva *ou*, através do recurso a critérios europeus, possam ser interpretadas conforme a diretiva.

⁶² Note-se que não há ainda uma uniformização dos termos utilizados no âmbito europeu. Referimo-nos não só à diretiva fusões, que recorre aos termos *tax evasion* e *tax avoidance*, que pode ter significados distintos conforme o ordenamento, como também às decisões do TJUE, que recorre a termos como abuso, abuso de direito, cfr. ANTÓNIO ROCHA MENDES, A Tributação das Reestruturações societárias, p. 432.

Acresce ainda que a referida norma permitiu introduzir um conceito fundamental: *razões económicas válidas*. Significa que uma operação realizada por esses motivos, não será considerada abusiva. Porém, verificada a sua inexistência poderemos estar perante uma prática abusiva. Sendo necessário interpretar o referido conceito, e tratando-se de um termo de origem comunitária, no âmbito das reorganizações societárias, devemos ter em consideração não só os limites dos princípios gerais do direito comunitário, como também os limites estabelecidos pela referida diretiva.

Na jurisprudência, a primeira referência ao abuso em matéria de fiscalidade, em matéria de IVA⁶³, foi o acórdão *Halifax*⁶⁴. Assim, para que se constitua uma prática abusiva, é necessária a verificação do *elemento objetivo*, relativo à aplicação formal das condições previstas na norma (diretiva e direito interno que a transponha), do qual resulte uma vantagem fiscal contrária ao objetivo pretendido pelo preceito legal. Acresce ainda a verificação do *elemento subjetivo*, referente à apreciação dos elementos objetivos, e do qual se estabelece que a *finalidade essencial* da operação é a obtenção de uma vantagem fiscal.

Posteriormente, já no âmbito da diretiva fusões, foi apreciado o art. 11º, no acórdão *Leur-Bloem*. De fato, o TJUE veio confirmar a legitimidade dos Estados-membros na adoção de cláusulas que permitissem a exclusão do regime especial. Mas esta confirmação veio acompanhada de alguns condicionalismos, na medida em que não podem ser adotadas regras com carácter geral, e de aplicação automática⁶⁵. A constatação da existência de uma situação de evasão fiscal, dependerá sempre de uma análise *case-by-case*, de todos os elementos objetivos.

Ainda neste âmbito, o Tribunal voltou a pronunciar-se sobre o mesmo dispositivo legal, no acórdão *Kofoed*, já com referência ao termo *abuso*⁶⁶. Neste caso, permite-se concluir que, estando os Estados vinculados apenas na adoção das finalidades pretendidas pelas diretivas, não é necessária a reprodução formal das

⁶³ Para maior desenvolvimento ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A Luta Contra a Fraude, Evasão, e Abuso na Jurisprudência Recente do Tribunal de Justiça nas Comunidades Europeias em Matéria Fiscal*, 420 *Ciência e Técnica Fiscal* 7 (2007); RITA DE LA FERIA, *Evolução do Conceito de Abuso do Direito no Âmbito do Direito Fiscal Comunitário*, 2 *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 197 (2008); JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Abuso de direito em Fiscalidade direta: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*.

⁶⁴ C-255/02.

⁶⁵ Pretende-se salientar a proibição da discricionariedade (administrativa), que impossibilite o controlo judicial. Cfr. JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu*, (Coimbra Editora. 2010), p. 433.

⁶⁶ Por influência do acórdão *Halifax*, o TJUE começa a recorrer a esse termo.

mesmas, quando há normas internas que permitem o cumprimento dessa finalidade. Porém, quando é aplicado o direito interno deve-se interpretá-lo conforme o texto e o fim pretendido pela diretiva.

Após a referência ao art. 11º da diretiva fusões no seu todo, centrar-nos-emos na análise do conceito de razões económicas válidas. Frisamos que os casos que envolvem outro tipo de operações de reorganização societária, como a cisão, entrada de ativos ou permuta de ações, serão também tidos em consideração. Isto porque, salvo algumas especificidades próprias de cada operação, o regime fiscal é semelhante⁶⁷.

4.2. Soluções ao nível da UE e ao nível nacional

No acórdão *Leur-Bloem*, o TJUE começou, desde logo, por esclarecer que a diretiva pretende que os Estados-membros adotem normas fiscais *neutrais*, para que as sociedades, concorrentes entre si, se adaptem ao mercado comum. Acresce ainda que os benefícios atribuídos pela mesma aplicam-se às operações previstas independentemente dos motivos económicos, financeiros ou *puramente fiscais*. Porém, o art. 11º da diretiva permite a exclusão dos benefícios quando se tem como objetivo a *evasão fiscal*. Note-se que é com base nesta ideia que o Tribunal interpreta o conceito de razões económicas válidas como algo que está para além da obtenção de um benefício *puramente fiscal* (i.e. compensação de perdas).

No acórdão *Foggia*, o TJUE, voltou a reforçar esta ideia, acrescentando ainda que, na interpretação do referido conceito, os motivos fiscais não podem ser os preponderantes para a realização da operação. Ou seja, basta que o *fim essencial*⁶⁸ para a realização de uma fusão seja a obtenção de um benefício fiscal, para que se considere que não foi realizada por motivos económicos.

⁶⁷ Tal como a fusão, a cisão envolve uma transferência universal para outra sociedade. Já a entrada de ativos implica a transferência de um conjunto de atividades, e a permuta de partes sociais, implica a transmissão de participações sociais para outra entidade. Salvo as diferenças do tipo de transmissão que cada operação envolve, para efeitos fiscais, reflete uma transferência entre duas entidades. Acresce ainda que, como contrapartida, são atribuídas participações sociais ou às sociedades transmitentes ou aos sócios destas, e para efeitos fiscais, o fato de não haver atribuição monetária, é indicativo de uma manutenção do interesse no investimento. Cfr. ANTÓNIO ROCHA MENDES, A Tributação das Reestruturações Societárias.

⁶⁸ No acórdão *Part-Service* (C-425/06), em matéria de IVA, a operação foi considerada abusiva, ainda que desta tivesse resultado alguns efeitos económicos (i.e. de *marketing*, organização e de garantia), pois a obtenção da vantagem fiscal foi o *fim essencial* da operação (e não o *único* objetivo). Porém, a análise deste elemento no âmbito da diretiva fusões tem criado algumas dúvidas, sobretudo pela *incerteza* e *subjetividade* na ponderação da importância da motivação fiscal face às razões económicas, cfr. JOACHIM ENGLISH, *National Measures to Counter Tax Avoidance Under the Merger Directive*, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 11/13 (2011).

Note-se que ambos os casos envolviam uma sociedade *holding*. Contudo, o Tribunal não considerou relevante, para a verificação das razões económicas válidas, o fato de esta não deter uma empresa, isto é, de não prosseguir uma atividade comercial ou industrial⁶⁹.

Pretendendo eliminar obstáculos que impeçam a realização de reorganizações de sociedades, a diretiva prevê benefícios que se restringem aos impostos previstos na mesma (associados às mais-valias sobre as sociedades e os seus sócios), e não outros. Neste sentido, o acórdão *Zwijnenburg* estabeleceu que a desaplicação do regime especial deve restringir-se aos casos em que se pretende evitar os impostos previstos na diretiva⁷⁰.

Ainda no acórdão *Foggia* o TJUE reconheceu que, na incorporação entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo, a fusão permitiria reduzir custos de administração e gestão. De fato, estes motivos seriam suficientes para se admitir a operação. Porém, como já foi dito, a aplicação do regime especial não é compatível com práticas abusivas. O fato de estar em causa uma sociedade incorporada que não exercia *nenhuma atividade de gestão própria*, nem detinha ativos para transferir, de acordo com o seu objeto social, a única vantagem que poderia advir da fusão, na perspetiva da sociedade incorporante, era a transmissibilidade dos prejuízos fiscais.

A nível interno, e antes de analisar a jurisprudência, não devemos ignorar a decisão administrativa relativa ao conceito de razões económicas válidas. Note-se que, em ambos os casos, a interpretação do referido conceito surge no âmbito da transmissibilidade dos prejuízos fiscais⁷¹, quando ainda vigorava o art. 75, n.º 2 do CIRC, que exigia a prova de motivos económicos válidos, como também dos efeitos positivos a médio e longo prazo.

⁶⁹ No regime americano também é admitida a fusão entre sociedades *holdings*, ver nota 89.

⁷⁰ Esta posição não parece a mais aconselhável pois se se pretende evitar um imposto através da fusão, mesmo que se trate de um imposto que não esteja previsto pela diretiva, esta continua a carecer de uma finalidade que lhe dê sentido, que não seja a mera obtenção da vantagem fiscal. Acresce ainda a dificuldade que pode suscitar perante uma prática abusiva quando um determinado ordenamento não tem meios para atuar contra essas práticas (i.e. GAAR).

⁷¹ Cfr. A. SANTO JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra Editora 3ª ed. 2006), p. 326 et seq. Se tivermos em consideração as regras gerais de interpretação, inclusive das normas fiscais, devemos recorrer aos vários elementos, tais como: *literal*; *histórico*, ou seja, à génese da lei, tendo em consideração os trabalhos preparatórios, procedentes normativos e *occasio legis*; *sistemático*, pois não se pode ignorar o sistema em que se encontra inserida a norma; *teleológico*, relativo à *ratio legis*. Inicialmente o reporte de prejuízos estava sujeito à cláusula específica anti-abuso até ao momento em que foi aditado um artigo autónomo, o atual art. 75º, com a inclusão do n.º 2. Antes da sua revogação, o n.º 2 recorria ao conceito da diretiva fusões. Por isso, qualquer interpretação do referido termo, no âmbito do art. 75º, n.º 2, pode contribuir para a interpretação do art. 73º, n.º 10.

No despacho 3137/2003, de 18 de dezembro de 2003, relativo à fusão por incorporação entre sociedades do mesmo grupo, a administração fiscal reconhece que a operação permitirá reduzir custos. Isto porque se tivermos em consideração os recursos humanos, técnicos e financeiros afetos a cada uma das sociedades envolvidas, a reunião destes numa só entidade contribui para a redução de custos, como também para a melhoria da gestão da atividade. Relativamente ao conceito de razões económicas válidas, quando o principal objetivo é a concentração de gestão de participações, através da eliminação de *holdings* intermédias, permite-se, de fato, um aproveitamento de sinergias e economias de escala, e redução de custos.

No caso *Europeia*, na realização de uma entrada de ativos, a administração admitiu que, na perspetiva da Europeia, podiam existir motivos económicos que justificassem a realização da operação, como a redução de custos, reforço do capital e afirmação no mercado. Porém, a alienação das participações num curto espaço de tempo após a operação, pela sociedade espanhola, justificou a desconsideração desses motivos. Note-se que a administração constatou que as operações pressupõem uma *continuidade*, e a alienação não seria compatível com esse fim. Assim, concluiu que a única pretensão para a realização da operação estaria relacionada com a possibilidade de se transmitir os prejuízos fiscais para a nova sociedade, como também de beneficiar de uma isenção de mais-valias mobiliárias.

Apesar do tribunal não partilhar da mesma posição, ao não considerar que desde o início da operação o objetivo da sociedade espanhola seria a venda das participações, foi possível distinguir a exigência do critério da continuidade conforme se trate dos sócios ou da sociedade. Assim, no primeiro, o regime da neutralidade não impõe a manutenção das participações durante um certo período de tempo⁷². Já na esfera da sociedade, independentemente da forma, é necessário que *mantenha a atividade empresarial*. Porém, ficou ainda por esclarecer como é que se concretiza este último elemento.

⁷² Note-se que vários países, após a transposição da diretiva fusões, aplicaram condições adicionais na cláusula específica anti-abuso. Uma dessas exigências passou pelo *critério da manutenção das participações* durante, pelo menos, *cinco anos* (i.e. Alemanha), ou de três anos (i.e. França). Além de considerar um período excessivo, a Comissão Europeia já manifestou que a desaplicação imediata do regime especial de neutralidade pela não verificação dessa exigência, sem que seja dada possibilidade ao contribuinte de provar o contrário, não está conforme a diretiva, cfr. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Company Taxation in the Internal Market*, Commission Staff Working Paper COM 582 final (2001), p. 330-331; KONSTANTIN LOZEV, p. 91-92. No regime americano, apesar de se permitir a venda imediata das participações, tal não dispensa a análise da *step transaction doctrine* (ver ponto 4.3.3.).

No caso *Império*, na fusão entre duas sociedades do mesmo grupo, mais uma vez, reconheceu-se que tal operação contribui para reduzir custos de administração e de gestão, enquanto efeitos positivos. Porém, para a recusa foi determinante o fato de se tratar da absorção de uma sociedade que, para além de não ter exercido a sua atividade (empresarial), não detinha elementos do ativo que permitissem compreender o interesse económico da sociedade incorporante nessa operação.

Também neste caso parece que o interesse maior na realização da operação neutral advinha do possível reporte de prejuízos para as sociedades incorporantes. Mas note-se que, no caso anterior, a administração ficou apenas por esse reconhecimento, enquanto neste caso tentou ir um pouco mais longe, ao ponderar os efeitos decorrentes face à dimensão da atividade do sujeito passivo.

Mas mais uma vez o tribunal não partilhou da mesma opinião da administração fiscal, pois considerou que estava provada a existência de motivos económicos, acrescentando ainda que é não exigível essa ponderação.

Posteriormente, no caso *Restauração*, na fusão entre sociedades que prosseguiram a mesma atividade e pertencentes ao mesmo grupo, foi negada a transmissibilidade dos prejuízos em relação a uma das sociedades incorporadas, pois não ficou demonstrado o interesse económico da sociedade incorporante pela *integração de um património negativo*. Note-se que, neste caso em particular, o tribunal concordou com a administração fiscal, pois não haveria uma compensação de ganhos económicos com repercussão no interesse público provenientes da fusão (que ficaram por provar) face à dedução dos prejuízos fiscais das incorporadas, se fosse admitido.

Dos casos analisados, podemos salientar alguns pontos importantes. As contrapartidas atribuídas não têm sido questionadas pois a lei só admite a neutralidade quando seja atribuído *stock*. Porém, no caso Europeia parece criticável a posição que o tribunal tomou. De fato, não há obrigação de se manter as participações durante um determinado período. Mas isto não exclui uma análise de todos os elementos, para se verificar se de fato se trata ou não de uma prática abusiva, à semelhança do que é aplicável nos EUA. Neste ordenamento, ainda que não se exija a manutenção das participações, pode ser feita uma análise de todos os elementos, com base no *step transaction doctrine*.

Deve-se salientar ainda a argumentação do tribunal, no caso *Restauração*, quanto ao reporte de prejuízos fiscais. O tribunal alegou que o ganho económico teria de ter repercussão positiva no interesse público, ao contrário do caso Europeia, onde se

considerou que a compensação era feita entre as mais-valias provenientes da venda dos ativos (um proveito da sociedade espanhola) e os prejuízos acumulados das sucursais. Porém, ambas parecem criticáveis, pois, na nossa opinião, não se trata da atribuição de um benefício fiscal, mas apenas de uma consideração de que a sociedade incorporada se mantém, pelo seu substrato económico, e é nessa perspetiva que é concedido o reporte de prejuízos. Por isso, a verificação dos efeitos que advém desse reporte deve operar-se na sociedade a quem são transmitidos.

Note-se ainda que, dos casos analisados, a sociedade incorporada detinha elevados prejuízos fiscais e uma atividade quase nula ou, nalguns casos nem chegava a exercer uma atividade empresarial. Ora, se de fato estas sociedades deixaram de exercer uma atividade empresarial, não se compreende a posição do tribunal ao admitir o reporte de prejuízos, pois não se verifica a continuidade do negócio da sociedade fundida.

4.3. Soluções nos EUA

No *Revenue Act* 1918, foi implementada uma norma que permitia diferir o imposto para os casos de *mere change in form*, ou seja, nos casos em que havia apenas uma alteração substancial na forma de investimento, ainda que numa nova sociedade, sem que se verificasse um movimento de *cash out*.

Porém, na lei não constavam critérios que permitissem diferenciar as reorganizações das demais operações, daí que tenha sido fundamental o papel dos tribunais dos EUA para a sua concretização. Com base na ideia de que não havia desinvestimento, foi estabelecido o critério do *continuity of interest*⁷³ como forma de distinguir as fusões das vendas, com repercussões distintas, conforme se trate dos sócios ou das sociedades⁷⁴. Note-se que este critério apenas releva para os casos em que há transferência de propriedade. Posteriormente, foi ainda incluída a doutrina do *business*

⁷³ Cfr. MEREDITH CONWAY, *With or Without you: Debt and Equity and Continuity of Interest*, Suffolk University Law School, Research Paper No. 10-67 (2010), p. 4 (“When the courts created the continuity of interest doctrine, the intent was not to impose a new requirement, but rather to provide a “basic justification for the non-recognition provisions...””). Cfr., também, BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders* Vol. I (Warren Gorham & Lamont. 2005), secção 12.21 [1], 12-27.

⁷⁴ Cfr. BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, secção 12.21 [1], 12-26.

purpose, esta já com aplicação ao direito fiscal em geral. Ambas as doutrinas têm exigências diferentes conforme o tipo de reorganizações em causa⁷⁵.

4.3.1. *Continuity of shareholders' interest*

No *Revenue Act of 1921*⁷⁶, considerava-se reorganização (incluindo as fusões) quando uma sociedade obtinha “*substantially all of the properties*” de outra sociedade. Perante este sentido literal de uma fusão, o tribunal começou por delimitar as situações abrangidas.

Num dos primeiros casos, *Cortland Speciality Co. v. Comm'r*, embora se tenha verificado uma transferência de parte dos ativos, a neutralidade foi recusada. Segundo o tribunal, não basta que haja essa transferência, é necessário ainda que as partes mantenham o seu interesse na atividade resultante da fusão. Devido à contrapartida recebida (*cash e short-term notes*) o tribunal considerou que se tratava de uma venda, por não haver continuidade dos sócios.

Adotando esta decisão, o tribunal começou por exigir um interesse na sociedade beneficiária. Assim, num caso posterior, *Pinellas Ice & Cold Storage co. v. Comm'r*, a contrapartida foi mais uma vez determinante para a recusa da neutralidade. Acresce ainda que o tribunal considerou que o interesse nessa sociedade tem de ser “*more definitive*” do que *short-term notes*.

Em resultado destes dois casos, para a atribuição da neutralidade, podíamos concluir que era necessário que os sócios mantivessem o interesse no investimento, ainda que numa sociedade de forma diferente. Além disso, uma contrapartida monetária ou equivalente não permitiria a verificação dessa continuidade.

Porém, manteve-se a dúvida quanto à natureza do interesse e a quantidade. Para a sua determinação foi relevante o caso *Helvering v. Minnesota Tea Co*, que teve como contrapartida uma parte em dinheiro e outra em ações ordinárias da sociedade

⁷⁵ Cfr. MYRON SCHOLES, et al., p. 473. Na IRC Section 368 incluem-se sete operações de reorganização, sendo que as *statutory merger e consolidations* são as primeiras. O termo *statutory* refere-se a operações que respeitem ao *direito societário de cada estado* (e não federal), cfr. STEPHEN A. LIND, et al., p. 409. Sobre a introdução do referido termo, cfr. STEVEN BANK, *A Transcontinental “A” Train? Foreign Mergers Under Section 368(a)(1)(A)*, Florida State University College of Law, Working Paper No. 28 (2001), p. 10 et seq. Para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal, a operação tem de ser qualificada como uma reorganização, respeitando as descrições das transações aí incluídas, de outro modo não se aplica a neutralidade. Porém, não está definido o conceito relativo à fusão.

⁷⁶ Section 202(c)(2). Recorde-se que a primeira referência constava no *Revenue Act of 1918*, que tinha em consideração a *per value concept*, removida em 1921.

beneficiária. Na opinião do tribunal, a entrega de *stock* permitiria manter um interesse “*definitive and material*” na sociedade beneficiária. Acrescentou ainda que a entrega de cerca 56% de ações⁷⁷ era suficiente para se admitir a neutralidade. Mas vejamos.

Quanto à *qualidade* da prestação dada como contrapartida pelos ativos, para além da atribuição de ações ordinárias (*common stock*), o tribunal admitiu também a atribuição de ações preferenciais (*preferential stock*), sem direito a voto, no caso *John A. Nelson Co. v. Helvering*. Assim, parece que a contrapartida que normalmente se admite e garante a continuidade do investimento é a entrega de *stock* da sociedade beneficiária, independentemente de dar ou não direito a voto, ou de se tratar de ações preferenciais ou ordinárias⁷⁸. Além disso, parece também evidente que não é necessário que haja uma *identificação* entre as anteriores participações e as novas, ou seja, se os títulos na antiga sociedade davam direito a voto, os novos títulos podem não dar, como se verificou no último caso referido.

O que de fato tem sido fundamental para o tribunal é a manutenção do *status* dos sócios, isto é, mesmo que ocorra a fusão, os sócios não podem deixar de o ser na nova sociedade. Daí que não seja admissível a entrega de dinheiro ou equivalente, pois significaria a perda desse *status*. Para esta conclusão contribuiu em grande medida o caso *LeTulle v. Scofield*, que no contexto da entrega de obrigações (*bonds*) considerou que “it cannot be said that the transferor retains any proprietary interest in the enterprise. In the contrary, *he becomes a creditor of the transferee*”.

Apesar de se admitir como contrapartida os vários tipos de *stock*, tem-se criticado o fato de não se permitir a entrega de outros instrumentos (*debt, securities*) que garantem simultaneamente a manutenção do interesse do proprietário, ignorando o resultado económico⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. AJAY MEHROTRA, *Mergers, Taxes, and Historical Materialism*, p. 953 (“*Minnesota Tea* significantly the scope of the nascent judicial doctrine of “continuity of interest”. Because *Pinellas* and *Cortland* simply stated earlier that short-term debt was insufficient to provide the necessary representation of continuity of business interest, one could presume that is necessary to have something closer to one hundred percent of continuity of interest...”).

⁷⁸ Cfr. BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, secção 12.21 [2], em 12-30.

⁷⁹ *Ibid.*, secção 12.21[9]. Note-se que a desconsideração dos efeitos económicos da entrega de *stock* diz respeito à alteração dos riscos e direitos do sócio, conforme o tipo de *stock* que tinha e passa a deter após a fusão, como também pela desconsideração da posição do credor (que muitas vezes se assemelha à posição de sócio, pois também tem preocupações com o investimento feito por parte da sociedade). Cfr. MEREDITH CONWAY, p.11 et seq.

Para além da qualidade, a sociedade beneficiária tem de atribuir uma "substantial part of the value of the thing transferred" aos sócios⁸⁰. No caso *Minnesota* considerou-se suficiente a entrega de 56% de *stock*. Porém, no mesmo ano, o tribunal admitiu percentagens mais baixas, i.e. *Helvering v. Watts*⁸¹ como 45%, ou no caso *John A. Nelson v. Helvering*, de 38,5%. Perante um critério inconstante para a determinação da *quantidade* necessária para se admitir a neutralidade, a administração fiscal americana acabou por estabelecer que deve ser atribuído pelo menos 40% de *stock*.

Apesar de nos referirmos aos dois testes conforme se trate da qualidade e da quantidade das participações atribuídas, o tribunal tem adotado uma posição mais abrangente, analisando a globalidade da transação. Significa que é reconhecida a neutralidade da operação mesmo que 40% de *stock* seja atribuída apenas a um único sócio, e aos restantes seja atribuído dinheiro ou equivalente⁸². Mas o fato de não se ter em consideração a entrega de *stock* a cada um dos sócios conforme a proporção que detinha antes da fusão, tem merecido algumas críticas⁸³.

Para além destes dois testes, há ainda outros critérios que se destacaram. O primeiro diz respeito à disposição das participações após a fusão. Anteriormente, qualquer disposição (i.e. venda) destas teria de ter em consideração a manutenção de pelo menos 50% do *stock*. Devido a este preceito, no caso *McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Comm'r*, a venda imediata das participações (mais de 90%) a terceiros contribuiu para que não fosse aplicada a neutralidade, pois o tribunal considerou que se tratava essencialmente de uma venda. Ou seja, o cumprimento formal dos requisitos jurisprudenciais tinha apenas como propósito a obtenção da neutralidade da operação, e não o interesse em continuar o investimento. Porém, esta decisão foi criticada, considerando que os sócios podem dispor livremente das participações, desde que a

⁸⁰ Cfr. MEREDITH CONWAY, p. 10 ("...the Congress included the participation requirements and statutory percentages for two reasons: 1) to ensure that mergers were not unilaterally decided by controlling shareholders, and 2) to allow some degree of minority participation or inclusion in the reorganization decision.").

⁸¹ *Helvering v. Watts*, 296 U.S. 387 (1935)

⁸² Cfr. MYRON SCHOLES, et al., p. 408 ("Note that transactions that are tax free overall can nonetheless result in a taxable gain for target shareholders to the extent they receive cash."); CHERYL D. BLOCK, *Corporate Taxation: Examples and Explanations* (Wolters Kluwer 4^a ed. 2010), p. 397.

⁸³ Cfr. JOSHUA BLANK, *Confronting Continuity: A Tradition of Fiction in Corporate Reorganization*, 2006 *Columbia Business Law Review* 1 (2006), p. 28 et seq; MEREDITH CONWAY, p. 15 ("The determination of whether there is a continuing interest in a corporation has become dependent on the assumption that the continuity of interest is a numerical calculation to be overcome, rather than an individual evaluation of economic equivalence of holders' interests in the former corporation and those received in the exchange").

venda não seja para a sociedade beneficiária ou para uma parte relacionada com esta⁸⁴. Seguindo-se esta crítica, em 1998 foi então abandonada a exigência inicial, tornando-se irrelevante a manutenção temporal⁸⁵ das participações na esfera dos sócios, dando-lhes antes a possibilidade de as vender a terceiros (não relacionados com a sociedade beneficiária, ou seja, sociedades que não sejam consideradas afiliadas ou subsidiárias da sociedade beneficiária, quer antes, quer depois da venda de ações). Assim, os sócios só terão de manter o seu *status* até ao final da fusão. Note-se que isto não dispensa uma análise da *step transaction doctrine*.

Outro critério que teve importância dizia respeito à continuidade histórica do acionista (*historic shareholder continuity*). Significava que era necessário que as participações fossem entregues não a qualquer sócio da sociedade fundida, mas aos *historic*. Vejamos melhor o que está em causa. No caso *Yoc Heating Corp. v. Comm'r* tratava-se da incorporação da *Old Nassau* numa nova sociedade, tendo como contrapartida a atribuição de ações (85%), e dinheiro. À partida, se consideramos os testes referidos anteriormente, parecia que estavam cumpridos. Porém, o tribunal considerou a globalidade da operação, tendo como marco inicial a aquisição das ações da *Old Nassau* pela *Reliance*. Assim, após a fusão, deveria ser entregue uma parte substancial das participações aos sócios que sempre o foram desde o início do processo, mas tal não aconteceu. Num caso com contornos mais ou menos semelhantes, *J.E. Seagram Corp. v. Comm'r*, foi, no entanto, admitida a neutralidade, pois o tribunal reconheceu que seria penosa a tarefa de saber em que momento foram as ações adquiridas, isto é, se as participações foram adquiridas antes do processo de fusão (e portanto, seriam considerados *historic shareholders*), ou durante o processo (não seriam considerados *historic shareholders*). Por influência deste caso, foi também abandonada esta exigência (em 1998).

⁸⁴Cfr. CHERYL D. BLOCK, p. 403 (“If, shortly after exchange, the target shareholders' recently acquired stock in the purchasing corporation is redeemed or otherwise repurchased by the purchasing corporation, it would appear that such target shareholders have purchasing corporation, it would appear that such target shareholders have "sold" their interest to the acquiror rather than participated in a reorganization exchange.”).

⁸⁵ Inicialmente tinha sido fixado o período de pelo menos cinco anos de manutenção das ações.

4.3.2. *Continuity of business interest*

Para além da verificação da continuidade dos sócios, foi exigida posteriormente a continuidade da sociedade fundida. Assim, para que seja admitida a neutralidade, a sociedade fundida não deve interromper a sua atividade, diferentemente da liquidação.

No caso *Standard Realization Co.*, foi negada a neutralidade pois era intenção dos sócios liquidar a sociedade. Tendo em consideração de que na fase de liquidação, a sociedade deixa de prosseguir a atividade empresarial, e, muitas vezes, vende parte dos seus ativos, parece que, na opinião do tribunal, tal consequência não corresponde ao propósito de uma reorganização, que pressupõe antes uma continuação.

Seguindo-se esta lógica, o tribunal, num caso posterior, *Pridemark, Inc.*, acabou por esclarecer que a reorganização não se confunde com uma liquidação total. Assim, quando uma sociedade deixe de exercer a sua atividade, e ainda que uma nova sociedade retome o seu exercício, com auxílio de alguns ativos da primeira, tal não constitui uma continuação de atividade empresarial. Note-se que não foi a venda de alguns ativos que foi determinante para a decisão do tribunal, mas sim o fato de ter havido *interrupção da atividade empresarial*⁸⁶.

Pela análise anterior, e pela regulamentação de que a reorganização pressupunha “a continuity of *business enterprise* under the modified corporate form”, ficaria a ideia de que era exigível à sociedade beneficiária a prossecução do *mesmo negócio* ou *similar* da sociedade fundida. Porém, não foi essa a posição do tribunal no caso *Bentsen v. Phinney*, que permitiu esclarecer que não é esse o propósito do código fiscal norte-americano. O que se pretende, na verdade, é a manutenção da atividade empresarial, admitindo-se ainda a disposição de ativos da sociedade fundida, desde que não seja posta em causa a sua “substância”, aproveitada, ainda que num negócio distinto⁸⁷.

⁸⁶Cfr. BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, secção 12.61[2][a], 12-247 (“Accordingly, where there is a complete termination of corporate business activity, or where there is such an interruption of the business activity that its continuity is broken, the liquidation provisions will take precedence over the reorganization provisions. It should be noted, however, that liquidation of one of the corporate parties to a reorganization transaction (as distinguished from a terminations its business activities) is not inconsistent with the concept of reorganization.”) (sublinhado nosso). Serve de exemplo o caso *Lewis v. Comm’r*, 176 F.2D 646 (1ST CIR. 1949), em que, de três negócios distintos prosseguidos pela sociedade fundida, a sociedade beneficiária deu continuidade apenas a um deles.

⁸⁷ Cfr. MYRON SCHOLLES, et al., p. 472-473 (“... an acquirer cannot purchase a target company in a tax-free transaction and then liquidate the target’s assets. This principle of **continuity of business interest** means that the acquirer must continue to use the assets of the target in a productive capacity postacquisition.”).

A regulamentação de 1981 acabou por adotar este último entendimento. Assim, caso a sociedade beneficiária opte por *continuar o negócio* da sociedade fundida, deve atender ao *historic business*, isto é, ao negócio mais recente da sociedade, ficando excluído aquele que é constituído no plano de fusão. Porém, não é exigível a prossecução de todos os negócios praticados pela sociedade fundida, quando esta possuía mais do que um, basta que se mantenha “*one significant line of business*”, podendo dispor livremente dos demais ativos. Em alternativa, admite-se a *manutenção* de uma *parte significativa*⁸⁸ (ou seja, uma parte importante dos ativos face ao negócio) dos *ativos*⁸⁹ da sociedade fundida, independentemente do negócio praticado.

Este requisito tem implicações não só na neutralidade, como também no âmbito da transmissibilidade dos prejuízos fiscais. Isto porque, para a sua admissibilidade, é necessária a continuidade da atividade empresarial da sociedade fundida durante pelo menos dois anos, caso contrário pode proibir-se esse reporte. Nesta medida, as considerações tidas anteriormente, relativas ao modo de como se procede à verificação da continuação da atividade empresarial, relevam também para a admissibilidade do reporte de prejuízos⁹⁰.

Tratando-se de requisitos de simples aplicação, este teste não tem merecido grandes críticas.

4.3.3. Business purpose

Para além dos requisitos anteriores, a jurisprudência acrescentou uma outra exigência, relativa ao *business purpose*. Para isso contribuiu o caso *Gregory & Helvering*⁹¹. Se a sra. Gregory obtivesse o rendimento, por via normal, da venda de ações detidas pela sua sociedade, seria tributada pelos dividendos recebidos. Porém, poderia libertar-se dessas mesmas ações mas sendo tributada por *capital income* (ou

⁸⁸ Para este efeito, *significant* “is based on the relative importance of the assets to operation of the business”.

⁸⁹ Os ativos incluem também *stock, securities* e *intangible operating assets (goodwill, patents, trademarks* quer tenham ou não valor fiscal). A propósito da admissibilidade da utilização de ativos que incluem *stock*, recorde-se que no acórdão *Leur-Bloem* tinha sido questionada a admissibilidade da neutralidade em fusões entre sociedades *holdings*. No regime americano esta operação é admitida, mas sujeita a regras próprias. Assim, se uma *holding (parent)* incorporar a sua subsidiária, após a fusão, a continuidade do negócio só estará verificada se a subsidiária prosseguir *historic business* da *parent*.

⁹⁰ Cfr. STEPHEN A. LIND, et al., p. 619. No nosso ordenamento foi já defendida a adoção de critérios mais restritivos para o reporte de prejuízos, incluindo a manutenção temporal, cfr. TERESA GIL BRAGA, p. 112. É também neste sentido que defendemos na p. 23 que se deve verificar se de fato se mantém a atividade da sociedade fundida, de outro modo não se justifica a permissão da transmissão dos prejuízos desta.

⁹¹ Note-se que este caso foi relevante para a introdução de outras doutrinas jurisprudenciais, tais como a *substance-over-form*. Pela diferença entre a forma jurídica e a substância económica da transação realizada, desconsidera-se a primeira para dar prevalência à segunda.

seja, mais-valias, nos EUA sujeitas a um tratamento diferenciado dos restantes rendimentos, denominados como “*ordinary income*”). Para isso, foi constituída uma nova sociedade que apenas serviu de meio para que lhe fossem transferidos ativos de outra sociedade e, para efeitos legais, fosse considerada uma reorganização.

Curiosamente, o tribunal começa por reconhecer que os contribuintes têm direito a planear os seus negócios, optando pela forma que melhor lhes permita diminuir os impostos a pagar. Porém, logo a seguir, afirma que “*Simply an operation having no business or corporate business – a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a distinguish for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to recognize a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner*”.

Este último argumento foi fundamental para se considerar que a operação não tinha um *business (nontax) purpose*, e por isso não seria neutra. Quer isto dizer que, com base na interpretação teleológica⁹², o tribunal atendeu à finalidade pretendida pela norma aplicável (*business purpose*), e a finalidade da transação realizada (*tax avoidance*). Sendo estas incompatíveis, desconsiderou os efeitos fiscais da operação⁹³.

Acresce ainda que para esse exercício o tribunal recorreu ao que hoje se denomina pelo *step transaction doctrine*, isto é, pela consideração de cada um dos *steps* (cisão, liquidação e venda das participações) como se de um só se tratasse, quando estes, pela sua substância, estão integrados e dependem uns dos outros para se obter um determinado resultado⁹⁴.

Por influência do caso *Gregory* foi então regulamentado pela administração fiscal que, para a atribuição da neutralidade, as reorganizações empresariais, enquanto reajustes nas estruturas empresariais, devem realizar-se por “*business exigencies*”. Pelo fato de se tratar de reorganizações empresariais, a apreciação do propósito da operação tinha como foco as respetivas sociedades envolvidas. Porém, a jurisprudência tem

⁹² Cfr. VIOLETA RUIZ ALMENDRAL, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-avoidance Rules?*, 33 *Intertax* 560 (2005), p. 572-573, CARLOS PALAO TABOADA, *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal* (Lex Nova. 2009), p. 252. Segundo este último autor, o conceito de razões económicas válidas teve origem nesta doutrina.

⁹³ Devido à ausência de motivos comerciais que pudessem justificar a cisão, o tribunal não admitiu o *non recognition* da transferência das participações da *MonitorCorp.* para a *Averill*. Note-se que o Comm’r pretendia também que fosse desconsiderada a constituição da *Averill*.

⁹⁴ Cfr. BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, secção 12.61 [3], 12-253.

evoluído no sentido de que esse propósito deve verificar-se na globalidade, na medida em que inclui não só as sociedades como também os sócios⁹⁵.

Se tivermos em consideração o que já foi dito em relação ao conceito de razões económicas válidas, este tem em comum com o *business purpose* o fato de se atender à finalidade da transação, ou seja, pretende-se que as operações tenham em vista uma finalidade económica, que lhe dê sentido⁹⁶. Porém, as duas diferem pois, para a aplicação do *business purpose* não é necessário demonstrar o elemento subjetivo, relativo à *essencialidade* da obtenção da vantagem fiscal, ao contrário das razões económicas válidas.

A exigência do *business purpose* é das menos problemáticas, pois, segundo a doutrina, é de fácil cumprimento, sobretudo no caso das reorganizações por aquisição. Isto deve-se ao fato da fusão permitir o acréscimo de sinergias e ganhos de eficiência, e até o melhoramento da posição no mercado das sociedades envolvidas⁹⁷. Porém, a conjugação desta doutrina com outras, recentemente introduzidas na lei, pode dificultar a sua aplicação⁹⁸, sobretudo pela necessária apreciação do elemento subjetivo.

⁹⁵ *Ibid.*, secção 12.61 [1], 12-246. Tanto no caso *Lewis v. Comm'r* (1949), relativo a uma operação que envolvia uma *closely held corporation (private corporation)*, como também no caso *Parshelsky v. Comm'r* (1962), o tribunal não distinguiu as finalidades pretendidas, conforme se tratasse das sociedades ou dos sócios. Note-se que, apesar dos autores reconhecerem que a intenção dos sócios não deve pôr em causa a respetiva operação, estes devem perseguir outro propósito que não o de evitar o imposto.

⁹⁶ *Ibid.*, secção 12.61[1], 12-244 (“...its essence is an instinctive judicial attitude that a transaction should not be given effect for tax purposes unless it serves a purpose other than tax avoidance”); cfr., também, CARLOS PALAO TABOADA, p. 212-213. Recorde-se que, neste sentido, foi já afirmado no acórdão *Leur-Bloem* o conceito de razões económicas válidas “deve ser interpretado como indo para além da procura de um benefício puramente fiscal”.

⁹⁷ Embora o motivo predominante diga respeito à maximização do lucro (no sentido económico pretende-se evidenciar a maximização do valor da empresa), as fusões permitem ainda aumentar o poder de mercado, através da eliminação de sociedades concorrentes, como também redução de custos (quer a nível de produção dos bens e dos estabelecimentos, quer também de custos fiscais, de capital, e de transação), entre outros. Sobre as vantagens das fusões, no âmbito económico, cfr. PEDRO MATOS, VASCO RODRIGUES, p. 33 et seq.; ASWATH DAMODARAN, *Corporate Finance: Theory and Practice*, (Wiley 2ª ed. 2001), p. 840; EUROPEAN COMMISSION – DG ECFIN, *The efficiency Defence and the European System of Merger Control*, European Economy: Reports and Studies No. 5 (2001), p. 37 et seq.

⁹⁸ Referimo-nos à *economic-substance*, que pretende distinguir as transações que têm substância económica das que pretendem apenas obter um *benefício económico* resultante da redução de imposto. Para isso é necessário verificar se houve alteração significativa da posição económica do contribuinte proveniente de um ganho (não fiscal). É ainda necessário verificar o *substantial purpose* para realização da transação (excluídos os motivos fiscais). Caso esta doutrina se aplique em simultâneo com o *business purpose*, a prova deste último torna-se mais exigente. Apesar da ESD estar associada ao caso *Gregory*, se de fato tivesse sido aplicada, a distribuição de dividendos, relativos às participações da *MonitorCorp.* para a sra. Gregory, também não seria admitida para efeitos fiscais. Este caso serve de exemplo para ilustrar as dificuldades que podem existir na aplicação da ESD nas transações do *Subchapter C*. Cfr. JEFFREY T. SHEFFIELD, *Corporate Transactions and the Economic-Substance Doctrine*, 89 Taxes – The Tax Magazine 163 (2011); JODI J. SCHWARTZ, *Economic-Substance Doctrine and Subchapter C: What, Me Worry?*, 89 Taxes – The Tax Magazine 113 (2011).

5. Conclusões

É tempo de concluir: em face da análise realizada na presente dissertação, acreditamos que os tribunais deverão tomar em consideração os seguintes elementos no preenchimento do conceito “*razões económicas válidas*”:

- 1) No âmbito societário, a fusão assenta numa ideia de *continuidade*. Através da transmissão de todos os elementos pela sucessão universal, a atividade da sociedade fundida mantém-se na esfera da sociedade incorporante. Além disso, os sócios da primeira mantêm também a sua condição, mediante a atribuição ou anulação de participações sociais.
- 2) No âmbito fiscal, a continuidade do interesse económico dos sócios foi um motivo preponderante para a adoção da neutralidade das fusões. Assentes no *modelo de realização*, os EUA e o nosso regime interno não só não reconhecem ganhos ou perdas no momento da fusão (diferimento de tributação), como também admitem o reporte de prejuízos e benefícios fiscais para a sociedade beneficiária, pois pressupõem que esta dá continuidade à atividade da sociedade fundida. Mas tratando-se de benefícios que não seriam admitidos no caso de uma transmissão onerosa, estes têm contribuído para a realização de práticas *abusivas*. Significa isto que a fusão pode contribuir para a diminuição da fatura fiscal, quer nos casos em que esta constitui um ato intermédio, quer nos casos em que se recorre a sociedades com elevados prejuízos fiscais.
- 3) A cláusula específica anti-abuso constitui um meio importante pois permite evitar a concessão de *todos* os benefícios fiscais decorrentes deste regime nos casos de evasão fiscal *lato sensu*, ou seja, nos casos em que se pretende realizar a fusão para se obter uma *vantagem puramente fiscal*. Na aplicação da referida cláusula, é fundamental ter em consideração as *razões económicas válidas*. Significa isto que é necessário atender à *finalidade* da operação, quer na perspetiva das sociedades envolvidas, quer dos sócios. Assim, a neutralidade só se deve aplicar às fusões que têm um propósito

puramente económico, pois é com a realização destas que o legislador pretende evitar que a tributação constitua um obstáculo.

- 4) A compreensão desses motivos, no âmbito económico, não tem criado grandes dificuldades, pois reconhece-se que, tanto nos casos de sociedades que pertencem ao mesmo grupo como nos das que não pertencem, a fusão permite reduzir custos de administração e de gestão. Porém, a inexistência de razões económicas válidas não pode constituir *per se* uma situação de evasão fiscal.
- 5) Esta análise depende ainda da verificação de todos os *elementos objetivos*:
 - a) Na esfera dos *sócios*, o nosso regime legal considera que estes devem manter a sua condição na sociedade beneficiária, ao ser-lhes atribuído *stock* desta. Segundo o regime norte-americano, as *novas* participações não têm de corresponder às anteriormente detidas, ou seja, podem garantir direitos distintos (i.e. ações ordinárias, ações preferenciais, com ou sem direito a voto).
 - b) Tendo em consideração a globalidade da operação, a atribuição de participações deve corresponder, em certas modalidades de fusão, a pelo menos 90% (nos EUA, segundo decisão administrativa, basta que sejam atribuídas 40%). De acordo com a jurisprudência dos EUA, essa atribuição não tem de corresponder a um *valor proporcional* das participações detidas anteriormente por cada um dos sócios.
 - c) *Após a fusão*, não é exigível que os sócios mantenham as participações sociais durante um determinado período de tempo. Porém, no regime norte-americano é ainda relevante, por um lado, que a venda das participações seja feita só a terceiros, não relacionados com a sociedade beneficiária. Por outro, é necessária a verificação da *step transaction doctrine*. Significa que, se consideramos cada uma das transações, incluindo a fusão, não como operações individuais, mas como *uma só operação*, tendo em vista *um só resultado* (*tax avoidance*), a neutralidade

pode não ser admitida. Embora não se conheça com detalhe o caso Europeia, provavelmente a conclusão do tribunal teria sido outra de acordo com esta doutrina, pois a fusão seria considerada apenas um *meio* para se aplicar um regime fiscal mais favorável numa operação posterior - a isenção de mais-valias resultantes da alienação de partes sociais por não residentes.

- d) Na esfera das *sociedades*, os nossos tribunais apenas têm reconhecido que é indispensável a continuidade da atividade empresarial. É neste critério que o regime norte-americano pode auxiliar, de forma significativa, ao esclarecer de que modo se concretiza. Segundo este ordenamento, a sociedade beneficiária pode optar por prosseguir *pelo menos um dos negócios* (ou seja, o mais recente, desde que não faça parte do processo de fusão) da sociedade fundida, quando tinha mais do que um, podendo dispor livremente dos restantes ativos. Em alternativa, a sociedade beneficiária pode prosseguir qualquer outro negócio, desde que utilize uma *parte significativa dos ativos* da sociedade fundida. Acresce que a *interrupção* da atividade empresarial da sociedade fundida releva para a desconsideração da neutralidade.

- e) Este critério aplica-se mesmo nos casos que envolvam sociedades que não prosseguem uma atividade comercial ou industrial (*holdings*). Significa que a continuidade só estará verificada se, caso uma *holding* venha a incorporar as suas subsidiárias, estas prossigam o *historic business* da *holding*, de acordo com o seu objeto social.

- f) A continuidade da atividade empresarial tem ainda repercussões para o reporte de prejuízos. Sendo este o motivo preponderante na realização de práticas abusivas, o ordenamento norte-americano adota regras mais restritas para a sua admissibilidade, ao exigir a continuação da atividade empresarial por, pelo menos, dois anos. A adoção deste critério no nosso ordenamento permitiria recusar a transmissibilidade dos prejuízos fiscais nos casos Império e FOGGIA, pois tratava-se de uma incorporação de sociedades que nunca chegaram a exercer uma atividade empresarial. À

luz deste critério, essa operação aproximar-se-ia mais do regime de liquidação do que de uma reorganização.

- 6) Em resultado da verificação dos elementos anteriores, deve estabelecer-se ainda se a obtenção da vantagem fiscal constituiu o *fin essencial* da operação. Porém, devido ao carácter subjetivo implícito na ponderação da *essencialidade* desses motivos, podem criar-se situações de incerteza na aplicação do mesmo. Deste modo, cremos que este elemento deve ser objeto de clarificação para que, no futuro, seja aplicado de forma uniforme.

Anexos

Análise de jurisprudência

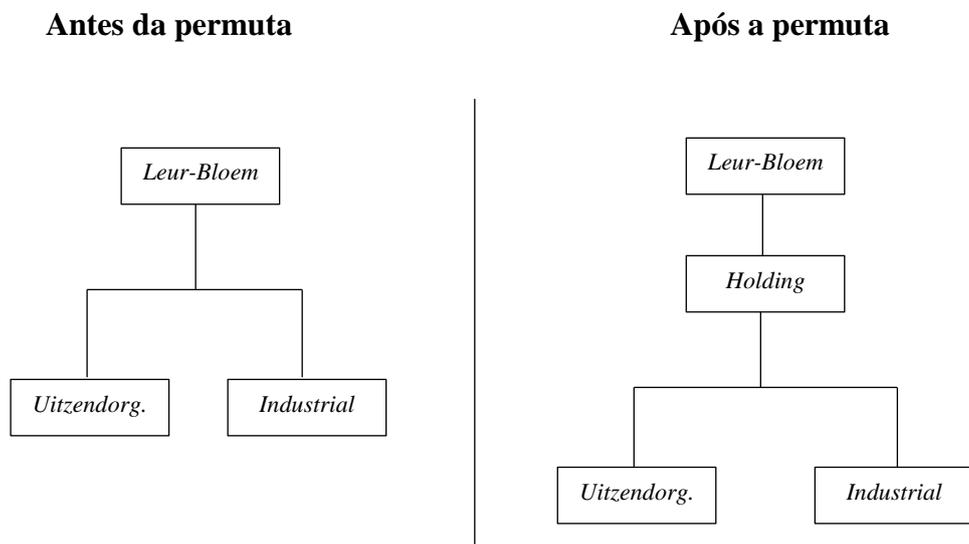
1. Jurisprudência TJUE

1.1. Acórdão *Leur-Bloem* - C-28/95, de 17 de Julho de 1997

A. *Leur-Bloem*, pessoa singular, acionista única de duas sociedades holandesas, *Phoenix Uitzendorganisatie BV* e *Phoenix Industrial BV*, pretendia adquirir ações numa terceira sociedade já existente, *Phoenix Holding BV*.

A. *Leur-Bloem*, através da permuta de ações, trocou as ações que detinha nas duas sociedades pelas ações da *Phoenix Holding BV*. Apesar da operação realizada, A. *Leur-Bloem* manteve-se como única sócia das duas sociedades, ainda que de forma indireta (através de uma *holding*).

Esquemáticamente:



A. *Leur-Bloem* pretendia que a operação fosse considerada, para efeitos fiscais, uma permuta de ações, pois não seria tributada pelos eventuais ganhos provenientes da troca de ações. Além disso, permitiria compensar eventuais perdas no âmbito do grupo. Porém, a administração fiscal holandesa recusou o pedido feito para o reconhecimento

da neutralidade. O fato de estarem em causa duas sociedades que tinham em comum o sócio, e também diretor, foi determinante para se considerar que a operação não tinha em vista reunir de modo duradouro, do ponto de vista financeiro e económico, as duas entidades na terceira sociedade.

Questões prejudiciais:

- 1) Será o Tribunal de Justiça competente para apreciar uma questão de interpretação da diretiva, quando a operação ocorre apenas a nível interno?
- 2) De acordo com o art. 2º, parte inicial e alínea d) da diretiva fusões, poderá tratar-se de permuta de ações, mesmo que a sociedade adquirente *não explore nenhuma atividade*? Ainda neste âmbito, a mesma pessoa singular foi sócia e diretora quer nas sociedades adquiridas, quer na sociedade adquirente, após a permuta. Será que isto constitui um impedimento do referido conceito? Na definição da permuta, é necessária a *reunião duradoura* numa entidade (do ponto de vista financeiro e económico)?
- 3) Consistirá uma *razão económica válida*, nos termos do art. 11º da diretiva, o fato de tal permuta se realizar para a compensação de prejuízos fiscais?

A diretiva, ainda que aplicada às operações transfronteiriças, é adotada também para as normas internas, de forma a permitir uma maior uniformização, ou seja, permite evitar situações de discriminação e de distorções de concorrência. Desta forma, mesmo que se trate de uma situação puramente interna, o fato de se recorrer à “letra” da diretiva, de forma a evitar divergências de interpretação, torna necessária uma interpretação de forma uniforme.

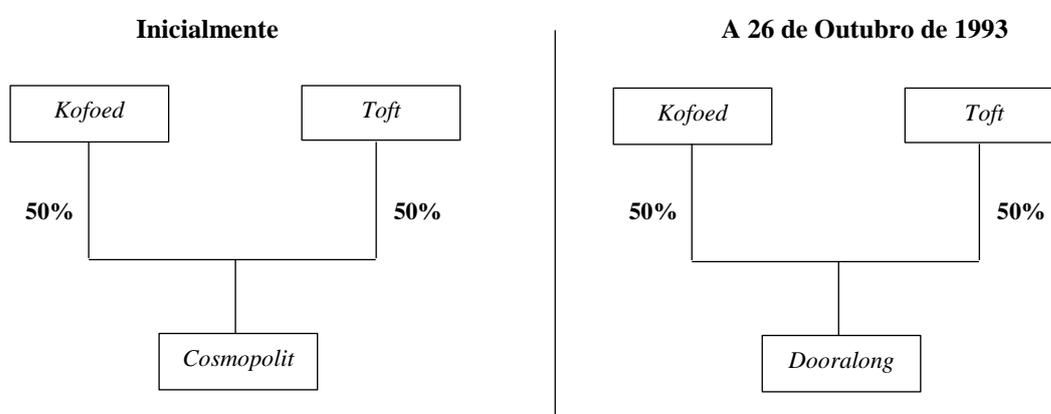
Note-se que a diretiva se aplica às operações que se encontram incluídas no seu âmbito objetivo, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais. No entanto, o artigo 11º, n.º 1 permite aos Estados-membros a exclusão do regime especial quando o principal objetivo ou um dos principais objetivos é a fraude ou a evasão fiscal. Caberá aos Estados adotar as regras necessárias para a aplicação do dispositivo em causa. Para tal deve atender-se ao fato de não se permitir a adoção de regras com carácter geral, que excluam de forma automática o regime especial, não sendo permitido também a (exclusiva) discricionariedade administrativa. Ou seja, não se permite que seja negado um eventual controlo judicial.

Podemos também encontrar um outro aspeto relevante, quanto à verificação de motivos económicos válidos: estes não são incompatíveis quando está em causa uma sociedade *holding*, isto é, não é exigível uma atividade comercial. O tribunal considerou ainda que estruturas criadas pela operação em causa, *delimitadas no tempo*, podem ser efetuadas por razões económicas válidas, ainda que sejam indício de eventuais fraudes ou evasões fiscais. O que podemos constatar é que se tratará sempre de uma análise casuística, que só em cada caso concreto é possível de determinação. Porém, o conceito de razões económicas válidas vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal.

1.2. Acórdão *Kofoed* – C-321/05, 5 de Julho de 2007

H. M. Kofoed e *N. Toft*, pessoas singulares residentes na Dinamarca, detinham em partes iguais a totalidade do capital social da *Cosmopolit Holding ApS*, sociedade dinamarquesa. Em 26 de Outubro de 1993, *Kofoed* e *Toft* passaram a deter, também em partes iguais, a totalidade de ações na *Dooralong, Ltd.*, sociedade irlandesa.

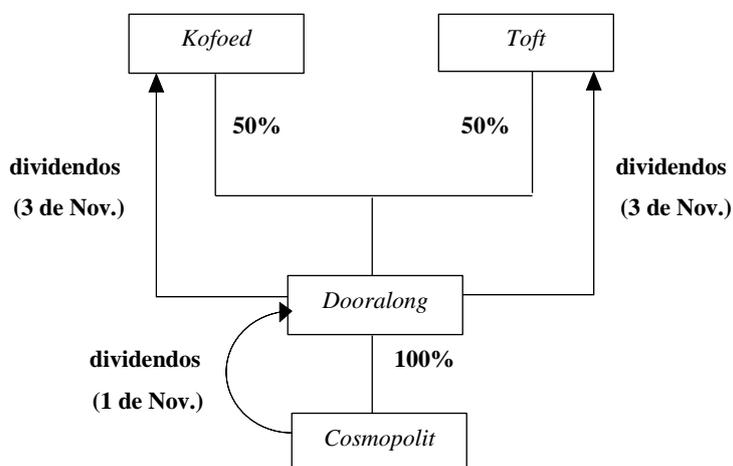
Esquemáticamente:



Dooralong procedeu a um aumento de capital social, emitindo novas ações. Em 29 de Outubro de 1993, *Kofoed* e *Toft*, através da permuta de ações, trocaram as ações que detinham na *Cosmopolit* pelas novas ações na *Dooralong*. Como resultado final, *Kofoed* e *Toft* passaram a deter em partes iguais a totalidade da *Dooralong* e esta passou a deter, na totalidade, a *Cosmopolit*.

A 1 Novembro de 1993, a *Cosmopolit* distribuiu lucros para a sua única sócia, *Dooralong*. Passados dois dias, após decisão da assembleia geral, *Dooralong* distribuiu esses dividendos para *Kofoed* e *Toft*.

Esquemáticamente:



Na declaração de rendimentos do ano de 1993, *Kofoed* considerou, por um lado, que as mais-valias provenientes da permuta estariam isentas de tributação, de acordo com a lei dinamarquesa. Por outro lado, os dividendos recebidos estariam isentos de tributação pela convenção sobre dupla tributação (entre a Dinamarca e a Irlanda). No entanto, a administração fiscal não tinha a mesma opinião. Considerou que se tratava duma só operação, ou seja, a distribuição de dividendos, enquanto parte da operação da permuta, ultrapassaria o limite máximo estipulado na diretiva fusões da quantia monetária (10% do valor nominal dos títulos entregues).

Questões prejudiciais:

- 1) Corresponderão os dividendos distribuídos à quantia em dinheiro, referida no art. 2º, alínea d) da diretiva?
- 2) Pode a administração fiscal atuar, perante um abuso de direito, mesmo que não conste nesse ordenamento interno uma norma que transponha o art. 11º da diretiva?

O Tribunal considerou desde logo que os benefícios fiscais se aplicam indistintamente em todas as operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de ações, independentemente das suas justificações, sejam estas financeiras, económicas,

ou até fiscais (posição esta que já tinha sido afirmada no *Leur-Bloem*). Além disso, pelo artigo 8º da diretiva, esta operação seria isenta de imposto. Só seria aplicado outro resultado (a sua tributação) em caso de abuso de direito. Isto significa que, de acordo com o §38, o artigo 11º reflete um princípio geral do direito comunitário, o da proibição de abuso.

Note-se que os Estados-membros têm liberdade para escolher a forma e os meios que melhor correspondam aos objetivos da diretiva. Mas não há uma obrigação destes no sentido de tomarem uma iniciativa legislativa, quando o contexto jurídico geral é suficiente, ou seja, na transposição da diretiva, não é necessário recorrer a disposições desta em normas nacionais. No entanto, na aplicação do direito nacional, há obrigação de interpretar, sempre que for possível, à luz do texto e da finalidade das diretivas, de forma a atingir o resultado pretendido pelas mesmas.

Desta forma, cabe às autoridades internas verificar se há dispositivos sobre o abuso de direito, de fraude ou evasão fiscal, que permitam, à semelhança do art. 11º da diretiva, desaplicar o regime especial.

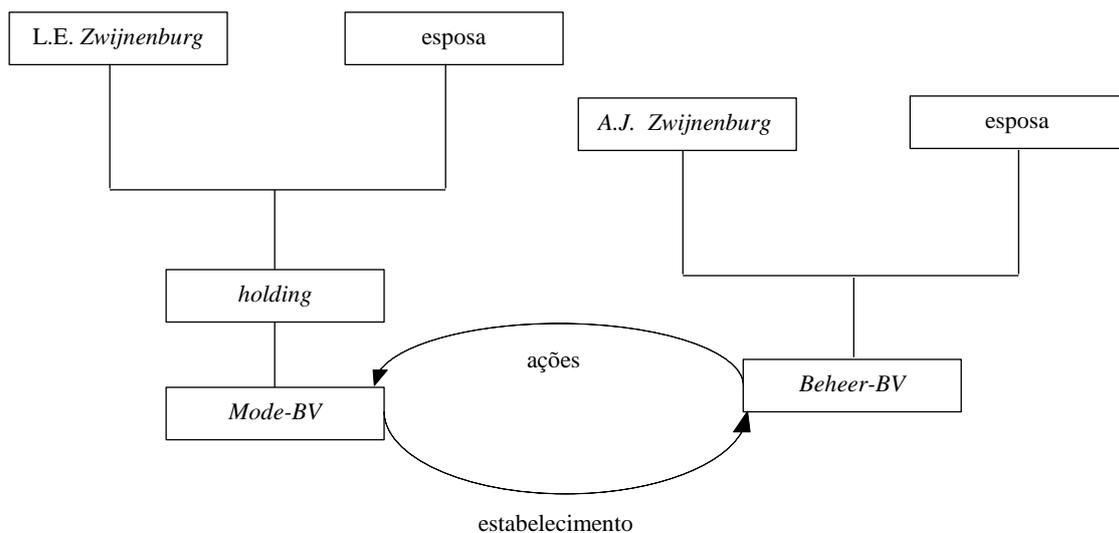
1.3. Acórdão *Zwijnenburg* - C-352/08, de 20 de Maio de 2010

L.E. Zwijnenburg e sua esposa detinham, por intermédio de uma *holding*, a *Zwijnenburg BV* (a seguir «*Mode-BV*»). Esta última explorava um estabelecimento de pronto-a-vestir em Meerbeek (Países Baixos). O exercício dessa atividade em parte era exercido no imóvel Tolstraat n.º 17 e a outra parte no imóvel Tolstraat n.º 19. Note-se que *Mode-BV* era proprietária do último imóvel.

A *A. ZwijnenburgBeheer BV* (a seguir «*Beheer-BV*»), detida pelos pais de *L.E. Zwijnenburg*, não exercia nenhuma atividade para além da administração de imóveis. Note-se que *Beheer-BV* era proprietária do imóvel Tolstraat n.º 17.

Tendo em conta que pretendiam reunir-se numa só sociedade, a *Mode-BV* transferiu o seu estabelecimento, incluindo o imóvel, para a *Beheer-BV*, em troca de participações sociais desta última.

Esquemáticamente:



Note-se que a fusão entre estas duas, caso se tratasse de uma venda, seria tributada pelo imposto sobre transmissão de imóveis.

Como restavam ainda algumas participações sociais da *Beheer-BV* na posse dos pais de *L.E. Zwijnenburg*, a *Mode-BV* adquiriu tais participações, com opção de compra.

Porém, foi negado à *Mode-BV* a neutralidade da operação por parte da administração fiscal holandesa.

Questão prejudicial:

- 1) Ao interpretar o art. 11º, n.º 1, alínea a) da diretiva fusões, podem ser recusados os benefícios nela previstos ao sujeito passivo, perante um conjunto de operações que pretendem evitar a tributação em sede de um imposto distinto daqueles a que se refere a diretiva?

O Tribunal de Justiça começa por afirmar, como nos casos anteriores, que a diretiva fusões é aplicável às operações nela prevista, independentemente dos motivos. Além disso, a norma nela contida que permite a desaplicação do regime especial, no artigo 11º, n.º 1, como podemos ver no § 46 do acórdão, tem carácter excecional, e deve ser interpretada tendo em conta três aspetos: redação da norma, finalidade, e contexto em que se insere. Assim, as razões que levam à realização da operação relevam para aplicação da faculdade conferida aos Estados pela referida norma.

No entanto, esclarece que só os impostos previstos nessa diretiva é que constituem o regime especial, ou seja, a tributação das mais-valias provenientes dessas

operações, relativas aos impostos sobre as sociedades e respetivos sócios. Assim, caso seja desaplicado o regime especial, com fundamento de evitar um imposto, esse imposto deve estar abrangido pela diretiva, de outro modo, não podem ser negados os benefícios inerentes à diretiva.

1.4. Acórdão *Foggia* - C-126/10, de 10 de Novembro de 2011

Foggia (sociedade SGPS), realizou uma fusão a 29 de Setembro de 2003. Como resultado, três sociedades, também SGPS, pertencentes ao mesmo grupo, incorporaram *Foggia*.

Foggia veio pedir autorização para deduzir os prejuízos (das sociedades incorporadas) dos exercícios de 1997 e 2002. Apenas foi concedido o reporte de prejuízos de duas das três sociedades envolvidas, pois considerou-se que não havia interesse económico quanto à terceira (*Riguadiana – SGPS, SA*). Isto deveu-se ao fato de esta não ter uma carteira de participações, e não ter obtido rendimentos. Acresce ainda o fato de ter apresentado menos-valia de 2 milhões de euros, em 2002, sem que houvesse uma justificação para tal.

Questões prejudiciais:

- 1) Qual o sentido e alcance do conceito razões económicas válidas e de reestruturação ou racionalização das atividades de sociedades, para efeitos do art. 11º, n.º 1 da diretiva fusões?
- 2) Será compatível com a norma a posição da administração fiscal, ao considerar que não existem razões económicas válidas que justifiquem a transmissibilidade de prejuízos fiscais, pois, na posição da sociedade incorporante, a transação resultaria num efeito positivo em termos de estrutura de custos de grupo. No entanto, a sociedade incorporada não desenvolvia nenhuma atividade enquanto SGPS, nem detinha participações sociais, apenas iria transmitir elevados prejuízos.

À semelhança dos casos anteriores, o Tribunal de Justiça reconheceu que o regime especial deve ser aplicado às operações previstas na diretiva, independentemente da motivação (financeira, económica ou fiscal).

Porém, as motivações que levam à realização das operações em causa relevam para efeitos da competência atribuída aos Estados-membros, pelo art.º11º, ao desaplicar o respetivo regime, enquanto “princípio geral do direito da União Europeia segundo o qual o abuso é proibido”.

Apesar da verificação de alguns efeitos positivos que decorrem da fusão entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo, pela redução de custos de administração e gestão, pode constituir uma presunção de que essa operação não é efetuada por “razões económicas válidas” o fato da sociedade incorporada não exercer nenhuma atividade nem deter ativos para transferir, à data da fusão. Nestes casos, parece que o único propósito da operação é apenas o de obter a transmissibilidade de prejuízos fiscais.

2. Jurisprudência Interna

2.1. Acórdão TCA Sul n.º 00025/04, de 1 de Fevereiro de 2005 – Caso Europeia

A 27 de Dezembro de 2002, foram transferidas duas sucursais de duas sociedades espanholas para a Europeia, e como contrapartida receberam partes de capital desta última. A Europeia procedeu a um aumento de capital social, devido ao aumento patrimonial pela receção das sucursais.

A 21 de Maio de 2003 foi alienado o capital social da Europeia a uma sociedade espanhola, *Liberty Mutual Group*.

Perante a realização da entrada de ativos, na primeira operação, foi pedida autorização para que fossem deduzidos os prejuízos fiscais acumulados das duas sucursais (sucursal da Winterthur Seguros Generales e sucursal da Winterthur Vida).

Para a apreciação do caso, a administração fiscal considerou que, para se admitir o reporte de prejuízos e respetivas condições, era necessário também verificar as razões económicas válidas para efeitos do regime da neutralidade. Assim, começou por reconhecer que, na perspetiva da Europeia, tal operação tinha efeitos positivos, decorrentes do reforço quer da sua posição no mercado, quer de capitais, permitindo, ainda, reduzir custos.

Porém, na perspetiva da *Hispanowim*, que detinha as sucursais e 99,99% da Europeia, parece que o principal objetivo foi de ordem fiscal. Para isso contribuiu o fato de ter alienado as partes de capital da Europeia, cinco meses depois da entrada de

ativos. A administração fiscal acrescentou ainda que a neutralidade fiscal implica uma estratégia de redimensionamento, de *continuidade*, mas que a alienação imediata segue o propósito oposto.

Ao contrário do que seria aplicável numa transmissão onerosa, a operação neutral permitiria a transmissão de prejuízos acumulados e não utilizados para a sociedade incorporante, e permitiria transformar os eventuais resultados provenientes da alienação em mais-valias mobiliárias, para beneficiar da isenção prevista no anterior art. 26º EBF⁹⁹. Neste sentido, parece que era do interesse da sociedade espanhola a produção destes efeitos.

Segundo o tribunal, a alienação das participações recebidas em troca não foi imediata, pois só passados cinco meses, desde a realização da operação “neutra”, é que ocorreu a alienação. Acrescentou ainda que havia intenção, por parte das sociedades espanholas, em reestruturar a sua presença em Portugal. Assim, não se podia concluir que era intenção destas, *ab initio*, alienar as sucursais, de forma a obter uma vantagem fiscal. Fundamenta ainda que não havia interesse nas vantagens fiscais, pois se, por um lado, as sucursais tinham prejuízos fiscais acumulados, por outro, estes seriam compensados face às mais-valias provenientes da transmissão onerosa dessas mesmas sucursais.

Relativamente aos critérios previstos nos preceitos legais para a admissibilidade da neutralidade, o tribunal reconhece que não é exigível a *manutenção*, por um *período determinado*, das participações recebidas como contrapartida. Note-se que o tribunal acrescenta ainda de que é necessário a *manutenção da atividade empresarial*. Assim, pela extinção das sucursais, que permite reduzir custos e otimizar ganhos, é necessário apenas que continue “a existir uma estratégia empresarial de continuidade da sua atividade”, independentemente do titular do capital social.

Perante esta fundamentação, o tribunal não partilhou da opinião da administração fiscal.

Posteriormente, houve recurso para o STA (processo n.º 01003/05, de 12 de Julho de 2006). Nessa instância, o tribunal considerou que os dois requisitos previstos no anterior art. 69º, n.º 2 do CIRC, relativos a “razões económicas válidas” e “inserção numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio e

⁹⁹ Atual artigo 27º EBF, respeitante às mais-valias realizadas por não residentes, que permite a isenção, em sede de IRS ou IRC, de mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais e outros valores mobiliários.

longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva”, são conceitos indeterminados e, como tal, o preenchimento dos mesmos depende da discricionariedade da administração. Assim, tendo sido indeferido o pedido da concessão da dedução dos prejuízos fiscais pela administração fiscal, tal ato não pode ser fiscalizado pelos tribunais, salvo erro grosseiro ou manifesta desadequação legal.

2.2. Acórdão TCA Sul n.º 00247/04, 21 de Junho de 2005 - Caso Império

A Império Adeslas foi constituída a 21 de Junho de 1999, com o intuito de explorar o ramo de seguros de acidentes, doença e assistência. Nesse ano foi realizado um estudo de forma a analisar possíveis ofertas de novos produtos, mas por falta de condições, a sociedade não chegou a realizar quaisquer atividades no âmbito dos seguros.

Em 2000, a Império Adeslas integrou o grupo do Banco Comercial Português (BCP) e, conseqüentemente, este passou a ser o seu único acionista. Até 2001, a atividade da Império Adeslas foi bastante reduzida, de tal modo que, cumprindo apenas as obrigações legais da sociedade, gerou elevados custos de administrativos e de gestão.

Em 2002, iniciaram os procedimentos necessários para realizar a fusão da Império Adeslas na Companhia Portuguesa de Seguros, SA.

Após a operação, a Companhia Portuguesa de Seguros, SA, enquanto sociedade incorporante, requereu ao Ministério das Finanças o pedido de autorização para a concessão de dedução dos prejuízos fiscais acumulados da Império Adeslas, no valor de € 4.138.113,05 no seu lucro tributável.

Apesar da administração fiscal reconhecer que, numa estrutura de grupo, a fusão entre as duas permitiria reduzir custos de administração e de gestão, suscetível de consubstanciar um efeito positivo, não era, no entanto, evidente o interesse da sociedade incorporante na realização da operação. Com efeito, estávamos perante a incorporação de uma sociedade que não tinha exercido qualquer atividade nem chegou a ter uma carteira de clientes no período em que se manteve ativa. A única razão que poderia justificar a realização dessa operação seria a de se transmitir os prejuízos fiscais. Assim, considerou-se que a operação não foi realizada por motivos económicos válidos.

Mas segundo o tribunal, não se percebe o argumento da administração fiscal, ao salientar a ideia de proporção patrimonial de ambas as sociedade, para a verificação da

existência de vantagens para efeitos da concessão do reporte de prejuízos, acrescentando ainda que a lei não exige qualquer ponderação. Considerou, ainda, que existiam motivos económicos que justificariam a realização desta operação, pois, tratando-se de duas empresas que deixam de concorrer entre si, “os resultados previsionais para os próximos exercícios serão crescentes, o que poderá indiciar que a operação se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio e longo prazo, com efeitos de aproveitamento de sinergias funcionais e economias de escala e uma redução de custos.”

O caso foi, entretanto, objeto de recurso para o STA (processo nº 0142/06, de 5 de Julho de 2006). Mas mais uma vez o STA não se quis pronunciar sobre o caso, ao referir que se trata de uma matéria de discricionariedade técnica, e que só em caso de erro grosseiro ou manifesta desadequação legal é que poderá haver fiscalização judicial.

2.3. Acórdão TCA Sul n.º 00464/05, de 28 de Outubro de 2008 – Caso FOGGIA

Foram constituídas quatro sociedades SGPS, pertencentes ao mesmo grupo, e sob o domínio do Banco ... (B). Como forma de eliminar a duplicação de sociedades SGPS, foi decidido que seria realizada uma fusão entre elas. Assim, em setembro de 2003, realizou-se a fusão pela incorporação de três sociedades na sociedade FOGGIA, SGPS, SA.

Posteriormente, foi pedida autorização administrativa para que fossem deduzidos os prejuízos fiscais acumulados e não utilizados das sociedades incorporadas. Só foi admitido em parte, pois, em relação a uma das três sociedades, foi recusado o pedido.

Segundo a fundamentação da administração fiscal, não ficou provado o interesse económico da incorporação dessa sociedade na sociedade FOGGIA, na medida em que a primeira não chegou a exercer qualquer atividade, no âmbito do seu objeto social, além de que detinha um valor patrimonial líquido insignificante (cerca de 0,5% face ao património da sociedade incorporante). A vantagem (fiscal) que poderia decorrer da fusão, seria apenas a de se admitir o reporte de prejuízos.

Note-se que, à semelhança dos acórdãos anteriores, estando em causa sociedades do mesmo grupo, a administração fiscal reconheceu que a fusão “conduz a um incremento da eficiência empresarial, na medida em que a redução dos esforços administrativos é suscetível de consubstanciar um efeito positivo em termos de estrutura

produtiva”. Porém, como ficou por esclarecer o interesse económico da incorporação dessa sociedade, e devido ao fato de que, segundo a administração, o reporte de prejuízos não constitui, por si só, um motivo económico válido, foi negada a transmissibilidade dos prejuízos.

Relativamente à posição do tribunal, este concordou com a administração fiscal, pois considerou que não houve proveitos relacionados com a atividade da sociedade incorporada. Além disso, não era detentora de partes de capital de empresas do grupo, apenas detinha investimentos em títulos. O fato de ter deixado de ter carteira de participações, durante o período da sua existência, contribuiu para que o tribunal considerasse que esta deixou de exercer a sua atividade, enquanto SGPS. Embora reconheça que “a fusão poderá conduzir a uma redução dos custos de administração e de gestão e, nessa medida, é suscetível de consubstanciar um efeito positivo em termos de estrutura de custos do grupo conseguida à custa da eliminação de uma estrutura do grupo”, fica ainda por esclarecer qual o interesse económico da operação, na perspetiva da sociedade incorporante.

Foi objeto de recurso para o STA (processo n.º 0844/09, de 3 de Fevereiro de 2010), mas neste caso em particular o tribunal pretendia saber se era compatível a interpretação do conceito de “razões económicas válidas” das normas comunitárias face à posição da administração fiscal.

2.4. Acórdão TCA Sul n.º 03811/10, de 9 de Abril de 2013 – Caso Restauração

Várias sociedades, B., SA; C... - Restauração e Atividades Hoteleiras, SA; e A...- Restauração de Comida Italiana, Lda prosseguiram a mesma atividade, de restauração. Como forma de agregar todas as entidades numa só, procedeu-se à fusão por incorporação destas na sociedade A...- Restauração Multiconceito, SA, registada no dia 8 de Setembro de 2006.

A sociedade incorporante pediu, posteriormente, autorização para deduzir os prejuízos fiscais acumulados e ainda não utilizados das sociedades incorporadas. Apesar de se ter admitido a transmissão, em relação à sociedade A...- Restauração de Comida Italiana, Lda o pedido não foi aceite, por se considerar que não estavam demonstrados os interesses económicos que justificassem a incorporação desta na sociedade incorporante.

A administração fiscal começa por reconhecer que é pelos elementos contabilísticos que se afere o interesse económico da fusão. Assim, se no regime de neutralidade se atende à transferência de ativos e passivos com base na contabilidade, a transmissibilidade de prejuízos fiscais deve também partir desses elementos. Note-se que a administração fiscal reconhece a limitação que a utilização da contabilidade tem para estes efeitos, pois há elementos “extra contabilísticos” que incorporam a empresa mas pela sua não materialização, torna-se difícil quantificar o valor dos mesmos.

Partindo desses elementos, a administração fiscal considerou que, na perspetiva da *sociedade incorporada* até podia advir um interesse económico. Porém, não se compreende o interesse da *sociedade incorporante* na integração de um *património negativo*, tendo sido recusado o reporte de prejuízos.

Segundo o tribunal, parece que o objetivo da operação era o de reduzir custos. Porém, quanto à sociedade A...- Restauração de Comida Italiana, Lda, esta não pareceu contribuir positivamente para o grupo, ou seja, não se conseguiu identificar os “ganhos macroeconómicos com repercussão positiva no interesse público, que pudesse contrabalançar a perda de receita fiscal por via da autorização da dedução dos prejuízos fiscais das incorporadas”¹⁰⁰. Considera ainda que se virmos o caso noutra perspetiva, ou seja, o fato de se tratar de conceitos indeterminados, é à administração que caberá o seu preenchimento. Deste modo, só em caso de erro grosseiro ou manifesta desadequação legal é que haverá apreciação judicial. Assim, o tribunal acaba por dar razão à administração fiscal, sem dispor de modo diferente em relação à fundamentação desta.

3. Jurisprudência dos EUA

3.1. *Cortland Specialty Co. v. Commissioner* – 60 F.2d. 937 (1932)

A *Cortland Company*, exercia a atividade de compra e venda de produtos petrolíferos, e tinha como sócios *Herbert R. Sargent* e sua esposa, *Bertha C. Sargent*.

Em setembro de 1925, *Deyo Oil Company*, envolvida na mesma atividade, acordou com *Cortland Company* que esta última transferiria a maior parte dos seus ativos para a primeira. A 1 de outubro de 1925, *Cortland Company* deixou de

¹⁰⁰ A autora apenas teve a preocupação de provar a origem dos prejuízos (correspondentes ao ano da constituição da sociedade), mas não o impacto que teria no grupo (pela incorporação com as demais).

prosseguir a sua atividade, e *Herbert R. Sargent*, antigo gerente desta, passou a exercer as mesmas funções na *Deyo Oil Company*.

Entretanto foram transferidos cerca de 91% dos ativos da *Cortland Company*, e como contrapartida recebeu *cash* e *short-term promissory notes*.

Perante os fatos, parece que não houve uma reorganização, embora se tenha transferido parte dos ativos da *Cortland Company*. Apesar do antigo sócio *Herbert R. Sargent* exercer funções de gerência na nova sociedade, acabou por não adquirir participações. Assim, o tribunal afirmou que “the general purpose of them all has been to continue the interests of those owning enterprises, which have been merged or consolidated, in another corporate form.”, “there must be some continuity of interest on the part of the transferor corporation or its stockholders in order to secure exemption”, e acabou por considerar que se tratava de uma venda.

3.2. *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner* – 287 U.S. 462 (1933)

Duas sociedades ligadas à atividade de produção e venda de gelo, *Pinellas Ice & Cold Storage Company* e *Citizens Ice & Cold Storage Company*, detidas pelos mesmos sócios, pretendiam vender os ativos para proceder à dissolução.

Em Fevereiro de 1926, iniciaram-se as negociações com a *National Public Service Corporation*, para que esta adquirisse os respetivos ativos. Em resultado do acordo, as duas sociedades transferiram parte dos seus bens, e receberam *cash* (dinheiro) e *short-term notes* (títulos de dívida), pagas em seis meses. Após a operação, o dinheiro e os títulos de dívida foram distribuídos pelos sócios e as sociedades foram dissolvidas.

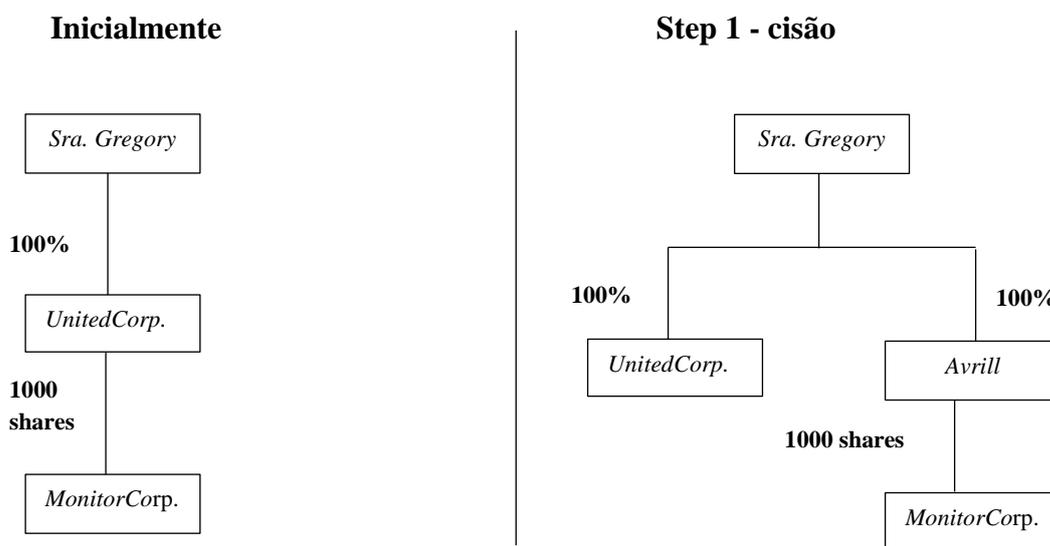
Também aqui foi rejeitada a neutralidade da operação, pois, segundo o tribunal, “to be within the exemption the seller must acquire an interest in the affairs to the purchasing company more definitive than that incident to ownership of its short-term purchase-money notes”.

3.3. *Gregory v. Helvering* – 293 U.S. 465 (1935)

A sra. Gregory detinha a totalidade da *United Mortgage Corporation* (*UnitedCorp.*), sendo que, esta última, detinha 1000 ações da *Monitor Securities Corporation* (*MonitorCorp.*).

Era pretensão da sra. *Gregory* vender as ações da *Monitor Securities Corporation* mas, simultaneamente, queria diminuir o imposto a pagar proveniente dos dividendos recebidos da eventual venda, tributados enquanto *ordinary income*. Assim, a sra. *Gregory* constituiu uma sociedade, *Averill*, e para que se verificasse uma reorganização, transferiu as participações da *Monitor Securities Corporation* para a nova sociedade e esta procedeu à distribuição das suas participações à sra. *Gregory*.

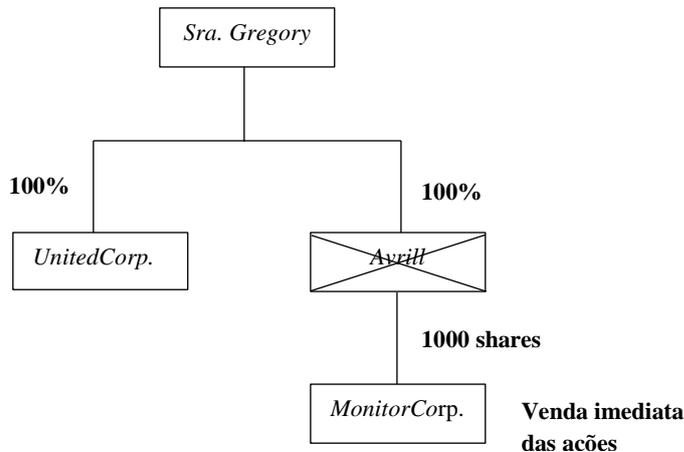
Esquemáticamente



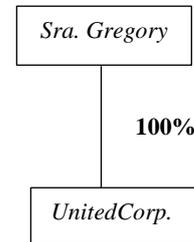
Após três dias, a *Averill* foi dissolvida, sem nunca ter exercido qualquer atividade, e distribuiu as participações detidas na *Monitor Securities Corporation* para a sra. *Gregory*. Esta última vendeu de imediato as participações recebidas, tributadas enquanto *capital income* (por se tratar de ganhos resultantes da distribuição da liquidação da sociedade, sujeitos, à época, a uma taxa mais baixa).

Esquemáticamente:

Step 2 – liquidação da *Avrill*



No final de todo o processo



No final de todo o processo, a sra. Gregory manteve apenas as ações que tinha a *United Mortgage Corporation*.

Inicialmente, o tribunal começou por reconhecer que o contribuinte pode atuar, através de meios que lhe permitam diminuir o imposto a pagar, desde que seja permitido pela lei, ao afirmar: “A transaction, otherwise within an exception of the tax law, does not lose its immunity because it is actuated by a desire to avoid, or, if one choose, to evade, taxation. Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; there is not even a patriotic duty to increase one's taxes.”

No entanto, a nova sociedade não foi criada com o propósito de prosseguir uma atividade empresarial. Esta apenas serviu de meio para que, a transferência das ações da *Monitor Securities Corporation*, fosse considerada uma reorganização.

Assim, o tribunal defendeu que não se tratava de uma reorganização: “The purpose of the [nonrecognition] section is plain enough...the underlying presupposition is plain that the readjustment shall be undertaken for reasons germane to the conduct of the venture in hand, not as an ephemeral incident, egregious to its prosecution.”

3.4. *Helvering v. Minnesota Tea Co.* – 296 U.S. 378 (1935)

A *Minnesota Corporation*, detida por três sócios, transferiu parte dos seus ativos para a *Grand Union Company*. Como contrapartida recebeu *voting trust certificates*, que

representava cerca de 18,000 ações da sociedade beneficiária (*common stock*) e \$427,000 em dinheiro, equivalente a 56% e 44% respectivamente.

Na opinião do *Commissioner* a operação seria tributada pois foi entregue uma quantia avultada em dinheiro. No entanto, o tribunal considerou que “That a large amount in cash was received by the transferor was permissible so long as it received also an interest in the affairs of the transferee which represented a *material part* of the value of the transferred assets”. Além disso, “the affairs of the transferee corporation be *definite and material*; it must represent a *substantial part* of the value of the thing transferred.”

3.5. *John A. Nelson Corp. v. Helvering* – 296 U.S. 374 (1935)

O peticionário e *Elliott-Fisher Corporation* decidiram constituir uma nova sociedade, através de uma reorganização, transferindo todos os ativos de cada uma das sociedades. O capital social da nova sociedade era constituído por 12,500 ações preferenciais sem direito a voto, e 30,000 ações ordinárias.

Ao peticionário foi entregue cerca de \$2,000,000 em dinheiro (cerca de 62%), e todas as ações preferenciais, equivalente a cerca de 38%. As ações ordinárias ficaram todas para a *Elliott-Fisher Corporation*.

Tendo em consideração que, antes da operação, a peticionária detinha ações com direito a voto, e, após a operação, passou a deter participações sem direito a voto, poderia colocar-se a questão de não se verificar a continuidade do interesse do sócio, pela alteração do tipo de títulos. Porém, na opinião do tribunal, para a consideração do preceito legal de reorganização, releva apenas a entrega de ações, para garantir a continuidade destes na nova sociedade, independentemente do tipo de participação ser idêntico ou não da anterior.

3.6. *Letulle v. Scofield* – 308 U.S. 415 (1940)

A *Gulf Coast Irrigation Company*, detida por um único sócio, transferiu todos os seus ativos para a *Irrigation Company*. Em contrapartida, esta última retribuiu com \$ 50,000 em dinheiro e \$750,000 em *bonds* (obrigações), a pagar durante um ano.

O tribunal considerou que não havia reorganização pois não se verificava a continuidade do interesse dos sócios. A retribuição quer fosse só de *bonds*, ou destes a

par com dinheiro não significava que os sócios mantivessem um interesse na nova sociedade, quanto muito, na opinião do tribunal, estes tornar-se-iam credores.

3.7. *Standard Realization Corp.* – 10 TC 708 (1948)

Standard Rice Co., uma sociedade que prosseguia a atividade de produção de arroz, era detida por membros de duas famílias (*Morrow* e *Paine*), e ainda por *E.W. Gruendler* e um grupo de sócios minoritários.

Depois de detetados alguns problemas financeiros, procedeu-se à venda de alguns ativos da sociedade. Entretanto, os sócios reuniram-se e acordaram em cessar a atividade, de forma a proceder à liquidação da sociedade (note-se que foi enviado o plano ao Comissário da receita federal). Os sócios receberam dividendos, mas restavam ainda participações não divisíveis (três fábricas), as quais não foi possível vender. Assim, foi decidido entre os sócios que estes constituiriam uma nova sociedade, com esses ativos, correspondendo a cada um uma participação igual. Procedeu-se à distribuição destes ativos, enquanto dividendos (em espécie) de liquidação aos sócios, e só depois é que constituíram a nova sociedade.

Para o tribunal, embora tenha havido uma transferência de ativos de uma sociedade para outra (correspondentes a cerca de 15%), essa transferência ocorreu por intermédio dos sócios. Significa que, declarada a intenção da liquidação da *Standard Rice Co.*, a sua atividade deixou de ser prosseguida. Os seus ativos foram, inclusive, entregues aos sócios, enquanto dividendos, e só depois é que foram transferidos para outra sociedade. Assim, o tribunal concluiu que não era do interesse da nova sociedade a prossecução da atividade da antiga, mas apenas a de vender os respetivos ativos.

3.8. *Bentsen v. Phinney* – 199 F. Supp. 363 (1961)

Rio Development Company, *Bentsen Brothers* e *Bentsen Loan & Investment Company*, sociedades que prosseguiam a mesma atividade (*land development business*), tinham em comum três sócios, membros da mesma família (*Lloyd M. Bentsen, Sr.*, e *Elmer C. Bentsen*).

Em Março de 1955, as três sociedades transferiram os seus ativos para uma nova sociedade, *Insurance Company*, para prosseguir uma atividade de seguros.

Após a dissolução das três sociedades, os sócios destas receberam participações da nova sociedade.

Porém, suscitou-se a dúvida de saber se de fato se tratava de uma reorganização. Apesar de se ter verificado a transferência dos ativos, e a atribuição das participações aos antigos sócios, a atividade prosseguida pela nova sociedade não era a mesma das anteriores sociedades. Segundo a regulamentação existente à época, era necessário a “*continuity of business enterprise under the modified corporate form*” para se considerar uma reorganização.

De acordo com a interpretação do governo, este critério só se verificava se a sociedade beneficiária prosseguisse um negócio idêntico ou similar ao das sociedades fundidas (*business enterprise*), independentemente da alteração da forma societária. No caso concreto, só se admitiria a neutralidade se a *Insurance Company*, após a fusão, mantivesse a atividade de *land development business*.

Contudo, o tribunal considerou que o referido preceito apenas exigia a continuidade da atividade empresarial (*business activity*) das sociedades anteriores, ainda que num negócio distinto. Assim, o tribunal admitia a aplicação da neutralidade tanto no caso da sociedade beneficiária prosseguir o *historic business* das sociedades fundidas, como no caso de prosseguir um negócio distinto, desde que utilize uma parte substancial dos ativos das sociedades fundidas.

3.9. *Pridemark, Inc. v. Cir.* – 345 F.2d 35 (4th Cir. 1965)

Pridemark, Inc., constituída em 1946, manufaturava casas pré-fabricadas para a *Golden Key Homes*.

Um dos sócios da *Pridemark Inc.*, Eugene Blitz, que detinha cerca de 80% do capital, constituiu uma nova sociedade, passando a exercer funções de gestão em ambas. No entanto, a relação com a *Golden Key Homes* começou a deteriorar-se, até que, no final de 1957, o contrato de concessão entre ambas terminou.

Após o termo do contrato, *Pridemark, Inc.* teve dificuldades em restabelecer clientes, daí que, em janeiro de 1958, os sócios tenham decidido dissolver a sociedade. Em fevereiro do mesmo, foram também vendidos grande parte dos ativos para a *Golden Key Homes*.

Mantendo-se inativa e sem grande parte dos ativos, os sócios da *Pridemark, Inc.* queriam constituir uma nova sociedade, que prosseguisse a mesma atividade, e

transferir para esta os ativos que ainda restavam da primeira. Assim, no final de 1958, início de 1959, foi então constituída a nova sociedade, sendo atribuídas aos sócios da *Pridemark, Inc.* participações sociais, incluindo a Eugene Blitz (61%).

Caso se tratasse de uma “liquidação total” da *Pridemark, Inc.*, segundo a regulamentação prevista, a sociedade não seria tributada, mas apenas os seus sócios¹⁰¹. Em alternativa, se fosse considerada uma reorganização, a operação não seria tributada.

Embora não se tenha verificado, na opinião do tribunal, nem uma nem outra¹⁰², contribuiu, no entanto, para que se distinguisse a liquidação total de uma sociedade e uma reorganização. Segundo o tribunal, a nova sociedade não podia ser considerada como uma continuação da atividade da antiga (*Pridemark, Inc.*). Se, por um lado, a venda de parte dos ativos da *Pridemark, Inc.* e respetiva transferência dos restantes para a nova sociedade não permitia considerar que se tratava de uma continuação, por outro, o preceito legal sobre a reorganização só se aplicava em casos restritos (“to cases where the corporate enterprise continues uninterrupted, except perhaps for a distribution of some of its liquid assets”).

3.10. *Yoc Heating Corp. v. Commissioner* – 61 T.C. 168 (1973)

A *Reliance*, uma sociedade de venda de óleo, precisava de adquirir um terminal, como forma de rentabilizar o seu negócio.

A *Old Nassau*, uma sociedade ligada à mesma atividade, prosseguia o seu negócio através do terminal *Roslyn*. A *Reliance* tinha interesse em adquirir alguns ativos da *Old Nassau*, em especial o terminal *Roslyn*, mas não pretendia a incorporação da *Old Nassau*.

¹⁰¹ Cfr. *When Liquidations Become Reorganizations: The Element of “Control”*, 1965 Duke Law Journal 764 (1965) (comentário editorial, sem autor) (“If a liquidation is carefully planned, gains from sales of corporate assets during the course of the liquidation will not be taxed at the corporate level. Furthermore the distributions to shareholders upon liquidation are taxed as capital rather than ordinary gains. Such tax benefits are conferred on the unstated premise that there is a final separation of the owners of the liquidating business from the operating assets of the business... However, when the separation is only partial, the owners of the liquidating corporation obtain the tax benefits of the liquidation only if they successfully avoid having the transactions classified as a “reorganization”. Under the 1954 Code none of the “liquidation” tax benefits accrue to a “reorganization,” the latter being viewed as merely a change in the form of doing business rather than a termination of the business..”).

¹⁰² A introdução do preceito relativo à liquidação total tinha como propósito evitar a dupla tributação de ganhos de capital, ou seja, a venda de ativos (de capital) pela sociedade, seriam tributados na esfera desta, e novamente, na esfera dos sócios, quando distribuídos. No entanto, parece que apenas dizia respeito aos ganhos de capital, e não ao rendimento normal da sociedade. Daí que, na opinião do tribunal, o tipo de rendimentos obtidos pela venda de certos bens à *Golden Key Homes* estariam excluídos para efeitos do referido preceito.

Devido à falta de acordo para a venda dos ativos, por parte dos sócios minoritários da *Old Nassau*, o grupo majoritário decidiu vender as suas ações (85%) à *Reliance*.

Após este primeiro passo, a *Old Nassau* era agora detida pela *Reliance* (85%) e pelo grupo minoritário (15%). Mantendo-se fiel ao seu propósito de não integrar a *Old Nassau*, *Reliance* transferiu todos os ativos da primeira para uma nova sociedade, *New Nassau*, e em troca recebeu ações desta. Aos sócios minoritários, que não concordavam com a transferência, foi-lhes atribuído dinheiro.

Posteriormente, a *Old Nassau* foi dissolvida, e a nova sociedade (*New Nassau*), para quem foram transferidos os ativos tinha como única sócia a *Reliance*. Quanto aos *historic shareholders* da *Old Nassau*, o grupo minoritário, não chegou a deter participações na *New Nassau*.

Apesar da nova sociedade prosseguir a mesma atividade e utilizar os bens da antiga, tratou-se de um processo com várias fases (*step transaction*), tendo apenas como objetivo a aquisição de ativos da *Old Nassau*. O tribunal acabou por não considerar a aplicabilidade da neutralidade pois o grupo minoritário (15%) da *Old Nassau*, enquanto *historic shareholders*, não detinha qualquer participação na nova sociedade.

3.11. *McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner* – 688 F.2d. 520 (1982)

As relações entre o *Garb-Stern group* e a *McDonald's*, mantidas desde 1950, começaram a modificar-se.

Em novembro de 1972, iniciaram as negociações, sendo do interesse da *McDonald's* adquirir a totalidade do grupo *Garb-Stern group*. No entanto, não havia acordo quanto à contrapartida. A *Garb-Stern group* preferia receber dinheiro mas a *McDonald's* preferia contribuir com ações, pois se o fizesse, verificado o *teste* da continuidade, não seria tributada.

Acabaram por prosseguir um plano conveniente às duas partes, através da entrega de ações ordinárias da *McDonald's*, ações que podiam ser vendidas de imediato. Aliás, na data em que se verificou a fusão entre as duas sociedades, já tinha sido feita oferta para a alienação desta.

Na opinião do tribunal, embora não tivesse ocorrido uma venda entre a *McDonald's* e a *Garb-Stern group*, por não ter havido atribuição de dinheiro, a posterior

disposição das ações (mais de 90% das recebidas), foi determinante para a recusa da neutralidade da operação.

3.12. *J. E. Seagram Corp. v. Commissioner* – 104 T. C. 75 (1995)

Em agosto de 1981 foi feita uma oferta pública para a venda de ações da *Conoco*. A *Seagram* pretendia obter ações, assim como a *DuPont*. Mas a *Conoco* acordou com esta última em incorporar a sua subsidiária.

Após a finalização da oferta, a *Seagram* e a *DuPont* acabaram por adquirir ações (por troca de dinheiro) da *Conoco*, sendo que a primeira adquiriu 32% e a segunda 46%. Posteriormente, a *Conoco* fundiu-se na subsidiária da *DuPont*. Como contrapartida, os sócios da *Conoco* receberam ações da *DuPont* (empresa-mãe).

A questão da neutralidade colocou-se porque podia ocorrer uma de duas hipóteses:

- 1) O plano de reorganização¹⁰³ teve início antes da oferta pública para a venda de ações – para a consideração da atribuição de participações aos *historic shareholders*, isto é, aos sócios que detém participações desde o início do processo de fusão.
- 2) Caso o plano de reorganização tivesse início depois da oferta pública da venda das ações, quer a *DuPont*, quer a *Seagram* eram consideradas *historic shareholders*.

Note-se que é relevante saber quando é que teve início o processo de fusão, pois, caso se verificasse o ponto 1), a atribuição de participações da subsidiária da *DuPont* aos *historic shareholders* seria de apenas 22%¹⁰⁴. Ficariam excluídas a *Seagram* e *DuPont*, que no total detinham 78% das ações.

Caso se verificasse o ponto 2), tanto a *DuPont* como *Seagram* seriam consideradas *historic shareholders*, e a atribuição de participações seriam suficiente para se admitir a neutralidade.

¹⁰³Cfr. BORIS I. BITTKER & JAMES S. EUSTICE, secção 12.22 [1], em 12-48 (“The central function of the plan is to separate those transactions making up the reorganization from other transactions, however, proximate in the time, that are not part of the reorganization.”).

¹⁰⁴ Recorde-se que mesmo sem a decisão administrativa, em 2005, sobre a porção suficiente, 22% é uma percentagem abaixo do valor normalmente aceite pela jurisprudência.

No entanto, não é fácil identificar o momento em que tem início o processo de fusão, assim como a identificação dos *historic shareholders* ao longo desse processo. Devido a essa dificuldade, o tribunal acabou por permitir a neutralidade da fusão, ao considerar que estava verificado a continuidade no investimento, afirmando: “sales of the target stock for cash after the date of the announcement of an acquisition *can be neither predicted nor controlled by publicly held parties to a reorganization*. A requirement that the identity of the acquired corporation’s shareholders be tracked to assume a sufficient number of “historic” shareholders to satisfy some arbitrary minimal percentage receiving the acquiring corporation’s stock *would be completely unrealistic*”.

Glossário

Goodwill – compreende a diferença entre o custo da concentração e o justo valor líquido dos ativos, passivos e passivos contingentes identificáveis.

Fusão Inversa (ou *Reverse merger*) – ocorre quando a sociedade incorporada detém participações sociais da sociedade incorporante.

Fusões por constituição de uma nova sociedade (ou fusão por concentração) – duas ou mais sociedades transferem o seu património para uma sociedade que se constitui no decorrer do processo de fusão, mediante a atribuição aos sócios das sociedades fundidas participações sociais da nova sociedade.

Fusão por incorporação – uma ou mais sociedades transferem o seu património para outra sociedade que já existia, mediante a atribuição aos sócios da sociedade incorporada de participações sociais na sociedade incorporante.

Fusão “sociedades irmãs” – a fusão ocorre entre sociedades que são detidas na totalidade pela mesma sociedade.

Justo valor – corresponde à quantia pelo qual um bem pode ser trocado, entre partes independentes (i.e. comprador e vendedor) informadas e com vontade negocial.

Long-term interest rate – taxa de juro utilizada para calcular uma limitação fiscal da sociedade beneficiária após a reorganização, no IRC Section 382. O governo norte-americano publica periodicamente a referida taxa.

Método de compra – os ativos e passivos são contabilizados pelo seu justo valor. A diferença proveniente entre o justo valor e o custo de aquisição permite determinar o *goodwill* ou *goodwill* negativo.

Sociedade beneficiária – para efeitos deste trabalho, entende-se por sociedade beneficiária aquela que recebe o património das sociedades incorporadas ou fundidas.

Sociedade(s) fundida(s) - para efeitos deste trabalho, entende-se por sociedade fundida a sociedade que transmite globalmente o seu património para outra sociedade, no decorrer do processo de fusão.

Upstream merger – ocorre quando uma sociedade detém participações sociais de uma outra sociedade, e esta última é absorvida pela primeira.

Bibliografia

Livros

- ABREU, JORGE COUTINHO DE (coord.), Código das Sociedades Comerciais em Comentário Vol. II (Almedina. 2011)
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades (Almedina 2ª ed. 2002)
- AUERBACH, ALAN J. & DAVID REISHUS, *The Impact of Taxation on Mergers and Acquisitions, in Mergers and Acquisitions* (University of Chicago Press. 1987)
- AULT, HUGH J., et al. Comparative Income Taxation: A Structural Analysis (Kluwer Law International 3ª ed. 2010)
- AVI-YONAH, REUVEN, et al., Global Perspectives on Income Taxation Law (Oxford University Press. 2011)
- BITTKER, BORIS I. & JAMES S. EUSTICE, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders Vol. I (Warren Gorham & Lamont. 2005)
- BLOCK, CHERYL D., Corporate Taxation: Examples and Explanations (Wolters Kluwer 4ª ed. 2010)
- CÂMARA, FRANCISCO DE SOUSA DA, *Aspetos Contabilísticos e Fiscais nas Fusões e Cisões, in O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro* (Coimbra Editora. 2007)
- CÂMARA, FRANCISCO DE SOUSA DA, *As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-abuso prevista no artigo 67º/10 do CIRC, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009)
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Direito Europeu das Sociedades (Almedina. 2005)
- CORREIA, MIGUEL, Taxation of Corporate Groups (Wolters Kluwer. 2013)
- COURINHA, GUSTAVO LOPES, A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário (Almedina. 2009)
- DAMODARAN, ASWATH, Corporate Finance: Theory and Practice (Wiley 2ª ed. 2001)
- DOMINGUES, PAULO TARSO, *Traços Essenciais do Novo Regime das Ações Sem Valor Nominal, in Capital Social Livre e Ações Sem Valor Nominal* (Almedina. 2011)
- DRAGO, JOSÉ, Fusões de Sociedades Comerciais (Almedina. 2007)
- FISCAIS, CENTRO DE ESTUDOS, Reavaliação dos Benefícios Fiscais, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal nº 198 (Almedina. 2005)

- FRANCO, ANTÓNIO SOUSA, *Finanças Públicas e Direito Financeiro* (Almedina 4ª ed. 2008)
- HOFSTÄTTE, MATTHIAS & DANIELA HOHENWARTER-MAYR, *The Merger Directive, in Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (Spiramus Press 2ª ed. 2010)
- JUSTO, A. SANTO, *Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra Editora 3ª ed. 2006)
- LIND, STEPHEN A., et al., *Fundamentals of Corporate Taxation* (Foundation Press 4ª ed. 1997)
- MARTINS, ANTÓNIO, *A Fiscalidade e o Financiamento das Empresas* (Vida Económica. 1999)
- MARTINS, ANTÓNIO, *A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturar: uma Perspetiva Financeira, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009)
- MATOS, PEDRO, VASCO RODRIGUES, *Fusões e Aquisições* (Principia. 2000)
- MENDES, ANTÓNIO ROCHA, *A Tributação de Reestruturações Societárias, Working Draft de 29 de Janeiro de 2013*
- MORAIS, RUI DUARTE, *Sobre a Noção de “Cláusula Antiabuso” em Direito Fiscal, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco Vol. III* (Coimbra Editora. 2006)
- MORAIS, RUI DUARTE, *Manual de Procedimento e Processo Tributário* (Almedina. 2012)
- NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas* (Almedina. 2013)
- NEVES, ANTÓNIO, et al., *O Novo IRC* (Almedina. 2013)
- NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX, *Direito Fiscal Europeu* (Coimbra Editora. 2010)
- OCDE, *Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning* (OCDE. 2011)
- PEREIRA, M.H. DE FREITAS, *Regime Fiscal de Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais, in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale* (Centros de Estudos Fiscais. 1995)
- PEREIRA, M.H. DE FREITAS, *Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Ativos – Novos Desenvolvimentos, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha* (Almedina. 2010)
- RODRIGUES, JOÃO, *SNC – Sistema de Normalização Contabilístico Explicado* (Porto Editora 3ª ed. 2012)
- SANCHES, J.L. SALDANHA, *Os Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2006)

- SCHOLES, MYRON, et al., *Taxes and Business Strategy: A Planning Approach* (Pearson Prentice Hall 4^a ed. 2009)
- SOUSA, JORGE LOPES DE, *Código de Procedimento e Processo Tributário Vol. I (Áreas Editora 6^a ed. 2011)*
- TABOADA, CARLOS PALAO, *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal* (Lex Nova. 2009)
- TAVARES, TOMÁS CANTISTA, *IRC e Contabilidade* (Almedina. 2011)
- TORRES, MANUEL ANSELMO, *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra Editora. 2009)
- VANISTENDAEL, FRANS, *Taxation of Corporate Reorganizations, in Tax Law Design and Drafting Vol. 2* (International Monetary Fund. 1998)
- VENTURA, RAÚL, *Fusão, Cisão, transformação de sociedades* (Almedina. 2006)

Artigos

- ALMENDRAL, VIOLETA RUIZ, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rule?*, 33 *Intertax* 560 (2005)
- BANK, STEVEN, *Mergers, Taxes and Historical Realism*, Florida State University College of Law, Working Paper No. 03 (2000)
- BANK, STEVEN, *A Transcontinental "A" Train? Foreign Mergers Under Section 368 (a)(1)(A)*, Florida State University College of Law, Working Paper No. 28 (2001)
- BLANK, JOSHUA, *Confronting Continuity: A Tradition of Fiction in Corporate Reorganization*, 2006 *Columbia Business Law Review* 1 (2006)
- BRAGA, TERESA GIL, *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no Âmbito das Fusões*, 49 *Fiscalidade* 87 (2012)
- BRAUNER, YARIV, *A Good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations*, Northwestern University School of Law, Research Paper No. 04-02 (2004)
- COMMISSION, EUROPEAN - DG ECFIN, *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, *European Economy: Reports and Studies* No. 5 (2001)
- COMMUNITIES, COMMISSION OF THE EUROPEAN, *Company Taxation in the Internal Market*, Commission Staff Working Paper COM 582 final (2001)

- ENGLISH, JOACHIM, *National Measures to Counter Tax Avoidance Under the Merger Directive*, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 11/13 (2011)
- CONWAY, MEREDITH, *With or Without you: Debt and Equity and Continuity of Interest*, Suffolk University Law School, Research Paper No. 10-67 (2010)
- FERIA, RITA DE LA, *Evolução do Conceito de Abuso do Direito no Âmbito do Direito Fiscal Comunitário*, 2 Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal 197 (2008)
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Fusão e Cisão de Sociedades*, 57 Fisco 18 (1993)
- LIKHOVSKI, ASSAF, *The Duke and The Lady: Helvering v. Gregory and The History of Tax Avoidance Adjudication*, 25 Cardozo Law Review 953 (2004)
- LOBO, CARLOS, *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*, 26/27 Fiscalidade 29 (2006)
- LOPES, CARLOS ANTÓNIO, *As Recentes Alterações das Normas Contabilísticas no Âmbito da Concentração de Atividades Empresariais*, 117 Revista OTOC 44 (2009)
- LOUREIRO, CARLOS, *Problemas Fiscais da Fusão e Aquisição de Empresas*, 55/56 Fisco 42 (1993)
- LOZEV, KONSTANTIN, *Survey of Implementation of the EC Merger Directive – A Summary with Comments*, 50 European Taxation 84 (2010)
- MEHROTRA, AJAY K., *The Story of the Corporate Reorganization Provisions: From “Purely Paper” to Corporate Welfare*, Indiana University Maurer School of Law, Research Paper No. 21 (2005)
- MEHROTRA, AJAY K., *Mergers, Taxes and Historical Materialism*, 83 Indiana Law Journal 881 (2008)
- NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX, *Abuso de Direito em Fiscalidade Direta: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, 6 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto 233 (2009)
- O’SHEA, TOM, *ECJ Rules Dissolution of a Company Not the Same as Liquidation*, 69 Tax Notes International 675 (2013)
- PEREIRA, M.H. DE FREITAS, *Fusões e Cisões: a Diretiva Comunitária*, 47 Fisco 3 (1992)
- SANCHES, J.L. SALDANHA, *Fusão Inversa e Neutralidade da (Administração) Fiscal*, 34 Fiscalidade 7 (2004)

- SCHOLES, MYRON S. & MARK A. WOLFSON, *The Effects of Changes in Tax Laws on Corporate Reorganization Activity*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 3095 (1989)
- SCHWARTZ, JODI J., *Economic-Substance Doctrine and Subchapter C: What, Me Worry?*, 89 Taxes – The Tax Magazine 113 (2011)
- SHEFFIELD, JEFFREY T., *Corporate Transactions and the Economic-Substance Doctrine*, 89 Taxes – The Tax Magazine 163 (2011)
- SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE, *A Luta Contra a Fraude, Evasão, e Abuso na Jurisprudência Recente do Tribunal de Justiça nas Comunidades Europeias em Matéria Fiscal*, 420 Ciência e Técnica Fiscal 7 (2007)
- When Liquidations Become Reorganizations: The Element of “Control”*, 1965 Duke Law Journal 764 (1965) (comentário editorial, sem autor)

Fontes eletrónicas

- BANK, STEVEN, *Federalizing the Tax-Free Merger: Toward an End to the Anachronistic Reliance on State Corporation Laws* (Julho 2013), disponível em <http://papers.ssrn.com>
- MENDES, ANTÓNIO ROCHA, *Comentários ao Anteprojeto de Reforma do IRC* (Outubro 2013), disponível em <http://www.cassociados.pt/>
- YOUNG, ERNEST &, *GAAR rising – Mapping tax enforcement’s evolution* (Novembro 2013), disponível em <http://tmagazine.ey.com/>