

PREJUÍZOS, MENOS E MAIS-VALIAS

CASOS DE APLICAÇÃO DE NORMAS ANTI-ABUSO ESPECÍFICAS DO CÓDIGO DO IRC

NUNO DE OLIVEIRA GARCIA ⁽¹⁾

Advogado, MLGTS & Associados

O presente trabalho pretende a demonstração, recorrendo a casos-exemplos, dos resultados indesejáveis da interpretação literal de normas anti-abuso específicas, bem como da necessidade de uma interpretação que permita garantir, simultaneamente, a coabitação de duas concretizações constitucionais: a segurança jurídica dos contribuintes e a cobrança efectiva de impostos pelo Estado.

The following case studies provide an illustration on how some specific Portuguese anti-avoidance rules should not be interpreted in a literal matter. Provisions from the Corporate Income Tax Code relating to both deductible losses and capital gains are analysed.

ÍNDICE:

1 — *Justificação e objecto*; 2 — *O reconhecimento da existência de normas anti-abuso*; 3 — *Casos de limites do planeamento fiscal na legislação fiscal nacional*; 3.1 — *O caso da dedução de prejuízos fiscais por uma sociedade cuja titularidade jurídica do capital social foi alterada em, pelo menos, 50%, mantendo-se a titularidade económica indirecta: o n.º 8 do artigo 47.º do Código do IRC*; 3.2 — *O caso da menos-valia resultante da alienação de participações sociais entre sociedades em relações especiais: o n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC*; 3.2.1 — *As menos-valias resultantes da alienação de participações sociais entre sociedades em relações especiais*; 3.2.2 — *alienação de acções cotadas entre sociedades em relações especiais*; 3.3 — *As menos-valias resultante de fusão da sociedade afiliada na sociedade-mãe que detém aquela a 100%*; 3.4 — *O caso da menos-valia resultante alienação de suprimientos*; 3.5 — *A faculdade da Administração fiscal prevista no artigo 23.º do Código do IRC*; 3.5.1 — *As limitações constantes dos artigos 42.º e 43.º do Código do IRC*;

⁽¹⁾ O presente escrito corresponde, com alterações e actualizações, a parte do relatório de mestrado apresentado na disciplina de Direito Fiscal na Faculdade de Direito (UL) em Setembro de 2006.

3.6 — *Limites ao planeamento fiscal nas fusões e cisões: o n.º 10 do artigo 67.º do Código do IRC*; 4 — *Conclusões*.

1 — JUSTIFICAÇÃO E OBJECTO

O presente trabalho pretende a demonstração, recorrendo a casos-exemplos, dos resultados indesejáveis da interpretação literal de normas anti-abuso, bem como da necessidade de uma interpretação que permita garantir, simultaneamente, a coabitação de duas concretizações constitucionais: a segurança jurídica dos contribuintes ⁽²⁾ e a cobrança efectiva de impostos pelo Estado ⁽³⁾. Tratar-se-ão de casos assentes na aplicação concreta de normas do Código do IRC e do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), com o intento de realçar o *outro lado* destas normas — pensar a sua aplicação prática em casos particulares.

Identificados alguns casos cuja a aplicação de normas anti-abuso específicas não se mostra aceitável — tanto pela excessiva complexidade que acarretam, como pelas (desajustadas) soluções que implicam e que não estão (ou não deveriam estar) no escopo na norma — não evitaremos arriscar possíveis interpretações resultantes da aplicação do tipo de pensamento tópico para casos concretos, tentando chegar a “propostas” de decisão para as nossas dúvidas em áreas marcadas pela incerteza ⁽⁴⁾ e, assim, obedecer efectivamente às valorações da lei ⁽⁵⁾.

2 — O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE NORMAS NACIONAIS ANTI-ABUSO

SALDANHA SANCHES, em estudo recente, identifica uma norma anti-abuso no ordenamento jurídico-fiscal português em Alvarás datado de 1774 ⁽⁶⁾. Talvez, à época, aquela norma fosse apenas uma entre poucas destinadas especificamente a combater manifestações de planeamento fiscal. Nos tempos modernos, seria uma norma entre tantas outras.

⁽²⁾ Por todos, v. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, tomo IV, 1993, p. 178, e J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 257.

⁽³⁾ Para uma descrição do enquadramento que a Constituição atribui às questões fiscais, v. João Taborda da GAMA, “Acto Elisivo, Acto Lesivo”, in *RFDUL* 40 (1999), n.ºs 1 e 2, pp. 294 e ss.

⁽⁴⁾ Não sendo, obviamente, um tópico vinculativo no sentido de ser *direito vigente*, mas sim uma *solução possível determinada segundo as circunstâncias* de um determinado problema. Assim, v. Claus W. CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (tradução de Menezes CORDEIRO), Ed. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1989.

⁽⁵⁾ Sobre a necessidade de dar o justo valor aos preceitos em causa (faceta que distingue um jurista de um conhecedor de leis), a respeito da interpretação restritiva, v. J. Oliveira ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral — Uma perspectiva Luso-Brasileira (9.ª Ed.)*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 412-413.

⁽⁶⁾ Saldanha SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 9.

Destas, nos últimos anos, devido à enorme mobilidade dos indivíduos e capitais e à internacionalização das empresas, as normas para impedir a evitação fiscal internacional sofreram grande difusão (7). É o que passa com as normas anti-abuso sobre sociedades estrangeiras controladas (ou regras CFC — *Controlled Foreign Companies*) e sobre a subcapitalização (8). A par destas normas, outras vêm pugnando por um desvio à regra geral da valorimetria contabilística, sobretudo (mas não exclusivamente (9)) em cenários de existência de relações especiais entre contribuintes como sucede com as regras de preços de transferência.

E assim, num movimento intermitente, quando os mecanismos normativos genéricos de reacção contra a evitação fiscal não encontram respostas satisfatórias surgem regras para fazer face a comportamentos específicos (10).

Mas, como as páginas seguintes melhor esclarecerão, nem todas as regras anti-abuso específicas parecem visar combater *especificamente* zonas de risco de evitação fiscal. Por vezes, parecem assemelhar-se a “adesivos”, que, vigorando por um curto período de tempo, visam encobrir erros de técnica legislativa e incompreensíveis inserções sistemáticas no corpo legislativo vigente.

Não admira assim que hoje tenhamos uma cláusula geral anti-abuso que “cresceu” junto a emaranhadas normas anti-abuso específicas. À hiperprodução generalizada de leis não escapou a proliferação de normas anti-abuso específicas. Inevitavelmente, a legislação fiscal tornou-se mais complexa.

Mas, se o recurso a presunções (11) ou a ficções (na definição de KARL LARENZ (12)), tem a importante função de subtrair determinados elementos, de difícil comprovação, à prova, também obriga, contudo, a um “controlo” na sua aplicação a casos concretos. Sobretudo nas situações supostamente improváveis (mas frequentemente verificáveis) em que a aplicação tipificante das leis fiscais teima em conduzir a soluções inaceitáveis, porque planeadas para “actos-massa” (13). Por isso, surge, por um lado, a percepção dos perigos da interpretação literal em matéria de normas anti-abuso específicas e, por outro lado, a necessidade, expressa na doutrina mais recente, de uma inter-

(7) Luís Menezes LEITÃO, “A introdução na legislação portuguesa de medidas destinadas a reprimir a evasão fiscal internacional”, in *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 161.

(8) Artigos 60.º e 61.º do Código do IRC, respectivamente.

(9) Sobre a desvalorização da valorimetria contabilística em cenários de inexistência de relações especiais, v. Tomás Castro TAVARES, “Preço de mercado sem relações especiais no CIRC”, in *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro* (no prelo).

(10) Sobre os mecanismos normativos genéricos clássicos contra os comportamentos fiscais abusivos, v. Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, pp. 79-153.

(11) Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 199.

(12) Ana Paula DOURADO, *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, FDL (policopiado), 2005, p. 589. Mais adiante, escreve a investigadora: “Basta abrir ao acaso um qualquer dos códigos de imposto, por exemplo o CIRC, para descobrirmos inúmeras proposições remissivas, ora ficções ora «presunções absolutas».” — *cit.*, p. 591.

(13) Para a sustentação que tais actos resultam de uma tipificação administrativa relacionada com uma situação de “estado de necessidade”, v. Ana Paula DOURADO, *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade...*, pp. 649 e ss.

pretação da lei conforme a Constituição ⁽¹⁴⁾ e de uma densificação tipificante pela Administração fiscal ⁽¹⁵⁾.

Ao mesmo tempo que estes problemas se colocam ao legislador e intérprete nacionais, no pleno comunitário tem cabido sobretudo ao TJCE debruçar-se sobre aspectos concretos das legislações nacionais no sentido da remoção de obstáculos jurídicos nacionais à actividade económica, com a redução da soberania fiscal como “efeito colateral” desta sua acção. Desde as directivas que invocam a referência a situações de *abusos* ⁽¹⁶⁾, aos acórdãos mais marcantes sobre normas domésticas de proibição de abuso de direito, e mais concretamente sobre a compatibilidade destas com a proibição da restrição das liberdades fundamentais, a discussão tem-se centrado na crítica ao recurso à aplicação automática das normas anti-abuso específicas e a liberdade de escolha do modo de financiamento societário ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 213.

⁽¹⁵⁾ Ana Paula DOURADO, *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade...*, pp. 634 e ss.

⁽¹⁶⁾ Encontramos uma referência com essas características no artigo 1.2 da Directiva 90/435/CEE (*Mães-afiliadas*), pelo qual se permite aos Estados-membros a aplicação das normas domésticas necessárias para a prevenção de fraude e abuso. Com um conteúdo semelhante encontramos o artigo 27.1 da Directiva 77/388/CEE (*Sexta Directiva IVA*) a permitir a introdução de medidas especiais derrogatórias, no sentido da simplificação dos procedimentos para cobrança de IVA e para prevenir determinados tipos de abuso e evasão fiscal. Também a Directiva 77/799/CEE (*Directiva da Assistência Mútua*) procura estabelecer uma base através da qual se desenvolvem medidas para evitar situações de fraude e *evitação* fiscal. Numa outra versão, o artigo 11.º da Directiva 90/434/CEE (*Directiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções*), prevê o critério das “razões económicas válidas” sem o qual uma operação de fusão, cisão ou de entrada de activos não beneficiará, caso os Estados o entendam, do regime da directiva. Depois, a Directiva 2003/49/CE (*Directiva relativa ao sistema comum de tributação aplicável aos pagamentos de juros e royalties entre empresas associadas*), recentemente transposta para o direito interno (artigo 89.º-A do Código do IRC) contém igualmente uma cláusula especial respeitante a “fraude e abuso” que permite a aplicação de medidas domésticas anti-abuso. Sobre algumas destas directivas, v. Violeta Ruiz ALMENDRAL, “Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-avoidance Rules?”, in *Intertax*, Vol. 33, Is. 12 (2005), Kluwer Law, pp. 570 e ss.

⁽¹⁷⁾ Um dos marcos do *declínio* das normas anti-abuso específicas foi o Caso LANKHORST-HOHORST (Caso C-324/00), no qual o TJCE declarou que a disposição alemã relativa a subcapitalização [parágrafo 8 (n.º 2) do *Körperschaftsteuergesetz*, com a redacção em vigor entre 1996 e 1998, segundo o qual os pagamentos relativos a empréstimos de capital efectuados por sociedades não residentes seriam liminarmente equiparados, em determinadas situações, a uma distribuição oculta de lucros] colidia com a liberdade de estabelecimento prevista no Tratado UE. Em resumo, o TJCE rejeitou o argumento das autoridades alemãs de que tal medida se impunha para evitar situações de evasão fiscal e para manter “coerência tributária”. A base do entendimento do TJCE terá sido o facto da norma alemã ser, na prática, de aplicação automática, conduzindo, ademais, a resultados discriminatórios e desproporcionais. Neste sentido, Saldanha SANCHES e João Taborda da GAMA, “Pressuposto Administrativo e Pressuposto Metodológico do Princípio da Solidariedade Social: a Derrogação do Sigilo Bancário e a Cláusula Anti-abuso”, in Marco GREGO/Marciano Seabra de GODOI (org.), *Revista Solidariedade Social e Tributação*, São Paulo, 2005, p. 108.

3 — CASOS DE LIMITES DO PLANEAMENTO FISCAL NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

3.1 — O caso da dedução de prejuízos fiscais por uma sociedade cuja titularidade jurídica do capital social foi alterada em, pelo menos, 50% mantendo-se a titularidade económica indirecta — o n.º 8 do artigo 47.º do Código do IRC

Com a introdução da alteração ao Código do IRC, aprovada no âmbito do Orçamento rectificativo para 2005 (Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho), estabeleceu-se uma limitação à dedução do prejuízos fiscais em função da mudança da titularidade jurídica do capital social em, pelo menos, 50%. Pode ler-se no n.º 8 do artigo 47.º do Código do IRC: *“O previsto no n.º 1 [possibilidade de dedução de prejuízos fiscais] deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efectuada a dedução, que, em relação àquele a que respeitam os prejuízos, foi modificado o objecto social da entidade a que respeita ou alterada, de forma substancial, a natureza da actividade anteriormente exercida ou que se verificou a alteração da titularidade de, pelo menos, 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto”*.

Trata-se de uma disposição que visa evitar operações de aquisição de capital cujo objectivo compreenda a obtenção de economias fiscais através de dedução dos prejuízos fiscais gerados por sociedades. Noutras palavras, pretende evitar o famigerado “comércio de prejuízos”, que teimou, no passado, em tomar conta da secção dos classificados de alguns jornais.

O referido n.º 8 *in fine* consubstancia uma norma anti-abuso específica que visa combater um comportamento determinado, de forma automática, impede a formação de um determinado efeito jurídico, *in casu*, a dedução de prejuízos nos termos do n.º 1 do artigo 47.º do Código do IRC (18).

Todavia, se pensada à luz das frequentes operações através das quais se transmite uma participação social entre duas sociedades detidas pelo mesmo accionista (eg., reestruturação de grupos societários) a norma do n.º 8 *in fine* pode conduzir a resultados inaceitáveis. Não constitui novidade que, sobretudo de acordo com o princípio de especialização de tarefas e para assegurar uma melhor funcionalidade dos grupos económicos, é corrente a transmissão de participações sociais de uma sociedade para outra sociedade do mesmo grupo, habitualmente para sociedades que têm por activi-

(18) A norma parece fundar na presunção de que a alteração de titularidade de uma sociedade tem por efeito a obtenção de economias fiscais através de dedução dos prejuízos fiscais. Por outras palavras, a norma retira uma ilação do facto conhecido (a economia fiscal resultante da utilização de prejuízos) para apresentar o facto desconhecido ou “facto-presumido”, o qual consiste na mera alteração da titularidade do capital social com o simples objectivo de deduzir prejuízos e, assim, diminuir o lucro tributável.

dade a gestão de participações sociais (SGPS) (19). E isto porque, é sabido que as SGPS “têm por único objecto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indirecta de exercício de actividades económicas” e que uma “participação numa sociedade é considerada forma indirecta de exercício da actividade económica desta quando não tenha carácter ocasional” (cit. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 495/88, na sua redacção actual).

O Código do IRC permite que as participações sociais sejam transmitidas sem impactos tributários directos significativos, por exemplo através de cisões e fusões ao abrigo do regime especial de neutralidade dos artigos 67.º e segs. do Código do IRC (20). Por outro lado, não raras vezes em processos de reestruturações a titularidade económica do capital social mantém-se inalterada. Um exemplo: a sociedade “X” deixa de ter directamente como accionista única a sociedade “Y Imobiliária”, a qual por sua vez é detida pelos Srs. A, B, C e D, cada com 25% do capital desta, para passar a ter a como accionista a sociedade “ABCD, SGPS, SA” a qual, por sua vez, é, também ela, directamente detida (económica e juridicamente) pelos Srs. A, B, C e D nas respectivas proporções de 25% cada. Ou seja, casos sucedem nos quais uma determinada sociedade participada, fruto de uma operação de reestruturação, mantém-se no grupo económico a que já pertencia apesar da alteração, formal, da titularidade do seu capital social.

Ora, é em casos como este que se coloca a dúvida de saber se os eventuais prejuízos apresentados pela sociedade participada transmitida, e cuja titularidade económica se mantém inalterada (apesar de, jurídica e directamente, os sócios serem formalmente outros) devem ou não serem afectados. Ou seja, importa nestas situações apurar se a norma anti-abuso específica consagrada no n.º 8 do artigo 47.º, quando interpretada literalmente e aplicada a casos em que a titularidade económica se mantém, conduz a situações inaceitáveis, e, nessa medida, carece, para estes casos, de uma interpretação conforme a Constituição (21).

(19) Os grupos económicos nem sempre “nascem” a partir de diversas sociedades já constituídas. Ao invés, é comum terem começado pela constituição de uma única sociedade na sequência da qual, em caso de sucesso, se partiu para novos projectos. Por isso, no arranque da vida dos grupos não se entende necessário a constituição imediata uma SGPS. Porém, se na senda do sucesso forem sendo adquiridas sucessivas participações sociais em várias sociedades, então fará sentido a constituição de uma SGPS para a gestão dessas mesmas participações.

(20) Se cumpridos os requisitos para a aplicação deste regime constantes nos artigos 67.º e segs. do Código do IRC. Sobre o regime da neutralidade para as fusões e cisões v., entre outros, António Lobo XAVIER “Sobre o Regime Fiscal das Variações Patrimoniais”, in *Fisco* 27, 1991, pp. 3 e 4, Manuel Freitas PEREIRA, “Consequências Fiscais ao Nível Nacional e Internacional das Cisões e Operações Similares”, in *CTF* 375 (1995), p. 91, e Manuela Duro TEIXEIRA, “A cisão no Direito português”, in *O Direito* 138 (2006), III, pp. 649 e 650.

(21) No sentido em que existe uma realidade económica empresarial a relevar, além da personalidade jurídica, já se pronunciou o STA em 12-04-2005, no processo n.º 1265/04 (BAETA DE QUEIROZ). Tratava-se de saber se um benefício atribuído a uma sociedade manter-se-ia na esfera da sociedade incorporante na qual a primeira tinha, entretanto, se fundido. Segundo o STA: “Com a fusão por incorporação

É certo que o Ministro das Finanças tem o poder de autorizar, em “*casos especiais de reconhecido interesse económico e, mediante requerimento*”, que a limitação dos prejuízos não seja aplicável — n.º 9 do artigo 47.º do Código do IRC. Trata-se de uma prerrogativa que permite à Administração a emissão de um juízo, mas que, na prática, tende a operar de forma póstuma à realização da reestruturação.

De facto, não se pode exigir que as empresas fiquem, durante um período indeterminado, a aguardar uma decisão do Ministro das Finanças no sentido do aproveitamento dos prejuízos que vêm registando. Tanto mais quando, a nosso ver, tal decisão não poderá deixar de se encontrar vinculada à aceitação da dedução dos prejuízos pela sociedade participada quando a titularidade indirecta do seu capital se mantém e, apenas por motivos económicos e de gestão ponderosos (no sentido de concentrar uma participação financeira numa determinada sociedade) a titularidade directa se alterou (22).

Por essas razões, pelo menos no caso que temos vindo a tratar, a limitação do n.º 8 (*in fine*) e a prerrogativa da Administração prevista no n.º 9, ambos do artigo 47.º do Código do IRC, devem ser consideradas em termos de compatibilidade com a regra constitucional da tributação do lucro real (23). Impõe-se, assim, uma interpretação pela qual uma sociedade com prejuízos registados não veja precluir o direito de os deduzir apenas pela alteração jurídica formal e não económica da maioria da titularidade do seu capital social.

Mais: se tal interpretação não vier a vingar — na doutrina da Administração e na jurisprudência —, é provável que a norma venha a ser modificada ou mesmo revogada, como já vem sugerindo o relatório do grupo de trabalho para reavaliação dos benefícios fiscais (24).

ocorre uma transformação da sociedade, mas não uma extinção, não decorrendo da integração o seu desaparecimento, mas a sua alteração, ainda que implique a perda da personalidade jurídica” (sublinhado nosso). Prossegue o STA confirmando a sentença recorrida: “*A sua actividade económica continua na sociedade incorporante. Não há «interrupção na actividade económica objecto de fusão, havendo apenas alteração de pessoa jurídica que prossegue a actividade, não afectando o acto em si, de nenhum modo, o exercício desta»*”.

(22) Por estas razões escrevemos atrás que a limitação prevista no n.º 8 do artigo 47.º do Código do IRC opera de forma automática. O modo com o n.ºs 8 e 9 se articulam — o primeiro preclui *tout court* enquanto o segundo prevê uma autorização para “casos especiais” — mostra bem que a intenção do legislador foi a de fechar a porta primeiro para só depois abrir uma janela (recorrendo à alegoria). Não existe, por isso (*ie.*, perante a predeterminação do legislador fiscal), uma fundamentação do juízo administrativo sobre a intenção do contribuinte que condicione a aplicação da limitação do n.º 8. O que existe sim, é uma previsão de um juízo administrativo que venha desaplicar a limitação dos prejuízos prevista no n.º 8, mas apenas em “casos especiais” e na medida em que esse juízo se conforme com os motivos de “reconhecido interesse económico” (seja lá o que isso for...) explanados em requerimento do contribuinte.

(23) Neste sentido, Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 203.

(24) Propondo que, para os casos de limitação na dedução de prejuízos, passe a vigorar a regra de formação do acto tácito de diferimento, sem prejuízo de requerimento, v. *Reavaliação dos Benefícios Fiscais — Relatório do grupo de trabalho criado por despacho de 1 de Maio de 2005 do Ministro e Estado e Finanças*, CTF 198, Almedina, Coimbra, pp. 196 e 197.

Por outro lado, analisado o corpo de normas que regulam (directa e indirectamente) a dedução de prejuízos, o *efeito útil* da norma do n.º 8 *in fine* assemelha-nos bastante exíguo, pelo que, tal conformação com a Constituição, poderá ser complementada com o requisito da adequação da norma ao seu fim. Vejamos melhor através de alguns exemplos:

Em primeiro lugar, atente-se na situação na qual a sociedade X pretende adquirir mais de 50% do capital da sociedade Y (apenas) pelo facto de esta apresentar prejuízos fiscalmente dedutíveis — circunstância para a qual está pensado o n.º 8 do artigo 47.º do Código do IRC. Será mesmo que a sociedade X, ao adquirir a sociedade Y, beneficia ou aproveita dos prejuízos desta? A resposta é negativa, posto que uma suposta perda apurada na sociedade X pela alienação/liquidação da sociedade Y em nada respeita aos prejuízos desta, tendo antes que ver com a eventual menos-valia resultante da diferença entre o valor pela qual a sociedade X adquiriu a sociedade Y e o valor pela qual esta foi alienada/valor dos activos liquidados e partilhados ⁽²⁵⁾.

Pensemos então noutra situação: a sociedade X altera o objecto da sociedade Y pois considera tratar-se de uma medida indispensável para a recuperação desta. Será que a sociedade Y pode deduzir os seus prejuízos? A resposta é negativa, pois a mera alteração do objecto da sociedade participada provoca, imediatamente, a aplicação da primeira parte do n.º 8 do artigo 47.º Código do IRC.

Poder-se-ia ainda supor que a limitação constante do n.º 8 *in fine* do artigo 47.º do Código do IRC teria sido, afinal, criada para evitar abusos nas situações de grupo de sociedades sujeitos ao “Regime especial de tributação dos grupos de sociedades” (RETGS) previsto nos artigos 63.º e segs. do Código do IRC ⁽²⁶⁾. Será assim? Imaginemos então um cenário em que a sociedade X — enquanto sociedade dominante num grupo de sociedades sujeito ao RETGS — adquirisse a sociedade Y, a fim de “utilizar” os prejuízos desta sociedade, fazendo-os somar de forma algébrica com os lucros das restantes sociedades dominadas. Neste cenário, será que o grupo de empresas pode aproveitar os prejuízos da sociedade Y?

A resposta é, novamente, negativa, uma vez que, de acordo com o regime específico de dedução de prejuízos fiscais aplicável aos RETGS previsto no artigo 65.º do

⁽²⁵⁾ Para mais, neste caso, tal diferença apenas seria considerada como menos-valia dedutível caso a participação na sociedade Y tivesse permanecido na titularidade da sociedade X durante os três anos imediatamente anteriores à data da dissolução — alínea *b*) do n.º 2 do artigo 75.º do Código do IRC.

Sobre a liquidação de sociedades e as menos-valias latentes, v. Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, pp. 219 e 220.

⁽²⁶⁾ Sobre a actual configuração da tributação dos grupos de sociedades, v. Maria dos Prazeres LOUSA, “Group Taxation (Portuguese Report)”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 89b (2004), IFA, Roterdão, pp. 547-567, e, quanto ao pagamento do PEC por estes grupos, Luís MARQUES, “O Pagamento Especial por Conta no Âmbito do Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades”, in *Fisco*, n.ºs 107/108 (2003), pp. 3-11. Sobre o substituído regime tributação pelo lucro consolidado, v. Maria dos Prazeres LOUSA, “O Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado”, in *CTF 355*, pp. 59 e ss., e Gonçalo Avelãs NUNES, *Tributação dos Grupos de Sociedades pelo Lucro Consolidado em Sede de IRC*, Almedina, Coimbra, 2001.

Código do IRC, os prejuízos verificados em exercícios anteriores ao do início da aplicação do regime só podem ser deduzidos ao lucro tributável do grupo até ao limite do lucro tributável a que respeitam.

Ou seja, a limitação aos prejuízos nas situações de grupos de sociedades já se encontra prevista no Código do IRC constituindo, aliás, um regime bastante restritivo ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾.

Como acabámos de ver, não é fácil descortinar comportamentos abusivos específicos e potencialmente suspeitos, que justifiquem a limitação integral dos prejuízos de uma sociedade tal como se encontra definida no n.º 8 *in fine* do artigo 47.º do Código do IRC. Pelo contrário, identificou-se uma situação na qual tende a predominar comportamentos com finalidade económica mas que, segundo um princípio de interpretação literal daquela norma, conduz a uma situação inaceitável à luz do princípio da tributação de acordo com o lucro real. Por outro lado, tendo em consideração a sua reduzida aplicação em casos de hipotético abuso, sempre importa apurar se se trata de uma medida adequada (e, assim, proporcional) ao seu escopo anti-abusivo.

É que, como vimos, a limitação da dedução dos prejuízos constante no n.º 8 *in fine* do artigo 47.º do Código do IRC insere-se num conjunto de normas anti-abuso marcado por uma intencionalidade e finalidade muito próprias ⁽²⁹⁾ — reagir contra a evitação fiscal abusiva e impedir o denominado “comércio de prejuízos”. Mas se assim é, e assim se quer manter, não encontramos motivos para que essas mesmas normas não fiquem apenas reservadas a esses mesmos comportamentos, abstendo-se o legislador, sob pena de agravar a complexidade do texto do Código do IRC, de criar fórmulas anti-abusivas cujo amplo alcance esbarra numa exígua aplicação a casos de verdadeira evitação abusiva ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Para além da limitação na dedução de prejuízos, também existem restrições na entrada no grupo de sociedades com prejuízos. Veja-se a alínea *b*) do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC a qual dita que uma sociedade com prejuízos registados nos três exercícios anteriores não pode fazer parte do grupo de sociedades.

⁽²⁸⁾ Na prática, a não consagração no Código do IRC de um regime de grupos de sociedades que integrem sociedades estrangeiras, bem como as actuais limitações dos prejuízos em caso de entrada de uma sociedade no perímetro do grupo sujeito ao RETGS, tornam a decisão no caso MARKS & SPENCER (Caso C-446/03) pouco relevante numa perspectiva nacional. Aguarda-se, por isso, a decisão num outro caso sobre “cross-border loss relief”, mais propriamente no caso OY ESAB (Caso C-23105), para se conhecer até que ponto a jurisprudência M&S se mantém perante as especificidades da lei fiscal finlandesa.

⁽²⁹⁾ Com destaque para o carácter intencional do legislador, v. Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, pp. 209 e 212.

⁽³⁰⁾ Em muitas situações, a manutenção de normas cujo *efeito útil* é mínimo tem um simples efeito decorativo. De facto, quando se reflecte, com rigor, no mecanismo e na eficácia de determinadas normas, apercebemo-nos que não existe sequer um efeito dissuador, mas apenas pirotécnico. Todavia, quando não existe uma iniciativa imediata no sentido da revogação ou alteração dessas normas (como tantas vezes sucede...), corre-se o risco de estas ficarem esquecidas, arrumadas que estão nos complexos códigos fiscais.

3.2 — O caso das menos-valias resultantes da alienação de participações sociais entre sociedades em relações especiais — o n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC

3.2.1 — As menos-valias resultantes da alienação de participações sociais entre sociedades em situação de relações especiais

Em princípio, as menos-valias e as perdas realizadas por uma sociedade com uma determinada operação comercial concorrem, enquanto componentes negativas, para a formação do lucro tributável do respectivo exercício.

A ressalva constante no início do parágrafo anterior (“em princípio”) deve-se à necessidade de qualquer custo ter de satisfazer o estabelecido no artigo 23.º, n.º 1, do Código de IRC, segundo o qual: «*Consideram-se custos ou perdas os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora (...)*».

Nessa medida, dúvidas não subsistem que a aceitação da dedutibilidade das menos-valias e perdas apuradas com a venda de participações sociais terá, inevitavelmente, de passar pelo teste do requisito geral da indispensabilidade desse custo para a realização dos proveitos ou para a manutenção da fonte produtora. Mais adiante (em 3.3.1. *infra*) aprofundaremos até que ponto o requisito da indispensabilidade constitui no ordenamento jurídico-tributário em vigor um conceito indeterminado ⁽³¹⁾.

Para além da imprescindível assunção da operação em causa no conceito de indispensabilidade, uma outra limitação surge à luz do artigo 23.º do Código de IRC. Referirmo-nos, em concreto, ao n.º 7 deste artigo, introduzido com a Lei do Orçamento do Estado para 2003 ⁽³²⁾. Efectivamente, de acordo com este n.º 7 não são aceites como custos ou perdas do exercício os suportados com a transmissão onerosa de partes de capital a entidades com as quais existam relações especiais.

Estamos perante uma norma anti-abuso específica que, como tal, visa combater a evitação fiscal numa zona em que o legislador entende existir um risco significativo de concertação de preços. Perante a introdução de mais uma norma anti-abuso, é

⁽³¹⁾ Antecipamos, contudo, que jurisprudência superior tem interpretado que o preenchimento deste conceito indeterminado não significa que a Administração disponha de uma vasta margem de livre apreciação — acórdão do STA de 23-IX-1998, in *Acórdãos Doutrinários* 452/453, p. 1057. Um caso no qual a Administração fiscal negou a aceitação de uma menos-valia como custo ocorreu no processo n.º 6228/02 decidido pela secção de contencioso tributário do Tribunal Central Administrativo. Neste processo, tendo a inspecção tributária considerado existirem indícios de que uma determinada venda de acções (por um valor de cerca de 100.000 € inferior ao valor das acções cotadas na Bolsa, acções essas adquiridas cerca de 15 dias antes da venda) tinha apenas como fim a redução de imposto a pagar, a Administração não hesitou em considerar — e o Tribunal em confirmar — que não estava demonstrada a necessidade daquela venda e a sua relação com a sua fonte produtora ou a sua contribuição para os ganhos ou proveitos sujeitos a imposto.

⁽³²⁾ Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro.

possível conjecturar que o legislador tenha partido de uma de duas premissas: *i*) que o poder concedido à Administração para corrigir os preços praticados não é o suficiente ou *ii*) que o “dever de vigilância” incumbido à Administração no regime dos preços de transferência não tem sido exercido da forma mais eficaz ⁽³³⁾. Um dado é certo, no espírito do legislador foi necessário tornar fiscalmente irrelevante todo e qualquer custo decorrente entre transmissões onerosas de partes de capital entre sociedades especialmente relacionadas ⁽³⁴⁾.

Como é sabido, o regime dos preços de transferência previsto no artigo 58.º do Código do IRC impõe vários deveres aos contribuintes ⁽³⁵⁾, não só no que respeita ao valor praticado, mas também no que toca à organização de todo o processo de documentação fiscal e à declaração de que praticou uma operação com uma entidade especialmente relacionada, o que envolve, entre outros procedimentos, a identificação e declaração dos montantes praticados ⁽³⁶⁾.

Porém, este regime também impõe obrigações à Administração fiscal, como seja o “dever de vigilância” destas operações e obrigação de proceder aos ajustamentos correlativos previstos no n.ºs 12 e 13 do artigo 58.º Sem o cumprimento pleno aquele “dever de vigilância”, o regime anti-abusivo dos preços de transferência torna-se incapaz e potencialmente injusto — criando uma situação de discriminação aquelas operações que consegue vigiar e aquelas para as quais não tem capacidade de fiscalizar.

Admitimos a existência de dificuldades na fiscalização e correcção dos preços praticados ⁽³⁷⁾, provocadas tanto pelo complexo desenvolvimento das relações económicas como pelo grande número de dados que uma Administração (tecnicamente mal preparada) tem de tratar ⁽³⁸⁾. O que já não nos parece ser admissível é a introdução pelo legislador de normas — assentes em ficções — que desconsiderem total e automaticamente as consequências de determinadas operações. O desenvolvimento das trocas entre empresas relacionadas e a inépcia dos serviços fiscais do Estado não pode

⁽³³⁾ Tema que também abordaremos adiante, mas com menor desenvolvimento (em 3.4.2. *infra*).

⁽³⁴⁾ Pode-se, desde logo, colocar reticências à forma como a norma do n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC se articula com o regime geral da dedutibilidade dos custos e em que relação se encontra perante o regime aplicável às SGPS. Estamos no âmago do problema quando constatamos que a regra prevista no n.º 2 do artigo 31.º do EBF estipula que a menos-valia realizada por uma SGPS com a transmissão onerosa de capital, uma vez que detida há mais de um ano, não concorre para a formação do seu lucro tributável. Introduzida juntamente com o n.º 7 do artigo 23.º (na Lei do Orçamento do Estado para 2003), fica-se com a dúvida se aquela regra para as SGPS foi pensada numa relação regra-excepção face o artigo 23.º do Código do IRC. Sobre as regras excepcionas, v. J. Oliveira ASCENSÃO, *O Direito, Introdução...*, pp. 443-444 e 553-554. No que respeita ao carácter anti-sistemático das normas anti-abuso específicas, v. Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, pp. 206-208.

⁽³⁵⁾ É hoje incontroverso que a formação da obrigação tributária resulta cada vez mais de uma actividade imposta aos contribuintes, cabendo a estes, a par de inúmeros deveres de cooperação, a própria liquidação do imposto. Por todos, entre nós, Saldanha SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária — Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 70 e ss.

⁽³⁶⁾ N.ºs 6 e 7 do artigo 58.º do Código do IRC.

⁽³⁷⁾ Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, pp. 221 e 222.

⁽³⁸⁾ João Tabora da GAMA, “Acto Elisivo...”, p. 300.

fomentar o surgimento de normas anti-abuso de aplicação automática ⁽³⁹⁾. Mas é neste trilho que nos aparece o n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC. Incapaz de fiscalizar as operações de acordo com o regime dos preços de transferência, à Administração foi atribuída uma “arma anti-abusiva de destruição massiva”, norma cuja adequação — tendo em consideração o fim a que se propõe e perante a vigência do regime do artigo 58.º do Código do IRC — pode ser posta em causa.

Contudo, uma vez que a redacção do n.º 7 do artigo 23.º tem um claro alcance anti-abuso, o problema reside em saber se — para evitar uma eventual restrição do princípio da tributação segundo o lucro real ⁽⁴⁰⁾ — a norma poderá merecer uma interpretação (restritiva) de forma a que a sua formulação demasiado ampla não impeça a dedução de um determinado custo com a transmissão de uma participação entre entidades em relação especial sempre que o preço praticado corresponda ao “preço de mercado”, ou, noutras palavras, sempre que aquele preço corresponda ao preço e demais condições que seriam praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

3.2.1.1 — Alienação de acções cotadas entre sociedades em relações especiais

Como vimos, a fórmula utilizada no n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC pode ser entendida como sendo demasiado ampla, sobretudo quando o seu sentido é (ou deve ser) limitado às situações de abuso mediante a concertação de preços. Mas, importa questionar: existe mesmo alguma situação concreta que pareça impor a restrição do texto para exprimir o sentido da lei, posto que a letra do preceito conduz a um resultado rejeitável? Atente-se ao caso da transmissão, entre sociedades especialmente relacionadas, de participações sociais representadas por acções cotadas em mercado (bolsista) regulamentado: nesta situação, sempre que o preço praticado for o do valor de cotação em bolsa, não se vislumbra qualquer risco de concertação ilegal de preços entre as sociedades (ainda que relacionadas).

Em geral, o recurso ao valor de cotação em mercado bolsista não é “estranho” à Lei Fiscal, muito pelo contrário! Nos diversos códigos fiscais encontram-se normas que elegeram a referência à cotação das acções em bolsa como um elemento determinante para o cálculo do *quantum* a tributar — *eg.*, n.º 3 do artigo 15.º do Código do Imposto do Selo ⁽⁴¹⁾, a alínea *a*) do artigo 48.º do Código do IRS ⁽⁴²⁾, e os

⁽³⁹⁾ Neste sentido, v. acórdão do TJCE no caso LANKHORST.

⁽⁴⁰⁾ Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 222 (no momento em que o este sub-capítulo foi concluído não conhecíamos a posição do Professor sobre este caso, pelo que, de forma ingénua, julgávamos não existir doutrina a colocar o “dedo na ferida”).

⁽⁴¹⁾ “O valor das acções, títulos e certificados da dívida pública e outros papéis de crédito é o da cotação na data da transmissão e, não a havendo nesta data, o da última mais próxima dentro dos 6 meses anteriores...” — *cit.* n.º 3 do artigo 15.º do Código do Imposto do Selo.

⁽⁴²⁾ “Estando cotados em bolsa de valores, o valor de alienação é o da respectiva cotação à data da transmissão ou, em caso de desconhecimento desta, o da maior cotação no ano a que a mesma se reporta” — *cit.* alínea *a*) do n.º 2 do artigo 52.º do Código do IRS.

vários artigos do Código do IRC que se referem, genericamente, ao valor de mercado ⁽⁴³⁾.

Acresce que, e mais importante, o valor da cotação das acções em mercado bolsista constitui, por imposição legal, a referência principal para situações em que a Administração fiscal se vê obrigada a determinar o “valor real” de negócios com preço simulado — é o que sucede com o artigo 52.º do Código do IRS. Nesta disposição legal procede-se a uma referência directa para o valor de cotação em bolsa o que revela a idoneidade da utilização daquele critério.

Existindo um mercado regulamentado, o valor da cotação que dele resulta constitui um autêntico valor de mercado onde o preço é determinado pelo livre jogo da oferta e da procura, por oposição a um valor definitivo subjectivamente e que até poderá ser “construído” ou simulado.

Do exposto resulta que o recurso ao valor da cotação no mercado bolsista oficial conduz à obtenção de um verdadeiro preço comparável de mercado. Ora se assim é, dever-se-á concluir que esse preço não deverá merecer a correcção da Administração fiscal e, também por esta razão, se deve entender admissível a solução segundo a qual uma eventual menos-valia resultante da alienação das acções, mesmo que entre sociedades especialmente relacionadas, não deverá ser excluída de dedução quando o preço praticado seja o decorrente da cotação do mercado bolsista na data da transmissão.

O recurso a este caso exemplo permite mostrar como o conteúdo amplo e genérico do n.º 7 do artigo 23.º pode merecer pelo menos uma distinção onde o texto omitiu fazer — a aceitação de um custo decorrente de uma operação a preços de mercado.

3.2.2 — Menos-valia resultante de fusão da sociedade afiliada na sociedade-mãe que detém aquela a 100%

Um outro caso no qual se pode discutir a aplicabilidade literal do n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC relaciona-se com determinados casos de fusões fora do regime especial da neutralidade dos artigos 67.º e segs. É que, se em alguns casos tal aplicação não coloca dúvidas substanciais, tal já não sucede quando, por exemplo, temos uma fusão de uma sociedade afiliada na sociedade-mãe que a detém a 100%.

Na verdade, nestes casos ocorre uma partilha de todo o património (activo e passivo) o que não parece consubstanciar-se numa pura transmissão das acções ou quo-

⁽⁴³⁾ Em alguns casos torna-se quase evidente que se deve privilegiar a cotação de mercado no que respeita ao valor pelo qual as acções são transmitidas. É o que sucede no cálculo do valor de realização nas operações de fusão, nomeadamente para o apuramento de eventuais mais-valias ou menos-valias. Por um lado, porque o Código do IRC refere-se de forma expressa ao “*valor de mercado dos elementos do activo immobilizado*” [cit. alínea d) do n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRC]. Depois, porque na tributação das eventuais menos ou mais-valias deve prevalecer a concepção do puro acréscimo patrimonial, o que reforça a necessidade de se apurar com rigor as eventuais variações registada no valor dos elementos do activo.

tas da sociedade incorporada, tal como prevê o n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC (“... não são aceites... custos ou perdas... com a transmissão onerosa de partes de capital...”). Neste tipo de fusão ocorre, antes, uma operação pela qual se anula partes sociais em consequência da fusão.

Ora, se o valor por que está contabilizada na sociedade-mãe (neste caso incorporante) o capital da afiliada (sociedade fundida) é superior ao valor líquido do activo correspondente a esta última, a sociedade-mãe apura uma perda⁽⁴⁴⁾. Entretanto, na esfera da afiliada, se o valor de mercado do activo efectivamente partilhado é inferior ao valor de aquisição desse activo, a sociedade afiliada (fundida) experimenta uma menos-valia.

E quanto à perda apurada pela sociedade-mãe, será nestes casos imperativa a aplicação do regime anti-abusivo do n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC? Entendemos que não, pois, como referido, não está em causa uma pura transmissão de partes sociais (como prevê aquela norma) mas antes uma anulação da participação que constitui activo financeiro da sociedade-mãe incorporante⁽⁴⁵⁾. De facto, parece-nos que a *ratio legis* do n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC não foi desconsiderar as eventuais perdas geradas pela fusão de uma sociedade afiliada na sociedade-mãe que a detém a 100%⁽⁴⁶⁾.

Na ausência de doutrina da Administração fiscal, e se esta ausência se manter, caberá aos tribunais a interpretação da referida norma à luz dos casos, como aquele que acabámos de descrever, em que não está em causa uma pura transmissão de participações sociais entre sociedades relacionadas, mas sim uma fusão da afiliada na sociedade-mãe.

Note-se, todavia, que o eventual reconhecimento da perda no caso de fusão da sociedade afiliada na sociedade-mãe que a detém a 100% não está imune a limitações. E isto porque importa atentar no n.º 3 do artigo 42.º do Código que IRC, o qual, com um texto muito abrangente (“... bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes do capital ou outras componentes do capital próprio...”), vem limitar a perda a 50%. Mas, também aqui, a constitucionalidade deste regime

(44) Neste sentido, com desenvolvimento, v. António Lobo XAVIER, “Sobre o regime fiscal das variações...”, pp. 3-5.

(45) Ainda restaria por investigar, merecendo uma reflexão cujo desenvolvimento não se coaduna com o presente relatório, se uma operação de fusão como aquela que temos vindo a utilizar como caso-exemplo constitui um verdadeiro negócio jurídico oneroso, ou uma mera atribuição patrimonial de ambas as partes, ligadas por umnexo de correspectividade. E isto porque a norma do n.º 7 do artigo 23.º está pensada apenas para os casos de aquisição onerosa (“... não são aceites... custos ou perdas... com a transmissão onerosa de partes de capital...”).

(46) O que não faz, obviamente, excluir a sua aplicação a esquemas “step-by-step” abusivos nos quais uma ou várias operações de fusão têm apenas como único objectivo o apuramento de perdas ou menos-valias. Nestas situações, requer-se igualmente que o n.º 1 do artigo 23.º seja accionado no sentido de se evidenciar que tais operações não têm racionalidade económica face aos objectivos estatutários das sociedades envolvidas, demonstrando, se possível, a natureza artificiosa daqueles esquemas.

poder ser escrutinada por referência aos princípios de tributação do lucro real e da capacidade contributiva ⁽⁴⁷⁾.

3.3 — O caso da menos-valia resultante alienação de suprimentos — a faculdade da Administração prevista no artigo 23.º e as limitações constantes dos artigos 42.º e 43.º do Código do IRC

3.3.1 — A faculdade da Administração prevista no artigo 23.º do Código do IRC

Em regra, a alienação do capital social de uma sociedade acarreta a alienação de suprimentos prestados pelo(s) sócio(s). Outras vezes são alienados suprimentos sem que o capital social seja transmitido. Em ambos os casos é corrente que se tenha de contabilizar um ganho ou uma perda.

No que respeita à alienação de suprimentos (motivada, por exemplo, pelo facto do valor de mercado da sociedade afiliada no momento da alienação ser inferior ao montante do investimento inicial) poder-se-á verificar a existência de uma perda sempre que ocorrer a alienação dos suprimentos por um valor inferior ao valor nominal.

Em primeira linha, uma das prerrogativas da Administração fiscal resultantes do artigo 23.º do Código do IRC é, desde logo, a desconsideração dos resultados (perdas) decorrentes da venda dos suprimentos abaixo do valor nominal por não estar demonstrado que a sociedade afiliada não tem capacidade de, em momento posterior à alienação dos suprimentos, proceder à sua restituição integral. Trata-se de uma situação na qual é exigido à Administração a fundamentação sobre a intenção do contribuinte como condição para a desconsideração da perda ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾.

Na verdade, a fundamentação do juízo administrativo é tanto mais indispensável quanto, em rigor, nada impede que um crédito de suprimentos seja cindido da participação social, podendo ser transmitido separadamente e até independentemente da alienação da participação social. E é precisamente pelo facto de ser legítimo, para efeitos de alienação, a dissociação entre suprimentos e participação social, que a Administração deve emitir um juízo sobre a intenção da alienação praticada pelo con-

⁽⁴⁷⁾ Francisco de Sousa da CÂMARA, “Aspectos Contabilísticos e Fiscais nas Fusões e Cisões”, in *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro* (no prelo), p. 21 (paginação provisória).

⁽⁴⁸⁾ Sobre a necessidade desta fundamentação nos casos em que existe “escolha administrativa”, v. Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 201. Na prática, trata-se de uma escolha da Administração fiscal perante a qual o contribuinte dificilmente consegue reagir. De facto, fazer prova que uma sociedade não terá, num determinado futuro, capacidade para restituir suprimentos é uma tarefa difícil e de resultados incertos.

⁽⁴⁹⁾ Ao invés, se a Administração fiscal fundamentadamente colocou em causa a dedutibilidade de um custo — invocando e demonstrando a falta de relação com a actividade da sociedade — então competirá ao contribuinte uma explicitação sobre “congruência económica” da operação.

tribuinte antes para fins de (des)consideração como custo fiscal da perda eventualmente resultante daquela operação.

Como é hoje assente, o referido juízo nunca tratará de abordar a questão da aceitação da dedutibilidade do custo através da análise da bondade (ou falta dela) da decisão do gestor ⁽⁵⁰⁾. O que terá que ficar demonstrado é a existência de um negócio jurídico artificioso e fraudulento ⁽⁵¹⁾.

O ponto central consiste na detecção das situações em que a repartição do valor entre o capital e os suprimentos é arbitrária e abusiva. Se a Administração fiscal detecta que determinada distinção entre capital e suprimentos tem apenas uma finalidade fiscal — ou seja, se evidencia que uma hipotética venda da participação e dos suprimentos em conjunto pela sócia inviabilizaria definitivamente a possibilidade de registar qualquer perda fiscal — então, em princípio, poderá estar em causa a dedutibilidade da perda registada com a alienação dos suprimentos separada da participação.

Todavia, neste mesmo caso, impenderá, ainda, sobre a Administração fiscal o ónus de demonstrar que se tratou de um negócio abusivo ⁽⁵²⁾. O que não deverá, em qualquer caso, suceder é uma inviabilização automática do apuramento da perda, no pressuposto de que a mesma foi delineada e incorrida exclusivamente com um propósito fiscal e sem sustentação económica.

3.3.2 — As limitações constantes dos artigos 42.º e 43.º do Código do IRC

Em segundo lugar, importa atender ao regime fiscal das menos-valias nos termos do artigo 43.º do Código do IRC. É que, se assimilados no conceito de elementos do activo imobilizado, poder-se-á entender que as eventuais perdas decorrentes da transmissão onerosa dos suprimentos devem subordinar-se ao regime do n.º 1 do artigo 43.º do Código do IRC.

É sabido que, atento o elemento de permanência do crédito que caracteriza os suprimentos ⁽⁵³⁾, estes podem ser considerados como se tratassem de uma “imobilização financeira”. Na prática, tal elemento de permanência é visível quer por se *i)* tratarem de empréstimos dos sócios que desempenham a função de substituição de capital pró-

⁽⁵⁰⁾ Contribuíram decididamente para esta perspectiva os trabalhos de Saldanha SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, Lex, 1998 (*maxime*, pp. 200 e ss. e 254-257), Tomás de Castro TAVARES, “Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos”, *CTF* 396 (1999), *maxime*, pp. 111 e ss., e António Moura PORTUGAL, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2004 (*maxime*, pp. 295-298).

⁽⁵¹⁾ Saldanha SANCHES, *Os Limites...*, p. 216.

⁽⁵²⁾ Por exemplo, a venda quase simultânea dos suprimentos, com o conseqüente apuramento de uma perda, e da participação social.

⁽⁵³⁾ Cujo regime comercial encontra-se regulado nos artigos 243.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

prio, quer por *ii*) constituírem fundos responsáveis pelas dívidas sociais, só podendo ser restituídos aos sócios depois de satisfeitas todas as dívidas sociais ⁽⁵⁴⁾.

Sendo assim, importa ter em consideração a limitação prevista no n.º 3 do artigo 42.º do Código do IRC, segundo o qual a diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital concorre em apenas metade do seu valor. De facto, na realização de uma menos-valia é determinante apurar se esta resulta da transmissão onerosa de partes de capital. Se tal suceder aplica-se a mencionada limitação dos 50% da diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias.

As alterações decorrentes do Orçamento do Estado para o ano de 2006 ⁽⁵⁵⁾ vieram alargar o âmbito de aplicação da limitação referida no parágrafo anterior às transmissões onerosas de “*outras componentes do capital próprio*” ⁽⁵⁶⁾.

A questão que se coloca é saber se a alteração acima descrita foi introduzida com o fim de limitar a concorrência de uma menos-valia resultante da alienação de suprimentos para a formação do lucro tributável. A nosso ver, a melhor interpretação da norma conduz a uma resposta negativa. Em primeiro lugar, porque temos por assente que o capital próprio ⁽⁵⁷⁾ de uma sociedade é formado pelo *i*) respectivo capital social, *ii*) pelas reservas (legais, estatutárias, livres, ocultas ou de reavaliação), *iii*) pelos lucros transferidos de exercícios anteriores, *iv*) pelo lucro do próprio exercício em causa, e *v*) pelas prestações suplementares e prestações acessórias dos sócios.

Como se vê da enumeração acima descrita, os suprimentos não fazem parte do núcleo que geralmente entendido como essencial para a definição de capital próprio de uma sociedade ⁽⁵⁸⁾.

Depois, importa interpretar a norma do n.º 3 do artigo 42.º do Código do IRC à luz

⁽⁵⁴⁾ Artigo 245.º, n.º 3, alínea *a*), do CSC.

⁽⁵⁵⁾ Vide n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro.

⁽⁵⁶⁾ O n.º 3 do artigo 42.º do Código do IRC passa a dispor que: «*A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital, bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares, concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor*» (sublinhado nosso na parte acrescentada ao artigo).

⁽⁵⁷⁾ Curiosamente, enquanto a lei comercial não se refere expressamente ao capital próprio, já a lei fiscal vem estabelecer quanto à limitação de subcapitalização que, para efeitos de capital próprio, «*(...) adiciona-se o capital subscrito e realizado com as demais rubricas como tal qualificadas pela regulamentação contabilística em vigor, excepto as que traduzem mais-valias ou menos valias potenciais ou latentes (...)*». — *cit.* artigo 61.º, n.º 5, do Código do IRC.

⁽⁵⁸⁾ Não concordamos, assim, com Alexandre Mota PINTO que reconduz os suprimentos a um conceito jurídico-material de “capital quase-próprio”. Trata-se de uma linha de argumentação segundo a qual a perspectiva contabilística dos suprimentos — considerá-los inscritos no passivo da sociedade — não apreende a sua verdadeira natureza jurídica. Ao invés, defende-se que a natureza dos suprimentos está mais próxima do capital próprio. Neste sentido, v. Alexandre Mota PINTO, *Do Contrato de Suprimento: O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 255 e ss. Não encontramos, todavia, qualquer consagração legal directa que suporte esta posição.

do tratamento tributário da menos-valia resultante da alienação de suprimentos por uma sociedade SGPS. É que o artigo 31.º do EBF — relativo ao regime aplicável às SGPS — não introduz qualquer restrição ao apuramento de menos-valias resultado da alienação de suprimentos, mas tão-somente em relação a transmissões de partes de capital.

E se assim é em relação às SGPS (sujeitas, pela sua natureza, a um apertado regime na dedução de menos-valias) não se vislumbram razões para o mesmo regime (dedução de 100% da perda apurada com a alienação de suprimentos) não se aplique às restantes sociedades.

Acabámos de estudar mais um caso onde surgem incertezas na aplicação da lei fiscal, desta feita agravadas pela utilização do conceito “capital próprio”. É mais uma zona onde o texto normativo deve servir de ponto de partida para a doutrina da Administração e para a decisão dos Tribunais.

3.4 — Limites ao planeamento fiscal nas fusões e cisões: o n.º 10 do artigo 67.º do Código do IRC

Terminamos este texto com uma breve análise aos limites ao planeamento fiscal em sede de fusões e cisões. Como é sabido, as operações de fusão e cisão podem ter, no plano fiscal, diferentes implicações quer para as sociedades, quer para os seus sócios e em domínios que vão dos impostos sobre o rendimento (*eg.*, seja em sede de mais-valias ou menos-valias e de perdas ou ganhos seja em relação aos prejuízos fiscais e à sua possibilidade de transmissão e reporte), aos impostos sobre o património (*eg.*, IMT, e IS) e mesmo sobre o consumo (*eg.*, IVA) ⁽⁵⁹⁾.

No contexto do Código do IRC, as operações de fusões e cisões têm um lugar de destaque. Tratando-se de operações com natureza predominantemente comercial, o legislador fiscal regulou, com relativo detalhe, o regime aplicável tanto às sociedades fundidas/cindidas como aos sócios. Naturalmente, a inserção de cláusulas anti-abuso específicas não foi negligenciada e teve, como já referimos, “mão” comunitária ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Francisco de Sousa da CÂMARA, “Aspectos Contabilísticos...”, p. 4.

⁽⁶⁰⁾ O “Regime Especial aplicável às Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Partes Sociais” encontra-se regulado nos artigos 67.º e segs. do Código do IRC. Não tendo sido inicialmente pensado para o Código do IRC, este regime seria introduzido na sequência da transposição da Directiva 90/434/CEE em 1991. É um regime que prevê uma lógica de neutralidade fiscal que implica a transferência de activos e passivos das sociedades pelo seu valor contabilístico, a par de outras restrições. Desta forma, na determinação do lucro tributável das sociedades fundidas, no caso da entrada de activos, não é considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais em consequência da fusão, nem são consideradas como proveitos ou ganhos as provisões constituídas e aceites para efeitos fiscais que respeitem aos créditos, existências e obrigações e encargos objecto de transferência. Também no que respeita aos sócios das sociedades fundidas, não existe lugar ao apuramento de ganhos ou de perdas para efeitos fiscais em consequência da fusão, desde que — como deverá suceder — seja mantida na contabilidade destes quanto às novas participações o valor pelo qual as antigas se encontravam registadas. O que temos em suma é o adiamento, até à sua realização efectiva, da tributação das mais-valias ou da relevância das menos-valias relativas aos bens transmitidos, garantindo, porém, a sua tributação ou relevância posterior, no momento da realização. Para mais desenvolvimento, v. H. Freitas

No que respeita ao regime das fusões e cisões, a norma anti-abuso por excelência encontra-se no n.º 10 do artigo 67.º do Código do IRC, pela qual a aplicabilidade do regime especial de neutralidade ⁽⁶¹⁾ pode ser negada pela Administração fiscal quando esta considera que uma determinada fusão não foi realizada por razões economicamente válidas ⁽⁶²⁾. Nestas situações, presume-se que o objectivo principal da operação foi a evasão fiscal.

Trata-se de uma norma fortemente caracterizada pelo seu escopo anti-abusivo, a sua aplicação é destinada às operações que “*tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal*”. Uma previsão legal deste tipo só se compreende pelo facto do legislador (comunitário) considerar operações de fusão e cisão como uma zona de risco no que toca à evitação fiscal ⁽⁶³⁾. Da letra da norma é possível descortinar duas características de qualquer cláusula geral anti-abuso: o “meio artificioso” e a inexistência de um “motivo económico válido”. Esta segunda característica encontra-se expressa na lei, enquanto que a primeira se torna visível ao definirmos o carácter “artificial” como a falta de lógica e de coerência relativamente a um negócio associada a consequências económicas ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾.

PEREIRA, “A Directiva Comunitária Relativa ao Regime Fiscal Comum Aplicável a Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Acções”, in *Fisco* 47 (*maxime*, pp. 4-10).

⁽⁶¹⁾ O regime regra — particularmente o constante no artigo 43.º, n.º 3, alínea *d*), do Código do IRC — mantém a sua aplicação quando não se recorre ao regime especial da neutralidade fiscal prevista nos artigos 67.º e segs. Aquele regime regra implica o não deferimento no apuramento de resultados derivados da transferência dos elementos patrimoniais.

⁽⁶²⁾ Dispõe o n.º 10 do artigo 67.º do Código do IRC que: “*O regime especial estabelecido não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam...*” (sublinhado nosso). Sobre a natureza jurídica do regime da neutralidade fiscal das fusões, v. Carlos Batista LOBO, “Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural?”, *Fiscalidade*, n.ºs 26/27 (2006), pp. 29-61.

⁽⁶³⁾ Saldanha SANCHES, *Limites...*, p. 199.

⁽⁶⁴⁾ Trata-se, no fundo, de um teste sobre a *forma* de um determinado negócio. A legislação nacional refere-se a meios “artificiosos” ou “fraudulentos”; a legislação espanhola também utiliza a expressão “artificial” acrescida de “imprópria”, a lei australiana refere-se a “negócios notoriamente artificiais ou fingidos”. O que nos parece ser de evitar é a utilização de conceitos relativos, como sejam “meios não usuais”, “não próprios” ou mesmo “não adequados”. Mas não basta a previsão do *meio*. Nas persuasivas palavras de Menezes CORDEIRO: “*se se proíbe o resultado também se proíbem os meios indirectos para lá chegar, se se proíbe apenas um meio — sem dúvida por se apresentar perigoso ou insidioso — fica aberta a possibilidade de recorrer a outras vias que a lei não proíba*” (*cit.* “Notas Breves sobre Fraude à Lei”, in *Estudos, XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993, p. 123). Por isso exige-se, na generalidade das jurisdições, um teste da *substância*, através do qual se questiona a existência de razões económicas/comerciais válidas para a realização de um determinado negócio.

⁽⁶⁵⁾ Sobre a evolução do direito fiscal britânico a partir da decisão *Duke of Westminster* até elementos em comum das normas gerais anti-abuso, v. Gustavo Lopes COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 31-37.

No que respeita aos prejuízos fiscais, estes apenas são transferíveis nas (cada vez mais) apertadas condições do artigo 69.º do Código do IRC, mediante autorização concedida pelo Ministro das Finanças. Acresce, que a referida autorização depende de requerimento elaborado pelos interessados nos quais é exigida divulgação (*disclosure*) de toda a operação ⁽⁶⁶⁾.

E será possível o apuramento de menos-valias ou perdas pela sociedade beneficiária numa operação de fusão entre sociedades de um mesmo grupo? Nos casos de operações com recurso ao regime da neutralidade a resposta é clara, pois é a própria natureza neutral da operação a obstar a tal apuramento ⁽⁶⁷⁾. Nos casos em que não existe recurso ao regime da neutralidade importa atender ao regime do artigo 23.º do Código do IRC, com a ressalva que já observámos (*supra* 3.2.2.).

4 — CONCLUSÕES

I. Existe um conjunto significativo de directivas comunitárias em matérias tributárias cujas disposições prevêm eventuais situações de abuso. Tais disposições visam compelir os Estados-Membros a estabelecerem as bases para a introdução de medidas nacionais que previnam situações de abuso do direito comunitário.

II. O TJCE tem vindo a defender, de forma simultânea, o combate à evasão fiscal como um fundamento de “interesse geral” (e, por isso, aceite pelo direito comunitário), bem como a confrontação das disposições normativas nacionais que colidam com as liberdades comunitárias fundamentais.

III. No plano nacional, a par das normas para impedir a evitação fiscal internacional, outras incidem sobre operações que não são necessariamente transfronteiriças.

IV. É hoje assente, na mais recente doutrina, que algumas disposições da lei fiscal nacional — *maxime* normas anti-abuso específicas — podem conduzir, se interpretadas de forma literal ou contraditória em relação ao regime material onde estão inseridas — a resultados inaceitáveis e desajustados.

V. Inaceitáveis, por vezes, por contrariarem de forma injustificada, o princípio da tributação do lucro real. Desajustadas, outras vezes, por constituírem medidas anti-sistemáticas e vocacionadas para a integral, imediata e irreversível desconsideração dos resultados de certas operações.

VI. A limitação dos prejuízos prevista no n.º 8 *in fine* do artigo 47.º do Código do IRC conduz a resultados questionáveis se aplicada em operações através das quais se transmite uma participação social entre duas sociedades detidas pelo mesmo accio-

⁽⁶⁶⁾ Os elementos cuja divulgação é necessária encontram-se indicados na Circular 7/2005 da DS do IRC.

⁽⁶⁷⁾ Aliás, o regime do n.º 6 do artigo 68.º do Código do IRC dispõe que, quando a sociedade beneficiária detém uma participação no capital da sociedade fundida, não concorre para a formação do lucro tributável a menos-valia eventualmente resultante da anulação das partes de capital detidas naquelas sociedades em consequência da fusão

nista. É uma posição que resulta do facto da titularidade económica se manter, pelo que não se justifica a aplicação literal do preceito.

VII. A limitação dos prejuízos prevista no n.º 8 *in fine* do artigo 47.º do Código do IRC demonstra ter uma aplicação prática anti-abusiva exígua, pelo que deveria ser repensada à luz de um princípio de adequação aos fins a que se propõe.

VIII. O desenvolvimento das trocas entre empresas relacionadas e a inépcia dos serviços fiscais do Estado não pode fomentar o surgimento de normas anti-abuso de aplicação automáticas, das quais é exemplo o n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC. Trata-se de uma norma cuja adequação — tendo em consideração o fim a que se propõe e perante a vigência do regime do artigo 58.º do Código do IRC — pode ser posta em causa.

IX. O n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC não parece cumprir com o princípio constitucional da tributação do lucro real ao impedir a dedução de um custo com a transmissão de uma participação entre entidades especialmente relacionadas sempre que o preço praticado corresponda ao “preço de mercado”, como seja o caso de acções alienadas pelo valor da sua cotação em mercado bolsista regulamentado.

X. No caso de uma fusão, fora do regime especial da neutralidade, entre uma sociedade afiliada e a sociedade-mãe que a detém a 100%, discute-se a (não) aplicação do n.º 7 do artigo 23.º do Código do IRC a eventuais perdas na esfera da sociedade-mãe. É que, neste tipo de fusão, não ocorre uma pura transmissão de partes sociais, mas sim uma operação pela qual se anula partes sociais em consequência da fusão.

XI. Na alienação de suprimentos poder-se-á verificar a existência de uma perda resultante do facto do valor praticado ser inferior ao seu valor nominal. Neste caso, a Administração fiscal poderá desconsiderar a perda decorrente da venda dos suprimentos abaixo do valor nominal exigindo-se, no entanto, para tal a fundamentação sobre a intenção do contribuinte como condição para a desconsideração daquela perda.

XII. Acresce à conclusão imediatamente anterior, que, a nosso ver, a referida perda, não deverá estar sujeita ao regime fiscal das menos-valias nos termos do n.º 2 do artigo 43.º do Código do IRC. São apontados dois argumentos em defesa deste entendimento: *i*) argumento literal — o facto dos suprimentos não constituírem parte do capital próprio; e *ii*) argumento sistemático — o regime das menos-valias aplicável às sociedades SGPS não introduz qualquer restrição ao apuramento de menos-valias resultado da alienação de suprimentos, pelo que tal restrição não parece fazer sentido nas sociedades que não são SGPS.

XIII. A norma do n.º 10 do artigo 67.º do Código do IRC é fortemente caracterizada pelo seu escopo anti-abusivo, o que se compreende pelo facto do legislador (comunitário) considerar operações de fusão e cisão como uma zona de risco no que toca à evitação fiscal.