

Composição e impressão



Coimbra Editora

ISBN 978-972-32-1720-9

Depósito Legal n.º 294 455/2009

Agosto de 2009

PREFÁCIO

Reestruturação de empresas, direitos e abusos

A reestruturação de empresas — fusões, cisões, destaques de activos ou meras aquisições e alienações — constitui simultaneamente uma necessidade permanente (adaptação a novas circunstâncias, crescimento por absorção, destaque de sectores que não devem continuar na mesma organização) e uma fonte potencial de comportamentos ilícitos ou abusivos de diversos tipos. Em primeira linha, incumprimentos de natureza comercial: a amputação de uma sociedade com destaque de alguns dos seus activos mais rentáveis pode criar uma lesão séria aos interesses legítimos dos credores (as cautelas da lei comercial em relação às fusões e cisões reflectem esta possibilidade). No Direito Fiscal, as questões são, naturalmente, outras: nas formas tradicionais de tributação que tardam a desaparecer (como o Imposto sobre Transmissões Onerosas de Imóveis ou o Imposto do Selo), a tributação destas operações cria um caso exemplar de *excess burden*. Se a mudança da estrutura jurídica das empresas sofre uma pesada tributação (com um encargo fiscal que deve ser pago independentemente da existência de lucros), temos um forte incentivo para que a operação não seja feita. Há *excess burden*, porque, no limite, a tributação inviabiliza a operação (com os consequentes prejuízos para a optimização das formas de organização das empresas) — e isto sem que, ainda por cima, haja qualquer receita para o Estado.

Os remédios contra estes efeitos secundários são conhecidos: a Directiva sobre os impostos indirectos sobre a reunião de capitais (Directiva 69/335/CEE), que conduziu a profundas mudanças no sistema português de financiamento da justiça, do notariado e dos registos, foi um desses remédios. Contudo, não são apenas os impostos indirectos tradicionais que criam obstáculos às reestruturações. Na tributação do rendimento, há uma opção sistémica pela não-tributação das mais-valias

latentes, o que faz com que, no momento da alienação de bens detidos de forma duradoura pela empresa (no seu activo imobilizado, como se dizia na terminologia pré IFRS), as mais-valias realizadas sejam tributadas. Ora, como há uma equivalência jurídica entre a mudança de forma societária (um novo ente societário sucede nos direitos e obrigações da sociedade fundida ou cindida) e a alienação destes activos, a cisão ou a fusão conduzem à realização de mais-valias, mesmo quando tudo é realizado através da mera troca de títulos — sem que haja liquidez, em suma.

A resposta para este obstáculo fiscal está na criação de regras de neutralidade para as fusões-cisões: primeiro, internamente (o Código do IRC na sua versão original de 1988 já as continha) e, depois, com a Directiva fusões cisões (Directiva 90/434/CEE).

Em ambos os regimes, o ponto essencial é o mesmo: se os sujeitos passivos quiserem evitar uma oneração fiscal provocada pela tributação das mais-valias latentes (o que pressupõe que estas existam), devem optar pelo regime de neutralidade fiscal para estas operações. Isto significa que estamos numa daquelas situações excepcionais em que a vontade do sujeito passivo é relevante para a determinação da carga fiscal que vai suportar, ou seja, estamos perante um caso em que o ordenamento jurídico tributário impõe ao sujeito passivo o ónus do planeamento fiscal. A reestruturação de empresas tem uma fortíssima componente de planeamento fiscal, pois nenhuma operação pode ser concretizada sem que se ponderem as suas consequências fiscais e, como vamos ter quase sempre diversas alternativas, uma escolha tem de ser feita (o que é cabalmente analisado, de um ponto de vista económico, em ANTÓNIO MARTINS, *A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturar: uma Perspectiva Financeira*).

A licitude e legitimidade do planeamento fiscal nestas circunstâncias estão, assim, acima de qualquer controvérsia: o planeamento é imposto pelo sistema ao sujeito passivo que vai suportar graves desvantagens se não realizar as escolhas e opções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico tributário.

A primeira escolha — a sociedade prefere renunciar a qualquer reestruturação — é também ela resultado de uma forma de planeamento fiscal, forma essa que não pode ser posta em causa em qualquer circunstância, porque constitui uma mera omissão de agir. Dado o custo

fiscal da operação, esta não vai ser feita. Mas, a hipótese da neutralidade fiscal transforma aquela primeira escolha numa decisão de agir, e o direito de escolher e de optar pelo regime mais favorável que é criado pelo legislador é também ele incontroverso.

No entanto, os problemas não acabam aqui e não é pelo facto de existir *prima facie* um direito ao planeamento directamente atribuído pelo legislador que o exercício desse mesmo direito deixa de levantar problemas. A reestruturação de empresas — que pode ser, como vimos, uma forma de defraudar direitos de terceiros — pode ser também uma forma de, abusivamente, reduzir a obrigação fiscal. Por esta razão, a Directiva fusões-cisões contém no seu artigo 11.º uma habilitação específica aos Estados-Membros para que estes recusem a aplicação do regime contido na Directiva aos casos em que o principal objectivo do contribuinte seja a fraude ou a evitação fiscais. Esta é uma cláusula geral, cuja aplicação deverá ser objecto de fundamentação por parte da Administração fiscal, mas que constitui um limite ao direito de realizar uma reestruturação em regime de neutralidade fiscal — tal como existe, em termos mais gerais, um limite ao direito de reestruturar (os vários problemas deste regime são analisados criticamente em FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, *As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-Abuso Prevista no Artigo 67.º/10 do CIRC*).

Por isso, também a Directiva tem uma formulação que procura evitar que, mediante a deslocação criada pela fusão ou cisão, o Estado da fonte ou da residência fique impedido de exercer os seus poderes tributários. O direito de modificar a forma jurídica pela qual se exerce uma determinada actividade empresarial cria, naturalmente, uma zona de risco para o controlo tributário, surgindo aqui o derradeiro problema: se o exercício de um direito em si mesmo incontestável constitui uma zona de risco para o controlo fiscal e vai por isso ser sujeito a medidas limitadoras — a norma anti-abuso contida na directiva fusões-cisões e que não encontramos em outras directivas é o melhor sintoma deste risco —, quais serão os limites que vamos encontrar no ordenamento jurídico tributário para o exercício desses mesmos direitos? (Sobre estes limites dos limites, debruçamo-nos em J. L. SALDANHA SANCHES, *As Duas Constituições — nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-abuso*).

A recusa da atribuição do regime de neutralidade fiscal a uma operação quando a Administração fiscal demonstre que a intenção do sujeito

passivo era a exploração abusiva do regime é hoje, pelo menos para quem aceite as linhas fundamentais da jurisprudência do TJCE, uma questão pacífica. O mesmo não sucede com as numerosas normas com que o legislador português, dispensando-se dos deveres de fundamentação que acompanham a aplicação de uma cláusula geral anti-abuso, procura impedir ou inviabilizar certas operações. Que elas se situam em zonas de risco onde há dificuldades objectivas de controlo, não temos qualquer dúvida. Que para a Administração fiscal não é fácil o cumprimento do dever de fundamentação reforçada que acompanha a aplicação da cláusula geral anti-abuso, também não nos merece dúvidas. O problema reside, como tem salientado o TJCE e de forma menos incisiva o Tribunal Constitucional, na admissibilidade da aplicação de normas que recusam certas operações e que pela sua própria natureza ignoram as razões do comportamento do sujeito passivo, não permitindo distinguir entre as operações cuja motivação é apenas a redução ou eliminação da carga fiscal (como o demonstra, para além de uma análise crítica de outros problemas do regime actual, MANUELA DURO TEIXEIRA em *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal — Algumas Notas*).

Encontramos, por isso, uma série de normas que restringem a portabilidade dos prejuízos fiscais (o que é analisado no texto de MANUEL ANSELMO TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais*) e ainda restrições colocadas à transmissibilidade de participações sociais através da errónea quantificação de menos e mais-valias em casos de coberturas de prejuízos, ou pela simples determinação da indedutibilidade de menos-valias ao abrigo do artigo 23.º, n.º 1 (como é descrito em JOÃO TABORDA DA GAMA, *Cobertura de Prejuízos, Valor da Participação Social e Dedutibilidade de Menos-valias*). É também nesta sede que é importante retomar temas gerais tão importantes como a dedutibilidade de custos (o que é feito por MANUEL MALHEIROS / MIGUEL PATRÍCIO, *A Qualificação e o Ónus da Prova no Regime da Dedutibilidade dos Custos Fiscais*, e por ANTÓNIO MOURA PORTUGAL, *A Dedutibilidade dos Custos na Recente Jurisprudência Fiscal*).

Tudo isto são os problemas de construção e de aplicação das normas anti-abuso que ocupam um espaço cada vez maior no nosso ordenamento jurídico tributário: elas constituem, e vão continuar a constituir, uma das questões centrais do ordenamento jurídico tributário dos nos-

so dias, pese embora os claros defeitos que já encerram, com uma duvidosa legitimação constitucional e um claro conflito com o Direito Internacional Fiscal (como demonstra GUSTAVO LOPES COURINHA, “*O artigo 23.º/7 do CIRC, a Constituição e o regime de preços de transferência das Convenções sobre Dupla Tributação*”).

São muitos os problemas levantados pelas normas que visam limitar o planeamento fiscal no campo da reestruturação de empresas; são normas que convidam a uma discussão séria da sua metodologia, como se procurou fazer na Conferência *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, organizada pela Revista Fiscalidade, pela Associação Portuguesa de Consultores Fiscais e pela Jurisnova, que teve lugar na Universidade Nova de Lisboa, em 14 de Fevereiro de 2008 e que aqui damos conta.

Lisboa, Dezembro de 2008

J. L. Saldanha Sanches (Director da Fiscalidade)

Francisco de Sousa da Câmara (Presidente da Associação Portuguesa de Consultores Fiscais)

João Taborda da Gama (Director Executivo da Fiscalidade)