

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O Tratamento dos Prejuízos Fiscais:
Numa Perspectiva do Direito da União Europeia e do
Direito Nacional

Marina Sofia Marques Mendes

Dissertação de Mestrado em Direito
Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Económicas
Área de Especialização: Direito Fiscal

2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O Tratamento dos Prejuízos Fiscais:
Numa Perspectiva do Direito da União Europeia e do
Direito Nacional

Marina Sofia Marques Mendes

Dissertação de Mestrado Orientada pela
Prof.^a Dra. Ana Paula do Valle-Frias Madureira Piedade Dourado

Dissertação de Mestrado em Direito
Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Económicas
Área de Especialização: Direito Fiscal

2013

*À minha família e amigos
pelo apoio e compreensão*

RESUMO

O tema dos prejuízos fiscais assume larga importância em matéria de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas. Resulta da necessidade de instituir uma periodização do lucro tributável, o que não permite, sem a possibilidade de dedução de prejuízos fiscais, atender ao lucro real e nessa medida proceder à tributação de acordo com a capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

O presente estudo visa de uma forma abrangente analisar o tratamento a que os prejuízos fiscais se encontram sujeitos, quer ao nível do sistema fiscal nacional, quer ao nível do direito da UE.

A tributação directa não é matéria harmonizada, pelo que a questão da admissibilidade da dedução de prejuízos fiscais quando uma sociedade, ou um grupo de sociedades, decide exercer a sua liberdade de estabelecimento levanta diversas questões. Estas questões têm vindo a ser analisadas pelo TJUE e, nessa medida, iremos estudar as decisões proferidas, bem como as ilações que daí se retiram.

Ao nível do nosso ordenamento jurídico, o regime geral encontra-se estipulado no artigo 52º do CIRC, e aplica-se às sociedades individualmente consideradas, determinando a forma e em que medida é que o reporte de prejuízos para a frente é admissível.

Encontramos ainda relativamente ao regime dos grupos de sociedades, um regime específico de transmissibilidade de prejuízos fiscais, estipulado no artigo 71º do CIRC, e ao nível das operações de fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais, um outro regime específico, no artigo 75º do CIRC. Apesar da especificidade, quer um quer outro, são lidos em conjugação com o regime geral.

Palavras-chave: Prejuízos Fiscais, Liberdade de Estabelecimento, Grupos de Sociedades, Reporte de Prejuízos, Razões Económicas Válidas.

ABSTRACT

The issue of tax losses is of great importance with regard to Corporate Income Tax. It results from the need to assess tax profits in separate fiscal years which, without the deductibility of tax losses, does not allow to meet the net profit and therefore the taxation in accordance with the fiscal capacity of the taxable persons.

In a comprehensive manner, this study aims to examine the processing which tax losses are subject to both by the national tax system and the EU law.

There is no harmonised approach to the matter of direct taxation. For this reason, the issue of the admissibility of the deductibility of tax losses raises several questions when a company or groups of companies exercise their freedom of establishment. These questions have been examined by the CJEU and, in that respect, we will study the decisions rendered as well as lessons learned.

In terms of our legal system, the general regime is laid down in Article 52° of the Corporate Income Tax Code (CIRC) and it applies to individual companies determining how and to what extent the loss carry-forward is admissible.

Additionally, regarding the regime for groups of companies there is a specific regime of transferability of tax losses laid down in Article 71° of the Corporate Income Tax Code (CIRC), and in relation to operations of mergers, de-mergers, transfer of assets and exchanges of shares there is also other specific regime laid down in Article 75° of the Corporate Income Tax Code (CIRC). Despite their specificity both are read in conjunction with the general regime.

Keywords: Tax losses, Freedom of Establishment, Group of Companies, Loss Carry-Over, Valid Commercial Reasons,.

Advertências

O presente estudo encontra-se redigido de acordo com as regras tradicionais da Língua Portuguesa, não tendo sido adoptado o novo Acordo Ortográfico celebrado pelos países que compõem a CPLP (Comunidade de Países de Língua Portuguesa), salvo quando são feitas citações de obras e/ou legislação em que se adopte essas novas regras.

Todas as hiperligações que são indicadas no presente estudo encontravam-se activas e a funcionar à data em que o mesmo foi concluído.

A jurisprudência portuguesa consultada e referida encontra-se disponível em <http://www.dgsi.pt>.

A jurisprudência europeia, onde se inclui as respectivas Conclusões dos Advogados Gerais, consultada e referida encontra-se disponível em <http://curia.europa.eu>.

Lisboa, Outubro de 2013.

Abreviaturas

al. – alínea

art. – artigo

arts. – artigos

CCCTB/ MCCCIS - Common Consolidated Corporate Tax Base /Matéria Colectável
Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades

CE – Comissão Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

cit. - citada(o)

CPLP – Comunidade de Países de Língua Portuguesa

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

nº – número

OCDE / OECD - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico /
Organisation for Economic Co-operation and Development

pág. – página

págs. – páginas

PIB – Produto Interno Bruto

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE / CJEU – Tribunal de Justiça da União Europeia / Court of Justice of the
European Union

UE – União Europeia

V. – Ver

Vol. – volume

vs. – *versus*

Modo de Citação

Ao longo do presente estudo, as obras encontram-se citadas pela seguinte ordem: (i) o nome do autor; (ii) o título da obra completo; (iii) o número do volume, caso exista; (iv) o número da edição, quando houver mais do que uma; (v) o nome da editora; (vi) o ano da publicação; e (vii) o número de página ou de páginas e respectiva nota, caso seja de referir.

A primeira citação será efectuada de forma completa com todos estes elementos que existam, encontrando-se as subsequentes efectuadas de forma abreviada, através da referência apenas (i) ao último nome do autor; (ii) ao título da obra parcial; (iii) o número de página ou de páginas e respectiva nota, caso seja de referir; e (iv) a indicação da nota de rodapé onde se encontra a citação completa.

No caso particular das publicações periódicas a ordem da citação decorre da seguinte forma: (i) o nome do autor; (ii) o título da obra completo; (iii) o nome completo da revista (iv) número ou volume; (v) a indicação do ponto, caso exista; (vi) mês e ano da publicação; (vii) indicação das páginas a que a obra corresponde na publicação periódica; e (viii) o número de página ou páginas e respectiva nota, caso seja de referir.

A primeira citação será efectuada de forma completa com todos estes elementos que existam, encontrando-se as subsequentes efectuadas de forma abreviada, através da referência apenas (i) ao último nome do autor; (ii) ao título da obra parcial; (iii) o número de página ou de páginas e respectiva nota, caso seja de referir; e (iv) a indicação da nota de rodapé onde se encontra a citação completa.

Caso se verifique numa mesma nota mais do que uma referência bibliográfica, primeiro será indicada a bibliografia nacional e posteriormente a bibliografia estrangeira.

As decisões jurisprudenciais portuguesas citam-se da seguinte forma: (i) o nome do tribunal que proferiu a decisão; (ii) o número do processo e (iii) a data. Face ao número reduzido de elementos, em todas as referências indicar-se-á referência completa, por forma a que se efectue a correcta identificação da mesma.

As decisões jurisprudências do TJUE encontram-se citadas da seguinte forma: (i) data do acórdão; (ii) as partes que se encontram em oposição e (iii) identificação do processo.

A primeira citação será efectuada de forma completa com todos estes elementos que existam, encontrando-se as subsequentes efectuadas de forma abreviada, indicando apenas: (i) o parágrafo do acórdão que se encontra em análise, se for o caso; (ii) a

indicação do nome de uma das partes, nome pelo qual o acórdão é normalmente identificado; e (iii) a indicação da nota de rodapé onde se encontra a citação completa.

As transcrições de doutrina encontram-se efectuadas na sua língua original, por forma a não se perder o seu conteúdo através da tradução.

Por fim, a jurisprudência citada encontra-se no final do presente estudo, dividida em jurisprudência do TJUE, conclusões dos Advogados Gerais, jurisprudência do STA, jurisprudência do TCAS e jurisprudência do TC.

Na bibliografia, os autores encontram-se ordenados por ordem alfabética do último nome.

Sumário

Introdução

- Importância do Tema
- Metodologia Adoptada

Capítulo I – Prejuízos Fiscais, Conceito e Enquadramento

1. Conceito e Justificação
2. Modalidades
 - 2.1. O Reporte de Prejuízos para Trás (*loss carry-back*)
 - 2.2. O Reporte de Prejuízos para a Frente (*loss carry-forward*)
3. A Admissibilidade de Dedução
 - 3.1. Dentro da Mesma Sociedade
 - 3.2. Dentro de um Grupo de Sociedades
 - 3.3. No Âmbito de Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções
4. Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo Envolvendo Prejuízos Fiscais
 - 4.1. Áreas de Maior Risco
 - 4.2. Alguns Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo

Capítulo II – Análise Jurisprudencial do TJUE

1. Harmonização e Actuação do TJUE
2. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de um Grupo de Sociedades
 - 2.1. Primeira Abordagem
 - 2.2. Um Ponto de Viragem?
 - 2.2.1. Justificações Admitidas
 - 2.2.2 Proporcionalidade
 - 2.3. Desenvolvimentos Posteriores
 - 2.3.1. Perdas Apuradas com a Filial
 - 2.3.2. Transferência de Lucros
 - 2.3.3. Aplicação do Regime de Grupos

3. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de uma Sociedade Individualmente Considerada

3.1. Primeiro Momento de Análise

3.2. Segundo Momento de Análise

3.2.1. Perdas Apuradas com o Estabelecimento Estável

3.2.2. Dedução de Prejuízos Fiscais do Estabelecimento Estável

4. O Caso Específico da Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais nas Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções

4.1. Fora do Âmbito de Aplicação da Directiva Fusões

4.2. Operações Internas Apreciadas à Luz do Direito da UE

5. Considerações

5.1. Quando é que os Prejuízos Fiscais Podem ser Utilizados

5.1.1. As Diferentes Regras Quanto ao Cálculo dos Prejuízos

5.1.2. Obstáculos não Discriminatórios

5.2. A Quem Cabe o Ónus da Prova?

5.3. Coerência do Sistema Fiscal

Capítulo III – O Regime Português

1. Considerações Iniciais

2. Dedução de Prejuízos Fiscais Apurados na Esfera do Mesmo Sujeito Passivo Contabilizados Noutros Períodos de Tributação

2.1 Limite Temporal do Reporte de Prejuízos Fiscais

2.1.1. Pertinência do Prazo Estipulado

2.1.2. O Momento da Dedução

2.2 Ilimitação Materia

2.3. Medidas Antiabuso

2.3.1. Alteração da Natureza da Actividade

2.3.2. Alteração do Objecto Social

2.3.3. Alteração da Titularidade

2.3.4. Autorização pelo Ministro das Finanças

2.4. Outras Limitações

3. Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades

3.1. Constituição de um Grupo de Sociedades

- 3.2. Particularidades do Regime
 - 3.2.1. Limitação Temporal
 - 3.2.2. Ilimitação Material
 - 3.2.3 Normas Antiabuso
- 3.3. Outros Pontos do Regime
- 4. Regime Especial Aplicável às Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Partes Sociais
 - 4.1. Regime
 - 4.2. Os Conceitos Indeterminados
 - 4.3. Plano Específico de Dedução de Prejuízos Fiscais
 - 4.4. A Compatibilidade do Regime Português com o Direito da UE
 - 4.4.1. O Conceito de Razões Económicas Válidas
 - Análise Casuística e Proporcionalidade
 - 4.4.2. Perspectiva a ter em Conta na Determinação das Razões Económicas Válidas

Conclusão

Jurisprudência Citada

Bibliografia Citada

Introdução

Importância do Tema

A presente dissertação debruçasse sobre o tratamento que é dado aos prejuízos fiscais, no âmbito do Direito da UE e no âmbito do Direito nacional.

A opção por este tema decorreu das diversas alterações que, nos últimos anos, se verificaram ao nível do prazo de reporte dos prejuízos fiscais. As questões levantadas pelas sucessivas alterações ao artigo 52º do CIRC, juntamente com as conclusões do TJUE no acórdão *Marks & Spencer*¹ e consequente evolução jurisprudencial, chamaram a nossa atenção e instigaram-nos curiosidade sobre o assunto.

Assim, efectuámos um primeiro estudo que se debruçava sobre o *acórdão Marks & Spencer* e a evolução jurisprudencial que após este teve lugar². No entanto, este estudo abrangia apenas o Direito da UE, pelo que, mantendo-se o interesse pelo assunto e desejando aprofundar os nossos conhecimentos sobre o mesmo, decidimos efectuar o presente estudo.

Os prejuízos fiscais assumem uma importância premente nos dias que correm, em razão da situação económica que os Estados e as sociedades enfrentam, encontrando-se muitas sociedades a par com resultados deficitários e os Estados a necessitar de receitas.

Uma sociedade não é uma realidade estanque, os seus resultados não são passíveis de ser contabilizados e autonomizados em períodos tributários, contudo a tributação das sociedades deve incidir sobre o seu lucro real.

Uma vez que o ciclo empresarial é uma realidade contínua, é decisivo para a determinação da verdadeira capacidade contributiva do sujeito passivo o reporte de prejuízos fiscais, colmatando a necessidade de proceder à periodização do lucro tributável.

Resulta do exposto que os prejuízos fiscais são uma consequência da periodização do lucro tributável, sendo essencial a existência de mecanismos de reporte de prejuízos

¹ Acórdão de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer plc vs. David Halsey* [Her Majesty's Inspector of Taxes], Processo C-446/03, onde a dedução de prejuízos fiscais transfronteiriços, no contexto de um grupo de sociedades, foi pela primeira vez levada à consideração do TJUE.

² MENDES, Marina, Sofia, Marques; *A Influência do Acórdão Marks & Spencer na Jurisprudência da União Europeia*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.

fiscais para garantir o respeito pelo princípio da capacidade contributiva, pelo princípio da tributação de acordo com o lucro real e para a salvaguarda de um sistema de neutralidade fiscal.

São duas as modalidades de mecanismos de reporte de prejuízos fiscais, o reporte de prejuízos fiscais para a frente e o reporte de prejuízos fiscais para trás.

Na opção, efectuada pelos Estados, por uma determinada modalidade de reporte de prejuízos fiscais encontra-se em larga medida questões administrativas e orçamentais.

Com os desafios de internacionalização e a necessidade de um aumento da competitividade por parte das sociedades assume particular importância a questão da transmissibilidade dos prejuízos fiscais transfronteiriços.

No âmbito da UE, o facto de uma sociedade decidir fixar-se noutro Estado-Membro que não o da sociedade mãe, através de uma filial ou sucursal, poderá levar a que esta se depare com limitações a nível da transmissibilidade dos prejuízos transfronteiriços. Resta apurar se estas limitações constituem uma restrição às liberdades fundamentais consagradas no TFUE, especificamente à liberdade de estabelecimento.

Metodologia Adoptada

A análise do tema irá ser efectuada em três momentos essenciais.

Num primeiro momento vamos proceder ao enquadramento dos prejuízos fiscais, analisando quais as suas modalidades, principais vantagens e desvantagens dessas modalidades e a forma como se distribuem pelos Estados-Membros da UE.

Por forma a compreender melhor a articulação das questões que se levantam vamos explanar sobre o tratamento que é dado aos prejuízos fiscais, no âmbito de uma sociedade, de um grupo de sociedades ou quando se verifique uma operação de reestruturação. Vamos efectuar ainda uma breve abordagem aos principais esquemas de planeamento fiscal abusivo, ou melhor dizendo, tendencialmente abusivo.

Num segundo momento vamos proceder à análise do tratamento dado aos prejuízos fiscais transfronteiriços no âmbito da jurisprudência do TJUE. Para o efeito iremos dividir a análise em três partes essenciais, conforme esteja em causa a transmissibilidade de prejuízos para ou de estabelecimentos estáveis, a aplicação de um sistema de regime de

grupos e a execução de uma operação de reestruturação (nas modalidades previstas na Directiva Fusões).

Aqui pretendemos compreender como o acórdão *Marks & Spencer* influenciou as decisões jurisprudenciais e em que medida a sua doutrina foi aplicada até a actualidade. Para o efeito vamos examinar as justificações admitidas e a forma como o teste da proporcionalidade foi conduzido, tentando perceber se as questões que se levantaram com o acórdão *Marks & Spencer* foram respondidas e quais as que actualmente ainda se colocam.

Neste ponto seguiremos de perto a análise por nós efectuada em estudo anterior, *supra* referido.

Por fim, iremos examinar a forma como são tratados os prejuízos fiscais no âmbito do regime fiscal português, analisando o regime geral, o regime dos grupos de sociedades e o regime das operações de fusão, cisão, entradas de activos e permutas de partes sociais.

Relativamente ao regime português, pretendemos determinar a sua compatibilidade com o Direito da UE, mais propriamente, integrar o regime português face à jurisprudência do TJUE. Visamos também compreender em que medida é que o nosso regime de reporte de prejuízos fiscais é adequado a garantir a tributação de acordo com a capacidade contributiva do sujeito passivo e a respeitar o princípio da solidariedade de exercícios, avaliando a sua competitividade face aos regimes de reporte de prejuízos de outros Estados-Membros da UE.

Importa aqui salientar que não pretendemos com o nosso estudo entrar no campo da análise das questões de abuso, não é esse o objecto do nosso trabalho. O assunto será abordado, como não poderia deixar de ser, mas não entraremos em questões de fundo.

Capítulo I – Prejuízos Fiscais, Conceito e Enquadramento

1. Conceito e Justificação

Estamos perante um prejuízo fiscal quando da diferença entre os proveitos ou ganhos e outras variações patrimoniais positivas e os custos ou perdas e outras variações patrimoniais negativas, apurados para efeitos do cálculo do lucro tributável, resulta um saldo negativo, tendo em conta um determinado período de tributação. Ou seja, de uma forma simplificada um prejuízo fiscal ocorre quando, num determinado exercício, os gastos fiscais são superiores aos rendimentos obtidos para efeitos fiscais³.

A ocorrência de um prejuízo fiscal está directamente relacionada com o período de tributação considerado, quanto menor for o período de tributação em análise maior é a probabilidade de se verificar um prejuízo⁴. Ora vejamos, ao iniciar uma actividade é necessário fazer investimentos, o que se traduz em custos, sendo que em muitos casos o retorno não é imediato. Desta forma, quanto maior for o ciclo de produção maior a frequência com que ocorrerão prejuízos fiscais.

Como resultado da periodização do lucro tributável, os prejuízos fiscais são apenas um dos elementos do rendimento empresarial que é calculado ao longo da vida de uma empresa, indo para além do período de tributação em análise.

Face ao *supra* exposto, podemos concluir que os prejuízos fiscais são uma consequência da periodização do lucro tributável⁵, podendo ser considerado num período um prejuízo fiscal e noutra lucro tributável, pelo que por vezes é necessário analisar mais do que um período tributável por forma a determinar a rentabilidade de determinada actividade.

A possibilidade de proceder à dedutibilidade de prejuízos fiscais assume cada vez mais importância nos dias que correm. A crise económica e financeira que assola vários países europeus atribui um relevo ainda maior ao valor económico dos prejuízos fiscais.

³ V. neste sentido, TORRES, Manuel Anselmo; *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, (págs. 111 - 136), pág. 111; e RIVOLTA, Alfonso; *Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part I*, European Taxation, Vol. 50, Number 1, January 2010, (págs. 26 - 36), pág. 28.

⁴ V. neste sentido, TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.112, cit. nota 3.

⁵ V. neste sentido, TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.111, cit. nota 3.

A maior parte dos sistemas fiscais tributam os lucros no exercício em que se realizam enquanto os prejuízos são deduzidos noutros exercícios fiscais, verificando-se, assim, um tratamento assimétrico entre os lucros e os prejuízos⁶. De acordo com M.H. FREITAS PEREIRA⁷, o reporte de prejuízos concretiza o carácter equitativo do imposto e o respeito pela capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

É devido à diferença de tratamento entre lucros e prejuízos que se torna relevante a dedução de prejuízos dentro de um grupo de sociedades, ou noutra base tributável da mesma sociedade, pois permite deduzir os prejuízos no exercício em que estes ocorreram.

Assim, permitir o reporte de prejuízos aumenta a neutralidade do sistema fiscal, garante o respeito pelo princípio da capacidade contributiva e pelo princípio da tributação pelo lucro real.

A admissão por parte dos Estados de mecanismos de dedução de prejuízos resultou ainda da necessidade de diminuir a fraude e a evasão fiscal, uma vez que os mecanismos de dedução de prejuízos fiscais constituem um incentivo à não prossecução desses comportamentos⁸.

A existência de sistemas de reporte de prejuízos permite ainda que as sociedades não cessem prematuramente determinados empreendimentos que geram prejuízos, pois a possibilidade de os vir a deduzir permite que as sociedades venham a recuperar parte do prejuízo, quer no futuro quando o empreendimento vier a dar lucro, quer em lucros anteriores⁹.

Ao analisarmos a questão da dedutibilidade dos prejuízos fiscais pode ser argumentado que, de um ponto de vista unicamente económico, os Estados deveriam proceder à compensação imediata do valor integral de um prejuízo fiscal sofrido, porém, tal situação não se verifica. Os Estados encontram-se neste ponto largamente limitados por questões orçamentais e administrativas.

Assim, apesar da importância que o reporte de prejuízos assume para as sociedades, a compensação económica dos prejuízos na maior parte dos casos não tem lugar no mesmo período fiscal em que ocorrem.

⁶ V. neste sentido, KOK, Reinout; *Domestic and Cross-Border Loss Relief*, Intertax, Vol. 38, Issue 12, December 2010, (págs. 663 - 671), pág. 663.

⁷ V. PEREIRA, M. H. Freitas; *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais*, in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lurdes Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Nº 171, 1995, (págs. 221 - 244), pág. 220.

⁸ V. neste sentido, VASCONSELOS, André Alpoim; *Aspectos Relacionados com a Dedutibilidade dos Prejuízos Fiscais Reportáveis*, Revista dos TOC, Ano VI, Nº 76, Março de 2006, (págs. 48 - 51), pág. 48.

⁹ V. neste sentido, PIRES, Manuel; PIRES, Rita Calçada; *Direito Fiscal*, Almedina, 5ª Edição, 2012, pág. 551;

Entre os Estados-Membros não é uniforme a opção utilizada para permitir a dedução de prejuízos fiscais, pelo que entre os 27 Estados-Membros podemos encontrar uma das seguintes modalidades de reporte de prejuízos¹⁰:

- Reporte de prejuízos para a frente, em que os prejuízos apurados são deduzidos em exercícios futuros. Esta dedução pode ser limitada a um determinado período de tempo ou pode ser por período ilimitado;
- Reporte de prejuízos para trás, em que os prejuízos apurados são deduzidos em exercícios anteriores ao apuramento dos prejuízos.

O valor que os prejuízos fiscais assumem está directamente relacionado com o momento em que se pode proceder à sua dedutibilidade, isto é, permitir o reporte dos prejuízos para a frente ou permitir o reporte dos prejuízos fiscais para trás não tem o mesmo valor económico, contudo, no centro das escolhas relativamente ao tratamento dos prejuízos fiscais no sistema fiscal de cada Estado estão preocupações de ordem política, diga-se, na quase totalidade dos casos, de ordem orçamental.

São considerações de ordem orçamental e administrativa que ditam se o reporte de prejuízos é permitido e em que medida o é, introduzindo restrições á sua utilização e colocando muitas vezes em segundo plano o princípio da capacidade contributiva e a neutralidade do sistema fiscal.

Podemos encontrar ainda Estados que aplicam medidas menos restritivas em períodos em que as sociedades atravessem um período mais complicado, pois permitir a dedução de prejuízos de uma forma mais alargada poderá permitir às sociedades obter mais liquidez¹¹.

Na dependência das restrições orçamentais e da necessidade contínua dos Estados em obter receitas, muitas das limitações introduzidas visam impedir uma utilização abusiva do direito de dedução de prejuízos fiscais, consagrando-se como medidas antiabuso.

Entre as limitações mais comuns utilizadas pelos Estados, que fazem cessar o direito ao exercício do reporte de prejuízos, podemos encontrar¹²:

¹⁰ V. neste sentido, PEREIRA, *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos...*, pág. 226, cit. nota 7.

¹¹ V. neste sentido, POST, D. R.; STALS, K. P. E.; *The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study*, Intertax, Vol. 40, Issue 4, April 2012, (págs. 232 - 244), pág. 236.

¹² V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, pág. 242, cit. nota 11; e v. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development); *Corporate Loss Utilization Through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, August 2011, pág.27.

- A alteração da titularidade da sociedade;
- A alteração substancial da natureza da actividade;
- A interrupção da actividade;
- A mudança de base nos fins prosseguidos pela sociedade e actividade real;
- O limite temporal de dedução.

Vejamos, por exemplo, como em 2011 se encontrava distribuída a admissibilidade dos prejuízos fiscais e a existência de medidas limitativas no que diz respeito a mudanças de actividade e/ou de titularidade, pelos 27 Estados-Membros.

Tabela 1: Distribuição do reporte de prejuízos fiscais e das medidas limitativas de mudança de titularidade e/ou actividade.

Estados	Reporte de Prejuízos para trás	Reporte de Prejuízos para a frente	Mudança de Titularidade e/ou Actividade
Alemanha	1 ano	Ilimitado	Prevê
Áustria	-	Ilimitado	Prevê
Bélgica	-	Ilimitado	Prevê
Bulgária	-	5 anos	-
Chipre	-	Ilimitado	Prevê
Dinamarca	-	Ilimitado	Prevê
Eslováquia	-	7 anos	-
Eslovénia	-	Ilimitado	Prevê
Espanha	-	18 anos	Prevê
Estónia	-	-	-
Finlândia	-	10 anos	Prevê
França	3 anos	Ilimitado	Prevê (apenas de actividade)
Grécia	-	5 anos	-
Hungria	-	Ilimitado	-
Irlanda	1 ano	Ilimitado	Prevê
Itália	-	5 anos	Prevê
Letónia	-	8 anos	Prevê
Lituânia	-	Ilimitado	Prevê (apenas de actividade)
Luxemburgo	-	Ilimitado	Prevê

Malta	-	Ilimitado	Prevê
Países Baixos	1 ano	9 anos	Prevê
Polónia	-	5 anos (50%)	-
Portugal	-	4 anos ¹³	Prevê
Reino Unido	1 ano	Ilimitado	Prevê
República Checa	-	5 anos	Prevê
Roménia	-	7 anos	-
Suécia	-	7anos	Prevê

* Fonte: o estudo efectuado por POST e STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study*¹⁴

A determinação das circunstâncias em que estamos perante uma alteração na titularidade da sociedade ou alteração substancial da actividade, não é entendido de um modo uniforme pelos diversos Estados, variando de Estado para Estado as circunstâncias em que os conceitos são preenchidos.

Estes critérios são uma forma de garantir que o sujeito passivo que economicamente sofreu os prejuízos seja o sujeito passivo que os irá deduzir, evitando a utilização de esquemas de planeamento fiscal abusivo.

Existe, por exemplo, um conjunto amplo de critérios a que os Estados recorrem para “preencher” o critério de alteração da titularidade da sociedade, sendo que os pontos mais ponderados são os seguintes:

- Se há uma alteração ao nível do capital social, dos direitos de voto, ou de ambos;
- Qual a percentagem necessária para considerar que há uma transferência da titularidade¹⁵;
- Qual o intervalo de tempo durante o qual a alteração é avaliada;
- Se é apenas tido em conta a alteração directa na titularidade ou basta verificar-se uma alteração indirecta.

¹³ Para 2012 em diante o número de anos foi aumentado para 5, sendo que até 2010 era admissível durante 6 anos, analisaremos este ponto em sede própria.

¹⁴ Cit. nota 11.

¹⁵ No caso dos Países Baixos basta 30%, sendo que na Áustria é necessário 75%, v. neste sentido OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 36, cit. nota 12.

Relativamente às limitações explanadas é de ressaltar que no caso de reestruturações poderão existir derrogações, por forma a salvaguardar a neutralidade do sistema fiscal.

Podemos agrupar de uma forma ampla o tratamento dos prejuízos fiscais em duas categorias de países:

- Aqueles em que o sistema de tributação das sociedades é baseado no princípio da tributação pelo lucro real;

Neste sistema os prejuízos gerados por uma actividade podem ser deduzidos noutra actividade da mesma sociedade. Nos Estados que aderem a este sistema o rendimento/lucro da sociedade é considerado todo do mesmo tipo, independentemente de qual seja a sua fonte, permitindo inclusive que prejuízos de capital sejam deduzidos¹⁶.

Assim, numa primeira fase, estamos perante uma compensação na horizontal, determinando que os prejuízos apurados em determinados segmentos da actividade sejam deduzidos aos lucros obtidos noutros segmentos da actividade, no mesmo período tributário. Em resultado o prejuízo apurado refere-se a um conjunto diverso de actividades e respectivos rendimentos.

O prejuízo a reportar para os períodos fiscais passados ou futuros, em sede de compensação vertical, tem como resultado uma natureza global, isto é, independentemente da actividade que deu origem ao prejuízo.

Apesar de, na generalidade dos casos, neste sistema os ganhos de capital serem considerados rendimento/lucro ordinário, podemos encontrar algumas limitações ao nível das perdas com a venda de acções e outras participações, uma vez que em determinadas circunstâncias não são dedutíveis para efeitos fiscais¹⁷, ou apenas em determinada medida¹⁸.

- Aqueles que têm um sistema cedular de tributação.

¹⁶ É o caso de Espanha, v. neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 30, cit. nota 12.

¹⁷ Como é o caso, por exemplo, da França, Alemanha, Itália, Holanda, sendo que no caso desta última em caso de liquidação de uma filial as perdas de capital podem ser deduzidas, v. neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 30, cit. nota 12.

¹⁸ Nesta situação temos por exemplo a Dinamarca, v. neste sentido OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 30, cit. nota 12. Portugal também apenas admite em certa medida as deduções relativas a perdas e menos valias com a transmissão onerosa de capital, veja-se, por exemplo, o artigo 23º, nº 3 e ss., e 45º, nº 3, ambos do CIRC.

Verificamos neste âmbito a existência de vários impostos cedulares que incidem sobre diferentes fontes de rendimento.

Neste sistema os prejuízos só podem ser deduzidos se provierem da mesma fonte, ou seja, um prejuízo derivado de uma actividade não pode ser deduzido no lucro de outra actividade¹⁹.

¹⁹ Este é no geral o caso da Irlanda e do Reino Unido, v. neste sentido OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 31, cit. nota 12. Em Portugal, antes da entrada do CIRC, em 1 de Janeiro de 1989, encontrávamos um sistema de tributação cedular misto, tendo por base a teoria da fonte do rendimento.

2. Modalidades

2.1. O Reporte de Prejuízos Para Trás (*loss carry-back*)

Entre os principais argumentos a favor desta modalidade de reporte de prejuízos fiscais encontram-se os seguintes:

- Fomentar a opção por investimentos mais arriscados, promovendo a investigação e desenvolvimento. Perante a opção por um determinado investimento, se for tido em consideração que um possível resultado negativo pode ser deduzido em anteriores resultados positivos, o nível de risco é na prática reduzido;
- Permitir que empresas com viabilidade económica, mas que atravessam um período complicado, possam manter-se em actividade e, possivelmente, no futuro, conseguir efectuar uma recuperação económica;
- Incentivar a diminuição de situações abusivas, relativas à aquisição de sociedades com o único intuito de se poder proceder à dedução de prejuízos fiscais apurados e ainda não utilizados²⁰.

Resulta do exposto que, de uma perspectiva económica, a opção por esta modalidade de reporte de prejuízos traduz-se numa vantagem fiscal mais imediata para o sujeito passivo, permitindo a este obter um retorno de imposto na altura em que mais necessita, tendo em conta os resultados negativos que apresenta²¹.

No cerne das considerações orçamentais e administrativas que preocupam os Estados está o facto que a opção pelo reporte de prejuízos fiscais para trás implicar reabrir declarações fiscais de anos anteriores. Esta situação levaria a um aumento dos custos administrativos e, do ponto de vista orçamental, um ano fiscal não se encontraria verdadeiramente fechado, pois em qualquer altura um sujeito passivo poderia solicitar a devolução de impostos anteriormente pagos com base na dedução de prejuízos fiscais²².

²⁰ V. neste sentido ALMEIDA, José Joaquim Marques de; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis: Uma Abordagem Internacional*; FISCO, Nº 72/73, ANO VII, Agosto/Setembro 1995, (págs. 85 - 99), pág. 88.

²¹ V. neste sentido, PEREIRA, *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos...*, pág. 44, cit. nota 7; e v. ALMEIDA; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis...*, pág. 88, cit. nota 20.

²² Dentro dos limites temporais que permitissem a dedução de prejuízos.

Esta opção de dedutibilidade de prejuízos fiscais pode levantar grandes dificuldades em termos orçamentais aos Estados, uma vez que associado ao aumento dos prejuízos fiscais está a desaceleração da economia. Nestas situações os Estados seriam obrigados a devolver valores no momento em que mais precisariam de fundos para promover o aumento do crescimento económico.

A opção, ou não, pelo reporte de prejuízos fiscais para trás é bastante complexa. Ora vejamos, por exemplo, o caso de um Estado que se encontre a atravessar uma grave crise económica, necessitando de reduzir as despesas e aumentar as receitas, em que a maioria das sociedades fixadas no seu território se encontram a debater com resultados negativos.

O recurso ao reporte de prejuízos fiscais para trás permitiria às empresas com dificuldades económicas obterem algum retorno de imposto já entregue, e talvez fazerem face aos problemas económicos que atravessam. Por outro lado, o Estado numa situação orçamental já por si precária, ver-se-ia obrigado a restituir dinheiro de imposto que não tem, ou que necessita para equilibrar as contas públicas.

Em razão do exposto, os Estados têm na sua maioria optado por não permitir o reporte de prejuízos para trás, uma vez que as preocupações orçamentais têm-se sobreposto²³, apesar de em algumas situações haver benefícios para as sociedades/sujeitos passivos que atravessam dificuldades económicas, podendo resultar na manutenção de postos de trabalho e num maior crescimento económico no futuro.

Porém, cabe fazer nota que, acresce aos argumentos expostos, as circunstâncias de os prejuízos na sua maioria se relacionarem com encargos assumidos tendo em vista o lucro futuro, pelo que neste âmbito é coerente que também para o futuro sejam deduzidos os prejuízos e não para trás.

Um outro ponto negativo a apontar é a situação das novas empresas, estas não têm períodos tributários anteriores onde possam deduzir os prejuízos apurados nos primeiros anos de actividade²⁴, podendo a opção única e exclusiva por este modelo ser bastante prejudicial para estas empresas.

Os Estados que permitem o reporte de prejuízos fiscais para trás fazem-no com restrições temporais, por forma a atenuar as dificuldades de cariz orçamental e administrativo que se levantam nesta modalidade de reporte de prejuízos fiscais.

²³ V. neste sentido, PEREIRA, *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos...*, pág. 225, cit. nota 7.

²⁴ V. neste sentido, PEREIRA, *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos...*, pág. 225, cit. nota 7.

No entanto, a opção pelo reporte de prejuízos para trás não significa automaticamente devolução de imposto, os Estados podem definir que o sujeito passivo em vez de obter uma devolução de imposto obtém um crédito fiscal.

Esse crédito fiscal seria em regra apenas dedutível a lucros tributáveis apurados no futuro e apenas nas circunstâncias em que tal facto não se verifique, num determinado número de períodos tributários seguintes, é que a devolução tem efectivamente lugar. Esta é uma forma de mitigar as restrições orçamentais dos Estados.

2.2. O Reporte de Prejuízos Para a Frente (*loss carry-forward*)

Esta é opção adoptada na maior parte dos Estados²⁵. Contudo, do nosso ponto de vista poderá não ser tão vantajosa para o sujeito passivo, porém, assegura o respeito pelo princípio da capacidade contributiva, pelo princípio da tributação pelo lucro real, bem como o respeito pela neutralidade do sistema fiscal.

Entre as principais razões para a maioria dos Estados optarem por esta modalidade encontra-se o facto de esta levantar menos questões orçamentais. Nesta situação não está em causa a devolução de imposto recebido, apenas a redução do imposto a receber, o que em termos orçamentais é mais fácil de “digerir”.

Em termos administrativos também não levanta tantas questões, pois não obriga à reabertura de declarações fiscais anteriores e consecutivo recálculo do imposto devido²⁶.

Esta modalidade de reporte é preferível para as sociedades que se encontram em início de actividade, uma vez normalmente no início de actividade registam-se prejuízos decorrentes dos investimentos que foram necessários efectuar. Assim, quando a sociedade estabiliza as suas contas poderá deduzir os prejuízos iniciais, obtendo uma menor quantia de imposto a pagar.

Apesar de em termos orçamentais e administrativos esta modalidade não levantar tantos problemas práticos quanto à sua aplicação no tempo, a maioria dos Estados não permite o reporte de prejuízos para a frente de forma ilimitada no tempo. Como justificações para esta situação podemos considerar as razões que se seguem²⁷:

- Nos últimos anos as taxas de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas nos Estados-Membros da UE não tem sido significativas e quanto menor é o imposto sobre uma sociedade menor será a relevância da possibilidade de reporte. A limitação do reporte é uma forma de compensar as baixas taxas de imposto²⁸;

²⁵ O valor total que o reporte de prejuízos para a frente alcança em alguns Estados representa 25% do seu PIB, v. neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 16, cit. nota 12.

²⁶ V. neste sentido, ALMEIDA; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis...*, pág. 89, cit. nota 20.

²⁷ V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, pág. 234, cit. nota 11.

²⁸ V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, pág. 234, cit. nota 11; e v. EUROSTAT; *Taxation Trends in the European Union, Focus on the Crisis: The Main Impacts on EU Tax Systems*, 2011, disponível em: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-EU-11-001/EN/KS-EU-11-001-EN.PDF, pág. 19.

- Poder-se-á argumentar que, com o passar dos períodos tributários, o valor de um prejuízo dedutível poderá já não ser pertinente, vai perdendo a sua relevância com o passar dos anos;
- Outro argumento é a pouca capacidade das administrações fiscais para manterem os registos das informações relativas às sociedades, lucros e prejuízos, durante um período indeterminado de tempo;
- Por último refere-se como justificação o facto de que uma sociedade que gere prejuízos na maioria dos seus períodos tributários não se mantém em actividade para sempre.

3. A Admissibilidade de Dedução

3.1. Dentro da Mesma Sociedade

Em operações internas, a sociedade é tributada pelo resultado das actividades prosseguidas pelos seus estabelecimentos estáveis nacionais, sendo reconhecidos os prejuízos fiscais aferidos. Em operações transfronteiriças, em que o estabelecimento estável se situa num Estado diferente da sociedade principal, este será aí tributado, de forma limitada, pelo resultado das actividades aí desenvolvidas.

A Convenção Modelo da OCDE, no seu Artigo 7º, estabelece:

- O direito primário de tributação sobre os lucros dos estabelecimentos estáveis cabe ao Estado de residência do estabelecimento estável;
- O direito secundário de tributação sobre os lucros dos estabelecimentos estáveis cabe, por sua vez, ao Estado onde se encontra a sede da sociedade principal. Cabe também a este Estado a opção pelo método de eliminação da dupla tributação (método do crédito ou método da isenção).

No que diz respeito aos prejuízos envolvendo estabelecimentos estáveis em operações transfronteiriças a possibilidade de os deduzir depende em larga escala do método de eliminação de dupla tributação utilizado pelo Estado de residência da sociedade principal. Já se a sociedade optar por se estabelecer através de uma filial, a dificuldade em obter uma dedução aumenta exponencialmente²⁹.

A eliminação da dupla tributação pode assumir uma de duas vias³⁰:

- Método da isenção - De acordo com este método, previsto no artigo 23º-A do Modelo de Convenção da OCDE, o Estado de residência deve isentar, do pagamento de imposto, os rendimentos e património que são passíveis de estar sujeitos a tributação no Estado da fonte. Como possível

²⁹ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras*, COM (2006) 824 final, 19.12.2006, disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/131059_pt.htm, pág. 3; e V. ALMENDRAL, Violeta Ruiz; *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law*, Intertax, Vol. 38, Issue 10, October 2010, (págs. 475 - 501), pág. 491.

³⁰V. neste sentido, XAVIER, Alberto (com a colaboração de: Clotilde Celorico; Leonor Xavier); *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, 2011, pág. 741 e ss..

consequência da utilização deste método pode surgir uma situação de dupla isenção, em que o Estado de residência isente rendimentos sujeitos a imposto que o Estado da fonte se absteve de tributar.

A isenção efectuada é integral³¹ quando o Estado de residência se limita a isentar o rendimento de tributação.

A isenção é com progressividade³² quando, apesar de isentar os rendimentos já tributados no Estado da fonte, o Estado de residência contabiliza os mesmos para efeitos da determinação da taxa de imposto aplicável. Este método só assume relevância quando a taxa de imposto é progressiva³³. Através da isenção com progressividade evita-se que as sociedades que sejam tributadas numa base puramente interna, sendo colocadas numa posição menos favorável, pois todo o seu rendimento é contabilizado para efeitos de determinação da taxa aplicável.

Ao nível dos prejuízos encontramos duas situações possíveis. A primeira é a consideração de que uma vez que não são tidos em conta os lucros também não serão tidos em consideração os prejuízos. A segunda possibilidade permite a consideração dos prejuízos, através de uma dedução temporária dos mesmos, isto é, o Estado da sociedade principal permite a dedução dos prejuízos realizados pelos estabelecimentos estáveis noutros Estados, contudo os mesmos são recuperados quando o estabelecimento estável volta a realizar lucros³⁴. Através deste sistema de reintegração é garantida a coesão do sistema fiscal³⁵.

- Método da Imputação³⁶- Este método, previsto no artigo 23º- B do Modelo de Convenção da OCDE, caracteriza-se por o Estado da residência permitir ao contribuinte a dedução ao imposto devido do valor

³¹ Este sistema foi adoptado pela Alemanha nas suas convenções para eliminação de dupla tributação, tendo sido abordado no âmbito do Acórdão de 15 de Maio de 2008, Lidl Belgium GmbH & CO. KG vs. Finanzamt Heilbronn, Processo C-414/06.

³² Foi este o método utilizado para a generalidade dos rendimentos isentos na maioria das convenções de eliminação de dupla-tributação celebradas por Portugal, v. neste sentido, XAVIER, *Direito Tributário ...*, pág. 745, cit. nota 30.

³³ V. neste sentido, ROSADO PEREIRA, Paula; *Princípios do Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010, pág.148.

³⁴ V. neste sentido, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos...*, pág. 6, cit. nota 29.

³⁵ Este sistema esteve em causa no Acórdão de 23 de Outubro de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-seniorenheimstatt GmbH vs. Finanzamt für Körperschaften III in Berlin, Processo C-157/07.

³⁶ Também denominado método do crédito.

pago a título de imposto no Estado da fonte por esses mesmos rendimentos e património. Ou seja, neste caso o Estado de residência tributa a totalidade do rendimento do contribuinte, porém ao imposto que é apurado deduz o imposto que já tenha sido pago no país de origem (fonte).

Aqui podemos encontrar uma de duas situações, o Estado de residência permite a dedução da totalidade do imposto pago no Estado da fonte, situação em que estamos perante uma imputação integral, ou o Estado de residência coloca um limite máximo à dedução do imposto pago no Estado da fonte, estando por sua vez perante uma imputação ordinária ou normal.

No que diz respeito aos prejuízos este método actua de forma similar ao tratamento dado aos prejuízos nacionais, todos os prejuízos resultantes do estabelecimento estável situado noutro Estado Membro são tidos em consideração³⁷.

³⁷ V. neste sentido, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos...*, pág. 5, cit. nota 29.

3.2. Dentro de um Grupo de Sociedades

Uma filial é uma sociedade dotada de personalidade jurídica, pelo que a sua constituição conduz à criação de uma unidade separada, dum ponto de vista jurídico e fiscal. Pelas suas características, os seus prejuízos não são tomados em consideração, de forma automática, na sociedade-mãe.

De forma a não penalizar as sociedades que optem por criar filiais, em vez de estabelecimentos estáveis, os Estados prevêem regras específicas para a tributação de grupos de sociedades³⁸.

No âmbito do espaço da UE, nem todos os Estados-Membros prevêem sistemas de tributação de grupos de sociedade³⁹, mas nos Estados-Membros que aplicam, podemos agrupar os modelos de tributação de grupos em duas categorias⁴⁰:

- Sistema de “transferência de prejuízos dentro do grupo⁴¹”, que pode assumir uma de duas modalidades:
 - Transferência prejuízos (*group relief system*)⁴²: permite que um membro do grupo transfira os prejuízos por si obtidos, para outro membro do grupo, unicamente para efeitos fiscais;
 - Transferência de lucros (*transfer of profits system*)⁴³: permite que um membro do grupo transfira os lucros por si obtidos, para outro membro do grupo, sendo utilizado para suprimir prejuízos, esta

³⁸ Importa referir que um grupo de sociedades não tem personalidade jurídica.

³⁹ No Anexo VIII à Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos...*, cit. nota 29, a Comissão Europeia identifica seis Estados-Membros que não possuem regime de grupos, Bélgica, República Checa, Grécia, Lituânia, Hungria e Eslováquia. A Comissão Europeia identifica ainda apenas 4 Estados-Membros que tendo regimes de grupo permitem transferências de prejuízos transfronteiriças.

⁴⁰ Para uma análise de como os sistemas estão distribuídos pelos Estados-Membros v. KOK, *Domestic and Cross-Border Loss...*, pág. 665, cit. nota 6.

⁴¹ V. neste sentido, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos...*, págs. 7, cit. nota 29.

⁴² Este modelo, adoptado no Reino Unido, esteve em discussão no acórdão de 16 de Julho de 1998, *Imperial Chemical Industries pic (ICI) vs. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Processo C-264/96 e no acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota nº 1, podendo ainda ser encontrado em países como o Chipre, Irlanda, Malta e Letónia, v. neste sentido, DURAND, Pierre-Henri; RUTSCHMAN, Yves; *The Papillon case: a first step toward a new era in European tax Treatment of Groups*, EC Tax Review, Vol. 18, Issue 3, June 2009, (págs. 122 - 130), pág. 122.

⁴³ Este modelo, adoptado na Suécia, esteve em discussão no acórdão de 18 de Julho de 2007, *Oy AA*, Processo C-231/05, podendo também ser encontrado em países como a Finlândia e a Noruega, v. neste sentido, DURAND; RUTSCHMAN; *The Papillon case: a first step toward ...*, pág. 122, cit. nota 42.

modalidade tem os mesmos efeito económico que um sistema de transferência de prejuízos.

- Sistema de consolidação⁴⁴ (*tax consolidation ou tax integration system*)⁴⁵, onde podemos distinguir:
 - Um sistema de “agregação de resultados”⁴⁶ onde se verifica uma adição de todos os resultados individuais para efeitos fiscais,
 - Um sistema de consolidação plena, em que os resultados do grupo são calculados com base numa única conta de resultados. Esta verdadeira consolidação, se assim pudemos dizer, não tem em conta a personalidade jurídica dos membros do grupo.

⁴⁴ Em sentido amplo.

⁴⁵ Este modelo, adoptado em França, esteve em discussão no acórdão Acórdão de 27 de Novembro de 2008, *Société Papillon v Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, Processo C-418/07. Em Portugal, o sistema de grupos aplicado não constitui uma consolidação plena, antes enquadra-se na modalidade de agregação de resultados, v. neste sentido, OLIVEIRA, Joaquim Miguel Garrido de Oliveira; *O Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades*, 2013, disponível em: www.cije.up.pt/download-file/1142, pág. 15. Também podemos encontrar o sistema de consolidação, em sentido amplo, em países como a Áustria, Dinamarca, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Holanda, Polónia e Espanha, v. neste sentido, DURAND; RUTSCHMAN; *The Papillon case: a first step toward ...*, pág. 122, cit. nota 42.

⁴⁶ Este termo foi utilizado no âmbito da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos...*, pág.7 e 8, cit. nota 29.

3.3. No Âmbito de Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções

Esta matéria ao nível da UE é regulada em parte pela Directiva 90/343/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, codificada pela Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, doravante apenas Directiva Fusões.

O objectivo visado pela Directiva Fusões é a criação de um regime comum que, face ao mercado interno, procedesse à integração do regime da neutralidade, já vigente em vários Estados-Membros, uma vez que ao nível das operações em causa ocorria uma tributação imediata das mais-valias latentes, originando uma elevada distorção da concorrência no mercado interno.

A ideia patente da integração do regime da neutralidade fiscal é a de que o sistema fiscal deve ser estruturado garantindo que as operações efectuadas não tenham “consequências fiscais”, uma vez que a actividade continua com alterações apenas ao nível da forma jurídica. Desta forma, as decisões das sociedades não devem ser afectadas pelas consequências fiscais das opções tomadas.

Porém, na prática, o regime previsto na Directiva Fusões consagrando a ideia da neutralidade fiscal pode ser visto como um incentivo às reestruturações, pois permite que as mais-valias latentes sejam tributadas num momento posterior⁴⁷. Assim, a par da consagração das vantagens decorrentes da neutralidade fiscal, tornou-se necessário criar também um sistema normativo antiabuso⁴⁸.

A Directiva Fusões, apesar do enorme contributo para a concretização do mercado comum e do respeito pelas liberdades fundamentais, deixou várias situações por regular. No que releva para o nosso estudo temos a situação da transmissibilidade dos prejuízos fiscais, que só em parte é abordada. Já no que diz respeito às situações com aplicabilidade meramente interna dispõe que os Estados-Membros têm liberdade para estabelecer o

⁴⁷ V. neste sentido, BRAGA, Teresa Gil de Oliveira; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no Âmbito das Fusões*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 49, Janeiro-Março 2012, (págs. 87-120), pág. 89.

⁴⁸ Na versão inicial da Directiva Fusões não existia a previsão de qualquer norma antiabuso, o que fez vários Estados-Membros demonstrarem apreensão. Os Estados-Membros Alemão e Holandês, nomeadamente, consideravam que o levantamento dos obstáculos fiscais relativamente às operações consagradas na Directiva Fusões levaria a que os grupos de sociedades transferissem as sociedades-mãe dos seus Estados-Membros para Estados-Membros com regimes fiscais mais favoráveis. Nesse sentido, a Comissão Europeia numa comunicação ao Conselho, em 1980, sugeriu a introdução de um artigo que consagrasse as preocupações anteriormente expressas. Como resultado foi introduzido o artigo nº 15, da Directiva Fusões, v. neste sentido, BRAGA, *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 91, cit. nota 47.

regime de transmissibilidade de prejuízos que entenderem por conveniente, desde que o mesmo não seja discriminatório face às situações transfronteiriças.

A transmissibilidade dos prejuízos fiscais é um dos elementos centrais nas operações em apreço, já que o regime de neutralidade fiscal acarreta a continuação do exercício da actividade⁴⁹. Note-se que se a transmissibilidade dos prejuízos fiscais não for permitida, os custos resultantes da operação poderão subir substancialmente.

Dispõe o artigo 6º, relativamente à retoma pela sociedade beneficiária dos prejuízos ainda não deduzidos fiscalmente pela sociedade contribuidora, que a sociedade beneficiária pode transferir os prejuízos que tenham tido lugar no Estado-Membro de residência da sociedade contribuidora para um estabelecimento estável nesse mesmo Estado-Membro, desde que a transferência em causa também seja possível entre sociedades à luz da legislação desse Estado-Membro^{50 51}.

Portanto, perante a Directiva Fusões, só é possível a tomada em consideração dos prejuízos da sociedade contribuidora no Estado-Membro de residência, não prevendo a situação da tomada em consideração de prejuízos no Estado-Membro da sociedade beneficiária. Porém, o facto de a Directiva Fusões não prever um regime em que os prejuízos da sociedade contribuidora sejam considerados no Estado-Membro da sociedade beneficiária, não significa que tal não possa, ou mesmo deva, suceder.

A regulação das situações em que esteja em causa a possibilidade de utilização de prejuízos da sociedade contribuidora no Estado-Membro da sociedade beneficiária deve ser apreciada à luz do restante direito da UE, nomeadamente da liberdade de estabelecimento⁵², podendo, em determinadas situações, haver um conflito⁵³.

⁴⁹ V. neste sentido, BRAGA, *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no...*, pág. 90, cit. nota 47.

⁵⁰ Artigo 6º, Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, “na medida em que os Estados-Membros apliquem, quando as operações mencionadas na alínea a) do artigo 1º se realizem entre sociedades do Estado-Membro da sociedade contribuidora, disposições que permitam a retoma, pela sociedade beneficiária, dos prejuízos da sociedade contribuidora ainda não deduzidos para fins fiscais, os Estados-Membros tornam extensivo o benefício dessas disposições à retoma, pelos estabelecimentos permanentes da sociedade beneficiária situados no seu território, dos prejuízos da sociedade contribuidora ainda não deduzidos para efeitos fiscais”.

⁵¹ A Alemanha, nomeadamente, não permite a transferência de prejuízos para a sociedade incorporadora em caso de fusão, v. neste sentido, BOULOGNE, Frederik; SLAVNIC, Nana Sumrada; *Cross-Border Restructuring and “Final Losses”*, European Taxation, Vol. 52, Number 10, October 2012, (págs. 486 - 495), pág. 491.

⁵² Situação que é objecto de análise no Acórdão de 21 de Fevereiro de 2013, A Oy, Processo C-123/11, e que será apreciada em sede própria.

⁵³ V. neste sentido, HELMINEN, Marjaana; *Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 4, August 2011, (págs. 172 - 178), pág. 173; e v. conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 19 de Julho de 2012, A Oy, Processo C-123/11, parágrafos nº 25 e ss.

O artigo 6º da Directiva Fusões também não tem em consideração a situação da entidade com prejuízos ser a sociedade beneficiária e não a sociedade contribuidora, pelo que, neste caso, é a legislação interna dos Estados-Membros que regula a situação.

Face às questões que o artigo 6º não contempla, regulando apenas situações muito específicas, pode-se questionar se o artigo, em certa medida, não se encontra obsoleto⁵⁴.

Quando está em causa a transmissão de um estabelecimento estável em razão de uma operação de fusão, o artigo 10º, nº 1, da Directiva Fusões, prevê que o Estado-Membro da sociedade contribuidora, quando esta detenha um estabelecimento estável noutro Estado-Membro, renuncie ao direito de proceder à tributação do estabelecimento estável.

Contudo, em situações em que o Estado-Membro da sociedade contribuidora tenha tido em consideração prejuízos do estabelecimento estável no cálculo da base tributável, o segundo parágrafo do artigo 10º, nº 1, da Directiva Fusões, prevê uma regra de reintegração de prejuízos, permitindo ao Estado-Membro da sociedade contribuidora a integração de prejuízos fiscais que ainda não tenham sido considerados nos lucros tributáveis da sociedade contribuidora. Estamos perante uma medida de salvaguarda para o Estado-Membro da sociedade contribuidora⁵⁵.

A *supra* mencionada regra é apenas válida quando o Estado-Membro da sociedade contribuidora aplica o método da isenção na eliminação da dupla tributação. Nas circunstâncias em que se aplica o método da imputação (crédito), tem aplicação o disposto no artigo 10º, nº 2 da Directiva Fusões, que permite ao Estado-Membro da sociedade contribuidora tributar quaisquer lucros ou mais-valias do estabelecimento estável, desde que permita a dedução dos impostos que teriam sido aplicados aos lucros em causa.

No campo dos prejuízos fiscais, o artigo 12º, nº 3, da Directiva Fusões⁵⁶, permite que em caso de transferência da sede de uma sociedade para outro Estado-Membro, que os

⁵⁴ V. neste sentido, BORG, Jeanette Calleja; *Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What it Fails to Say*, Intertax, Vol. 39, Issue 11, November 2011, (págs. 557 - 563), pág. 559, HOFSTÄTTER, Matthias; HOHENWARTER-MAYR, Daniela; *The Merger Directive*, in Introduction to European Tax Law on Direct Taxation (eds. Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer), Linde, 3rd Edition, 2013 (págs. 151 - 174), pág. 164.

⁵⁵ V. neste sentido, BORG, *Non-exhausted Losses and the Merger Directive...*, pág. 560, cit. nota 54.

⁵⁶ Artigo 12º, nº 3, da Directiva Fusões, “na medida em que uma sociedade que transfere a sua sede situada no território de um Estado-Membro esteja autorizada a imputar a um exercício anterior ou posterior os prejuízos que ainda não tenham sido deduzidos para efeitos fiscais, esse Estado-Membro autoriza o estabelecimento estável, situado no seu território, da SE ou da SCE que transfere a sua sede a considerar os prejuízos da SE ou da SCE que não tenham sido deduzidos para efeitos fiscais, desde que o

prejuízos existentes à data da transferência da sociedade possam ser deduzidos, nos termos e para os efeitos das normas do Estado-Membro em causa, num estabelecimento estável residente. Verificamos mais uma vez que, tal como nos termos do artigo 6º da Directiva Fusões, é necessário que permaneça um estabelecimento estável para que os prejuízos possam ser deduzidos⁵⁷.

Ainda no que diz respeito ao tratamento dos prejuízos fiscais, cabe analisar o artigo 15º, nº 1, al. a) da Directiva Fusões. Este artigo introduz uma cláusula antiabuso⁵⁸, de acordo com a qual os Estados-Membros podem recusar a aplicação dos benefícios da Directiva Fusões quando a operação em causa tenha como principal objectivo a fraude e a evasão fiscal, sendo determinante o facto de a operação não ser efectuada por razões comerciais válidas (expressão como consagrada na Directiva Fusões)⁵⁹. Porém, a Directiva Fusões não esclarece em que consiste este termo.

Em razão da falta de clarificação quanto à interpretação que deve ser dada ao termo “razões comerciais válidas”, cabe aos Estados-Membros procederem ao seu preenchimento face às suas próprias normas antiabuso, o que resulta em diferentes interpretações. A situação descrita vai contra os fins e objectivos prosseguidos pela UE⁶⁰.

reporte desses prejuízos pudesse ser efectuado, em circunstâncias análogas, por uma sociedade que continuasse a ter a sua sede ou que continuasse a ser residente para efeitos fiscais nesse Estado-Membro”.

⁵⁷ V. neste sentido, HOFSTÄTTER; HOHENWARTER-MAYR; *The Merger ...*, pág. 165, cit. nota 54

⁵⁸ V. neste sentido, SANCHES, J.L. Saldanha; *Os Limites do Planeamento Fiscal no Direito Português, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, pág. 229, que considera que a norma em causa tem uma metodologia de aplicação idêntica à da cláusula geral anti-abuso prevista no sistema fiscal português, sendo, no entanto, limitada às fusões, cisões e aos destaques de activos.

⁵⁹ Artigo 15º, nº 1, “Os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4º a 14º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1º:

a) Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais”.

⁶⁰ V. neste sentido, BRAGA, *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no...*, pág. 119, cit. nota 47; e BORG, *Non-exhausted Losses and the Merger Directive...*, pág. 560, cit. nota 54.

4. Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo Envolvendo Prejuízos Fiscais

4.1. Áreas de Maior Risco

O planeamento fiscal é uma constante em qualquer sistema tributário⁶¹, constante essa que é um direito de todos os contribuintes. O problema surge quando este planeamento se afasta do que a lei possibilita, ou seja, quando, no caso do nosso estudo, as sociedades dão uma utilização incorrecta aos prejuízos fiscais por forma a obter benefícios que são indevidos.

Pretendemos neste âmbito fazer apenas uma breve abordagem às principais questões que se levantam, uma vez que este ponto é extremamente amplo e passível de constituir um tema de análise autónomo.

Assim, no que diz respeito ao tratamento de prejuízos fiscais, podemos encontrar esquemas que visam alcançar, entre outros, os seguintes fins⁶²:

- A transferência de prejuízos ou lucros de uma sociedade para outra, que de outra forma não seria permitido;
- A possibilidade de contornar as limitações no reporte de prejuízos;
- A possibilidade de contornar as normas de identificação ou tratamento de prejuízos;
- A criação de prejuízos artificiais;
- A dupla utilização de prejuízos.

Desta Forma, as sociedades recorrendo a diversos esquemas tentam contornar as limitações/restrições que recaem sobre a utilização de prejuízos fiscais, por forma a mitigar a tributação dos seus lucros.

Decorre do exposto que as normas que regulam a dedução de prejuízos fiscais, parecem ser encaradas como meras indicações/directivas e não como normas imperativas que são.

⁶¹ V. neste sentido, SOUSA, Carlos Cunha de; *O Planeamento Fiscal Abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo*, Junho de 2012, disponível em: http://tributarium.net/uploads/3/0/9/1/3091332/wp_2_carlos_cunha_de_sousa.pdf, pág. 2.

⁶² V. neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 51, cit. nota 12.

Como consequência da utilização indevida dos prejuízos, os Estados cada vez mais reforçam as normas que regulam esta matéria, dificultando frequentemente a correcta utilização dos mesmos.

No que diz respeito às situações que temos vindo a tratar, podemos encontrar três áreas onde o risco de se verificar uma utilização incorrecta dos prejuízos é maior, na área dos instrumentos financeiros, na área das reestruturações de sociedades e na área dos preços de transferência⁶³.

A) Instrumentos Financeiros

O recurso a instrumentos financeiros, para contornar as regras quanto ao tratamento dos prejuízos fiscais, pode levantar diversos problemas para as autoridades fiscais, nomeadamente, ao nível da obtenção de informação quando estejam em causa situações que envolvam mais do que um Estado.

Quanto a este ponto, assumem extrema importância os acordos de cooperação internacional entre os Estados, possibilitando que as operações económicas realizadas pelas sociedades sejam claras quanto aos seus efeitos e objectivos no que diz respeito a cada uma das jurisdições envolvidas⁶⁴.

Os instrumentos financeiros podem ser utilizados para distribuir prejuízos e lucros por diferentes contribuintes, contornando as limitações temporais da utilização de prejuízos, bem como limitações decorrentes da mudança de titularidade e/ ou de actividade.

Outra forma de utilizar os instrumentos financeiros é para a criação de prejuízos artificiais, isto é, prejuízos que são criados apenas para efeitos fiscais não tendo qualquer correspondência económica.

Os instrumentos financeiros são ainda uma forma de obter diversas deduções do mesmo prejuízo.

B) Reestruturações das Sociedades

⁶³ V. neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 48 e 49, cit. nota 12.

⁶⁴ Ao nível da UE temos a Directiva do Conselho sobre a troca de informações 77/799/CEE, de 19 de Dezembro de 1977, e a Directiva do Conselho para assistência à cobrança 76/308/CEE, de 15 de Março de 1976, alterada pela Directiva 2001/44/CE de 15 de Junho de 2001.

A maior parte dos Estados tem legislação que restringe a utilização de prejuízos fiscais em caso de mudança de titularidade e/ou actividade das sociedades. Estas medidas visam, essencialmente, evitar o tráfico de prejuízos, onde uma sociedade detentora de prejuízos fiscais é apenas adquirida com o propósito de utilizar os seus prejuízos fiscais, evitando-se que as decisões que os agentes económicos tomam sejam motivadas única e exclusivamente por razões fiscais.

C) Preços de Transferência

As sociedades devido à globalização e à crescente diminuição dos entraves alfandegários passaram a instalar filiais onde os custos de produção e os custos de tributação são mais competitivos. Esta situação levou as sociedades a redireccionarem os seus lucros para as filiais que se encontrem situadas no regime de tributação mais favorável. É nesta medida que surge a legislação quanto aos preços de transferência, impedindo que as sociedades procedam à manipulação das suas bases tributáveis, aumentando ou diminuindo os preços das operações efectuadas entre os membros de um mesmo grupo de sociedades⁶⁵.

Os preços de transferência são assim uma área de risco quer em situações de lucro, quer em situações de prejuízo.

De acordo com o princípio da plena concorrência, denominado internacionalmente como *arm's length principle*, a remuneração ou a distribuição de lucros de uma filial deve estar de acordo com as funções exercidas, tendo em conta os riscos corridos e os activos utilizados.

⁶⁵ V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, pág. 239, cit. nota 11.

4.2. Alguns Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo

Refira-se a este propósito que através do Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro⁶⁶, foram estabelecidas em Portugal obrigações específicas de informação à Administração Fiscal, relativas a esquemas ou operações que visem a redução dos encargos fiscais, no âmbito do planeamento fiscal abusivo⁶⁷, onde dispõe o artigo 4º, nº 1, al. d), que se encontram sujeitos a estas obrigações esquemas ou operações de planeamento fiscal que envolvam a utilização de prejuízos fiscais⁶⁸.

Na sequência do referido Decreto-Lei, foram divulgados entre 2008 e 2010 cerca de 80 situações, pelo que em 2010 as autoridades fiscais procederam à realização de uma lista com 13 esquemas⁶⁹ que poderiam ser potencialmente abusivos, dos quais 4 esquemas referem-se a situações envolvendo prejuízos fiscais⁷⁰.

Após termos identificado as áreas de maior risco de planeamento fiscal abusivo envolvendo prejuízos fiscais, cabe agora analisar as principais categorias de esquemas, identificadas no relatório da OCDE⁷¹, para efeitos do resultado pretendido, também aqui de uma forma bastante sucinta.

- Esquemas que visam a transferência de prejuízos;

O objectivo é proceder à transferência de prejuízos de uma entidade para outra entidade que tenha operações geradoras de lucros, permitindo que a entidade que recepciona os prejuízos os possa deduzir no seu lucro tributável.

⁶⁶ O presente Decreto-Lei decorreu da autorização legislativa prevista no artigo 98º da Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro.

⁶⁷ Para uma análise mais detalhada deste diploma, v. por exemplo, SOUSA; *O Planeamento Fiscal Abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro...*, págs. 4 e ss., cit. nota 61.

⁶⁸ Esta matéria foi esclarecida pelo Despacho nº 14592/2008, Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 27 de Maio de 2008, Anexo II, ponto 18, determinando que “*pode -se considerar enquadrada nesta categoria, por exemplo, a realização, por sociedade sujeita a tributação em Portugal, de operação de titularização de créditos futuros com imputação das receitas dessa operação aos resultados do exercício em que foi efectuada, para garantir a utilização parcial ou total de prejuízos fiscais cuja possibilidade de reporte caducaria nesse exercício*”.

⁶⁹ V. neste sentido, CÂMARA, Francisco de Sousa; FERNANDES, José Almeida; *Corporate Loss Utilization Through Aggressive Tax Planning*, International Transfer Pricing Journal, May/June 2012, (págs. 212 - 216) disponível em: http://www.mlgt.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2012/corporate_loss_utilization_through_aggressive_tax_planning_FSC_JAF_2012.pdf, pág. 214.

⁷⁰ V. Divulgação ao abrigo do artigo 15º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BC481FC3-FD05-4960-BB58-D7D2D96790DC/0/DivulgacaoDL_2908PFA.pdf, pontos D9, D11, D12 e D13.

⁷¹ OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 47 e ss. cit. nota 12.

Estes esquemas envolvem essencialmente o uso de instrumentos financeiros de elevada complexidade, tais como os *swaps*, a utilização do princípio da plena concorrência e a aquisição de uma sociedade geradora de prejuízos fiscais com o único objectivo de proceder à dedução dos seus prejuízos fiscais⁷².

- Esquemas que visam a transferência de lucros para entidades geradoras de prejuízos;

Nestes esquemas está em causa a transmissão de lucros para entidade com operações geradoras de prejuízos, permitindo a utilização dos prejuízos pela entidade que recebe os lucros⁷³.

Podemos encontrar nestes casos algumas situações em que é alocado um rendimento móvel às entidades com actividades geradoras de prejuízos fiscais, tais como rendimentos provenientes do financiamento ou licenciamento de activos intangíveis, permitindo a dedução de prejuízos a estes rendimentos, independentemente do facto de a entidade que recebe os lucros não prosseguir a actividade que deu origem ao rendimento.

Outros esquemas visam a dedução de prejuízos de entidades relacionadas nos lucros provenientes de vendas de activos a entidades terceiras.

Podemos encontrar ainda situações em que o contribuinte procede a uma reestruturação para que o rendimento passe para uma sociedade com prejuízos.

- Esquemas que visam contornar as restrições temporais da dedução de prejuízos;

Através do recurso a instrumentos financeiros visa-se “recuperar” prejuízos, que de outra forma não seriam utilizados, por exemplo devido às limitações temporais na dedução de prejuízos é criado rendimento tributável no último período em que ainda é permitido a dedução de prejuízos fiscais, por forma a que estes sejam utilizados⁷⁴.

⁷² Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 51, cit. nota 12.

⁷³ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 52, cit. nota 12.

⁷⁴ V. Divulgação..., cit. nota 70, ponto D9 “*uma sociedade (A) cede, a outra sociedade do grupo (B), um ramo de negócio, que inclui diversos contratos de clientes com duração limitada no tempo. O valor da cessão, correspondente ao valor de mercado, permite à sociedade A obter um lucro tributável, possibilitando-lhe a dedução de prejuízos fiscais que de outro modo caducariam. A sociedade B reconhece um activo que será amortizado ao longo do período de duração dos contratos de clientes. Para a execução dos contratos, a sociedade B, uma vez que não possui estrutura material e humana, subcontrata a sociedade A. A operação assim desenhada possibilita, de modo abusivo, que, por um lado, na sociedade A, os*

Noutras situações, temos esquemas que se baseiam numa suposta reestruturação, por forma a beneficiar de uma extensão do período em que é possível a dedução dos prejuízos, na medida da legislação do Estado em causa⁷⁵.

- Esquemas que visam contornar as restrições na dedução de prejuízos quando está em causa uma alteração de titularidade e/ou de actividade;

Estes esquemas envolvem, por exemplo, a injeção de rendimento numa sociedade geradora de prejuízos fiscais imediatamente antes de uma mudança relevante na participação da sociedade, o que levaria à perda da possibilidade de dedução de prejuízos fiscais para a frente. Este aumento de rendimento pode ser obtido com recurso à transferência de rendimento móvel ou através de instrumentos financeiros.

Noutros casos pode-se encontrar o recurso a acções com diferentes direitos de participação como instrumento para contornar a aplicação limitada no uso de prejuízos fiscais quando está em causa uma mudança de titularidade⁷⁶.

- Esquemas que visam contornar as regras no que diz respeito ao reconhecimento ou tratamento de prejuízos;

Estes esquemas pretendem, por exemplo, contornar as regras da dedução de prejuízos fiscais dentro de um grupo de sociedades, contornar as regras de dedução de prejuízos fiscais transfronteiriços, ou contornar as regras que permitem a dedução de prejuízos fiscais para a frente ou para trás⁷⁷.

- Esquemas que visam a criação de prejuízos artificiais;

prejuízos fiscais, cuja dedutibilidade estava em vias de caducar, sejam aproveitados, e por outro, na sociedade B, sejam gerados custos através da depreciação do activo cedido”; ponto D12 “uma sociedade realiza uma operação financeira de titularização de créditos futuros. As obrigações emitidas pela entidade que adquiriu os créditos podem ser colocadas junto de uma instituição financeira ou ser subscritas por outra sociedade do grupo. A sociedade obtém, deste modo, a antecipação de receitas futuras que, em simultâneo, são consideradas, apenas para efeitos fiscais, como proveitos ou rendimentos do período de tributação em que a operação teve lugar, sendo acrescidas ao lucro tributável. O aumento do lucro tributável daí resultante não é efectivamente tributado dada a existência de prejuízos fiscais de exercícios anteriores ainda dentro do período de reporte”.

⁷⁵ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 53, cit. nota 12.

⁷⁶ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 53 e 52, cit. nota 12.

⁷⁷ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 54, cit. nota 12.

Estes esquemas diferem dos restantes, pois enquanto nos restantes está em causa a utilização de prejuízos fiscais que derivam de uma perda económica que teve lugar numa determinada entidade, neste caso está em causa a criação de prejuízos fiscais sem qualquer correspondência económica, isto é, visa-se a criação de prejuízos apenas para efeitos fiscais sem que tenha ocorrido do ponto de vista económico um prejuízo⁷⁸.

- Esquemas que visam a dupla utilização de prejuízos.

Neste caso estamos perante situações que permitem que um mesmo prejuízo seja deduzido duas vezes. Um dos exemplos mais comuns é a situação em que num grupo de sociedades é deduzido um prejuízo de uma filial situada num terceiro Estado, enquanto nessa mesma filial ainda se pode proceder à dedução do prejuízo nos períodos fiscais seguintes⁷⁹.

Estes esquemas são prosseguidos através da exploração das diferenças entre o tratamento fiscal dado aos instrumentos, às entidades e às transferências entre dois ou mais Estados.

Da diferença de tratamento entre os diversos Estados pode resultar ainda o facto de uma sociedade ser considerada residente em dois Estados diferentes. Nestas circunstâncias, se a legislação interna de ambos os Estados permite a sociedade beneficiar do regime de grupo de sociedades, a sociedade poderá deduzir as suas perdas duas vezes.

Outra situação que merece a nossa atenção é a situação das entidades híbridas, isto é, quando as diferentes regras de classificação das entidades são passíveis de criar várias deduções para o mesmo prejuízo.

⁷⁸ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, págs. 55 e 56, cit. nota 12.

⁷⁹ Ver neste sentido, OECD; *Corporate Loss Utilization Through...*, pág. 57, cit. nota 12.

Capítulo II – Análise Jurisprudencial do TJUE

1. Harmonização e Actuação do TJUE

Ao nível da tributação directa não se encontra no TFUE quaisquer disposições que expressamente regulem esta matéria⁸⁰, pelo que, de acordo com o princípio da subsidiariedade, cabe aos Estados-Membros deliberar sobre este ponto. Porém, esta reserva de competência não se traduz numa competência ilimitada por parte dos Estados-Membros, deve ser exercida respeitando as obrigações assumidas com a adesão à UE, nomeadamente, o respeito pelas liberdades fundamentais:

- Liberdade de circulação de mercadorias;
- Liberdade de circulação de pessoas (que engloba a circulação de trabalhadores e de estabelecimento);
- Liberdade de prestação de serviços;
- Liberdade de circulação de capitais.

No sentido de acautelar o respeito pelas disposições do TFUE, tem havido lugar a harmonização em matéria de tributação directa e esta tem sido prosseguida por duas formas:

- Por via do Direito da UE derivado (harmonização positiva), exigindo-se para o efeito a aprovação por unanimidade, nos termos do artigo 115º, do TFUE⁸¹;
- Por via da harmonização negativa, isto é quando atingida por via da jurisprudência do TJUE.

Em matéria de tributação directa a harmonização positiva das matérias é escassa, facto que resulta essencialmente da dificuldade em obter unanimidade para aprovação das propostas. Face à crescente integração europeia e à perda de competências, os Estados-Membros consideram a liberdade de definir a organização e a concepção do seu sistema fiscal, bem como determinar a repartição do poder tributário entre si, como a derradeira

⁸⁰ V. neste sentido, TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J.; *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Sixth Edition, 2012, pág. 16.

⁸¹ Artigo 115º TFUE “(...) o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta directivas para aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno”.

forma de exercer a sua soberania, tornando-os reticentes em abdicar da sua liberdade de disposição nesta matéria.

Em resultado das dificuldades de proceder à harmonização, por via de directivas comunitárias, a Comissão Europeia recorre a outros instrumentos, tais como códigos de conduta (“acordos de cavalheiros”)⁸². Estes instrumentos são considerados *soft law*, e consistem em fases iniciais de propostas de directivas comunitárias ou mesmo substituições destas.

Após a aprovação de um código de conduta, se os Estados-Membros não o cumprirem, a Comissão Europeia pode dar início a uma acção de incumprimento, nos termos do artigo 258º, do TFUE.

Em matéria de harmonização positiva, em matéria de tributação directa, podemos assim encontrar os seguintes diplomas:

- Directiva do Conselho sociedades-mães/afiliadas 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990, alterada pela Directiva do Conselho 2003/123/CE, de 22 de Dezembro de 2003;
- Directiva do Conselho sobre fusões, cisões, troca de activos e permuta de acções 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, alterada pela Directiva do Conselho 2005/19/CE, de 17 de Fevereiro de 2005;
- Convenção de arbitragem 90/436/CEE, de 23 de Julho de 1990, e o código de conduta relativo aos preços de transferência;
- Acordos prévios vinculativos sobre preços de transferência;
- Directiva de rendimentos da poupança sob a forma de pagamentos de juros 2003/48/CE, de 3 de Junho de 2003;
- Directiva de juros e royalties entre empresas associadas de diferentes Estados-Membros, 2003/49/CE, de 3 de Junho de 2003;
- Código de conduta da fiscalidade das empresas;
- Directiva do Conselho sobre a troca de informações 77/799/CEE, de 19 de Dezembro de 1977, e Directiva do Conselho para assistência à cobrança 76/308/CEE, de 15 de Março de 1976, alterada pela Directiva 2001/44/CE de 15 de Junho de 2001.

⁸² V. neste sentido, DOURADO, Ana Paula; *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora, 2010, pág. 222 e ss.; ROSADO PEREIRA; *Princípios do Direito Fiscal Internacional...*, pág. 285 e ss., cit. nota 33; e TERRA; WATTEL; *European Tax...*, pág. 147, cit. nota 80.

No que diz respeito ao tratamento dos prejuízos fiscais transfronteiriços, a harmonização tem sido alcançada por forma negativa, levada a cabo pelo TJUE.

Esta actuação do TJUE surge essencialmente como resultado de pedidos de decisão a título prejudicial, nos termos e para os efeitos do artigo 267º do TFUE⁸³.

Cabe aos tribunais de cada Estado-Membro proceder correctamente à aplicação da legislação da UE, contudo é possível que diversas interpretações possam surgir, gerando dúvidas relativamente a qual será a aplicação mais correcta da legislação. Por forma a esclarecer dúvidas quanto à aplicação da legislação e, assim, evitar uma aplicação diferenciada de Estado-Membro para Estado-Membro, foi criado o mecanismo do “reenvio prejudicial”, permitindo aos tribunais nacionais solicitar pareceres sobre uma determinada questão ao TJUE.

De acordo com a doutrina do acto claro os tribunais nacionais só não deverão submeter uma questão de interpretação ao TJUE se a aplicação da legislação da UE não deixar qualquer dúvida de interpretação⁸⁴.

No entanto, como iremos analisar, na maior parte dos casos o TJUE não providencia todas as respostas necessárias para que os tribunais nacionais dos Estados-Membros possam fazer uma correcta aplicação da legislação da UE, sem que se suscitem dúvidas de interpretação⁸⁵.

Na prática a harmonização negativa levanta diversos desafios.

⁸³ Artigo 267º do TFUE, “o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

⁸⁴ V. neste sentido acórdão de 24 de Janeiro de 1991, Srl CILFIT and Lanificio di GavardoSpa v. Ministry of Health, Processo C-283/81, parágrafo 16, para um estudo mais aprofundado desta matéria v. DOURADO, Ana Paula; *Is It Acte Claire? General Report on the Role Played by CILFIT in Direct Taxation, in The Acte Clair in EC Direct Tax Law* (edited by Ana Paula Dourado and Ricardo da Palma Borges), IBFD, 2008, (págs. 13 - 70), pág. 64.

⁸⁵ V. neste sentido GERSON, Anna; *The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries: The Swedish Case*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 6, December 2011, (págs. 273 - 282) pg. 274.

Antes de procedermos à análise da jurisprudência comunitária, cabe fazer algumas considerações relativamente ao âmbito de actuação do TJUE. Perante uma questão colocada ao TJUE este procede aos seguintes passos:

1) Analisar se existe direito ao benefício do TFUE, ou seja, se estamos perante cidadãos da UE, ou não, e se está a ser violada uma liberdade fundamental;

Para o tema em análise, as liberdades fundamentais que poderão se encontrar em causa são:

- A liberdade de estabelecimento;
- A livre circulação de capitais.

Para se definir qual destas liberdades fundamentais se aplica deve ter-se em conta o objecto da legislação em causa. Assim se estivermos perante uma “ (...) *participação que confere ao respectivo detentor uma influência efectiva*⁸⁶ *sobre as decisões da sociedade e lhe permite determinar as respectivas actividades, as disposições do Tratado CE aplicáveis são as relativas à liberdade de estabelecimento (...)*⁸⁷.

No entanto, ao mesmo tempo, poderão estar em causa situações que atinjam a esfera da livre circulação de capitais. Verificando-se efeitos restritivos à livre circulação de capitais, estes seriam a consequência forçosa de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento, pelo que se aplicam os mesmos princípios⁸⁸.

Assim, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais podem, em princípio, ser aplicadas em simultâneo, todavia não é justificável uma análise autónoma de cada uma das liberdades.

A estrutura de um grupo de sociedades resulta do exercício da liberdade de estabelecimento, logo será esta a liberdade mais afectada.

A liberdade de estabelecimento prende-se com o livre acesso e exercício de actividades não assalariadas, bem como com a constituição e gestão de empresas,

⁸⁶ De acordo com conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 10 de Setembro de 2009, *Société de Gestion Industrielle (SGI) vs. État belge*, Processo C-311/08, parágrafo 29, apesar de se ter como critério o exercer de uma influência efectiva o TJUE não fixou nenhum limiar de participação geralmente válido.

⁸⁷ V. neste sentido, parágrafo nº 20 acórdão *Oy AA*, cit. nota 43; v. acórdão de 12 Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*, processo C-196/04, parágrafo nº 31.

⁸⁸ V. neste sentido, parágrafo nº 24, acórdão *OY AA*, cit. nota 43; e parágrafo nº 33, acórdão *Cadbury Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, cit. nota 87.

nomeadamente sociedades. Para o âmbito deste trabalho importa-nos as situações relacionadas com as sociedades.

Assim, no campo da constituição e gestão de empresas, é necessário atribuir às empresas dos outros Estados-Membros as mesmas condições que são atribuídas às empresas nacionais⁸⁹.

Porém, há que ter em consideração que, para que estas disposições sejam aplicadas às sociedades, estas têm de ser constituídas de acordo com a legislação de um Estado-Membro, bem como ter a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal, no território da UE. Apenas nestas circunstâncias as sociedades são equiparadas aos nacionais (pessoas singulares) dos Estados-Membros⁹⁰.

Desta forma, estamos perante uma restrição proibida pela liberdade de estabelecimento quando, de alguma forma, é impedido ou dificultado o estabelecimento de uma sociedade residente num Estado-Membro noutra Estado-Membro da UE. Esta proibição é alargada também às agências, sucursais ou filiais⁹¹.

2) Aferir se estamos perante uma discriminação (sentido lato) ou se estamos perante uma disparidade;

Como já foi referido, não havendo medidas de harmonização comunitária, os Estados-Membros continuam a ser competentes para estabelecer os critérios de tributação dos rendimentos e do património, devendo exercer essa competência em observância do Direito da UE⁹².

No entanto, o exercício desta competência não implica que um Estado-Membro seja obrigado, ao estabelecer a sua legislação fiscal, a ter em conta as eventuais consequências adversas que podem decorrer das particularidades da legislação de outro Estado-Membro⁹³.

⁸⁹ Artigo 49º TFUE, segundo parágrafo.

⁹⁰ Artigo 54º TFUE, primeiro parágrafo.

⁹¹ Artigo 49º TFUE, primeiro parágrafo.

⁹² V. neste sentido, acórdão de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland plc vs. Elliniko Dimosio* [Greek State], Processo C-311/97, parágrafo 19.

⁹³ V. neste sentido, acórdão de 1 de Fevereiro de 1996, *Gianfranco Perfili*, Processo C-177/94, parágrafo nº 17, “(...) os artigos 18º, 49º e 56º não visam as eventuais disparidades de tratamento, de um Estado-Membro para outro, resultantes das divergências existentes entre as legislações dos Estados-Membros, desde que estas afectem todas as pessoas que caíam sob a sua alçada, de acordo com critérios objectivos e sem atender à sua nacionalidade(...)”

Se estivermos perante obstáculos às actividades económicas, dentro da UE, causados pelas diferenças de tratamento dos diversos sistemas fiscais dos Estados-Membros, deparamo-nos com uma disparidade.

O TJUE entende, a este respeito, que as disparidades não consubstanciam uma violação ao TFUE e, como tal, não lhe acaba actuar. Um exemplo de uma disparidade seria o caso de um contribuinte que reside num Estado-Membro, onde são aplicadas taxas de imposto reduzidas, que decide investir noutra Estado-Membro que pratica taxas de imposto mais elevadas. Este contribuinte sofre uma desvantagem fiscal, que se traduz numa mera disparidade.

Face ao exposto, uma legislação apenas será contrária ao TFUE quando, perante duas situações comparáveis, que envolvam sociedades residentes e não residentes, as medidas adoptadas sejam distintas. Da mesma forma, também nos encontramos perante uma legislação que não é admissível à luz do TFUE quando, perante duas situações que não se encontrem em situação comparável, seja adoptado o mesmo tratamento. Em ambos os casos estamos na presença de uma discriminação, sendo necessário fazer um juízo de comparabilidade.

Podemos ainda estar perante uma situação contrária ao TFUE, quando de alguma forma é impedido ou dificultado o estabelecimento de uma sociedade residente de um Estado-Membro noutra Estado-Membro. Este obstáculo poderá resultar de uma restrição à entrada ou de uma restrição à saída.

No âmbito da sua actuação, o TJUE começou por analisar as questões apenas do ponto de vista do enquadramento de uma medida como discriminatória, ou não, analisando para o efeito se estávamos perante uma discriminação directa ou indirecta. Apenas posteriormente é que passou a proceder à análise da existência ou não de obstáculos à liberdade de estabelecimento, restrições⁹⁴, deixando de ter em consideração a distinção entre discriminação directa e indirecta⁹⁵.

Algumas questões se têm levantado sobre a distinção entre restrições e discriminações, contudo não serão tratadas neste trabalho.

⁹⁴ V. neste sentido, ALMENDRAL, *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief ...*, pág.484, cit. nota 29.

⁹⁵ V. neste sentido RIVOLTA, *Transfer of Residence within the European Union ...*, (Part 1), pág. 26, cit. nota 3.

3) Existindo uma discriminação/restricção, analisar se esta é justificada e, quando o for, verificar se é proporcional aos objectivos prosseguidos.

Para cada caso concreto dever-se-á analisar se os limites de aplicação de uma vantagem fiscal aos contribuintes residentes se baseiam em critérios objectivos, pertinentes e susceptíveis de justificar uma diferença de tratamento.

Se a diferença de tratamento for justificável é, ainda, necessário realizar uma análise à proporcionalidade da norma, ou seja, verificar se a medida em questão é adequada a garantir a realização do objectivo legítimo que a norma prossegue e que não ultrapassa o necessário para o atingir.

Uma medida não será proporcional sempre que, ainda que justificável (por prosseguir um objectivo compatível com o TFUE) os objectivos prosseguidos puderem ser atingidos através de uma medida menos restritiva.

Este ponto irá ser abordado ao longo do trabalho, mediante a análise de algumas das justificações admitidas pelo TJUE.

As sociedades, no exercício da sua liberdade de estabelecimento, pretendendo desenvolver a sua actividade noutro Estado-Membro que não o seu de origem, poderão fazê-lo através de uma de duas situações possíveis:

- Criação de uma filial noutro Estado-Membro, constituindo uma nova entidade jurídica, constituindo um grupo de sociedades;
- Criação de uma sucursal ou de um estabelecimento estável, onde estamos perante uma única entidade jurídica, estando em causa a actuação de uma única sociedade⁹⁶.

Em ambas as situações levantam-se grandes dificuldades relativamente à possibilidade da transmissibilidade de prejuízos fiscais de um Estado-Membro para outro. Ou seja, prejuízos fiscais que se visa que ultrapassem a jurisdição de um Estado-Membro e produzam efeitos na jurisdição de outro Estado-Membro.

⁹⁶ Como já referimos um estabelecimento estável não tem personalidade jurídica.

2. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de um Grupo de Sociedades

2.1. Primeira Abordagem

O acórdão *ICI*⁹⁷ foi o primeiro acórdão onde foi abordada a questão da transmissibilidade de prejuízos fiscais entre sociedades⁹⁸, embora no caso em apreço não estivéssemos no âmbito de transferências transfronteiriças.

Na situação em consideração a sociedade ICI pretendia deduzir os prejuízos sofridos por uma das suas filiais, sita no Reino Unido, contudo a dedução de grupo foi-lhe negada em razão de a maioria das suas filiais não se situarem no Reino Unido e, como tal, a Holdings em causa não constituía uma sociedade holding de acordo com a legislação do Reino Unido.

Neste primeiro momento, em que o TJUE procedeu a uma análise do tratamento dos prejuízos fiscais quando se está perante um grupo de sociedades, foi alegada como justificação o risco de evasão fiscal, a perda de receitas fiscais e a necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal. De seguida vamos analisar o que o TJUE considerou em relação a cada uma destas justificações.

A justificação do risco de evasão fiscal⁹⁹ foi invocada com base no receio de que fossem transferidas despesas das filiais que não têm sede no Reino Unido para as filiais aí residentes.

Quanto a este ponto o TJUE considerou que a legislação em apreço não tinha como “(...) *objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade era contornar a lei fiscal do Reino Unido, mas visa, de maneira geral, qualquer situação (...)*”¹⁰⁰.

⁹⁷ A sociedade a Imperial Chemical Industries plc (ICI) e a sociedade Wellcome Foundation Ltd, ambas com sede no Reino Unido, formavam um consórcio através do qual detinham a sociedade Coopers Animal Health (Holdings) Ltd, detendo a sociedade Holdings diversas outras sociedades (filiais).

⁹⁸ V. neste sentido, POLICY DEPARTMENT ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICIES, *The Impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation 2010*, ECON, 2011, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120313ATT40640/20120313ATT40640EN.pdf>, pág. 56.

⁹⁹ V. parágrafo nº 25, acórdão *ICI*, cit. nota 42.

¹⁰⁰ V. parágrafo nº 26, acórdão *ICI*, cit. nota 42.

A justificação com base na perda de receitas fiscais foi, mais uma vez, alegada pelos Estados-Membros e, mais uma vez, foi afastada. O TJUE não considera, relativamente a esta justificação, que se está perante uma razão imperiosa de interesse geral que permita uma desigualdade de tratamento ¹⁰¹.

Também a justificação com base na coerência do sistema fiscal foi afastada, uma vez que no caso em apreço não se verificava nenhuma “(...) *relação directa (...) entre, por um lado, a dedução fiscal, na esfera da sociedade de consórcio, das perdas sofridas por uma das suas filiais com sede no Reino Unido e, por outro, a tributação dos lucros das filiais com sede fora do Reino Unido*” ¹⁰².

Na sequência deste acórdão o Reino Unido procedeu à alteração da sua legislação no sentido de prever a utilização de prejuízos fiscais de sociedades residentes, de sucursais, estabelecimentos estáveis ou agentes de entidades não residentes, mas com actividade no Reino Unido, por forma a ir de encontro à jurisprudência analisada ¹⁰³.

Contudo, houve questões que não foram respondidas: permaneceu a questão relativa ao tratamento dos prejuízos fiscais transfronteiriços. Esta questão viria, anos mais tarde a ser abordada com o acórdão *Marks & Spencer*.

¹⁰¹ V. parágrafo nº 28, acórdão *ICI*, cit. nota 42.

¹⁰² V. parágrafo nº 29, acórdão *ICI*, cit. nota 42.

¹⁰³ V. neste sentido, ESTEVES, Jaime Carvalho; *Acórdãos ICI e Marks & Spencer e o RETGS*, *Jornal de Negócios*, Dezembro de 2005, PWC, disponível em: <http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/HFC/Artigo-acordaos-ici-JCE-Dez-05.pdf>

2.2. Um Ponto de Viragem?

Foi com o acórdão *Marks & Spencer* que a questão da transmissibilidade de prejuízos fiscais transfronteiriços foi abordada pela primeira vez.

No processo em apreço estava em causa uma transferência de prejuízos fiscais de filiais para a sociedade-mãe, estando estas em Estados-Membros diferentes. A sociedade *Marks & Spencer* com sede no Reino Unido requereu a dedução fiscal de grupo¹⁰⁴ de prejuízos fiscais sofridos pelas suas filiais estabelecidas na Bélgica, na Alemanha e em França.

A questão levantada foi se uma legislação “*que impede uma sociedade-mãe residente de deduzir do seu lucro tributável os prejuízos sofridos noutros Estados-Membros por filiais estabelecidas nesses Estados, quando tal dedução é admissível relativamente aos prejuízos sofridos por filiais residentes*”¹⁰⁵ é contrária à liberdade de estabelecimento e à liberdade de circulação de capitais.

A possibilidade de optar por uma dedução de grupo corresponde a uma vantagem fiscal¹⁰⁶, ou seja, a possibilidade de imputar os prejuízos fiscais aos lucros de outras sociedades do grupo¹⁰⁷ no mesmo período em que ocorram, constitui uma vantagem de tesouraria. Negar esta possibilidade a uma filial que se encontre estabelecida noutro Estado-Membro constituiria uma restrição à liberdade de estabelecimento.

Perante a restrição verificada, os Estados-Membros que apresentaram alegações consideraram que:

- De acordo com o princípio da territorialidade, as filiais residentes e as filiais não residentes não se encontram numa situação comparável;
- A legislação em causa é justificável por forma a,
 - garantir a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros;
 - evitar o risco de dupla utilização de prejuízos;
 - evitar o risco de evasão fiscal.

¹⁰⁴ “Group Relief”, trata-se de um regime especial de tratamento dos prejuízos, em que uma “sociedade cedente” cede os seus prejuízos a uma “sociedade reclamante”, mediante requerimento à Administração Fiscal da sociedade reclamante, perdendo a “sociedade cedente” a possibilidade de transmitir os prejuízos fiscais para exercícios posteriores.

¹⁰⁵ V. parágrafo nº 27, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

¹⁰⁶ Discordando desta consideração, v. ALMENDRAL, *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief ...*, pág. 478, cit. nota 29, para esta autora o que está em causa não é uma vantagem fiscal mas, apenas, ter em consideração a verdadeira capacidade contributiva do agente.

¹⁰⁷ V. parágrafo nº 32, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

2.2.1. Justificações Admitidas

A primeira das justificações¹⁰⁸ admitidas diz respeito à preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

Relativamente a esta, o TJUE considerou que, a possibilidade das sociedades poderem escolher imputar os seus prejuízos no Estado-Membro em que se encontram estabelecidas ou noutro Estado-Membro, colocaria em causa a repartição do poder tributário entre os Estados. A possibilidade de optar resultaria na diminuição da matéria colectável num Estado-Membro e, conseqüentemente, no aumento da matéria colectável noutro Estado-Membro¹⁰⁹.

Assim, em algumas situações, pode ser necessário que a legislação fiscal de um Estado-Membro seja aplicável apenas às actividades prosseguidas no seu território, tanto no que diz respeito aos lucros como no que diz respeito aos prejuízos, de forma a garantir a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

Estamos, neste âmbito, perante a regra da simetria entre os lucros e os prejuízos, como foi entendida pelo TJUE¹¹⁰.

A segunda justificação refere-se ao risco de dupla utilização de prejuízos. O TJUE admitiu, quanto a este risco, que uma legislação que visa impedir que os prejuízos sejam deduzidos no Estado-Membro de estabelecimento da sociedade e em simultâneo noutro Estado-Membro onde se encontre estabelecida outra sociedade do grupo, seria justificável.

Por um lado, poder-se-ão levantar algumas críticas quanto à aceitação desta justificação, decorrentes do facto de em matéria de tributação directa não haver uma

¹⁰⁸ V. parágrafo nº 45 e parágrafo nº 46, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

¹⁰⁹ Discordando desta argumentação do TJUE v. LANG, Michael, *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, European Taxation, February 2006, pág. 57. No mesmo sentido, v. DOUMA, Sjoerd; NAUMBURG, Caroline; *Marks & Spencer: Are National Tax Systems Éclairé?*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 431 - 432), pág. 432. Para estes autores a diminuição da matéria colectável num Estado não significa necessariamente que esta aumente no outro Estado. A mesma argumentação do TJUE foi seguida no acórdão *X holding B.V.*, a propósito da qual DENNIS WEBER também considerou o já exposto, in: SILVA, Bruno; *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union*, Intertax, Vol. 39, Issue 5, May 2010, (págs. 257 - 265), pág. 258.

¹¹⁰ V. GHOSH, Julian; *Principles of the Internal Market and Direct Taxation*, Key Haven Publications PLC, 2007, pág. 212 e 213, este autor considera a propósito desta justificação que o TJUE podia antes ter repetido os argumentos utilizados no acórdão *Futura.*, entende que um sistema de acordo com o princípio da territorialidade não pode constituir uma violação do TFUE. Para este autor não estava em causa qualquer violação do TFUE, as justificações utilizadas não são mais do que razões que levam a essa mesma conclusão.

concreta harmonização. Assim, parece-nos duvidoso que, face ao direito da UE, se possa justificar um tratamento discriminatório com base no risco de dupla utilização de perdas, quando em matéria fiscal cabe aos Estados-Membros determinarem a forma como é efectuada a tributação, podendo originar situações em que um rendimento é tributado duas vezes e, outras, em que não é tributado de todo.

Face a estas circunstâncias, parece-nos dúbio que os Estados-Membros aceitem que um rendimento não seja tributado nem num Estado nem noutro, mas não aceitem a dupla utilização de prejuízos^{111 112}. Da mesma forma que da liberdade dos Estados-Membros resulta a possibilidade de não incidência sobre um rendimento, também pode resultar a dupla utilização de prejuízos.

Por outro lado, podemos concluir do acórdão que o TJUE encarou o mercado interno da UE da mesma forma que os Estados-Membros encaram os mercados nacionais. Assim, tal como um Estado-Membro não admite a dupla dedução de prejuízos no seu mercado nacional, também o TJUE não o admitiu¹¹³. Podemos considerar aqui patente os princípios de um mercado comum.

Relativamente à terceira justificação, o risco de evasão fiscal, o TJUE considerou que uma norma que tivesse como objectivo impedir que se desenvolvesse um tráfico de prejuízos, isto é, impedir que os prejuízos sejam transferidos, dentro de um grupo de sociedades, para sociedades estabelecidas nos Estados-Membros que aplicam taxas mais reduzidas, seria justificável.

Importa referir que a mera transferência de uma actividade para fora do território de um Estado-Membro não é, por si só, uma forma de evasão fiscal, pois a perda de receitas

¹¹¹ V. neste sentido, LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pág. 58, cit. nota 109. Este autor refere, neste âmbito, que perante uma convenção de dupla tributação que deixa espaço à não tributação é difícil de aceitar que a dupla dedução de prejuízos seja afastada. Quanto a este ponto, considera que um Estado que recorra ao método do crédito deixa menos espaço à não tributação do que um Estado que recorra ao método da isenção e, como tal, este último tem mais dificuldade em justificar a exclusão da possibilidade de dupla dedução de prejuízos.

¹¹² V. em sentido contrário, VANISTENDAEL, Frans; *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 413 - 420), pág. 416, este autor considera que se os rendimentos provenientes de outro Estado-Membro só devem ser tributados uma vez, também os prejuízos provenientes de outro Estado-Membro só devem ser deduzidos uma vez, de forma a garantir a neutralidade que caracteriza o mercado comum.

¹¹³ V. neste sentido HURK, Hans van den; *Cross-Border Loss Compensation – The ECL's Decision in Marks & Spencer and How It Was Misinterpreted in the Netherlands*, May 2006, disponível em: http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Netherlands/Local%20Assets/Documents/NL/Denk tank/Fiscale%20kennisgroep/nl_nl_FK_hvdhcrossborder.pdf, pág. 181.

decorre do simples exercício de uma liberdade fundamental, a liberdade de estabelecimento.

A jurisprudência anterior do TJUE admitia o argumento do risco de evasão fiscal apenas quando estivessem em causa esquemas puramente artificiais, ou seja, quando o benefício que se pretendesse obter tivesse apenas como objectivo contornar a lei fiscal. Este argumento não era considerado aceite no caso de as normas não visarem esse objectivo em concreto¹¹⁴.

No entanto, no acórdão *Marks & Spencer* não é referido que a norma vise especificamente esquemas puramente artificiais¹¹⁵.

Neste âmbito, o TJUE apenas refere que os “*Estados-Membros permanecem livres de adoptar ou manter em vigor normas que tenham por objectivo específico excluir a aplicação de benefícios fiscais em caso de expedientes puramente artificiais cuja única finalidade seja a de contornar a lei fiscal nacional ou fugir à sua alçada*”¹¹⁶.

A argumentação utilizada pelo TJUE quanto a este argumento parece ser algo contraditória, pois se por um lado não exige que a legislação em causa vise impedir especificamente estruturas puramente artificiais, por outro lado, refere-se a esta exigência, considerando que os Estados-Membros são livres de manter tal legislação.

No acórdão *Marks & Spencer* estas justificações foram ponderadas como um todo, ou seja, foram aceites conjuntamente, não sendo consideradas individualmente¹¹⁷.

¹¹⁴ V. neste sentido, acórdão *ICI*, parágrafo 26, cit. nota 42, “*No que toca à justificação baseada no risco de evasão fiscal, basta sublinhar que a legislação em causa no processo principal não tem por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade era contornar a lei fiscal do Reino Unido, mas visa, de maneira geral, qualquer situação em que a maioria das sociedades filiais de um grupo tenha a sua sede, por qualquer razão, fora do Reino Unido*”; e acórdão de 21 de Novembro de 2002, *X and Y vs. Riksskatteverket*, Processo C-436/00, parágrafo 61, “*a disposição em causa no processo principal não tem por objecto específico excluir de um benefício fiscal os esquemas puramente artificiais cuja finalidade seria contornar a lei fiscal sueca, antes visando, de um modo geral, qualquer situação em que, independentemente da razão invocada, a cessão a preço abaixo do valor seja efectuada em proveito de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro em que o cedente detém uma participação ou de uma filial criada no Reino da Suécia por essa sociedade*”.

¹¹⁵ V. neste sentido, RØNFELDT, Thomas; *The Lawfulness of the Restriction of Losses – On the European Union (EU) Law Impact on the Deduction of Losses Incurred Abroad*, Intertax, Vol. 41, Issue 6&7, June-July 2013, (págs. 360 - 374);, pág. 367.

¹¹⁶ V. parágrafo nº 57, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

¹¹⁷ V. quanto a este ponto DOUMA; NAUMBURG, *Marks & Spencer: Are National Tax...*, pág. 433, cit. nota 109, para este autor as três justificações não podem ter lugar ao mesmo tempo, uma vez que considerar que a matéria colectável irá diminuir num Estado e aumentar noutra exclui a possibilidade de se utilizarem as perdas nos dois Estados. Assim considera que o Tribunal de Justiça ponderou que uma legislação como a que estava em causa poderia levantar o risco das três justificações, sem que isso signifique que tivesse que estas tenham de ocorrer em simultâneo.

O TJUE alterou, assim, a sua forma de actuar¹¹⁸. Em situações anteriores, por diversas vezes, foram rejeitadas as justificações apresentadas no acórdão *Marks & Spencer* por serem apreciadas individualmente. Tais situações poderiam ter tido um desfecho diferente caso a apreciação das justificações tivesse sido efectuada como um todo.

2.2.2 Proporcionalidade

Após o TJUE ter admitido as três justificações, *supra* referidas, procedeu à análise da proporcionalidade das medidas, ou seja, apurar se estas ultrapassariam ou não o necessário para prosseguir os objectivos que se visavam atingir.

Neste ponto, a sociedade Marks & Spencer e a Comissão propuseram como medida menos restritiva um sistema de reintegração, isto é, permitir que fossem deduzidos os prejuízos na sociedade-mãe, sendo posteriormente recuperados quando a filial voltasse a ter lucros, transferindo para a sociedade-mãe os lucros obtidos pela filial até ao valor dos prejuízos anteriormente deduzidos. Neste sistema teríamos uma transferência temporária dos prejuízos¹¹⁹.

Contudo, em concreto, o TJUE não se pronunciou sobre esta medida, considerando por sua vez que a legislação em causa seria desadequada quando¹²⁰:

- *“a filial não residente tiver esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores, eventualmente através da transferência desses prejuízos para um terceiro ou da imputação dos referidos prejuízos nos lucros obtidos pela filial no decurso de exercícios anteriores”;*

¹¹⁸ V. neste sentido, VANISTENDAEL, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty...*, pág. 415, cit. nota 112, que considera, quanto a este aspecto, que aceitar o efeito cumulativo dos diferentes argumentos constitui uma nova abordagem do TJUE, mesmo que separadamente cada elemento não seja adequado como justificação. V. também LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pág.56, cit. nota 109.

¹¹⁹ V. MEUSSEN, Gerard T. K.; *Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General’s Opinion in the Mark’s & Spencer Case*, *European Taxation*, Vol. 45, Number 7, July 2005, (págs. 282 - 286), pág. 285, em que considera que se fosse adoptado um sistema em que se constitua uma unidade fiscal única, em que as filiais situadas noutros Estados-Membros seriam na prática tratadas como estabelecimentos estáveis, seria possível a dedução de prejuízos, pois posteriormente seriam recapturados. Não existindo nestas circunstâncias os problemas associados à consideração de um tratamento equivalente.

¹²⁰ V. parágrafo nº 55, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

- “*não haja possibilidade de dedução dos prejuízos da filial estrangeira no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro*”.

O Advogado Geral POIARES MADURO¹²¹, nas conclusões apresentadas ao processo *Marks & Spencer*, refere-se a um “tratamento equivalente”. Este termo utilizado pelo Advogado Geral é susceptível de crítica pois não é passível de ser considerado um tratamento equivalente a dedução dos prejuízos no período em que tiveram lugar, à situação em que a dedução de prejuízos ocorre nos períodos seguintes em que se verifique um resultado positivo¹²². A razão para este facto resulta do valor económico dos prejuízos. Uma vez que o valor económico dos prejuízos não é o mesmo no período em que têm lugar e nos períodos seguintes, quanto mais tarde os prejuízos forem deduzidos menor será o seu valor económico¹²³.

Neste ponto parece haver uma incongruência¹²⁴, pois é assumido que a possibilidade de uma imputação imediata dos prejuízos noutras sociedades do grupo é uma vantagem fiscal e, por outro lado, admite-se que esse regime seja negado se levar a uma desvantagem fiscal. Ou seja, negar a imputação imediata dos prejuízos consubstancia uma desvantagem fiscal, no entanto, o TJUE admite essa desvantagem se no Estado-Membro da filial for possível deduzir os prejuízos em anos futuros. Ora, isto, por si, também constitui uma desvantagem fiscal, pois não se verifica uma imputação imediata.

Assim, se o Estado-Membro de estabelecimento consagrar o benefício da dedução de prejuízos (quer para frente quer para trás, mesmo que não o permita no período em que

¹²¹ V. Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, de 7 de Abril de 2005, *Marks & Spencer plc vs. David Halsey [Her Majesty’s Inspector of Taxes]*, Processo C-446/03, parágrafo 80.

¹²² V. neste sentido, LANG, Michael; *Marks and Spencer – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro*, EC Tax Review, Vol. 14, Issue 2, 2005, (págs. 95 - 100), pág. 284, em que considera que uma sociedade com filiais noutros Estados-Membros continua em desvantagem comparativamente a uma sociedade que tenha apenas filiais no seu Estado-Membro de residência, pois é privada da possibilidade da vantagem fiscal imediata de deduzir os prejuízos no período em que tiveram lugar, se no Estado de estabelecimento da filial existir um sistema de dedução de prejuízos para a frente. E ainda, v. ISENBAERT, Mathieu; VALIJEMARK, Caroline; *Mark’s and Spencer judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place*, EC Tax Review, Vol. 15, Issue 1, 2006, (págs. 10 - 17), pág. 14.

¹²³ O TJUE, no acórdão *X and Y*, parágrafo 38, cit. nota 114, considerou o distanciamento temporal relevante “o benefício do diferimento do imposto sobre as mais-valias, privando assim o cedente de uma vantagem de tesouraria por a sede da sociedade-mãe da sociedade cessionária estar situada noutro Estado-Membro, esvaziaria, com efeito, o artigo 43.º CE do seu conteúdo”.

¹²⁴ V. neste sentido, WIMPISSINGER, Cristian; *Cross-border transfer of losses, the ECJ does not argue with Advocate General Sharpston*, EC Tax Review, Vol. 17, Issue 4, 2008, (págs. 173 - 181) pág. 174.

ocorreram) não se exige que seja admitida a transferência transfronteiriça de prejuízos fiscais.

Neste ponto a doutrina distingue os prejuízos definitivos dos restantes. No entanto, o TJUE não se alongou quanto ao desenvolvimento desta questão.

Podemos considerar que o TJUE, na sua ponderação do acórdão *Marks & Spencer*, aproximou-se do raciocínio desenvolvido no acórdão *Schumaker*^{125 126}. Vejamos, em ambos os casos estamos perante um pedido de deduções no âmbito de rendimentos auferidos e tributados num Estado-Membro que não o de residência e, em ambos os casos, o TJUE considerou que as deduções devem ter lugar no Estado-Membro de residência, a menos que tal não seja possível. Apesar de estarmos perante dois âmbitos distintos podemos ver algumas semelhanças no raciocínio¹²⁷.

Encontramos no âmbito do acórdão *Marks & Spencer* o “*always somewhere approach*”¹²⁸, ou seja, o TJUE considera que, de forma a garantir um mercado comum, deve ser admitido que os prejuízos sejam deduzidos, se não puderem ser no Estado-Membro de estabelecimento terão de ser deduzidos no Estado-Membro de residência.

O acórdão *Marks & Spencer* aborda assim pela primeira vez a questão da dedução de prejuízos transfronteiriços no âmbito um regime de grupo, abrindo as portas para a possibilidade da sua realização se determinados requisitos se verificarem¹²⁹.

¹²⁵ Na mesma linha de raciocínio encontramos também o acórdão de 16 de Outubro de 2008, R.H.H. Renneberg vs. Staatssecretaris van Financiën, Processo C-527/06.

¹²⁶ V. nesse sentido BOULOGNE; SLAVNIC; *Cross-Border Restructuring ...*, págs. 486 e 487, cit. nota 51.

¹²⁷ V. neste sentido, WHITEHEAD, Simon; *Cross-Border Group Relief Post Marks & Spencer*, in: *Tax Planning International - Special Report*, May 2008, disponível em: http://www.dorsey.com/files/Publication/7a50cb19-c22a-4550-b20b-007662ee1b09/Presentation/PublicationAttachment/f9433c6a-49bc-4c7b-8658-024b3733bb68/BNA_GroupTaxPlanning_May2008.pdf, pág. 10.

¹²⁸ V. neste sentido, RIVOLTA, Alfonso; *Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part 2*, *European Taxation*, Vol. 50, Number 2/3, February/March 2010, (págs. 66 - 78), pág. 69 e 70; v. TERRA; WATTEL; *European Tax...*, pág. 557 e ss., cit. nota 80.

¹²⁹ Na sequência do acórdão *Marks & Spencer* a Comissão Europeia iniciou contra o Reino Unido uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 258º do TFUE, por forma a garantir que a decisão do acórdão em causa fosse correctamente implementada. A Comissão Europeia entendeu que as condições introduzidas, pelo Reino Unido, para que os contribuintes procedessem, no âmbito do sistema de “*group relief*”, a deduções transfronteiriças de prejuízos tornavam virtualmente impossível a utilização do benefício. V. neste sentido, *Corporate taxation: Commission requests the United Kingdom to properly implement an ECJ ruling on cross-border loss compensation (IP/08/1365)* 2008, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1365_en.htm; e *Corporate taxation: Commission refers the United Kingdom to the European Court of Justice over improper implementation of an ECJ ruling on cross-border loss relief (IP/09/1461)* 2009, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1461_en.htm; e v. BAKER, Philip; *UK: Marks & Spencer (Group Relief) II and Philips Electronics UK*

Na sequência da análise do acórdão *Marks & Spencer*, surgiram várias questões distintas, entre elas:

- Se o acórdão *Marks & Spencer* é uma exceção na jurisprudência ou tornar-se-á a regra¹³⁰?
- A doutrina do acórdão *Marks & Spencer* poder-se-à aplicar às situações de transmissibilidade de prejuízos entre estabelecimentos estáveis e a sociedade principal?
- O que se entende por prejuízos definitivos?

Esperava-se que, com o desenvolvimento jurisprudencial subsequente, estas questões fossem respondidas.

Limited, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2009, Vol. 64, Linde, 2010, (págs. 251 - 260), págs. 253 e ss..

¹³⁰ Quanto à apreciação desta questão v. LANG, Michael; *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a new Direction?*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 421 - 430), pág. 428.

2.3. Desenvolvimentos Posteriores

Desde o acórdão *Marks & Spencer* a questão em análise nunca mais voltou a ser colocada, isto é, o TJUE não voltou a ser questionado no âmbito de um regime de grupo relativamente à admissibilidade da transmissibilidade de prejuízos fiscais, no sentido de uma filial ter apurado um prejuízo fiscal que pretende ver deduzido no Estado-Membro da sociedade-mãe.

No entanto, podemos encontrar na jurisprudência entretanto criada situações que se assemelham e que têm interesse para o tema que nos propusemos analisar. Assim, podemos distinguir três situações:

- Quando estão em causa perdas apuradas com uma filial noutra Estado-Membro que não o da sociedade-mãe;
- Quando estão em causa regimes de grupo que prevêm a transmissibilidade de lucros e não de prejuízos;
- Quando está em causa a aplicação de um regime de grupo.

Analisaremos cada uma destas situações separadamente.

2.3.1. Perdas Apuradas com a Filial

Neste caso não estamos perante o apuramento de um prejuízo no sentido em que a filial, ponderados os seus rendimentos e os seus gastos, apurou um prejuízo fiscal. Em apreço estão perdas que foram apuradas com a filial, que relevam para a nossa apreciação por se encontrarem num contexto transfronteiriço e contribuírem para o apuramento de um eventual prejuízo fiscal.

O acórdão *Rewe Zentralfinanz*¹³¹ foi o primeiro acórdão que surgiu após o acórdão *Marks & Spencer* que envolveu questões próximas a este. Neste acórdão estava em causa a dedução de depreciações do valor das participações das filiais pela sociedade-mãe situada noutra Estado-Membro¹³².

¹³¹ Acórdão de 29 de Março de 2007, *Rewe Zentralfinanz eG*, titular universal do património da ITS Reinsen GmbH, vs. Finanzamt Höln-Mitte, Processo C-347/04.

¹³² A sociedade *Rewe Zentralfinanz eG*, sita na Alemanha, titular do património universal da ITS Reisen GmbH pretendia deduzir as depreciações do valor das participações das suas filiais (aqui entendidas como constituindo uma perda) situadas nos Países Baixos, no Reino Unido e em Espanha, a título de encargos de exploração da sociedade mãe para efeitos de determinação do lucro tributável.

O TJUE entendeu que permitir a uma sociedade-mãe residente deduzir o valor das depreciações com as participações das suas filiais residentes e não permitir às sociedades-mãe residentes com filiais noutros Estados-Membros, é negar uma vantagem de tesouraria, o que constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento. Considera ainda que as sociedades-mãe nas duas situações descritas se encontram numa situação comparável.

Passaremos à análise das justificações.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

Aqui esta justificação não foi aceite.

Neste acórdão, a justificação é alegada com base na regra de simetria entre o direito de tributar os lucros e o dever de ter em conta as perdas, de acordo com a qual, para efeitos do tratamento fiscal da sociedade-mãe, não deverão ser tomadas em consideração as perdas relativas a uma filial que se encontre noutro Estado-Membro, pois também não é possível tributar os lucros obtidos por essa filial¹³³.

O TJUE afasta este argumento¹³⁴, começando por referir que este deve ser visto em conjugação com o argumento do risco de dupla utilização de perdas e com o argumento do risco de evasão fiscal, considerando que os argumentos devem ser vistos como um todo¹³⁵. Assim, esta justificação não foi admitida por não estar associada às outras duas, tendo confirmado a posição adoptada no acórdão *Marks & Spencer*.

Foi entendido que, o argumento da possibilidade de comprometer a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, não pode ser aceite para não atribuir um benefício apenas com base no facto de a actividade transnacional prosseguida não estar apta a gerar receitas para o Estado-Membro onde pretendem ser deduzidas.

- Evitar o risco de Dupla Utilização de Prejuízos

¹³³ V. parágrafo nº 39, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131

¹³⁴ V. parágrafo nº 40, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131. V. no mesmo sentido, conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Rewe Zentralfinanz eG*, titular universal do património da ITS Reinsen GmbH, vs. Finanzamt Höln-Mitte, Processo C-347/04, parágrafo nº 28.

¹³⁵ V. parágrafo nº 41, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131. V. no mesmo sentido, parágrafo nº 34, conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 134.

Esta justificação foi alegada mas também não foi aceite ¹³⁶.

O TJUE salientou que no processo em análise não se estava no âmbito das mesmas perdas referidas no acórdão *Marks & Spencer*, em que este argumento foi aceite. As perdas em causa, depreciações do valor das participações da sociedade-mãe nas suas filiais, só são tidas em conta pela sociedade-mãe, sendo distintas das perdas apuradas pelas filiais e, como tal, estão sujeitas a diferentes tratamentos fiscais¹³⁷.

Assim, neste caso não poderia ocorrer uma dupla utilização de perdas.

- Evitar o risco de Evasão Fiscal

Esta justificação foi alegada e interpretada no sentido de que deveria flexibilizar a exigência de a norma ter como objectivo impedir a constituição de estruturas puramente artificiais para que a justificação fosse aceite¹³⁸.

O TJUE considerou, por sua vez, que não bastava estar em causa um sector de actividade em que já se tivesse verificado vários casos de filiais no estrangeiro com perdas relativas a depreciações do valor das participações para que se demonstrasse a existência de estruturas puramente artificiais.

Assim, o TJUE reafirmou a ideia anterior ao acórdão *Marks & Spencer*, de que é necessário, para que a justificação do risco de evasão fiscal seja aceite, que a norma tenha como objectivo específico evitar a criação de estruturas puramente artificiais¹³⁹.

As diferenças entre a decisão do acórdão *Marks & Spencer* e o acórdão *Rewe Zentralfinanz*, prendem-se essencialmente com o facto de no primeiro caso estar em causa em que medida é que um Estado-Membro é obrigado a ter em consideração prejuízos sofridos por uma filial, enquanto no segundo caso está em causa em que medida é que um Estado-Membro pode tornar mais difícil para uma sociedade residente deduzir perdas com uma filial estrangeira do que com uma filial residente.

Assim, se no primeiro caso o Estado-Membro não tem poderes de tributação sobre os lucros da filial que sofreu os prejuízos, no segundo caso o Estado-Membro tem plenos poderes de tributação nos lucros da sociedade-mãe onde se pretende deduzir as perdas.

¹³⁶ V. parágrafo nº 46, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131.

¹³⁷ V. parágrafo nº 48, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131. V. no mesmo sentido, Conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, *Rewe Zentralfinanz*, parágrafo 37, cit. nota 134.

¹³⁸ V. parágrafo nº 50, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131.

¹³⁹ V. parágrafo nº 51º a parágrafo nº 53º, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131.

Apesar das diferenças apontadas é importante analisar que o sistema de grupo aplicado na Alemanha é em muitos sentidos idêntico ao aplicado pelo Reino Unido, e em causa no acórdão *Marks & Spencer*¹⁴⁰, podendo levar aos mesmos resultados. Porém essa questão não foi objecto de análise neste acórdão.

2.3.2. Transferência de Lucros

Neste âmbito estamos perante regimes de grupo na modalidade de transferências de lucros. Apesar de não dizer respeito directamente a prejuízos fiscais releva para a apreciação do nosso tema, pois através de transferências de lucros pode-se extinguir um prejuízo fiscal.

Além do mais, poder-se-á proceder a uma comparação entre a admissibilidade da transmissão de lucros e a admissibilidade da transmissão de prejuízos fiscais, pois ambos podem produzir o mesmo efeito, erosão da matéria colectável.

O acórdão *Oy AA* surgiu na sequência do acórdão *Marks & Spencer* e do acórdão *Rewe Zentralfinanz*, pondo em causa a consideração de uma transferência financeira e a consequente dedução dessa despesa¹⁴¹.

O TJUE entendeu que considerar que estamos perante transferências financeiras quando as filiais e as sociedades-mãe se encontram no mesmo Estado-Membro e não considerar quando não estão no mesmo Estado-Membro seria atribuir às segundas um tratamento fiscal menos vantajoso.

Nessa medida considerou que a situação das filiais residentes na Finlândia cujas sociedades-mãe têm a sede no mesmo Estado-Membro é comparável com a situação das filiais residentes na Finlândia cujas sociedades-mãe têm sede noutra Estado-Membro.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

¹⁴⁰ V. neste sentido, BORGES, Ricardo da Palma; *Marks & Spencer and its Consequences for Portugal*, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, 2009, (págs. 279 - 316), pág. 291.

¹⁴¹ A sociedade AA Ltd, com sede no Reino Unido é detentora de 100% das acções da OY AA, sita na Finlândia. Na sequência de diversos prejuízos sofridos pela sociedade mãe a OY AA pretende efectuar uma transferência financeira a favor desta, procedendo à dedução dessa despesa no seu lucro tributável, uma vez que se tratava de uma transferência financeira entre sociedades do mesmo grupo.

O TJUE começa por referir que esta justificação está interligada com o risco de dupla utilização de prejuízos e com o risco de evasão fiscal¹⁴², no entanto, chega à conclusão que o risco de dupla utilização de prejuízos não tem aplicabilidade no caso concreto. Desta forma, a justificação da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros foi aceite e apreciada apenas em conjunto com o risco de evasão fiscal.

Neste processo, esta justificação foi alegada¹⁴³ no sentido de que permitir a dedução de uma transferência a favor de uma sociedade situada noutra Estado-Membro possibilitaria aos contribuintes escolher em que Estado-Membro teria lugar a tributação.

A apreciação feita pelo TJUE foi de encontro ao alegado, isto é, foi considerado que se uma transferência financeira entre sociedades de diferentes Estados-Membros fosse deduzida nos rendimentos colectáveis da sociedade que procedeu a esta, passando a ser tida em conta enquanto rendimento colectável no Estado-Membro de recepção, estaríamos perante uma situação que comprometeria a repartição do poder tributário dos Estados-Membros¹⁴⁴.

- Evitar o risco de Dupla Utilização de Prejuízos

Relativamente a esta justificação não teve lugar a sua apreciação, pois estavam em causa transferências financeiras e, como tal, não havia a possibilidade de haver uma dupla utilização de prejuízos¹⁴⁵.

No entanto, a Advogada Geral JULIANE KOKOTT¹⁴⁶, nas conclusões apresentadas ao processo *Oy AA*, considerou, relativamente a este ponto, que com a dedução consecutiva de prejuízos pode não haver lugar à tributação dos lucros, havendo um risco de dupla isenção¹⁴⁷. Neste aspecto, a Advogada Geral faz uma comparação com o risco de dupla utilização de prejuízos, considerando que no âmbito de transferências financeiras em causa no processo *Oy AA* poderia haver um risco de dupla isenção de rendimentos.

¹⁴² V. parágrafo nº 51, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43. V. no mesmo sentido, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 12 de Setembro de 2006, *Oy AA*, Processo C-231/05, parágrafo nº 46.

¹⁴³ V. parágrafo nº 48, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43.

¹⁴⁴ V. parágrafo nº 56, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43.

¹⁴⁵ V. parágrafo nº 57, acórdão *Oy AA*, cit. nota 4387.

¹⁴⁶ V. parágrafo nº 56 a parágrafo nº 59º, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Oy AA*, cit. 142.

¹⁴⁷ V. DOUMA; NAUMBURG, *Marks & Spencer: Are National Tax...* pág. 435, cit. nota 109, relativamente a este ponto este autor também levanta a possibilidade de se fazer uma comparação entre a dupla utilização de prejuízos e a dupla não tributação.

Admite assim, o argumento do risco de dupla utilização de prejuízos, considerando-o neste caso como uma dupla isenção de rendimentos. Desta forma, a Advogada Geral considera as três justificações admitidas no acórdão *Marks & Spencer*.

- Evitar o risco de Evasão Fiscal

O TJUE considerou ainda que permitir a transferência de rendimentos de uma filial para a sociedade-mãe, situando-se estas em Estados-Membros diferentes, resultaria num risco de criação de estruturas puramente artificiais, de forma que dentro de um grupo de sociedades possam ocorrer transferências de rendimentos para Estados-Membros em que a tributação seja mais reduzida.

A legislação em causa permite evitar que se viesse a verificar essa situação¹⁴⁸.

Apesar de as normas em causa no processo não visarem especificamente impedir a criação de estruturas puramente artificiais, foi considerado pelo TJUE que as medidas em causa não eram desproporcionais considerando os objetivos prosseguidos no seu todo¹⁴⁹.

Assim, em resultado da ponderação das justificações, repartição do poder tributário entre os Estados-Membros e o risco de evasão fiscal¹⁵⁰, a legislação em causa não foi considerada contrária à liberdade de estabelecimento.

Com este acórdão temos a confirmação do que já havia sido defendido no âmbito do acórdão *Marks & Spencer*, ou seja, o TJUE voltou a aceitar uma norma que não visa especificamente impedir a utilização de estruturas puramente artificiais¹⁵¹.

- Proporcionalidade

¹⁴⁸ V. parágrafo nº 59, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43.

¹⁴⁹ V. parágrafo nº 63, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43. Quanto a este aspecto v. O' SHEA, Tom; *New Analysis: Finland's Intragroup Financial Transfer Rules Compatible With EU Law*, Tax Notes International, Vol. 47, Number 7, 2007 (págs. 634 - 638), pág. 638, em que este autor considera que “*tomar como um todo*” irá dar mais espaço de manobra aos Estados-Membros para justificarem as suas legislações.

¹⁵⁰ V. no mesmo sentido, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Oy AA*, parágrafos nºs 62 e 63, cit. nota 142, “*a prevenção deste tipo de «evasão fiscal» não constitui um motivo susceptível de justificar, por si só, a restrição de uma liberdade fundamental (...) as restrições às liberdades fundamentais só podem ser justificadas quando esta «optimização fiscal» compromete também a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros*”.

¹⁵¹ V. neste sentido, HELMINEN, Marjaana; Finland: *The A Oy I, A Oy 2 and K. Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2011, Vol. 73, Linde, 2012, (págs. 69 - 102) pág. 90.

As justificações em causa foram consideradas proporcionais uma vez que qualquer outra medida, nomeadamente “*admitir a dedução da transferência financeira entre sociedades de um grupo quando constitua um rendimento colectável da sociedade beneficiária ou quando sejam limitadas as possibilidades, para a sociedade beneficiária, de transferir as suas perdas para outras sociedades ou ainda admitir unicamente a transferência financeira entre sociedades de um grupo efectuada a favor de uma sociedade cuja sede se situa num Estado-Membro que aplica uma taxa de imposição inferior à aplicada pelo Estado-Membro do autor da transferência quando esta transferência financeira esteja especificamente justificada pela situação económica da sociedade beneficiária*”¹⁵² iria permitir a escolha do Estado-Membro de tributação por parte das sociedades.

Uma vez que, no caso em apreço, estavam em causa transferências de lucros a questão relativamente ao que consiste prejuízos definitivos não foi abordada, sendo que os prejuízos fiscais verificados ao nível da sociedade-mãe, para a qual se efectuaram as transferências também não eram prejuízos fiscais definitivos e, como tal, a medida não foi considerada desproporcional¹⁵³.

Assim, levanta-se aqui uma questão interessante: se os prejuízos fiscais sofridos pela sociedade-mãe fossem definitivos, isto é, se não pudessem vir a ser deduzidos no Estado-Membro onde se verificaram, poder-se-ia aplicar a mesma lógica do acórdão *Marks & Spencer*, e considerar a mediada desproporcional?¹⁵⁴

No que diz respeito ao regime de grupo da Finlândia é de frisar que na prática produz os mesmos resultados que o regime de grupo do Reino Unido, em causa no acórdão *Marks & Spencer*. Ora vejamos, apesar de um regime dizer respeito à transferência de prejuízos e o outro à transferência de lucros, o que está em causa em ambos é uma transferência de rendimento (num caso negativo noutro positivo), em que as sociedades do grupo são entendidas como uma única unidade económica. Em ambos os casos esta unidade

¹⁵² Parágrafo nº 65, acórdão *Oy AA*, cit. nota 43.

¹⁵³ V. neste sentido, BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences ...*, págs. 293 e 294, cit. nota 140; e conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Oy AA*, parágrafo 71, cit. nota 142 “(...) *dos factos expostos no pedido de decisão prejudicial não se depreende que no caso da Oy AA exista uma situação excepcional como a que se verificava no processo Marks & Spencer. Por conseguinte, não é preciso examinar se, por razões de proporcionalidade, podem excepcionalmente ser admitidas derrogações à repartição do poder tributário*”;

¹⁵⁴ Após a decisão do TJUE no acórdão *Oy AA*, esta questão foi âmbito de decisão judicial pelo Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia, tendo este decidido no mesmo sentido do TJUE no acórdão *Oy AA*, não tendo efectuado qualquer alteração em face de nesse caso específico estarem em causa prejuízos definitivo da sociedade-mãe, v. BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences ...*, págs. 294, cit. nota 140.

económica é perdida quando uma das sociedades do grupo seja residente noutro Estado-Membro.

Assim, tal como no acórdão *Marks & Spencer*, está em causa a negação de um benefício do regime de grupo. Aplicando a mesma lógica do acórdão *Marks & Spencer*, só pode ser negado o benefício quando não estejam em causa prejuízos definitivos¹⁵⁵.

2.3.3. Aplicação do Regime de Grupos

Neste âmbito está em causa a análise de um regime de grupos, para efeitos da sua aplicação, isto é, se é admissível ou não limitar a aplicação de um regime de grupos quando as sociedades integrantes não se encontram todas situadas no mesmo Estado-Membro. Aqui podemos examinar como o apuramento de prejuízos e a sua dedução podem ser afectados.

No acórdão *Papillon*¹⁵⁶ estava em causa a concessão de um regime de grupos.

A questão que se colocou foi se constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento o facto de se conceder um regime de tributação de grupo a uma sociedade e às suas filiais e subfiliais, sendo todas residentes no mesmo Estado-Membro e não conceder a uma sociedade quando detenha as subfiliais por intermédio de uma filial residente noutro Estado-Membro.

O regime de tributação pelo lucro consolidado constitui uma vantagem fiscal, negar a sua utilização constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento. Neste âmbito o TJUE considerou que se encontram numa situação comparável a sociedade-mãe que se encontre sediada num Estado-Membro e que seja titular de sub-filiais nesse mesmo Estado-Membro por intermédio de uma filial também situada nesse Estado-Membro com a sociedade-mãe que detenha as sub-filiais por intermédio de uma filial que se encontre situada noutro Estado-Membro.

Vejamos as justificações.

¹⁵⁵ V. neste sentido, BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences...*, pág. 300, cit. nota 140.

¹⁵⁶ A sociedade Papillon sita em França detinha 100% do capital da sociedade Artist Performance and Communication, sita nos Países Baixos, que detinha por sua vez 99,9% da sociedade Kiron, SRAL, também sita em França, pelo que solicitou a aplicação de um regime de grupo, a tributação pelo lucro consolidado, onde inclui a sociedade Kiron.

- Coerência do Sistema Fiscal

Neste acórdão a justificação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros foi alegada conjuntamente com o argumento do risco de dupla utilização de prejuízos e com o argumento do risco de evasão fiscal, referindo para o efeito o acórdão *Marks & Spencer* e o acórdão *Oy AA*.

No entanto, o TJUE afastou estes argumentos, pois a questão que se levantava no acórdão não respeitava à dedução de perdas noutro Estado-Membro que não o do contribuinte. Portanto, a situação não se encontrava no mesmo âmbito do acórdão *Marks & Spencer*.

No caso em análise estava em causa a compensação de lucros e prejuízos no âmbito de um mesmo Estado-Membro, estando em causa a consideração ou não da existência de um regime de grupos.

O regime foi justificado com base no argumento da coerência do sistema fiscal, tendo-se entendido que havia o risco de poder ocorrer um dupla utilização de perdas, devido ao facto de uma das sociedades do grupo não se encontrar sujeita ao controlo fiscal do Estado-Membro onde se encontram as outras sociedades do grupo.

Pelo que nestas circunstâncias o “ (...) o *nexo directo existente no regime de tributação pelo lucro consolidado entre as vantagens fiscais e a neutralização das operações internas do grupo seria assim destruído, o que afectaria a coerência do referido regime*”¹⁵⁷.

- Proporcionalidade

Admitida a justificação da coerência do sistema fiscal esta não foi considerada proporcional. Entendeu-se para o efeito que existiam medidas menos restritivas que permitiriam ao Estado-Membro adquirir informações relativamente às operações internas respeitantes à filial que se encontrava noutro Estado-Membro e em consonância proceder à consolidação das contas do grupo, nomeadamente o recurso à Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos, solicitar informações a outros Estados-Membros.

¹⁵⁷ Parágrafo nº 50, acórdão *Papillon*, cit. nota 45.

Da decisão do TJUE pode-se retirar que o acesso ao regime de grupo de consolidação fiscal não pode ser negado pelo facto de uma das sociedades ser detida por uma holding situada noutro Estado-Membro, em exercício da sua liberdade de estabelecimento.

Em diferentes circunstâncias se encontra a análise efectuada no âmbito do acórdão *SGI*¹⁵⁸, acórdão *X Holding B.V.*¹⁵⁹ e *Philips Electronics*¹⁶⁰, onde a doutrina *Marks & Spencer* foi aplicada, ainda que parcialmente.

Após um breve esclarecimento das questões em discussão nestes acórdãos, passaremos à análise de como as justificações e a proporcionalidade das medidas foram aceites.

No acórdão *SGI* não estava em causa prejuízos transfronteiriços mas antes a análise de um regime de grupo e a forma como são consideradas as suas operações, tendo algum interesse para o tema em análise, por ter sido negado um benefício do regime de grupo em razão de uma das filiais se encontrar noutro Estado-Membro¹⁶¹. A diferença de tratamento fiscal descrita foi entendida como constituindo uma restrição à liberdade de estabelecimento.

No acórdão *X Holding B.V.* estava em causa a aplicação de um regime de grupo com uma filial sita noutro Estado-Membro, o que permitiria a compensação entre lucros e prejuízos. A questão que se colocou foi se o facto de uma sociedade mãe e a sua filial quando situadas no mesmo Estado-Membro poderem constituir uma unidade fiscal e na

¹⁵⁸ Acórdão de 21 de Janeiro de 2010, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) vs. État belge*, Processo C-311/08.

¹⁵⁹ Acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, *X Holding B.V. vs. Staatssecretaris van Financiën*, Processo C-337/08, em que a *X Holding B.V.*, com sede nos Países Baixos é a única accionista da sociedade *F* sita na Bélgica, tendo solicitado que nos Países Baixos fossem consideradas como uma entidade fiscal única para efeitos de imposto sobre as sociedades.

¹⁶⁰ Acórdão de 6 de Setembro de 2012, *Philips Electronics UK Ltd vs. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, Processo C-18/11, em que a sociedade *Philips Electronics UK*, com sede no Reino Unido, pertence ao grupo *Philips*, tendo a sociedade-mãe sede nos Países Baixos. A sociedade mãe constitui com um grupo sul-coreano a sociedade *LG Electronics*, que por sua vez tem uma filial nos Países Baixos, a *LG Philips Displays Netherlands BV*, esta filial possui um estabelecimento estável no Reino Unido que sofreu prejuízos, a sociedade *Philips Electronics* pretende através de uma dedução de grupo utilizar esses mesmos prejuízos.

¹⁶¹ A sociedade *SGI*, sita na Bélgica, detinha uma participação de 65% no capital da sociedade *RECYDEM (S.A.)*, tendo efectuado a esta última um empréstimo sem pedir o pagamento de juros. Segundo a administração fiscal belga a *SGI* teria de somar ao seu lucro tributável os juros presumidos, situação que não se verificaria no âmbito de uma operação nacional, no âmbito de um regime de grupos.

situação em que a filial se encontra noutra Estado-Membro já não o poderem fazer constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento.

Negar a vantagem fiscal decorrente da consideração de uma entidade fiscal única à sociedade-mãe em razão da sua filial não se encontrar no mesmo Estado-Membro pode constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento, encontrando-se a situação de uma sociedade-mãe com filial no mesmo Estado-Membro e a sociedade-mãe com a filial noutra Estado-Membro numa situação comparável.

Da apreciação do acórdão em causa parece-nos que o TJUE tem vindo a dar mais importância aos argumentos alegados pelos Estados-Membros, tendo em vista a justificação das legislações¹⁶².

No acórdão *Philips Electronics* encontrava-se em análise a admissibilidade da transmissão de prejuízos fiscais de um estabelecimento estável através de uma dedução de grupo. A dedução foi-lhe negada com base no argumento que a sociedade detentora do estabelecimento estável poderia deduzir esses prejuízos noutra Estado-Membro.

O TJUE começa por analisar a comparabilidade da situação de uma sociedade não residente que seja titular de um estabelecimento estável no Reino Unido, com a situação de uma sociedade residente que seja titular de um estabelecimento estável no Reino Unido, tendo considerado que para efeitos da possibilidade de utilização de uma dedução de grupo para transferir prejuízos as situações são comparáveis¹⁶³.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

No acórdão *SGI*, mais uma, vez esta justificação foi acompanhada apenas por outra justificação, o risco de evasão fiscal, tendo sido apreciadas conjuntamente.

A justificação foi aceite pelo TJUE, considerando que o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal quanto às actividades prosseguidas no seu território não deve ser comprometido. Para o efeito, pode ser necessário aplicar às actividades económicas das sociedades as regras tributárias do Estado-Membro onde estão

¹⁶² V. neste sentido, MEUSSEN, Gerard T. K.; *The SGI Case: ECJ Approves Belgian System of Selective Profit corrections in Relation to Foreign Group Companies*, European Taxation, Vol. 50, Number 6, June 2010, (págs. 245 - 249), pág. 249.

¹⁶³ Parágrafo nº 19, acórdão *Philips Electronics*, cit. nota 160.

estabelecidas, relativamente aos lucros e aos prejuízos¹⁶⁴. No caso em apreço estávamos perante uma transferência de lucros sob a forma de suprimentos, como tal, existia o risco de a sociedade escolher o Estado-Membro onde seria efectuada a tributação.

No acórdão *X Holding B.V.* o TJUE procedeu a uma apreciação diferente do que até agora foi exposto, tendo a justificação da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros sido aceite sem a apreciação conjunta de nenhuma das duas justificações que a acompanharam no acórdão *Marks & Spencer*¹⁶⁵.

O TJUE seguiu, neste acórdão, o defendido pela Advogada Geral JULIANE KOKOTT nas suas conclusões¹⁶⁶, encontrando-se a apreciação do TJUE em oposição aos princípios do acórdão *Marks & Spencer*, na parte em que indicam que as justificações devem ser apreciadas conjuntamente.

No caso em apreço, foi considerado que a possibilidade de uma sociedade poder escolher integrar uma sua filial, estabelecida noutra Estado-Membro, numa entidade fiscal e poder dissolvê-la quando entender, permitiria à sociedade escolher qual o regime fiscal aplicável aos seus prejuízos, bem como o local onde estes seriam tidos em consideração. Um regime assim comprometeria a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros¹⁶⁷.

A consideração da justificação da preservação do poder tributário, sem que se esteja perante uma convenção para evitar a dupla tributação, ou, sem que esta esteja associada às outras justificações admitidas no acórdão *Marks & Spencer*, aproxima-se perigosamente das preocupações relativas à perda de receitas fiscais¹⁶⁸, nunca aceites pelo TJUE por se considerar que não legitima a violação de uma liberdade fundamental¹⁶⁹.

¹⁶⁴ V. parágrafo nº 60 a parágrafo nº 64, acórdão *SGI*, cit. nota 158.

¹⁶⁵ V. parágrafo nº 28 a parágrafo nº 33, acórdão *X Holding B.V.*, cit. nota 159.

¹⁶⁶ Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 19 de Novembro de 2009, *X Holding B.V. vs. Staatssecretaris van Financiën*, Processo C-337/08.

¹⁶⁷ V. neste sentido, KEMMEREN, Eric C.C.M.; *The Netherlands: The Gielen, Zwijnenburg and X Holding Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2009, Vol. 64, Linde, 2010, (págs. 153 - 197), pág. 189.

¹⁶⁸ V. neste sentido, THIEL, Servas Van; VASCEGA, Marius; *X Holding: why Ulysses Should Stop Listening to The Siren*, European Taxation, Vol. 50, Number 8, August 2010, (págs. 334 - 349), pág. 338; v. ALMENDRAL, *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief ...*, pág. 476, cit. nota 29.

¹⁶⁹ Neste sentido v. acórdão de 7 de Setembro de 2004, *Petri Mikael Manninen*, Processo C-319/02, parágrafo nº 49; acórdão *X and Y*, parágrafo nº 50, cit. nota 114.

O Advogado Geral POIARES MADURO, nas conclusões apresentadas ao processo *Rewe Zentralfinanz*, atende a 3 motivos que justificam a não procedência do argumento da perda de receitas fiscais¹⁷⁰:

- Razões de ordem prática: se fosse aceite seria necessário proceder à avaliação dos domínios a que se aplicaria, bem como definir os critérios para proceder a uma avaliação do impacto económico da aplicação das normas comunitárias;
- Efeitos produzidos: daqui poderia resultar um favorecimento de infracções profundas ao direito da UE;
- A contrapartida que os Estados-Membros retiram do estabelecimento de um mercado comunitário: o benefício das actividades económicas no âmbito de um mercado interno alargado.

Às justificações admitidas no acórdão *Marks & Spencer* e, particularmente, à necessidade de preservar a repartição do poder tributário, está associado o facto do Estado-Membro da sociedade-mãe perder o poder de tributar os rendimentos gerados no seu território devido à transmissibilidade dos prejuízos. No entanto, no acórdão *X Holding B.V.* o TJUE parece entender o conceito desta justificação num sentido diferente, considerando não ser necessário admitir que uma sociedade forme um regime de consolidação fiscal com uma sociedade residente noutro Estado-Membro, apenas pelo facto de não poder tributar os seus lucros¹⁷¹.

No acórdão *Philips Electronics*, foi invocada como justificação a preservação do poder tributário entre os Estados-Membros, no entanto o TJUE considerou que o poder de tributação não é afectado pela possibilidade de transferir através de uma dedução de grupo as perdas sofridas por um estabelecimento estável residente para uma sociedade também residente. Nesta medida, procede-se a uma diferenciação face à situação em que as perdas tivessem ocorrido noutro Estado-Membro, situação em que a simetria entre o direito de tributar os lucros e o poder das perdas estaria comprometida¹⁷².

¹⁷⁰ V. parágrafo nº 56 a parágrafo nº 58, conclusões do Advogado-Geral M. Poiars Maduro, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 134.

¹⁷¹ V. neste sentido, THIEL; VASCEGA; *X Holding: why Ulysses Should ...*, pág. 339, cit. nota 168.

¹⁷² Parágrafo nº 25 e parágrafo nº 26, acórdão *Philips Electronics*, cit. nota 160.

- Evitar o risco de Dupla Utilização de Prejuízos

No acórdão *Philips Electronics* foi invocada como justificação o risco de dupla utilização dos prejuízos, levantando-se a questão se poderia ser apreciada autonomamente. A análise desta justificação foi aguardada com alguma expectativa, esperava-se que o TJUE analisasse se esta justificação poderia ser aceite autonomamente.

Quanto a esta questão o TJUE dispôs “*tratando-se, em segundo lugar, do objetivo de evitar a dupla tomada em consideração das perdas, há que referir que, ainda que se admita que esse motivo possa ser invocado de forma autónoma, ele não pode, em todo o caso, ser tido em conta num caso como o do processo principal, a fim de justificar a legislação nacional do Estado-Membro de acolhimento*”¹⁷³.

Da resposta dada pelo TJUE podemos concluir que, no caso concreto, a justificação do risco de dupla utilização de prejuízos não pode ser vista como justificação autónoma, no entanto deixa aberto a interpretação se noutras circunstâncias a resposta do TJUE seria diferente.

Neste ponto o TJUE remete ainda para a apreciação feita pela Advogada Geral JULIANE KOKOTT¹⁷⁴, mas apenas no sentido que o poder de tributação do Reino Unido não é afectado pelo facto de os prejuízos poderem ser tidos em consideração tanto nos Países Baixos como no Reino Unido¹⁷⁵, deixando claro que no caso concreto há uma relação entre a justificação da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros e a justificação da dupla utilização de prejuízos.

A Advogada Geral, nas conclusões apresentadas, considera que a “*prevenção da dupla utilização de prejuízos não pode ser um fim em si mesmo*”¹⁷⁶, afastando a possibilidade de que a justificação da prevenção da dupla utilização de prejuízos seja vista como uma justificação autónoma, no entanto o TJUE não aceita ou rejeita a posição assumida pela Advogada Geral.

Da decisão do TJUE resultam as seguintes questões:

¹⁷³ Parágrafo nº 28, acórdão, *Philips Electronics*, cit. nota 160.

¹⁷⁴ Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 19 de abril de 2012, *Philips Electronics UK Ltd vs. The Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs*, Processo C-18/11.

¹⁷⁵ Parágrafo nº 31, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Philips Electronics*, cit. nota 174.

¹⁷⁶ Parágrafo nº 64, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Philips Electronics*, cit. nota 174.

- O risco de dupla utilização de prejuízos pode ser visto como uma restrição autónoma, mas o Reino Unido no caso em apreço não conseguiu demonstrar esse facto?
- Ou o risco de dupla utilização de prejuízos nunca será suficiente para justificar autonomamente uma restrição à liberdade de estabelecimento?

Resulta do exposto que a resposta do TJUE foi vaga, pouco clara e falhou em garantir segurança jurídica¹⁷⁷.

- Evitar o risco de Evasão Fiscal

Esta justificação foi admitida no acórdão *SGI*, reafirmando o já exposto quanto ao acórdão *Oy AA*. Ou seja, o TJUE considerou que, apesar da legislação em causa não visar especificamente excluir de uma vantagem fiscal estruturas puramente artificiais¹⁷⁸, da apreciação conjunta desta justificação com a justificação da preservação da repartição do poder tributário a legislação poderia ser justificável à luz do Direito Comunitário¹⁷⁹.

- Proporcionalidade

No acórdão *SGI*, para que a restrição em causa seja considerada proporcional o TJUE apontou duas medidas necessárias:

- Ser permitido ao contribuinte demonstrar quais as razões comerciais que estão na base da transacção, em respeito pelo princípio da independência;
- Caso a medida considerada não respeite o princípio da independência, “*a medida fiscal correctora tem de se limitar à parte que excede o que teria sido acordado caso não existisse uma situação de interdependência entre as partes*”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ V. neste MONTEIRO, Roel; KIERS, Martje; *The Court’s Position on Cross-Border Losses: A Quest for the Well-Being of EU Citizens?*, EC Tax Review, Vol. 22, Issue 2, April 2013; (págs. 92 - 99), pág. 94.

¹⁷⁸ Estruturas carecidas de realidade económica, tendo como objectivo iludir o imposto devido pelos lucros relativos às actividades prosseguidas no Estado-Membro de estabelecimento

¹⁷⁹ V. parágrafo nº 65 a parágrafo nº 69º, acórdão *SGI*, cit. nota 158.

¹⁸⁰ Parágrafo nº 72, acórdão *SGI*, cit. nota 158.

O método da reintegração voltou a ser referido como uma medida menos restritiva no acórdão *X Holding B.V.*, no entanto, no caso em concreto o TJUE considerou que esta medida comprometeria a repartição do poder tributário¹⁸¹. A análise desta medida passou pelo estudo de uma situação comparável entre um estabelecimento estável e uma filial situados noutro Estado-Membro. Esta análise deveria ter tido lugar no âmbito da consideração de uma discriminação e não no âmbito da análise da proporcionalidade das medidas¹⁸².

O TJUE entendeu, a este propósito, que não estavam numa situação comparável relativamente à repartição do poder tributário, pois enquanto uma filial está inteiramente sujeita à tributação no Estado-Membro onde se encontra estabelecida, um estabelecimento estável continua sujeito, em princípio, à competência tributária do Estado-Membro de origem¹⁸³. A razão de ser da distinção entre a situação das filiais e dos estabelecimentos estáveis não se pode basear no facto de o Estado-Membro tributar ou não os seus lucros¹⁸⁴.

Do exposto resulta que o TJUE parece fazer uma distinção relativamente à consideração, ou não, como comparável da situação de uma filial e de um estabelecimento estável.

Por um lado admitiu que uma filial e um estabelecimento estável estão em situações comparáveis quando a análise é feita perante a posição do Estado-Membro de estabelecimento, ou seja, um Estado-Membro não poderá aplicar um tratamento diferenciado a filiais e estabelecimentos estáveis estabelecidos no seu território.

Por outro lado, chega a uma conclusão distinta quando a análise é efectuada da perspectiva do Estado-Membro de residência, isto é, um Estado-Membro poderá aplicar um tratamento diferenciado a filiais e a estabelecimentos estáveis situados noutro Estado-Membro¹⁸⁵. É nesta última situação que se enquadra o acórdão *X Holding B.V.*. Resulta deste acórdão a diferenciação destas duas situações, sendo a comparação realizada diferente de um caso para o outro¹⁸⁶.

¹⁸¹ V. parágrafo nº 38 a parágrafo nº 46, acórdão *X Holding B.V.*, cit. nota 159.

¹⁸² V. neste sentido, DENNIS WEBER, in: SILVA, *From Marks & Spencer to X Holding...*, pág. 259, cit. nota 109.

¹⁸³ V. parágrafo nº 37 a parágrafo nº 40, acórdão *X Holding B.V.*, cit. nota 159.

¹⁸⁴ V. neste sentido, THIEL; VASCEGA; *X Holding: why Ulysses Should ...*, pág. 343, cit. nota 168.

¹⁸⁵ V. neste sentido, KEMMEREN; *The Netherlands...*, pág. 190, cit. nota 167.

¹⁸⁶ V. neste sentido, O' SHEA, Tom; *News Analysis: Dutch Fiscal Unity Rules Receive Thumbs up From ECJ*, Tax Notes International, Vol. 57, Number 10, 2010 (págs. 835 - 838), pág. 837.

Em conclusão, a possível comparabilidade entre uma filial e um estabelecimento estável vai depender da perspectiva do Estado-Membro, dependendo se estamos no âmbito do Estado-Membro de residência ou do Estado-Membro de estabelecimento¹⁸⁷. Ainda assim, não se percebe como a conclusão de que não se está perante uma situação comparável entre um estabelecimento estável e uma filial situados noutra Estado-Membro, resulta na consideração de que uma medida de reintegração de lucros não é mais favorável do que o regime em causa no acórdão *X Holding B.V.*¹⁸⁸.

É pertinente, neste aspecto, que se tenha em consideração que o TJUE apenas pode apreciar se as medidas em causa são proporcionais ou não. Assim, mesmo considerando que um sistema de reintegração é menos penalizador para as sociedades, não está na sua competência determinar a forma como os Estados-Membros devem levar a cabo as alterações na sua legislação, para que esta não seja contrária ao TFUE¹⁸⁹.

A restrição em causa foi considerada proporcional aos objectivos prosseguidos e, como tal, compatível com a liberdade de estabelecimento.

¹⁸⁷ V. neste sentido, ALMENDRAL, *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief ...*, pág. 492, cit. nota 29.

¹⁸⁸ V. neste sentido, THIEL; VASCEGA; *X Holding: why Ulysses Should ...*, pág. 345, cit. nota 168.

¹⁸⁹ V. neste sentido, O' SHEA, Tom; *ECJ Rejects Advocate General's Advice in Case on German Loss Relief*, 2008, disponível em: www.ccls.qmul.ac.uk/docs/staff/oshea/52152.pdf, pág. 4 e 5.

3. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de uma Sociedade Individualmente Considerada

3.1. Primeiro Momento de Análise

Nesta primeira fase de análise efectuada pelo TJUE, deparamo-nos com o acórdão *Futura*¹⁹⁰, tendo a apreciação da situação sido efectuada da perspectiva do Estado-Membro de acolhimento, ou seja, na perspectiva do Estado-Membro onde se situava o estabelecimento estável.

A sociedade Futura Participations SA, com sede em França, era titular de um estabelecimento estável, a Singer, no Luxemburgo. A Singer tentou deduzir os prejuízos decorrentes da repartição dos prejuízos sofridos pela sociedade Futura.

No acórdão em apreço, o princípio da territorialidade foi aceite como justificação para que fosse admitida a dedução de prejuízos apenas quanto às actividades que lhes dessem origem e que fossem desenvolvidas no Estado-Membro onde se pretendia deduzi-los.

Foi considerado que ter em conta, quanto aos residentes todo o rendimento, independentemente da obtenção deste dentro ou fora do território do Estado-Membro, e quanto aos não residentes apenas as perdas e os ganhos que resultassem das actividades prosseguidas no território do Estado, não violava o princípio da territorialidade, sendo este o sentido do princípio no direito internacional¹⁹¹.

O tratamento diferenciado não foi, assim, considerado contrário ao TFUE¹⁹², pois limitava-se a estar de acordo com o princípio da territorialidade.

Dum prisma diferente, temos o acórdão *AMID*¹⁹³. Neste a apreciação da situação foi feita da perspectiva do Estado-Membro de residência.

A sociedade Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening NV (AMID), com sede na Bélgica, era titular de um estabelecimento estável no Luxemburgo. Num determinado período tributário a sociedade AMID obteve prejuízos enquanto o seu

¹⁹⁰ Acórdão de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations and Singer vs. Administration des Contributions*, Processo C-250/95.

¹⁹¹ V. neste sentido, MARRES, Otto; *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, Intertax, Vol. 39, Issue 3, March 2011, (págs. 112 - 125), pág. 113.

¹⁹² V. parágrafo nº 22, acórdão *Futura*, cit. nota 190.

¹⁹³ Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, *Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening NV (AMID) vs. Belgische Staat*, Processo C-141/99.

estabelecimento estável obteve lucros. Quando a sociedade *AMID* tentou deduzir os prejuízos por si sofridos num período tributável posterior, tal não lhe foi possível em razão do seu estabelecimento estável, no período em causa, ter obtido lucros, devendo os prejuízos ter sido deduzidos a esses mesmos lucros.

O TJUE neste acórdão procedeu a análise da comparabilidade da situação de uma sociedade belga com os seus estabelecimentos estáveis no país de residência e da situação de uma sociedade belga com os seus estabelecimentos estáveis no Luxemburgo. Considerou, para esse efeito, que o acordo de dupla tributação que isentava da tributação os lucros dos estabelecimentos estáveis situados no Luxemburgo, não constituía, em termos de compensação de perdas, uma diferença objectiva entre as duas situações em análise¹⁹⁴.

Verificou-se que não havendo uma diferença de situação objectiva, a diferença de tratamento não é justificável¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Parágrafo nº 28 e parágrafo nº 29, acórdão *AMID*, cit. nota 193

¹⁹⁵ Parágrafo nº 30, acórdão *AMID*, cit. nota 193.

3.2. Segundo Momento de Análise

Uma das questões que surgiu no âmbito do acórdão *Marks & Spencer* foi a sua influência no tratamento de prejuízos fiscais quando estivessem em causa estabelecimentos estáveis¹⁹⁶. Ou seja, se os princípios do acórdão *Marks & Spencer* se aplicariam à transmissibilidade de prejuízos fiscais envolvendo os estabelecimentos estáveis e a respectiva sociedade principal, questão que iremos analisar de seguida.

Cabe neste âmbito referir que no acórdão *Marks & Spencer* não foi admitido o argumento do princípio da territorialidade, por si só, como justificação de um tratamento diferenciado.

Considerou-se que, apesar de a residência dos contribuintes ser um elemento passível de justificar um tratamento diferenciado, não pode ser aceite como justificação para qualquer comportamento diferenciado, caso contrário estaríamos a retirar expressão aos princípios relativos à liberdade de estabelecimento¹⁹⁷. Assim, concluiu-se que, apesar de um regime estar de acordo com o princípio da territorialidade, como é entendido no direito internacional, tal não significa que não produza efeitos contrários aos TFUE.

É necessário aferir, caso a caso, se o tratamento diferenciado para com os contribuintes não residentes tem por base critérios objectivos que o possam justificar.

No acórdão *Marks & Spencer* foram consideradas 3 justificações cumulativamente, no entanto, nos diversos acórdãos que lhe seguiram, em matéria de prejuízos envolvendo sociedades, acabou por se admitir apenas uma das justificações como suficiente para que fosse aceite um sistema fiscal territorial¹⁹⁸. Cabe então analisar se, relativamente às situações que envolvem prejuízos fiscais e estabelecimentos estáveis, as mesmas conclusões são retiradas.

O Advogado Geral POIARES MADURO, nas conclusões apresentadas ao acórdão *Marks & Spencer*, considerou que entender que os Estados-Membros não podem conferir uma vantagem fiscal onde não tenham competência para tributar, resulta de uma interpretação errada do princípio da territorialidade. Entende que este se traduz na

¹⁹⁶ V. neste sentido, LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pag.56, cit. nota 109.

¹⁹⁷ V. parágrafo nº 37, acórdão *Futura*, cit. nota 190.

¹⁹⁸ V. neste sentido, MARRES, *The Principle of Territoriality and Cross-Border...*, pág. 117, cit. nota 191.

“necessidade de tomar em conta os condicionalismos que resultam da coexistência das soberanias fiscais dos Estados-Membros”¹⁹⁹.

De acordo com o exposto, o princípio da territorialidade determina apenas que sejam tidos em conta os limites da soberania fiscal dos Estados²⁰⁰. Como tal, os rendimentos dos residentes são tributados pela base mundial e os rendimentos dos não residentes apenas quanto àqueles que resultem das actividades prosseguidas no seu território²⁰¹.

No mesmo sentido, pronunciou-se o TJUE no acórdão *Rewe Zentralfinanz*, adoptando a posição do Advogado Geral POIARES MADURO²⁰².

As situações nos acórdãos envolvendo estabelecimentos estáveis que surgiram após o acórdão *Marks & Spencer*, acórdão *Deutsche Shell*²⁰³, acórdão *Lidl Belgium* e acórdão *Krankenheim*, com interesse para o nosso estudo, foram analisadas da perspectiva do Estado-Membro de Residência.

3.2.1. Perdas Apuradas com o Estabelecimento Estável

O acórdão *Deutsche Shell* foi o primeiro acórdão que surgiu onde se poderia debater a aplicabilidade da doutrina *Marks & Spencer* à situação de uma sociedade com estabelecimentos estáveis noutros Estados-Membros.

Porém este acórdão, da mesma forma que o acórdão *Rewe Zentralfinanz*, não dizia respeito a prejuízos fiscais, na acepção de ponderados os rendimentos e os gastos do estabelecimento estável ter sido apurado um prejuízo fiscal, estava antes em causa uma

¹⁹⁹ V. parágrafo nº 60, conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 121.

²⁰⁰ V. DOUMA; NAUMBURG, *Marks & Spencer: Are National Tax...*, pág. 432, cit. nota 109, estes autores consideram que, apesar do princípio da territorialidade, só por si, não ser uma justificação admissível, é importante no processo de justificação; v. MARRES; *The Principle of Territoriality and Cross-Border...*, pág. 114, cit. nota 191.

²⁰¹ Neste sentido v. acórdão *Royal Bank of Scotland*, parágrafo nº 29, cit. nota 92, “é certo que as sociedades com sede na Grécia são aí tributadas com base no seu rendimento mundial (obrigação fiscal ilimitada), ao passo que as sociedades estrangeiras que exercem actividade neste Estado por intermédio de um estabelecimento estável nele são tributadas com base apenas nos lucros aí realizados por esse estabelecimento estável (obrigação fiscal limitada). Mas esta circunstância, que resulta da soberania fiscal limitada do Estado onde se situa a fonte do rendimento em relação à do Estado da sede da sociedade, não é susceptível de impedir que se possam considerar as duas categorias de sociedades, mantendo-se o resto igual, como estando numa situação comparável no que diz respeito ao modo de determinação da matéria colectável”.

²⁰² V. parágrafo nº 69, acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131.

²⁰³ Acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell GmbH vs. Finanzamt Heilbronn*, Processo C-414/06.

perda que a sociedade pretendia deduzir aos rendimentos apurados, num contexto transfronteiriço, sendo de interessante ver como o TJUE analisou a questão.

A sociedade Deutsche Shell, com sede na Alemanha, era titular de um estabelecimento estável em Itália, tendo efectuado contribuições financeiras sob a forma de dotações de capital. Aquando do repatriamento das dotações de capital a sociedade Deutsche Shell pretendia deduzir as perdas cambiais sofridas.

Neste âmbito foram colocadas duas questões:

- Se negar a possibilidade de deduzir as perdas cambiais na situação descrita seria contrário à liberdade de estabelecimento;
- Se negar a possibilidade de deduzir as perdas cambiais apenas quando o estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro tivesse lucros isentos de tributação seria contrário à liberdade de estabelecimento.

O TJUE entendeu que se estava perante um obstáculo à liberdade de estabelecimento, na medida em que na decorrência do exercício da sua liberdade de estabelecimento a Deutsche Shell sofreu uma perda cambial que não foi considerada no Estado-Membro de residência, nem no Estado-Membro do estabelecimento estável.

Vejamos quais as justificações apreciadas no âmbito destas duas questões.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

Relativamente à primeira questão, a justificação da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros não foi aceite. O TJUE considerou que, apesar de existir uma convenção para evitar a dupla tributação, que procede à repartição das competências tributárias, e de um Estado-Membro não necessitar de estabelecer a sua legislação em função da legislação dos outros Estados-Membros, um Estado-Membro não poderá excluir perdas cambiais do cálculo da matéria colectável da sociedade principal que, pela sua razão de ser, nunca poderiam ser incluídas no estabelecimento estável²⁰⁴.

²⁰⁴ V. parágrafo nº 41 a parágrafo nº 44, acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203. V. no mesmo sentido, conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 8 de Novembro de 2007, *Deutsche Shell GmbH vs. Finanzamt Heilbronn*, Processo C-293/06, parágrafo nº 51.

Estamos, assim, perante perdas definitivas, uma vez que nunca poderão ser deduzidas no seu Estado-Membro de origem, seguindo-se o mesmo entendimento do acórdão *Marks & Spencer*²⁰⁵.

Da argumentação do TJUE, podemos concluir que este pretende que as perdas sejam utilizadas²⁰⁶. Desta forma, se não puderem ser utilizadas no Estado-Membro onde foram geradas devem-no poder ser no Estado-Membro de residência.

Quanto à segunda questão colocada esta justificação foi também alegada, tendo o TJUE remetido para a análise feita quanto à primeira questão.

- Coerência do Sistema Fiscal

No que diz respeito ainda à primeira questão, a justificação com base na coerência do sistema fiscal também não procedeu.

A este respeito o TJUE esclareceu que, para que a justificação fosse admitida era necessário estabelecer uma ligação directa, à luz do objectivo prosseguido pela regulamentação fiscal, entre o benefício fiscal e a compensação deste através da tributação.

O TJUE concluiu a este propósito que não existe entre uma perda cambial determinada num exercício e o possível ganho cambial determinado noutra exercício, alegado como vantagem fiscal, uma relação directa. Não existia nenhuma vantagem fiscal como compensação pelo facto de não se considerar a perda cambial na determinação da matéria colectável²⁰⁷.

Quanto à segunda questão colocada, esta justificação foi também alegada, tendo o TJUE remetido para a análise efectuada quanto à primeira questão.

- Dupla Utilização de Perdas

Quanto à segunda questão foi também alegada a possibilidade da sociedade beneficiar de uma vantagem dupla ao nível das perdas. Contudo, o TJUE entendeu que as perdas cambiais, pela sua natureza, só são apuradas face ao Estado-Membro onde se encontra a sociedade principal, sendo apenas possível deduzi-las nesse mesmo Estado-Membro.

²⁰⁵ V. neste sentido BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences ...*, pág. 309, cit. nota 140.

²⁰⁶ V. neste sentido, WHITEHEAD; *Cross-Border Group Relief Post...*, pág. 175, cit. nota 127.

²⁰⁷ Parágrafo nº 40, acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203.

Por conseguinte, nunca seria possível estar perante uma dupla vantagem fiscal, pois as perdas cambiais nunca poderiam ser deduzidas no Estado-Membro do estabelecimento estável, uma vez que a contabilidade deste jamais determinaria uma perda cambial, pois é efectuada na moeda nacional²⁰⁸. Neste ponto estaríamos perante uma perda definitiva, no sentido de que não poderia ser deduzida noutro Estado-Membro²⁰⁹.

Neste âmbito, o TJUE esclarece ainda que, perante a renúncia de um Estado-Membro à sua competência para tributar na celebração de uma convenção para evitar a dupla tributação (como a que existia no processo em apreço) não pode, posteriormente, invocar a falta de competência tributária relativamente aos resultados de um estabelecimento estável de uma sociedade estabelecida no seu território, para recusar que sejam deduzidas despesas que, pela sua razão de ser, não podem ser tidas em conta no Estado-Membro do estabelecimento estável²¹⁰.

3.2.2. Dedução de Prejuízos Fiscais do Estabelecimento Estável

O acórdão *Lidl Belgium* apesar de não ter sido o primeiro acórdão onde esteve em causa uma sociedade e o seu estabelecimento estável em que tenha sido aplicada a doutrina *Marks & Spencer*, como já referimos temos o acórdão *Deutsche Shell*, foi o primeiro acórdão onde estava efectivamente em causa a dedução de prejuízos transfronteiriços, apurados pelo estabelecimento estável.

A *Lidl Belgium*, com sede na Alemanha, criou um estabelecimento estável no Luxemburgo, que veio a sofrer prejuízos, pretendendo deduzir estes à sua matéria colectável.

O TJUE entendeu que a situação de uma sociedade residente na Alemanha com um estabelecimento estável noutro Estado-Membro é menos favorável do que a situação de uma sociedade residente na Alemanha com estabelecimento estável também na Alemanha, constituindo uma restrição à liberdade de estabelecimento.

²⁰⁸ V. parágrafo nº 52, acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203.

²⁰⁹ V. neste sentido, O' SHEA, Tom; *German Currency Loss Rules Incompatible With EU Law*, ECJ Says, March, 2008, disponível em: <http://www.cels.qmul.ac.uk/docs/staff/oshea/52246.pdf>, pág. 5.

²¹⁰ V. parágrafo nº 51, acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

Neste acórdão foi tido em conta os princípios decorrentes do acórdão *Marks & Spencer*, tendo sido admitida a justificação da preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

No entanto, esta foi apenas admitida conjuntamente com o argumento do risco de dupla utilização de prejuízos. Face ao exposto, o TJUE ponderou se, uma vez que estavam a ser admitidas apenas duas das três justificações decorrentes do acórdão *Marks & Spencer*, as justificações seriam cumulativas ou não²¹¹. Considerou que, tendo em conta as diversas situações em que as justificações podem ser invocadas, não é exigível que se admita sempre as três justificações para que a legislação de um Estado-Membro seja considerada conforme ao direito da UE, podendo no caso concreto admitir-se apenas duas das justificações.

Neste acórdão, o TJUE entende que permitir a dedução de prejuízos do estabelecimento estável no Estado-Membro da sociedade levaria a que as sociedades pudessem optar em que Estado-Membro deduzir os prejuízos, comprometendo, desta forma, a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, aumentando a matéria colectável num e diminuindo no outro²¹².

O TJUE considerou a simetria entre o direito de tributar os lucros e o direito de deduzir prejuízos²¹³, pois de acordo com a convenção para evitar a dupla tributação existente, não competia ao Estado-Membro da sociedade principal tributar os lucros do estabelecimento estável. Assim, obrigar a que um Estado-Membro permita a dedução de prejuízos de um estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro, quando através de uma Convenção de dupla tributação este tenha renunciado à tributação dos lucros do mesmo (por aplicação do método da isenção), iria comprometer a simetria entre a tributação e as deduções, assente na convenção.

Consequentemente, em resultado da existência de uma convenção para evitar a dupla tributação, aproximamo-nos da situação verificada no acórdão *Marks & Spencer*, pois em ambos os casos o Estado-Membro onde se pretendia deduzir os prejuízos não tinha competência para tributar os lucros.

²¹¹ V. parágrafo nº 38 a parágrafo nº 42, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31.

²¹² V. parágrafo nº 32, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31.

²¹³ V. parágrafo nº 33, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31.

Face ao exposto, é de concluir que o TJUE, em respeito pelo tratamento simétrico entre os lucros e os prejuízos, não impõe a um Estado-Membro admitir a dedução de prejuízos de um estabelecimento estável quando os seus lucros se encontrem excluídos de tributação, por outro lado, se os lucros forem tributados a dedução de prejuízos também deverá ser admitida²¹⁴. Excepciona-se, contudo, as situações em que os prejuízos tenham um carácter definitivo, o que não era o caso, pois até já tinham sido deduzidos no Estado-Membro onde se localizava o estabelecimento estável.

A forma como o TJUE procedeu à análise da questão pode ser passível de críticas, uma vez que aqui foram utilizados os mesmos critérios que no acórdão *Marks & Spencer* sem que os argumentos tenham sido adaptados face às diferenças entre as duas situações²¹⁵.

Vejamus, no acórdão *Marks & Spencer* estávamos perante uma transferência entre duas entidades, dentro do mesmo grupo de sociedades, enquanto no acórdão *Lidl Belgium* estávamos perante um só sujeito passivo. Como tal, no primeiro caso a regra é a não dedução de prejuízos, uma vez que estamos perante entidades autónomas entre si. Já no segundo caso, a regra é a integração dos prejuízos, entendemos por essa razão que a justificação para excepcionar a regra terá de ser mais forte que aquela que é utilizada para a confirmar.

- Evitar o risco de Dupla Utilização de Prejuízos

Quanto ao risco de dupla utilização de prejuízos, este foi admitido como justificação, pois foi considerado pelo TJUE que, no caso em apreço, havia a possibilidade dos prejuízos fiscais serem deduzidos no Estado-Membro da sociedade principal e, posteriormente, poderem ser deduzidos novamente no Estado-Membro do estabelecimento estável²¹⁶. Estava em causa a possibilidade de dupla utilização de prejuízos.

- Evitar o risco de Evasão Fiscal

²¹⁴ V. neste sentido, KOK, *Domestic and Cross-Border Loss...*, pág. 669, cit. nota 6.

²¹⁵ V. neste sentido, WIMPISSINGER; *Cross-border transfer of losses...*, pág. 179, cit. nota 124; v. KESSLER, Wolfgang; EICKE, Rolf; *News Analysis: Cross-Border Loss Transfer After Lidl Belgium*, Tax Notes International, Vol. 50, Number 8, 2008, (págs. 643 - 645), pág. 645.

²¹⁶ V. parágrafo nº 36, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31.

No acórdão *Lidl Belgium* o risco de evasão fiscal não foi considerado.

No âmbito dos estabelecimentos estáveis, não se levanta a questão do risco de tráfico de prejuízos, uma vez que, por regra, os prejuízos dos estabelecimentos estáveis integram os resultados da sociedade principal²¹⁷.

- Proporcionalidade

No âmbito da dedução de prejuízos, quando estão em causa estabelecimentos estáveis, e verificando-se que a restrição à liberdade de estabelecimento é justificável, surge a necessidade de determinar se o teste da proporcionalidade aplicar-se-ia nos mesmos termos do acórdão *Marks & Spencer*.

No acórdão *Lidl Belgium* foi, novamente, alegado como medida menos restritiva o sistema de reintegração. No entanto, também aqui, o TJUE não considerou esta medida, seguindo a lógica do acórdão *Marks & Spencer*. O TJUE apenas analisou se os prejuízos já não poderiam ser deduzidos no Estado-Membro do estabelecimento estável²¹⁸.

Infere-se da análise do TJUE que este não considera necessário aplicar o sistema de reintegração²¹⁹.

Neste processo, a legislação em causa, que previa a não dedutibilidade dos prejuízos de estabelecimentos estáveis situados no Luxemburgo, por força da convenção para evitar a dupla tributação, foi considerada proporcional aos objectivos que prosseguia, uma vez que, contrariamente ao verificado no acórdão *Marks & Spencer*, o estabelecimento estável podia deduzir os prejuízos em anos fiscais posteriores, facto que efectivamente se verificou.

Contudo, a nosso ver, o TJUE deveria ter definido em que consistia um prejuízo a título definitivo, desenvolvendo em que circunstâncias se considera já não ser possível a utilização das perdas²²⁰.

Quanto à posterior utilização dos prejuízos fiscais no Estado-Membro do estabelecimento estável, cabe frisar que os prejuízos do estabelecimento estável ocorreram em 1999, embora só tenham sido utilizados em 2003. Este distanciamento

²¹⁷ V. neste sentido conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 14 de Fevereiro de 2008, *Lidl Belgium GmbH & CO. KG vs. Finanzamt Heilbronn*, Processo C-414/06, parágrafo nº 15.

²¹⁸ V. parágrafo nº 45 a parágrafo nº 51, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31.

²¹⁹ V. neste sentido, MARRES, *The Principle of Territoriality and Cross-Border...*, pág. 118, cit. nota 188.

²²⁰ V. neste sentido, WIMPISSINGER; *Cross-border transfer of losses...*, pág. 179, cit. nota 121.

temporal pode ser visto como uma desvantagem²²¹, pois se o estabelecimento estável estivesse situado no mesmo Estado-Membro que a sociedade principal, os seus prejuízos eram tidos em conta no ano em que ocorreram. Como já foi referido o valor dos prejuízos utilizados no ano em que ocorreram e em anos posteriores difere.

Contudo, esta questão também poderá ser vista de outra perspectiva, estando no âmbito de prejuízos temporários, este distanciamento temporal pode cair no âmbito das disparidades²²². Assim, uma vez que a matéria relativa a tributação directa não está harmonizada, não se exige que as operações de transferências de prejuízos entre Estados-Membros sejam neutras.

Uma vez que o TJUE não procede a uma análise deste distanciamento temporal, que pode resultar numa desvantagem de tesouraria, deduz-se que este não é considerado um aspecto relevante²²³.

No entanto, a Advogada Geral ELEANOR SHARPSTON, nas conclusões apresentadas ao processo, tomou uma posição diferente face ao exposto pelo TJUE. A Advogada Geral considerou que a legislação em causa seria desproporcional²²⁴, pois o método da reintegração seria uma medida menos restritiva que garantia a preservação da repartição do poder tributário e evitava o risco de dupla utilização dos prejuízos. Assim, face aos objectivos prosseguidos pela norma em análise no processo, considerou que o método da reintegração seria mais eficiente e menos restritivo da liberdade de estabelecimento, do que a solução adoptada no acórdão *Marks & Spencer*.

Relativamente à situação de o TJUE no acórdão *Marks & Spencer* não ter considerado o método da reintegração de lucros, a Advogada Geral considerou que se deveu ao facto de no acórdão *Marks & Spencer* estarem em causa prejuízos em que não seriam possíveis de recapturar com lucros²²⁵, uma vez que a filiais em questão tinham encerrado a sua actividade.

²²¹ V. neste sentido, KESSLER; EICKE; *News Analysis: Cross-Border Loss Transfer...*, pág. 644, cit. nota 215.

²²² V. neste sentido, MEUSSEN, Gerard T. K.; *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, *European Taxation*, Vol. 48, Number 5, May 2008, (págs. 233 - 236), pág. 236.

²²³ V. neste sentido, MARRES, *The Principle of Territoriality and Cross-Border...*, pág.118, cit. nota 191; v. O' SHEA; *ECJ Rejects Advocate General's Advice in...*, pág. 4, cit. nota 189.

²²⁴ V. parágrafo nº 23 a parágrafo nº 31, conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 217.

²²⁵ V. parágrafo 27, conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 217.

Como tal, o TJUE poderia ter procedido a uma aplicação distinta do teste da proporcionalidade²²⁶, atendendo às diferenças da situação em relação ao acórdão *Marks & Spencer*, sem que com isso fosse contra a apreciação anteriormente feita.

Já no acórdão *Krankenheim* os princípios do acórdão *Marks & Spencer* não foram tidos em consideração, tendo estado neste acórdão em análise o método de reintegração.

A KR Wannsee, sociedade com sede na Alemanha, era titular de um estabelecimento estável, situado na Áustria. Na sequência de prejuízos sofridos pelo estabelecimento estável, estes foram deduzidos no lucro tributável da sociedade na Alemanha, tendo posteriormente sido objecto de reintegração no lucro tributável da sociedade na Alemanha quando o estabelecimento estável obteve lucros.

A este propósito foi colocada a seguinte questão: consiste uma restrição à liberdade de estabelecimento²²⁷ o posterior acréscimo do valor dos prejuízos deduzidos à matéria colectável no Estado-Membro da sociedade principal quando o Estado-Membro onde se situa o estabelecimento estável não permite a dedução de prejuízos?

Neste acórdão, o TJUE considerou que a situação de uma sociedade residente na Alemanha com um estabelecimento estável noutra Estado-Membro é menos favorável do que a situação de uma sociedade residente na Alemanha com um estabelecimento estável também na Alemanha, em razão de no primeiro caso a sociedade ter de proceder ao acréscimo das perdas.

Neste acórdão a restrição foi admitida, não com recurso à doutrina do acórdão *Marks & Spencer*, mas com base na justificação da coerência do sistema fiscal.

Assim, o TJUE considerou esta restrição justificada uma vez que se estava perante uma questão de simetria, o acréscimo dos prejuízos era consequência directa da sua anterior dedução, o que resultava do facto de o Estado-Membro de residência não ter competência para tributar os lucros do estabelecimento estável devido à Convenção para evitar a dupla tributação.

O TJUE entendeu que o acréscimo do valor dos prejuízos ao lucro tributável é uma consequência directa da dedução dos prejuízos fiscais, que é efectuada num primeiro momento. Verifica-se uma lógica perfeitamente simétrica, a tributação do valor dos prejuízos resultava do benefício da sua dedução que se tinha apurado anteriormente,

²²⁶ V. neste sentido, WIMPISSINGER; *Cross-border transfer of losses...*, pág. 178, cit. nota 124.

²²⁷ V. parágrafo nº 38, acórdão *Krankenheim*, cit. nota 35.

sendo que entre os dois elementos do mecanismo se pode ver umnexo directo, pessoal e material²²⁸.

Acresce ainda ao exposto, que o acréscimo só se observava na medida dos prejuízos deduzidos à matéria colectável, pelo que a medida em causa era proporcional²²⁹.

²²⁸ Parágrafo nº 43, acórdão *Krankenheim*, cit. nota 35.

²²⁹ Parágrafo nº 45, acórdão *Krankenheim*, cit. nota 35.

4. O Caso Específico da Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais nas Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções

Como já analisamos, a Directiva Fusões tem um alcance limitado relativamente a questões de transmissibilidade de prejuízos fiscais. Como tal, esta matéria cai essencialmente no âmbito de actuação do TJUE.

Aqui podemos encontrar a análise de duas situações distintas. Temos a análise da transmissibilidade de prejuízos fiscais que se verifica fora do âmbito de aplicação da Directiva Fusões e temos as operações envolvendo prejuízos fiscais que ocorrem no âmbito interno dos Estados-Membros e que são apreciadas à luz do Direito da UE, mais propriamente à luz dos critérios da Directiva Fusões.

Procederemos agora à análise destas duas situações distintas.

4.1. Fora do Âmbito de Aplicação da Directiva Fusões

No acórdão *A Oy*, estava em causa a seguinte situação, a sociedade *A Oy*, com sede na Finlândia, detinha a totalidade das acções da sociedade *B AB*, sita na Suécia. A Sociedade *B AB* cessou a sua actividade na Suécia tendo apurado prejuízos. A Sociedade *A Oy* pretendia proceder à fusão com a sua filial e utilizar os prejuízos apurados por esta.

No caso em apreço não era aplicável a Directiva Fusões uma vez que a sociedade *B AB* não manteve qualquer estabelecimento estável na Suécia.

O TJUE considerou que a situação de uma sociedade-mãe que pretenda proceder à fusão com uma filial residente é comparável com a situação de uma sociedade-mãe que pretenda proceder à fusão com uma filial não residente²³⁰.

- Garantir a Preservação da Repartição do Poder Tributário entre os Estados-Membros

²³⁰ Parágrafo nº 35, acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

Esta justificação foi aceite²³¹, considerando que dar às sociedades a possibilidade de deduzirem os prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado-Membro poria em causa a repartição equilibrada do poder tributário.

- Evitar o risco de Dupla Utilização de Prejuízos

Quanto a esta justificação cabe referir que a Advogada Geral, JULIANE KOKOTT²³², nas conclusões apresentadas, reitera a posição assumida no acórdão *Philips Electronics*, entendendo que a justificação em apreço não tem um significado autónomo²³³ e considera que a justificação apenas pode ser observada em conjugação com a necessidade da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros.

O TJUE aqui também não se pronunciou sobre este ponto, embora neste caso a questão não havia sido directamente colocada “em cima da mesa”²³⁴. Limitou-se a aceitar a justificação em causa, não se alongado muito, considerou apenas que no caso em apreço se poderia verificar²³⁵.

- Evitar o risco de Evasão Fiscal

Por último, também esta justificação foi aceite. O TJUE considerou que a transferência de prejuízos de uma filial não residente para uma sociedade residente poderia levar a que fossem organizadas transferências de prejuízos no âmbito de um grupo de sociedades, transferindo os prejuízos para os Estados-Membros com tributação mais elevada²³⁶.

- Proporcionalidade

Cabe, também aqui, fazer referência às conclusões da Advogada Geral JULIANE KOKOTT, que assumiu uma posição inovadora no que diz respeito a aplicação da excepção desenvolvida no acórdão *Marks & Spencer*.

²³¹ Parágrafo nº 43, acórdão *A Oy*, cit. nota 52

²³² Cit. nota 53.

²³³ Parágrafo nº 49, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *A Oy*, cit. nota 53232.

²³⁴ Em oposição ao acórdão *Philips Electronics* onde, como já analisámos, tendo a questão sido colocada o TJUE falhou em clarificar a situação.

²³⁵ Parágrafo nº 44, acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

²³⁶ Parágrafo nº 45, acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

A Advogada Geral entendeu que, como a jurisprudência do TJUE havia evoluído, e nessa medida a justificação da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros deve ser entendida como o elemento decisivo, tendo sido considerada como uma justificação autónoma, a exceção desenvolvida no acórdão *Marks & Spencer* não teria aplicação.

Portanto, no entendimento da Advogada Geral, se a justificação da medida tiver como base apenas a necessidade da preservação do poder tributário entre os Estados-Membros, a exceção não tem aplicação, pois por forma a garantir a preservação do poder tributário entre os Estados-Membros é indiferente se os prejuízos podem ser deduzidos noutro Estado-Membro. A exceção só teria aplicação se a prevenção da dupla utilização de prejuízos fosse entendida como uma justificação autónoma, o que a Advogada Geral afasta.

No sentido de justificar este entendimento, a Advogada Geral refere o acórdão *X Holding B.V.*, onde o TJUE reconheceu a justificação da preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros como autónoma e não se referiu à exceção desenvolvida pelo acórdão *Marks & Spencer*.

Contudo, o argumento utilizado relativo à não aplicação da exceção no acórdão *X Holding B.V.*, não nos parece determinante. O TJUE pode apenas não ter necessitado de recorrer à exceção, nas circunstâncias em que apenas estava em causa a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, por a questão colocada não respeitar a prejuízos a título definitivo²³⁷.

O TJUE ao não considerar autonomamente a justificação da preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros não seguiu a posição da Advogada Geral.

Neste acórdão, a análise da proporcionalidade da medida foi de encontro ao disposto no acórdão *Marks & Spencer*, isto é, tendo sido aceites as três justificações a medida é considerada desproporcional quando a filial tiver esgotado todas as possibilidades de dedução de prejuízos existentes.

²³⁷ V. neste sentido BOULOGNE; SLAVNIC; *Cross-Border Restructuring ...*, pág.488, cit. nota 51.

4.2. Operações Internas Apreciadas à Luz do Direito da UE

Nos casos em apreço as operações de fusão dizem respeito unicamente a situações internas dos Estados-Membros, isto é, todas as partes se encontravam no território de um único Estado-Membro. Contudo, foram colocadas questões à apreciação do TJUE.

De acordo com o artigo 267º do TFUE, o TJUE é competente para facultar ao tribunal que procedeu ao reenvio prejudicial todos os elementos para interpretar questões que se prendam com o direito da UE²³⁸.

Assim, nas circunstâncias em que a legislação nacional aplica às situações puramente internas as mesmas soluções que são dadas pelo direito da UE, existe o interesse em que não surjam divergências de interpretações futuras, tendo os conceitos extraídos do direito da UE uma interpretação uniforme em qualquer situação.

O acórdão *Leur-Bloem* foi o primeiro acórdão onde o TJUE começou a definir o conceito de razões económicas válidas.

A sociedade A. Leur-Bloem, com sede nos Países Baixos, era a única accionista de duas sociedades e pretendia adquirir uma terceira sociedade por permuta com as acções. Para o efeito, solicitou à Administração Fiscal dos Países Baixos que classificasse a operação como fusão por permuta de acções, por forma a beneficiar da isenção de imposto sobre a mais-valia que poderia vir a ser realizada e compensar os eventuais prejuízos no interior da entidade fiscal constituída.

Consequentemente, uma das questões colocadas ao TJUE foi se constituía uma razão económica válida o facto de a fusão por permuta de acções se realizar para efectuar uma compensação fiscal entre as sociedades que integram a operação.

Entendeu o TJUE que o conceito de razões económicas válidas não se limita à obtenção de um benefício unicamente fiscal²³⁹, pelo que uma operação que vise única e exclusivamente a dedução de prejuízos não constitui razões económicas válidas.

O TJUE em sede de proporcionalidade da medida, esclareceu ainda que os Estados-Membros podem estabelecer que, caso a operação não seja efectuada com base em razões

²³⁸ V. neste sentido parágrafo nº 21 e parágrafo nº 29, acórdão de 10 de Novembro de 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA vs. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Processo C-126/10; e parágrafo nº 25, acórdão de 17 de Julho de 1997, A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, Processo C-28/95.

²³⁹ Parágrafo nº 47, acórdão *Leur-Bloem*, cit. nota 238.

económicas válidas, se presume que a operação foi realizada tendo em vista a fraude ou evasão fiscal.

Porém, para determinar se a operação é executada por razões económicas válidas os Estados-Membros não podem recorrer a critérios gerais, predeterminados. Assim, é necessário que os Estados-Membros procedam a uma análise caso a caso de cada operação, determinando em cada caso concreto se na sua globalidade a operação é efectuada por razões económicas válidas ou não²⁴⁰.

O TJUE salvaguarda ainda que o enquadramento da motivação da operação com base em razões económicas válidas efectuado pelos Estados-Membros deve poder estar sujeito a fiscalização jurisdicional.

Resulta do exposto que medidas de alcance geral que procedam a uma exclusão automática de determinadas situações iriam prejudicar os fins visados com a Directiva Fusões e seriam desproporcionais, ultrapassando o necessário para evitar a fraude ou evasão fiscal.

Posteriormente, a questão voltou a ser abordada no acórdão *Foggia*. A sociedade Foggia – SGPS, com sede em Portugal, incorporou três SGPSs participadas através de uma operação de fusão. Em resultado da operação levada a cabo, a sociedade solicitou a dedução dos prejuízos fiscais das sociedades incorporadas. Numa das sociedades foi-lhe negada essa possibilidade devido ao facto de não deter quaisquer participações, não exercer nenhuma actividade e ter elevados prejuízos fiscais de origem indeterminada, não se considerando que houvesse razões económicas válidas para a operação de fusão.

No caso em apreço, o TJUE além de reafirmar o já exposto quanto ao acórdão *Leur-Bloem*, entendeu que, quanto à qualificação como razões económicas válidas, nas razões na origem de uma operação de fusão deve-se atender aos aspectos de natureza fiscal e determinar no conjunto dos benefícios obtidos com a operação qual o seu peso.

Portanto, quando os benefícios fiscais obtidos com a operação de fusão tiverem um papel meramente secundário face aos restantes benefícios obtidos, considera-se que estamos perante razões económicas válidas.

O TJUE entendeu ainda que uma operação “*efectuada sob a forma de incorporação de uma sociedade que não exerce nenhuma actividade e que não entra com activos*”

²⁴⁰ Parágrafo nº 41, acórdão *Leur-Bloem*, cit. nota 238.

próprios na sociedade incorporante pode, não obstante, ser considerada, em relação a esta última, como sendo efectuada por razões económicas válidas”²⁴¹.

O TJUE acrescentou, ainda, que uma operação que vise reduzir os encargos administrativos e de gestão pode ter como base razões económicas válidas. Ora, no caso em análise, face ao valor dos prejuízos fiscais que se pretendia deduzir, o TJUE considerou que os restantes benefícios obtidos eram marginais face ao benefício fiscal²⁴² e não o contrário como deveria ser para que a operação fosse considerada efectuada por razões económicas válidas.

²⁴¹ Parágrafo nº 40, acórdão *Foggia*, cit. nota 238

²⁴² Parágrafo nº 47, acórdão *Foggia*, cit. nota 238.

5. Considerações

Feita a análise dos diversos acórdãos que envolvem o tratamento dos prejuízos fiscais no âmbito da jurisprudência do TJUE, quer ao nível de um grupo de sociedades, quer ao nível de uma mesma sociedade, quer no âmbito de operações de reestruturação, particularmente analisada a forma como as restrições à liberdade de estabelecimento foram aceites nos termos da doutrina do acórdão *Marks & Spencer*, cabe agora analisar algumas questões que ainda se colocam e que merecem a nossa atenção.

5.1. Quando é que os Prejuízos Fiscais Podem ser Utilizados

Com a decisão do TJUE no acórdão *Marks & Spencer*, surgiram diversas questões²⁴³, nomeadamente no que diz respeito à definição do conceito de prejuízos definitivos e, consequentemente, quando é que estamos perante a circunstância de todas as possibilidades de deduzir prejuízos se encontrarem exaustas²⁴⁴.

Assim, uma das questões que teria interesse que o TJUE desenvolvesse seria a determinação do momento a partir do qual se está perante prejuízos definitivos, ou seja, determinar concretamente quando é que se está perante uma situação em que os prejuízos transfronteiriços possam ser deduzidos.

Não se levantam grandes questões quando se está perante um regime fiscal que apenas permite a dedução de prejuízos durante um período limitado de tempo. Neste caso, findo o período em que é possível deduzir os prejuízos, estes já não poderão ser utilizados, estando perante um dos casos em que foram exaustas todas as possibilidades de deduzir prejuízos²⁴⁵ e como tal perante prejuízos definitivos²⁴⁶.

²⁴³ V. neste sentido GERSON; *The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries...*, pág. 276, cit. nota 85.

²⁴⁴ V. GHOSH; *Principles of the Internal Market...*, págs. 209 e 210, cit. nota 110, em que este autor considera que as situações em que os prejuízos podem ser deduzidos no Estado-Membro da sociedade-mãe muito limitadas.

²⁴⁵ V. neste sentido GERSON; *The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries...*, pág. 276, cit. nota 85.

²⁴⁶ O Bundesfinanzhof (German Federal Finance Court) em duas decisões dadas a 9 de Junho de 2010 (I R 100/09 e I R 107/09) considerou que o decurso do período limitado de tempo durante o qual é possível deduzir prejuízos não transforma os prejuízos em definitivos, não permitindo a sua dedução nestas circunstâncias, v. neste sentido GEBHARDT, Ronald; QUILITZSCH, Carsten, *Cross-Border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 6, December 2011, (págs. 263 - 272), pág. 267.

Perante uma circunstância em que apenas à luz das regras do Estado-Membro de residência da sociedade-mãe são apurados prejuízos referentes à filial, sendo, no entanto, apurados lucros de acordo com as normas do Estado-Membro de estabelecimento da filial, encontramos-nos perante uma situação em que a filial não pode utilizar os prejuízos no seu Estado-Membro de estabelecimento. Isto aplicar-se-á igualmente, quando a filial for isenta no seu Estado-Membro de estabelecimento²⁴⁷.

O TJUE determinou como condição, para que os prejuízos possam ser deduzidos no Estado-Membro da sociedade-mãe, que não só a filial não os pudesse utilizar futuramente como, também, qualquer outra entidade.

Assim, se no âmbito do sistema fiscal do Estado-Membro de estabelecimento da filial existir um regime de grupos e houver uma terceira parte que, de acordo com esse regime de grupos possa utilizar os prejuízos, estes já não poderão ser deduzidos no Estado-Membro da sociedade-mãe. Nestas circunstâncias, não se presume que existam dificuldades de maior em a sociedade-mãe obter a informação necessária para confirmar a possibilidade de utilização, ou não, dos prejuízos fiscais da filial.

Poderão surgir problemas quando, perante a alienação da filial, esta é adquirida por outra sociedade sem qualquer relação com a sociedade-mãe. Nesta situação, a sociedade-mãe poderá ter grandes dificuldades em demonstrar, no seu Estado-Membro de residência, que os prejuízos a deduzir não foram efectivamente utilizados pelo adquirente da filial, uma vez que não tem qualquer direito de obter essa informação²⁴⁸.

No caso de um sistema fiscal que admite a dedução de prejuízos por um período de tempo ilimitado²⁴⁹, ou seja, quando o sistema fiscal do Estado-Membro de estabelecimento não coloca um limite temporal para a dedução de prejuízos, surge uma relevante questão: a partir de que momento é que se considera já não ser possível utilizar estes prejuízos fiscais?

Relativamente às situações em que se observa não ser possível deduzir os prejuízos no Estado-Membro da filial, podemos distinguir duas abordagens diferentes:

²⁴⁷ LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, 2006, pág. 62.

²⁴⁸ V. neste sentido, LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pág. 63, cit. nota 109. V. no mesmo sentido, SAÏAC, Julien; *Deduction of Losses Incurred in another Member State by a Non-Residence Subsidiary following Marks & Spencer*, European Taxation, Vol. 47, Number 12, December 2007, (págs. 550 - 561), pág. 553

²⁴⁹ Relativamente a esta questão v. SAÏAC; *Deduction of Losses Incurred in another Member State by a Non-Residence Subsidiary...*, pág. 551, cit. nota 248, do ponto de vista deste autor um sistema como o que está em causa limita a aplicação prática do acórdão *Marks & Spencer*.

- Quando as normas do Estado-Membro da filial não o permitirem, nomeadamente, pelo facto do imposto não prever o reporte de prejuízos fiscais ou pelo facto de se ter ultrapassado o limite temporal de dedução ou o valor dedutível possível;
- Quando, perante os factos objectivos do caso em concreto, se chega à conclusão que a filial não conseguirá deduzir a totalidade dos seus prejuízos.

No sentido de melhorar a compreensão do problema em análise iremos expor um exemplo: vejamos a situação de uma empresa que obtém, consecutivamente, um lucro de €1; num determinado ano, excepcionalmente, esta empresa regista um prejuízo de €1.000 e o Estado-Membro, onde se encontra estabelecida, admite a dedução de prejuízos para a frente sem limite temporal.

Na situação exposta, se considerarmos a primeira abordagem, a empresa poderá deduzir prejuízos, apesar de provavelmente vir a demorar 1.000 anos a fazê-lo, não podendo transferir os prejuízos para a sociedade-mãe noutro Estado-Membro. Resulta do exposto que, quando o Estado-Membro de estabelecimento admite a dedução de prejuízos sem limite temporal, irá sempre ser possível, pelo menos em teoria, deduzir no futuro os prejuízos²⁵⁰. Nestas circunstâncias, só em caso de alienação ou liquidação é que estaríamos perante prejuízos definitivos.

Contudo, se admitirmos a segunda abordagem, poder-se-á transmitir os prejuízos que à partida sabemos que não serão deduzidos, deduzindo-se uma parte no Estado-Membro da filial e outra parte no Estado-Membro da sociedade-mãe²⁵¹.

É nossa opinião que quando não se verifique uma possibilidade real de haver dedução de prejuízos no Estado-Membro da filial estes deverão poder ser transferidos²⁵².

Apesar de todas as dúvidas que surgiram nesta matéria, o TJUE não procedeu a um correcto esclarecimento desta. Pode-se considerar que no acórdão *Lidl Belgium* este ponto foi ligeiramente esclarecido²⁵³, tendo o TJUE entendido que tendo os prejuízos já sido

²⁵⁰ V. neste sentido GERSON; *The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries...*, pág. 276, cit. nota 85.

²⁵¹ V. em sentido contrário, MEUSSEN; *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments...*, pág. 236, cit. nota 222.

²⁵² V. no mesmo sentido, WHITEHEAD; *Cross-Border Group Relief Post ...*, pág. 10, cit. nota 127.

²⁵³ V. neste sentido, SCHULMAN, Margaret; *Treatment of Cross Border Losses in The European Union*, July 2010, disponível em: http://pure.au.dk/portal-asb-student/files/12866/Treatment_of_Cross_Border_Losses_in_the_European_Union.pdf.

utilizados no Estado-Membro da filial não poderá haver lugar à sua transmissibilidade. Por exclusão de partes concluímos que nestas circunstâncias não estamos perante um prejuízo definitivo.

Surpreendente foi a decisão proferida pelo TJUE no acórdão *Krankenheim*, onde parece haver a possibilidade de se admitir que o facto de o estabelecimento estável não poder deduzir os prejuízos, quando existe um sistema de reintegração no Estado-Membro da sociedade principal, não constitui uma situação de prejuízos a título definitivo.

Assim, nas situações em que estamos perante prejuízos fiscais a título definitivo por razões de limitações dos sistemas de reporte de prejuízos, de acordo como a apreciação feita neste acórdão, os Estados-Membros não são obrigados a ter em conta as “particularidades de uma regulamentação de outro Estado”²⁵⁴. Estejamos ou não perante uma mera disparidade, o facto é que nestas condições as perdas não são verdadeiramente tidas em consideração²⁵⁵.

Desta forma, a posição tomada pelo TJUE neste acórdão, traduz-se numa limitação à doutrina que se retira do acórdão *Marks & Spencer*, podendo até ser considerada como não estando na mesma linha que o acórdão *Lidl Belgium*²⁵⁶.

Como já havíamos abordado, no acórdão *X Holding B.V.*, o TJUE não fez qualquer referência à possibilidade de dedução de prejuízos quando estes são definitivos. Em resultado do exposto, levantou-se a questão quanto à continuação, ou não, da aplicação dos princípios retirados do acórdão *Marks & Spencer*²⁵⁷. Ou seja, o TJUE foi omissivo quanto ao tratamento a dar aos prejuízos que tenham carácter definitivo: estes continuam a poder ser deduzidos de acordo com a doutrina estabelecida no acórdão *Marks & Spencer*?

Uma possível justificação, como já analisámos, para não ter sido feita referência aos prejuízos que tenham carácter definitivo, prende-se com o facto de no caso em apreciação não estar em causa uma transferência de prejuízos, mas sim a extensão, ou não, de um

²⁵⁴ V. parágrafo nº 49, acórdão *Krankenheim*, cit. nota 35.

²⁵⁵ V. neste sentido, CORDEWENER, Axel, *Cross Border Loss Relief and the effect utile of EU Law: Are we losing it?*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 2, April 2011, (págs. 58 - 61), pág. 54 e 55.

²⁵⁶ V. neste sentido, RIVOLTA; *Transfer of Residence within the European Union... (Part 2)*, pág. 73, cit. nota 128.

²⁵⁷ V. neste sentido, O’ SHEA; *News Analysis: Dutch Fiscal Unity Rules...*, pág. 838, cit. nota 186; v. DENNIS WEBER, in: SILVA; *From Marks & Spencer to X Holding...*, pág. 259, cit. nota 109.

sistema de grupos a filiais estabelecidas noutros Estados-Membros. Poderá ter sido esta a razão que levou a que nenhuma referência fosse feita neste sentido.

Nas conclusões ao acórdão *A Oy*, a Advogada Geral, JULLIANE KOKOTT, entende, quanto à utilização dos prejuízos, que a decisão de fusão não pode determinar a classificação dos mesmos como definitivos²⁵⁸.

A Advogada Geral considera que, efectivamente, como resultado da fusão, os prejuízos não poderão ser deduzidos na filial, uma vez que esta desaparece legalmente. Contudo tal facto apenas resulta da decisão livre da sociedade-mãe em proceder à fusão.

Desta forma, a Advogada Geral observa que se os prejuízos forem tomados em consideração em razão da decisão de fusão, também outros actos processuais, como a renúncia ao pedido de tomada em consideração de prejuízos, ou a sua apresentação fora do prazo, também determinariam a não tomada em consideração dos prejuízos na filial, permitindo ao sujeito passivo escolher onde deduzir os prejuízos.

Mais uma vez, a posição assumida pela Advogada Geral não foi tida em consideração pelo TJUE, e em nosso entender correctamente. O TJUE apenas exigiu que fosse demonstrado que os prejuízos não poderiam mais ser utilizados²⁵⁹.

Da nossa perspectiva, a decisão de proceder à decisão de fusão não pode ser determinante para excluir a possibilidade de deduzir os prejuízos, considerando a decisão de fusão efectuada por razões comerciais válidas, por paralelo com a Directiva Fusões, os prejuízos devem ser transferidos para a sociedade-mãe se de outra forma não poderem ser deduzidos.

Como no acórdão *A Oy* o TJUE volta a referir a necessidade de se admitir os prejuízos caso se determine que já não existe a possibilidade de os deduzir no seu Estado-Membro de origem, pode-se concluir que a questão colocada no âmbito do acórdão *X Holding B.V.*, *supra* referida (que não foi respondida no acórdão *Philips Electronics*) foi respondida. A doutrina estabelecida no acórdão *Marks & Spencer* continua a ser aplicada.

²⁵⁸ Parágrafos nº 55 e ss., conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *A Oy*, cit. nota 53.

²⁵⁹ Parágrafo nº 54, acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

5.1.1. As Diferentes Regras Quanto ao Cálculo dos Prejuízos

A dificuldade na identificação de prejuízos fiscais definitivos é ainda agravada pelas diferenças na legislação do Estado-Membro da sociedade-mãe e no Estado-Membro da filial²⁶⁰. No acórdão *Marks & Spencer* esta questão não se colocou uma vez que as partes acordaram proceder ao cálculo dos prejuízos fiscais de acordo com a legislação da sociedade-mãe, no caso do Reino Unido.

Contudo, a questão é bastante pertinente, pois a falta de acordo quanto à forma de cálculo poderá originar diferenças na totalidade dos prejuízos apurados, ou mesmo por em causa a sua existência.

Pode suceder que de acordo com as fórmulas de cálculo do lucro tributável um dos Estados-Membros não apure prejuízos:

- Se de acordo com as regras de cálculo do Estado-Membro da filial não se apurar um prejuízo, mas for apurado de acordo com as regras de cálculo do Estado-Membro sociedade-mãe a sua dedução não deve ser admissível;
- Se de acordo com as regras de cálculo do Estado-Membro da sociedade-mãe não se apurar um prejuízo, mas for apurado de acordo com as regras de cálculo da filial a sua dedução também não deve ser admissível, pois de outra forma estar-se-ia a atribuir um tratamento mais favorável às sociedades-mãe com filiais noutra Estado-Membro do que as sociedades-mãe com filiais no mesmo Estado-Membro.

Podemos concluir que se de acordo com um dos Estados-Membros, o da filial ou o da sociedade-mãe, não for apurado um prejuízo fiscal este não pode ser deduzido no Estado-Membro da sociedade-mãe²⁶¹.

Se considerarmos como ponto de partida que o objectivo da liberdade de estabelecimento não é garantir que todas as disparidades entre os Estados-Membros sejam eliminadas, podem resultar dos diversos sistemas fiscais diferentes formas de cálculo.

A questão em causa foi abordada no acórdão *A Oy*, onde o TJUE clarificou que as diferentes modalidades de cálculo dos prejuízos não devem constituir um entrave à liberdade de estabelecimento, pelo que não deverá das diferentes formas de cálculo surgir

²⁶⁰ V. neste sentido, BOULOGNE; SLAVNIC; *Cross-Border Restructuring...*, pág. 490, cit. nota 51.

²⁶¹ V. neste sentido, KEMMEREN; *The Netherlands...*, pág. 192, cit. nota 167.

uma desigualdade quanto à forma de cálculo de uma operação de fusão entre uma sociedade-mãe e uma filial, ambas residentes²⁶².

Desta forma, o cálculo dos prejuízos deverá ser efectuado de acordo com a legislação do Estado-Membro da sociedade incorporante, que neste caso é a sociedade-mãe, pois só desta forma é possível que o tratamento de uma fusão entre entidades residente no Estado-Membro da sociedade-mãe possa ter o mesmo tratamento que uma fusão entre entidades residentes e não residentes²⁶³.

A este propósito a Advogada Geral admite, no entanto, a existência de excepções à regra de que o cálculo dos prejuízos deverá ser feito de acordo com o regime fiscal da sociedade incorporante. A Advogada Geral entende que, nas circunstâncias em que o Estado-Membro da sociedade incorporante atribui incentivos fiscais que façam com que o valor dos prejuízos fiscais seja mais elevado do que o valor dos prejuízos fiscais calculado a partir do resultado da empresa, essas regras de cálculo sejam só aplicadas às situações puramente internas²⁶⁴.

5.1.2. Obstáculos não Discriminatórios

Na circunstância em que um Estado-Membro não permite que a sociedade-mãe deduza ao seu lucro tributável prejuízos decorrente da liquidação de uma das suas filiais, tanto internamente como em circunstâncias que envolvam mais do que um Estado-Membro, é possível que o Estado-Membro da sociedade-mãe seja obrigado, à luz da liberdade de estabelecimento, a ter em conta os prejuízos?

De acordo com a jurisprudência do TJUE, no caso em apreço não estaríamos perante uma situação de discriminação, uma vez que as situações internas são tratadas da mesma forma que as situações transnacionais.

No entanto, cabe realçar que o TJUE não foca a sua análise apenas na questão da discriminação, devendo analisar se as medidas em causa constituem um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento. Nesta medida poderá suceder que o caso em apreço possa ser entendido como um obstáculo ao exercício da liberdade de

²⁶² V. parágrafo nº 59, acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

²⁶³ V. neste sentido parágrafo nº 73, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *A Oy*, cit. nota 142.

²⁶⁴ Parágrafo nº 75, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *A Oy*, cit. nota 142.

estabelecimento e, na medida em que os prejuízos em causa constituem um exemplo de prejuízos definitivos, poderia ser alegado que o Estado-Membro da sociedade-mãe deveria ter em consideração os prejuízos decorrentes da liquidação de uma filial sita noutro Estado-Membro²⁶⁵.

Também no âmbito das regras de mudança de titularidade poderá suceder idêntica situação.

Vejam, se ocorrer uma mudança de titularidade de uma sociedade, sendo a nova titular uma sociedade sita noutro Estado-Membro, que preveja que em caso de mudança de titularidade os prejuízos não poderão ser utilizados, poder-se-á levantar a questão se a situação em causa constituirá um obstáculo à liberdade de estabelecimento e, nessa medida, o Estado-Membro da sociedade cuja titularidade foi alterada seja obrigado a permitir a dedução de prejuízos anteriores à mudança de titularidade²⁶⁶.

²⁶⁵ V. neste sentido BOULOGNE; SLAVNIC; *Cross-Border Restructuring...*, pág. 492, cit. nota 51.

²⁶⁶ V. neste sentido BOULOGNE; SLAVNIC; *Cross-Border Restructuring...*, pág. 493, cit. nota 51.

5.2. A Quem Cabe o Ónus da Prova?

Cabe agora analisar a quem cabe a demonstração de que os prejuízos não são susceptíveis de serem utilizados no Estado-Membro de estabelecimento.

De acordo com o Advogado Geral POIARES MADURO, nas conclusões apresentadas ao processo *Marks & Spencer*, os Estados-Membros podem recorrer à Directiva 77/799/CEE, do Conselho, de 19 de Dezembro de 1997, que diz respeito à assistência mútua entre as autoridades competentes dos diversos Estados-Membros. Podem ainda sujeitar a sociedade requerente do benefício a fazer a demonstração de que já não é possível utilizar os prejuízos no Estado-Membro de estabelecimento²⁶⁷.

No entanto, o Advogado Geral não se pronuncia sobre qual das medidas deve prevalecer, parecendo deixar ao critério dos Estados-Membros determinar qual das opções aplicar²⁶⁸.

O TJUE refere²⁶⁹ apenas que “quando, num Estado-Membro, a sociedade-mãe residente provar às autoridades fiscais que esses pressupostos se encontram reunidos, é contrário aos artigos 43.º CE e 48.º CE impedi-la de deduzir do seu lucro tributável nesse Estado-Membro os prejuízos sofridos pela sua filial não residente”²⁷⁰.

Se procedermos a uma análise da jurisprudência anterior, verificamos que no acórdão *Bachmann* e no acórdão *Bélgica vs. Comissão* as exigências de prova podiam ser requeridas ao sujeito passivo se não fosse possível obter as informações de outra forma.

Face a esta jurisprudência pode-se retirar que o TJUE não pretendeu fazer recair única e exclusivamente sobre o sujeito passivo o ónus da prova²⁷¹. Poder-se-á apenas ter pretendido assegurar que o sujeito passivo tivesse uma participação activa na demonstração dos factos, sem que com isso se afastasse outras formas de obter as informações necessárias.

²⁶⁷ V. parágrafo nº 81, conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 121.

²⁶⁸ V. neste sentido LANG; *Marks and Spencer – more questions than answers: an analysis of the Opinion...*, pág. 98, cit. nota 122.

²⁶⁹ V. parágrafo nº 56, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

²⁷⁰ V. quanto a esta questão SCHEUNEMANN, Marc P.; *Decision In the Mark's & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe*, Intertax, Vol. 34, Issue 2, February 2006, (págs. 54 - 57), pág. 56, que considera que, apesar do TJUE clarificar quais as exigências para efectuar a demonstração em causa, a sociedade-mãe não deve ser sobrecarregada, referindo quanto a este aspecto a possibilidade dos Estados-Membros recorrerem à Directiva 77/799/CEE, do Conselho, de 19 de Dezembro de 1997.

²⁷¹ V. neste sentido, LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pág. 65, cit. nota 109.

Posteriormente, no acórdão *Papillon* o TJUE refere a possibilidade dos Estados-Membros recorrerem à Directiva 77/799/CEE, criticando a falta de opções para as sociedades demonstrarem que se encontram no âmbito do regime em discussão no acórdão²⁷².

Já no acórdão *A Oy*, o TJUE refere expressamente que a prova da impossibilidade de utilização dos prejuízos cabe à sociedade-mãe, ou seja, ao sujeito passivo²⁷³, referindo ainda que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se a sociedade-mãe produziu a prova de que a sua filial já não poderia utilizar os prejuízos no seu Estado-Membro de residência.

²⁷² Parágrafo nº 55, acórdão *Papillon*, cit. nota 45.

²⁷³ Parágrafo nº 49 e ss., acórdão *A Oy*, cit. nota 52.

5.3. Coerência do Sistema Fiscal

Esta justificação foi utilizada em diversos acórdãos, pelo que iremos proceder a uma breve análise de algumas questões que se levantaram neste ponto.

O Advogado Geral POIRARES MADURO, nas conclusões apresentadas ao processo *Marks & Spencer*, considera que o assegurar da coerência do sistema fiscal está interligado com o risco de perda de competências tributárias, observando que, quando o Governo do Reino Unido alega que não pode conferir uma vantagem fiscal onde não dispõe de poder para tributar, com base no princípio da territorialidade, está em causa o princípio da coerência do sistema fiscal²⁷⁴.

A necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal foi aceite como justificação no acórdão *Bachmann*²⁷⁵ e no acórdão *Comissão vs. Bélgica*²⁷⁶, pois em ambos os processos verificou-se umnexo directo entre a atribuição de um benefício fiscal e a compensação desse benefício através da tributação, no quadro do mesmo imposto, estando em causa o mesmo sujeito passivo²⁷⁷.

Assim, nas circunstâncias em que estes pressupostos não se encontrem verificados, não poderá ser admitido como argumento a necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal. Parece-nos, no entanto, que os critérios em causa poderão ser demasiado rígidos²⁷⁸.

Neste sentido, nas conclusões apresentadas ao acórdão *Manninem*, a Advogada Geral J. KOOKOT²⁷⁹ considerou que se devia proceder à flexibilização destes critérios, pois a exigência de que se esteja perante o mesmo contribuinte pode levar a resultados

²⁷⁴ V. parágrafo nº 64, conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 121.

²⁷⁵ Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann vs. Administration des Contributions du Grand-Duché de Luxembourg*, Processo C-204/90, parágrafo nº 23 “*A coerência de tal regime fiscal, cuja concepção cabe a cada Estado-membro, pressupõe, por conseguinte, que, no caso de esse Estado-membro ser obrigado a aceitar a dedução das cotizações de seguro de vida pagas noutro Estado-membro, aquele possa cobrar o imposto sobre as somas devidas pelos seguradores*”.

²⁷⁶ Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, *Comissão das Comunidades Europeias vs. Reino da Bélgica*, Processo C-300/90.

²⁷⁷ V. neste sentido, acórdão de 18 de Setembro de 2003, *Bosal Holding vs. Staatssecretaris van Financiën*, Processo C-168/01, parágrafo nº 29.

²⁷⁸ V. ISENBAERT; VALIJEMARK; *Mark's and Spencer judgment: the ECJ caught between ...*, pág. 13, cit. nota 122, relativamente a este ponto estes autores consideram que estender o conceito da coerência do sistema fiscal como justificação no sentido de deixar de se exigir que esteja em causa o mesmo sistema fiscal e o mesmo contribuinte é um desenvolvimento defensável da jurisprudência da UE, pois permitiria ter em conta, de uma forma mais equilibrada, os interesses dos Estados-Membros e do Mercado Comum.

²⁷⁹ Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 18 de Março de 2004, *Petri Mikael Manninen*, Processo C-319/02.

arbitrários²⁸⁰. Nas conclusões é proposto que, em situações excepcionais, se possa admitir que um sujeito passivo seja compensado por uma isenção concedida a outro sujeito passivo. Para o efeito seria necessário que “*a tributação incida, senão sobre o mesmo contribuinte, pelo menos sobre o mesmo rendimento ou facto económico e o enquadramento jurídico do sistema assegure que um benefício fiscal só favoreça um sujeito passivo na mesma medida que um encargo efectivamente suportado por outro sujeito passivo*”²⁸¹.

Assim, foi apresentada uma alternativa ao critério que exige que se trate do mesmo contribuinte, garantido da mesma forma que o princípio da coerência do sistema fiscal não seja considerado de forma ilimitada.

O Advogado Geral POIARES MADURO, no mesmo sentido, considera que a coerência do sistema fiscal deve ter em atenção o fim e a lógica do regime em causa, e caso o regime esteja de acordo com estes parâmetros pode constituir uma justificação admissível²⁸².

O TJUE, no entanto, não faz qualquer referência expressa à necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal no acórdão *Marks & Spencer*, no entanto, não podemos deixar de ponderar se não estará presente.

Quanto a este aspecto, MICHAEL LANG considera que o TJUE substituiu a coerência do sistema fiscal pelas três justificações do acórdão *Marks & Spencer*, consideradas como um todo²⁸³. Justifica este entendimento com base no facto do TJUE ter chegado à mesma conclusão que o Advogado Geral, apesar de este ter analisado a legislação em causa à luz da coerência do sistema fiscal²⁸⁴.

Mas, se neste acórdão esta posição pode fazer sentido, já nos posteriores é difícil de enquadrar, pois o TJUE analisa a coerência do sistema fiscal e as restantes justificações autonomamente.

Contudo, é de referenciar que no acórdão *Papillon*, apesar de o TJUE ter começado por afastar as justificações resultantes do acórdão *Marks & Spencer*, se admite que

²⁸⁰ V. parágrafo nº 57, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Manninen*, cit. nota 279.

²⁸¹ V. parágrafo nº 61, conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, acórdão *Manninen*, cit. nota 279.

²⁸² V. parágrafo nº 71, conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 121.

²⁸³ V. LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open...*, pág. 60, cit. nota 109.

²⁸⁴ V. em sentido oposto, VANISTENDAEL, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty...*, pág. 415, cit. nota 112, “*in all Marks & Spencer, the word cohesion is, however, not referred to once as justification (...) accordingly, the significance of the reasoning of the ECJ on the subject of justification lies elsewhere*”

impedir a dupla utilização de prejuízos pode ser necessário para garantir a coerência do sistema fiscal²⁸⁵.

Parece-nos possível que se possa considerar que a justificação referente à coesão do sistema fiscal se encontra “nas entrelinhas”. Neste sentido, MATHIEU ISENBAERT e CAROLINE VALIJEMARK²⁸⁶, consideram que quando o TJUE afirma que “(...) a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros pode tornar necessária a aplicação das respectivas normas fiscais somente às actividades económicas das sociedades estabelecidas num desses Estados, tanto no que diz respeito aos lucros como aos prejuízos”²⁸⁷, o que está em causa é o argumento da coerência do sistema fiscal, como foi admitido anteriormente nos acórdãos *Bachmann* e *Comissão vs. Bélgica*.

Ainda que entendamos que o argumento da coerência do sistema fiscal está presente, ou não, na argumentação do TJUE no acórdão *Marks & Spencer*, o facto é que o TJUE poderia ter-se pronunciado quanto à questão que se tinha levantado, relativamente à exigência ou não de umnexo directo para que a coerência do sistema fiscal fosse aceite como justificação. Desta forma, é nossa opinião que o TJUE falhou por omissão neste ponto.

No acórdão *Rewe Zentralfinanz*, o TJUE, perante a referência à coerência do sistema fiscal como justificação, pronuncia-se no mesmo sentido dos acórdãos anteriores, ou seja, reiterando a necessidade de existência umnexo directo entre o benefício fiscal atribuído e a compensação do mesmo, para que esteja em causa a coerência do sistema fiscal. Igualmente, no acórdão *Deutsche Shell* é reafirmado o princípio da coerência do sistema fiscal na sua formulação tradicional²⁸⁸, bem como no acórdão *Papillon*, em que foi exigida a verificação de umnexo directo e, conseqüentemente, demonstrado²⁸⁹. Também no acórdão *Krankenheim* a coerência do sistema fiscal foi entendida na sua formulação inicial.

²⁸⁵ V. neste sentido, BOULOGNE, G. F.; *Group Taxation Within the European Union: Did Papillon and Art. 24(5) of the OCDE Model Tax Convention Create a Butterfly Effect?*, European Taxation, Vol. 51, Number 5, May 2011, (págs. 171 - 178), pág.172.

²⁸⁶ V. ISENBAERT; VALIJEMARK; *Mark's and Spencer judgment: the ECJ caught between...*, pág. 13, cit. nota 122.

²⁸⁷ V. parágrafo nº 45, acórdão *Marks & Spencer*, cit. nota 1.

²⁸⁸ V. parágrafo nº 38 a parágrafo nº 40, acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203.

²⁸⁹ V. parágrafo nº 44, acórdão *Papillon*, cit. nota 45156.

Capítulo III – O Regime Português

1. Considerações Iniciais

A tributação das sociedades deve incidir sobre o seu lucro real²⁹⁰, por forma a garantir a tributação em respeito pelo princípio da capacidade contributiva, tal facto resulta de imperativo constitucional, artigo 114º, nº 2, da CRP, “ *a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real*”²⁹¹.

Uma sociedade não é uma realidade estanque. Em boa verdade só é possível apurar o rendimento de uma sociedade no final da sua vida, procedendo-se a uma comparação do capital investido e o produto final da liquidação, porém por razões de praticabilidade, de segurança e de certeza foi criada uma divisão artificial da vida das sociedades²⁹².

Assim, a lei fiscal determina a tributação findo cada período fiscal, sendo que na generalidade dos casos este coincide com o ano civil, nos termos do artigo 8º, nº 1, do CIRC²⁹³. Para cada um dos períodos fiscais devem ser imputados rendimentos e gastos por forma a obter o resultado desse exercício, em respeito pelo princípio da especialização dos exercícios²⁹⁴.

Contudo, os resultados de uma sociedade não se podem contabilizar e autonomizar em períodos determinados pela lei fiscal, o ciclo empresarial é uma realidade contínua²⁹⁵, pelo que é necessário que o sistema fiscal tenha este facto em consideração. A avaliação

²⁹⁰ Apesar de a tributação pelo lucro real resultar de imperativo constitucional foi só com a aprovação do CIRC, através do Decreto-Lei nº 442-B/88, que o legislador concretizou verdadeiramente este conceito, tendo sido operada uma reforma global na forma de tributação do rendimento das pessoas colectivas, v. neste sentido SANCHES, J.L. Saldanha; *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2007, pág. 345 e seguintes.

²⁹¹ Decorre ainda do princípio da igualdade, plasmado no artigo 13º CRP.

²⁹² V. neste sentido, TAVARES, Tomás Maria Cantista de Castro; *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*, Revista Ciência e Técnica Fiscal, Nº 396, 1999, (págs. 7-177), pág. 82; PEREIRA, *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos...*, pág. 223, cit. nota 7, LOBO, Carlos Batista; *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 26/27, Abril-Junho/Julho-Setembro 2006, (págs. 29 - 62), pág. 42.

²⁹³ Podem ocorrer situações em que o período de tributação não coincide com o ano civil, estas situações encontram-se elencadas no nº 2 e seguintes, do artigo 8º, do CIRC.

²⁹⁴ V. neste sentido, MORAIS, Rui Duarte; *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Reimpressão da Edição de Novembro/2007, 2009, pág. 64.

²⁹⁵ Aceitação do facto de uma sociedade operar num registo contínuo e de duração ilimitada, não tendo como objectivo entrar em liquidação, reduzir o volume de negócios ou cessar actividade, decorre de um dos princípios contabilísticos, o princípio da continuidade, v. neste sentido, NABAIS, José Casalta; *Direito Fiscal*, Almedina, Reimpressão da 7ª Edição de 2012, 2013, pág. 511.

da capacidade contributiva de uma sociedade num plano anual pode ser bastante restritiva e limitativa na interpretação dos resultados. Da necessidade de colmatar esta falha na determinação da capacidade contributiva de uma sociedade, resultante da periodicidade do imposto, surge o sistema de reporte de prejuízos fiscais²⁹⁶.

Haverão anos em que uma sociedade terá lucros tributáveis e haverão anos em que terá prejuízos fiscais, pelo que é necessário proceder a uma ponderação dos mesmos por forma a apurar o rendimento real da sociedade, em respeito pelo princípio da capacidade contributiva. Um dos métodos mais importantes para minimizar as distorções decorrentes da periodização dos lucros é o regime da transmissibilidade de prejuízos²⁹⁷.

A admissibilidade do reporte de prejuízos resulta da consagração do princípio da solidariedade entre exercícios²⁹⁸. A solidariedade de exercícios²⁹⁹ é um dos elementos fulcrais adstritos à tributação de acordo com o rendimento real³⁰⁰.

Perante a possibilidade de proceder ao reporte de prejuízos fiscais está-se a proceder à tributação de uma sociedade numa base plurianual, em estrito respeito pelo limite temporal. Assim, o facto de se proceder à tributação de uma sociedade numa base anual, que como já foi objecto de análise não permite aferir a capacidade contributiva real do sujeito passivo, é mitigado pelo facto de ser possível proceder à dedução de prejuízos fiscais. De outra forma, poderíamos estar a tributar sociedades que através de uma análise plurianual apresentariam resultados negativos. Circunstâncias que iriam prejudicar a produtividade e concorrência das sociedades, além de que afectariam em larga escala a concorrência fiscal do nosso sistema fiscal.

Neste âmbito, cabe analisar se o limite temporal e a forma de reporte estabelecidas no nosso sistema fiscal permitem efectivamente a tributação em respeito pela capacidade contributiva do sujeito passivo, atendendo ao seu lucro real.

²⁹⁶ V. neste sentido, ALMEIDA; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis...*, pág. 84, cit. nota 20.

²⁹⁷ Outras das formas de minimizar as distorções decorrentes da periodização dos lucros é o regime das amortizações e das provisões, v. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 43, cit. nota 292.

²⁹⁸ V. neste sentido, MARTINS, Helena; *O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, in Lições de Fiscalidade* (coordenadores: João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães), Almedina, 2ª Edição, 2013, (págs. 227 - 300), pág. 281.

²⁹⁹ Este princípio consagra a ideia de que dispersando-se por vários períodos tributários o fluxo da actividade de uma sociedade é gerado entre todos os elementos que contribuíram para o exercício desta um elo de solidariedade, pois todos em maior ou menor escala participam das respectivas causas e efeitos do exercício dessa actividade. Um acto praticado num determinado período tributário não cessa obrigatoriamente nesse período e, ainda que o faça, não significa que não influencie os actos praticados futuramente.

³⁰⁰ V. neste sentido, FAVEIRO, Vítor; *O Estatuto do Contribuinte, A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, Coimbra Editora, 2002, pág. 534.

O regime previsto no nosso CIRC permite, de uma forma abrangente, duas formas de transmissibilidade de prejuízos fiscais:

- Dedução de prejuízos fiscais apurados na esfera do mesmo sujeito passivo utilizados noutros períodos de tributação, previsto no artigo 52º do CIRC;
- Dedução de prejuízos fiscais apurados na esfera de outros sujeitos passivos utilizados no mesmo ou noutros períodos de tributação,
 - Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades (RETGS), previsto nos artigos 69º e seguintes do CIRC;
 - Regime Especial aplicável às Fusões, Cisões e Entradas de activos e permutas de partes sociais (REFCE), previsto nos artigos 73º e seguintes do CIRC.

Antes de entrarmos no sistema de reporte de prejuízos fiscais vamos proceder a uma breve análise de como determinamos o lucro tributável/prejuízo fiscal.

A) Incidência

Nos termos do artigo 1º do CIRC, “o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (IRC) incide sobre os rendimentos obtidos, mesmo quando provenientes de actos ilícitos, no período de tributação, pelos respectivos sujeitos passivos (...)”.

São sujeitos passivos do IRC:

- Entidades residentes: as pessoas colectivas de direito público ou privado³⁰¹, e entidades sem personalidade jurídica, que apresentem rendimentos que não são tributados em sede de IRS ou IRC³⁰², directamente na titularidade de pessoas singulares ou colectivas, e que tenham a sua sede ou direcção efectiva em território português;
- Entidades não residentes: entidades com ou sem personalidade jurídica, que não tendo sede ou direcção efectiva em território português, nele obtêm rendimentos não sujeitos a IRS³⁰³.

³⁰¹ Artigo 2º, nº 1, al. a), do CIRC.

³⁰² Artigo 2º, nº 1, al. b) e nº 2, do CIRC.

³⁰³ Artigo 2º, nº 1, al. c), do CIRC.

As entidades residentes estão sujeitas a uma obrigação pessoal, pagam imposto por todo o seu rendimento, quer tenha sido obtido em território português ou não³⁰⁴. Estas entidades obedecem ao princípio do rendimento mundial (*world wide income principle*).

As entidades residentes que exercem a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola são tributadas com base no lucro³⁰⁵. Por sua vez, as entidades que não exercem a título principal a natureza das actividades descritas, serão tributadas pelo rendimento global³⁰⁶.

As entidades não residentes estão sujeitas apenas a uma obrigação real, uma vez que são tributadas em IRC quanto aos rendimentos obtidos em território português, unicamente³⁰⁷. Estas entidades obedecem ao princípio da fonte (*source principle*).

Uma entidade não residente que tenha em território português um estabelecimento estável³⁰⁸ é tributada sobre o lucro que lhe for imputável³⁰⁹, por sua vez se não tiver em território português um estabelecimento estável (ou este não tiver rendimentos que lhe sejam imputáveis) será tributada tendo como base de imposto cada um dos rendimentos das diversas categorias do IRS³¹⁰.

B) Apuramento da Matéria Colectável

Em sede de IRC cabe ao sujeito passivo proceder à determinação da matéria colectável³¹¹ e à autoliquidação do imposto, através da declaração-liquidação. Nestas circunstâncias, cabe apenas à Direcção Geral dos Impostos fiscalizar após a entrega da declaração-liquidação se é necessário proceder a alguma correcção³¹². Caso se verifique

³⁰⁴ Artigo 4º, nº 1, do CIRC.

³⁰⁵ Artigo 3º, nº 1, al. a), do CIRC.

³⁰⁶ Artigo 3º, nº 1, al. b), do CIRC, entendendo-se como rendimento global a soma algébrica dos rendimentos das diversas categorias consideradas em IRS, as categorias aqui admitidas serão apenas aquelas que são compatíveis com a sua natureza das pessoas colectivas (B, E, F e G), v. neste sentido NABAIS; *Direito Fiscal*, pág. 499, cit. nota 295.

³⁰⁷ Artigo 4º, nº 2, do CIRC.

³⁰⁸ Encontra-se no artigo 5º do CIRC o conceito de estabelecimento estável, como é entendido no regime fiscal português.

³⁰⁹ Artigo 3º, nº 1, al. c), do CIRC, onde é necessário ter em conta o princípio da força atractiva que, de acordo com o qual, é associado ao estabelecimento estável também os rendimentos obtidos por seu intermédio, v. neste sentido, MARTINS; *O Imposto sobre o Rendimento das...*, pág. 220, cit. nota 298.

³¹⁰ Artigo 3º, nº 1, al. d), do CIRC, sendo que também neste caso só relevam as categorias compatíveis com a natureza das pessoas colectivas (B, E, F e G), v. neste sentido NABAIS; *Direito Fiscal*, pág. 499, cit. nota 295.

³¹¹ Artigo 16º, nº 1, do CIRC.

³¹² Artigo 16º, nº 1, do CIRC.

alguma correcção, por parte da Direcção Geral dos Impostos, pode haver lugar a uma nota de liquidação de imposto adicional.

Verificando-se a não apresentação da declaração de rendimentos por parte do contribuinte, cabe à Direcção Geral dos Impostos proceder à determinação da matéria colectável³¹³, para o efeito pode recorrer a elementos que disponha ou a elementos que sejam obtidos pelos serviços de fiscalização.

Por último, perante a falta de apresentação da declaração de rendimentos e em casos excepcionais, a Direcção Geral dos Impostos pode proceder à determinação do lucro tributável com o recurso a métodos de avaliação indirecta³¹⁴.

A matéria colectável das entidades residentes que exercem a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola e dos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes é determinada através do apuramento do lucro tributável/prejuízo fiscal. No caso de haver lucro tributável serão deduzidos os prejuízos fiscais e os benefícios fiscais que eventualmente existam³¹⁵, alcançando-se assim a matéria colectável.

Nesta medida importa clarificar como é que chegamos ao apuramento do lucro tributável/prejuízo fiscal.

O CIRC acolheu no seu âmbito um conceito de lucro tributável que expressa uma noção extensiva de rendimento, baseada na teoria do incremento patrimonial³¹⁶, aludido no preâmbulo do CIRC no seu ponto 5. Assim, o lucro é entendido como a “(...) *diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correcções estabelecidas (...)*” no CIRC, nos termos do seu artigo 3º, nº 2.

Nos termos do artigo 17º, nº1, do CIRC o lucro tributável é aferido com base no resultado líquido do exercício³¹⁷. A este serão acrescidas as variações patrimoniais

³¹³ Artigo 16º, nº 2, do CIRC.

³¹⁴ Artigo 16º, nº 4, artigo 57º e seguintes, ambos do CIRC; artigo 87º e seguintes da LGT.

³¹⁵ Nos termos do artigo 15º, nº 1, al. a) e al. b).

³¹⁶ Também designada teoria do acréscimo patrimonial ou do rendimento acréscimo, foi primeiramente elaborada por Georg von Schanz, transmitida posteriormente por Robert Murray Haig e Henry Simons, de acordo com a qual o rendimento tributável deverá ter em consideração todo o acréscimo patrimonial que se verifique na esfera do contribuinte, num determinado período fiscal. Esta teoria veio afastar a concepção da teoria do rendimento-fonte, em que o rendimento tributável era apenas constituído pelos fluxos periódicos e regulares de rendimento, teoria que teve como seu expoente Bernhard Fuisting, v. neste sentido VASQUES, Sérgio; *Capacidade Contributiva, Rendimento e Património*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Fiscalidade, Nº 23, Julho - Setembro 2005, (Págs. 15 - 45), págs. 22 e 23 LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 39 e ss., cit. nota 292.

³¹⁷ A diferença entre os rendimentos e os gastos do período.

positivas e subtraídas as variações patrimoniais negativas que se verificaram no mesmo período tributário e que não estejam compreendidas no resultado líquido do exercício, bem como as demais correcções fiscais previstas no CIRC.

O conceito de lucro tributável é assim construído com recurso à contabilidade, partindo o conceito de lucro tributável do conceito de lucro contabilístico³¹⁸.

Apesar do lucro tributável partir do lucro contabilístico não são conceitos coincidentes, desta forma cabe afastar:

- O modelo da dependência total na relação entre o Direito Fiscal e o Direito Contabilístico, segundo o qual o lucro tributável coincidiria na totalidade com o lucro contabilístico;
- O modelo da autonomia na relação entre o Direito Fiscal e o Direito Contabilístico, de acordo com este o lucro tributável e o lucro contabilístico seriam apurados de uma forma completamente autónoma.

Como referimos, o lucro tributável parte do lucro contabilístico, pelo que estamos perante o modelo da dependência parcial na relação entre o Direito Fiscal e o Direito Contabilístico³¹⁹.

Na consideração do lucro contabilístico para a determinação do lucro tributável é então necessário proceder a algumas correcções, uma vez que nem todos os gastos e rendimentos contabilísticos são aceites fiscalmente.

Encontram-se elencados no artigo 20º do CIRC os rendimentos aceites pra efeitos do cálculo do lucro tributável e no artigo 23º do CIRC, os gastos, sendo que em ambos os casos encontramos-nos perante um elenco de situações meramente exemplificativas.

O regime dos gastos é um dos sectores onde é mais marcante o modelo da dependência parcial na relação entre o Direito Fiscal e o Direito Contabilístico³²⁰, pois se, por um lado, o lucro tributável abarca a diferença entre os rendimentos e os gastos, em conexão com as normas contabilísticas, por outro lado, nem todos os gastos admitidos em conformidade com as normas contabilísticas são admitidos para efeitos da determinação do lucro tributável.

³¹⁸ V. neste sentido, NABAIS; *Direito Fiscal*, pág. 522, cit. nota 295.

³¹⁹ V. neste sentido TAVARES; *Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas...*, pág. 62, cit. nota 292.

³²⁰ V. neste sentido, TAVARES; *Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas...*, pág. 166, cit. nota 292.

Assim, dispõe o artigo 23º, do CIRC, que “*consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora (...)*”, do qual se retira o princípio da indispensabilidade dos gastos e o princípio da ligação aos rendimentos³²¹. De acordo com estes princípios, os gastos a ter em conta para efeitos fiscais só poderão ser aqueles em que for demonstrado a indispensabilidade para a realização do rendimento.

A par do requisito da indispensabilidade e da ligação aos rendimentos é necessário ainda que os gastos apurados sejam efectivos, devidamente contabilizados, em respeito aos critérios de imputação temporal, estejam comprovados e que não tenham sido negados³²², por exemplo nos termos dos artigos 34º e 45º do CIRC.

Relativamente ao requisito da indispensabilidade cabe esclarecer que para que uma despesa seja considerada como um gasto para efeitos do cálculo do lucro tributável não é necessário que vise um fim directo e imediatamente lucrativo, deve contudo visar um interesse específico da empresa. Também não releva, para a aceitação de uma despesa como gasto, que a despesa efectuada seja a forma mais eficaz de atender aos interesses da empresa, ou que analisando o resultado final a despesa realizada tenha efectivamente gerado proveitos.

Numa situação de grupo de sociedades importa os interesses da sociedade individualmente considerada, isto é, relevam os interesses da sociedade e não os interesses do grupo³²³. Quando se considera que a despesa foi motivada, por exemplo, por interesses de outras sociedades do grupo, de outros parceiros sociais, de interesses pessoais dos sócios, administradores ou credores, e não por entendimento daqueles a quem cabe a definição dos objectivos sociais (sócios e/ou gestores da sociedade), não estamos perante um gasto nos termos do artigo 23º do CIRC³²⁴.

³²¹ V. neste sentido NABAIS, *Direito Fiscal*, pág. 516, cit. nota 295, v. SANCHES; *Manual de Direito...*, pg. 385, cit. nota 290.

³²² V. neste sentido, PORTUGAL, António Moura; *A Deductabilidade dos Custos na Recente Jurisprudência Fiscal, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, (págs. 213 - 227), pág. 215 e ss.; e TAVARES; *Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas...*, pág. 113, cit. nota 292.

³²³ Neste sentido Acórdão do STA, de 30/05/2012 (Relator Fernanda Maçãs), Processo 0171/11, em que uma sociedade efectuou empréstimos a outra sociedade do grupo, “(...) não devem ser considerados como fiscalmente relevantes os custos com juros e imposto de selo de empréstimos bancários contraídos pela impugnante, ainda que em seu prejuízo e não sejam estritamente necessários para a obtenção dos seus ganhos e proveitos individuais (...)”.

³²⁴ V. neste sentido MORAIS, *Apontamentos...*, pág. 88, cit. nota 294.

Em suma, na consideração da indispensabilidade de um gasto não está em causa analisar as opções de gestão tomadas, é ao gestor que cabe a liberdade e a responsabilidade das decisões, não à Administração Fiscal ou aos tribunais.

O requisito da indispensabilidade de uma despesa, em termos de classificação como gasto para efeitos da determinação do lucro tributável, deve ser analisada atendendo a critérios de racionalidade económica tendo em conta os objectivos prosseguidos pela sociedade, considerando a fundamentação das opções de gestão no momento em que são efectuadas³²⁵.

Encontram-se nos artigos 21º, 22º e 24º, e nos artigos 63º a 68º do CIRC algumas das correcções a efectuar ao lucro contabilístico, ao que se segue a eliminação da dupla tributação económica, nos termos do artigo 51º do CIRC.

Efectuadas todas as operações obteremos então o lucro tributável, ou, se for caso disso, prejuízo fiscal.

Obtido o lucro tributável, para determinar qual a matéria colectável é ainda necessário deduzir os prejuízos fiscais reportados de anos anteriores, nos termos do artigo 52º do CIRC, e deduzir os benefícios fiscais, nos termos do artigo 15º, nº 1, al. a), e nº 2, do CIRC³²⁶.

Por forma a compreender todas as operações referidas temos o seguinte esquema que demonstra de uma forma bastante simplificada quais operações que são efectuadas para a determinação do lucro tributável/prejuízo fiscal e da matéria colectável:

$$\begin{array}{l} \text{Rendimentos (art. 20º CIRC)} \\ - \text{ Gastos (art. 23º CIRC)} \\ \hline = \text{ **Resultado Líquido do Exercício** } \\ \\ \text{+ **Variações Patrimoniais Positivas não Reflectidas no** } \\ \text{+ **Resultado (art. 21º CIRC)** } \end{array}$$

³²⁵ V. neste sentido SANCHES, *Manual de Direito...*, pág. 384 e ss, cit. nota 290.

³²⁶ Relativamente a este ponto v. Ofício-Circulado nº 009/97, do SAIR, de 26 de Agosto de 1997, onde é disposto que da “*conjugação do disposto no artigo 46.º (actual artigo 52º) com o artigo 15.º do mesmo diploma, referente ao cálculo da matéria colectável, resulta que primeiramente devem ser expurgados do lucro tributável os prejuízos fiscais até à sua concorrência, deduzindo-se, caso ainda exista um valor remanescente, os benefícios fiscais porventura existentes*”; v. ainda, Informação Vinculativa, emitida relativamente ao Processo 962/2008, Despacho de 09/07/2008, onde é disposto que “*a prioridade do reporte de prejuízos até à concorrência do lucro tributável aplica-se sempre e não apenas quando existem benefícios fiscais por deduzir*”.

Variações Patrimoniais Negativas não Reflectidas no
- **Resultado (art. 24º CIRC)**
+/- **Correcções Fiscais (arts. 26º e ss., 45º e ss. e 63º a 68 CIRC)**
Deduções para Eliminação da Dupla Tributação Económica
- **(art. 51º CIRC)**

= Lucro Tributável / Prejuízo Fiscal

No caso de:

Lucro Tributável > 0
- **Reporte de Prejuízos Fiscais (art. 52º CIRC)**
Benefícios Fiscais Dedutíveis ao Lucro Tributável
- **(art. 15º, nº 1, al. a) e nº 2 CIRC)**

= Matéria Colectável (art. 15º, nº1 CIRC)

2. Dedução de Prejuízos Fiscais Apurados na Esfera do Mesmo Sujeito Passivo Contabilizados Noutros Períodos de Tributação

2.1 Limite Temporal do Reporte de Prejuízos Fiscais

O Código da Contribuição Industrial (CCI), aprovado pelo Decreto nº 45103 de 1 de Julho de 1963, previa, no seu artigo 43º, que *“os prejuízos verificados em determinado exercício serão deduzidos aos lucros tributáveis, havendo-os, de um, ou mais, dos três anos posteriores”*.

Posteriormente, a Lei nº 56/77, de 4 de Agosto, alterou o referido período de dedução de três para cinco anos.

Com a Reforma Fiscal de 1988/1989 e consequente adopção do Código do IRC, no artigo 46º (actual artigo 52º) foi mantido o mesmo prazo.

Na Lei nº 10-B/96, de 23 de Março (OE/1997), constava uma autorização legislativa no sentido de os prejuízos fiscais apurados nos exercícios a partir de 1996, para efeitos de IRC, poderem ser deduzidos nos lucros tributáveis até seis exercícios posteriores.

O Decreto-Lei nº 18/97, de 21 de Janeiro, no seu nº 1 do artigo 46º - «Dedução de prejuízos fiscais» (actual artigo 52º) passava a ter a seguinte redacção *“os prejuízos fiscais apurados em determinado exercício, nos termos das disposições anteriores, serão deduzidos aos lucros tributáveis, havendo-os, de um ou mais dos seis exercícios posteriores”*.

A Lei do Orçamento do Estado para 2010 (Lei 3-B/2010 de 28 de Abril), veio alterar a redacção do nº 1, do artigo 52º, do CIRC, limitando a possibilidade de reporte dos prejuízos fiscais a um máximo de 4 anos.

Relativamente a esta alteração, correu alguma tinta. O problema surgiu, porque não foi criado nenhum regime transitório e levantaram-se questões quanto ao concreto âmbito temporal da aplicação da lei.

Na falta de regime transitório, tem-se em conta os princípios gerais de direito, chamando-se à colação o artigo 297º do Código Civil, quanto à alteração de prazos. Este refere:

“1. A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só

se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar.

2. *A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial”.*

De acordo com este, o prazo mais curto é aplicável aos prazos em curso a partir da entrada em vigor da nova lei, com exceção, de quando o prazo antigo for inferior ao preconizado pela lei nova. Assim, como se demonstra no Quadro 2 a seguir, o problema surge quanto ao ano de 2009, pois é o único em que as expectativas dos sujeitos passivos são frustradas, uma vez que da aplicação do exposto resulta a diminuição do prazo para o reporte dos prejuízos fiscais (a negrito a aplicação do prazo da nova lei).

Tabela 2: Consequências da aplicação da Lei do Orçamento de Estado para 2010, em termos de reporte de prejuízos fiscais.

Prejuízos fiscais	Limite da dedução
2008	2014
2009	2015
2009	2014
2010	2014
2011	2015
2012	2016

Confrontado com estas dúvidas, o Secretário do Estado dos Assuntos Fiscais, através da Informação Vinculativa, de Despacho nº 735/2010-XVIII, de 12 de Agosto³²⁷, esclareceu que “(...) o prazo de quatro anos agora concedido para efeitos de dedução dos prejuízos fiscais aos lucros tributáveis apenas será aplicado (...) a partir do exercício de 2010, inclusive.” De acordo com o exposto, os prejuízos fiscais apurados em períodos

³²⁷ É de esclarecer, que o Despacho em questão foi produzido no âmbito de um procedimento concreto, tendo sido iniciado por um contribuinte que visava obter esclarecimentos, produzindo efeitos jurídicos vinculativos apenas para aquele caso concreto. No entanto, o princípio da igualdade e a boa fé da actuação da Administração Fiscal, conduziram à extensão dos efeitos aos demais sujeitos passivos.

anteriores ao exercício de 2010, poderão ser deduzidos aos lucros tributáveis até ao sexto exercício posterior.

A Lei do Orçamento do Estado para 2012 (Lei 64-B/2011 de 30 de Dezembro), veio novamente alterar a redacção do nº 1, do artigo 52º, do CIRC, aumentando o limite da possibilidade de reporte de prejuízos fiscais para um máximo de 5 anos.

Além do aumento do prazo para proceder ao reporte de prejuízos fiscais, a Lei do Orçamento de Estado para 2012, introduziu paralelamente uma limitação quanto ao montante a deduzir. Passou a não ser possível deduzir a totalidade dos prejuízos fiscais, limitando a dedução a 75% do lucro tributável.

Vejamos o seguinte exemplo:

Em 2012 uma sociedade apurou um lucro tributável de € 10.000,00

Prejuízo Exercício Fiscal de 2005	€ 500,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2006	€ 2.000,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2007	€ 1.500,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2008	€ 3.000,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2009	€ 1.500,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2010	€ 1.000,00
Prejuízo Exercício Fiscal de 2011	€ 1.000,00
Total	
Prejuízos Fiscais Dedutíveis	€ 10.000,00
Prejuízos Fiscais Não Dedutíveis	€ 500,00

Prejuízos passíveis de dedução em 2012

75% do lucro tributável	€ 7.500,00
-------------------------	-------------------

Matéria Colectável **€ 2.500,00**

Na prática, a alteração do prazo do reporte de prejuízos de quatro anos para cinco anos, não permite, na maioria dos casos, ao contribuinte nenhum acréscimo na dedução. Se o prazo de reporte de prejuízos tivesse simplesmente aumentado de quatro para cinco anos, sem o acréscimo da limitação da dedução de 75% do lucro tributável, o contribuinte

disporia da possibilidade de mais um ano para proceder à dedução. Contudo com a limitação de 75% o quinto ano de reporte acaba por representar a soma dos 25% de prejuízos dedutíveis que não foram possíveis de deduzir nos primeiros quatro anos.

A alteração do prazo de reporte parece ter surgido para compensar o facto de se ter procedido à introdução de uma limitação na dedução de 75%.

Em algumas circunstâncias, o quinto ano será mais do que apenas a soma 25% de prejuízos que não puderam ser deduzidos. Por exemplo, quando a sociedade sofre um prejuízo no ano n e nos quatro anos seguintes não tem lucros tributáveis, vindo apenas a ter lucro tributável no ano $n + 5$, aqui apesar da limitação de 75% poderá deduzir prejuízos que perante o prazo de reporte de prejuízos de quatro anos não poderia.

A Lei do Orçamento de Estado para 2012, procedeu ainda à revogação da norma aditada pela Lei do Orçamento de Estado para 2011 (Lei 55-A/2010 de 31 de Dezembro) que estabelecia que a dedução de prejuízos fiscais pelo terceiro ano consecutivo dependeria de certificação legal de contas por Revisor Oficial de Contas. A revogação da norma retroagiu à data da sua entrada em vigor, 1 de Janeiro de 2011³²⁸.

Elaboramos um quadro resumo do período de reporte dos prejuízos fiscais, tendo por base de análise o ano de 2013:

Tabela 3: Período de reporte de prejuízos fiscais e respectivos limites com base no ano de 2012

³²⁸ Esta norma havia sido concretizada através da Portaria nº 111-A/2011, de 18 de Março e visava proceder a um reforço do combate à fraude e evasão fiscal, pretendendo evitar que através da manipulação da contabilidade as sociedades criassem prejuízos fiscais ou elevassem o valor dos mesmos. Através desta medida pretendia-se aumentar o escrutínio sobre as sociedades e aumentar a responsabilização dos órgãos de gestão na elaboração das contas. A situação em si tornar-se-ia um tanto peculiar, pois a Administração Fiscal pretendia aumentar o controlo interno das contas através da certificação legal de contas por Revisor Oficial de Contas, quando por seu lado não procedia ao aumento da fiscalização por forma a evitar o aproveitamento abusivo dos prejuízos fiscais.

		<i>Período de reporte e respectivos limites</i>										
		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Ano em que são gerados os prejuízos fiscais</i>	2007	PF	PF	PF	PF	PF*	PF*	-	-	-	-	-
	2008	-	PF	PF	PF	PF*	PF*	PF*	-	-	-	-
	2009	-	-	PF	PF	PF*	PF*	PF*	PF*	-	-	-
	2010	-	-	-	PF	PF*	PF*	PF*	-	-	-	-
	2011	-	-	-	-	PF*	PF*	PF*	PF*	-	-	-
	2012	-	-	-	-	-	PF*	PF*	PF*	PF*	PF*	-
	2013	-	-	-	-	-	-	PF*	PF*	PF*	PF*	PF*

PF – Dedução de prejuízos fiscais

* Dedução dos prejuízos fiscais limitada a 75% do lucro tributável

2.1.1. Pertinência do Prazo Estipulado

A questão que agora se coloca passa por analisar se o prazo para a dedução dos prejuízos fiscais estipulado no nosso sistema fiscal é adequado face ao ciclo normal de vida da actividade levada a cabo pelas sociedades.

No que diz respeito ao período de admissibilidade da transmissão de prejuízos são fundamentais considerações de eficiência, sendo este que deverá estar em concordância com o ciclo de vida do negócio³²⁹. Assim, por forma a garantir que a tributação pelo lucro real e o respeito pela capacidade contributiva do sujeito passivo sejam respeitados é necessário que o período de reporte seja suficiente longo para que os encargos assumidos para a prossecução de determinada actividade possam ser compensados nos exercícios futuros, garantindo que se efectue a absorção de investimentos elevados que se tenham efectuado, quer na decorrência do início da actividade³³⁰, quer em razão da actualização dos instrumentos de produção.

Por outro lado, a opção por um período de reporte ilimitado também poderá não ser a melhor opção, uma vez que poderá favorecer empresas ineficientes e levantar diversas questões administrativas. Por exemplo, no limite uma empresa poderia proceder ao reporte de prejuízos fiscais 50 anos após o seu apuramento, pelo que seria necessário

³²⁹ V. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 44, cit. nota 292.

³³⁰ V. neste sentido, TEIXEIRA, Glória; *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2ª Edição, 2010, pág. 80, contudo esta autora chega a uma conclusão diferente da nossa, entende que o reporte de prejuízos fiscais para a frente deveria ser ilimitado no tempo.

garantir que as informações relativas ao apuramento dos prejuízos fossem guardadas durante esses período de tempo.

Ora, atendendo que nem todas as actividades exercidas pelas sociedades têm o mesmo prazo de retorno do investimento efectuado, é necessário que o prazo de reporte possa abarcar o maior número possível de situações.

Não nos parece que este seja o caso do regime português, o nosso sistema fiscal é bastante limitativo. Embora se perceba, face à situação económica que o país atravessa, que se limite em determinada medida a dedução dos prejuízos fiscais, consideramos que com a introdução da norma limitativa de 75% do lucro tributável, que permite que o Estado possa obter sempre alguma receita, se deveria alargar para além dos cinco anos o prazo de reporte dos prejuízos fiscais.

Neste sentido, a Comissão nomeada pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais para apresentar um conjunto de propostas de reforma do IRC propõe, na publicação de um anteprojecto da reforma³³¹, que o limite temporal de dedução de prejuízos fiscais fosse alargado para 15 anos, mantendo-se a limitação de dedução dos prejuízos até ao limite de 75% do lucro tributável. A medida proposta visa tornar o sistema fiscal português mais competitivo face aos restantes Estados-Membros da UE, uma vez que o regime português é um dos mais limitativos em termos temporais quanto ao reporte de prejuízos fiscais.

Nos últimos anos o prazo de dedutibilidade dos prejuízos fiscais tem vindo a sofrer constantes alterações, não sendo ainda ponto assente.

2.1.2. O Momento da Dedução

Relativamente ao momento do reporte dos prejuízos fiscais, cabe determinar se, sendo apurado lucro tributável e existindo prejuízos fiscais dedutíveis, a sociedade pode:

- Optar por diferir para um apuramento de lucro tributável posterior a dedução dos prejuízos fiscais, tendo em conta o seu planeamento fiscal e económico, considerando, neste caso, que o sujeito passivo tem um poder discricionário de decisão;

³³¹ Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas - 2013, *Anteprojecto da Reforma, Uma Reforma Orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego*, 30 de Julho de 2013, disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/1157091/20130726%20seaf%20rel%20final%20anteprojecto%20reforma%20irc.pdf>, pág. 145 e ss.

- Ser obrigada a proceder à dedução dos prejuízos, tendo em conta os limites de dedução, no primeiro lucro tributável apurado após a ocorrência de prejuízos fiscais.

A Administração Fiscal determinou, quanto a esta matéria, através de Informação Vinculativa, emitida relativamente ao Processo 962/2008, Despacho de 09/07/2008³³², que a dedução deverá verificar-se no primeiro período fiscal em que é apurado lucro tributável após o apuramento de prejuízos fiscais. Os prejuízos fiscais serão deduzidos por ordem cronológica, sendo utilizados em primeiro lugar os mais antigos.

³³² “a prioridade do reporte de prejuízos até à concorrência do lucro tributável aplica-se sempre e não apenas quando existem benefícios fiscais por deduzir. A sua dedução deverá concretizar-se logo no primeiro exercício em que seja apurado lucro tributável, por ordem cronológica de antiguidade e respeitando o limite temporal definido legalmente”; ver ainda neste sentido, Ofício-Circulado nº 009/97, do SAIR, de 26 de Agosto de 1997, onde é disposto que “os contribuintes não podem escolher o exercício de dedução dos prejuízos, por forma a não inviabilizarem a dedução dos benefícios, devendo essa dedução operar-se, dentro do período respectivo, o mais rápido possível”.

2.2 Ilimitação Material

A ilimitação material caracteriza-se pelo facto de a dedução de prejuízos poder ocorrer independentemente da actividade empresarial que lhes deu origem, salvo algumas medidas antiabuso.

Esta característica do reporte de prejuízos, resulta do carácter global na determinação do lucro tributável³³³. Para a determinação do lucro tributável procede-se ao englobamento da generalidade dos rendimentos, independentemente da sua natureza, pelo que da mesma forma a generalidade dos prejuízos é deduzida ao lucro tributável dos períodos fiscais seguintes. Porém, a opção pela ilimitação material não é absoluta, encontramos no regime português algumas manifestações da cedularização.

Neste âmbito, no artigo 52º, nº 5, do CIRC, está previsto que o sujeito passivo possa deduzir os prejuízos que tenham advindo de uma determinada “exploração ou actividade” aos lucros tributáveis das demais, em razão de a “exploração ou actividade” geradora de prejuízos gozar de determinados benefícios³³⁴ que as restantes actividades não gozam³³⁵.

Está aqui em questão não a transmissibilidade de prejuízos para a frente (reporte de prejuízos fiscais), mas antes a comunicabilidade horizontal dos prejuízos verificados em actividades isentas ou sujeitas a taxa reduzida³³⁶.

Ainda assim, estamos perante apenas uma cedularização relativa, pois os prejuízos gerados pelas actividades sujeitas ao regime geral de IRC são dedutíveis a todo o lucro tributável.

A tributação só será autónoma com base na actividade se estiverem em causa sujeitos passivos que exerçam simultaneamente actividades no regime geral de IRC e actividades que beneficiem de uma isenção parcial ou de uma redução da taxa de IRC, caso em que será necessário que a contabilidade revele os resultados imputados a cada uma das actividades, de forma a que os prejuízos apurados possam ser deduzidos, única e exclusivamente, nos lucros das respectivas actividades.

³³³ V. neste sentido TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág. 118, cit. nota 3.

³³⁴ Entenda-se benefícios no sentido lato, no caso em apreço estará em causa a isenção parcial ou a redução da taxa de IRC.

³³⁵ Artigo 52º, nº5, do CIRC “no caso de o contribuinte beneficiar de isenção parcial e ou de redução de IRC, os prejuízos fiscais sofridos nas respectivas explorações ou actividades não podem ser deduzidos, em cada período de tributação, dos lucros tributáveis das restantes”.

³³⁶ V. neste sentido MORAIS, *Apontamentos...*, pág. 166, cit. nota 294.

Resulta do exposto que a cedularização dos prejuízos não visa prevenir a ocorrência de uma subsidiação cruzada entre lucros e prejuízos, mas apenas garantir que não seja posta em causa a coerência do benefício fiscal.

A Administração Fiscal tem como entendimento, quando estejam em causa actividades sujeitas a isenção parcial ou a redução de taxa, que cessando o benefício, se ainda existirem prejuízos fiscais a reportar apurados no âmbito destas actividades, ainda é possível proceder ao seu reporte, desde que seja respeitado o limite temporal.^{337 338}.

³³⁷ V. neste sentido, Informação Vinculativa emitida à luz do processo nº 1664/06, com despacho do Subdirector-Geral substituto legal do DirectorGeral, de 20/11/2006.

³³⁸ A propósito deste ponto, veja-se o Acórdão do STA, de 19/01/2005, Processo nº 01214/04, “(...) como resulta claramente daquela expressão «em cada exercício», esta norma tem aplicação em situações em que está em causa a relevância dos prejuízos fiscais sofridos nas explorações ou actividades no lucro tributável do respectivo exercício, visando proibir que esses prejuízos possam ser deduzidos no lucro tributável «**das restantes**» explorações ou actividades (...) se a proibição de dedução de prejuízos se reportasse ao lucro tributável de exercícios futuros não se incluiria aquela referência a «cada exercício» nem se conteria, na parte final, a expressão aos lucros tributáveis **das restantes**» (...) (...) não há o mínimo suporte textual para fazer assentar nesta norma uma proibição de reporte de prejuízos de «cada exercício» no lucro tributável de **outros exercícios**, sendo de concluir que o que se consagra é a autonomia entre as actividades e explorações beneficiadas e as não beneficiadas, para formação do lucro tributável de cada exercício (...)”

2.3. Medidas Antiabuso

O artigo 52º, nº 8, do CIRC estabelece uma cláusula antiabuso específica. Esta disposição visa impedir que se efectue determinadas operações com o objectivo de apenas obter economias fiscais através da dedução de prejuízos fiscais, o chamado “comércio de prejuízos”³³⁹.

2.3.1. Alteração da Natureza da Actividade

Artigo 52º, nº 8, do CIRC, *“o previsto no nº 1 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”*³⁴⁰.

Decorre do exposto que, se no termo do período de tributação em que ocorre lucro tributável a actividade exercida não era a mesma actividade exercida no período de tributação em que ocorreram os prejuízos, a dedução não pode ter lugar.

Contudo, se diferentes actividades forem exercidas à data em que os prejuízos foram gerados, bem como à data em que é gerado o lucro tributável, poder-se-á deduzir os prejuízos fiscais de uma actividade noutra actividade.

O que importa neste âmbito é determinar em que consiste uma alteração substancial da natureza da actividade. O legislador recorreu a conceitos indeterminados, a serem preenchidos pela jurisprudência e pela doutrina.

Poderá estar em causa uma alteração substancial da natureza da actividade quando nomeadamente se verifique uma alteração ao nível do capital produtivo, do trabalho ou da mão-de-obra.

³³⁹ V. neste sentido, GARCIA, Nuno de Oliveira, *Prejuízos, Menos e Mais-Valias, Casos de Aplicação de Normas Anti-Abuso Específicas do Código do IRC*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Fiscalidade, Nº 29, Janeiro-Março 2007, (págs. 105 - 125), pág. 109.

³⁴⁰ Esta medida foi introduzida pela Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro.

É exemplo de uma alteração substancial da natureza da actividade a alteração de uma actividade agrícola para uma actividade industrial ou de prestação de serviços, bem como a situação oposta. Todavia, não podemos entender a situação descrita de uma forma restritiva, isto é, se uma empresa de exploração agrícola de pêras alterar a actividade para a produção industrial de sumos de pêra, uma vez que a base da actividade (as pêras) se mantém a mesma, poderá ser desajustado considerar que existe uma alteração substancial da actividade e, nessa medida, negar a dedução dos prejuízos fiscais apurados com a exploração agrícola³⁴¹.

Assim, a impossibilidade de dedução dos prejuízos não decorre de qualquer alteração da actividade, a lei exige que se verifique uma alteração substancial da natureza da actividade, sendo determinante para o efeito se existe alguma ligação entre a actividade que gerou os prejuízos e a nova actividade³⁴².

No anteprojecto de reforma do IRC, avançada pela Comissão nomeada pelo Secretário dos Assuntos Fiscais, esta parte da norma foi eliminada³⁴³.

2.3.2. Alteração do Objecto Social

Artigo 52º, nº 8, do CIRC, “*o previsto no nº 1 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*”³⁴⁴.

São várias as razões que podem justificar uma alteração do objecto social de uma empresa, sem que se verifique uma alteração substancial da sua natureza. Entre as razões subjacentes podemos elencar:

³⁴¹ V. neste sentido TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.121, cit. nota 3.

³⁴² V. neste sentido, PEREIRA, *Regime fiscal do reporte de prejuízos – Princípios Fundamentais*, 1995, pág. 237.

³⁴³ Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas - 2013, *Anteprojecto da Reforma...*, pág. 145 e ss., cit. nota 331.

³⁴⁴ Esta medida também foi introduzida pela Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro.

- A verificação de uma melhor correspondência entre o objecto social e a actividade efectivamente exercida pela sociedade;
- A previsão de que o âmbito da actividade exercida pela sociedade venha a ser alargada.

Afastando-se ainda mais de uma alteração substancial podemos encontrar alterações do objecto social apenas em razão de um erro de redacção ou da necessidade de clarificar o mesmo.

Face ao exposto se atendermos apenas à letra da lei qualquer alteração do objecto social levaria a que os prejuízos fiscais anteriores à alteração não sejam tomados em consideração. Nesta situação, a lei seria mais exigente relativamente à letra do objecto social do que à substância da actividade que é exercida pela sociedade. Tais circunstâncias devem ser afastadas.

A necessidade de manutenção do objecto social deve ser analisada em concordância com a necessidade da manutenção da actividade, isto é os mesmos requisitos devem ser aplicados a ambas as situações.

Por forma a concretizar o espírito da lei, deve-se proceder a uma interpretação restritiva da letra lei, subordinando-se a aplicação da necessidade de manutenção do objecto social aos requisitos já anteriormente elencados quanto à manutenção da actividade³⁴⁵. Ou seja, para que não sejam reportáveis os prejuízos fiscais anteriormente verificados será necessário que se tenha verificado uma alteração substancial do objecto social, nos mesmos termos do exposto no ponto anterior: quanto à alteração da natureza da actividade.

No anteprojecto de reforma do IRC, avançada pela Comissão nomeada pelo Secretário dos Assuntos Fiscais, esta parte da norma foi eliminada³⁴⁶

2.3.3. Alteração da Titularidade

Artigo 52º, nº 8, do CIRC, *“o previsto no nº 1 deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efectuada a dedução, que,*

³⁴⁵ V. neste sentido TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.124, cit. nota 3.

³⁴⁶ Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas - 2013, *Anteprojecto da Reforma...*, pág. 145 e ss., cit. nota 331.

*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*³⁴⁷.

A medida em causa faz depender a possibilidade de reporte de prejuízos fiscais à manutenção de uma identidade da participação social, ou seja, a entidade no período fiscal em que são apurados os prejuízos tem de ser a mesma entidade no período fiscal em que se pretende deduzir os prejuízos ao lucro tributável³⁴⁸.

No caso em apreço encontramos-nos perante uma impossibilidade de reporte de prejuízos fiscais que pode não estar dependente da própria entidade e/ou dos seus sócios, como é por exemplo o caso da transmissão de participações sociais por mortis causa.

Pode ocorrer também a situação em que os sócios, individualmente e sem qualquer conexão entre eles, procedam à alienação das suas participações sociais, sendo cada uma dessas alienações uma transmissão de participações minoritária, mas que no conjunto total seja uma transmissão de participações que altere a titularidade da sociedade em mais 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto.

Relativamente a esta medida ANSELMO MANUEL TORRES³⁴⁹, considera que não é justificável a oneração que se faz recair sobre a sociedade e os sócios. O autor coloca a situação em paralelo com a situação de transmissões de participações de sociedades que gozem de benefícios fiscais, nestas o benefício fiscal não é perdido, nem sofre qualquer oneração.

Da mesma forma que terá um valor mais elevado uma participação de uma sociedade tributada a uma taxa reduzida, também é justificável que o mesmo suceda a uma participação de uma sociedade com prejuízos, sem que o facto se considere um abuso. Um sistema fiscal em que os sócios de uma sociedade atribuam um valor superior a uma

³⁴⁷ A medida foi introduzida pela Lei 39-A/2005, de 29 de Julho.

³⁴⁸ Estamos perante o princípio da identidade jurídica, que se manifesta ainda nas circunstâncias em que em caso de transferência de sede ou direcção efectiva de uma sociedade para fora do território português, permanecendo um estabelecimento estável este pode deduzir os prejuízos fiscais apurados antes da transferência da sociedade, nos termos do artigo 15º, nº1, al. c), ponto 1), do CIRC, v. neste sentido, MARTINS; *O Imposto sobre o Rendimento das ...*, pág. 283, cit. nota 298.

³⁴⁹ TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.121 e ss, cit. nota 3.

participação em razão do facto de no futuro os encargos fiscais virem a ser reduzidos pela dedução de prejuízos fiscais não merece reprovação.

Desta forma, o autor considera que atendendo ao facto de que as sociedades devem ser tributadas segundo a sua capacidade contributiva e que a transmissão de participações numa sociedade não faz aumentar a mesma, não há qualquer justificação para que haja um aumento da matéria colectável pela desconsideração de prejuízos fiscais verificados noutros períodos de tributação, considerando que a valorização das participações sociais numa sociedade com prejuízos dedutíveis não se traduz numa situação abusiva.

Face a tudo o que foi exposto, o autor conclui considerando a medida inconstitucional por violação dos artigos 13º e 104º, nº 2, da CRP³⁵⁰.

Relativamente ao exposto, cabe considerar que as normas fiscais estão sujeitas a reserva de lei, porém o legislador tem uma margem de livre decisão na sua concretização, aproximando-se nuns casos mais do tipo médio ou frequente e noutros casos mais das circunstâncias individuais.

A opção por normas tipo decorre de questões de praticabilidade e de complexidade dos direitos fiscais contemporâneos³⁵¹. Não é possível, nem razoável que todas as situações sejam apreciadas caso a caso, pelo que é aceitável e desejável que, tendo em conta as circunstâncias mais comuns e prováveis, se recorra a normas jurídicas para tipificar como admissíveis ou não determinados comportamentos.

Assim, no caso em apreço, apesar de se reconhecer que nem todas as situações envolvendo uma alteração de titularidade e a existência de prejuízos fiscais resultam em situações abusivas, entendemos que por forma a garantir a segurança jurídica, a exactidão e evitando o arrastar de litígios nos tribunais³⁵² se deve dar preferência à tipificação através de uma norma geral e abstracta.

Ainda assim não podemos deixar de considerar, em determinada medida, que a norma é demasiado limitativa. Entendemos que a melhor opção é a seguida no anteprojecto de reforma do IRC, avançada pela Comissão nomeada pelo Secretário dos Assuntos Fiscais, que considera que devem ser salvaguardas algumas situações, excluindo da aplicação da norma as situações de sucessão por morte, aplicação do regime de neutralidade nas reestruturações (artigos 73º e ss. do CIRC), aquisições de controlo, quando efectuadas por

³⁵⁰ V. TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.123, cit. nota 3.

³⁵¹ V. neste sentido, DOURADO, Ana Paula; *O Princípio da Legalidade Fiscal: Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007, pág. 624.

³⁵² V. neste sentido DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, pág. 596, cit. nota 351.

quem já detinha uma participação significativa à data do apuramento dos prejuízos ou por parte de órgãos sociais ou trabalhadores do sujeito passivo³⁵³.

Relativamente à norma em apreço colocou-se ainda a seguinte questão: a norma tem aplicação mesmo que no âmbito de um processo de reestruturação, a titularidade económica se mantenha inalterada?

Vejam os seguintes exemplos: a sociedade AA é detida pela sociedade BB, que tem três sócios. Na sequência de uma reestruturação a sociedade AA passa a ser detida pela sociedade CC, SGPS, mantendo-se os mesmos sócios, na mesma proporção das suas participações. Nestas circunstâncias temos uma alteração da titularidade meramente formal.

Impedir, numa circunstância como a que se encontra em apreço, o reporte de prejuízos fiscais, poderia levantar problemas de compatibilização como o princípio da tributação pelo lucro real³⁵⁴.

Em relação a esta questão a Administração Fiscal pronunciou-se considerando que “*o nº 8 do artigo 47º do Código do IRC deve ser interpretado no sentido de que a limitação do direito de dedução de prejuízos decorrente da alteração da titularidade de, pelo menos, 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto não será aplicável nas situações em que se verifique que os novos titulares do capital já anteriormente detinham indirectamente a maioria do capital e a alteração da titularidade decorra de uma operação de reestruturação efectuada ao abrigo do regime especial de neutralidade estatuído nos artigos 67º e seguintes do Código do IRC*”³⁵⁵.

2.3.4. Autorização pelo Ministro das Finanças

As medidas antiabuso previstas na norma em estudo, visam evitar a alienação e compra de uma sociedade com o único propósito da evasão fiscal, evitando que

³⁵³ Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas - 2013, *Anteprojecto da Reforma...*, pág. 146 e 147, cit. nota 331.

³⁵⁴ V. neste sentido, GARCIA; *Prejuízos, Menos e Mais-Valias, Casos...*, pág.110, cit. nota 339; e v. SANCHES; *Os Limites do Planeamento Fiscal no Direito Português...*, pág. 203, cit. nota 58.

³⁵⁵ Informação Vinculativa, no processo 104/2006, Despacho de 04/01/2008 do SEAF; e ainda, no mesmo sentido, v. Informação Vinculativa, 2370/2006 e 2539/2008, sancionados por despacho, de 2008.10.29 e de 27/10/2008, do Subdirector-Geral, como substituto legal do Director-Geral.

sociedades com elevados prejuízos acumulados sejam adquiridas com o único intuito de proceder à dedução desses prejuízos nos lucros futuros³⁵⁶.

No que diz respeito ao exposto *supra*, relativamente às medidas antiabuso consagradas no artigo 52º, nº 8, do CIRC, encontra-se no mesmo artigo, no seu nº 9 e seguintes, uma derrogação dessa exclusão do direito de reporte de prejuízos mediante requerimento apresentado na Direcção-Geral dos Impostos, a decidir pelo Ministro das Finanças.

Assim dispõe o artigo 52º, nº 9, do CIRC “*o Ministro das Finanças pode autorizar, em casos especiais de reconhecido interesse económico e, mediante requerimento a apresentar na Direcção-Geral dos Impostos, antes da ocorrência das alterações referidas no número anterior, que não seja aplicável a limitação aí prevista*”³⁵⁷

Relativamente à data de entrada do requerimento, a Administração Fiscal veio pronunciar-se no sentido que os requerimentos que forem apresentados no mesmo dia em que uma das alterações *supra* referidas se verificar, consideram-se apresentados dentro do prazo³⁵⁸.

A Lei para o Orçamento de Estado de 2011, veio posteriormente introduzir um alargamento do prazo para apresentação do requerimento. Dispõe assim o artigo 52º, nº 12, do CIRC, “*sempre que estejam em causa prejuízos fiscais relativos ao período*

³⁵⁶ V. TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.125, cit. nota 3, Quanto a este ponto e na sequência do anteriormente exposto quanto a alteração de titularidade, este autor entende que a natureza antiabuso da norma, relativamente à alteração da actividade, choca com a possibilidade da sua derrogação. Se a norma se aplica a situações de abuso, não estaria na disponibilidade do Ministro das Finanças proceder à sua derrogação. Se, por outro lado, for entendido que a situação não é abusiva então nem sequer há lugar à aplicação da norma antiabuso, pelo que não é necessário a intervenção do Ministro das Finanças. Assim, no entendimento deste autor, o procedimento previsto no artigo 52º, nº 9 (e seguintes números) “*(...) limita-se (...) a um procedimento específico de informação vinculativa sobre a natureza abusiva ou não das alterações previstas do objecto social, da actividade exercida ou da identidade dos sócios*”.

Face ao exposto o autor conclui que a não apresentação do requerimento ou o seu indeferimento, não impossibilita que a sociedade proceda à impugnação do acto tributário que determine a impossibilidade do exercício do direito de reporte de prejuízos fiscais.

³⁵⁷ De acordo com a Circular 8/2012, de 30 de Maio de 2012, do Gabinete do Director-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, “*os pedidos de autorização deverão ser acompanhados dos seguintes elementos: a) Descrição pormenorizada do contexto económico em que a alteração da titularidade, da atividade ou do objeto social será realizada; b) Certidão atualizada de teor da matrícula e das inscrições em vigor na Conservatória do Registo Comercial competente; c) Informação, em caso de alteração da atividade, do objeto social ou da titularidade que implique alteração da atividade, do peso relativo previsível das atividades anteriormente exercidas no volume de negócios futuro; d) Previsão do volume de negócios, investimento e resultados fiscais para os três períodos seguintes ao da verificação da alteração; e) Número de postos de trabalho nos últimos três períodos e estimativa para os três períodos seguintes ao da verificação da alteração*”. Quando o pedido respeitar à alteração da titularidade do capital social, o requerimento deve ainda conter “*a) Identificação de relações especiais, nos termos do nº 4, do artigo 63º, do Código do IRC, entre as partes envolvidas na operação; b) Preço previsto para a transação das partes sociais, bem como a data prevista para a realização da mesma*”.

³⁵⁸ Informação Vinculativa, emitida no âmbito do processo nº 2980/2007 – Despacho nº 68/2009 – XVII do SEAF, de 2009/01/14.

imediatamente anterior ao da ocorrência de alguma das alterações previstas no n.º 8 e esta ocorra antes do termo do prazo de entrega da respectiva declaração de rendimentos, o requerimento referido no n.º 9 pode ser apresentado no prazo de 15 dias contados do termo do prazo de entrega dessa declaração ou da data da respectiva entrega, se anterior”.

A este propósito levantou-se a questão se este novo prazo também poderia ser aplicado a todos os prejuízos fiscais que tenham sido apurados em períodos de tributação que não o imediatamente anterior ao da verificação das alterações já mencionadas.

A Administração Fiscal³⁵⁹ veio responder a esta questão no sentido de que o prazo estipulado no artigo 52º, nº 12, do CIRC, só é aplicável para efeitos de dedução de prejuízos no período de tributação imediatamente anterior. O rácio da disposição em causa é o facto de por vezes os prejuízos do período de tributação imediatamente anterior ainda não se encontrarem legalmente determinados, uma vez que o prazo de entrega da declaração de rendimentos termina a 31 de Maio, justifica-se quanto a estes um alargamento do prazo.

Para os períodos fiscais que não o imediatamente anterior terá de ser efectuado um requerimento dentro do prazo previsto no nº 9, podendo acontecer que um sujeito passivo tenha de efectuar dois requerimentos.

Desta forma, podemos concluir:

- Relativamente a prejuízos fiscais de períodos de tributação que não o imediatamente anterior à verificação de uma das alterações previstas no artigo 52º, nº 8, do CIRC, o prazo para apresentação do requerimento a solicitar autorização para a dedução dos prejuízos é o constante do artigo 52º, nº 9, do CIRC;
- Se alteração prevista no artigo 52º, nº 8, do CIRC acontecer até à entrega da declaração de rendimento relativa ao período de tributação imediatamente anterior, o prazo de entrega do requerimento é o do artigo 52º, nº 12, do CIRC;
- Se alteração prevista no artigo 52º, nº 8, do CIRC acontecer após à entrega da declaração de rendimento relativa ao período de tributação

³⁵⁹ Informação Vinculativa emitida à ordem do processo nº 2011 000950, Despacho do Substituto Legal do Director-Geral, de 2 de Julho de 2012.

imediatamente anterior, o prazo de entrega do requerimento é o do artigo 52º, nº 9, do CIRC.

Note-se que nas circunstâncias em que as alterações em causa resultem de fusão, cisão ou entrada de activos, o requerimento a solicitar autorização para a dedução dos prejuízos, pode ser apresentado até ao termo do mês seguinte ao do pedido de registo da operação³⁶⁰.

³⁶⁰ Artigo 52º, nº 10, do CIRC, “quando as alterações previstas no n.º 8 sejam consequência da realização de uma operação de fusão, cisão ou entrada de activos à qual se aplique o regime previsto no artigo 74.º, o requerimento referido no número anterior pode ser apresentado até ao fim do mês seguinte ao do pedido de registo da operação na conservatória do registo comercial”

2.4. Outras Limitações

Dispõe o artigo 52º, nº 3, do CIRC, “*nos períodos de tributação em que tiver lugar o apuramento do lucro tributável com base em métodos indirectos, os prejuízos fiscais não são dedutíveis, ainda que se encontrem dentro do período referido no n.º 1, não ficando, porém, prejudicada a dedução, dentro daquele período, dos prejuízos que não tenham sido anteriormente deduzidos*”.

A norma em apreço visava essencialmente incentivar o contribuinte a optar por uma contabilidade organizada, em estrito respeito pelas normas contabilísticas. Desta forma, a Administração Fiscal poderá confiar nos resultados apresentados e nessa sequência permitir a dedução de prejuízos fiscais³⁶¹.

A principal questão levantada prende-se não com a determinação do lucro tributável com base em métodos indirectos, mas sim com a determinação de prejuízos fiscais com base em métodos indirectos.

Pretende-se inferir se perante o apuramento de um prejuízo fiscal com base em métodos indirectos, este pode ser deduzido num lucro tributável apurado por métodos directos, isto é, através da contabilidade da sociedade e em respeito pelo princípio do declaratório.

A Administração Fiscal tem vindo a sustentar, em sede jurisprudencial, que o artigo 52º, nº 1, do CIRC, quando dispõe “*(...) os prejuízos fiscais apurados em determinado período de tributação, nos termos das disposições anteriores (...)*” refere-se ao apuramento de acordo com os métodos directos, ou seja, recurso à contabilidade, pois o apuramento de acordo com os métodos indirectos só é tratado nos artigos posteriores. De acordo com este entendimento, o legislador só admitiria a dedutibilidade de prejuízos fiscais se estes fossem apurados a partir da contabilidade, pelo que nunca seria admitida a dedução de prejuízos apurados com base em métodos indirectos.

³⁶¹ Neste ponto levantam-se algumas questões relativas à constitucionalidade da norma, decorrente do facto de estarmos perante uma sanção de carácter automático e irrestrito, que acompanha a avaliação indiciária. Nestes casos, não se verifica qualquer ponderação das circunstâncias do caso concreto. As sociedades que são sujeitas a avaliações administrativas não têm necessariamente prejuízos fiscais reportáveis, pelo que não estamos perante a aplicação da lei numa perspectiva tipificante. Além do mais, os prejuízos decorrem de períodos tributários que a Administração Fiscal não colocou em causa. V. neste sentido, SANCHES, J.L. Saldanha; *A Quantificação da Obrigação Tributária, Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, LEX, 2000, págs. 345 e ss.; e v. MORAIS; *Apontamentos ao ...*, pág. 166, cit. nota 294.

Contudo, a jurisprudência do STA não tem seguido os argumentos da Administração Fiscal. A jurisprudência tem vindo a ser firmada no sentido de, quando esteja em causa a dedução de prejuízos fiscais apurados por métodos indirectos, permitir a sua dedução³⁶², ainda que o entendimento não seja unânime entre os juízes do STA³⁶³.

De acordo com a Jurisprudência do STA, por um lado, as normas anteriores ao artigo 52º, do CIRC, também referem os métodos indirectos como forma de proceder à determinação da matéria colectável³⁶⁴. Por outro lado, se o legislador visasse excluir a dedução dos prejuízos fiscais quando apurados por métodos indirectos tê-lo-ia feito, introduzindo a norma no conjunto de limitações elencados nos diversos números do artigo 52º do CIRC.

De facto, a avaliação por métodos indirectos realizada pela Administração Fiscal não permite concluir com a mesma certeza, do que aquela alcançada através da determinação da lucro tributável por via da contabilidade, que os resultados apurados revelam a realidade económica da sociedade.

Porém, a dúvida revela-se quanto ao grau dos prejuízos apurados, uma vez que os valores apurados serão apenas os aproximados, isto é, serão os próximos da realidade e não os efectivamente verificados.

Para além disto, a não consideração dos resultados apurados pela Administração Fiscal seria pôr em causa os seus próprios resultados, revelaria uma desconfiança relativamente aos mesmos. Além do mais, os lucros apurados por via da avaliação indirecta são tributados da mesma forma como se tivessem sido apurados pela avaliação directa. Assim, por maioria de razão, se os lucros apurados por via da avaliação indirecta devem ser considerados, e com um grau de certeza suficiente para que sejam objecto de tributação, também os prejuízos apurados por via de métodos indirectos deveriam ser objecto dessa mesma certeza.

³⁶² V. neste sentido, Acórdão do STA, de 09/11/2005, Processo 0495/05; Acórdão do STA, de 23/11/2005, Processo 0827/05; Acórdão do STA, de 25/05/2011, Processo 0865/10 e Acórdão do STA, de 01/06/2011, Processo 0129/11.

³⁶³ Veja-se as declarações de voto vencido apostas no Acórdão do STA; de 25/01/2006, Processo 01026/05; Acórdão do STA, de 22/11/2006, Processo 01234/05 e Acórdão do STA, de 10/01/2007, Processo 0589/06, onde no geral não é admitido o reporte de prejuízos fiscais apurados com base nos métodos indirectos, por se considerar que nos artigos anteriores ao artigo 52º, do CRC, apesar de se referir os métodos indirectos o seu regime só é regulado nos artigos posteriores ao artigo 52º, do CIRC, pelo que a expressão “(...) *nos termos das disposições anteriores* (...)” implica que o artigo 52º, nº1, só vise o reporte de prejuízos fiscais apurados através de métodos directos.

³⁶⁴ Veja-se o artigo 16º, do CIRC, que na enunciação dos métodos de apuramento da matéria colectável, refere o apuramento por métodos indirectos.

A impossibilidade de efectuar o reporte de prejuízos apurados por métodos indirectos iria contra o princípio da tributação de acordo com a capacidade contributiva do sujeito passivo, da tributação do lucro real e com a regra da solidariedade dos exercícios.

Outra limitação encontra-se disposta no artigo 52º, nº 7, do CIRC, “*os prejuízos fiscais respeitantes às sociedades mencionadas no n.º 1 do artigo 6.º são deduzidos unicamente dos lucros tributáveis das mesmas sociedades*”, encontramos aqui no âmbito das sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal³⁶⁵.

³⁶⁵ Por exemplo as sociedades civis não constituídas sob a forma comercial e as sociedades profissionais, artigo 6º, nº1, al. a) e al. b), do CIRC. Este regime consiste na imputação aos sócios da matéria colectável da sociedade, ou seja, é transferida para a esfera do sócio a tributação da sociedade. Exemplificaremos, nas circunstâncias de uma sociedade profissional, constituída para o exercício da actividade profissional de TOC, sendo o único sócio o TOC, o apuramento da matéria colectável deve, num primeiro momento, ser determinado de acordo com os critérios fiscais e, num segundo momento englobado na esfera de tributação de IRS do sócio.

3. Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades

3.1. Constituição de um Grupo de Sociedades

Até à reforma que foi operada em 2000, uma sociedade dominante poderia optar pela aplicação do regime especial de determinação da matéria colectável, através da tributação pelo lucro consolidado. Neste sistema, o grupo de sociedades era entendido como um sujeito jurídico-tributário autónomo, sendo a matéria colectável das sociedades que integravam o grupo calculada conjuntamente e efectuada uma única liquidação de imposto³⁶⁶.

Esta forma de tributação aproximava-se do conceito de *Organschaft*, criado pela jurisprudência alemã³⁶⁷, que considera como uma unidade jurídico-fiscal, para efeitos de tributação do rendimento, a estrutura criada pela sociedade dominante e as suas participadas (o mesmo será dizer pela sociedade-mãe e as suas filiais). Neste sistema, a sociedade-mãe pode proceder à compensação interna dos lucros e perdas das diversas sociedades que integram o grupo. Aqui o grupo é também entendido como uma única entidade fiscal para efeitos de tributação em IVA, ou consumo.

Com a reforma de 2000³⁶⁸, o sistema de tributação dos grupos de sociedades afastou-se do conceito próximo do *Organschaft*, a consolidação e aproximou-se mais do sistema adoptado pelo Reino Unido, *Group Relief*, onde há uma transferência de prejuízos fiscais das sociedades que sofrem prejuízos para as sociedades que apuram lucros³⁶⁹. Desta forma, é associado ao sistema português a consagração de um regime de consolidação fiscal que não é pleno.

O Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades, doravante denominado RETGS, caracteriza-se pela tributação de forma unitária da matéria colectável de um grupo de sociedades, reconhecendo o grupo como uma unidade jurídico-tributária apenas funcional³⁷⁰. A matéria colectável é calculada pela ponderação dos lucros tributáveis e

³⁶⁶ V. neste sentido, ANTUNES, José Engrácia; *A Tributação dos Grupos de Sociedades*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 45, Janeiro-Março 2011, (págs. 5 - 26), pág. 7, nota nº 6.

³⁶⁷ V. neste sentido SANCHES; *Manual de Direito...*, pág. 361 e ss, cit. nota 290.

³⁶⁸ A Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro, veio revogar, com efeitos a partir do período de tributação de 2001, o regime de tributação pelo lucro consolidado, tendo consagrado o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades.

³⁶⁹ V. neste sentido SANCHES; *Manual de Direito...*, pág. 362, cit. nota 290.

³⁷⁰ V. neste sentido, ANTUNES; *A Tributação dos Grupos...*, pág. 7, nota nº 6, cit. nota 366.

dos prejuízos fiscais verificados nas diferentes sociedades do grupo³⁷¹, sendo que ao contrário de um sistema de consolidação fiscal pleno, cada sociedade procede ao apuramento individual da sua matéria colectável³⁷².

Na decorrência do apuramento individual da matéria colectável por cada uma das sociedades do grupo, para efeitos fiscais, as operações internas, isto é, intragrupo não são eliminadas. Vejamos o seguinte exemplo, a sociedade AA, detém em 100%, a sociedade BB e a CC, formando um grupo de sociedades. A sociedade BB compra mercadoria a um terceiro por 200 e revende à sociedade CC por 250. Se atendermos à economia de grupo esta operação não origina um ganho, estamos perante uma mera transferência da titularidade da mercadoria e, possivelmente, do respectivo preço entre duas entidades do mesmo grupo.

Num regime de grupos em que se verificasse uma consolidação de contas esta operação seria eliminada, só existindo um ganho quando o grupo procedesse a revenda da mercadoria a um terceiro, no entanto no sistema instituído esta operação é contabilizada³⁷³.

Deste modo, a sociedade dominante deverá apresentar uma declaração periódica de rendimentos com o cálculo da matéria colectável do grupo, bem como todas as sociedades dominadas deverão apresentar as suas próprias declarações periódicas de rendimentos, onde esteja determinado o imposto que seria devido se não estivessem sujeitas ao RETGS³⁷⁴.

Uma vez que o regime em causa é meramente facultativo, para o integrar é necessário que a sociedade dominante proceda a uma comunicação à Direcção Geral dos Impostos³⁷⁵.

Para que um grupo de sociedades se possa qualificar como tal, para efeitos da aplicação deste regime, é necessário que, no conjunto de sociedades que forme o grupo, uma das sociedades detenha directa ou indirectamente uma participação igual ou superior

³⁷¹ Artigo 70º, nº1, do CIRC “*relativamente a cada um dos períodos de tributação abrangidos pela aplicação do regime especial, o lucro tributável do grupo é calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo*”.

³⁷² Desta forma, como a matéria colectável não é calculada de acordo com o resultado consolidado, não é procedida à eliminação de resultados internos que decorram de transacções entre empresas do grupo.

³⁷³ V. neste sentido, MORAIS, *Apontamentos...*, nota 334, pág. 88, cit. nota 294.

³⁷⁴ Artigos 117º, nº 1, al. b); 120º, nº 6, e 130º, nº 3, todos do CIRC.

³⁷⁵ Artigo 69º, nºs 1 e 7.

a 90% do capital ou dos direitos de voto das restantes sociedades que integram o grupo³⁷⁶. A Sociedade detentora das participações sociais das restantes sociedades do grupo é denominada sociedade dominante (pode ser entendida também como sociedade-mãe).

Acresce ao exposto que a aplicação do RETGS depende dos seguintes requisitos:

- Todas as sociedades que integram o grupo têm de ter sede e direcção efectiva em território português e têm de estar sujeitas ao regime geral de tributação em IRC, à taxa normal mais elevada³⁷⁷;
- A sociedade dominante tem de deter as participações nas sociedades dominadas que integram o grupo à mais de um ano, com referência à data em que se inicia o RETGS, á excepção para as sociedades constituídas pela sociedade dominante³⁷⁸;
- A sociedade dominante não pode ser dominada por nenhuma outra sociedade dominante no território português, que possa ser qualificada como sociedade dominante do regime de grupo;
- A sociedade dominante não pode ter renunciado à aplicação do RETGS nos últimos três anos, em relação à data em que se inicia o RETGS;
- As sociedades que integram o grupo não podem ter registado prejuízos nos últimos três períodos de tributação, antes do início do RETGS³⁷⁹;
- As sociedades que integram o grupo deverão revestir a forma de sociedade anónima, sociedade por quotas ou em comandita por acções³⁸⁰;
- As sociedades que integram o grupo não podem estar inactivas à mais de um ano, dissolvidas ou em processo de insolvência³⁸¹;
- Todas as sociedades que integram o grupo têm de adoptar o mesmo período de tributação³⁸²;
- Havendo participações indirectas todas as sociedades envolvidas terão de respeitar os requisitos legais para integrar o RETGS³⁸³;

³⁷⁶ Artigo 69º, nº 2, do CIRC.

³⁷⁷ Artigo 69º, nº 3, al. a) e nº 4, al.d) do CIRC.

³⁷⁸ Artigo 69º, nº 5, do CIRC.

³⁷⁹ Artigo 69º, nº 4, al. c), do CIRC.

³⁸⁰ Artigo 69º, nº 4, al. g), do CIRC.

³⁸¹ Artigo 69º, nº 4, als. a) e b) do CIRC

³⁸² Artigo 69º, nº 4, al. e), do CIRC.

³⁸³ Artigo 69º, nº 4, al. f), do CIRC.

Faz-se nota que também as entidades públicas empresariais preenchendo os requisitos legais poderão optar pela aplicação do RETGS³⁸⁴.

A grande vantagem ao nível dos prejuízos fiscais, para as sociedades que integram o grupo, é que no caso da soma dos lucros tributáveis ser superior à soma dos prejuízos fiscais das diferentes sociedades do grupo, os prejuízos fiscais são tomados em consideração no período fiscal em que se verificam³⁸⁵. Aqui não nos encontramos perante um reporte de prejuízos, mas antes perante uma das fases na determinação da matéria colectável do grupo de sociedades.

Quando a soma dos prejuízos fiscais é superior à soma dos lucros tributáveis das diferentes sociedades do grupo, o reporte de prejuízos fiscais desloca-se da consideração no próprio período tributável para a dedução nos períodos tributáveis futuros, isto é, as sociedades que formam o grupo não procedem individualmente ao reporte dos prejuízos nos períodos fiscais seguintes, o reporte é efectuado sobre a matéria colectável que vier a ser apurada no conjunto das sociedades do grupo.

O grupo é assim tributado de acordo com a sua capacidade contributiva, prevalecendo o princípio da capacidade contributiva do grupo sobre o princípio da capacidade contributiva individual das sociedades que integram o grupo, por forma a concretizar o princípio da igualdade³⁸⁶.

Assim, em resultado desta compensabilidade e comunicabilidade dos lucros e dos prejuízos temos uma virtual redução da carga fiscal global³⁸⁷.

³⁸⁴ Artigo 69º, nº 10, do CIRC.

³⁸⁵ Esta é uma das principais vantagens atribuída não só ao sistema de tributação de grupos português, mas também à generalidade dos sistemas de grupos, como já foi objecto de análise no decurso deste trabalho.

³⁸⁶ V. neste sentido, MALHEIRO, Maria Manuela Alves; *Tributação Especial dos Grupos de Sociedades*, in *Fiscalidade e Direito Fiscal*, Capítulo II, (págs. 67 – 80), disponível em <http://www.jmmsroc.pt/downloads/10anos/04.pdf>, pág. 68.

³⁸⁷ V. neste sentido, ANTUNES; *A Tributação dos Grupos...*, pág. 7, cit. nota 366; e v. OLIVEIRA; *O Regime Especial de Tributação dos Grupos...*, pág. 29, cit. nota 45.

3.2. Particularidades do Regime

O regime do reporte de prejuízos fiscais, no âmbito de um sistema de grupo, tem pontos em comum com o reporte de prejuízos fiscais ao nível individual de uma sociedade, caracterizando-se o RETGS também pela sua limitação temporal e ilimitação material, todavia como decorrência das especificidades do regime o reporte de prejuízos assume uma disciplina própria.

Em sede da vigência do RETGS também se obedece à regra da dedução dos prejuízos fiscais por ordem cronológica de antiguidade³⁸⁸.

3.2.1. Limitação Temporal

À semelhança com o reporte de prejuízos fiscais individuais, o reporte de prejuízos fiscais de um grupo de sociedades só se pode verificar até 5 períodos fiscais seguintes aquele em que se apurou o prejuízo fiscal³⁸⁹.

Contudo, esta limitação temporal no RETGS é ainda marcada pela limitação de não se poder ter verificado a cessação ou renúncia do RETGS antes do termo do prazo em que pode ser exercido o reporte de prejuízos fiscais.

Outro ponto a ter em consideração é a circunstância em que o lucro tributável é determinado em face da utilização de métodos indirectos, que no reporte de prejuízos fiscais de um grupo de sociedades determina a cessação da aplicação do RETGS³⁹⁰, impossibilitando o cálculo da matéria colectável do grupo de sociedades como um todo e consequentemente impedindo o reporte de prejuízos fiscais do um grupo de sociedades no futuro.

O recurso aos métodos indirectos para determinar o lucro tributável faz cessar a aplicação do RETGS ainda que apenas o lucro tributável de uma das sociedades do grupo tenha sido assim determinado, não relevando também que a sociedade em causa nunca tenha contribuído com prejuízos fiscais para o regime de grupo.

³⁸⁸ Artigo 71º, nº 3, do CIRC.

³⁸⁹ Por remissão do artigo 71º, nº 1, do CIRC, para o artigo 52º, do CIRC.

³⁹⁰ Nos termos do artigo 69º, nº 8, al. c), do CIRC.

3.2.2. Ilimitação Material

Não é determinante para dedução dos prejuízos as diversas actividades prosseguidas pelas diferentes sociedades do grupo. Ou seja, é irrelevante para a determinação da matéria colectável do grupo ou do apuramento de prejuízos fiscais reportáveis que os prejuízos e lucros sofridos pelas sociedades do grupo derivem de diferentes actividades.

No âmbito do RETGS não tem aplicação a norma que determina que para o reporte de prejuízos fiscais individual que não é possível deduzir os prejuízos que tenham advindo de uma determinada “exploração ou actividade” que goze de benefícios que as restantes actividades não gozam, aos lucros tributáveis das demais³⁹¹, em razão de as sociedades que exerçam essas actividades não poderem integrar o RETGS³⁹².

Fica assim excluída a principal excepção à ilimitação material e principal marca de cedularização do reporte de prejuízos fiscais, verificada no âmbito do reporte de prejuízos fiscais individual.

3.2.3 Normas Antiabuso

Um dos aspectos que marca o regime do RETGS é o facto de a matéria colectável engloba prejuízos fiscais de qualquer actividade empresarial sujeita ao regime de grupo, sendo estes deduzidos nos lucros de actividades de natureza substancialmente diferente que também seja sujeita ao regime de grupo.

Um grupo de sociedades não tem de ser constituído por sociedades com a mesma actividade e objecto social. Pode suceder um grupo ser constituído por duas sociedades que tenham objectos sociais e actividades de natureza substancialmente diferente, não estando nenhuma das sociedades impossibilitada de deduzir os seus prejuízos fiscais ao lucro tributável apurado pelo grupo.

No RETGS, qualquer prejuízo fiscal apurado individualmente pelas sociedades que integram o regime de grupo perde a sua individualidade, pois é englobado no regime fiscal do grupo.

³⁹¹ Nos termos do artigo 52º, nº5, do CIRC.

³⁹² Nos termos do artigo 69º, nº 4, al. d) não podem fazer parte do grupo de sociedades as sociedades que “estejam sujeitas a uma taxa de IRC inferior à taxa normal mais elevada e não renunciem à sua aplicação”.

Face ao exposto, não teria qualquer sentido determinar que o reporte de prejuízos fiscais do grupo estaria dependente da manutenção da actividade e do objecto social das sociedades que integram o grupo.

Note-se que o RETGS não só não introduz qualquer norma limitativa relativamente a alterações de actividade ou de objecto social, para efeitos de admissão do reporte de prejuízos grupais, como é marcado pela mistura de sociedades com diferentes actividades e objectos sociais.

Desta forma, as alterações de actividade e de objecto social posteriores ao apuramento do prejuízo fiscal do grupo nunca poderiam constituir situações abusivas.

Relativamente a alterações da titularidade das participações sociais, estas, só por si, não implicam uma limitação ao reporte de prejuízos do grupo.

O facto de uma sociedade do grupo sofrer uma alteração de titularidade a favor de outra sociedade do grupo em nada afecta a sociedade dominante. Vejamos o seguinte exemplo, a sociedade AA detém mais 90% do capital social das sociedades BB e CC, se por ventura a sociedade BB adquirir a titularidade do capital da sociedade CC, a sociedade AA continua a deter 90% do capital social da sociedade CC, só que agora indirectamente.

O direito à dedução de prejuízos no RETGS não deve ser afectado pela configuração da cadeia de participações, a partir da qual o domínio é determinado, podendo existir participações intersocietárias indirectas³⁹³. Neste tipo de participações a lei apenas exige que também a sociedade directamente participante preencha todos os requisitos para pertencer ao grupo³⁹⁴, ainda que a percentagem de participação efectiva seja determinada com base na multiplicação sucessiva das percentagens de participações verificadas entre os vários níveis intersocietários³⁹⁵.

Por outro lado, sempre que se verificar uma transmissão do capital de uma sociedade dominada a favor de uma sociedade que não pertença ao grupo há que analisar se, de tal facto, resulta uma quebra na relação de domínio. Ou seja, é necessário verificar se a transmissão de capital corresponde a mais de 10% do capital social. Caso se esteja perante uma transmissão de mais de 10% do capital social há uma quebra na relação de domínio, pois como já abordamos para que o RETGS seja aplicado é necessário que a sociedade dominante detenha mais de 90% do capital social das restantes sociedades do grupo.

³⁹³ V. neste sentido, ANTUNES; *A Tributação dos Grupos...*, pág. 9, cit. nota 366.

³⁹⁴ Artigo 69º, nº 4, al.f), do CIRC.

³⁹⁵ Artigo 69º, nº 6, do CIRC.

Note-se que estando a relação de domínio já no limiar dos 90% qualquer pequena alteração na titularidade poderá também fazer quebrar essa mesma relação.

Quebrada a relação de domínio poderá o RETGS cessar a sua aplicação e nessa medida cessar o reporte de prejuízos do grupo, ou pode ocorrer apenas a exclusão da sociedade em que ocorreu a quebra da relação de domínio do RETGS, com as necessárias consequências ao nível do reporte de prejuízos. Analisaremos melhor esta situação no próximo ponto.

Pode ocorrer ainda que se verifique uma alteração de titularidade não ao nível das sociedades dominadas mas ao nível da sociedade dominante.

Estas circunstâncias, só têm relevo se em face das alterações de titularidade a sociedade dominante se tornar sociedade dominada, caso em que estamos perante uma das situações que determinam a cessação da aplicação do RETGS e consequente extinção do direito ao reporte de prejuízos fiscais do grupo.

Assim, se as alterações de titularidade relativamente à sociedade dominante não assumirem as características que permitam que à luz do RETGS outra sociedade seja considerada dominante, as transmissões de titularidade do capital não relevam para efeitos de reporte de prejuízos fiscais do grupo.

A propósito do supra mencionado a Administração Fiscal, dispôs, através de Informação Vinculativa, emitida no âmbito do processo nº 3089/2005, despacho de 31/03/2006, do Subdirector-Geral, como substituto legal do Director-Geral, que o artigo 52º, nº 8, do CIRC *“só poderá impor limitações na dedução dos prejuízos fiscais gerados antes da aplicação do regime especial de tributação dos grupos de sociedades e não aos obtidos durante a aplicação desse regime, visto que se tratam de prejuízos fiscais do grupo e não da sociedade que os gerou e apenas nos casos em que a alteração da titularidade do capital tenha ocorrido após a entrada em vigor da referida lei”*.

3.3. Outros Pontos do Regime

No âmbito do regime de dedução de prejuízos quando está em causa o RETGS, podemos elencar três momentos distintos:

- Os prejuízos fiscais que são apurados antes de uma sociedade passar a integrar o RETGS;
- Os prejuízos fiscais que são apurados durante a aplicação do RETGS;
- O tratamento dos prejuízos fiscais quando esta em causa a saída de uma sociedade do grupo ou nas circunstâncias em que cessa a aplicação do RETGS.

No que diz respeito aos prejuízos fiscais determinados em períodos de tributação anteriores à aplicação do RETGS encontramos uma limitação ao reporte, no sentido de a dedução dos prejuízos fiscais ao lucro tributável do grupo só poder ocorrer até ao limite do lucro tributável apurado da sociedade a que pertencem³⁹⁶.

Resulta do exposto que, para que os prejuízos apurados antes da entrada da sociedade para o grupo sejam dedutíveis na esfera do grupo, é necessário que a sociedade onde estes foram apurados tenha, dentro do limite temporal para o reporte de prejuízos fiscais, lucro tributável. De outra forma, os prejuízos fiscais apurados em períodos de tributação anterior à integração no RETGS não poderão ser deduzidos no grupo.

Relativamente aos prejuízos fiscais apurados durante os períodos de tributação em que seja aplicável o RETGS, estes só podem dedutíveis ao lucro tributável do grupo³⁹⁷.

Quando cessa a aplicação do RETGS para uma das sociedades do grupo, extingue-se o direito à dedução da sua quota-parte dos prejuízos nos lucros tributáveis do grupo. Porém, é permitido à sociedade que deixou o grupo proceder à dedução dos prejuízos apurados antes da sua integração no RETGS, se estes ainda não tiverem sido deduzidos no lucro tributável do grupo e se ainda o poderem ser, respeitando os requisitos do artigo 52º, do CIRC³⁹⁸.

³⁹⁶ Artigo 71º, nº1, a), do CIRC.

³⁹⁷ Artigo 71º, nº1, b), do CIRC.

³⁹⁸ Artigo 71º, nº1, c), do CIRC.

Se durante a vigência do RETGS se verificar fusões entre sociedades do grupo ou a incorporação numa sociedade do grupo de uma ou mais sociedades exteriores ao grupo, os prejuízos fiscais determinados nos períodos de tributação anteriores aos do início do regime poderão ser deduzidos ao lucro tributável do grupo, tendo como limite o lucro tributável da nova sociedade ou da sociedade incorporante, dependente de autorização, definida no artigo 75º, do CIRC, concedida pelo Ministro das Finanças.

Cabe fazer ressalva ao disposto no artigo 75º, nº 6, do CIRC, que configura a possibilidade de o Ministro das Finanças autorizar a que os prejuízos do grupo sejam utilizados fora dos casos anteriormente previstos.

Assim, nas circunstâncias em que durante a aplicação do RETGS ou imediatamente após a sua cessação operar-se uma fusão que envolva todas as sociedades do grupo, através da incorporação por uma das sociedades do grupo das restantes ou pela formação de uma nova sociedade, a sociedade dominante pode no prazo de noventa dias, após o pedido de registo da fusão, apresentar requerimento solicitando que os prejuízos fiscais apurados durante a vigência do RETGS e que ainda não se encontrem deduzidos, possam ser deduzidos no lucro tributável da nova sociedade ou da sociedade incorporante.

4. Regime Especial Aplicável às Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Partes Sociais

O regime português aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais, doravante REFCEP, foi, no seu essencial, decalcado do regime instituído pela Directiva Fusões, pelo que a redacção do texto normativo é muito idêntica à da Directiva Fusões³⁹⁹.

No entanto, mesmo antes da publicação da Directiva Fusões o sistema fiscal português já consagrava, no essencial, um regime de neutralidade fiscal⁴⁰⁰. Note-se que a transmissibilidade de prejuízos fiscais também se encontrava acautelada, bem como a possibilidade destas operações serem utilizadas para fins abusivos⁴⁰¹.

Assim, relativamente à transmissibilidade de prejuízos fiscais, o legislador procedeu à alteração da norma que já existia no normativo português para um conceito europeu, consagrado na Directiva Fusões, como vector de análise da admissibilidade da transmissão do direito de reporte de prejuízos fiscais, o conceito de “razões comerciais válidas”⁴⁰².

O REFCEP permite, a transmissão do direito de reporte de prejuízos fiscais em simultâneo com o património da sociedade. Desta forma, o direito de reporte de prejuízos fiscais é transmitido da esfera da sociedade fundida, cindida ou contribuidora, para a esfera da sociedade beneficiária.

³⁹⁹ Porém, nem sempre foi assim. Numa primeira fase da transposição da Directiva Fusões para o sistema fiscal português, através do Decreto-Lei nº 3/93, de 9 de Janeiro o legislador português criou dois regimes separados, caso se tratassem de operações nacionais ou operações transfronteiriças. Só numa segunda fase, através do Decreto-Lei nº 221/2001, 7 de Agosto, é que se criou um regime comum, como já se verificava noutros Estados-Membros, que ainda hoje se encontra em vigor. v. neste sentido, SANCHES, J.L. Saldanha; *Fusão Inversa e neutralidade (da Administração Fiscal) Fiscal*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 34, Abril-Junho 2008, (págs. 7 - 34), pág. 17 e ss..

⁴⁰⁰ Artigo 62º, nº 5, do CIRC (na sua versão original) “o Ministro das Finanças, quando a fusão se revista de interesse para o adequado redimensionamento das unidades económicas, pode autorizar, a requerimento dos interessados entregue na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos antes da fusão, que os prejuízos fiscais das sociedades fundida possam ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante até ao fim do período referido no nº 1 do art. 46º, contado do exercício a que os mesmos se reportam.

⁴⁰¹ V. neste sentido SANCHES; *Fusão Inversa e neutralidade...*, pág. 13, cit. nota 399.

⁴⁰² A opção descrita foi também tomada noutros Estados-Membros, embora não muitos, veja-se o caso da França, já na Alemanha nunca se permite a transmissibilidade de prejuízos, v. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 97 e ss., cit. nota 47.

Em razão da possibilidade de transmissão do direito de reporte dos prejuízos fiscais encontra-se respeitado o princípio da continuidade da actividade e, desta forma, também o princípio da tributação pelo rendimento real⁴⁰³.

Relativamente a este regime pode-se questionar qual é a sua natureza, levantando-se a questão se estamos perante um benefício fiscal ou um desagravamento estrutural.

Este ponto fez correr bastante tinta. Em causa estava o artigo 75º, nº 7, do CIRC, que se encontra à data revogado, do qual decorria um prazo de diferimento tácito⁴⁰⁴.

De uma forma resumida, a questão colocava-se relativamente ao momento em que o prazo começava a contar. Entendendo-se a norma do 75º do CIRC, como benefício fiscal era-lhe aplicada a actual norma 13º do EBF, exigindo-se a apresentação de uma certidão comprovativa de inexistência de dívida à Segurança Social para a concessão da autorização de transmissibilidade de prejuízos fiscais, só começando a contar o prazo após a entrega da mesma.

Num primeiro momento, a jurisprudência considerou que se estava perante um benefício fiscal⁴⁰⁵, contudo as decisões mais recentes têm evitado esta questão e considerado apenas que os elementos que têm que se encontrar verificados são apenas os elencados no artigo 75º, nº 2, do CIRC⁴⁰⁶.

Apesar do entendimento de alguma jurisprudência não podemos seguir a posição que o regime do artigo 75º do CIRC, tem a natureza de benefício fiscal⁴⁰⁷.

Ora vejamos, para que estejamos na presença de um benefício fiscal é necessário que se verifique uma norma prévia que antecipe a ocorrência de um facto tributário. Porém, nas circunstâncias em apreço os fins visados com o regime em que o artigo 75º do CIRC se enquadra, ocorrência de dissolução sem que se verifique liquidação e sucessão universal, não permitem a origem de qualquer facto tributário.

⁴⁰³ V. neste sentido, TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág.31, cit. nota 3; e v. LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, págs. 39 e ss, cit. nota 292.

⁴⁰⁴ O prazo de diferimento tácito era de 3 meses até à alteração introduzida pela lei 32-B/2002, de 30 de Dezembro, em que o prazo para se produzir diferimento tácito passou para 6 meses.

⁴⁰⁵ Veja-se como exemplo o Acórdão do STA, de 12/07/2006, Processo nº 01003/05.

⁴⁰⁶ Veja-se como exemplo o Acórdão do STA, de 16/06/2010, Processo nº 0103/10.

⁴⁰⁷ Em sentido oposto, PEREIRA, M. H. Freitas; *Fiscalidade*, Almedina, 4ª Edição, 2011, págs. 402 e 403, em que este autor considera que para que se esteja perante um benefício fiscal basta que o regime geral do artigo 52º, do CIRC, seja afastado por uma derrogação que compreenda um fim económico-social, enquadrando o regime do artigo 75º, do CIRC, nesse entendimento. Assim este autor considera que o regime do artigo 75º, do CIRC ao permitir a transmissibilidade de prejuízos fiscais entre diferentes entidades quando a fusão tenha sido efectuada por razões económicas válidas e se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio e longo prazo, com efeitos produtivos na estrutura produtiva, tem a natureza de benefício fiscal.

A verificação de tributação iria violar o princípio da igualdade tributária, em razão da falta de demonstração de qualquer capacidade contributiva, sobre a qual seria aplicável o benefício fiscal⁴⁰⁸.

Além do mais, também não se afere em relação ao regime em causa qualquer carácter de extrafiscalidade, isto é, a existência de um fim económico e/ou social. O regime em causa visa a eliminação de encargos fiscais, desoneração fiscal, que tem como objectivo garantir que as operações estejam introduzidas num regime de neutralidade fiscal⁴⁰⁹.

Face ao exposto, concluímos que o regime em causa constitui um desagravamento estrutural e não um benefício fiscal⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ V. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 47, cit. nota 292.

⁴⁰⁹ V. neste sentido, Relatório do Grupo de Trabalho Criado por Despacho de 1 de Maio de 2005 do Ministro de Estado e Finanças, *Reavaliação dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Nº 198, 2005, pág.174, e TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais*, 2009, pág. 114.

⁴¹⁰ V. neste sentido LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 48, cit. nota 292.

4.1. Regime

Passemos então à análise do regime em concreto. Nos termos do artigo 75º, nº 1 e nº 2, do CIRC, os prejuízos fiscais reportáveis da sociedade fundida podem ser deduzidos aos lucros tributáveis da nova sociedade, se os seguintes pressupostos se encontrarem verificados:

- Sejam respeitadas as regras gerais previstas no artigo 52º do CIRC e dentro do limite temporal;
- Seja pedida autorização ao Ministro das Finanças⁴¹¹.
- Seja demonstrado que a fusão é efectuada por “razões económicas válidas” (corresponde ao termo razões comerciais válidas, como designado na Directiva Fusões)⁴¹²;
- Que se “insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva”⁴¹³;

A expressão de “*estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva*”, face ao facto de ser uma expressão tão vaga, parece, em certa medida, uma das possíveis interpretações do significado da expressão “*reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes*”, que aparece na Directiva Fusões como exemplo do que é que pode consistir uma “razão comercial válida”⁴¹⁴.

Face à conformidade da expressão “razões económicas válidas” com a norma antiabuso da Directiva Fusões, plasmada no seu artigo 15º, nº 1, podemos concluir que o artigo 75º, nº 2, constitui uma verdadeira cláusula específica antiabuso⁴¹⁵.

Dispõe ainda o 75º, nº 3, do CIRC, que o regime exposto é extensível às seguintes operações:

⁴¹¹ Artigo 75º, nº 1, do CIRC.

⁴¹² Artigo 75º, nº 2, primeira parte, do CIRC.

⁴¹³ Artigo 75º, nº 2, segunda parte, do CIRC.

⁴¹⁴ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 99, cit. nota 47, MORAIS, Rui Duarte; *Sobre a Noção de “Cláusulas Antiabuso” em Direito Fiscal*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, (págs. 879 - 894) pág. 885.

⁴¹⁵ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 99, cit. nota 47.

- De cisão, verificando-se a extinção da sociedade cindida. Nestas circunstâncias os prejuízos fiscais são transferidos para cada uma das sociedades beneficiárias na proporção dos valores transferidos pela sociedade cindida⁴¹⁶;
- De fusão, de cisão ou de entrada de activos, em que é efectuada a transferência para uma sociedade com residência em território português de um estabelecimento estável, também situado em território português, de uma sociedade residente num Estado-Membro da UE, desde que se encontrem preenchidas as condições estabelecidas no artigo 3º, da Directiva Fusões, decorrendo dessa operação, a extinção do estabelecimento estável⁴¹⁷;
- De transferência de estabelecimentos estáveis que se encontrem em território português de sociedades com residência em Estados-Membros da UE que estejam nas condições da Directiva Fusões, em favor de sociedades também com residência em Estados-Membros e em idênticas condições, no âmbito de fusão ou cisão ou entrada de activos, desde que os elementos patrimoniais transferidos continuem subordinados a estabelecimento estável situado em território português e concorram para a determinação do lucro tributável que lhe seja imputável⁴¹⁸.

Decorre do exposto que se verifica uma aparente exclusão legal da possibilidade do exercício do direito de reporte de prejuízos fiscais relativos a ramos de actividade, nas circunstâncias em que se verifique o destacamento desses ramos de actividade por uma sociedade, com residência em território português, para através deles constituir novas sociedades ou fundir com sociedades pré-existentes, mantendo a sociedade pelo menos um ramo de actividade. Ou quando se verifique a transferência de ramos de actividades entre sociedades residentes em contrapartida de partes do capital, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais desses ramos de actividade também não é admitida⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Artigo 75º, nº 3, al. a).

⁴¹⁷ Artigo 75º, nº 3, al. b).

⁴¹⁸ Artigo 75º, nº 3, al. c).

⁴¹⁹ A este propósito veja-se o Acórdão do STA, de 02/11/2006, Processo nº 0312/06, onde o tribunal entendeu que o artigo 75º não era aplicável a uma operação de transmissão da globalidade de direitos e obrigações de uma sociedade, nos termos de um processo de judicial de recuperação de empresa e falência, sem esta ser dissolvida. Questão que depois chegou ao Tribunal Constitucional, Acórdão do TC nº 370/2007, de 26/06/2007, Processo 1132/06, onde foi considerado que o artigo 75º, nº 1, não era inconstitucional quando interpretado no sentido que o benefício fiscal previsto não se aplicava a situação descrita.

O exposto decorre da conjugação do artigo 75º, nº 3, al. a), com o artigo 73,º nº 2, al. a)⁴²⁰ e nº 3⁴²¹, ambos do CIRC, parecendo resultar da letra da lei que a transmissibilidade de prejuízos fiscais só se poderá verificar nas circunstâncias de destacamento de ramos de actividade em que uma sociedade se dissolve para constituir uma ou mais sociedades ou para os fundir em uma ou mais sociedades, bem como nas circunstâncias em que o património seja globalmente transferido para sociedades pré-existentes ou constituídas para o efeito⁴²².

Podemos retirar ainda da extensão feita pelo artigo 75º, nº 3, al. b) e c), do CIRC, que, quando estejam em causa sociedades de outros Estado-Membros, só se admite a transmissibilidade de prejuízos fiscais quando as actividades são desenvolvidas através de um estabelecimento estável em território português⁴²³.

A situação descrita vai de encontro ao que já considerámos a propósito da admissibilidade da transmissão de prejuízos fiscais no âmbito da Directiva Fusões.

⁴²⁰ Artigo 73,º nº 2, al. a), do CIRC, “ *uma sociedade (sociedade cindida) destaca um ou mais ramos da sua actividade, mantendo pelo menos um dos ramos de actividade, para com eles constituir outras sociedades (sociedades beneficiárias) ou para os fundir com sociedades já existentes, mediante a atribuição aos seus sócios de partes representativas do capital social destas últimas sociedades e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes sejam atribuídas*”.

⁴²¹ Artigo 73,º nº 3, do CIRC “*considera-se entrada de activos a operação pela qual uma sociedade (sociedade contribuidora) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade (sociedade beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária*”.

⁴²² V. neste sentido, TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, págs. 131 e 132, cit. nota 3.

⁴²³ V. neste sentido, TORRES, *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág. 132, cit. nota 3.

4.2. Os Conceitos Indeterminados

Os conceitos expostos nos dois primeiros pontos supra, “razões económicas válidas” e “estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva”, são conceitos indeterminados.

Em sede de determinação dos conceitos indeterminados a jurisprudência não tem seguido uma linha uniforme.

Em muitas das suas decisões tem considerado que os conceitos em causa são matéria de discricionariedade técnica⁴²⁴, onde a Administração Fiscal tem nestes casos uma longa margem de livre apreciação⁴²⁵.

Nestes casos, e inserido nesta corrente jurisprudencial⁴²⁶, é entendido que os tribunais só poderão impor o seu juízo à Administração Fiscal em situações de “(...) erro grosseiro ou manifesto (...)” que consiste “(...) um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas”^{427 428}.

⁴²⁴ V. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, pág. 505 ss., cit. nota 351, afasta o conceito de discricionariedade técnica, considerando por sua vez que a administração fiscal tem em algumas circunstâncias uma margem de livre apreciação ou discricionariedade em sentido amplo.

⁴²⁵ V. neste sentido acórdão do TCAS, de 23/02/10, Processo nº 01844/07, e acórdão do TCAS, de 03/02/09, Processo nº 02087/07, onde o tribunal justifica o seu entendimento com base no exposto por FREITAS DO AMARAL, que considera, quanto aos conceitos indeterminados, que quando a valoração efectuada pelo órgão administrativo é baseada na sua experiência e nas suas convicções, sendo este apenas enquadrado por critérios jurídicos, a actividade de valoração e determinação deverá escapar ao controlo dos tribunais, só se admitindo a sua intervenção no sentido de confirmar se a solução aplicada está em cumprimento das exigências externas impostas pela ordem jurídica, V. neste sentido, AMARAL, Diogo Freitas do (com a colaboração de Lino Torgal); *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Reimpressão da 2ª Edição de 2011, Almedina, 2013, págs. 122 e ss..

⁴²⁶ A propósito deste entendimento do tribunal, v. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, pág. 509., cit. nota 351, onde a autora entende que os tribunais fiscais recorrem ao conceito de discricionariedade técnica para, em vez de efectuarem um controlo da legalidade, na medida do que lhes é exigido, justificarem a ausência de controlo. Num sentido próximo, v. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimpressão de edição de 1987, Almedina, 2013, pág. 476 e ss.

⁴²⁷ Acórdão do STA, de 11/05/2005, Processo nº 0330/05.

⁴²⁸ V. neste sentido, MORAIS, *Apontamentos...*, pág. 168, cit. nota 294, onde este autor aceita a argumentação da jurisprudência que entende que se está perante o exercício de uma margem de livre apreciação ou discricionariedade técnica, não podendo ser fiscalizado o juízo da Administração Fiscal salvo erro grosseiro ou manifesta desadequação legal. Acrescenta apenas que em situações de reestruturações que tenham sido acompanhados e apoiados por outras entidades públicas, deverá ser o seu juízo a prevalecer e não o da Administração Fiscal.

Já, em alguns acórdãos mais recentes tem sido entendido que *“as informações necessárias, tanto para a formação do juízo por parte da Administração Fiscal, como para a formação do juízo pelo tribunal, sobre os intuitos económicos (...) são unicamente as constantes no n.º 2 do artigo 69.º do Código do IRC, e que são legalmente vinculados os critérios que devem ser utilizados na apreciação desses intuitos e vantagens económicas da operação (ainda que se considerem os conceitos jurídico-económicos previstos no artigo 69.º do CIRC como conceitos indeterminados, o certo é que isso não afasta a competência vinculada da Administração no exercício dos poderes de avaliação sobre o intuito ou motivação económica da operação, estando a sua utilização sujeita a controle de legalidade por parte dos tribunais”*⁴²⁹.

Esta posição da jurisprudência tem como base a posição defendida por CARLOS BATISTA LOBO⁴³⁰, no sentido de que o recurso a conceitos indeterminados no Direito Administrativo e por conseguinte no Direito Fiscal para delimitar certos interesses públicos e os respectivos parâmetros de avaliação pela Administração Fiscal, não deve excluir os poderes de avaliação dos tribunais.

No que diz respeito aos conceitos em análise, nas circunstâncias em que não foi considerado que a operação preencheu os requisitos enunciados, o grau de controlo a que a Administração Fiscal ficaria sujeita passaria pela demonstração do carácter artificial da operação, se a operação visa apenas fins de obtenção de vantagens fiscais⁴³¹.

A nosso ver esta última corrente jurisprudencial é mais correcta, uma vez que excluir da apreciação dos tribunais o preenchimento destes conceitos indeterminados, sem uma devida análise da situação, será limitar a apreciação jurisprudencial no momento em que esta é mais necessária.

⁴²⁹ Acórdão do STA, de 16/01/2013, Processo nº 0232/12 e v. no mesmo sentido, Acórdão do STA, de 18/01/2012, Processo nº 0574/10.

⁴³⁰ Esta corrente, considera que o facto de a aplicação de conceitos indeterminados apontar para uma única decisão justa se traduz numa mera actividade de reconhecimento de uma realidade existente e como tal deve ser entendida como uma actividade vinculada. Nessa medida deve encontrar-se sempre sujeita ao controlo da legalidade. Esta corrente salvaguarda, no entanto, a medida desse controlo, isto é, admite que o nível de controlo a ser efectuado pelos tribunais não seja o mesmo em todas as circunstâncias. Haverão decisões que por natureza não deverão estar sujeitas a um controlo integral V. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 53, cit. nota 292; e v. neste sentido, FRANCISCO DE SOUSA, António; *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina, 1994, pág. 204 e ss..

⁴³¹ V. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 54, cit. nota 292.

É na presença de um conceito indeterminado que é mais determinante a apreciação jurisprudencial para fiscalizar a actuação da Administração Fiscal⁴³², e possivelmente criar jurisprudência para servir guia, orientação, a situações futuras⁴³³. Contudo, o tribunal na análise da situação não deve substituir o juízo da Administração Fiscal pelo seu, deve reconhecer a margem de livre apreciação desta. O que se exige do tribunal é que proceda a uma fiscalização dos limites externos e internos da margem de livre apreciação⁴³⁴, determinado se o juízo da Administração Fiscal se enquadra dentro dos mesmos.

Deve ser dado ao sujeito passivo a possibilidade de demonstrar em tribunal os motivos pelos quais considera que existam razões económicas válidas e à Administração Fiscal contrapor a sua posição, permitindo ao tribunal tomar uma posição fundamentada. Neste âmbito pode ser necessário o tribunal recorrer a ajuda de peritos por forma a compreender a questão em toda a sua amplitude

Note-se que no âmbito da primeira corrente jurisprudencial descrita os tribunais referem como limite à discricionariedade técnica ou margem de livre apreciação, a existência de um erro manifesto, contudo não procedem a uma devida análise da existência deste. A mera referência ao facto que, no caso em apreço não se está perante um erro manifesto, não nos parece suficiente para o concreto controlo do mesmo.

⁴³² Relativamente à discussão em causa, v. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, págs. 375 e ss., cit. nota 351.

⁴³³ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 110, cit. nota 47. E ainda DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, pág. 510, cit. nota 351, em que considera que em razão dos princípios de previsibilidade e calculabilidade que estão associados ao princípio da legalidade, os conceitos indeterminados devem progressivamente ser determinados, através de actos-normativos ou de jurisprudência constante.

⁴³⁴ V. neste sentido, DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, pág. 508, cit. nota 351.

4.3. Plano Específico de Dedução de Prejuízos Fiscais

Estipula o artigo 75º, nº 4, do CIRC que *“no despacho de autorização pode ser fixado um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais a estabelecer o escalonamento da dedução durante o período em que pode ser efectuada e os limites que não podem ser excedidos em cada período de tributação”*.

Faz-se nota ao facto de na disposição em causa se o utilizar o termo *“pode ser fixado um plano”* e não *“deve ser fixado um plano”*. Resulta ainda que se trata de um plano *“específico”*, ou seja, um plano criado para uma situação em concreto.

Assim, da interpretação da norma decorre que estamos perante um exercício opcional, que tem em vista um critério de periodização e não a determinação de limites quantitativos à dedução e que não visa a estatuição de mais critérios de acesso ao regime⁴³⁵.

Com uma operação de fusão o ciclo produtivo das sociedades envolvidas é integrado na sociedade incorporante, pelo que pode ser necessário adaptar a transmissibilidade de prejuízos fiscais a essa nova realidade.

Porém, na prática não é assim que se procede. A Administração Fiscal por Despacho nº 79/2005-XVII, de 15/04/2005, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, convertido na Circular nº 7/2005, de 16/05/2005, determina a limitação da dedução de prejuízos fiscais na medida do valor do lucro incremental pós-fusão, em proporção ao rácio da situação líquida da sociedade fundida no cálculo da situação líquida do total das sociedades incluídas na reestruturação⁴³⁶.

Desta forma, verifica-se um duplo limite. Relativamente à sociedade incorporante ou à nova sociedade, os prejuízos fiscais só poderão ser deduzidos ao lucro tributável após

⁴³⁵ V. neste sentido, LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 49, cit. nota 292.

⁴³⁶ Veja-se o conteúdo da referida circular, *“(...) a dedução dos prejuízos fiscais transmitidos por uma sociedade fundida (...)”* deve ser limitada *“(...)em cada exercício, de acordo com as orientações seguintes:*

a) Quando se trate de uma operação de fusão por incorporação, ao acréscimo do lucro tributável da sociedade incorporante relativamente ao lucro tributável apurado por esta sociedade no exercício anterior ao da fusão adicionado, quando for o caso, dos lucros tributáveis das demais sociedades fundidas, com excepção da sociedade transmitente dos prejuízos, apurados nesse mesmo exercício;

b) Quando se trate de uma fusão por constituição de uma nova sociedade, ao acréscimo de lucro tributável da nova sociedade relativamente ao resultado da soma dos lucros tributáveis apurados pelas demais sociedades fundidas, com excepção da sociedade transmitente dos prejuízos, no exercício anterior ao da fusão;

c) Nos casos referidos nas alíneas anteriores, o limite da dedução dos prejuízos fiscais resultantes da aplicação das regras aí estabelecidas não poderá exceder, em cada exercício, o montante do lucro tributável da sociedade incorporante, ou da nova sociedade, correspondente à proporção entre o valor do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades envolvidas na operação, determinados com base no último balanço anterior à fusão (...)”

uma operação de subtração da soma dos lucros tributáveis anteriores à fusão de todas as sociedades fundidas, exceptuando-se a sociedade que tenha apurado prejuízos. Ao resultado do cálculo descrito é ainda aplicado um outro limite, não podendo a dedução efectuada exceder o lucro tributável da sociedade incorporante ou da nova sociedade, calculado na medida da proporção entre o valor do património líquido da sociedade fundida e das restantes sociedades participantes na fusão⁴³⁷.

A Administração Fiscal justifica o conteúdo da circular com base na necessidade de proceder a uma compatibilização do regime de neutralidade fiscal, de onde resulta o direito à transmissibilidade de prejuízos fiscais, com os interesses financeiros do Estado, garantido que o exercício da faculdade do artigo 75º, nº 4, do CIRC decorra de uma forma uniformizada e assente em critérios objectivos.

Posteriormente, através da Informação Vinculativa, emitida no âmbito do processo nº nº 1373/2008, de 2008-07-31, foi emitido um esclarecimento adicional. Neste foi determinado quais os cálculos que devem ser efectuados por forma a efectuar a dedução de prejuízos fiscais nas circunstâncias de uma fusão por incorporação.

O sujeito passivo terá de, em cada período tributário após o da fusão, em que se possa efectuar o reporte de prejuízos fiscais, efectuar uma comparação entre o resultado apurado em cada exercício com o resultado apurado no exercício anterior à fusão. Daqui resulta que só se poderá verificar a dedução de prejuízos fiscais se houver um acréscimo de lucro tributável.

Esta situação pode-se tornar prejudicial para as empresas que atravessam dificuldades económicas, uma vez que quanto maior for o grau de dificuldades económicas das sociedades intervenientes numa fusão, menor será o grau de dedução de prejuízos admitido⁴³⁸.

A situação em causa assume uma lógica uniforme que restringe a variedade de situações económicas a uma mera apreciação patrimonial, o que não faz qualquer sentido em razão do plano que se pretende que seja personalizado e adaptado as diversas circunstâncias em que as sociedades se podem encontrar em resultado de uma operação de fusão.

⁴³⁷ V. neste sentido, TORRES; *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág. 133 e ss, cit. nota 3.

⁴³⁸ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 101, cit. nota 47.

Um conjunto de empresas que, em razão das dificuldades económicas que atravessam, decide proceder a uma reestruturação económica sob a forma de fusão⁴³⁹ poderão no limite ver-se privadas de um mecanismo que lhes permitiria proceder a uma recuperação económica mais rápida.

Assim, se a situação líquida da sociedade que transmite os prejuízos fiscais for negativa no período tributável anterior à fusão não será possível proceder à dedução dos seus prejuízos fiscais, verificando-se a extinção do direito de reporte de prejuízos fiscais que em primeiro lugar havia sido autorizado⁴⁴⁰.

Faz-se nota que o interesse que deve ser tido em conta para efeitos de permitir ou não a dedução de prejuízos fiscais em operações de reestruturação é o do sujeito passivo e não o da Administração Fiscal. No limite o que se verifica é a permissão de dedução de prejuízos fiscais apenas nas circunstâncias em que tal se traduz num impacto positivo nas receitas fiscais⁴⁴¹.

O regime exposto levanta questões relativamente à sua conformidade com a lei, na medida em que se pode considerar que se encontra em contradição com o disposto no artigo 75º, nº 4, do CIRC.

De acordo com o artigo 103º, nº 2, da CRP, “*os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes*”, pelo que não é admissível que uma instrução administrativa proceda a esta determinação ou, por sua vez, contrarie o disposto na lei.

Note-se neste ponto que a Administração Fiscal está vinculada ao princípio da legalidade fiscal, tal como descrito supra, pelo que as suas decisões devem estar em consonância estrita com o disposto na lei. Tal facto verifica-se ainda que se entenda que esteja em causa “uma discricionariedade na apreciação”, ou mesmo, uma “discricionariedade técnica”.

As instruções que decorrem da referida circular constituem assim uma limitação ilegal do exercício do direito ao reporte de prejuízos fiscais⁴⁴².

⁴³⁹ V. neste sentido, MATOS, Pedro Verga; RODRIGUES, Vasco; *Fusões e Aquisições, Motivações, Efeitos e Política*, Principia, 2000, pág. 114.

⁴⁴⁰ V. neste sentido, TORRES; *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág. 135, cit. nota 3.

⁴⁴¹ V. LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 54, cit. nota 292.

⁴⁴² A este respeito, TORRES; *A Portabilidade dos Prejuízos...*, pág. 135, cit. nota 3, considera que quando se verifique uma limitação do direito de reporte de prejuízos fiscais, existindo autorização do Ministro das Finanças, com fundamentos que não sejam compatíveis com o princípio da continuidade, constituem vício de desvio de poder, isto é, vício do acto administrativo quando o exercício de um poder discricionário é efectuado em discordância com o fim que a lei pretendeu atribuir a esse mesmo poder.

Apenas em situações de abuso do direito de reporte de prejuízos fiscais, ou perante limites que assegurem o princípio da continuidade, que é um dos marcos do REFCEP, é que seria admissível a fixação de limites, no estrito cumprimento do princípio da legalidade.

O regime em causa pode encontra-se, ainda, em contradição com o princípio da tributação pelo rendimento real, ao impossibilitar que os prejuízos fiscais que deviam ser legitimamente deduzidos não o sejam, não sendo a sociedade tributada pelo seu rendimento real.

Acresce ainda que além dos limites que possam ser impostos pela autorização da transmissibilidade de prejuízos fiscais, a dedução destes ainda se encontra limitada pelo disposto no artigo 92º, nº 1, do CIRC⁴⁴³, que de acordo com o qual o imposto liquidado em cada período tributável pela sociedade beneficiária não pode ser inferior a 90% do montante que seria apurado se não fosse aplicável o regime do artigo 75º do CIRC.

⁴⁴³ Artigo 92º, nº1, do CIRC, “*para as entidades que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, bem como as não residentes com estabelecimento estável em território português, o imposto liquidado nos termos do nº 1 do artigo 90.º, líquido das deduções previstas nas alíneas a) e b) do nº 2 do mesmo artigo, não pode ser inferior a 90 % do montante que seria apurado se o sujeito passivo não usufrísse de benefícios fiscais e dos regimes previstos no nº 13 do artigo 43º e no artigo 75º*”.

4.4. A Compatibilidade do Regime Português com o Direito da UE

4.4.1. O Conceito de Razões Económicas Válidas

Procedemos à análise de como é feito o preenchimento dos conceitos indeterminados face ao regime nacional e qual o entendimento que os tribunais portugueses têm seguido nesta matéria. Porém, como já referimos a expressão “razões económicas válidas” foi retirada do regime da Directiva Fusões⁴⁴⁴, ou seja, foi decalcada do Direito da UE, o que levanta algumas questões.

No regime português assistimos a uma extensão feita pelo legislador nacional da aplicação de um critério da Directiva Fusões a situações que esta não regula.

Decorre da análise feita, no âmbito das operações de fusão, cisão, entrada de activos e trocas de acções ao nível da análise jurisprudencial do TJUE, que quando são extraídos conceitos do Direito da UE, ainda que aplicáveis apenas a operações internas dos Estados-Membros, por forma a garantir uma interpretação uniforme dos conceitos, estes devem ser lidos em conformidade com as orientações e densificações europeias. Assim, o conceito antiabuso retirado da Directiva Fusões deverá ser apreciado à luz do ordenamento da UE, sendo o TJUE competente para apreciar esta matéria.

Ora, como já analisámos, em matéria de determinação do conceito de “razões comerciais válidas” o TJUE já se pronunciou por algumas vezes, tendo nomeadamente analisado um reenvio prejudicial português, o caso *Foggia*⁴⁴⁵. Não iremos novamente referir as conclusões do TJUE nesta matéria, remetemos neste ponto para o já exposto em sede própria. No entanto, não deixa de ser necessário fazer algumas notas relativamente ao exposto pelo TJUE e o seguido pelos tribunais portugueses.

Decorreu da análise do acórdão *Foggia* o reconhecimento de que o conceito “razões económicas válidas” é um conceito de Direito da UE, onde o TJUE tem claramente competência para emitir a sua posição.

Deste acórdão resulta, implicitamente que existe uma simetria entre o conceito de abuso em termos do regime de neutralidade e o conceito de abuso em termos do regime de transmissibilidade de prejuízos fiscais. O reconhecimento desta simetria torna de

⁴⁴⁴ Para um estudo mais aprofundado do conceito de “razões económicas válidas”, v ROCHA, Ana Gabriela Ferreira; *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal: Interpretação Autónoma e Pluralismo Jurídico*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, pág. 136 e ss.

⁴⁴⁵ Assunto tratado no Capítulo II, ponto 4.2..

difícil compreensão o facto de a Administração Fiscal em algumas situações admitir a existência de uma razão económica válida para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal, mas não admitir a sua existência quanto ao regime de transmissibilidade de prejuízos fiscais⁴⁴⁶.

Ora, se uma operação de reestruturação é considerada efectuada por razões económicas válidas para efeitos da aplicação do regime de neutralidade fiscal, nos termos do artigo 73º, nº 10, do CIRC, não se percebe porque razão o requisito do artigo 75º, nº 2, do CIRC, não se considera automaticamente preenchido.

Decorre da jurisprudência do TJUE, que cabe aos tribunais nacionais apreciar os critérios da análise efectuada pelas autoridades nacionais competentes, no caso a Administração Fiscal⁴⁴⁷.

Face ao exposto, é de difícil compatibilidade as decisões jurisprudenciais que consideram que a discricionariedade técnica da Administração Fiscal não pode ser fiscalizada pelos tribunais, salvo em caso de erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal⁴⁴⁸, quando os tribunais não procedem à devida análise das circunstâncias determinando se no caso em apreço se está perante um erro grosseiro. Embora esta corrente jurisprudencial não determine a insindicabilidade absoluta, ainda assim, é contrária à análise efectuada pelo TJUE, em que se entende que cada caso deve estar sujeito a apreciação jurisprudencial, não se entendendo aqui estar sujeito a apreciação judicial quando o tribunal se limita a referir que no caso não se verifica um erro grosseiro.

Análise Casuística e Proporcionalidade

Como já referimos, na análise do conceito de razões económicas válidas, deve-se atender a cada caso individualmente considerado, ou seja, deve-se efectuar uma análise caso a caso. O que não significa que não se possa ir procedendo ao preenchimentos dos conceitos através por exemplo de casos típicos, por forma a que o sujeito passivo possa

⁴⁴⁶ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 99 e 114, cit. nota 47.

⁴⁴⁷ Vemos essa referência por exemplo no parágrafo 51, do acórdão Foggia, “(...) compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, à luz do conjunto das circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido (...).

⁴⁴⁸ V. neste sentido, BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 109, cit. nota 47.

saber “com o que contar” deve-se é em cada caso concreto atender às circunstâncias do caso e não aplicar taxativamente critérios gerais pré-determinados.

Neste ponto, pode-se discutir se a Circular nº 7/2005, emitida pela Administração Fiscal, não está em oposição com a necessidade de efectuar uma análise casuística para determinar se as operações de reestruturação foram efectuadas por “razões comerciais válidas”.

Entendemos, quanto a este ponto, que de acordo com a redacção do artigo, 75º do CIRC, não há qualquer desrespeito da legislação portuguesa pelas orientações jurisprudências do TJUE.

Vejam, de acordo com a redacção do artigo 75º do CIRC, numa primeira fase é determinado se a operação é efectuada por “razões comerciais válidas” e só se assim for entendido é que há lugar ao despacho de autorização para a dedução dos prejuízos fiscais. Neste ponto a aplicação da referida Circular é efectuada sem qualquer análise casuística.

Decorre do exposto que, em teoria, a verificação da existência de razões comerciais válidas é efectuada caso a caso, os termos em que a dedução é admitida é que não.

Neste segundo plano não há qualquer orientação do TJUE no sentido de uma dedução tendo em conta as especificidades do caso concreto, pelo que neste ponto não há qualquer incompatibilidade com o Direito da UE. Questão muito diferente, como já foi feito referência, é compatibilidade da referida Circular com o próprio artigo 75º, nº 4, do CIRC.

Não podemos deixar de ponderar se, na prática, a forma como a Administração Fiscal procede ao preenchimento do conceito de razões comerciais válidas respeita o *supra* disposto.

Muitos dos litígios que chegam a tribunal, relativamente à admissibilidade de dedução de prejuízos fiscais pela verificação da existência de razões comerciais válidas, parte do facto que o sujeito passivo considerar que a Administração Fiscal recorre aos critérios taxativos da Circular, a existência de um património líquido negativo anterior à operação de fusão, para negar a admissibilidade da dedução.

A este propósito os tribunais têm entendido que não é através da aplicação da Circular que é negado a existência de razões económicas válidas, antes é porque a Administração Fiscal considera que numa operação de fusão em que a sociedade incorporada tem um património negativo não existirá interesse económico, pois a sociedade incorporada não contribui para resultados futuros da sociedade incorporante, logo não se verifica a

existência de razões económicas válidas, negando assim a dedução dos prejuízos fiscais⁴⁴⁹.

A verdade é que a diferença entre a justificação utilizada pela Administração Fiscal para negar a existência de razões económicas válidas e a aplicação automática dos critérios da Circular para negar a existência dessas mesmas razões económicas válidas, é muito ténue.

Para que a Administração Fiscal pudesse recusar os pedidos de dedução de prejuízos fiscais deveria ter de demonstrar que a operação de reestruturação visava como principal, ou único, objectivo a obtenção de um benefício fiscal, não se verificando a existência de razões económicas válidas, analisando-se o caso concreto⁴⁵⁰.

No entanto, se em vez desta análise a Administração Fiscal proceder a uma mera recondução formal ao critério do património líquido negativo, estipulado na Circular, é efectuada uma análise com base num único critério, o que não é concebível face à decisão do TJUE no acórdão Foggia.

A relevância de uma análise casuística surge do facto de cada operação ser uma situação diferente, aplicar o mesmo critério indissociavelmente, não permite chegar a uma decisão que esteja adaptada às particularidades de cada operação de reestruturação.

Apesar de entendermos que, pelo menos em teoria, é efectuada uma análise casuística da existência de razões comerciais válidas, na prática é difícil de sustentar tal posição.

A aplicação da Circular 7/2005 levanta ainda uma outra questão. No regime português, através da Circular, temos uma exclusão da aplicação do direito de dedução de prejuízos fiscais automática, mesmo quando a operação não visa a fraude e a evasão fiscal e se demonstre a existência de razões económicas válidas. Desta forma, temos operações perfeitamente legítimas que não beneficiam do direito de dedução de prejuízos.

⁴⁴⁹ V. Acórdão do STA, de 23/02/2010, Processo n° 01844/07.

⁴⁵⁰ V. LOBO; *Neutralidade Fiscal das Fusões...*, pág. 54, cit. nota 292.

4.4.2. Perspectiva a ter em Conta na Determinação das Razões Económicas Válidas

Determinante para o preenchimento do conceito de razões económicas válidas é a perspectiva analisada, isto é, as razões que levaram à reestruturação devem ser analisadas da perspectiva da sociedade incorporante ou da perspectiva do grupo?

Relativamente a esta questão o TJUE não se pronunciou directamente no acórdão *Foggia*. Contudo, deste parece resultar que a Administração Fiscal portuguesa entende que a análise das razões económicas válidas deve ser aferida da perspectiva da sociedade incorporante⁴⁵¹.

O TJUE, no referido acórdão, parece num determinado momento, considerar a análise também da perspectiva da sociedade incorporante⁴⁵², contudo não é determinante pois noutras passagens parece ir no sentido de que se deve proceder à análise da perspectiva do grupo⁴⁵³.

Face ao exposto para que possamos responder à questão é necessário efectuarmos a análise às decisões que precederam a este acórdão, bem como os objectivos da Directiva Fusões. Ora, o TJUE tem vindo a considerar, desde o acórdão *Leur Bloem*, que é necessário proceder a uma análise global da operação, pelo que seria desajustado considerar que a análise devia ser efectuada da perspectiva da sociedade incorporante.

Relativamente aos objectivos prosseguidos pela Directiva Fusões também se pode extrair a mesma posição, o regime é aplicado a operações plurais em que entrevêm diversas entidades, repercutindo-se os efeitos em todo o grupo e não apenas na sociedade incorporante.

⁴⁵¹ Veja-se o parágrafo 15, do acórdão *Foggia*, “(...) considerou não ser evidente, na perspectiva da sociedade incorporante, o interesse económico da incorporação, tendo em conta que a sociedade incorporada não desenvolveu qualquer actividade como sociedade gestora de participações sociais, nem detinha participações financeiras (...)”

⁴⁵² Parágrafo 40, acórdão *Foggia*, “(...) uma fusão ou uma reestruturação efectuada sob a forma de incorporação de uma sociedade que não exerce nenhuma actividade e que não entra com activos próprios na sociedade incorporante pode, não obstante, ser considerada, em relação a esta última, como sendo efectuada por razões económicas válidas”.

⁴⁵³ Parágrafo 47, acórdão *Foggia*, “(...) nada obsta, em princípio, a que uma operação de fusão que proceda a uma reestruturação ou a uma racionalização de um grupo e que permita reduzir os seus encargos administrativos e de gestão possa prosseguir razões económicas válidas (...)”.

Assim, consideramos que a análise deve ser efectuada pela perspectiva do grupo das sociedades intervenientes na operação de reestruturação, pois de outra forma estaríamos a efectuar uma análise demasiado simplificadora e fragmentária⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ V. neste sentido, ROCHA; *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal...*, pág.154, cit. nota 444; e v. BRAGA; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no ...*, pág. 105, cit. nota 47.

Conclusão

Os prejuízos fiscais, enquanto consequência da periodização do lucro tributável, podem ser reportados para a frente ou para trás, sendo esta opção feita pelos Estados atendendo a questões administrativas e orçamentais. Os Estados-Membros têm optado, na sua maioria, por permitir apenas o reporte por prejuízos para a frente.

Consideramos a este respeito que o ideal é a opção pela admissão das duas modalidades, que como analisámos é efectuado por alguns Estados-Membros da UE. Por forma a não levantar muitos problemas em termos orçamentais e administrativos o reporte de prejuízos fiscais para trás poderia ser limitado apenas a um ou dois anos, enquanto o reporte de prejuízos para a frente permitido, pelo menos, nos 15 anos posteriores⁴⁵⁵. Desta forma garantir-se-ia que os interesses dos sujeitos passivos eram acautelados, bem como os dos Estados. Este aumento do prazo de reporte permitiria que se tivesse em consideração a capacidade contributiva efectivas das sociedades que tenham ciclos empresariais mais longos.

Porém, independentemente da modalidade de reporte de prejuízos fiscais aplicada pelos Estados, encontram-se sempre diversas restrições à dedução de prejuízos fiscais. Entre as principais restrições temos as temporais e as associadas a alterações de actividade e/ou de titularidade, estas últimas resultado da preocupação dos Estados com o planeamento fiscal abusivo.

Entre os instrumentos identificados pelos Estados, envolvendo prejuízos fiscais, com maior risco de serem utilizados para obter benefícios fiscais indevidos temos os instrumentos financeiros, as operações de reestruturação, e os preços de transferência. São diversos os principais esquemas que os Estados identificaram como possíveis de resultarem em planeamento fiscal abusivo.

A este respeito, uma vez que em matéria de direito fiscal não se verifica uma harmonização de conceitos e de estruturas, é necessário que a análise dos principais esquemas identificados, que envolvam mais do que um Estado, seja feita com alguma cautela. Isto porque da aplicação de dois sistemas fiscais diferentes poderão surgir situações que beneficiem o sujeito passivo sem que tal facto constitua planeamento fiscal

⁴⁵⁵ V. num sentido diferente, ALMEIDA; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis...*, pág. 99, cit. nota 20, em que o autor considera que o sistema de reporte que melhor reflecte o princípio da solidariedade seria um sistema também misto (reporte de prejuízos para a frente e para trás) mas ilimitado nas suas duas vertentes.

abusivo. Cabe aos Estados definirem em que medida é que é, ou não, permitido determinado esquema⁴⁵⁶, e cabe aos sujeitos passivos, em determinada medida, prosseguirem estratégias que lhe permitam utilizar⁴⁵⁷ os prejuízos fiscais dedutíveis.

Uma vez que o valor que os prejuízos fiscais assumem não é o mesmo se deduzidos no período de tributação em que ocorrem ou noutros períodos de tributação torna-se particularmente pertinente a dedução destes numa situação de grupo de sociedades, nacional ou europeu, e a sua admissibilidade em estabelecimentos estáveis situados noutros Estados-Membros.

Em relação às situações que envolvem estabelecimentos estáveis situados noutro Estado-Membro que não o da sociedade principal, a possibilidade de deduzir os prejuízos fiscais depende, essencialmente, do método de eliminação de dupla tributação utilizado pelo Estado-Membro de residência. No caso de o método utilizado ser o da isenção, poderá ser considerado que uma vez que os lucros são isentos os prejuízos não devem ser considerados, ou poderá ser admitido um método de reintegração. Quando o método utilizado é o de imputação, os prejuízos são tidos em consideração de forma similar ao tratamento dado aos estabelecimentos estáveis que se encontram localizados no mesmo Estado-Membro da sociedade principal.

Relativamente aos grupos de sociedades a possibilidade de dedução de prejuízos transfronteiriços não é admissível, na maior parte dos casos, devido às características das filiais (entidades com personalidade jurídica) não se procede à integração automática dos prejuízos, como acontece com os estabelecimentos estáveis.

Nas situações descritas, em que não se admite a dedução de prejuízos fiscais transfronteiriços dentro da UE, levantam-se questões quanto ao exercício da liberdade de estabelecimento.

Em matéria de tributação directa a harmonização positiva das matérias é escassa, sendo que relativamente ao tratamento dos prejuízos fiscais a harmonização é alcançada essencialmente através da actuação do TJUE, harmonização negativa.

O TJUE analisou pela primeira vez a admissibilidade da transmissibilidade de prejuízos quando, na decorrência do exercício da liberdade de estabelecimento, uma sociedade se fixa noutro Estado-Membro através de uma filial, no acórdão *Marks &*

⁴⁵⁶ V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, pág. 241, cit. nota 11.

⁴⁵⁷ V. neste sentido, POST; STALS; *The Tax Treatment of Corporate Losses...*, págs. 238 e ss., cit. nota 11, em que este autor identifica algumas “*loss refresher strategies*”.

Spencer. A questão das deduções de prejuízos ao nível de um grupo de sociedades já havia sido analisada no acórdão *ICI*, no entanto não estavam em causa prejuízos fiscais transfronteiriços.

O acórdão *Marks & Spencer* marcou o início de uma geração de casos em que se questiona a possibilidade de transição de prejuízos fiscais de um Estado-Membro para outro. Neste acórdão foi considerado que, no âmbito de um grupo de sociedades, negar o benefício da dedução de prejuízos fiscais a uma filial que se estabeleceu noutro Estado-Membro constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento. Esta restrição foi justificada através da apreciação de três justificações em conjunto: a necessidade de garantir a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, a necessidade de evitar o risco de dupla utilização de prejuízos e a necessidade de evitar o risco de evasão fiscal. A apreciação conjunta das três justificações constituiu uma alteração no âmbito de actuação do TJUE.

Em sede de proporcionalidade da medida em análise o TJUE entendeu que esta não seria proporcional se a filial tivesse esgotado as possibilidades de dedução de prejuízos fiscais, situação em que estaríamos perante prejuízos fiscais definitivos, como foram denominados pela doutrina.

O caso concreto, analisado no acórdão *Marks & Spencer*, nunca mais voltou a ser objecto de análise pelo TJUE, contudo foram analisadas outras situações que se aproximavam e que levantavam questões quanto à possível aplicação da doutrina do acórdão *Marks & Spencer*.

A evolução da jurisprudência não seguiu inteiramente o sentido do acórdão *Marks & Spencer*. Apenas numa fase inicial as justificações foram apreciadas conjuntamente, tendo, no limite, o regime em apreciação pelo TJUE sido justificado com base em apenas uma das justificações⁴⁵⁸. Podemos concluir que a perspectiva da análise conjunta das três justificações não tem aplicação na maioria das situações, o que decorre das diferentes circunstâncias que podem ser apreciadas.

Eis as questões que se colocaram e as respostas obtidas através da evolução da jurisprudência do TJUE:

- Que justificações podem ser admitidas autonomamente? O TJUE respondeu parcialmente a esta questão quando aceitou a necessidade de garantir a

⁴⁵⁸ V. as circunstâncias do acórdão *X Holding B. V.*, cit. nota 159.

preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros como uma justificação autónoma.

- A admissão da justificação do risco de evasão fiscal sem que para o efeito se tenha procedido à demonstração que a legislação em causa tinha como objectivo específico impedir a criação de estruturas puramente artificiais constitui uma evolução da jurisprudência ou um acto isolado? Após o acórdão *Marks & Spencer* voltou-se a exigir que a legislação visasse como objectivo específico impedir a criação de estruturas puramente artificiais⁴⁵⁹, no entanto, também houve situações em que tal facto não foi exigido para a aceitação da justificação⁴⁶⁰, situações em que o risco de evasão fiscal foi ponderado juntamente com outra justificação.

Parece-nos que quando está em causa a apreciação individual do risco de evasão fiscal será sempre necessário ponderar caso a caso se a legislação visa impedir especificamente estruturas puramente artificiais. Já quando está em causa a apreciação conjunta com outra justificação poderá flexibilizar-se um pouco os requisitos para que a mesma seja aceite. No entanto, esta flexibilização deverá ser delimitada pelo TJUE sob pena de se retomar aos critérios anteriores.

- Será possível a aplicação da doutrina do acórdão *Marks & Spencer* a situações que envolvem estabelecimentos estáveis situados noutros Estados-Membros? Esta questão foi respondida pelo TJUE ao ter aplicado, ainda que parcialmente, a doutrina do acórdão *Marks & Spencer* às situações que envolviam estabelecimentos estáveis e transmissibilidade de prejuízos fiscais⁴⁶¹.
- Qual o conceito de prejuízos definitivos? Apesar de o TJUE ter feito referência à necessidade de se verificar se já se teriam esgotado todas as possibilidades de deduzir os prejuízos fiscais, nunca procedeu a um devido preenchimento deste conceito.

⁴⁵⁹ Veja-se por exemplo o acórdão *Rewe Zentralfinanz*, cit. nota 131

⁴⁶⁰ Veja-se por exemplo o acórdão *Oy AA*, cit. nota 43, e o acórdão *SGL*, cit. nota 158.

⁴⁶¹ Acórdão *Deutsche Shell*, cit. nota 203, acórdão *Lidl Belgium*, cit. nota 31, e acórdão *Krankenheim*, cit. nota 35.

No âmbito das fusões, cisões, entradas de activos e trocas de acções, matéria regulada pela Directiva Fusões⁴⁶², o tratamento dos prejuízos fiscais apenas se encontra regulado em situações muito específicas, nomeadamente a consideração dos prejuízos da sociedade contribuidora no seu Estado-Membro de residência, desde que lá permaneça um estabelecimento estável. Assim, a maior parte das situações envolvendo prejuízos fiscais foram deixadas a critério dos Estados-Membros, não se encontrando previstas no artigo 6º da Directiva Fusões, o que nos leva a questionar se este não se encontrará obsoleto.

Em matéria de fusões, cisões, entradas de activos e trocas de acções o TJUE actuou em duas situações distintas.

No que diz respeito à análise da transmissibilidade de prejuízos fiscais que se encontrem fora do escopo da Directiva Fusões, o TJUE procedeu à análise da situação no acórdão *A Oy*, neste foram aceites as três justificações do acórdão *Marks & Spencer*, bem como o critério da proporcionalidade. A medida seria desproporcional se a filial tivesse esgotado todas as possibilidades de deduzir os prejuízos fiscais, assim, se dúvidas restassem sobre a aplicabilidade da doutrina *Marks & Spencer* na actualidade, este acórdão pôs termo à questão.

Relativamente à apreciação de operações realizadas no âmbito de um único Estado-Membro, mas que levantavam questões relativamente a conceitos de Direito da UE, o TJUE, através dos acórdãos *Leur-Bloem* e *Foggia*, procedeu a uma delimitação do conceito de razões comerciais válidas, em situações que envolviam prejuízos fiscais. Assim, uma operação não é efectuada com base em razões comerciais válidas se o seu único e exclusivo objectivo for a obtenção de um benefício fiscal, como a dedução de prejuízos fiscais, ou se a obtenção de um benefício fiscal, ainda que não seja o único objectivo, for o principal⁴⁶³. O recurso a medidas de alcance geral, de aplicação automática, excluindo determinadas categorias de operações, sem uma análise da situação em concreto também não será admitido.

Podemos retirar da jurisprudência do TJUE que os prejuízos fiscais deve poder ser deduzidos, se não no seu Estado-Membro de origem então no Estado-Membro da

⁴⁶² Directiva 90/343/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, codificada pela Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

⁴⁶³ V. neste sentido, DOURADO, Ana Paula, *Portugal: The Foggia (C-126/10) and Amorim (C-38/11) Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2011, Vol. 73, Linde, 2012, (págs. 213 - 225), pág. 220.

sociedade-mã/sociedade principal/sociedade incorporante, por forma a garantir um mercado comum. Estamos perante o “*always somewhere approach*”.

O caso português...

O sistema fiscal português consagra um regime de reporte de prejuízos para a frente, por um período de 5 anos, limitado, desde 2012, à dedução de 75% do lucro tributário. Porém como resultado das constantes alterações que têm sido efectuadas neste âmbito, os sujeitos passivos aplicam, actualmente, três regimes diferentes dependendo do ano em que os prejuízos foram apurados⁴⁶⁴.

Do nosso ponto de vista o reporte de prejuízos fiscais previsto no sistema fiscal português é demasiado limitativo, sendo pouco competitivo face aos restantes Estados-Membros da UE. Uma vez que, em resultado da limitação na dedução dos prejuízos fiscais em 75% do lucro tributável, o Estado português obtém sempre alguma receita fiscal é desejável e benéfico, para a recuperação da economia, o aumento do prazo de reporte de prejuízos fiscais nos termos já expostos, tornando o sistema fiscal português mais competitivo.

O regime de reporte de prejuízos português caracteriza-se, também, pela sua ilimitação material, ou seja, a dedução de prejuízos fiscais ocorre independentemente da actividade empresarial que lhe deu origem. Esta marca do regime tem, no entanto, uma excepção, quando estejam em causa actividades sujeitas a isenção parcial ou a taxa reduzida de IRC a dedução dos prejuízos fiscais não pode ser efectuada sobre o lucro tributável das restantes actividades.

Encontramos presente no regime português de reporte de prejuízos fiscais, uma norma antiabuso que determina que, em caso de alteração substancial da natureza da actividade exercida, do objecto social ou da titularidade em pelo menos 50% do capital social ou dos direitos de voto, não é admissível o reporte de prejuízos. Esta norma visa combater o denominado “comércio de prejuízos”.

Após análise da norma consideramos que a esta assume um carácter muito limitativo no que diz respeito inadmissibilidade de dedução de prejuízos fiscais em caso de alteração da titularidade. Nos termos em que se encontra explanada a norma impede a dedução de

⁴⁶⁴ Se os prejuízos foram apurados em data anterior a 2010 podem ser deduzidos por um período de 6 anos; se os prejuízos foram apurados em 2010 e/ou 2011 podem ser deduzidos por um período de 4 anos; se os prejuízos fiscais foram apurados a partir de 2012 podem ser deduzidos por um período de 5 anos.

prejuízos em circunstâncias que não estão sequer no controlo dos titulares das participações sociais.

Em resultado do exposto, entendemos que se deveriam introduzir algumas excepções a esta norma, nomeadamente, permitir a dedução dos prejuízos fiscais nas situações de sucessão por morte, a aplicação do regime de neutralidade nas reestruturações (artigos 73º e ss. do CIRC), aquisições de controlo quando efectuadas por quem já detém uma participação significativa à data do apuramento dos prejuízos ou por parte de órgãos sociais ou trabalhadores da sociedade.

Nas situações em que o lucro tributável é apurado com recurso a métodos indirectos não é admissível a dedução de prejuízos fiscais anteriores, no entanto se os prejuízos fiscais forem apurados com base em métodos indirectos devem poder ser deduzidos em lucros tributáveis futuros.

O regime de grupos português, o RETGS, consagra algumas particularidades ao nível da dedução de prejuízos fiscais. No âmbito de um grupo de sociedades, os resultados de todas as sociedades que integram o grupo são agregados ao nível da sociedade dominante, permitindo que os prejuízos fiscais apurados individualmente pelas sociedades do grupo possam ter dedução imediata. Quando da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais das sociedades do grupo resulte um prejuízo fiscal, este será reportado para dedução nos lucros tributários do grupo em anos seguintes. Há, no entanto, duas chamadas de atenção a fazer:

- Os prejuízos fiscais das sociedades, apurados anteriormente à integração no grupo de sociedades, só podem ser deduzidos até ao limite do lucro tributável apurado pela sociedade que os gerou;
- Os prejuízos fiscais apurados durante a vigência do RETGS só podem ser deduzidos enquanto este regime se aplicar, extinguindo-se a quota parte dos prejuízos fiscais de uma sociedade que deixe de integrar o grupo.

Ao nível do RETGS a matéria colectável do grupo é calculada sem qualquer distinção em relação à actividade que lhe deu origem, não lhe são aplicáveis quaisquer medidas que impeçam a dedução de prejuízos fiscais no caso de alteração ao nível do objecto social ou das actividades exercidas pelas sociedades que integram o grupo. Ao nível da alteração de titularidade, desde que os pressupostos da relação de domínio se mantenham não se deve verificar qualquer impedimento à dedução.

O regime português ao exigir “*sede e direcção efectiva em território português*” como condição para que as sociedades possam integrar o RETGS, não permite que sejam deduzidos prejuízos fiscais na sociedade-mãe (sociedade dominante) de uma filial que se encontre noutro Estado-Membro. Na sequência da jurisprudência analisada, o regime português não se encontra de acordo com o Direito da UE, violando o artigo 49º e 54º do TFUE (liberdade de estabelecimento)⁴⁶⁵.

Face ao exposto impõe-se ao legislador português que proceda a uma revisão do RETGS para que seja possível às sociedades-mãe residentes em Portugal com filiais situadas noutros Estados-Membros procederem à dedução de prejuízos fiscais das suas filiais, nas situações em que estas já não os possam utilizar. O impacto de uma alteração neste sentido pode ser positivo para o tecido empresarial português, uma vez que poderá encorajar processos de internacionalização das empresas portuguesas, incentivando o investimento em novos mercados⁴⁶⁶.

Podem-se apontar duas possíveis soluções de alteração do RETGS⁴⁶⁷:

- i) Proceder a um alargamento do âmbito subjectivo de aplicação do regime de grupos português, por forma a passar a incluir filiais que se encontrem noutros Estados-Membros, o que implicaria proceder à soma algébrica tanto dos prejuízos fiscais, sejam definitivos ou não, como dos lucros tributáveis (o que poderia levantar diversas questões);
- ii) Adotar um sistema de recaptura de prejuízos através da criação de uma conta corrente dos lucros e prejuízos das sociedades não residentes, permitindo que os prejuízos fiscais apurados em cada período pelas sociedades não residentes fossem deduzidos, mas apenas na parte que ultrapassasse a sua proporção de lucro tributável.

O regime de fusões, cisões, entradas de activos e trocas de acções e permutas de partes sociais português consagra também algumas particularidades. Os prejuízos fiscais da

⁴⁶⁵ V. neste sentido, VIEIRA DE ALMEIDA E ASSOCIADOS, *Análise de Jurisprudência, Acórdão do TJCE (Caso Marks & Spencer)*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 45, Janeiro-Março 2011, (págs. 123 - 127), pág. 126; v. LOUREIRO, Carlos; PALMA, Rui Camacho; PIMENTEL, Miguel Cortez; “*Lucro e Prejuízos, Duas Faces da Mesma Moeda – A Superação do Paradoxo Marks & Spencer*”, Ciência e Técnica Fiscal, Nº 419, 2007, (págs. 117 - 148), pág. 128; e v. BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences ...*, pág. 312, cit. nota 140.

⁴⁶⁶ V. neste sentido, VIEIRA DE ALMEIDA E ASSOCIADOS, *Análise de Jurisprudência...*, pág. 126, cit. nota 465.

⁴⁶⁷ V. neste sentido BORGES, *Marks & Spencer and its Consequences ...*, págs. 313 e 314, ci. Nota 140; v. LOUREIRO; PALMA; PIMENTEL; *Lucro e Prejuízos, Duas Faces da Mesma Moeda ...*, págs. 136 e ss., cit. nota 465.

sociedade fundida podem ser reportáveis nos lucros tributáveis da nova sociedade desde que a operação seja efectuada por razões económicas válidas e se insira numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial com efeitos positivos para a estrutura empresarial, mediante pedido de autorização ao Ministro das Finanças. Assim, nesta situação a dedução dos prejuízos fiscais está dependente do preenchimento de conceitos indeterminados.

Entendemos a este respeito que a verificação destes conceitos não deve ser excluída da apreciação judicial. Os tribunais devem analisar se os limites externos e internos da margem de livre apreciação da Administração Fiscal se encontram verificados, e fundamentar devidamente a sua apreciação.

Consideramos também que a aplicação da Circular 7/2005, de 16/05/2005, deve ser flexibilizada por forma a esta não se traduzir numa limitação à dedução de prejuízos, que não se encontra prevista no artigo 75º, nº 1 e nº 2, do CIRC. A lógica por detrás da criação da circular não é desajustada, uma vez que a criação de critérios objectivos e uniformizadores é essencial para a segurança jurídica dos sujeitos passivos e para o respeito do princípio da igualdade, evitando situações de “cada cabeça sua sentença”. No entanto estes critérios não podem ser aplicados de forma automática, sem serem ajustados às circunstâncias de cada caso, criando limitações para além das previstas no CIRC.

Por fim entendemos que a perspectiva a ter em conta para proceder à análise das razões económicas válidas deve ser a perspectiva do grupo de sociedade intervenientes na operação e não, unicamente, a da sociedade incorporante, pois estamos perante operações plurais que afectam todas as sociedades.

Da análise do sistema fiscal nacional, no que diz respeito ao tratamento dos prejuízos fiscais, apurámos a existência de diversas orientações administrativas⁴⁶⁸, que de uma forma mais ou menos pacífica determinam como certas normas devem ser interpretadas e “esclarecem” o contribuinte sobre o modo como este deve actuar.

As orientações administrativas não constituem uma novidade, antes pelo contrário, é uma forma de actuação com fortes tradições no seio da Administração Fiscal. As únicas alterações que se verificam quanto a este ponto encontram-se apenas ao nível dos destinatários, pois se num primeiro momento visavam apenas os órgãos internos da Administração Fiscal, verificando-se a existência de efeitos indirectos para o contribuinte,

⁴⁶⁸ Estamos aqui a referir-nos a Informações Vinculativas, Ofício-Circulados e Circulares.

num segundo momento passaram a dirigir-se directamente aos contribuintes⁴⁶⁹, produzindo efeitos directos.

No fundo as orientações administrativas têm o efeito positivo de permitir ao contribuinte obter uma decisão em tempo útil para a concretização dos fins previstos pela norma em causa, isto é, permite aos sujeitos passivos saberem *a priori* como determinada situação irá ser tratada, quais as condições que têm de ser cumpridas. Contudo, se aplicadas automaticamente, sem que se tenha em conta as circunstâncias particulares de cada situação, poderão revelar-se demasiado limitativas.

Independentemente da questão de as orientações administrativas serem ou não vinculativas para os contribuintes, só vinculando a Administração Fiscal⁴⁷⁰, é mais rápido e eficaz para os contribuintes adaptar a sua conduta às orientações administrativas, tentando cumprir todos os requisitos exigidos, do que tentar obter, em sede judicial, uma decisão favorável, que pode ou não se verificar. A verdade é que os contribuintes não pretendem recorrer a meios judiciais para tentar obter uma decisão favorável em relação a determinada questão.

Note-se que não pretendemos com o exposto sugerir que os contribuintes se devem conformar com a aplicação das orientações administrativas, muito pelo contrário, consideramos que os contribuintes devem, caso não concordem com as decisões que lhe são aplicadas, “lutar pelos seus direitos”. Limitámo-nos apenas a constatar o que se verifica.

Cabe-nos, ainda, fazer nota relativamente à Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma CCCTB (MCCCIS)⁴⁷¹ que abarca a questão da transmissibilidade dos prejuízos fiscais. Esta proposta visa a consagração de um sistema de regras comuns para o cálculo da matéria colectável das sociedades residentes no território da UE, bem como, das sucursais de sociedades de países terceiros que estejam estabelecidas na UE⁴⁷². A

⁴⁶⁹ V. neste sentido, SANCHES, J.L. Saldanha; *A Quantificação da Obrigação Tributária, Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, LEX, 2000, pág. 156.

⁴⁷⁰ No sentido em que as orientações administrativas não vinculam os contribuintes e os tribunais, v. SANCHES; *A Quantificação da Obrigação Tributária...*, págs. 157 e ss.; em sentido contrário V. DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...* págs. 700 e ss.; v. GAMA, João Taborda; *Tendo Surgido Dívidas Sobre o Valor das Circulares e outras Orientações Genéricas...*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol. III, Coimbra Editora, 2011, (págs. 157 - 225), págs. 157 e ss..

⁴⁷¹ V. Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades, (COM)2011 121 final, 2011/0058 (CNS), disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0121:FIN:PT:PDF>.

⁴⁷² O Parlamento Europeu pronunciou-se no sentido de apoiar a criação de um tratamento transfronteiriço de prejuízos fiscais, v. Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Janeiro de 2008, sobre

proposta é extensa e complexa, sendo constituída por 133 artigos agrupados em 18 capítulos.

No âmbito desta proposta os prejuízos fiscais podem ser deduzidos no próprio período em que ocorrem, podendo ser objecto de reporte para a frente por período de tempo ilimitado⁴⁷³.

O futuro desta proposta irá depender, em grande parte, de questões de ordem política, nomeadamente, no que diz respeito ao futuro do euro e da UE⁴⁷⁴, pelo que se aguarda por novos desenvolvimentos nesta matéria.

o tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras (2007/2144 (INI)), disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:041E:0010:0014:PT:PDF>

⁴⁷³ Encontramos referência no que diz respeito ao tratamento dos prejuízos à entrada e à saída do regime, nos artigos 48º, 53º, 64º, 65º, 66º, 69º; relativamente a operações de reestruturação temos o artigo 71º.

⁴⁷⁴ V. neste sentido SANTOS, Carlos dos; *A Nova Proposta de Directiva sobre a Matéria Colectável Consolidada Comum em sede de Imposto sobre as Sociedades*, Revista dos TOC, Nº 136, Julho de 2011, (págs. 40 - 44), pág. 44.

Jurisprudência Citada

Jurisprudência do TJUE

- Acórdão de 24 de Janeiro de 1991, Srl CILFT and Lanificio di GavardoSpa vs. Ministry of Health, Processo C-283/81;

- Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann vs. Administration des Contributions du Grand-Duché de Luxembourg, Processo C-204/90;

- Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Comissão das Comunidades Europeias vs. Reino da Bélgica, Processo C-300/90;

- Acórdão de 1 de Fevereiro de 1996, Gianfranco Perfili, Processo C-177/94;

- Acórdão de 15 de Maio de 1997, Futura Participations and Singer vs. Administration des Contributions, Processo C-250/95;

- Acórdão de 17 de Julho de 1997, A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, Processo C-28/95;

- Acórdão de 16 de Julho de 1998, Imperial Chemical Industries pic (ICI) vs. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), Processo C-264/96;

- Acórdão de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland plc vs. Elliniko Dimosio [Greek State], Processo C-311/97;

- Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) vs. Belgische Staat, Processo C-141/99;

- Acórdão de 21 de Novembro de 2002, X and Y vs. Riksskatteverket, Processo C-436/00;

- Acórdão de 18 de Setembro de 2003, Bosal Holding vs. Staatssecretaris van Financiën, Processo C-168/01;

- Acórdão de 7 de Setembro de 2004, Petri Mikael Manninen, Processo C-319/02;

- Acórdão de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer plc vs. David Halsey [Her Majesty's Inspector of Taxes], Processo C-446/03;

- Acórdão de 12 Setembro de 2006, Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue, processo C-196/04;

- Acórdão de 29 de Março de 2007, Rewe Zentralfinanz eG, titular universal do património da ITS Reinsen GmbH, vs. Finanzamt Höln-Mitte, Processo C-347/04;

- Acórdão de 18 de Julho de 2007, Oy AA, Processo C-231/05;

- Acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, Deutsche Shell GmbH vs. Finanzamt Heilbronn, Processo C-414/06;

- Acórdão de 15 de Maio de 2008, Lidl Belgium GmbH & Co. KG vs. Finanzamt Heilbronn, Processo C-414/06;

- Acórdão de 16 de Outubro de 2008, R.H.H. Renneberg vs. Staatssecretaris van Financiën, Processo C-527/06

- Acórdão de 23 de Outubro de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-seniorenheimstatt GmbH vs. Finanzamt für Körperschaften III in Berlin, Processo C-157/07;

- Acórdão de 27 de Novembro de 2008, Société Papillon vs. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Processo C-418/07;

- Acórdão de 21 de Janeiro de 2010, Société de Gestion Industrielle SA (SGI) vs. État belge, Processo C-311/08 ;

- Acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, X Holding B.V. vs. Staatssecretaris van Financiën, Processo C-337/08;

- Acórdão de 10 de Novembro de 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA vs. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Processo C-126/10;

- Acórdão de 6 de Setembro de 2012, Philips Electronics UK Ltd vs. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, Processo C-18/11;

- Acórdão de 21 de Fevereiro de 2013, A Oy, Processo C-123/11;

Conclusões do Advogado Geral

- Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 18 de Março de 2004, Petri Mikael Manninen, Processo C-319/02;

- Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, de 7 de Abril de 2005, Marks & Spencer plc v David Halsey [Her Majesty's Inspector of Taxes], Processo C-446/03;

- Conclusões do AG M. Poiares Maduro, de 31 de Maio de 2006, Rewe Zentralfinanz eG, titular universal do património da ITS Reinsen GmbH, v Finanzamt Höln-Mitte, Processo C-347/04;

- Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 12 de Setembro de 2006, Oy AA, Processo C-231/05,

- Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 8 de Novembro de 2007, Deutsche Shell GmbH v Finanzamt Heilbronn, Processo C-293/06;

- Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 14 de Fevereiro de 2008, Lidl Belgium GmbH & C0. KG v Finanzamt Heilbronn, Processo C-414/06;

- Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 10 de Setembro de 2009, Société de Gestion Industrielle (SGI) contra État belge, Processo C-311/08;

- Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 19 de Novembro de 2009, X Holding B.V. v Staatssecretaris van Financiën, Processo C-337/08;

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão do STA, de 19/01/2005, Processo nº 01214/04;

- Acórdão do STA, de 11/05/2005, Processo nº 0330/05

- Acórdão do STA, de 09/11/2005, Processo 0495/05;

- Acórdão do STA, de 23/11/2005, Processo 0827/05;

- Acórdão do STA, de 25/01/2006, Processo 01026/05

- Acórdão do STA, de 12/07/2006, Processo nº 01003/05

- Acórdão do STA, de 22/11/2006, Processo 01234/05

- Acórdão do STA, de 10/01/2007, Processo 0589/06

- Acórdão do STA, de 02/11/2006, Processo nº 0312//06

- Acórdão do STA, de 16/06/2010, Processo nº 0103/10

- Acórdão do STA, de 25/05/2011, Processo 0865/10

Acórdão do STA, de 01/06/2011, Processo 0129/11

Acórdão do STA, de 18/01/2012, Processo nº 0574/10

- Acórdão do STA, de 30/05/2012, Processo 0171/11;

- Acórdão do STA, de 16/01/2013, Processo nº 0232/12

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Sul

- Acórdão do TCAS, de 03/02/09, Processo nº 02087/07

- Acórdão do TCAS, de 23/02/10, Processo nº 01844/07

Jurisprudência do Tribunal Constitucional

- Acórdão do TC nº 370/2007, de 26/06/2007, Processo 1132/06,

Bibliografia Citada

- **ALMEIDA**, José Joaquim Marques de; *Os Prejuízos Fiscais Compensáveis: Uma Abordagem Internacional*; FISCO, Nº 72/73, ANO VII, Agosto/Setembro 1995, (págs. 85 - 99);
- **ALMENDRAL**, Violeta Ruiz; *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law*, Intertax, Vol. 38, Issue 10, October 2010, (págs. 475 - 501);
- **AMARAL**, Diogo Freitas do (com a colaboração de Lino Torgal); *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Reimpressão da 2ª Edição de 2011, Almedina, 2013;
- **ANTUNES**, José Engrácia; *A Tributação dos Grupos de Sociedades*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 45, Janeiro-Março 2011, (págs. 5 - 26);
- **BAKER**, Philip; *UK: Marks & Spencer (Group Relief) II and Philips Electronics UK Limited*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2009, Vol. 64, Linde, 2010, (págs. 251 - 260);
- **BORG**, Jeanette Calleja; *Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What it Fails to Say*, Intertax, Vol. 39, Issue 11, November 2011, (págs. 557 - 563);
- **BORGES**, Ricardo da Palma; *Marks & Spencer and its Consequences for Portugal*, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, 2009, (págs. 279 - 316);
- **BOULOGNE**, Frederik; **SLAVNIC**, Nana Sumrada; *Cross-Border Restructuring and “Final Losses”*, European Taxation, Vol. 52, Number 10, October 2012, (págs. 486 - 495);

- **BOULOGNE**, G. F.; *Group Taxation Within the European Union: Did Papillon and Art. 24(5) of the OCDE Model Tax Convention Create a Butterfly Effect?*, European Taxation, Vol. 51, Number 5, May 2011, (págs. 171 - 178);

- **BRAGA**, Teresa Gil de Oliveira; *A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais no Âmbito das Fusões*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 49, Janeiro-Março 2012, (págs. 87-120);

- **CÂMARA**, Francisco de Sousa; **FERNANDES**, José Almeida; *Corporate Loss utilization Through Aggressive Tax Planning*, International Transfer Pricing Journal, May/June 2012, (págs. 212 - 216) disponível em: http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2012/corporate_loss_utilization_through_aggressive_tax_planning_FSC_JAF_2012.pdf;

- Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas - 2013, *Anteprojecto da Reforma, Uma Reforma Orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego*, 30 de Julho de 2013, disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/1157091/20130726%20seaf%20rel%20final%20ante%20projeto%20reforma%20irc.pdf>

- Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras*, COM (2006) 824 final, 19.12.2006, disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/131059_pt.htm;

- **CORDEWENER**; Axel *Cross Border Loss Relief and the effect utile of EU Law: Are we losing it?*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 2, April 2011, (págs. 58 - 61);

- Corporate taxation: Commission refers the United Kingdom to the European Court of Justice over improper implementation of an ECJ ruling on cross-border loss relief (IP/09/1461) 2009, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1461_en.htm.

- Corporate taxation: Commission requests the United Kingdom to properly implement an ECJ ruling on cross-border loss compensation (IP/08/1365) 2008, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1365_en.htm;

- **CORREIA**, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimpressão de edição de 1987, Almedina, 2013;

- Divulgação ao abrigo do artigo 15º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BC481FC3-FD05-4960-BB58-D7D2D96790DC/0/DivulgacaoDL_2908PFA.pdf;

- **DOUMA**, Sjoerd; **NAUMBURG**, Caroline; *Marks & Spencer: Are National Tax Systems Éclairé?*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 431 - 432);

- **DOURADO**, Ana Paula, *Portugal: The Foggia (C-126/10) and Amorim (C-38/11) Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2011, Vol. 73, Linde, 2012, (págs. 213 - 225);

- **DOURADO**, Ana Paula; *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora, 2010;

- **DOURADO**, Ana Paula; *Is It Acte Claire? General Report on the Role Played by CILFIT in Direct Taxation*, in The Acte Clair in EC Direct Tax Law, IBFD, 2008, (págs. 13 - 70);

- **DOURADO**, Ana Paula; *O Princípio da Legalidade Fiscal: Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007.

- **DURAND**, Pierre-Henri; **RUTSCHMAN**, Yves; *The Papillon case: a first step toward a new era in European tax Treatment of Groups*, EC Tax Review, Vol. 18, Issue 3, June 2009, (págs. 122 - 130);

- **ESTEVEES**, Jaime Carvalho; *Acórdãos ICI e Marks & Spencer e o RETGS*, Jornal de Negócios, Dezembro de 2005, PWC, disponível em: <http://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/HFC/Artigo-acordaos-ici-JCE-Dez-05.pdf>;

- **EUROSTAT**; *Taxation Trends in the European Union, Focus on the Crisis: The Main Impacts on EU Tax Systems*, 2011, disponível em: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-EU-11-001/EN/KS-EU-11-001-EN.PDF;

- **FAVEIRO**, Vítor; *O Estatuto do Contribuinte, A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, Coimbra Editora, 2002;

- **FRANCISCO DE SOUSA**, António; *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina, 1994;

- **GAMA**, João Taborda; *Tendo Surgido Dúvidas Sobre o Valor das Circulares e outras Orientações Genéricas...*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol. III, Coimbra Editora, 2011, (págs. 157 - 225);

- **GARCIA**, Nuno de Oliveira, *Prejuízos, Menos e Mais-Valias, Casos de Aplicação de Normas Anti-Abuso Específicas do Código do IRC*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Fiscalidade, Nº 29, Janeiro-Março 2007, (págs. 105 - 125);

- **GEBHARDT**, Ronald; **QUILITZSCH**, Carsten, *Cross-Border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 6, December 2011, (págs. 263 - 272);

- **GERSON**, Anna; *The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries: The Swedish Case*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 6, December 2011, (págs. 273 - 282);

- **GHOSH**, Julian; *Principles of the Internal Market and Direct Taxation*, Key Haven Publications PLC, 2007;

- **HELMINEN**, Marjaana; *Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?*, EC Tax Review, Vol. 20, Issue 4, August 2011, (págs. 172 - 178);

- **HELMINEN**, Marjaana; Finland: *The A Oy 1, A Oy 2 and K. Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2011, Vol. 73, Linde, 2012, (págs. 69 - 102);

- **HOFSTÄTTER**, Matthias; **HOHENWARTER-MAYR**, Daniela; *The Merger Directive*, in Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Linde, 3rd Edition, 2013 (págs. 151 - 174);

- **HURK**, Hans van den; *Cross-Border Loss Compensation – The ECL’s Decision in Marks & Spencer and How It Was Misinterpreted in the Netherlands*, May 2006, disponible em: http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Netherlands/Local%20Assets/Documents/NL/Denktank/Fiscale%20kennisgroep/nl_nl_FK_hvdhcrossborder.pdf;

- **ISENBAERT**, Mathieu; **VALJEMARK**, Caroline; *Mark’s and Spencer judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place*, EC Tax Review, Vol. 15, Issue 1, 2006, (págs. 10 - 17);

- **KESSLER**, Wolfgang; **EICKE**, Rolf; *News Analysis: Cross-Border Loss Transfer After Lidl Belgium*, Tax Notes International, Vol. 50, Number 8, 2008, (págs. 643 - 645);

- **KEMMEREN**, Eric C.C.M.; *The Netherlands: The Gielen, Zwijnenburg and X Holding Cases*, in ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2009, Vol. 64, Linde, 2010, (págs. 153 - 197);

- **KOK**, Reinout; *Domestic and Cross-Border Loss Relief*, Intertax, Vol. 38, Issue 12, December 2010, (págs. 663 - 671);

- **LANG**, Michael; *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word*, European Taxation, Vol. 46, Number 2, February 2006, (págs. 54 - 67);

- **LANG**, Michael; *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a new Direction?*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 421 - 430);

- **LANG**, Michael; *Marks and Spencer – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro*, EC Tax Review, Vol. 14, Issue 2, 2005, (págs. 95 - 100);

- **LOBO**, Carlos Batista; *Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 26/27, Abril-Junho/Julho-Setembro 2006, (págs. 29 - 62);

- **LOUREIRO**, Carlos; **PALMA**, Rui Camacho; **PIMENTEL**, Miguel Cortez; “Lucro e Prejuízos, Duas Faces da Mesma Moeda – A Superação do Paradoxo Marks & Spencer”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Nº 419, 2007, (págs. 117 - 148);

- **MALHEIRO**, Maria Manuela Alves; *Tributação Especial dos Grupos de Sociedades*, in *Fiscalidade e Direito Fiscal*, Capítulo II, (págs. 67 – 80), disponível em <http://www.jmmsroc.pt/downloads/10anos/04.pdf>;

- **MARRES**, Otto; *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, Intertax, Vol. 39, Issue 3, March 2011, (págs. 112 - 125);

- **MARTINS**, Helena; *O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, in *Lições de Fiscalidade* (coordenadores: João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães), Almedina, 2ª Edição, 2013, (págs. 227 - 300);

- **MATOS**, Pedro Verga; **RODRIGUES**, Vasco; *Fusões e Aquisições, Motivações, Efeitos e Política*, Principia, 2000;

- **MENDES**, Marina, Sofia, Marques; *A Influência do Acórdão Marks & Spencer na Jurisprudência da União Europeia*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.

- **MEUSSEN**, Gerard T. K.; *The SGI Case: ECJ Approves Belgian System of Selective Profit corrections in Relation to Foreign Group Companies*, *European Taxation*, Vol. 50, Number 6, June 2010, (págs. 245 - 249);

- **MEUSSEN**, Gerard T. K.; *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, *European Taxation*, Vol. 48, Number 5, May 2008, (págs. 233 - 236);

- **MEUSSEN**, Gerard T. K.; *Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General's Opinion in the Marks & Spencer Case*, *European Taxation*, Vol. 45, Number 7, July 2005, (págs. 282 - 286);

- **MONTEIRO**, Roel; **KIERS**, Martje; *The Court's Position on Cross-Border Losses: A Quest for the Well-Being of EU Citizens?*, *EC Tax Review*, Vol. 22, Issue 2, April 2013; (págs. 92 - 99).

- **MORAIS**, Rui Duarte; *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Reimpressão da Edição de Novembro/2007, 2009;

- **MORAIS**, Rui Duarte; *Sobre a Noção de "Cláusulas Antiabuso" em Direito Fiscal*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, (págs. 879 - 894);

- **NABAIS**, José Casalta; *Direito Fiscal*, Almedina, Reimpressão da 7ª Edição de 2012, 2013;

- **O' SHEA**, Tom; *News Analysis: Dutch Fiscal Unity Rules Receive Thumbs up From ECJ*, *Tax Notes International*, Vol. 57, Number 10, 2010 (págs. 835 - 838);

- **O' SHEA**, Tom; *ECJ Rejects Advocate General's Advice in Case on German Loss Relief*, 2008, disponível em: www.ccls.qmul.ac.uk/docs/staff/oshea/52152.pdf;

- **O' SHEA**, Tom; *German Currency Loss Rules Incompatible Whith EU Law*, *ECJ Says*, March, 2008, disponível em: <http://www.ccls.qmul.ac.uk/docs/staff/oshea/52246.pdf>;

- **O' SHEA**, Tom; *New Analysis: Finland's Intragroup Financial Transfer Rules Compatible With EU Law*, *Tax Notes International*, Vol. 47, Number 7, 2007 (págs. 634 - 638);

- **OECD** (Organisation for Economic Co-operation and Development); *Corporate Loss Utilization Through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, August 2011;

- **OLIVEIRA**, Joaquim Miguel Garrido de Oliveira; *O Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades*, 2013, disponível em: www.cije.up.pt/download-file/1142;

- **PEREIRA**, M. H. Freitas; *Fiscalidade*, Almedina, 4ª Edição, 2011;

- **PEREIRA**, M. H. Freitas; *Regime Fiscal do Reporte de Prejuízos – Princípios Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lurdes Órfão de Matos Correia e Vale*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Nº 171, 1995, (págs. 221 - 244);

- **PIRES**, Manuel; **PIRES**, Rita Calçada; *Direito Fiscal*, Almedina, 5ª Edição, 2012;

- **POLICY DEPARTMENT ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICIES**, *The Impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation 2010*, ECON, 2011, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120313ATT40640/20120313ATT40640EN.pdf>;

- **PORTUGAL**, António Moura; *A Deductabilidade dos Custos na Recente Jurisprudência Fiscal*, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, 2009, (págs. 213 - 227);

- **POST**, D. R.; **STALS**, K. P. E.; *The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study*, Intertax, Vol. 40, Issue 4, April 2012, (págs. 232 - 244);

- Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades, (COM)2011 121 final, 2011/0058 (CNS), disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0121:FIN:PT:PDF>;

- Relatório do Grupo de Trabalho Criado por Despacho de 1 de Maio de 2005 do Ministro de Estado e Finanças, *Reavaliação dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Nº 198, 2005;

- Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Janeiro de 2008, sobre o tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras (2007/2144 (INI)), disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:041E:0010:0014:PT:PDF>;

- **RIVOLTA**, Alfonso; *Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part 1*, European Taxation, Vol. 50, Number 1, January 2010, (págs. 232 - 244);

- **RIVOLTA**, Alfonso; *Transfer of Residence within the European Union: The Treatment of Pre-Existing Losses – Part 2*, European Taxation, Vol. 50, Number 2/3, February/March 2010, (págs. 232 - 244);

- **ROCHA**, Ana Gabriela Ferreira; *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal: Interpretação Autónoma e Pluralismo Jurídico*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2012;

- **RØNFELDT**, Thomas; *The Lawfulness of the Restriction of Losses – On the European Union (EU) Law Impact on the Deduction of Losses Incurred Abroad*, Intertax, Vol. 41, Issue 6&7, June-July 2013, (págs. 360 - 374);

- **ROSADO PEREIRA**, Paula; *Princípios do Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010;

- **SAÏAC**, Julien; *Deduction of Losses Incurred in another Member State by a Non-Residence Subsidiary following Marks & Spencer*, European Taxation, Vol. 47, Number 12, December 2007, (págs. 550 - 561);

- **SANCHES**, J.L. Saldanha; *Fusão Inversa e neutralidade (da Administração Fiscal) Fiscal*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 34, Abril-Junho 2008, (págs. 7 - 34);

- **SANCHES**, J.L. Saldanha; *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2007;

- **SANCHES**, J.L. Saldanha; *Os Limites do Planeamento Fiscal no Direito Português, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006;

- **SANCHES**, J.L. Saldanha; *A Quantificação da Obrigação Tributária, Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, LEX, 2000;

- **SANTOS**, Carlos dos; *A Nova Proposta de Directiva sobre a Matéria Colectável Consolidada Comum em sede de Imposto sobre as Sociedades*, Revista dos TOC, Nº 136, Julho de 2011, (págs. 40 - 44);

- **SCHEUNEMANN**, Marc P.; *Decision In the Mark's & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe*, Intertax, Vol. 34, Issue 2, February 2006, (págs. 54 - 57);

- **SCHULMAN**, Margaret; *Treatment of Cross Border Losses in The European Union*, July 2010, disponível em: http://pure.au.dk/portal-asb-student/files/12866/Treatment_of_Cross_Border_Losses_in_the_European_Union.pdf;

- **SILVA**, Bruno; *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union*, Intertax, Vol. 39, Issue 5, May 2010, (págs. 257 - 265);

- **SOUSA**, Carlos Cunha de; *O Planeamento Fiscal Abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo*, Junho de 2012, disponível em: http://tributarium.net/uploads/3/0/9/1/3091332/wp_2_carlos_cunha_de_sousa.pdf;

- **TAVARES**, Tomás Maria Cantista de Castro; *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*, Revista Ciência e Técnica Fiscal, Nº 396, 1999, (págs. 7-177);

- **TEIXEIRA**, Glória; *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2ª Edição, 2010;

- **TERRA**, Ben J. M.; **WATTEL**, Peter J.; *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Sixth Edition, 2012;

- **THIEL**, Servas Van; **VASCEGA**, Marius; *X Holding: why Ulysses Should Stop Listening to The Siren*, European Taxation, Vol. 50, Number 8, August 2010, (págs. 334 - 349);

- **TORRES**, Manuel Anselmo; *A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais, in Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, (págs. 111 - 136);

- **VANISTENDAEL**, Frans; *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, European Taxation, Vol. 46, Number 9, September 2006, (págs. 413 - 420);

- **VASCONSELOS**, André Alpoim; *Aspectos Relacionados com a Dedutibilidade dos Prejuízos Fiscais Reportáveis*, Revista dos TOC, Ano VI, Nº 76, Março de 2006, (págs. 48 - 51);

- **VASQUES**, Sérgio; *Capacidade Contributiva, Rendimento e Património*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Fiscalidade, Nº 23, XXX 2005, (Pags. XXX);

- **VIEIRA DE ALMEIDA E ASSOCIADOS**, *Análise de Jurisprudência, Acórdão do TJCE (Caso Marks & Spencer)*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, Nº 45, Janeiro-Março 2011, (págs. 123 - 127);

- **WHITEHEAD**, Simon; *Cross-Border Group Relief Post Marks & Spencer*, in: Tax Planning International - Special Report, May 2008, disponível em: http://www.dorsey.com/files/Publication/7a50cb19-c22a-4550-b20b-007662ee1b09/Presentation/PublicationAttachment/f9433c6a-49bc-4c7b-8658-024b3733bb68/BNA_GroupTaxPlanning_May2008.pdf;

- **WIMPISSINGER**, Cristian; *Cross-border transfer of losses, the ECJ does not argue with Advocate General Sharpston*, EC Tax Review, Vol. 17, Issue 4, 2008, (págs. 173 - 181);

- **XAVIER**, Alberto (com a colaboração de: Clotilde Celorico; Leonor Xavier); *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, 2011;

Índice

Advertências	5
Abreviaturas.....	6
Modo de Citação.....	7
Sumário.....	9
Introdução	12
Importância do Tema	12
Metodologia Adoptada	13
Capítulo I – Prejuízos Fiscais, Conceito e Enquadramento.....	15
1. Conceito e Justificação	15
2. Modalidades.....	22
2.1. O Reporte de Prejuízos Para Trás (<i>loss carry-back</i>)	22
2.2. O Reporte de Prejuízos Para a Frente (<i>loss carry-forward</i>)	25
3. A Admissibilidade de Dedução	27
3.1. Dentro da Mesma Sociedade	27
3.2. Dentro de um Grupo de Sociedades	30
3.3. No Âmbito de Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções .	32
4. Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo Envolvendo Prejuízos Fiscais	36
4.1. Áreas de Maior Risco	36
4.2. Alguns Esquemas de Planeamento Fiscal Abusivo	39
Capítulo II – Análise Jurisprudencial do TJUE.....	43
1. Harmonização e Actuação do TJUE.....	43
2. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de um Grupo de Sociedades	50
2.1. Primeira Abordagem.....	50
2.2. Um Ponto de Viragem?	52
2.2.1. Justificações Admitidas	53

2.2.2 Proporcionalidade	56
2.3. Desenvolvimentos Posteriores.....	60
2.3.1. Perdas Apuradas com a Filial	60
2.3.2. Transferência de Lucros	63
2.3.3. Aplicação do Regime de Grupos	67
3. A Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais Dentro de uma Sociedade Individualmente Considerada	77
3.1. Primeiro Momento de Análise.....	77
3.2. Segundo Momento de Análise.....	79
3.2.1. Perdas Apuradas com o Estabelecimento Estável	80
3.2.2. Dedução de Prejuízos Fiscais do Estabelecimento Estável	83
4. O Caso Específico da Transmissibilidade de Prejuízos Fiscais nas Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Trocas de Acções	90
4.1. Fora do Âmbito de Aplicação da Directiva Fusões	90
4.2. Operações Internas Apreciadas à Luz do Direito da UE	93
5. Considerações	96
5.1. Quando é que os Prejuízos Fiscais Podem ser Utilizados	96
5.1.1. As Diferentes Regras Quanto ao Cálculo dos Prejuízos.....	101
5.1.2. Obstáculos não Discriminatórios.....	102
5.2. A Quem Cabe o Ónus da Prova?	104
5.3. Coerência do Sistema Fiscal.....	106
Capítulo III – O Regime Português	109
1. Considerações Iniciais	109
2. Dedução de Prejuízos Fiscais Apurados na Esfera do Mesmo Sujeito Passivo Contabilizados Noutros Períodos de Tributação	118
2.1 Limite Temporal do Reporte de Prejuízos Fiscais.....	118
2.1.1. Pertinência do Prazo Estipulado	122
2.1.2. O Momento da Dedução.....	123

2.2 Ilimitação Material	125
2.3. Medidas Antiabuso	127
2.3.1. Alteração da Natureza da Actividade	127
2.3.2. Alteração do Objecto Social	128
2.3.3. Alteração da Titularidade	129
2.3.4. Autorização pelo Ministro das Finanças	132
2.4. Outras Limitações	136
3. Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades	139
3.1. Constituição de um Grupo de Sociedades	139
3.2. Particularidades do Regime	143
3.2.1. Limitação Temporal	143
3.2.2. Ilimitação Material	144
3.2.3 Normas Antiabuso	144
3.3. Outros Pontos do Regime	147
4. Regime Especial Aplicável às Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Partes Sociais	149
4.1. Regime	152
4.2. Os Conceitos Indeterminados	155
4.3. Plano Específico de Dedução de Prejuízos Fiscais	158
4.4. A Compatibilidade do Regime Português com o Direito da UE	162
4.4.1. O Conceito de Razões Económicas Válidas	162
Análise Casuística e Proporcionalidade	163
4.4.2. Perspectiva a ter em Conta na Determinação das Razões Económicas Válidas	166
Conclusão	168
Jurisprudência Citada	179
Jurisprudência do TJUE	179
Conclusões do Advogado Geral	181

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo	182
Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Sul.....	183
Jurisprudência do Tribunal Constitucional.....	183
Bibliografia Citada	184

Índice das Tabelas

Tabela 1: Distribuição do reporte de prejuízos fiscais e das medidas limitativas de mudança de titularidade e/ou actividade.....	18
Tabela 2: Consequências da aplicação da Lei do Orçamento de Estado para 2010, em termos de reporte de prejuízos fiscais.....	119
Tabela 3: Período de reporte de prejuízos fiscais e respectivos limites com base no ano de 2012.....	121