

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 729/2016-T

Tema: IRC - Fusão invertida - Custos de financiamento - Artigo 23.º do CIRC.

Os árbitros José Baeta de Queiroz (árbitro-presidente), Tomás Cantista Tavares e Américo Brás Carlos (árbitros vogais), designados, respetivamente, pelo CAAD (na falta de acordo dos árbitros nomeados pelas partes), pela Requerente e pela Requerida para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., SA, NIPC..., com sede na Av..., ..., Lisboa (doravante A... ou Requerente), apresentou um pedido de constituição do tribunal arbitral coletivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, al. a), e 6.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante RJAT), em que é Requerida a **Autoridade Tributária e Aduaneira** (doravante AT), com vista à declaração de ilegalidade da seguinte liquidação, sobre o ano de 2009, de IRC (2013...) e Juros compensatórios (2013 ... a 2013 ...) – demonstração de acerto de contas 2013 ..., no valor total de 1.121.231,12€.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e seguiu a sua normal tramitação, nomeadamente com a notificação à AT. Todos os árbitros comunicaram a sua aceitação no prazo aplicável. As partes não manifestaram vontade de recusar a designação dos árbitros.

O tribunal arbitral coletivo foi constituído em 6/3/2017.

A AT respondeu, defendendo que o pedido deve ser julgado improcedente.

Por Despacho, com acordo das partes, não se realizou a reunião do art. 18.º do RJAT – tendo a requerente prescindido da inquirição das testemunhas por si arroladas; foram produzidas alegações escritas.

O tribunal arbitral foi regularmente constituído e é materialmente competente, como se dispõe no art. 2.º, n.º 1, al. a) e 4.º, ambos do RJAT.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão representadas (arts. 4.º e 10.º, n.º 2, do mesmo diploma e art. 1.º a 3.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março).

O processo não enferma de nulidades e não há qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos relevantes para a decisão:

a) A Requerente dedica-se à comercialização de gás canalizado, assim como à instalação e montagem e assistência técnica de redes de gás canalizado;

- b) O fundo B... (e suas dominadas) é uma entidade de capital de risco para investidores qualificados, cujo património se destina a ser investido na aquisição de partes sociais de entidades com elevado potencial de crescimento e valorização.
- c) O fundo B... constituiu a sociedade C..., por si detida a 100%, para encabeçar os investimentos nas atividades de produção, comercialização e distribuição de gás, combustíveis e seus derivados.
- d) Em 13/5/2009, a C... constituiu a Sociedade D..., por si detida a 100%, cujo objeto social era, no essencial, o desenvolvimento de atividades de produção, comercialização e distribuição de gases e outros combustíveis.
- e) Ainda em 2009, a D... adquiriu o capital social da A... (entidade madura que já se dedicava a este negócio de comercialização de gás canalizado, com ativos e carteira de clientes).
- f) Para consumir essa aquisição (e, em muito menor medida, para desenvolver a atividade operacional), a D... endividou-se junto da Banca (em 28 milhões de euros) e junto dos seus acionistas no valor de 15.240.000,00€.
- g) Ainda em 2009, com efeitos a 1/7/2009, a D... fundiu-se com a A..., numa operação de fusão invertida, justificada pelas seguintes razões: 1) exigência dos bancos financiadores (cfr. contrato de financiamento, cl. 2.^a, n.º 10 e 14.^a, n.º 3); 2) racionalização de custos; 3) a fusão é invertida porque a A... tinha licenças e alvarás (para o exercício da atividade), nome, marca e reputação no mercado – e se a fusão fosse não invertida, os alvarás e licenças eram revogados e havia o risco comercial perante os clientes.
- h) Após a fusão, a Requerente (incorporante) assumiu a (i) totalidade das dívidas da D... e (ii) suportou os encargos (juros) contraídos pela D... junto da Banca e dos acionistas.

i) Na atividade de capital de risco (como desenvolvida pelo grupo E...) é usual a compra das ações da empresa a adquirir ser efetuada por uma sociedade veículo constituída para o efeito (D...) e promover-se, depois, fusão com a entidade operacional (A...) – normal ou invertida – para (i) operar diminuição dos custos administrativos e (ii) por exigência da Banca (colocar a dívida na mesma entidade jurídica que possui os ativos).

j) A D... suportou encargos com advogados externos relativos à operação de fusão, no valor total de 85.091,85€, assim discriminados: trabalhos especializados “desp – closing fusão”; e trabalhos especializados “desp – fusão díamet”;

l) A AT não aceita que a A..., em 2009, possa deduzir 3.763.838,20€ em termos fiscais: 3.678.747,35€, relativos a juros de financiamento originariamente contraídos pela D... para a aquisição da A... e assumidos por esta, por efeito da fusão; 85.091,85€, relativos a serviços jurídicos contraídos pela D... para a consumação da fusão.

m) A AT ancora a sua pretensão no art. 23.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), considerando que tais encargos financeiros são alegadamente não indispensáveis à obtenção dos rendimentos ou para a manutenção da fonte produtora e promove, em consequência, as liquidações de IRC objeto do presente processo arbitral.

n) A Requerente deduziu tempestiva Reclamação Graciosa contra essa liquidação do IRC do ano de 2009 – e com base no indeferimento expresso da Reclamação graciosa, intentou então tempestivo recurso hierárquico, o qual, perante o seu indeferimento expresso deu origem ao presente processo judicial arbitral.

o) A Requerente pagou as liquidações contestadas neste processo: em 201/12/2013, 625.227,10€ ao abrigo do RERD (Dec. Lei n.º 151-A/2013), com dispensa do pagamento dos correspondentes juros compensatórios (e de mora); em 16/9/2014, pagou o remanescente.

p) A Requerente prestou garantia bancária para suspender o processo executivo (antes do pagamento), tendo suportado despesas pela prestação da garantia no valor de 23.712,29€.

2.2. Factos não provados

Não há factos com relevo para a apreciação do mérito da causa que não se tenham provado.

2.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos provados baseiam-se nos documentos apresentados pelas partes (que são, essencialmente, documentos emitidos pelas Finanças, da fusão e financiamentos), no consenso das partes (também em relação aos documentos e valores e datas dos pagamentos) e nas informações oficiais juntas ao processo.

3. Matéria de direito

3.1. Questão a decidir

Como é aceite pelas partes, a questão que se coloca nos presentes autos prende-se apenas com o tratamento fiscal a dar aos juros e demais encargos suportados, em 2009, pela A... relativos a fornecimentos de advogados e empréstimos (de sócios e de terceiros) para a

compra do capital da própria A... e que a requerente suporta em virtude e por decorrência da fusão com a sua acionista D... que contraiu originariamente essas dívidas.

Na opinião da AT, esses juros e encargos são seriam fiscalmente dedutíveis, nos termos do art. 23.º do CIRC (na redação e numeração à data dos factos) porque não indispensáveis à obtenção do rendimento ou à manutenção da fonte produtora. Para a Requerente, ao invés, esses juros e encargos seriam fiscalmente dedutíveis, por preenchimento dos requisitos ínsitos no art. 23.º do CIRC.

3.2. As leis aplicáveis

Segundo o art. 23.º do CIRC (na redação e numeração à data dos factos), consideram-se custos ou gastos:

“1. [...] os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente:

(...)

c) De natureza financeira, tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração [...], gastos com operações de crédito [...];”

Por outro lado, com a fusão de empresas *“extinguem-se as sociedades incorporadas [...], transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante”* (art. 112.º, al. a), do Código das Sociedades Comerciais).

3.3. Os argumentos das partes

A fundamentação das liquidações (e resposta da Requerida e demais pronunciamentos da AT ao longo do processo, nomeadamente na decisão da Reclamação Graciosa e de Recurso hierárquico) invoca, em síntese, que os juros suportados pela A... após a consumação da fusão (e por decorrência desta operação) relativos ao financiamento inicialmente contratado pela D... diretamente para a própria aquisição do capital da A... (e serviços jurídicos também para a fusão) não merecem a natureza de indispensável para os proveitos ou manutenção da fonte produtora: após a fusão já não financiam a aquisição das participações; teria de haver, em cada ano em que se registam os juros, um balanceamento entre os encargos financeiros suportados e os proveitos e existência do ativo; esses juros não estariam ligados com a atividade normal da requerente e o ativo associado não existe e não contribuirá futuramente para rendimentos tributáveis.

O Requerente advoga, ao invés, que os juros suportados em 2009 pela A... são indispensáveis para os proveitos ou manutenção da fonte produtora, sendo por isso qualificados como um custo fiscal nos termos do art. 23.º do CIRC. Os juros e despesas com advogados são suportados pela A... no exercício da sua atividade; os juros (e despesas com advogados), quando incorridos inicialmente (pela D...), eram indispensáveis aos proveitos e manutenção da fonte produtora – e se o eram no momento inicial, terão de o ser para sempre, quaisquer que sejam as modificações ulteriores (mesmo com a fusão); a fusão, entre os seus efeitos normais, leva a que ao resultado económico e fiscal dos autos; a fusão é uma operação permitida pela lei comercial e fiscal e a AT, na fundamentação do ato, não invoca o pretense abuso da operação de fusão, precedida da aquisição, nos termos do art. 38.º, n.º 2, da LGT.

3.4. Decisão

Os árbitros analisaram toda a retórica aduzida pelas partes (nas suas peças escritas, documentos e alegações), bem como a argumentação e ponderação de decisões arbitrais

anteriores sobre o tema, mas tendo sempre presente as pequenas alterações do caso (“*cada caso é um caso*”).

Com efeito, várias Sentenças arbitrais (por exemplo, no processo 14/2011-T e 87/2014-T) recusaram a dedução fiscal dos juros suportados pela incorporante pós fusão, relativos a financiamentos contraídos pela incorporada pré fusão com vista à aquisição do capital social da futura incorporante. Ao invés, as Sentenças arbitrais 101/2013-T, 42/2015-T (aqui numa fusão não invertida, mas as considerações são iguais), 92/2015-T e 93/2015-T, 88/2016-T, 491/2016-T, 537/2016-T e 560/2016-T pronunciam-se em sentido oposto, aceitando a dedução destes encargos financeiros, por os considerarem manifestamente indispensáveis para a obtenção dos proveitos ou para a manutenção da fonte produtora.

Mais ainda: os árbitros já se pronunciaram noutros processos sobre o mesmo tema (proc. 88/2016-T e 491/2016-T), composto pelo mesmo e exato coletivo – e decidiram, por maioria, no sentido da aceitação fiscal da dedução desses encargos financeiros, mesmo após a fusão. Neste processo, reponderaram novamente todos os argumentos factuais e jurídicos constantes deste processo e o conteúdo das decisões arbitrais anteriores – também no processo 88/2016-T e 491/2016-T, para confirmarem se mantinham ou não o sentido decisório.

Após toda essa ponderação, decidem, por maioria, no sentido da anulação das liquidações impugnadas e considerar que estes juros e encargos (serviços de advogado) suportados pela Requerente são indispensáveis para os proveitos e manutenção da fonte produtora da A..., com base na ponderação e decisão da Sentença arbitral do processo 93/2015-T, a que se adere e seguidamente se reproduz a parte decisória, assumida também neste processo (foi isso o que se fez aliás também no processo 88/2016-T).

(Início da citação da Sentença do Processo arbitral 93/2015-T)

“ [...] estão exclusivamente em causa juros de capitais alheios, considera-se, então que o ponto de partida do processo decisório do litígio que ora cumpre dirimir se situa no quadro do art.º 23.º/1/c) do CIRC.

Tal norma dispõe, para além do mais e naquilo que diz respeito ao que ora importa, que “*Consideram-se gastos (...) nomeadamente: c) juros de capitais alheios aplicados na exploração.*”.

Deste modo, e antes de avançar no sentido de apurar se do normativo em questão resulta, ou não, uma limitação da dedutibilidade dos juros de capitais alheios, à sua aplicação na exploração, ou se, como se concluiu no Ac. 42/2015T, serão no seu âmbito dedutíveis juros de capitais alheios aplicados noutros fins, cumpre aferir se, no caso, é essa, ou não, a situação que se verifica.

Em tal juízo, e salvo melhor opinião, dever-se-á ter em conta, como referentes decisórios, para além do mais já devidamente tratado, quatro aspetos que se têm por fundamentais, a saber:

- O **primeiro** [...] é a circunstância de as participações sociais da sociedade incorporante, que integravam o ativo da sociedade incorporada, não existirem no património da sociedade resultante do processo de fusão;
- O **segundo**, julga-se que tão incontornável quanto o anterior, é o de que os “capitais alheios” a que se reportam os juros suportados e cuja dedutibilidade é questionada se encontrarem, em momento anterior à fusão, já integralmente aplicados;
- O **terceiro**, bem menos evidente, mas igualmente incontornável e relevante, é o de que a sociedade resultante do processo de fusão não se identifica materialmente (sob o prisma da realidade económica) com a sociedade beneficiária da fusão, tal como se configurava previamente à mesma;

- O **quarto**, julga-se que não será, do mesmo modo, contestável, é o de que as ações atribuídas, no processo de fusão, aos acionistas da sociedade incorporada, serão contrapartida, não dos capitais por aquela obtidos, por via dos financiamentos cujos juros têm a respetiva dedutibilidade em crise, mas, como se viu já, das ações daquela mesma sociedade incorporada e que, por força do processo de fusão, se extinguem.

À luz destes referentes, tem-se por boa a conclusão de que, efetivamente, no caso se preenchem os pressupostos da supra referida alínea c) do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC, por os gastos com juros em questão, corresponderem a capitais alheios que foram aplicados na exploração da entidade que os suporta.

Esta afirmação, que à primeira vista poderá constituir-se como contra intuitiva, será assimilável se se tiver devidamente presente o terceiro dos critérios decisórios fundamentais acima elencados.

Com efeito, e como se escreveu no Ac. do STA de 13-04-2005, proferido no processo 01265/04¹:

“A fusão por incorporação, ainda que implique que só sobreviva, com personalidade jurídica própria, a sociedade na qual as demais se incorporam, não tem como consequência, no campo das realidades económicas e empresariais, o desaparecimento das empresas fundidas. Alguma doutrina comercialista – vd. PINTO FURTADO, PINTO COELHO e PUPO CORREIA nos lugares citados na sentença recorrida – aponta que a sociedade fundida, perdendo a sua personalidade jurídica, todavia persiste, modificada, formando um todo com outras, em condições diversas das que ocorriam antes da fusão. Mas não deixa de continuar a existir a mesma realidade económica, um mesmo conjunto (agora integrado noutra mais alargado) de meios afetos a uma atividade produtiva, que os sócios, aliás, quiseram potenciar com a fusão.”

¹ Disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Ou seja, com a fusão por incorporação ocorre uma transformação da sociedade, mas não uma extinção, não decorrendo da integração o seu desaparecimento, mas a sua alteração, ainda que implique a perda de personalidade jurídica."

Também no Ac. do TCA-Sul de 17-04-2012, proferido no processo 04172/10² se escreveu que *“a fusão de sociedades é o ato pelo qual duas ou mais sociedades reúnem as suas forças económicas para formarem, com os sócios de todas elas, uma só personalidade coletiva, um novo sujeito económico e jurídico.*

Daí que se possa afirmar, como parece tê-lo feito a A., que a fusão é, regra geral, e a situação em análise não constitui exceção, recomendada por interesses comuns às sociedades nela intervenientes, e não apenas a uma delas.”

E mais adiante: *“É certo que se poderia argumentar que a sociedade fundida, perdendo a sua personalidade jurídica, todavia persiste, modificada, formando um todo com outras, em condições diversas das que ocorriam antes da fusão; todavia, também o certo é que não deixa de continuar a existir a mesma realidade económica, um mesmo conjunto (agora integrado noutra mais alargado) de meios afetos a uma atividade produtiva, que os sócios, aliás, quiseram potenciar com a fusão.*

Numa outra formulação, pode afirmar-se que com a fusão por incorporação ocorre uma transformação da sociedade, mas não uma extinção, não decorrendo da integração o seu desaparecimento, mas a sua alteração, ainda que implique a perda de personalidade jurídica.”.

Compreendido isto, será compreensível então, a afirmação de que os gastos com juros em questão, correspondem a capitais alheios que foram aplicados na exploração da entidade que os suporta. Com efeito, compreendida devidamente a realidade pós-fusão (não fraudulenta), dever-se-á aceitar que a entidade daí resultante, embora contida na “casca” jurídica da sociedade incorporante, não corresponde mais a esta, tal como se configurava antes do referido processo de reorganização societária, sendo antes uma síntese entre a sociedade incorporada e a incorporante.

² *Idem.*

Citando a jurisprudência que antecede, continua “*a existir a mesma realidade económica*”, o “*mesmo conjunto (agora integrado noutro mais alargado) de meios afetos a uma atividade produtiva*”, em cuja exploração foram aplicados os capitais alheios cujos gastos em juros vêm a sua dedutibilidade questionada, uma vez que não decorreu da integração o seu desaparecimento, mas a sua alteração, ainda que com a perda de personalidade jurídica.

Assim, à luz desta compreensão dos efeitos da fusão por incorporação – incluindo a inversa – não se poderá concluir de outra forma que não pelo preenchimento dos pressupostos da supra referida al. c) do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC.

Torna-se, assim, compreensível a passagem do Ac. 42/2015T acima citada, segundo a qual “a fusão mantém na Requerente o financiamento pelo qual esta pagou juros, e teve como consequência patrimonial a junção, no mesmo balanço, dos ativos que tal dívida financiava e continuou a financiar. Não já ativos financeiros, mas a sua real tradução em ativos e passivos de cariz operacional”. Com efeito, a perspetiva do acórdão em questão, que será inquestionável nos casos de fusão por incorporação “ordinária” (não inversa ou *upstream*), onde é evidente que a sociedade incorporante *troca* as participações que detém pela realidade económica em que se traduz a sociedade participada, dever-se-á considerar igualmente válida nos casos de fusão *inversa*, uma vez que a realidade material pós-fusão (a “*realidade económica*”, o “*conjunto (...) de meios afetos a uma atividade produtiva*”), será, pelo menos no que constituam aspetos relevantes para a problemática em discussão, precisamente a mesma³.

Não invalida, diga-se, esta conclusão que, como se afirma no Acórdão arbitral 87/2014T, “a dedução fiscal dos encargos financeiros incorridos (...) tem que ser aferida no contexto empresarial próprio da Requerente, em atenção aos critérios normativos resultantes do n.º 1 do art. 23.º do CIRC”, e que “para proceder à aplicação ao caso em apreço do requisito da indispensabilidade dos custos, é decisivo averiguar (...) a afetação efetiva e concreta do financiamento de que os juros suportados são a remuneração ou, por

³ Note-se que não se está aqui a trabalhar um cenário hipotético em que a operação de fusão teria de ser realizada noutros termos. O que se está é a afirmar uma identidade de situações, na óptica dos tópicos

outras palavras, importa verificar o destino ou uso dos fundos obtidos em relação aos quais o sujeito passivo pretende deduzir fiscalmente, para efeitos do apuramento do seu lucro tributável, os juros e demais encargos associados que suportou”.

Antes pelo contrário. Compreendido que a Requerente, tal como se apresenta pós-fusão, não é já o mesmo centro de interesses que existia antes daquele processo, mas um outro diferente que se sintetizou com a sociedade incorporada e que, portanto, o contexto empresarial da Requerente incorpora, também, a realidade económica antes corporizada autonomamente pela sociedade nela incorporada, estar-se-á então – verdadeiramente – a aferir os “critérios normativos resultantes do n.º 1 do art. 23.º do CIRC” “no contexto empresarial próprio da Requerente”.

Por outro lado, e como se referiu já, também não se verifica que tenha ocorrido qualquer alteração na “(...) a afetação efetiva e concreta do financiamento de que os juros suportados são a remuneração”, ou desvio no “no destino ou uso dos fundos obtidos em relação aos quais o sujeito passivo pretende deduzir fiscalmente, para efeitos do apuramento do seu lucro tributável, os juros e demais encargos associados que suportou”, porquanto, por um lado e como se viu, o financiamento foi integralmente aplicado em momento prévio à fusão, e, por outro e como igualmente se viu já, não foi, sequer, o produto dessa aplicação desviado para um terceiro, mormente para a acionista (antes da incorporada e, depois, da incorporante), na medida em que as ações da incorporante de que aquela se tornou titular derivam, não dos financiamentos cujos juros estão em questão, mas das ações da sociedade incorporada que detinha, e que foram extintas pelo processo de fusão.

A posição adotada é igualmente compatível com a asserção que se pode ler no mesmo acórdão que se vem de referir, segundo a qual “o facto de certos encargos financeiros serem fiscalmente dedutíveis anteriormente no âmbito da determinação da matéria coletável de uma certa sociedade não significa, só por si, que o sejam necessariamente nos mesmos termos no âmbito da sociedade que, por fusão, incorporou aquela”.

relevantes para a abordagem da questão decidenda, entre a situação verificada e uma outra, relativamente à qual não se colocam dúvidas sobre a resposta a dar à mesma questão.

Com efeito, e como referia já o Prof. Teixeira Ribeiro, à luz do Código da Contribuição Industrial (CCI)⁴, as alíneas do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC não poderão ser entendidas de outra maneira que não a de que quando os custos ou perdas estão especificamente elencados no artigo 23.º, presume-se a sua essencialidade, dispensando-se, conseqüentemente, o contribuinte da correspondente prova, sendo, precisamente esse o propósito da enumeração (retirado, para além do mais, da utilização da expressão «*nomeadamente*»).

Não quer dizer o preenchimento, no caso, da al. c) do n.º do art.º 23.º do CIRC, que a AT não possa questionar o requisito geral da dedutibilidade dos gastos, constante do corpo do artigo, demonstrando que, apesar de preenchida uma alínea do mesmo (no caso a al. c)), a fusão foi realizada por interesses não empresariais próprios das sociedades parte naquela⁵.

Do mesmo modo que, poderia a AT demonstrar que, apesar de preenchida uma alínea do n.º 1 do art.º 23.º, e que a fusão foi determinada por interesses próprios das sociedades parte naquela, a mesma foi realizada num contexto fraudulento, em termos de não produzir efeitos fiscais, tal como prescrito pelo art.º 38.º/2 da Lei Geral Tributária (LGT)⁶.

Sucedo que, no caso, nem uma nem outra das vias foi encetada pela AT, pelo que não cumprirá ao Tribunal aferir da sua bondade.

Não se considera, por fim, que assumo relevância a circunstância, também acima individualizada, de, no momento em que são suportados os juros, os ativos nos quais foram

⁴ Comentário ao acórdão do Supremo de 9 de Outubro de 1985, RLJ n.º3743, p. 39-43.

⁵ Não obstante a circunstância de não constituir fundamento dos actos tributários em crise a motivação não empresarial da fusão, sempre se dirá que não é exacto o afirmado pela AT, em sede arbitral, ao referir que “*A realidade dos factos, porém, não permite descortinar os efeitos positivos advenientes da fusão para a exploração da sua actividade. Antes, pelo contrário, é certo que os fundos não foram utilizados na exploração.*” (cfr. artigo 33.º da resposta). Com efeito, resulta dos factos que, previamente à fusão, a Requerente suportava despesas de gestão, a favor da sociedade que veio a incorporar, despesas essas que, com a fusão, deixou de suportar. Questão diferente, mas que, nos termos da jurisprudência já elencada, escapará ao crivo da AT, será a de saber se a decisão de proceder à fusão foi boa ou má.

⁶ Onde, salvo melhor opinião, se situaria a sede própria para considerações relativas a uma possível situação de, em fraude à lei, se estar a colocar uma sociedade a financiar a sua própria aquisição, em violação do disposto no art.º 322.º/1 do CSC, e na Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976 (art.º 23.º), vigente à data do facto tributário, conforme, a final, se desenvolverá.

aplicados os capitais alheios, a que se reportam aqueles, não integram já a esfera jurídica da sociedade resultante da fusão.

Efetivamente, aplicados os capitais alheios na exploração (situação diferente do “desvio” de parte dos capitais para aplicações estranhas ao interesse empresarial, que, como se viu já, não se verifica nos autos), considera-se que seria, ainda assim, possível recusar a dedutibilidade fiscal dos correspondentes encargos financeiros, demonstrando-se (e, assim, elidindo a presunção de dedutibilidade decorrente da al. c) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, detetada na senda do Prof. Teixeira Ribeiro), que o produto daquela aplicação – e já não os capitais alheios - teriam sido desviados para finalidades extra-empresariais.

O que vem de se afirmar será de fácil compreensão com recurso ao exemplo de uma sociedade que, com recurso a capitais alheios adquira uma viatura, a qual afeta, desde logo, à exploração no âmbito da respetiva atividade, mas que, a partir de dado momento, passa a permitir a utilização da mesma exclusivamente no interesse de terceiros (v.g.: sócios; outras empresas).

Nesta situação, julga-se, a presunção de indispensabilidade dos encargos financeiros suportados com a aquisição da viatura, decorrente da aplicação dos capitais alheios na exploração da sociedade em causa, ver-se-á afastada⁷, pelo que a dedutibilidade

⁷ Considera-se, assim, que a questão do desvio do produto da aplicação dos capitais alheios mutuados, será distinta da questão de tal aplicação. Uma coisa será, então, a aplicação dos capitais alheios na exploração da entidade que contraiu o financiamento, que, verificada, determinará o preenchimento da alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, que produzirá os respectivos efeitos, nomeadamente no que diz respeito à presunção de indispensabilidade dos gastos “*para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora*”. Outra coisa será o desvio do produto da aplicação dos capitais alheios mutuados, para fins não empresariais, que poderá relevar, não já ao nível da al. c) referida, mas – antes – ao nível do corpo do n.º 1 da mesma norma, enquanto infirmação da presunção decorrente daquela al. c).

O que desencadeia a presunção de *indispensabilidade* é a aplicação dos capitais; mas o juízo de dedutibilidade reporta-se aos juros suportados. Assim, estes presumir-se-ão dedutíveis se os capitais alheios a que respeitam tiverem sido aplicados na exploração. Esta aplicação, contudo, não equivale nem se identifica com a indispensabilidade daqueles; trata-se, antes, de um facto conhecido do qual se retira um facto desconhecido (presumido): o de que os encargos financeiros, no momento em que o são, são suportados no interesse da empresa. Daí que a demonstração de que o produto da aplicação dos capitais alheios foi “desviado”, na sua utilização, para fins extra-empresa, não signifique que, afinal, aqueles (os capitais alheios) foram aplicados fora da exploração. Aquela demonstração significa, isso sim, que, não obstante os capitais alheios terem sido aplicados na exploração, os encargos suportados, no momento em que o são, não o são no interesse da empresa, pelo que a (presumida) indispensabilidade, no caso e nesse período, então, não se verifica. Assim se demonstra, igualmente, que, na perspectiva adoptada, o “*teste da indispensabilidade dos gastos*”, como propugna a AT, é efectuado em “*cada período de tributação (...) não sendo este exercício apenas efectuado no momento em que o empréstimo é contraído*” (cfr. artigo 69.º e ss. da Resposta). Com efeito, o referido teste, é efectuado em todos os exercícios, não obstante o facto conhecido em que assenta a presunção que responde, em primeira linha, a tal teste, se reporte ao momento em que o empréstimo foi contraído.

daqueles encargos deverá ser recusada. Não é, contudo, uma vez mais, essa a situação dos autos.

Antes, o que acontece na situação que nos ocupa, é que, por via da operação de fusão realizada, houve um desaparecimento do objeto da aplicação dos capitais alheios. Ou seja: tal objeto, que existia, deixou de existir (o que é diferente e, repete-se uma vez mais, não é o que acontece na situação *sub iudice*, de continuar a existir na esfera de terceiros).

Retomando o exemplo da viatura, a situação será a mesma que ocorreria no caso de, por via de uma decisão empresarial, aquela ficar inutilizada antes de terminar o período de pagamento dos encargos financeiros relacionados com a sua aquisição (p. ex.: a utilização da mesma numa campanha publicitária que a destrua). Ainda assim, crê-se, aqueles encargos manter-se-ão dedutíveis, não obstante o desaparecimento – por via de uma decisão empresarial – do objeto em que os capitais alheios que remuneraram foram aplicados. Tal só não aconteceria, na sequência do que vem de se dizer, se se demonstrasse que a decisão que deu causa ao desaparecimento de tal objeto foi motivada por interesses alheios à empresa ou, então, que foi abusiva. O que – uma vez mais – não é o que está em causa no presente processo.

*

Diga-se, por fim, que se considera que não invalidará nem os referentes decisórios de que se partiu, nem as conclusões que se vêm de retirar, o regime relativo à proibição de assistência financeira à aquisição de participações próprias essencialmente regulado nos artigos 322.º/1 do CSC, e 23.º da Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976.

Não obstante tal questão não ter sido nem fundamento do ato tributário objeto da presente ação arbitral⁸, nem suscitada pelas próprias partes⁹, sempre se dirá, em abono da

⁸ Com efeito, como tem sido repetidamente afirmado pelo STA, “*É exclusivamente à luz da fundamentação externada pela AT quando da prática da liquidação adicional de IVA que deve aferir-se a legalidade desse acto tributário.*” (Ac. do STA de 23-09-2015, proferido no processo 01034/11), pelo que o Tribunal se terá de ater, na apreciação da legalidade do acto em causa, aos fundamentos, quer de facto, quer de direito, externados naquele.

⁹ Não consta da Fundamentação da liquidação.

integridade da decisão, que não se descortina que tenha sido praticado qualquer ato que, concretamente, se possa apontar como ocorrido em violação da referida proibição.

De facto, o próprio n.º 1 do artigo 23.º da Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, vigente à data do facto tributário¹⁰, e à luz do qual deverá, no caso, ser lida a norma do artigo 322.º/1 do Código das Sociedades Comerciais (CSC)¹¹, considera assistência financeira o adiantamento de fundos, a concessão de empréstimos ou a prestação de garantias, sendo certo que, no caso, não se apura que tenha ocorrido qualquer dessas situações.

Com efeito, os fundos utilizados para a aquisição das participações sociais da Requerente foram fornecidos por entidades bancárias, e não adiantados ou concedidos a crédito pela Requerente, e esta, tanto quanto se apura, não prestou qualquer garantia a favor dos credores do financiamento utilizado para a aquisição das referidas participações, pelo que, ressalvada a ocorrência de fraude, não se poderá considerar que, no caso, a Requerente tenha prestado assistência financeira, proscrita pelas normas referidas.

Ou seja, e em suma: não se tem dúvidas que não foram adiantados fundos, concedidos créditos ou prestadas garantias pela Requerente, com vista à aquisição de ações próprias. Se – e no caso, julga-se, esta é uma discussão que não caberá prosseguir, pelo que não interessará se tal é questionável ou inquestionável – os mesmos resultados foram obtidos por outras vias não proibidas, estaremos então perante uma atuação fraudulenta, a tratar como tal.

É que, para considerar-se verificada qualquer violação da proibição de assistência financeira, sempre a mesma ter-se-ia que retirar da conjugação da globalidade dos atos jurídicos praticados pela Requerente, e da intenção – nesse caso, fraudulenta - de, por essa via, obter um resultado que a lei proíbe.

Com efeito, uma conclusão de violação da proibição de assistência financeira pela Requerente terá – crê-se – sempre de assentar na conjugação do complexo de atos

¹⁰ Correspondente ao n.º 1 do artigo 25.º da actual Directiva 2012/30/EU do Conselho, de 25 de Outubro de 2012.

¹¹ Que, de resto, contém-se na epígrafe “*Empréstimos e garantias para aquisição de ações próprias*”, e proscreve a **concessão de empréstimos** ou a **prestação de garantias**.

praticados, desde a organização societária grupal inicialmente instituída, até à realização da fusão por incorporação *invertida*, passando pela operação de financiamento realizada, sendo certo que todos esses atos, em si considerados, se apresentarão como **lícitos e próprios da diversas entidades empresariais envolvidas** nos mesmos, e apenas um propósito e um resultado fraudulentos efetivamente demonstrados serão suscetíveis de fazer cair o manto de legalidade que os cobre.

Ora, salvo melhor opinião, sendo então cada um dos diversos atos jurídicos praticados pelos diferentes intervenientes na atuação complexa em causa no presente processo, lícitos e empresariais, o meio próprio de realizar a referida demonstração, e dela retirar os efeitos **próprios em sede fiscal, será por meio da cláusula anti-abuso**¹².

Esta conclusão não será, julga-se, suscetível de ser afetada, por meio da consideração – de resto não efetuada pela própria AT – da proibição de assistência financeira em sede de densificação do critério geral da indispensabilidade do artigo 23.º/1 do CIRS, desde logo porquanto se entende que não só seria necessário, previamente, que se demonstrasse uma efetiva (e não meramente genérica ou potencial) violação da referida proibição, como que, estando em causa – no caso concreto, como se disse – uma atuação global de fraude à lei, a utilização da cláusula geral da indispensabilidade constituiria – salvo o devido respeito e, passe a expressão – ela própria uma “fraude à lei”, na medida em que se trataria de um meio expedito de subtrair as garantias que lei pretendeu conferir ao contribuinte, nos casos em que a AT entende que as formas jurídicas utilizadas por aquele não têm correspondência na realidade económica prosseguida.

Em todo o caso, nota-se ainda que não restando dúvidas que no caso se processou uma, chamada, “*fusão alavancada*” (“*merger leveraged buy-out*”, mLBO), menos certo não será que tal figura é conhecida, de data que se pode considerar já longa, do legislador, que – até à data – entendeu não retirar desse conhecimento nem a sua ilegalização em geral

¹² Estando-se a falar de fraude, aqui, como na nota 16, supra, não haverá, julga-se, qualquer sobreposição entre a norma, no caso, do artigo 322.º do CSC e do artigo 38.º/2 da LGT, na medida em que por meio desta se visará realizar a proibição consagrada no primeiro, que por uma meio de actuação fraudulenta possa ter sido formalmente evitada. Com efeito, uma coisa será a prática de um acto de assistência financeira proibida, que será nulo nos termos do artigo 322.º/3 do CSC e, como tal, não convocará a aplicação da cláusula geral antiabuso. Outra coisa serão situações em que, sem que haja qualquer acto praticado em violação daquela norma, fraudulentamente, são obtidos os mesmos

(não se tendo notícia, de resto, que tal haja ocorrido em qualquer ordenamento comunitário), nem quaisquer outros efeitos no plano fiscal.

De resto, nos regimes, como o italiano, onde se regularam já as operações de mLBO, a regulação instituída insiste especialmente nas obrigações de comunicação e auditoria, evidenciando-se, assim, que a operação em si não é intrinsecamente ilícita e/ou fraudulenta, mas que, unicamente, encerra em si um potencial de ilicitude/fraude, superior ao normal. Assim sendo, considera-se que a simples ocorrência de uma operação de *fusão alavancada*, não será, só por si, suscetível de ser considerada fraudulenta e, menos ainda, anti empresarial.

Por fim, sempre se dirá que a aplicação ao caso, por via do critério geral da indispensabilidade dos gastos, da proibição de assistência financeira à aquisição de ações próprias, sob o argumento de que todos os atos e contratos realizados se caracterizaram pela finalidade de que fosse o património da Requerente a suportar os custos da aquisição das suas próprias participações sociais, esbarrará igualmente contra a constatação de que esse mesmo resultado seria obtido caso a fusão por incorporação se tivesse realizado em sentido oposto.

*

Concluindo, e como referia o Prof. Saldanha Sanches¹³, se “*As operações de cisão e fusão são uma área onde se verificam com muita frequência tentativas de obter economias fiscais mediante práticas abusivas, o que motiva as legítimas preocupações do legislador.*”, não se pode é partir de uma “*insanável desconfiança (...) em relação à fusão inversa, como se esta operação só pudesse ser realizada para contornar a lei fiscal ou fosse, em si própria, uma operação abusiva*”.

Deste modo, considerando-se que, no caso, se verificam os pressupostos do artigo 23.º/1/c), *maxime*, que os capitais alheios a que se referem os encargos financeiros cuja dedutibilidade é questionada pela AT, foram efetivamente aplicados na exploração da

resultados económicos que a mesma visa proibir. Evitada, dessa forma a proibição legal, e a nulidade daquela decorrente, será, crê-se, a CGA o meio próprio de realizar a legalidade tributária.

¹³ “*Fusão Inversa e Neutralidade (Da Administração) Fiscal*”, Fiscalidade N.º 34 – Revista de Direito e Gestão Fiscal.

Requerente, tal como ela se apresentava à data em que suportou aqueles encargos (pós-fusão), em questão no presente processo, e que não se demonstra (nem tal facto constituiu, sequer, fundamento dos atos tributários objeto do presente processo arbitral) que a operação de fusão, da qual resultou o desaparecimento das participações sociais em que haviam sido aplicados os referidos capitais alheios, tenha sido exclusiva ou principalmente motivada por interesses extra empresariais, ou fraudulenta, deverão proceder integralmente os pedidos arbitrais anulatórios formulados.

(Fim da citação da Sentença arbitral)

Refira-se, em abono da verdade, que a matéria da assistência financeira não é propriamente um tema a decidir, pois nunca foi esgrimida pela AT durante o processo (nem de forma subsidiária). É abordada apenas como mero apontamento sugerido pelo tema, tal como aliás sucedeu no processo 93/2015-T.

Com o teor decisório da questão essencial – no sentido da anulação das liquidações impugnadas, por não violarem o art. 23.º do CIRC – torna-se prejudicado o pronunciamento sobre os demais vícios apontados pela requerente (alegada insuficiência da fundamentação dos atos de liquidação, preterição de formalidade legal essencial [não notificação para exercício de audição prévia], falta de fundamentação [incongruência e falta de clareza] do próprio relatório de inspeção tributária).

A argumentação esgrimida em relação à dedução fiscal dos encargos financeiros vale, igualmente, em relação à dedução fiscal das despesas efetuadas com advogados externos de apoio jurídico à operação de fusão. Esses encargos ligam-se com a atividade e operação da D... (compra de participação e fusão), algo consentido e regulado na legislação de direito comercial. Estes encargos não são incorridos fora do interesse da sociedade que os suporta. Não visam beneficiar unicamente os sócios. E são transferidos, via fusão, segundo as regras específicas desse instituto. E por estas razões, como se esgrimiu longamente em

relação aos juros – e que aqui se dão por reproduzidas – esses encargos são dedutíveis ao rendimento, mesmo por efeito da fusão, nos termos do art. 23º do CIRC.

A Requerente solicitou também que, além da anulação da liquidação impugnada, a AT fosse condenada a devolver o imposto pago acrescido de juros indemnizatórios de lei.

O art. 43.º, n.º 1, da LGT dispõe que são devidos juros indemnizatórios a favor do contribuinte quando se determine em impugnação judicial (e a ação arbitral é incluída nesse ditame legal, por coerência e unidade do sistema jurídico) que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento de dívida tributária superior à devida.

Ora, é isso o que sucede nos autos. A AT, ao introduzir liquidações adicionais de IRC – agora anulada – implicou um pagamento de imposto pelo contribuinte, afinal indevido e exigido apenas, por erro imputável aos serviços da AT (que exigiram liquidação de impostos ilegais).

Donde, preenchendo-se os requisitos do art. 43.º da LGT, a AT tem de proceder ao pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, desde o momento do pagamento pelo contribuinte até integral devolução ao contribuinte do imposto por ele pago.

A requerente solicita, por fim, que a AT seja condenada ao pagamento das despesas suportadas com a prestação de garantia bancária para suspender o processo executivo relativo à liquidação impugnada – porque a requerente não pagou logo a liquidação, mas apenas mais tarde, em duas tranches, numa opção de gestão insindicável – quantificando os custos com essa garantia (23.712,29€), em documento emitido por entidade bancária e não contestado pela requerida.

Segundo o art. 53.º, n.º 2, da LGT, o contribuinte tem direito a ser indemnizado por garantia indevida, mesmo quando a tenha mantido por prazo inferior a 3 anos, quando se verifique, em impugnação judicial – e deve ler-se também, na arbitragem tributária, numa

leitura atualizada da lei e integrada na sua unidade sistemática – que houve erro imputável aos serviços na liquidação do tributo. Ora, como se disse supra em relação aos juros, a constatação da ilegalidade da liquidação adicional promovida pela AT tem como consequência que à mesma subjaz um erro imputável aos serviços – que procederam a uma liquidação ilegal (e subseqüente exigência de uma garantia indevida). Por isso, a requerente tem direito a ser indemnizada pelos custos da garantia indevida, cujo exato valor deve ser determinado espontaneamente pela Autoridade Tributária (ou se assim não acontecer, em execução de sentença), tendo em mente os limites e procedimento descritos no n.º 3 e 4 do art. 53.º da LGT (cujos dados exatos não constam do presente processo).

5. Decisão

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a. Julgar procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação impugnada de 2009, de IRC (2013...) e juros compensatórios (2013... a 2013...), no valor total de 1.121.231,12€.

E em consequência:

- b. Ordenar a devolução à requerente do IRC e juros compensatórios por ela pagos;
- c. Condenar a AT a pagar juros indemnizatórios à Requerente, desde as datas do pagamento do imposto (sobre os valores pagos em 20/12/2013 e em 16/9/2014) até integral reembolso.
- d. Conceder à requerente o direito de indemnização por garantia indevida, a ser liquidado espontaneamente pelos serviços da Autoridade Tributária ou, na falta de cumprimento voluntário, em execução de Sentença.

6. Valor do processo

De harmonia com o disposto no art. 97.º-A, n.º 1, alínea a), do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € 1.121.231,12€.

Notifique-se

Lisboa, 30 de Junho de 2017

Os Árbitros

José Baeta de Queiroz (árbitro presidente)

Tomás Cantista Tavares (árbitro vogal)

Américo Brás Carlos (árbitro vogal – vencido conforme declaração junta, a qual faz parte integrante da presente decisão)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei contra, por discordar do Acórdão na parte que respeita à dedutibilidade fiscal dos encargos relativos aos financiamentos contraídos pela D... (sociedade incorporada), com os seguintes fundamentos:

1. Não atendendo à jurisprudência do STA e dos TCA – antes suportando a sua argumentação em decisões do Tribunal Arbitral Tributário – desatende ao papel conformador da jurisprudência daqueles tribunais superiores e é susceptível de recurso nos termos do nº 2 do artigo 25º do RJAT.

2. A aferição da “*comprovada indispensabilidade dos gastos para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora*” a que se refere o nº 1 do artigo 23º do CIRC, só pode fazer-se relativamente à entidade que os contabiliza e suporta, como aliás se admite na transcrição de fls. 12 do Acórdão¹⁴ e resulta de reiterada jurisprudência do STA¹⁵ de que é exemplo o seu Acórdão de 30.05.2012, proc. nº 171/11, que concluiu: «*os custos não podem deixar de respeitar à própria sociedade contribuinte*». Sociedade contribuinte que é no caso *sub judice*, a Requerente, inegavelmente a única pessoa – o único centro de imputação de direitos e deveres - que após a fusão sobreviveu na ordem jurídica¹⁶, incluindo a parte desta que respeita à tributação.

¹⁴ Citando o Acórdão arbitral 87/2014-T “*a dedução fiscal dos encargos financeiros incorridos (...) tem que ser aferida no contexto empresarial próprio da Requerente (...)*”.

¹⁵ Ac. de 10.7.2002, proc. nº 246/02; Ac de 07.02.2007, proc. nº 1046/05; Ac. de 20.05.2009, proc. nº 1077/08; Ac. de 30.11.2011, proc. nº 107/2011.

¹⁶ O que, naturalmente, não ocorreu com a sociedade incorporada, apesar da argumentação do Acórdão, sustentando, também para efeitos fiscais, a subsistência de um certo prolongamento da sua existência.

3. No caso do pagamento de encargos com empréstimos, entendo que é o uso dos activos adquiridos com os fundos assim obtidos que determina a caracterização e regime que cabe - indispensabilidade e dedutibilidade fiscal, ou não - aos juros concomitantes¹⁷.

4. A averiguação da *comprovada indispensabilidade* dos gastos, embora não devendo envolver prévios julgamentos de valor sobre o acerto ou desacerto das decisões de gestão da sociedade, deve arrimar-se à ideia da comprovada «*necessidade*»¹⁸ dos mesmos, «*atento o objeto societário do ente comercial em causa*»¹⁹.

5. Além disso, o exercício de apreciação da *comprovada indispensabilidade* ou da *comprovada necessidade* dos gastos não pode também deixar de sustentar-se num julgamento assente numa visão de normalidade ou de verosimilhança (como aliás é comum em qualquer apreciação para efeitos de julgamento jurídico) em face do gasto em si, mas também em face de todas as circunstâncias que determinaram que o mesmo fosse incorrido nas circunstâncias em que o foram. Como se decidiu no Acórdão do TCA-Sul de 16.10.2014, proc. nº 6754/13, um custo é indispensável quando há «*um nexu causal com os proveitos ou ganhos explicado em termos de normalidade, necessidade, congruência e racionalidade económica*».

6. Ora no caso dos autos, o périplo factual de toda a operação foi:

- Em 12.05.2009, um Fundo de Investimento de Capital de Risco (B...) constituiu uma sociedade C... (C...) ficando a detê-la em 100% do capital;
- Em 13.05.2009, a sociedade C... constituiu a sociedade D (D...) ficando a detê-la em 100%, ficando esta com os mesmos administradores da C..., que também eram os responsáveis máximos do Fundo de Investimento de Capital de Risco. A sociedade D... foi constituída com um objecto social similar ao da sociedade A... (A...) já preexistente e ao tempo juridicamente independente das Sociedades C... e D..., bem como do Fundo de Investimento.

¹⁷ BRIAN ARNOLD, «*General Report*», in *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 79A, 1994, *Deductibility of Interest and other Financing Charges in Computing Income*, p. 500.

- Em 18.05.2009, três bancos disponibilizaram à sociedade D... um empréstimo de 28 milhões de euros destinado a permitir a aquisição das acções da sociedade A..., tendo as instituições de crédito imposto a obrigação de a sociedade A... incorporar por fusão a sociedade D..., no prazo máximo de um ano. Note-se que a sociedade D... nunca teve atividade operacional, não adquiriu os alvarás e licenças necessários ao seu exercício e não tinha ativos para satisfazer as exigências de garantia impostas pelos credores bancários (v. fls. 3 e 4 do acórdão)²⁰.
- Em 30/12/2009 foi consumada a fusão total da D... (sociedade mãe) na Requerente A... (incorporante), com efeitos reportados a 30/6/2009.

7. Como, com meridiana clareza se percebe, todo o *iter* operativo é subordinado ao seguinte objetivo: aquisição da totalidade do capital social da Requerente pelo grupo E... (como é da natureza dos Fundos de Capital de Risco) e colocação da dívida resultante do respetivo financiamento na própria sociedade adquirida - a Requerente - única entidade com atividade operacional relevante e com rendimentos que, como se disse, possibilitem a dedução fiscal dos *encargos suportados em resultado das dívidas contraídas por terceiro para a aquisição das suas próprias ações*.

8. Todos os passos da operação estão inseridos na mesma “*unidade de intenção e ação*” e são, desde o início, unicamente dirigidos ao *business purpose* referido no número anterior. Objetivo esse estranho ao interesse empresarial da Requerente, não sendo o financiamento e o pagamento dos concomitantes encargos necessários à sua atividade, nem indispensáveis para a prossecução do seu interesse empresarial específico concretizado na produção dos **seus** rendimentos sujeitos a imposto ou na manutenção da **sua** fonte geradora. A obrigação de pagamento dos encargos em análise **nunca foi**, desde a primeira hora, contraída no interesse empresarial da Requerente, sendo que não poderia, após a fusão, passar a

¹⁸ RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 83.

¹⁹ Acórdãos TCA-Sul de 19.02.2015, proc. n.º 8137/14 e de 22.01.2015, proc. n.º 5327/12.

²⁰ Ao contrário da Requerente (sociedade A...) já a operar e implantada no mercado e, como o administrador da C... testemunhou «com valor estratégico e potencial de crescimento e geração de cash-flow».

considerar-se que tais financiamentos eram para si indispensáveis para efeitos do nº 1 do artigo 23º do CIRC.

9. E a assinalada “unidade de intenção e ação” em que se inserem os factos acima referidos faz toda a diferença relativamente à situação de continuação de pagamento e dedução de juros para além da existência de um ativo cuja aquisição gerara encargos, que o Acórdão utilizou para, exemplificando, suportar a sua decisão. No exemplo aí usado, a vicissitude posterior que determina o desaparecimento do bem – uma viatura que é retirada do ativo – não se insere na “linha de intenção e ação” que determinara a sua aquisição com recurso ao crédito²¹. A unidade de ação que resulta da factualidade constante dos autos, acima assinalada, coloca igualmente em crise a pedra de toque do Acórdão que assenta na ideia de fazer relevar o facto de a compra das ações da Requerente ter ocorrido, na íntegra, antes da fusão.

10. E não andarão longe desta linha de aferição da indispensabilidade dos gastos em face do objectivo empresarial último (ou objectivo comercial ou *business purpose*) a judiciosa referência doutrinária de TOMÁS CANTISTA TAVARES «a noção legal de indispensabilidade recorta-se, portanto, sobre uma perspectiva económico-empresarial, por preenchimento directo ou indirecto da motivação última da contribuição para a obtenção do lucro»²².

11. Não pode, em meu critério, um esforço interpretativo segmentar os atos de uma cadeia de atos logicamente inter-relacionados e ignorar o conjunto que, nessa sua relação, revela o *business purpose*.

12. Diga-se que é também na ponderação do *business purpose* que se pode «atender à substância económica dos factos tributários», como determina o nº 3 do artigo 11º da LGT.

²¹ Como é de regra, as empresas, não adquirem um bem do ativo fixo (ao invés do que ocorre com as existências ou inventários) com o objetivo de o alienarem.

13. Em consequência, tendo presente o acima referido, os encargos respeitantes àqueles empréstimos, suportados pela Requerente, não preenchem o requisito da indispensabilidade a que se refere o nº 1 do artigo 23º do CIRC, porque, em síntese:

- a) Não respeitam à actividade por si desenvolvida (Ac. STA, proc. 171/11);
- b) Os gastos correspondentes aos juros suportados por uma sociedade incorporante em virtude da aquisição de capitais alheios por parte da sociedade incorporada para adquirir 100% das ações da primeira, *não são indispensáveis* para esta sociedade (incorporante), porque não foram constituídos no seu interesse empresarial, não sendo, assim, necessárias para a prossecução do seu escopo societário (Ac. STA, proc. 164/12 e Acs. TCA-Sul, proc. nº 5327/12 e proc. nº 8137/14);
- c) Não existe qualquernexo causal entre aqueles gastos e os seus proveitos ou ganhos, explicado em termos de normalidade, necessidade, congruência e racionalidade económica (Ac. TCA-Sul, proc. nº 6754/13);

14. E estas razões bastariam para que tais encargos não pudessem ser fiscalmente dedutíveis.

15. Mas a impossibilidade de dedução fiscal de tais encargos é ainda prescrita pela alínea c) do nº 1 do artigo 23º do CIRC.

16. Tal consequência não é impedida pela enumeração exemplificativa formada pelo conjunto das alíneas do referido número. No seu todo, as alíneas do nº 1 formam uma enumeração exemplificativa por se admitir existirem outros gastos em que uma empresa pode incorrer. Todavia, isso não significa que dentro de algumas destas alíneas a lei não tenha incluído estatuições taxativas, como as que resultam de parte da sua alínea c) e da alínea j)²³.

²² *Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal*, Ciência e Técnica Fiscal, nº 396, Centro de Estudos Fiscais-DGCI, 1999, p. 136.

²³ Relativa aos *gastos resultantes da aplicação do justo valor em activos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais*.

17. Deve relevar-se o facto de na alínea c) do nº 1 do artigo 23º do CIRC o legislador ter imposto para os encargos financeiros uma limitação (e também o fez para os gastos relativos a alguns instrumentos financeiros, incluindo na norma uns instrumentos e excluindo outros, conforme o seu método de mensuração) que não quis repetir relativamente a outros gastos aí referidos (descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, etc.). A norma existe e não pode o intérprete agir como se não existisse, considerando-a inútil (v. nº 3 do art. 9º do Código Civil).

18. Na norma da alínea c) do nº 1 do artigo 23º do CIRC, a lei, no âmbito geral dos encargos financeiros, consagra para os juros a seguinte regra: “*são fiscalmente dedutíveis os juros de capitais alheios aplicados na exploração*”. E, da sua conjugação com a exigência da comprovada indispensabilidade a que se refere o dito nº 1, atentos os critérios de normalidade, necessidade, congruência e racionalidade económica, adiro aos entendimentos de MARIA DOS PRAZERES LOUSA²⁴ E RUI MARQUES²⁵, para concluir que, tratando-se de capitais alheios, estes terão de ser aplicados na exploração pela sociedade que os suporta, para que os correspondentes encargos sejam fiscalmente dedutíveis. O que não é o caso dos autos.

19. O Acórdão trouxe ainda à colação a problemática da “*proibição da assistência financeira*”, para concluir que esta não se aplica nos presentes autos, porque a Requerente não procedeu ao «*adiantamento de fundos, a concessão de empréstimos ou a prestação de garantias*». Sem prejuízo de considerar este tema relevante por tanger com o princípio da indispensabilidade dos custos, também aqui diverjo, porque, salvo melhor opinião, é a Requerente que através dos seus pagamentos da dívida contraída pela incorporada vai «**fornecendo os fundos**» a um terceiro para que detenha as ações representativas do seu capital. Isto contende frontalmente com o disposto no nº 1, do artigo 322º do Código das Sociedades Comerciais (CSC)²⁶.

²⁴ *O problema da dedutibilidade dos juros*, Centro de Estudos Fiscais, Caderno CTF nº 171, 1995, p. 353.

²⁵ *Fusões e Participações: da dedutibilidade dos encargos financeiros em sede de IRC*, Revisores e Auditores, nº 73, 2016, p. 40.

²⁶ O nº 1 do art. 322º do CSC dispõe: «Uma sociedade não pode conceder empréstimos ou **por qualquer forma fornecer fundos** ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira ações representativas do seu capital.»

20. E estes atos proibidos de assistência financeira são sancionados pelo n.º 3 do mesmo artigo 322.º, com o mais forte dos valores negativos reservados aos atos ilegais – a nulidade.

21. Compaginando o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 322.º do CSC, com o n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, não pode um ato que a ordem jurídica “sanciona” com a nulidade ser considerado indispensável ou necessário para efeitos fiscais. Seria a negação do princípio da unidade da ordem jurídica.

Por tudo isto deveria o ato tributário em análise ser mantido; e por isso lavrei este voto de vencido.

Lisboa, 30 de junho de 2017

Américo Brás Carlos

(Texto elaborado em computador, nos termos do artigo 131.º n.º 5 do Código de Processo Civil, aplicável por remissão do artigo 29.º n.º 1 alínea e) do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária)