

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 143/2018-T

Tema: IRC – Fusão invertida; gastos de financiamento; art. 23.ºCIRC.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Juíza Conselheira Dra. Fernanda Maçãs (árbitro-presidente), Doutor Tomás Cantista Tavares e Dr. Jorge Carita (árbitros vogais), designados, respetivamente, pelo Conselho Deontológico do CAAD, pela Requerente e pela Requerida para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., SA, NIPC..., com sede na ..., ..., ..., Lisboa (doravante A... ou Requerente) apresentou 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 liquidação de IRC e Juros compensatórios e de mora de 2013, no valor de 532.708,54 (n.º 2016...; 2016...; 2016...) – cfr. doc. n.º 2 a 4 juntos com o Requerimento Inicial.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e seguiu a sua normal tramitação.

O tribunal arbitral coletivo foi constituído em 12/6/2018.

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

Por desnecessidade, foi dispensada a reunião do artigo 18.º do RJAT.

A Requerente exerceu contraditório sobre o pedido deduzido pela Requerida de reenvio do processo a título prejudicial para o TJUE.

A Requerida produziu alegações, dando conta de que *“Corre termos no CAAD a ação arbitral n.º 144/2018-T em que é Requerente A..., S.A., no âmbito da qual se discute exatamente a mesma questão, de fato e direito a dirimir nos presentes autos e que se prende a desconsideração, nos termos do artigo 23.º do CIRC, dos encargos com operações de financiamento bancário e suprimentos.”* e de que *“no dia 22 de novembro de 2018 proferiu o Tribunal arbitral a decisão que determina o reenvio prejudicial do processo para o TJUE”*.

Entende a Requerida que deve *“a presente instância ser suspensa até à prolação de decisão no processo de reenvio prejudicial n.º C-751/18, nos termos do disposto nos artigos 269.º, n.º 1, alínea c), e 272.º, n.º 1, do CPC, aplicáveis ex-vi artigo 29.º, n.º 1, al. e), do RJAT.*

A Requerente, em respeito do contraditório, pronunciou-se sobre aquele pedido, que foi indeferido por Decisão Arbitral de 22 de fevereiro de 2019.

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 foi constituída em 1997 e dedica-se à atividade no setor de transportes, especificamente no transporte rodoviário de mercadorias para entregas ao domicílio.

b) A Requerente era totalmente detida por B..., SGPS, SA (NIPC...).

c) Em Dezembro de 2010, a B... alienou 100% do capital da Requerente à sociedade C..., SA (NIPC...) – entidade dominada a 100% pela Sociedade D..., SGPS, SA (NIPC...), a qual, por seu turno é totalmente detida pelo fundo E... .

d) A C... foi constituída em Setembro de 2010 e o seu objeto era a prestação de serviços administrativos e de apoio a empresas de transporte.

e) O E... é uma entidade de capital de risco, dedicando-se (em geral, através de sociedades por ele dominadas) à aquisição de participações de capital e controlo de sociedades, na mira de valorização do capital adquirido, por incremento da qualidade de gestão, e, conseqüentemente, da remuneração dos investidores.

f) A C..., SA para a consumação da compra da A..., financiou-se através de: i) Suprimentos concedidos pelo acionista D..., SGPS, SA, de 13,6 Milhões de Euros, à taxa de 15%/ano;

ii) Empréstimos bancários (mutuados pela ...) de 23 milhões de euros, sendo que a tranche A, de 19,5 Milhões de euros, foi destinada à compra do capital social da Requerente.

g) Em Setembro de 2011 (e com efeitos contabilísticos a 1/1/2011), a C... (sociedade incorporada) fundiu-se na A... (sociedade incorporante), por transferência global do património da incorporada na incorporante – uma operação usualmente designada por fusão inversa ou invertida.

i) Após a fusão, a Requerente (incorporante) assumiu a (i) totalidade das dívidas da F... e (ii) os encargos (juros) contraídos pela F... junto da Banca e do acionista – que, em 2013, ascenderam a 3.036.897,93€, assim distribuídos: Juros a pagar à G...: 709.666,15€; comissão de gestão da G...: 32.842,11€; imposto de selo: 28.386,53€; juros dos suprimentos: 2.266.006,14€.

j) Na atividade de capital de risco (desenvolvida pelo fundo E...) é usual a compra das ações da empresa a adquirir ser efetuada por uma sociedade veículo constituída para o efeito (no caso, a F...) e promover-se, depois, a fusão com a entidade operacional (A...) – normal ou invertida – para: (i) operar diminuição dos custos administrativos; (ii) cumprir exigência bancária (colocar a dívida na mesma entidade jurídica que possui os ativos).

k) A AT não aceita a dedução fiscal desses encargos (juros) e promoveu, em consequência, a liquidação objeto do presente processo arbitral, com base no art. 23.º do CIRC.

L) A Requerente apresentou Reclamação Graciosa contra a liquidação impugnada, a qual foi totalmente indeferida, de forma expressa – e perante tal indeferimento, a Requerente deduziu o presente pedido arbitral.

M) A Requerente aderiu ao regime especial de pagamento designado por PERES, na modalidade de 150 prestações, para assim proceder ao pagamento da liquidação impugnada (IRC e juros) – doc. n.º 9, junto com o Requerimento Inicial.

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 juntos pelas partes, no consenso destas (também em relação aos documentos, valores e datas dos pagamentos), nas informações oficiais e demais documentação constante do processo administrativo.

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 2013, pela A..., relativos aos empréstimos (de sócios e de terceiros [bancário]) contraídos para a compra do capital da própria A... e que a Requerente passou a suportar em virtude e por decorrência da fusão com a sua acionista C... (a qual contraiu, originariamente, essas obrigações).

Na opinião da AT, tal como expressa na fundamentação da liquidação (e indeferimento da Reclamação Graciosa), esses juros e encargos não 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 (e não aplicados na exploração).

Para a Requerente, ao invés, esses juros e encargos seriam fiscalmente dedutíveis, por preenchimento dos requisitos ínsitos no art. 23.º do CIRC.

Como decorre da fundamentação da liquidação (e dos demais documentos juntos ao processo), a questão a decidir não incide, nem sequer incidentalmente, sobre uma eventual correção do preço de transferência nos juros devidos ao acionista (art. 63.º do CIRC), nem com a aplicação da Cláusula Geral Anti abuso (art. 38.º, n.º 2, da LGT ou art. 73.º, n.º 10, do CIRC) por eventual encadeamento abusivo de operações com intuitos fiscais exclusivos ou preponderantes, em abuso de formas jurídicas (endividamento [e juros decorrentes] para compra de capital seguida de fusão de empresas, para que a entidade operacional lucrativa suporte esses encargos e diminua o seu lucro fiscal anual).

3.2. A lei aplicável

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 da liquidação (e resposta da Requerida e demais pronunciamentos da AT ao longo do processo) 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 C..., SA diretamente para a aquisição do capital da A... não merecem a qualificação de “indispensáveis” para a obtenção dos proveitos ou manutenção da fonte produtora: após a fusão já não financiam a aquisição das participações (e não são aplicados na exploração); 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 contribuiria futuramente para rendimentos tributáveis.

O Requerente advoga, ao invés, que os juros suportados em 2013 pela A... são indispensáveis para a obtenção de proveitos ou manutenção da fonte produtora, sendo por isso de qualificar como gasto fiscal, nos termos do art. 23.º do CIRC. Os juros são suportados pela A... no exercício da sua atividade; os empréstimos (e, conseqüentemente, os juros deles decorrentes), quando incorridos inicialmente (pela C..., SA), foram aplicados na exploração e 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 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, seguida da aquisição, nos termos do art. 38.º, n.º 2, da LGT. A não-

aceitação fiscal deste gasto implicaria uma violação da Diretiva das fusões (Diretiva 2009/133/CE do Conselho) que reconhece a neutralidade fiscal absoluta a essas operações de reestruturação empresarial.

3.4. Decisão

Os árbitros analisaram toda a retórica aduzida pelas partes (em todas as peças escritas e documentos apresentados ao longo do processo), bem como a argumentação e ponderação de decisões arbitrais anteriores sobre o tema – explanadas, aliás, pelas partes –, mas tendo sempre presente as (pequenas) particularidades do caso (“*cada caso é um caso*”).

Com efeito, várias decisões arbitrais (por exemplo, nos processos 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, existem muitas outras decisões arbitrais, por exemplo, nos processos 101/2013-T, 42/2015-T (aqui numa fusão não invertida, mas as considerações são iguais), 92/2015-T e 93/2015-T, 108/2015-T, 537/2016-T, 120/2018-T e 607/2018-T, que se pronunciaram 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.

Os árbitros ponderaram todos os argumentos das partes e o conteúdo de todas as decisões supra referidas e decidiram no sentido da anulação da liquidação impugnada. Consideraram que estes juros e encargos suportados pela Requerente preenchem os requisitos ínsitos no art. 23.º do CIRC para legitimar a sua dedutibilidade fiscal, com base nos argumentos a seguir explanados. E, aderindo ao teor da decisão 537/2016-T que, com a devida vénia, reproduzem seguidamente, anulam a liquidação em causa neste processo.

Início da transcrição do Acórdão n.º 537/2016-T – adaptada às circunstâncias factuais deste processo.

“Começemos por QUATRO notas de enquadramento, totalmente pacíficas, que ajudam a recortar a decisão da causa.

Em primeiro lugar, e como já foi referido, o tema dos autos resume-se apenas à aplicação do art. 23.º do CIRC aos juros suportados em 2013 pela A..., relativos aos empréstimos (de sócio e de terceiros) contraídos para a compra do capital da própria A... e que a Requerente suporta em virtude e por decorrência da fusão com a sua acionista C..., a qual contraiu originariamente essas dívidas.

Como segunda nota – relevante para a decisão – é necessário ter presente o teor do Acórdão do STA de 2/12/2011, proc. 0865/11 (num caso de cisão-fusão).

Esse aresto veio estabelecer que a noção fiscal de fusão (passível de neutralidade fiscal) é mais alargada do que a definição legal do CIRC que exigia, à época, o formalismo jurídico de atribuição aos respetivos sócios de títulos representativos do capital social da outra entidade. Há neutralidade fiscal na operação de fusão regulada no direito comercial, ainda que não envolva a atribuição aos sócios de títulos representativos de capital – como acontece, sintomaticamente - entre outros casos, na situação de fusão invertida. Quer dizer: o STA equiparou em termos fiscais a fusão inversa e a fusão não inversa, reconhecendo a neutralidade fiscal de ambas as operações, ainda que não envolvam a atribuição de ações aos sócios.

Esta jurisprudência ilumina a decisão dos autos: é um dado assente que as fusões, invertidas ou não invertidas, possuem o mesmo regime jurídico, seja no âmbito do direito comercial, seja em matéria fiscal, nomeadamente ao nível do regime fiscal de neutralidade fiscal descrito no art. 73.º e ss. do CIRC. Ou seja, a operação de fusão descrita no direito comercial – seja invertida ou não – merece o mesmo tratamento e regime para o direito

fiscal: quer no que tange à neutralidade fiscal (diferimento de tributação dos réditos associados a estas operações de fusão); quer, em geral, nas consequências tributárias, diretas ou indiretas, delas decorrentes.

Não há, por assim dizer, uma fusão de primeira – não inversa – com neutralidade fiscal e, em geral, aceitação fiscal da estatuição imposta pelo direito comercial; e uma fusão de segunda – a inversa – em que essas estatuições ou não se verificariam ou verificar-se-iam de forma mais casuística e excepcional.

Nada disso: existe apenas a operação de fusão, englobando a invertida e não invertida, exatamente com o mesmo regime jurídico tributário, e com as mesmas e exatas motivações para as diversas consequências fiscais que lhe estão associadas.

Quer isto dizer, olhando para o caso dos autos, que a resposta legal é a mesma, quer exista ou não uma fusão invertida. O regime da aceitação fiscal dos juros em causa tem o mesmo enquadramento, considerações e solução, quer a fusão fosse não invertida (com a incorporação da A... na C...), quer no caso de fusão invertida escolhida pelas partes. Nem tem, sequer, de existir uma fundamentação acrescida dos requerentes para explicarem porque escolheram uma e não a outra. Isso entra na liberdade total das partes, que ao intérprete cabe respeitar, no pressuposto, evidentemente, de ocorrer uma verdadeira e real fusão – e isso é um dado assento no processo, pois ninguém o põe em causa.

A terceira nota tem que ver com o regime da fusão sob a perspetiva jurídica e do direito comercial. Uma fusão (invertida ou não) não se assemelha, em termos económicos, a uma liquidação de sociedades. Aqui, ocorre o desaparecimento jurídico e económico de uma sociedade, porque esgotou o seu objeto ou interesse societário.

Na fusão, ao invés, o desaparecimento jurídico não se associa à morte económica da empresa, que continua, embora reestruturada, na sociedade resultante da fusão, quer na perspetiva da sociedade (prossecução da atividade), quer na ótica dos sócios (igual

empenho naquelas atividades). Extingue-se a sociedade incorporada, sem dúvida; mas transmitem-se todos os direitos e obrigações para a Sociedade incorporante, que prossegue a atividade da “falecida” (art. 112.º, al. a), do CSC). Há uma modificação jurídica, com continuidade económica (Ac. do STA de 13-04-2005, proferido no processo 01265/04 e Ac. do TCA-Sul de 17-04-2012, proferido no processo 04172/10, consultável em www.dgsi.pt).

A quarta nota – dado aceite pelas partes – tem que ver com a pacífica aceitação, expressa e implícita, da dedução destes encargos financeiros se não tivesse ocorrido a fusão, por cumprimento dos requisitos do art. 23.º do CIRC. Aqui, uma sociedade (C...) para adquirir um ativo (capital social da A...), como forma de exercício da sua atividade e perspetiva lucrativa, tem de se financiar junto de terceiros (banca e sócios), suportando, ao longo do tempo, os inerentes encargos financeiros anuais associados ao financiamento. Ninguém questionou – e cremos que bem – que previamente à fusão, na perspetiva da C..., estávamos em presença de juros de capitais alheios aplicados na exploração (art. 23.º, n.º 1, al. c), do CIRC).

Pois bem:

A questão dos autos é assim a de saber se a fusão – invertida ou não – altera este estado de coisas; se os juros, outrora aceites em termos fiscais (de forma pacífica), deixam de o ser após a fusão, por incumprimento superveniente dos requisitos do art. 23.º, do CIRC (requisito geral da indispensabilidade e especial de aplicação na exploração).

A resposta, como o dissemos, vai no sentido da dedução fiscal desses juros, mesmo após a fusão, agora na esfera da Requerente, por três principais argumentos, a seguir explanados – e tendo presente as considerações anteriores.

O PRIMEIRO prende-se com a análise do teor literal art. 23.º, n.º 1 do CIRC: a dedução dos encargos financeiros exige que os *“juros de capitais alheios sejam aplicados na*

exploração”. E todos concordam que, no momento inicial, o crédito obtido (dos bancos e dos sócios) foi aplicado na exploração, com a aquisição da participação na Requerente, por parte da C..., SA – subsumindo-se, no exercício da sua atividade e prossecução do lucro.

Ocorre depois uma fusão, segundo as regras legais do direito comercial – fosse invertida ou não (como se viu, o padrão para o caso concreto é o mesmo). Com essa operação, não se pode dizer que os capitais alheios deixaram de ser aplicados (os financiamentos continuaram) e mantêm-se afetos à exploração, agora reestruturada por efeitos legais da fusão (transmissão dos direitos e obrigações para a sociedade incorporante). Ou seja: não ocorre um desvio do financiamento, num intuito abusivo, no sentido que serve-se agora o favorecimento de interesses extra empresariais, p. ex., em benefício de um sócio. Nada disso: o que ocorre é apenas a produção dos normais efeitos económicos da fusão, consentidos e impostos pelo direito comercial, e é impossível concluir que os efeitos dessa operação, seguindo os estritos ditames do direito comercial, redundam na tutela de interesses alheios ao interesse societário, apenas para beneficiar abusivamente terceiros da operação de fusão. Este resultado interpretativo seria uma verdadeira contradição nos seus termos, porque equivaleria a admitir que o direito comercial, ao regular a fusão (invertida ou não) permitiria resultados que violariam a tutela dos interesses acautelados por essa disciplina jurídica.

Em suma: se os juros eram fiscalmente aceites previamente à fusão (porque os capitais alheios estavam aplicados na exploração), então também o serão após a fusão (invertida ou não), que se limitou a seguir as regras do direito comercial, de transmissão de todos os direitos e obrigações da incorporada, porque após a fusão, continuam a ser considerados juros de capitais alheios aplicados na exploração.

O SEGUNDO argumento pondera a situação similar (idêntica aos autos) em que, havendo ou não uma fusão superveniente, a Sociedade decidiu abdicar do objeto do investimento (por não ser rentável), mas tivesse evidentemente de manter o financiamento que proporcionou os meios financeiros para o investimento.

Suponhamos que uma empresa X compra uma máquina de valor elevado para prosseguir uma nova atividade – e financia-se junto da Banca para a comprar e que pagará 100 mil euros de juros durante 10 anos (e no final terá de amortizar o capital). Imagine-se agora que a empresa conclui, no final do 4º ano, que essa atividade não é rentável, pois não há mercado para os produtos produzidos pela máquina, pelo que decide abandonar a produção e a máquina é desligada e “abandonada”. Claro que terá de continuar a pagar os juros anuais de 100 mil euros. Mas será que esses juros, a partir do 5º ano, não serão dedutíveis ao rendimento fiscal, por se advogar que não são aplicados na exploração ou que não são indispensáveis para os proveitos ou manutenção da fonte produtora?

Ora, aqueles encargos manter-se-ão dedutíveis, não obstante o desaparecimento – por via de uma decisão empresarial – do objeto em que os capitais alheios que remuneram foram aplicados. O capital alheio foi aplicado na exploração no momento inicial – dando origem ao investimento produtivo. E isso é suficiente e bastante para legitimar a dedução fiscal dos juros daí decorrentes, independentemente das vicissitudes empresariais futuras desse investimento. Os encargos financeiros continuam a ser dedutíveis, ainda que o investimento se tenha gorado ou se tenha revelado como um mau negócio ou uma decisão empresarial infrutífera – pois, e é isso que importa, os capitais alheios estiveram ligados a um investimento que no momento inicial foi aplicado na exploração.

E se isto é assim, independentemente da ocorrência de qualquer fusão (mas no desinvestimento económico), sê-lo-á ainda com mais propriedade em caso de fusão, em que, como se viu, não há uma decisão subjetiva de qualquer desinvestimento, mas apenas a objetiva transmissão de direitos e obrigações, por efeito legal desse instituto do direito comercial.

Claro que as considerações anteriores poderiam ser confrontadas – em termos fiscais – e este é o TERCEIRO argumento, com a existência de um encadeamento de operações para propositadamente proporcionar um resultado fiscal indesejado, de abusiva poupança de impostos, traduzido numa aquisição de partes sociais com utilização de financiamento,

imediatamente seguida de fusão (invertida ou não) com o propósito de diminuir abusivamente os impostos a pagar nos anos seguintes pela sociedade operacional e lucrativa (por efeito dos encargos financeiros que haviam sido suportados para a sua aquisição). Não estamos a dizer que esse abuso ocorreu no caso dos autos. O que importa frisar é que a AT, na fundamentação do ato tributário, não convocou esse arsenal argumentativo para justificar a liquidação, em substituição ou cumulativamente com o art. 23.º do CIRC. Apesar de desconfiar do encadeamento temporal e cronológico das operações e da “poupança fiscal” assegurada com a dedução dos juros do financiamento da aquisição da A... sobre os proveitos operacionais da A... (pós fusão), não sustentou a correção fiscal no art. 38.º, n.º 2, da LGT ou no art. 73.º, n.º 10, do CIRC ou sequer no art. 63.º do CIRC (invocando uma quantificação excessiva dos juros entre sociedades em relações especiais). E o julgador, no contencioso fiscal, tem de se debruçar sobre o objeto do processo, tal como recortado pela fundamentação, sob pena de ilegal fundamentação *a posteriori* e intromissão no poder dever do poder executivo.

E, para finalizar, o art. 23.º do CIRC não se reconduz a uma norma antiabuso, que pudesse ser utilizada em substituição do art. 38.º, n.º 2, da LGT, art. 73.º, n.º 10 do CIRC ou art. 63.º do CIRC. Cada norma tem um conteúdo prescritivo diverso – e o art. 23.º do CIRC não funciona como uma norma anti abuso substitutiva daqueles outros preceitos. O art. 23.º do CIRC limita o seu raio de ação à não dedução fiscal dos gastos assim contabilizados, mas que, quando contraídos (ou os investimentos efetuados) não se inserem no interesse económico da Sociedade, mas servem interesses extra societários, dos administradores ou de terceiros. Suponhamos que uma Sociedade suporta os juros de um financiamento por si contraído para efetuar um investimento apenas em benefício privado de um sócio ou administrador (e isso não é reconduzido a um rendimento em espécie da pessoa singular). Ou que se financia na banca para entregar essa quantia financeira a terceiro, sem qualquer contrapartida, fora do grupo ou fora do seu objeto social. Nesses casos, os juros que vier a suportar com esses fundos não são fiscalmente dedutíveis porque não foram (*ab initio* e para sempre) aplicados na exploração da Sociedade.

O caso dos autos é totalmente diverso. Os capitais alheios foram aplicados na exploração; e caso se pretendesse invocar que todas as operações se reconduziriam a um abusivo esquema de encadeamento de operações, ainda que lícitas sob o ponto de vista civil, para obter-se um ganho fiscal – o que nalguns passos da inspeção é isso o que fica subentendido – então a fundamentação não se teria de socorrer do instituto do art. 23.º do CIRC mas, como se explicou já, de outros institutos à mercê da lei fiscal para tentar alcançar tal resultado corretivo.

*

A argumentação exposta basta para se proceder à anulação da liquidação impugnada. Não é assim necessário explorar os demais argumentos expostos pela impugnante (repercussão da neutralidade fiscal da operação de fusão sobre a dedução dos encargos financeiros decorrentes de empréstimos transmitidos por via de fusão neutra) e que decorrem dos demais processos judiciais (assistência financeira).

Fim da citação do processo 537/2016-T

*

A Requerida solicitou ainda a suspensão da instância (com oposição da Requerente), com imediato reenvio prejudicial do presente processo para o Tribunal de Justiça da União Europeia, na medida em que o tema contende com a aplicação da diretiva das fusões (Diretiva 2009/133/CE do Conselho), tal como foi, aliás, indicado pelo Requerente na sua Petição inicial, e seguindo o decidido noutro caso arbitral com matéria similar (dedução dos juros após fusão invertida), a saber no proc. 521/2017-T.

O Tribunal decidiu, como se viu, pela anulação da liquidação – e neste segmento decisório, a Sentença nunca contende com a hipotética violação da norma e direito comunitário. Advogou-se uma interpretação do art. 23.º do CIRC que não cria distorções fiscais à

operação de fusão com neutralidade fiscal: o juro era dedutível pré fusão e continua a ser fiscalmente dedutível após a fusão (tal como seria se não ocorresse esta operação de reestruturação). Logo, a interpretação do art. 23.º do CIRC, como preconizada nesta sentença arbitral, nunca pode redundar num obstáculo fiscal à neutralidade fiscal da fusão, qualquer que seja o sentido e alcance dessa neutralidade fiscal indicado pelo Direito Comunitário. Improcede assim o pedido de reenvio prejudicial.

*

Por fim, a Requerente solicitou, além da anulação da liquidação impugnada, que a AT fosse condenada a devolver o imposto pago ao abrigo do Dec. Lei n.º 67/2016 (PERES), 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 produzir a liquidação adicional de IRC – agora anulada – implicou um pagamento de imposto pelo contribuinte, afinal indevido e exigido apenas, por erro imputável aos serviços da AT (que efetuou uma liquidação de imposto ilegal).

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 dos pagamentos pelo contribuinte até integral devolução ao contribuinte do imposto por ele pago (cfr. também art. 24.º do RJAT e art. 100.º da LGT).

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 IRC e Juros compensatórios e de mora de 2013, no valor de 532.708,54€ (doc. n.º 2016...; n.º 2016...; n.º 2016...)

E, em consequência:

- b. Ordenar a devolução à requerente do IRC de 2013 por ela já pago ao abrigo do Regime previsto no Dec. Lei n.º 67/2016;
- c. Condenar a AT a pagar juros indemnizatórios à Requerente, à taxa legal, sobre as quantias referida no ponto anterior, desde o momento de cada pagamento até integral reembolso.

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 € 532.708,54€

Notifique-se.

Lisboa, 25 de Fevereiro de 2019

Os Árbitros

Fernanda Maças (árbitro Presidente)

Tomás Cantista Tavares (árbitro Vogal)

Jorge Carita (com declaração de voto de vencido)

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

Com todo o respeito pela posição que saiu vencedora neste Tribunal Arbitral Coletivo, voto vencido a presente Decisão, como já o fiz em anteriores processos em que estão em causa os mesmos factos e a mesma questão de direito, o que faço, nos seguintes termos:

I – Os Factos

1 - Está em causa o acto de indeferimento da reclamação graciosa apresentada contra a liquidação adicional de IRC e respetivos juros compensatórios e de mora, relativos ao exercício de 2013, da qual resultou um montante a pagar pela Requerente de € 532.708,54.

2 - **Sociedades envolvidas:**

a) Requerente – A...S.A.

b) D... SGPS, S.A – Accionista única da Requerente;

c) C..., S.A.¹ – Sociedade extinta face à fusão por incorporação na Requerente (tinha sido constituída em 24 de setembro de 2010, ao âmbito do Fundo, tendo como acionista única C... SGPS, S.A., que por sua vez era detida a 100% pelo Fundo).

3 - **Contratos:**

A) Contrato de suprimentos celebrado em 28.12.2010.

A C... concede à Requerente a título de suprimentos a quantia de € 13.600.000,00.

Finalidade: – Permitir à Requerente reforçar os meios financeiros da C... S.A.

B) Contrato de financiamento com a G... (Banco) celebrado em 28.12.2010.

Finalidade – Financiar o pagamento do preço do contrato de compra e venda celebrado em 28.12.2010.

Vendedora: B... SGPS S.A (acionista única da requerente).

Compradores: C... S.A. e F... S.A.

Acções transmitidas: A... (Requerente), H... e I... .

A tranche A deste empréstimo, no montante de € 19.500.000,00 destinou-se à aquisição das acções da Requerente pela C... .

Reembolso do Capital mutuado: 20 prestações trimestrais sucessivas – Início 28.03.2011, todas no montante de € 821.052,63 – última prestação: 28.12.2015 - € 3.900.000,00.

4 - Cláusula 20, n.º 3

Foi acordado ente a G... (Banco) e as mutuárias (C... S.A. e F...) – incluindo a C...– que estas fundir-se-iam com as sociedades adquiridas (incluindo a Requerente), no prazo máximo de 24 meses.

5 - Dados complementares

Entre 2010 – 2011, a Requerente participou nessa operação de reorganização societária, que terminou com a aquisição do seu controlo indireto por um Fundo de Investimento.

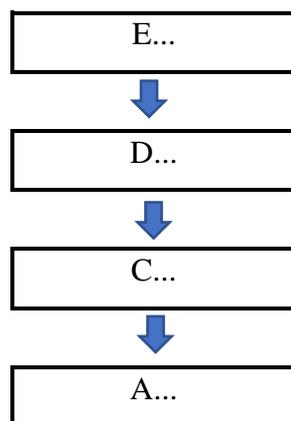
6 - Data da constituição da Requerente: 20.09.1997

Actividade – Transporte Rodoviário de mercadorias com entrega ao domicílio.

Tinha por acionista única até Dez 2010: B... SGPS

A partir de Dez 2010 a Requerente passou a ser controlada pelo Fundo

Esquema inicial das Participações



¹ A C..., que tinha objeto social – “Prestação de serviços administrativos e de apoio a empresas de transporte”. Iniciou a actividade em 24.09.2010 e extinguiu-se por fusão registada em 1.09.2011, não chegou a um ano do exercício da sua actividade de prestação de serviços.

7 - Em suma:

Origem dos fundos com os quais a C..., adquiriu a totalidade do capital social da Requerente:

A) € 13.600.000,00 – Suprimentos concedidos pela sua acionista única D... (taxa de juro **15%**).

b) € 19.500.000,00 – Empréstimo concedido pela G... (Taxa de juro **6%**).

8 - Em 30 de junho foi depositado o Projecto de Fusão, na modalidade de transferência global do património da sociedade incorporada (C... – acionista única da Requerente) para a sociedade incorporante (Requerente).

Essa transmissão inclui, naturalmente, a totalidade das acções que a incorporada (C...) possui na incorporante (Requerente).

Após a fusão, a Requerente assumiu na totalidade, e por efeito legal, os encargos decorrentes ao financiamento contraído pela C..., junto do Banco e da sua acionista única (D...).

9 - Despesas suportadas pela Requerente em 2013, após a aquisição de si própria:

Descrição	Valor
Juros G...	709.663,15 €
Comissão de gestão G...	32.842,11 €
Imposto do Selo	28.386,53 €
Juros suprimentos	2.266.006,14 €
TOTAL	3.036.897,93 €

10 - Em resultado da acção de inspeção, a AT desconsiderou os efeitos fiscais, nos termos do art.º 23, alínea c) do CIRC, destes encargos e adicionou o montante de € 3.036.897,93 ao valor dos prejuízos declarados para o exercício de 2013 (€ 1.113.074,70), passando a Requerente a apresentar um lucro tributável de € 1.923.823,23, da qual resultou um imposto a pagar de:

Imposto - € 532.708,54

Juros compensatórios - € 43.773,35

Juros de mora - € 34,42

Total - € 576.516,31

II – O Direito

1 - A Requerente alega, em síntese, nas palavras da Requerida na sua Resposta que, “... por meio de fusão por incorporação, a incorporante (Requerente) assumiu, por efeito exclusivo da lei e de modo imediato, a globalidade do património da incorporada, incluindo o direito de deduzir os gastos que apresentavam um nexo de causalidade económica com a atividade da sociedade incorporada antes da fusão.” (Resposta, art. 20, pág. 5).

2 - A Requerente concentra as suas críticas à posição da AT em dois aspectos principais.

Refere que a AT:

a) “ignora a racionalidade subjacente à operação da fusão”;

b) a posição da neutralidade que o direito fiscal assume, desrespeita o direito europeu, bem como os princípios constitucionais da liberdade de gestão fiscal, da neutralidade do direito tributário e da tributação pelo lucro real.

3 - Racionalidade da operação de fusão.

A Requerente assume a defesa da leveraged buy-out ou simplesmente LBO, como uma técnica intocável, cujos efeitos e consequências ninguém pode por em causa.

Parte do princípio de que a fusão por incorporação, cuja legalidade é aceite pela própria AT, “corresponde ao exercício da autonomia privada e foi motivada por interesses legítimos ou razões económicas validas, deve ser interpretada no contexto específico em que se insere porque constitui um procedimento típico das transações de capital de risco que envolvem compras alavancadas (LBO)” (Vd. art.º 56 do Requerimento inicial, pág. 13)

Ou seja - dizemos nós - , a sociedade que desenvolve uma actividade comercial lucrativa, como é a geradora de recursos, libertando meios financeiros consideráveis, acorda com os accionistas que a pretendem comprar, que eles a comparem por um valor considerável, mas que não vale a pena preocuparem-se com os custos da aquisição, porquanto, no final, quem os vai suportar é ela própria.

Ou seja: “poderão os meus accionistas endividarem-se à vontade para me comprarem, porque eu depois assumo esses custos e o fisco também os aceita como custo fiscal!!!

E isto, não surge por acaso, está desde logo combinado à partida².

4 - E depois não deixa de ser curioso que a Requerente diga que tudo isto resulta das consequências naturais da fusão por incorporação, quando foram eles próprios a escolher essa modalidade para este esquema (não é preciso aplicar CGAA, basta desconsiderar os custos).

² Não sei porque é que eu não me lembrei disto mais cedo, pois teria criado uma sociedade veículo, comprado a ..., antes dos ... terem dado cabo dela, as empresas de energia e as seguradoras, antes dos chineses tomarem conta, e a ..., antes dos franceses lucrarem milhares de euros com ela.

Pois se a compra da ..., efectuada pela minha Hodling pessoal, seria paga pela própria ..., a da ..., da ..., da ..., por cada uma delas, e a da ..., justamente pela própria ... e evita-se a maçada dos franceses estarem sempre a aumentar as taxas aeroportuárias...

Ah, já me esquecia – Foi imposição do Banco Credor (Vd. art.º 60 do RI)

Pois, neste era moderna já não conta a capacidade financeira, o risco, a liquidez, a solidez de quem se endivida para comprar, mas curiosamente de quem é comprado (Vd. art.º 61 do RI), ou melhor de quem se endivida para ser comprado.

Chama-se “liberdade negocial”, onde ninguém se pode meter, muito menos o Fisco.

É curioso quando a Requerente afirma que: - “... o mecanismo escolhido para a sua realização não se conexas essencial ou principalmente com razões fiscais...” (Vd. art.º 62 do RI).

Pois está claro, se os juros aqui em causa não viessem a ser considerados custo fiscal, teriam que arranjar outro “procedimento” inspirados pela grande “liberdade negocial”, e que, do mesmo modo, nunca estaria conexas com razões fiscais.

5 - Não deixa de ser curiosa a defesa da fusão invertida feita nestes moldes pela Requerente:

“A fusão inversa (ou invertida) constitui uma modalidade de fusão aceite no domínio do direito societário – onde vigora o princípio da autonomia privada – cujos efeitos são reconhecidos pelo direito fiscal, nomeadamente para fins de aplicação do regime da neutralidade, sendo que as restrições à neutralidade fiscal das fusões deste tipo estão relacionadas com as motivações subjacentes, que não podem ter como objetivo a evasão fiscal e sim ser ditadas por razões económicas válidas, incluindo nestas as razões de ordem fiscal.”

6 - E, assim, passamos para a neutralidade fiscal da fusão e para a apreciação da indispensabilidade dos gastos.

Efectivamente, a AT entende que *“Logo, os gastos incorridos com aqueles financiamentos não podem ser considerados indispensáveis para a prossecução da atividade empresarial exercida pela Requerente, porque deixou de ser possível estabelecer qualquer nexó de causalidade económica entre os mesmos e a obtenção de rendimentos ou a manutenção da fonte produtora da entidade que os suporta;”*

E por outro lado:

“Mas não se descortina qual é a base legal em se sustenta a consideração (cfr. artigos 109.º e 151.º do pedido arbitral) de que o regime fiscal especial aplicável à fusão comporta a transposição automática para a esfera da sociedade incorporante (beneficiária) do tratamento fiscal conferido, na esfera da sociedade fundida aos gastos suportados com os passivos (ou ativos) transferidos;”

Relevando esta conclusão:

“Efectivamente, como já foi assinalado, a incorporação pela Requerente da sociedade que era sua acionista única e a conseqüente entrega da totalidade das suas partes sociais à sociedade D... teve como conseqüência que os encargos suportados com os passivos contraídos para a aquisição daquelas participações passassem, após a fusão, a estar inseridos num contexto empresarial distinto.”

7 - De seguida a AT, depois de referenciar a essência dos contornos do regime da neutralidade fiscal associada à fusão (art.º 77 da R), conclui que a Diretiva 2009/133/CE não regula a dedutibilidade dos encargos financeiros, pelo que a posição defendida pela AT nesta situação não constitui qualquer desrespeito pelo direito europeu, pelo que a dedutibilidade dos encargos financeiros deve ser tratada de acordo com os normativos da lei nacional, ou seja, de acordo com o disposto no n.º 1 do art.º 23.º do CIRC (Vd. art.º 78 e 80 da R), embora acabe por solicitar o Reenvio Prejudicial para o TJUE.

8 - A Requerente entende que esse reenvio não deve ser efectuado.

Nestas situações, não se nega os efeitos societários, assunção de direitos e deveres, inerentes às fusões, mesmo que invertida, com transmissão do património, activo e passivo, da sociedade mãe, para a filha, incorporando a filha a mãe, embora num autêntico “parricídio no feminino”.

Mas a Requerente insiste muito nesta técnica.

O que não vale é levar por arrasto da fusão, no que diga respeito às suas consequências fiscais, regime da neutralidade e as Diretivas Comunitárias, a obrigatoriedade de continuar a considerar custos fiscais, juros, só porque já o eram, e que tal consequência resulte de todo o processamento natural da fusão.

É, por isso, que é abusivo considerar-se que um gasto que apresenta um nexo de casualidade económica com a actividade da sociedade incorporada antes da fusão – tem que manter esse nexo após a fusão, quando as realidades, antes e depois, são completamente diferentes (Vd. art.º 91 do RI, pág. 21)

É como se tirassem uma fotografia antes e uma depois, para se verificar as diferenças quando não há dúvidas que elas existem.

E refere a Requerente:

“A realização da fusão é igualmente relevante na medida em que os capitais alheios a que estão ligados os encargos financeiros deduzidos pela sociedade incorporante (Requerente) e que estão na génese da controvérsia foram integralmente aplicados num momento anterior à operação, dado que os fundos mutuados pela banca e pela acionista única se destinavam e foram efetivamente utilizados na aquisição da totalidade do capital da incorporante (Requerente) pela incorporada (C...)” (Vd. art.º 92 do RI pág. 21)

Só porque os capitais foram aplicados antes da fusão, não quer dizer que os juros suportados depois da fusão tenham que ter/manter o mesmo tratamento fiscal, quando as realidades são tão distintas, antes e após a fusão.

Importa ainda referir que a jurisprudência citada e transcrita por ambas as partes, tem naturais contradições entre si e está longe de ser absolutamente pacífica.

Transcrevo a este respeito o voto de vencido do subscritor no processo 120/2017-T:

“Votei vencido, porque os argumentos para dar suporte à tese da não indispensabilidade dos custos referentes ao preço que uma sociedade paga para se adquirir a si própria, não me convenceram.

Mas revejo-me na primeira onda de Decisões Arbitrais (Proc. 14/2011-T, 87/2014-T) e do mesmo modo nos votos de vencido mais recentes (Proc. n.º. 92/2015-T, 93/2015-T e 88/2016-T) que não conseguiram vislumbrar a absoluta indispensabilidade de tais gastos, suportados relativamente a um activo, a propriedade dela própria, infelizmente desaparecido aquando da fusão face à sua própria natureza.

Torna-se evidente que em todas estas decisões participaram dos melhores especialistas em direito fiscal actualmente em colaboração com o CAAD.

Não consigo compreender que numa empresa que revelava no exercício de 2008 modestos custos financeiros mensais, passe, após uma operação de fusão invertida de um grupo (para além de tudo o que foi feito antes para ali se chegar), a suportar quase 10 milhões de euros no primeiro ano, que a Autoridade Tributária tem que continuar a aceitar como dedutíveis para efeitos fiscais, nos anos seguintes e no que diz respeito a 2012, face a esta decisão do Tribunal.

É notável a constatação da evolução do lucro tributável da Requerente antes da fusão e depois da fusão, como bem consta do RIT e que aqui se transcreve:

Mat Colectável 2005	4.761.972,91 €
Mat Colectável 2006	8.843.208,32 €
Mat Colectável 2007	10.369.376,60 €
Mat Colectável 2008	7.645.442,00 €

Mat Colectável 2009	234.135,10 €
---------------------	--------------

E pagar os juros devidos pelos empréstimos contraídos pela “mãe” para comprar a “filha” e aceitar fiscalmente como custo da filha, é tal e qual o mesmo que comprar matéria prima para fabricar e vender sucatas e desperdícios metálicos!!!

Tudo se passa, efectivamente, como se a actividade da Requerente fosse a sua própria aquisição, como diz a AT noutros processos em que está em causa igual situação, ou melhor, os custos “dizem respeito à sua Auto-aquisição”.

E toda a gente sabe que isto é mesmo assim e que é próprio, é inerente a qualquer uma aquisição de LEVERAGED BUYOUT (LBO), que constitui um mecanismo utilizado para tornar custos inadmissíveis em eficiência fiscal. (Não é preciso ir pela aplicação do CGAA, bastava não aceitar estes juros como custo).

E também não se diga que o carácter de indispensabilidade dos custos, deve ser aferido quando a dívida é contraída, esquecendo por completo o momento em que os juros são efectivamente suportados (adeus princípio da especialização dos exercícios, e para já não falar do sempre necessário nexos de causalidade entre custos e proveitos).

Efectivamente, tenho dificuldade em aceitar que os juros contraídos por uma sociedade para adquirir outra sociedade na qual ela própria se veio a incorporar, possam vir a ser aceites para efeitos fiscais.

E, se não tenho dúvidas de que no momento em que a dívida foi contraída os respectivos encargos eram um custo para efeitos fiscais, já tenho dúvidas que o possam continuar a ser após a fusão (invertida) e que ainda para mais que haja quem entenda que se o eram nesse momento, em que foram contraídos “*terão que o ser para sempre...*” (posição da Requerente no Proc. n.º 88/2016-T, pág. 7), independentemente das mudanças que ocorrerem, incluindo a fusão, ainda para mais invertida (ninguém dúvida que a fusão é uma operação prevista na lei e não está aqui em causa a aplicação de uma CGAA, mas sim a aplicação do art.º 23 do CIRC).

Como é que se pode referir que “... *os gastos com juros em questão, correspondem a capitais alheios que foram aplicados na exploração da entidade que os suporta*” (Proc. n.º 88/2016-T, pág. 9), quando eles serviram para que terceiros adquirissem precisamente a sociedade que actualmente os suporta.

Custa-me a compreender!!! Confesso.

Seria o mesmo que no âmbito de uma reestruturação societária, abrangida pelos benefícios fiscais no art.º 60.º do Estatutos dos Benefícios Fiscais, da qual constam uma fusão invertida, depois das isenções de IMT, IS, etc., ainda se viessem a considerar os juros de um idêntico endividamento, como custo fiscal da sociedade filha, que incorpora a mãe que a comprou.

Como é que se afirma que os capitais alheios foram aplicados na exploração pela sociedade incorporante, quando ela não comprou o capital social de qualquer outra sociedade!!!

Diz-se que importa averiguar “... *a afectação efectiva e concreta do financiamento de que os juros suportados são a remuneração ou, por outras palavras importa verificar o destino ou uso dos fundos obtidos em relação aos quais o sujeito passivo pretende deduzir fiscalmente, ..., os juros e demais encargos associados que suportou.*” (Decisão citada, pág. 11/12)

Mas qual é a dúvida?

Não serviram os financiamentos para pagar o preço de aquisição da Requerente por parte da sociedade que nela se veio a incorporar. Os juros decorrem do endividamento de terceiros, tendo a dívida sido contraída antes da fusão.

Desse modo, a sociedade está a pagar aos seus próprios accionistas (ou parte deles, dependendo da relação de troca de fusão) o preço de aquisição das acções dela própria.

Nos processos do CAAD que analisei e que estão escalpelizados na presente Decisão, não posso, por isso, deixar de subscrever a Declaração de Voto subscrito pelo Dr. António Brás Carlos (Proc. n.º 88/2016-T), nomeadamente quando ele manifesta a sua discordância relativamente à tese do prolongamento da existência da sociedade incorporante.

Por seu turno, a síntese factual ali efectuada deixa a nu o propósito de toda a operação, colocando naturalmente em causa que os juros suportados possam continuar a ter relevância fiscal no período pós-fusão.

Categórico o ponto 8 desta declaração de voto, que aqui transcrevo, com a devida vénia:

“8. Todos os passos da operação estão inseridos na mesma “unidade de intenção e ação” e são, desde o início, unicamente dirigidos ao objectivo referido no número anterior. Objectivo 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 para mim claro que não poderia, após a fusão, passar a considerar-se que tais financiamentos eram para si indispensáveis para efeitos do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC.”

Razão tem o Dr. António Brás Carlos quando refere em síntese final (ponto 10) que a decisão ali em causa naquele processo não respeita, antes contrariando ostensivamente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STA/TCA).

“10. 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 n.º 1 do artigo 23.º 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. n.º 5327/12 e proc. n.º 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. n.º 6754/13);”

Importa, igualmente, ter em conta neste contexto o Voto de Vencido do Prof. João Menezes Leitão nos Processos n.ºs 92/2015-t e 93/2015-T.

Aqui se reitera a referência à jurisprudência dos Tribunais Tributários que consagram que *“os custos (...) não podem deixar de respeitar, desde logo, à própria sociedade contribuinte. Ou seja, para que determinada verba seja considerada custo daquela é necessário que a actividade respectiva seja por ela própria desenvolvida, que não por outras sociedades”* (Acórdão do STA de 30.05.2012, Proc. 0171/11).

É por isso vasta a análise da jurisprudência que fazendo uso da leitura correcta do princípio da indispensabilidade de custos, leva a que da sua aplicação resulta a não indispensabilidade daqueles que em tais Decisões estão em causa (92/2015-T e 93/2015-T)

“... que esses gastos não respeitam à actividade desenvolvida pela própria sociedade contribuinte, carecem de relação com a actividade prosseguida pelo sujeito passivo, não foram incorridos no interesse da empresa, na prossecução das respectivas actividades, são estranhos à actividade da empresa, não é possível descortinar neles qualquernexo causal com os proveitos ou ganhos, explicado em termos de normalidade, necessidade, congruência e racionalidade económica, foram incorridos para além do objectivo social, ou seja, na prossecução de outro interesse que não o empresarial.” (sublinhado meu). Será que não chega!!!

Também tenho que concordar com o Prof. Menezes Leitão quando ele refere que:

“... assumir os indicados gastos de financiamento a Requerente fica obrigada a desviar recursos extraídos do seu património, que deveriam ser destinados à prossecução da sua actividade e à realização do seu objecto social, para o pagamento da dívida e dos encargos financeiros respeitantes à aquisição das participações sociais no seu capital por outrem.” (pág. 62 e 63 da Decisão)

Com aplicação *ipsis verbis* ao caso nos autos!!!

E se a empresa não tiver suporte financeiro para suportar encargos desse montante (juros de milhões) e entrar em processo de insolvência?!!

“Sendo assim, os referidos custos financeiros não têm enquadramento na definição de custos e perdas (gastos) para efeitos de determinação do lucro tributável, uma vez que a assunção dos encargos em causa foi determinada por motivações empresariais no âmbito de uma política de interesses particulares ditada pelos responsáveis das sociedades interligadas e que só a eles diz respeito, e, nessa conformidade, tais custos não devem ser havidos por indispensáveis, em harmonia com o estatuído no art. 23º do CIRC”.

Razão pela qual não posso acompanhar a douta decisão proferida.

O bem fundado Relatório da Autoridade Tributária merecia melhor destino.”

Finalmente, umas pequenas notas sobre o texto específico da Decisão proferida neste Processo.

i). Na alínea i) do Probatório está apenas dado como provada a transmissão do passivo, sem qualquer referência à transmissão do ativo, sendo que se mais tarde se invoca que tudo isto é muito próprio da fusão, então pela fusão “extingiram-se as sociedades incorporadas [...], transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante” (art.º 112º, al. C) do Código das Sociedades Comerciais. (com sublinhado nosso)

Por isso, não vejo, como não dar igualmente como provado que os direitos se transmitem igualmente, mas para terceiros, que não a Requerente.

Poderia, por exemplo, concluir a parte final desta alínea i) com o seguinte:

“, sem que os ativos lhe tenham sido transmitidos.”

Então, provavelmente, neste caso não estamos perante uma fusão, porque os Direitos não foram transmitidos para a sociedade incorporante, só as Obrigações.

ii). Com o devido respeito, não concordo que a Diretiva reconheça a neutralidade fiscal absoluta a estas operações de reestruturação empresarial, como se afirma na pág. 7, penúltima linha da Decisão.

O que a Diretiva faz a estas e às outras operações, é dizer o que não se tributa para que possa haver neutralidade. Mas ela não é absoluta e manifestamente relativa.

iii). Na pág. 11, 1.º parágrafo, depois de se referir que:

“Extingue-se a sociedade incorporada, sem dúvida; mas transmitem-se todos os direitos e obrigações para a Sociedade incorporante, que prossegue a atividade da “falecida”, não corresponde integralmente à realidade, pelas razões que já se referiu em i). desta nota.

Primeiro, porque se transferem todas as obrigações, mas não todos os direitos (as ações e os direitos que elas representam vão para terceiros e não são transferidos para a Requerente).

Segundo, porque a sociedade incorporada deixa de desenvolver a atividade da incorporante, que era “prestação de serviços administrativos e de apoio a empresas de transporte”, não havendo no processo evidência desse facto.

A não ser que também se considere como tal os serviços administrativos que ela presta a ela própria e no apoio à sua própria atividade, porque relativamente ao apoio a terceiras empresas, após a fusão, não há qualquer registo desse facto no processo.

iv). Quando se diz no pág. 12, 2.º parágrafo que os juros foram aplicados na exploração, importa considerar que após a fusão a exploração não é a mesma.

v). No 1.º Paragrafo da pág. 13 volta a afirmar-se que a “transmissão de todos os direitos e obrigações da incorporada...”, quando na realidade os únicos direitos (ações) que estavam na origem das únicas obrigações (juros) assumidas, não foram transmitidas. Essa realidade é de certa forma e com todo o devido respeito, escamoteada na Decisão e não o deveria ser.

vi). Pág. 13, 3.º parágrafo.

O exemplo dado relativamente à máquina não ajuda a reforçar a minha modesta posição relativamente a este assunto. Senão vejamos.

Os juros de um empréstimo destinado a comprar uma máquina que depois é “abandonada”.

Esta situação é completamente diferente daquela que acontece no nosso caso.

Aqui, as ações da Requerente, propriedade da “C...”, não desaparecem, foram transmitidas a terceiros.

Ou seja, há uma terceira entidade que vai beneficiar no futuro da distribuição de dividendos da Requerente, ou vai obter uma mais-valia quando as revender.

As ações não foram “abandonados”.

Estão até em boas mãos e vão ser muito proveitosas.

Não foram “desligadas”.

Estão bem vivas e valiosas.

Mas temos um exemplo melhor.

A D... SGPS, S.A. detentora final da totalidade do capital social de Requerente e credora dos juros dos suprimentos, que efetuou na sociedade incorporada na Requerente (C...) e que esta (Requerente) assumiu como encargo seu, decide contrair um financiamento bancário para ocorrer ao aumento de capital social da sua participada (Requerente/A...), o que foi concretizado.

Com tal empréstimo suporta juros de 100 mil euros ano.

Como a Requerente ainda não distribuiu dividendos, a D... tem dificuldade em suportar esse encargo.

Fácil!!!

Promove uma fusão invertida com a Requerente, que a incorpora e os juros em causa, que já eram custo fiscal, continuam a sê-lo, mas agora da única sociedade no meio destas todas que foram chamadas a intervir neste processo (algumas criadas de raiz com este propósito), que gera lucros e possui liquidez – A Requerente. Sempre e tão só a mesma!!!

E, assim, o tal fundo E... passa a ser o acionista único da Requerente, Requerente essa que paga os seguintes juros:

- a) Ao Banco que financiou a sociedade incorporada para que ela própria fosse comprada;
- b) Deixa de pagar a si própria, porque incorpora a sociedade que era credora desses juros, os juros dos suprimentos;
- c) Ao Banco que financiou a sua acionista única para ocorrer ao seu aumento de capital social.

Razões estas pelas quais, não posso acompanhar a douda decisão proferida no âmbito deste processo.

(Jorge Carita)