

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 142/2022-T

Tema: IRC – Fusão invertida – gastos de financiamento – art. 23.º do CIRC.

SUMÁRIO:

I - A fusão – inversa ou não - implica a transmissão dos direitos e obrigações da sociedade incorporada para a incorporante, beneficiando a fusão inversa do mesmo regime jurídico tributário da neutralidade fiscal;

II – Um gasto dedutível para efeitos de apuramento do lucro tributável da sociedade incorporada, nos termos do artigo 23.º do CIRC, mantém essa dedutibilidade após a fusão ao nível da sociedade incorporante;

III – Assim, se os juros derivados de um financiamento eram fiscalmente aceites previamente à fusão também o serão após a fusão.

Os árbitros Vítor Calvete (árbitro-presidente), Cristina Aragão Seia e Cristina Coisinha, (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A contribuinte A..., S.A., pessoa coletiva n.º..., com sede na ..., n.º ..., ..., ...-... Lisboa , doravante “a Requerente”, apresentou, no dia 3 de julho de 2022, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Coletivo, nos termos dos artigos 2º, 1, a), e 10º, 2 do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 66-

- B/2012, de 31 de Dezembro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante “RJAT”), e dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).
2. A Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade das correções ao lucro tributável de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“IRC”) de 2017 no montante de EUR 448.790,75 e de 2018 no montante de EUR 782,31 operadas pela Administração Tributária, e consequente anulação da liquidação adicional de IRC e juros compensatórios n.º 2021..., de 16 de dezembro de 2021, referente ao ano de 2017, no montante global de EUR 127.747,04.
 3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.
 4. O Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Coletivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação.
 5. O Tribunal Arbitral Coletivo ficou constituído em 20 de maio de 2022; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
 6. Nos termos art.º 17.º do RJAT, foi a AT notificada, em 22 de junho de 2022, para apresentar resposta.
 7. Em 26 de maio de 2022 a AT respondeu, por impugnação, defendendo que o pedido deve ser julgado improcedente.
 8. Por despacho de 4 de julho de 2022, dispensou-se a reunião prevista no art. 18º do RJAT e as partes foram notificadas para apresentarem alegações escritas, indicando-se como data-limite para a prolação e comunicação da decisão arbitral o prazo previsto no n.º 1 do artigo 21.º do RJAT.
 9. As Partes apresentaram alegações mantendo, no essencial, a posição anteriormente assumida.
 10. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias, e têm legitimidade.
 11. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
 12. O processo não enferma de nulidades.

II - Objeto dos autos

A sociedade B..., SARL (B...), constituída por fundos geridos pela C..., constituiu em Portugal a sociedade "D..., SA" (D...), que em 20-05-2014 adquiriu a totalidade do capital da A... à E... . Simultaneamente, a B... concedeu um suprimento à D... para esta proceder à aquisição da participação na A... .

Em 2015 a sociedade "F... Limited" constituiu em Portugal a sociedade "G..., S.A." (G... Portugal), que ainda no ano de 2015 acordou com a B... comprar-lhe 100% do capital da D..., bem como o suprimento concedido pela B... à D... .

Em 22-12-2015, a A... incorporou por uma operação de fusão inversa a sua detentora, a D... .

Os serviços da Divisão de Inspeção Tributária VI da Direção de Finanças de Lisboa levaram a cabo uma ação de inspeção tributária à Requerente, de âmbito parcial, respeitante aos exercícios de 2017 e 2018, e em dezembro de 2021 os Serviços de Inspeção Tributária da Direção de Finanças notificaram a Requerente do Relatório Final de Inspeção Tributária que sufraga o entendimento de estar vedado à Requerente a possibilidade de deduzir no apuramento do seu lucro tributável, após a fusão inversa, um custo financeiro com juros suportados com um financiamento obtido pela D... antes da fusão, gasto este que seria da D..., sustentado na falta de enquadramento deste gasto no artigo 23.º do CIRC, ou seja, os gastos financeiros não podem ser aceites fiscalmente na esfera da A... por não estarem relacionados com a atividade por si exercida nem contribuíram para a realização de rendimentos sujeitos a IRC.

Logo, a AT propôs um acréscimo de € 448.790,75 para efeitos de apuramento do lucro tributável de 2017 e um acréscimo no montante de € 782,31 para efeitos do apuramento do lucro tributável de 2018.

III – Posição das Partes

A. Posição da Requerente

A Requerente questiona a legalidade das correções efetuadas pela AT respeitantes à rejeição da dedutibilidade fiscal dos custos financeiros suportados pela Requerente após a concretização de uma operação de fusão inversa e, por via disso, a legalidade das liquidações de imposto e juros compensatórios, e discorda da posição sufragada pela AT na liquidação adicional suportada, exclusivamente, na interpretação e aplicação do critério consagrado no artigo 23.º do CIRC.

A fusão por incorporação, cujo regime legal está previsto no artigo 73.º n.º 1 alínea a) do CIRC e artigo 97.º n.º 1 do CSC, caracteriza-se pela integração global dos elementos patrimoniais, direitos e obrigações da sociedade incorporada na sociedade incorporante, em consequência da transformação das sociedades envolvidas.

É entendimento jurisprudencial e doutrinal, consolidado, que a extinção da personalidade judiciária da sociedade incorporada não implica a extinção das posições jurídicas ativas e passivas relacionadas com a sua atividade económica, as quais, atenta a continuação da atividade económica da sociedade incorporada, integram a esfera jurídica da sociedade incorporante mantendo-se inalteradas.

Assim, os custos com financiamentos anteriormente obtidos passam a integrar, em conjunto com os demais elementos patrimoniais, direitos e obrigações dessa sociedade, por força da fusão por incorporação, a esfera jurídica da sociedade incorporante. Ou seja, um gasto dedutível para efeitos de apuramento do lucro tributável da sociedade incorporada, nos termos do artigo 23.º do CIRC, mantém necessariamente essa dedutibilidade após a fusão, desta feita, ao nível da sociedade incorporante.

Ademais, a dedutibilidade fiscal do custo depende, apenas, de uma relação causal e justificada com a atividade da empresa, ficando de fora apenas os atos de gestão desconformes com o escopo social, que visam a prossecução de outro interesse que não o empresarial. Entendimento acolhido pela reforma do IRC operada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que veio substituir o requisito da indispensabilidade dos gastos para realização de rendimentos tributáveis ou a manutenção da fonte produtora pelo atual requisito constante do

artigo 23.º do CIRC – menos exigente – de gastos incorridos ou suportados para obtenção ou garantia de rendimentos tributáveis em IRC.

Sendo apenas necessário, nos termos e para os efeitos do artigo 23.º n.º 1 do CIRC, que o custo em causa resulte de um ato de gestão que se enquadre no âmbito da atividade empresarial concretamente prosseguida pelo sujeito passivo de IRC, é evidente que a relevância fiscal como gasto do encargo financeiro terá de ser aferida no momento em que o financiamento é contraído. Dito de outro modo, é imperativo analisar a operação subjacente que deu origem aos encargos financeiros, dependendo a sua dedutibilidade da conexão da respetiva obrigação com a atividade empresarial prosseguida, aferida no momento em que essa obrigação nasce e não do momento em que os juros se vencem ou são pagos.

Socorrendo-se da doutrina e jurisprudência recentes, conclui a Requerente que tendo o financiamento sido concedido para aquisição de uma sociedade que, num momento posterior, veio a ser incorporada por fusão na adquirente, tal operação de fusão não tem a virtualidade de transformar um gasto dedutível, nos termos do artigo 23.º do CIRC, num gasto não dedutível.

A admissibilidade da dedução para efeitos fiscais dos encargos financeiros resultantes de um financiamento depende da conexão com os rendimentos existente no momento em que a obrigação destes nasce – *in casu* a obtenção do financiamento que a eles dá lugar – e não do momento em que estes se vencem ou são pagos.

Se antes da fusão os acionistas detinham a Requerente de forma indireta, após a operação de fusão passaram a detê-la diretamente, ou seja, os acionistas detinham participações sociais numa sociedade endividada e essa situação não se alterou após a fusão.

B. Posição da AT

Para a AT a questão decidenda resume-se a saber se a Requerente, na qualidade de sociedade incorporante, pode efetuar a dedução daqueles encargos financeiros na determinação do lucro tributável.

A operação, no seu todo, é qualificada como fusão no quadro de *leveraged buy-out* ou *merger LBO*, caracterizada pela aquisição financiada predominantemente com dívida, em regra, por intermédio de uma sociedade-veículo, de uma participação total (ou maioritária) no capital de uma sociedade operativa (alvo), seguida de uma transferência – por fusão – do endividamento contraído para a própria sociedade adquirida, por forma a que seja esta sociedade “a suportar o custo económico- financeiro da sua aquisição”, daí resultando um aumento significativo do seu coeficiente de endividamento com o consequente resultado de alavancagem financeira sobre o seu património social.

Conforme referido no RIT, ao contrário do que acontece na fusão por incorporação tradicional, os elementos patrimoniais que originaram os encargos financeiros em apreço (os ativos, a totalidade das ações representativas do capital da A...), não são transferidos para a sociedade beneficiária, mas sim para os seus acionistas.

A neutralidade da operação de reestruturação no modo de fusão não deve implicar, sem mais, a transmissibilidade de todos e quaisquer gastos fiscais, mas apenas daqueles que se relacionem com os elementos patrimoniais transmitidos.

Nesta operação é evidente que há elementos patrimoniais que não são transmitidos para a sociedade beneficiária mas sim para os seus acionistas, daí que os correspondentes gastos associados não devam ser relevados na esfera fiscal da A..., uma vez que os rendimentos a eles associados, porque se tratam de lucros distribuídos/a distribuir aos acionistas e mais e menos valias realizadas derivadas da alienação onerosa de partes de capital, também não vão manifestar-se na sua esfera económica e fiscal, mas sim na esfera económica e fiscal daqueles outros (acionistas da A...).

O artigo 23.º n.º 1 do CIRC exige um juízo sobre a indispensabilidade dos gastos suportados, o que implica que seja verificado o seu contributo para a obtenção dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora. Defende a AT que, por força deste preceito normativo, na determinação da matéria coletável de cada sujeito passivo não são aceites todos e quaisquer gastos, mas apenas os que se mostrem indispensáveis à realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora.

Portanto, para que os encargos financeiros suportados sejam aceites como gasto fiscal é necessário que os mesmos preencham três requisitos: a comprovação (justificação), a indispensabilidade e, ainda, o da ligação a proveitos ou ganhos sujeitos a imposto.

Aceitar-se a dedutibilidade dos encargos financeiros associados ao financiamento da aquisição das participações sociais das sociedades, cujas atividades geram os rendimentos e ganhos que possibilitam a dedução aqueles gastos, seria negar o princípio do balanceamento entre gastos e rendimentos que se encontra ínsito no n.º 1 do art. 23.º do Código do IRC.

Com esta operação de fusão, as ações da A... antes detidas a 100% pela D..., passaram a ser integralmente detidas pelos acionistas da D..., ou seja, pela G... e pela B..., nos termos do referido acordo, por isso, com a fusão, a A... passou a suportar gastos no interesse dos seus acionistas, os beneficiários efetivos dos rendimentos resultantes da titularidade das ações da A..., o que não está conforme com o seu escopo social.

O regime especial de neutralidade fiscal, na sua essência, consubstancia-se, por um lado, num regime de diferimento da tributação das mais-valias ou menos valias e outros resultados apurados, na sociedade incorporada, por motivo da transferência dos elementos patrimoniais em consequência da fusão (cfr. n.º 1 do art.º 74.º do Código do IRC) e, por outro, na adoção em matéria de determinação do lucro tributável da sociedade incorporante (cf. n.º 4 do art.º 74.º), no respeitante aos elementos patrimoniais transferidos, no seguimento das mesmas regras de depreciação ou amortização, a par da transmissibilidade dos prejuízos fiscais, nas situações em que a lei o permite.

Para a AT aceitar-se a dedutibilidade dos encargos financeiros, como defende a Requerente, isso sim equivaleria a introduzir-se uma distorção no regime de neutralidade da fusão.

IV - Matéria de Facto

A. Factos provados

Com relevo para a decisão, consideram-se provados os seguintes factos:

1. A Requerente é uma sociedade comercial anónima, enquadrada no regime geral para efeitos de IRC, que desenvolve a sua atividade no âmbito da prestação de serviços de gestão integrada de créditos, incluindo análise, aconselhamento, gestão imobiliária, securitização e estruturação, entre outros serviços, tendo sido constituída em 2007 pela E... LIMITED, sociedade de Direito inglês.
2. A 20 de Maio de 2014, 100% do capital social da Requerente foi comprado pela sociedade de Direito português D..., S.A..
3. A 22 de Dezembro de 2015, no contexto de uma operação de fusão por incorporação, nos termos do artigo 97.º, n.º 4, alínea a), do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), a Requerente incorporou a referida D..., S.A. (Cfr. Doc. n.º 4 junto pela Requerente).
4. Esta operação de fusão ocorreu num processo de reestruturação e reorganização da atividade do grupo multinacional F... em Portugal.

«Esta reestruturação, no que respeita às sociedades do grupo sediadas em Portugal, decorre, entre vários factores, da entrada do grupo F... em Portugal através da constituição de uma sociedade holding –G..., S.A. –, que por seu turno adquiriu participações na sociedade D..., S.A., a qual detém totalmente a sociedade A..., S.A. [Requerente], o que resultou na duplicação de estruturas jurídicas independentes e redundantes e que geram ineficiências ao nível jurídico, fiscal, administrativo, pelo que existe necessidade de obter sinergias e de dotar a actividade do grupo de uma maior eficácia. Acresce que a redução de obrigações legais e dos custos inerentes, designadamente de obrigações contabilísticas e fiscais, ao mesmo que traduz uma política de desburocratização da actividade desenvolvida pelas sociedades, é igualmente uma forma de alcançar per se as desejadas sinergias e também eficiência e simplicidade [...]. A existência de duas sociedades como a D... e A... [Requerente] – detendo a primeira a totalidade do capital social da segunda, e constituindo essa detenção de capital social a única actividade e activo da D... –, representa uma redundância porquanto se podem prosseguir os mesmos resultados de actividade através da supressão da D..., replicando-se a estrutura accionista existente nesta na A... [Requerente] [...]. O acto de concentração projectado comporta assim inegáveis vantagens económico-financeiras na

perspectiva de reestruturação projectada nesta operação de concentração, [...] contribuindo desta forma também, ainda que indirectamente, para o reforço da competitividade da economia portuguesa, a qual necessita de dispor de empresas de cariz nacional capazes de contribuir eficientemente para o aumento do valor acrescentado interno».

(Cfr. projeto de fusão junto como Doc. n.º 5 pela Requerente)

5. Com a referida operação de fusão, todos os direitos e obrigações da D..., S.A. foram transmitidos para a Requerente, entre os quais uma dívida de suprimentos de Maio de 2014 à então acionista da sociedade incorporada B... S.A.R.L. – crédito este que, em Abril de 2015, cedido pela B... S.A.R.L. à G..., S.A..
6. No que concretamente respeita ao suprimento referido concedido a 20 de Maio de 2014 pela B... S.A.R.L. à D..., a Requerente suportou encargos financeiros no montante de EUR 448.790,75 em 2017 e no montante de EUR 782,31 em 2018. (Cfr. Doc. n.º 3 junto pela Requerente)
7. Em cumprimento das ordens de serviço n.ºs OI2019... e OI2019..., os Serviços da Divisão de Inspeção Tributária VI da Direção de Finanças de Lisboa levaram a cabo uma ação de inspeção tributária à Requerente, de âmbito parcial, respeitantes aos exercícios de 2017 e 2018.
8. Através de Ofício de 10 de novembro de 2021, dos Serviços de Inspeção Tributária da Direção de Finanças de Lisboa, a Requerente tomou conhecimento do projeto de correções do relatório final de inspeção tributária, de cujo conteúdo resultava, em síntese, o seguinte:

«Os gastos financeiros suportados pela A... [Requerente] com o financiamento obtido pela D... para a aquisição das acções da A... em nada se relacionaram com a actividade da A... e em nada contribuíram ou vão contribuir para a realização de rendimentos sujeitos a imposto [...]. Aquele financiamento, quando contraído, foi utilizado unicamente para o pagamento das acções da A... . Não faz parte da actividade da A... a sua própria aquisição [...]. Os gastos financeiros da D... com a aquisição da A..., por via da fusão inversa, transformaram-se em gastos financeiros da própria A... . Estes

gastos financeiros não poderão ser aceites fiscalmente na esfera da A... por não estarem relacionados com a actividade por si exercida nem contribuírem para a realização de rendimentos sujeitos a IRC, nos termos do número 1 do artigo 23.º do Código do IRC»

cfr. cópia do projeto de correções do relatório final de inspeção tributária.

9. Do projeto de correções do relatório final de inspeção tributária, resultam correções ao lucro tributável de IRC de 2017 no montante de EUR 448.790,75 e de 2018 no montante de EUR 782,31. (cfr. cópia do projeto de correções do relatório final de inspeção tributária).
10. No dia 29 de novembro de 2021, a Requerente exerceu o respetivo direito de audição prévia, manifestando a sua discordância com a posição sufragada pela Administração Tributária – cfr. cópia do requerimento relativo ao exercício do direito de audição prévia, junto pela Requerente como doc. n.º 7.
11. Através do Ofício n.º ..., de 6 de dezembro de 2021, dos Serviços de Inspeção Tributária da Direção de Finanças de Lisboa, a Requerente foi notificada do Relatório Final de Inspeção Tributária, de cujo teor resultava a conversão em definitivo do entendimento sufragado no referido projeto de correções. (cfr. cópia do Relatório Final de Inspeção Tributária).
12. Face às correções decorrentes do Relatório Final de Inspeção Tributária, foi liquidado adicionalmente o montante de IRC e juros compensatórios de EUR 127.747,04, nos termos da liquidação de IRC e juros compensatórios n.º 2021..., de 6 de dezembro de 2021, relativamente ao ano de 2017, resultando de tais atos tributários um valor total a pagar de EUR 129.611,22.
13. A Requerente procedeu ao pagamento integral da referida liquidação de imposto e juros compensatórios. (cfr. cópia de comprovativo do pagamento efetuado, junto como Doc. n.º 8).

B. Matéria não-provada

Com relevância para a questão a decidir, nada ficou por provar.

C. Fundamentação da matéria de facto

Os factos elencados supra foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos, e nos documentos juntos ao PPA e ao processo administrativo.

Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos relevantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. artigo 123.º, n.º 2, do CPPT e artigos 596º, n.º 1 e 607.º, n.ºs 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (cfr. art.s 13.º do CPPT, 99.º da LGT, 90.º do CPTA e art.ºs 5.º, n.º 2 e 411.º do CPC3).

Segundo o princípio da livre apreciação dos factos, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação aos factos alegados pelas partes, na sua íntima e prudente convicção formada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo, e de acordo com as regras da experiência (cfr. artigo 16.º, alínea e), do RJAT, e artigo 607.º, n.º 4, do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT).

Somente relativamente a factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, a factos que só possam ser provados por documentos, a factos que estejam plenamente provados por documentos, acordo ou confissão, ou quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (por exemplo, quanto aos documentos autênticos, por força do artigo 371.º do Código Civil), é que não domina, na apreciação das provas produzidas, o referido princípio da livre apreciação (cfr. artigo 607.º, n.º 5, do CPC, *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT).

Não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insuscetíveis de prova e

cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de facto acima consolidada, nem os factos incompatíveis ou contrários aos dados como provados.

V. Fundamentação quanto ao Mérito

A problemática jurídico-tributária subjacente à questão decidenda já foi objeto de análise em diversas decisões judiciais, designadamente pelo STA, podendo referir-se os acórdãos proferidos nos Processos n.ºs 0208/17¹ e 02176/15.3BEPRT 0915/17².

Também nos tribunais arbitrais a funcionar junto do CAAD, esta matéria foi objeto de apreciação e decisão, referindo-se a título meramente exemplificativo as decisões prolatadas nos processos n.ºs 92/2015-T, 93/2015-T, 88/2016-T, 491/2016-T, 537/2016-T, 560/2016-T, 606/2016-T, 729/2016-T, 110/2017-T, 120/2017-T, 143/2018-T, 610/2018-T, 191/2019-T, 470/2020-T, 222/2021-T, 223/2021-T, 500/2021-T, 768/2021-T e 102/2020-T, sendo que este último julgou procedente a pretensão da Requerente sobre a mesma fusão com invocação do mesmo normativo, e cuja fundamentação se seguirá de muito perto.

Com efeito, o CAAD foi chamado a pronunciar-se sobre a mesma situação reportada ao ano de 2015 no processo 102/2020-T tendo decidido pela ilegalidade da liquidação de IRC.

¹ 22-03-2018. Nele se escreveu, designadamente, o seguinte:

“Ressalta, assim, da sentença recorrida que as correções de IRC levadas a cabo pela recorrente não podem ser aceites porque o momento temporal para aferir da admissibilidade dos custos para efeitos tributários deve ser determinado pelo instante em que estes são gerados e não pelo momento em que são suportados no sentido de que se vencem ou são pagos, tendo a sociedade incorporada o direito a relevar tributariamente os gastos na sua matéria tributável, em sede de IRC, esse direito persiste, pela fusão, ope legis, na esfera jurídica da incorporante e entendimento diverso redundaria na violação do princípio comunitário da neutralidade fiscal das fusões.”

² 30-01-2019. Nele se escreveu, designadamente, o seguinte:

“Em suma, a sentença analisou a questão da dedutibilidade dos referidos custos à luz da fundamentação que alicerçava as impugnadas correções, tendo julgado que os encargos assumidos pela sociedade incorporada e que por força da fusão passaram a ser suportados pela sociedade incorporante podiam relevar como custo fiscal para a determinação da matéria colectável desta, porquanto o momento temporal para aferir da sua admissibilidade é determinado pelo instante em que são gerados e não pelo momento em que são suportados; e visto que a incorporada tinha o direito de os relevar na sua matéria tributável, esse direito persistia, ope legis, na esfera jurídica da incorporante, sendo que entendimento diverso redundaria na violação do princípio comunitário da neutralidade fiscal das fusões.”

A questão decidenda consiste em aferir se face à natureza e aos efeitos da operação de fusão por incorporação da D... na Requerente, é para efeitos fiscais e no âmbito do apuramento do lucro do exercício, aceite a dedução pela sociedade incorporante de um gasto com um financiamento contraído pela sociedade incorporada no âmbito da respetiva atividade e, bem assim, determinar qual o momento em que deverá ser aferida a dedutibilidade fiscal do referido gasto.

No essencial trata-se de apreciar se a fusão inversa datada de 22-12.2015 altera a dedutibilidade dos juros, outrora aceites em termos fiscais deixando de o ser após a fusão, por força da aplicação do artigo 23.º do CIRC.

Efetivamente, a AT não suscita a aplicação da Cláusula Geral anti abuso (artigo 38.º n.º 2 da LGT) por eventual encadeamento abusivo de operações com intuítos fiscais exclusivamente ou preponderantes, em abuso de forma jurídicas.

Estamos assim, exclusivamente, no âmbito de aplicação do Artigo 23.º n.º 1 do CIRC e da natureza jurídica e efeitos da fusão (inversa ou não) prevista e regulada nos artigos 97.º, n.ºs 1 e 4, alínea a) 112.º alíneas a) e b) do CSC em conjugação com o artigo 73.º, n.º 1 alínea a) do CIRC.

Da análise da legislação acima mencionada resulta que a fusão por incorporação tem três características essenciais:

- (i) a integração global do património da sociedade incorporada na sociedade incorporante tendo em vista a continuação da atividade económica da sociedade incorporada através da sociedade incorporante;
- (ii) a extinção da personalidade jurídica da sociedade incorporada, não obstante a continuação da sua atividade económica e
- (iii) a assunção da qualidade de sócios da sociedade incorporante por parte dos sócios da sociedade incorporada.

Ou seja, a fusão por incorporação caracteriza-se pela integração global do património da sociedade incorporada na sociedade incorporante em consequência da transformação das

sociedades envolvidas. Os direitos e obrigações da sociedade incorporada são transmitidos para a sociedade incorporante por força da fusão.

Assim, a extinção da personalidade jurídica da sociedade incorporada não implica a extinção das posições jurídicas ativas e passivas relacionadas com a sua atividade económica, as quais passam a integrar a esfera jurídica da sociedade incorporante que continua com essa atividade.

Evocam-se aqui os argumentos expendidos na decisão proferida no Processo 537/2016-T, onde se escreveu, designadamente o seguinte:

“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.”

Por seu turno nos termos do disposto no artigo 23.º n.º 1 do CIRC: *Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.*

A AT defende que os gastos financeiros relacionados com a aquisição das partes de capital da sociedade incorporante passaram a ser suportados por ela própria por via da fusão inversa, não podem ser aceites fiscalmente por não estarem relacionados com a atividade por si exercida nem contribuíram para a realização de rendimentos sujeitos a IRC, nos termos do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC.

No entanto, é hoje entendimento jurisprudencial e doutrinal consolidado que, não tem de existir uma relação causa efeito, do tipo *conditio sine qua non*” entre custos e proveitos, por forma a que apenas se pudessem considerar dedutíveis os custos em relação aos quais fosse possível estabelecer uma conexão objetiva com os proveitos³.

Neste sentido, também a decisão prolatada no processo 191/2019-T, afasta a tese da necessária relação causal entre a atividade e os gastos suportados, conforme excerto abaixo transcrito deste aresto:

“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

³ Acórdão do TCAN n.º 00253/04, de 14 de janeiro de 2006

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.”

Em suma, a dedutibilidade depende não do momento em que os juros se vencem ou são pagos mas da conexão da respetiva obrigação com a atividade empresarial prosseguida, aferida no momento em que essa obrigação nasce, i.é, com o seu facto gerador.

Por isso, um gasto dedutível para efeitos de apuramento do lucro tributável da sociedade incorporada, nos termos do artigo 23º do CIRC, mantém necessariamente essa dedutibilidade após a fusão, ao nível da sociedade incorporante que, como a designação indica, “incorpora” todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada e, por conseguinte, os gastos com financiamentos por esta obtidos na prossecução da sua atividade empresarial.

Impõe-se assim considerar qual a data relevante para aferir da admissibilidade da dedução do pagamento de juros, uma vez que a AT não aceita a dedutibilidade dos juros por não estarem relacionados com a atividade da sociedade incorporante e não contribuírem para a realização de rendimentos sujeitos a IRC, e por conseguinte a sua dedutibilidade ficaria vedada pela

alínea c) do n.2 do artigo 23.º do CIRC, porque esta disposição normativa⁴ exige que “*os juros de capitais alheios sejam aplicados na exploração*”.

Dito de outra forma, para a AT a relevância fiscal de um gasto como encargo terá de ser aferida no momento em que o financiamento foi contraído, da conexão entre a respetiva obrigação com a atividade prosseguida.

Neste particular, para aferir da admissibilidade da dedução do pagamento de juros, deve-se atentar à operação subjacente que a eles deu origem, dando-se aqui por reproduzidos os argumentos expendidos nas decisões deste Centro proferidas nos processos 102/2020-T e 191/2019-T : se os juros eram fiscalmente aceites previamente à fusão – porque os capitais alheios foram utilizados para proceder à aquisição de participações na sociedade incorporada – então também o serão após a fusão, 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.

Ainda que o financiamento tenha sido concedido para aquisição de uma sociedade que, num momento posterior, veio a ser incorporada por fusão na adquirente, tal operação de fusão não tem a virtualidade de transformar um gasto dedutível, nos termos do artigo 23.º do CIRC, num gasto não dedutível

Donde, se os juros de financiamento concedido à sociedade incorporada eram aceites fiscalmente em momento anterior à fusão, continuam a sê-lo depois da fusão, pois com esta operação de reestruturação transmitem-se todas as obrigações da sociedade incorporada, e o gasto com relevância fiscal nesta sociedade não perde a natureza de juros de capitais alheios aplicados na exploração.

Face tudo quanto acima fica expandido, entendemos que os juros (custos financeiros) podiam ser deduzidos e, conseqüentemente, as liquidações de IRC referentes aos exercícios de 2017 e 2018 estão enfermas com vício de violação de lei, por errada interpretação e aplicação do artigo 23.º do CIRC

⁴ relação causal entre a atividade da sociedade e os gastos suportados

VI. Questões de Conhecimento Prejudicado

Foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria inútil – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29.º, 1, e) do RJAT.

VII. Dos Juros Indemnizatórios

A Requerente pede ainda a condenação da AT no reembolso do imposto indevidamente pago, acrescido de juros indemnizatórios.

Dispõe a alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º, do RJAT, que a AT fica vinculada a, nos precisos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, *“restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito”*, o que inclui *“o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na Lei Geral Tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário.”*

O que está em sintonia com o preceituado no artigo 100.º da LGT, aplicável por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 29.º do RJAT, que impõe a *plena reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido cometida a ilegalidade, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios*, no caso de procedência de reclamação graciosa ou impugnação judicial.

Por efeito da reconstituição da situação jurídica em resultado da anulação do ato tributário, há assim lugar ao reembolso do imposto indevidamente pago, bem como ao pagamento dos juros, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 24.º do RJAT que remete para a Lei Geral Tributária e para o Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Na sequência da declaração de ilegalidade dos atos de liquidação de IRC, há assim lugar ao pagamento de juros indemnizatórios, ao abrigo do disposto nos artigos 43.º da LGT e do 61.º n.º 5 do CPPT, estando a AT está obrigada ao seu pagamento desde a data do pagamento

indevido do imposto até à data do processamento da respetiva nota de crédito, calculado sobre a quantia indevidamente paga, à taxa de juros legais.

VIII. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral e, conseqüentemente:

- a) Declarar ilegais as correções ao lucro tributável de IRC, relativas aos exercícios de 2017 e 2018 nos montantes, respetivamente, de € 448.790,75 e de € 782,31 e, conseqüentemente
- b) Declarar ilegal e anular a liquidação adicional de IRC e juros compensatórios n.º 2018..., de 16 de dezembro de 2021, respeitante ao exercício de 2017, com as legais conseqüências;
- c) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira a reembolsar o montante de € 129.611,22 à Requerente, acrescido de juros indemnizatórios, calculados, nos termos legais, desde a data do pagamento do imposto até à emissão da respetiva nota de crédito;
- d) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento das custas do presente processo.

XIX. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em € 130.393,53 (cento e trinta mil trezentos e noventa e três euros e cinquenta e três cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

X. Custas

Custas no montante de € 3.060,00 (três mil e sessenta euros) a cargo da Requerida, a Autoridade Tributária e Aduaneira (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).

Notifique-se

Lisboa, 7 de novembro de 2022

Os Árbitros

Vítor Calvete (árbitro Presidente)

Cristina Aragão Seia (árbitro Vogal)

Cristina Coisinha (árbitro Relatora)