

**CONFERÊNCIA DE HOMENAGEM À
*PROFESSORA ANA MARIA RODRIGUES***

*O tratamento fiscal do conceito de
substância económica das operações*

António Martins

O SNC
e os Juízos de Valor:
uma perspectiva
crítica e multidisciplinar

ANA MARIA RODRIGUES
TOMÁS CARTEIRA TAVARES
2004/2005



Qual a relevância fiscal do conceito *de substância económica das operações?*

- **Planeamento *versus* evasão: a Lei**
- **Exemplos:**
 - Art 51º, nº 13, e 14 (*Participation exemption*)
 - 13 - O disposto no n.º 1 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a **finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína...**
 - 14 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por **razões económicas válidas e não reflita substância económica.**

Exemplos (cont) –Fusões- art. 73º. Nº 10



10 — O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, **quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal**, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações **não tenham sido realizadas por razões económicas válidas**, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam....

A jurisprudência

- A landmark US case is usually seen as the foundational step of the economic substance test.
- The case – *Helvering vs. Gregory* – was decided in 1934 in a court of appeal and, in 1935, by the US Supreme Court. Both courts decided that the taxpayer obtained tax advantages that should be disqualified, **because the set of transactions presented in the case had, according to the judges, no other intent than reducing taxes.**

Jurisprudência

- Caso JM e investimento na Polónia: aplicação da CGA
- TCA Sul (excertos da decisão):

*“.....**não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objeto social** de prestação de serviços nas áreas contabilística e económica, da elaboração de estudos económicos e de análise, da consultoria nas referidas áreas, da gestão da carteira de títulos próprios, e da compra de imóveis para revenda, nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afeto à empresa”.*

*...” **não se demonstrou que sociedade controlada exerça atividades económicas efetivas...**”*

- ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA da EU, 17 de Julho de 1997
- **Caso Leur-Bloem- Diretiva Fusões**
- A este respeito, os Estados-Membros podem prever que o facto de essas operações não terem sido realizadas por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais.
- Todavia, para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, **as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação.**

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 10 de Novembro de 2011

Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA

- Consequentemente, uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada.
- Assim, o órgão jurisdicional de reenvio, baseando-se nos termos «reestruturação» e «racionalização» utilizados no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434, interroga-se sobre se o efeito positivo em termos de estrutura de custos, resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão do grupo na sequência da fusão por incorporação, pode constituir uma razão económica válida, na acepção do referido artigo.
-

- **A este respeito, deve acrescentar-se que a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo.**
- **Ora, se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objectivos da operação projectada, especialmente os objectivos fiscais, a regra enunciada no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 ficaria desprovida da sua razão de ser...**

Uma definição económica do conceito?

- Possível e lógica, mas muito problemática na aplicação...-
Perspetiva inspirada em Saldanha Sanches. “Sem o ganho fiscal a operação não se realiza.”
- *Uma operação terá substância económica quando o valor atual das vantagens não fiscais superar o desembolso necessário à realização da operação. Torna o ganho fiscal irrelevante na decisão económica.*
- Ou seja, há substância económica, quando o VAL da operação (extra fiscal) for positivo. A fiscalidade não influi na decisão...

Exemplo, com as fusões

- Desembolso necessário ao processo de fusão: - 2M
 - a) Valor atual das vantagens não fiscais: 1,5M; valor atual da poupança fiscal: 1M (não teria subst. econ.)
 - b) Valor atual das vantagens não fiscais: 2,2M; valor atual da poupança fiscal: 30M (teria subst. econ.)
- **Análise *a priori*; *a posteriori* ?**
- **Princípios ou regras? Análise geral ou casuística?**

Codificação do conceito nos EUA

- The codification, in the USA, of the economic substance doctrine, was enacted by a new section 7701(o) of the income tax code - “Clarification of economic substance doctrine.” Therefore, a transaction will be sustained only if both of the following are true:
 - (1) It changes in a **meaningful way** (apart from federal income tax effects) the taxpayer’s economic position;
 - (2) The taxpayer has a **substantial purpose** (apart from federal income tax effects) for entering into the transaction.

The economic substance doctrine has two measuring standards (prongs):

- the *subjective intent* of the taxpayer when entering into a transaction,
- and the *objective economic effects* of the transaction, besides the tax implications.

The subjective test is fulfilled if a transaction has a *useful nontax business purpose*.

The objective test is passed if the transaction originates a meaningful *enhancement in the economic position of the taxpayer, other than tax reduction*.

Problemas com a codificação

- The taxpayer can rely on profit potential to satisfy the objective prong only if the “present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected.”

1-Reliance on pre-tax profit: How much profit is required?

2-- What does “reasonably expected” mean?

3- What is the appropriate discount rate?
(CAPM, comparables, closely held firms;...)

Etc...

- **Juízos de valor e substância económica- um caso hipotético**

Reestruturação económico-financeira de negócio

ALFA e BETA têm sede e direção efetiva em Portugal.

Fabricam e vendem mobiliário.

As duas fundem-se e aplica-se o regime especial de neutralidade previsto no CIRC e no CIRS. E solicitam Benefícios do EBF(IMI, IMT, selo).

Total da vantagem fiscal: X

Motivação económica :

1- aumentar o leque de produtos vendidos (antes: móveis de madeira e alumínio) ; depois (madeira , alumínio e vidro)

2- Melhor gestão de gastos (produtivos, comerciais, administrativos)

A posteriori:

Cenário 1: Móveis de madeira e alumínio, estudo de viabilidade para móveis de vidro que não se chegaram a produzir; **gastos comerciais reduzidos (X?)**

Cenário 2: Móveis de alumínio e madeira, custos aumentados, e **compra de nova empresa** 6 meses após, que fabrica produtos complementares (louça decorativa em vidro e cerâmica). **(Impacto da nova empresa (X?))**

Cenário 3: Nada sobre investimentos para fabricar vidro. Reestruturação da estrutura de capital com **redução de gastos financeiros**, com menor pressão sobre tesouraria, e **redução de gastos administrativos em 25%**. **(redução de gastos : X?)**

CONCLUSÕES

1-A fiscalidade, tal como a contabilidade, dependente de juízos de valor

2-O conceito fiscal de substância económica tem uma definição (efeito extra fiscal significativo da operação).

3-Mas tem uma aplicação casuística, face ao juízo valorativo sobre os efeitos concretos de uma operação.

4-As críticas que se apontam ao subjetivismo aplicacional numa vertente jurídica não estão ausentes numa vertente económica.

5-Na prática deve atender-se ao contributo de ambas as perspetivas: jurídica e económica. São de evitar regras numéricas.