

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

Alguns aspetos fiscais das operações de reestruturação
empresarial:

O regime especial de neutralidade fiscal em sede de IRC

Rui Manuel de Faria Brigham da Silva

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito das Empresas – Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador

Professor Doutor Vasco António Branco Guimarães, Professor Auxiliar do ISCTE
– Instituto Universitário de Lisboa -

Dezembro de 2020

Alguns aspetos fiscais das operações de reestruturação empresarial:

O regime especial de neutralidade fiscal em sede de IRC

Alguns aspetos fiscais das operações de reestruturação empresarial:

O regime especial de neutralidade fiscal em sede de IRC

*Em matéria de impostos, é função de um
bom pastor tosar as suas ovelhas, mas não
tirar o seu couro.*

Tibério Cláudio Nero César

Imperador Romano

32 A.C a 37 D.C.

INDÍCE

INDÍCE DE FIGURAS	7
AGRADECIMENTOS	8
RESUMO.....	9
ABSTRACT	10
SUMÁRIO	11
INTRODUÇÃO	13
Delimitação do objeto de estudo.....	14
CAPÍTULO I: Reorganizações empresariais na transformação das sociedades. .	19
1. Reestruturação societária ou reestruturação empresarial?	19
1.1 Conceito e dimensões das reorganizações empresariais.	24
1.2 Estrutura das fusões e aquisições. Motivações, oportunidade e utilidade....	25
1.3 O carácter cíclico dos movimentos de concentração empresarial.....	28
1.4 As reestruturações empresariais: vias para a sua concretização.	34
1.5 As reestruturações empresariais no direito português.....	35
CAPÍTULO II: O regime especial da neutralidade fiscal.....	40
2. A neutralidade fiscal aplicável às situações de reorganização empresarial. 40	
2.1 Conceito e princípios orientadores.....	41
2.2 A experiência dos Estados Unidos da América	44
CAPÍTULO III: O normativo comunitário e a ordem jurídica nacional.	47
3. Introdução.	47
3.1. O regime de neutralidade fiscal em Portugal e no espaço europeu.....	48
3.1.1 A Diretiva das Fusões. Alguns aspetos.	52
3.2 O CIRC e a Diretiva das Fusões: A harmonização entre os dois diplomas. 55	
CAPÍTULO IV: Implicações no Direito das Sociedades e no Direito Fiscal.	57
4.1 O âmbito de aplicação do artigo 73.º do CIRC.	57
4.1.1 A Fusão.	62
4.1.1.1 No Direito Societário.	62
4.1.1.2 No Direito Fiscal.....	63
4.1.2 A Cisão.....	67
4.1.2.1 No Direito Societário.	67
4.1.2.2 No Direito Fiscal.....	69
4.1.3 A Entrada de Ativos.	72
4.1.3.1 No Direito Societário.	72
4.1.3.2 No Direito Fiscal.....	72
4.1.4 A Permuta de partes sociais.	74
4.1.4.1 No Direito Societário.	74
4.1.4.2 No Direito Fiscal.....	75
4.2 Obrigações acessórias referentes à opção pelo regime especial.	77
4.3 Consequências da não aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal.....	78

CAPÍTULO V: Outros benefícios tendentes à obtenção de neutralidade.....	81
5. Introdução.	81
5.1 Natureza jurídica: Desagravamento estrutural ou benefício fiscal?.....	81
5.2 O artigo 60.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.	83
CAPÍTULO VI: A transmissibilidade dos prejuízos fiscais.	85
6.1 O reporte de prejuízos.....	85
6.1.1 Regime geral de dedução de prejuízos fiscais.....	86
6.1.2 O regime especial aplicável às reorganizações empresariais	87
6.2 Outras operações que permitem a dedutibilidade dos prejuízos fiscais.....	89
6.2.1 Nas operações internas.	89
6.2.2 Nas operações transfronteiriças.....	89
6.3 Limites à dedutibilidade dos prejuízos fiscais.....	90
CAPÍTULO VII: A não aplicação do regime especial.	92
7. A utilização abusiva do regime da neutralidade fiscal.....	92
7.1 Razão de ser da norma antiabuso.	93
7.2 O artigo 73.º n.º 10 do CIRCS: Noção e elementos.	95
7.2.1 Rendimentos não sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC	96
7.2.2 Razões económicas válidas.	97
7.2.3 A jurisprudência europeia	98
7.2.4 Consequências da aplicação da norma antiabuso.....	101
CONCLUSÃO.....	103
BIBLIOGRAFIA	107

INDÍCE DE FIGURAS

Figura 1: Algumas diferenças entre Sociedade e Empresa.....	23
Figura 2: Os diferentes ciclos de M&A nos EUA.....	33
Figura 3: Ciclo de vida dos movimentos de M&A.....	34
Figura 4: Vias para a concretização das operações de reestruturação empresarial	35
Figura 5: Reestruturações empresárias no direito português.....	37
Figura 6: Tabela de equivalências entre o CSC e o CIRC.....	38
Figura 7: Evolução do regime da neutralidade fiscal	51

AGRADECIMENTOS

Quero começar por agradecer ao Professor Doutor Manuel António Pita e ao Professor Doutor Francisco José Nicolau Domingos, respetivamente Presidente do Júri e Arguente das minhas provas publicas de defesa do trabalho final de Mestrado, pelos comentários, críticas e sugestões produzidas ao longo da discussão e que muito contribuíram para o resultado final desta dissertação.

Quero igualmente agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Vasco Guimarães por toda a orientação, amizade, disponibilidade e sabedoria que teve para, nos momentos adequados, estar presente e me orientar no sentido correto da análise.

Por fim um obrigado muito especial aos meus filhos, Filipa, Bernardo e Rodrigo, pelo apoio, estímulo e motivação que me transmitiram para levar este desafio até ao fim, mas sobretudo quero agradecer à Mafalda, a minha companheira na vida, pela enorme paciência e compreensão que teve ao longo deste período.

A todos, o meu muito obrigado.

RESUMO

Uma reorganização empresarial deve ter por base motivos económicos, ser orientada pela obtenção de eficiências ao nível da atividade económica, e não ter em vista essencialmente a obtenção de ganhos fiscais.

Atendendo à sua natureza, estas operações geram por vezes fluxos financeiros que podem ser interpretados fiscalmente como a realização de ganhos das empresas que foram objeto de reorganização e serem estas tributadas em sede de IRC, mas sem que se tenha efetivamente realizado esse ganho, o que pode representar um obstáculo à realização destas operações.

Para evitar que a fiscalidade se constitua como um entrave à obtenção de eficiência das empresas existem situações em que os ganhos realizados nessas operações não são reconhecidos imediatamente em termos fiscais, sendo a sua tributação diferida para mais tarde. Essas situações encontram-se previstas na lei fiscal nacional e comunitária e enquadram-se no regime especial da neutralidade fiscal que institui um regime tributário neutro aplicável a este tipo de operações.

Não obstante o regime especial da neutralidade fiscal facilitar as reestruturações empresariais através de um sistema de tributação neutro constituindo um importante mecanismo de dinamização do tecido económico e empresarial, o sistema atual apresenta algumas fraquezas ao nível da prevenção das situações de evasão fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Neutralidade fiscal; Operações de reestruturação; Fusões; Cisões; Entrada de ativos; Permuta de partes sociais; Razões económicas válidas; Clausula antiabuso.

ABSTRACT

A business reorganization must be based on economic reasons and be guided by the achievement of efficiencies in terms of economic activity, and not just essentially aim at the obtainment of tax gains.

In view of their nature, these operations sometimes generate financial flows that can be interpreted for tax purposes as the realization of gains from companies that have been the subject of reorganization and that these are taxed under IRC, but without that gain actually being realized, which may represent an obstacle to these operations.

In order to avoid that taxation constitutes an obstacle to obtaining companies' efficiency, there are situations in which the gains realized in these operations are not immediately recognized in tax terms, and their taxation is deferred for later. These situations are provided for in national and community tax law, and are part of the special tax neutrality regime that establishes a neutral tax regime applicable to this type of transactions.

Despite the special tax neutrality regime facilitating business restructuring through a neutral taxation system, constituting an important mechanism to boost the economic and business fabric, the current system still presents some weaknesses in terms of preventing tax evasion

KEYWORDS: Tax neutrality; Restructuring operations; Mergers; Divisions; Transfers of assets; Exchanges of shares; Valid economic reasons; Antiabuse Rules;

SUMÁRIO

O presente documento encontra-se organizado da seguinte forma:

- i) Abre com uma **introdução** onde se delimita (positiva e negativamente) o tema da dissertação;
- ii) Segue-se um capítulo dedicado à **reestruturação empresarial como forma de transformação das sociedades**, onde se aborda genericamente o tema das concentrações empresariais, as suas motivações, utilidades e oportunidades, sendo apresentada de forma breve uma evolução histórica do fenómeno das M&A, analisando-se o modo como estas operações de concentração se ligam ao tema das reestruturações empresariais através de uma abordagem ao seu conceito, referindo-se por fim como é que as reestruturações empresariais se encontram enquadradas no ordenamento jurídico nacional;
- iii) No capítulo dedicado à **neutralidade fiscal**, analisam-se as razões que estiveram na base da sua criação e a forma como este instituto foi evoluindo ao longo do tempo. Será feita uma breve análise ao regime em diferentes enquadramentos jurídicos, nomeadamente nos EUA;
- iv) O capítulo seguinte será dedicado ao **regime de neutralidade fiscal previsto no normativo comunitário**, e a forma como se procedeu à sua harmonização no ordenamento jurídico português, em especial a articulação entre o CIRC e a atual Diretiva das Fusões, a influência que a jurisprudência europeia teve no modelo em vigor em Portugal e quais os limites à aplicação da Diretiva no ordenamento jurídico nacional;
- v) O capítulo IV será dedicado totalmente ao regime especial da neutralidade fiscal previsto no artigo 73.º e seguintes do CIRC. Para isso, analisaremos **as operações de reestruturação empresarial no direito das sociedades e no direito fiscal** que se encontram referidas nesse artigo;
- vi) Procede-se de seguida à análise de alguns aspetos relacionados. Desde logo a questão dos **benefícios tendentes à obtenção da neutralidade de raiz interna**,

previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais, e as posições existentes quanto à sua natureza jurídica;

- vii) *A transmissibilidade dos prejuízos fiscais* será o tema abordado no capítulo seguinte, através da identificação das operações internas e das operações transfronteiriças em que é permitida a sua dedutibilidade, e os limites a essa possibilidade;
- viii) Aborda-se seguidamente *a não aplicação do regime especial: A cláusula especial antiabuso*, onde serão abordadas as situações em que as Autoridades Tributárias podem recusar a aplicação do regime de neutralidade fiscal;
- ix) O presente estudo terminará com a apresentação das principais *conclusões*, local onde se procurará responder às questões que esta matéria suscita.

INTRODUÇÃO

Num tempo de profunda mudança da atividade económica, as operações de concentração entre empresas têm vindo a registar um crescimento muito significativo a nível mundial¹, impulsionadas pela internacionalização, pela globalização, pela entrada de novos agentes, pelo advento de novas tecnologias e pela necessidade de otimização e racionalização de custos, dado o potencial de ameaças e desafios que isso representa.

Enquadradas nesse movimento, as reestruturações empresariais enquanto consequência direta do fenómeno de concentração, assumem uma importância crescente. Este é um tema relevante que não se confina apenas aos fatores económico-financeiros, porque as suas implicações vão muito para além desses aspetos

No entanto, verifica-se que numa grande parte das vezes estas operações não geram as vantagens e benefícios a que se propõem. Então, quais as razões que levam as empresas a utilizar crescentemente um modelo de reorganização empresarial que frequentemente acaba por não resultar? Quais os meios que as empresas têm para levar a cabo as operações de reestruturação empresarial? Como é que os Estados e os governos respondem a esta dinâmica? Que mecanismos fiscais existem para suportar e assegurar que essas operações cumprem os requisitos legais e que não são utilizadas para outros fins?

¹ E nesse contexto Portugal não é exceção. De acordo com o Relatório Mensal de Novembro de M&A da Transacional Track Record (TTR), no período compreendido entre janeiro e novembro de 2017, as operações de compra e venda de participações que envolveram empresas portuguesas movimentaram EUR 9,9bi, representando um crescimento de 22,49% face ao mesmo intervalo do ano anterior e tendo sido, segundo o mesmo relatório, registadas 289 transações no país desde o início do ano.

O mesmo relatório revela ainda que em número de operações transfronteiriças, o mercado português somou 101 operações em que empresas portuguesas foram adquiridas por companhias estrangeiras, liderando a Espanha este ranking, com a aquisição de 28 empresas (Informação disponível em <https://www.ttrecord.com/pt/publicacoes/relatorio-por-mercado/relatorio-mensal-peninsula-iberica/Mercado-Iberico-Novembro-2017/1775/>).

Delimitação do objeto de estudo

Os movimentos de concentração empresarial dos quais se destacam as operações de fusões e aquisições (M&A)², fazem parte da dinâmica que está na base de uma economia moderna, desenvolvida e competitiva. Para as empresas, estas operações funcionam seja como forma de expansão para novos mercados, novos produtos e novos serviços, seja para ganharem escala e dimensão, ou para eliminar concorrência, procurando obter maior eficiência e competitividade com vista a gerar valor adicional para os seus detentores.

Mas estes processos são em regra complexos, pois vão muito além daquilo que seria de esperar apenas de uma mera associação de empresas. Passam por conciliar e consolidar diferentes políticas, culturas, formas e métodos de trabalho, envolvendo pessoas diferentes, com diferentes convicções e diferentes modos de viverem as organizações nas quais estão integradas, implicando reformular a forma como a empresa existiu até aí, e conduzindo àquilo a que habitualmente se denomina de operações de reestruturação empresarial, tornando-se estas por vezes uma solução para a viabilidade das empresas e não apenas uma estratégia para fazer crescer os lucros.

O interesse e atualidade do tema, prende-se com o facto de este não se limitar aos aspetos económico-financeiros, na medida em que o dinamismo necessário a estas operações tem de ser possível de obter sem que com isso seja colocada em causa a proteção jurídica devida aos diferentes interesses e entidades sobre cuja esfera jurídica e patrimonial, se vão refletir os efeitos da sua concretização.

Como refere Paulo Olavo Cunha (Cunha, 2007), “(...). *De entre as maiores movimentações que as sociedades podem sofrer em termos da respetiva estrutura, contam-se seguramente as alterações de tipo societário (...), e as concentrações de sociedades através do fenómeno conhecido por fusão. (...). Diversamente do movimento de agregação, ocorre por vezes, no âmbito da reestruturação de um*

² M&A - Mergers & Acquisitions em inglês.

grupo jurídico, ou simplesmente económico, frequentemente ditada por razões de ordem fiscal, um movimento de ordem inversa, designado cisão”.

Mas, acrescenta o mesmo autor, “*nem a fusão pode ocorrer necessariamente num contexto de crescimento – podendo significar apenas o reconhecimento de que diversas sociedades pertencentes às mesmas entidades já não têm interesse em subsistir autonomamente (...), nem a cisão é sinónimo obrigatório de recessão ou partilha, mas pode corresponder tão só à otimização de recursos no plano comercial e jurídico(-tributário), em que se enquadra uma sociedade”.*

No entanto, como escreveu o Professor Saldanha Sanches, “*A ausência de qualquer resultado direto da operação – a fusão ou cisão justificam-se apenas porque vão aumentar a perspectiva de lucros futuros, ou estancar prejuízos presentes – faz com que a tributação destas operações seja um importante desincentivo, em especial quando se trate de uma operação de fusão ou de cisão, sem que haja pagamentos em dinheiro (...)*” (Sanches, 2008: 10).

Isto significa que o regime geral de tributação em sede de IRC se constitui como um obstáculo significativo às operações de reorganização empresarial, na medida em que estas são por natureza suscetíveis de gerar factos abrangidos pelas normas de incidência tributária, sem que isso se traduza na efetiva realização de ganhos. Por esta razão, os legisladores têm procurado soluções que permitam desonerar ou diferir os custos fiscais resultantes destas operações.

Um desses mecanismos passou pela criação do *regime especial de neutralidade fiscal*. Este regime especial considera um conjunto de vantagens fiscais face ao regime geral, entre as quais a se inclui a possibilidade de diferimento da tributação das mais-valias realizadas, seja pela transmissão patrimonial entre as entidades envolvidas, seja pela troca de participações sociais entre os sócios, pelo que assume uma importância significativa no âmbito das operações de reestruturação empresarial às quais especificamente se destina.

Uma operação de reestruturação empresarial visa em regra uma de duas situações: ou adequar a estrutura de capital da empresa ao seu ciclo de vida, tendo por isso a ver

com a forma como a empresa financia os seus ativos (capitais próprios, dívida, etc.), sendo como tal essencialmente financeira, ou ajustar a estrutura de detenção dos ativos não correntes³ da empresa, envolvendo a forma jurídica de detenção desses ativos não correntes da empresa.

Para efeitos deste trabalho vamos centrar-nos nestas últimas, ou seja, nas operações de reestruturação empresarial que consistam na reestruturação dos ativos não correntes, isto é, que tenham a ver com a reorganização da estrutura produtiva da empresa. Como refere Rocha Mendes, “(...) *Estas reorganizações podem consistir em modificações quantitativas, através da aquisição ou alienação de ativos fixos; qualitativas, substituindo-se ativos fixos que cumprem idênticas funções; ou meramente formais, alterando-se apenas a configuração jurídica do seu controlo pela empresa*” (Mendes, 2016 : 127).

De referir que o tema das reestruturações empresariais é uma matéria extremamente abrangente que cobre várias áreas do direito, indo desde a teoria geral do direito, ao direito das obrigações, ao direito dos contratos, ao direito da concorrência, ao direito comercial ao direito do trabalho, e ao direito fiscal. Mas, para efeitos da presente dissertação vamos focar-nos essencialmente nas alterações da estrutura de ativos no âmbito do direito fiscal, e a sua aplicabilidade em termos do regime da neutralidade fiscal. Em concreto, propõe-se uma análise de alguns aspetos fiscais em sede de IRC⁴, nomeadamente ao regime especial da neutralidade fiscal aplicável às operações

³ Podem ser considerados como tais os bens e direitos controlados pela empresa e que são necessários à manutenção das suas atividades, tendo por isso um carácter de permanência. Caracterizam-se por não se esperar que sejam vendidos ou consumidos num ciclo operacional; que não sejam detidos com a finalidade de serem negociados; que não sejam caixa ou equivalente de caixa; que não se espera que sejam realizados num período até 12 meses; e que não sejam detidos com a finalidade de serem negociados.

Estão dentro desta categoria os activos biológicos, os activos fixos tangíveis e intangíveis, as locações, as propriedades de investimento, activos contingentes, e activos detidos para venda e unidades operacionais descontinuadas (por exemplo, máquinas, patentes e direitos).

⁴ Os efeitos fiscais de uma operação de reorganização empresarial (nomeadamente as cisões e fusões), não se esgotam em sede de IRC; verificam-se igualmente noutros tipos de imposto como o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT), e Imposto do Selo (IS).

de reestruturação empresarial, sempre que as mesmas sejam realizadas com a intervenção de sociedades residentes em Portugal ou noutros Estados-membros da União Europeia, que estejam sujeitas e não isentas de tributação sobre os seus lucros, e cujo âmbito se encontra delimitado às figuras previstas no artigo 73.º do CIRC, nomeadamente:

- Fusões
- Cisões
- Entrada de ativos
- Permuta de partes sociais.

Ficarão assim de fora outros tipos de reestruturações empresariais que possam ser consideradas num sentido mais amplo, e que envolvam aquisições, bem como as operações que impliquem a transformação, liquidação ou redomiciliação dos elementos patrimoniais⁵.

Dada a sua relevância para a vida económica, esta matéria tem sido objeto de tratamento legislativo seja a nível comunitário, seja a nível nacional. Em termos de Direito Comunitário, o regime da neutralidade fiscal foi regulado inicialmente através da Diretiva 90/434/CEE do Conselho de 23 de julho de 1990, tendo sido, entretanto, revogada pela Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro (Diretiva das Fusões), que se encontra atualmente em vigor. Em termos de Direito nacional, o regime da neutralidade fiscal encontra-se regulado no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC).

Não sendo o regime da neutralidade fiscal uma matéria completamente estranha ao sistema fiscal português (que já o considerava para as operações de fusão e cisão de sociedades desde a entrada em vigor do CIRC em 1988).

Embora não seja esse o âmbito da presente dissertação, esses efeitos serão abordados ainda que de forma breve, ao longo deste documento.

⁵ Ver figura 5, página 37.

), aquilo que a transposição da diretiva comunitária trouxe de inovador para o nosso ordenamento jurídico foi a inclusão das figuras jurídicas da entrada de ativos e da permuta de partes sociais, que se encontram previstas no artigo 73.º do CIRC.

Iremos procurar responder ao longo da presente dissertação a alguns problemas específicos que se colocam sobre esta matéria, nomeadamente:

- Qual o âmbito de aplicação do artigo 73.º do CIRC? Quais as suas consequências?
- Em que medida o regime da neutralidade fiscal facilita (ou induz) as operações de reestruturação empresarial?
- É o regime da neutralidade fiscal aproveitado pelos sujeitos passivos para outros fins que não o da reestruturação objetiva das empresas para o qual se destina? Isto é, são as operações de reestruturação na verdade operações de planeamento fiscal?
- A cláusula antiabuso é suficiente para evitar eventuais desvios ao espírito da lei?

CAPÍTULO I: Reorganizações empresariais na transformação das sociedades.

1. Reestruturação societária ou reestruturação empresarial?

Uma das primeiras questões que se justifica abordar é a de saber se se deve utilizar o termo reorganização / reestruturação *societária*, ou reorganização / reestruturação *empresarial*. Em nossa opinião esta questão faz sentido e por isso vamos iniciar o estudo desta matéria estabelecendo a delimitação conceptual do conceito de empresa (até porque este conceito se confunde frequentemente com o conceito de sociedade que lhe dá a forma jurídica).

É frequente considerar-se empresa e sociedade como realidades muito próximas. Coutinho de Abreu (Abreu, 2016: 36), ilustra como formulações habituais dessa proximidade, afirmações como as seguintes:

- A sociedade é a forma jurídica de empresa;
- A sociedade é a forma (ou técnica) jurídica de organização da empresa;
- A sociedade é a organização jurídica da empresa;
- A sociedade é uma empresa;
- Empresa e sociedade relacionam-se como matéria e forma;

Estas afirmações se por um lado reforçam a proximidade entre os dois conceitos, por outro lado são insuficientes porque se tratam de realidades distintas, como procuraremos demonstrar de seguida.

O termo “*sociedade*” é utilizado para referir atos jurídicos e entidades. O artigo 980.º do Código Civil trata a sociedade como um contrato, caracterizando o contrato de sociedade⁶ como “*aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade*”. Por outro lado, as sociedades comerciais são também consideradas pessoas jurídicas nos termos do artigo 5.º CSC). No entanto, como refere António Pereira de Almeida, não

⁶ De referir que o Código das Sociedades Comerciais no seu artigo 1., n.º 2, diz quando é que uma sociedade é comercial, mas não define o que é uma sociedade (Abreu, 2016: 21).

se deve confundir contrato de sociedade com a pessoa coletiva sociedade (Almeida, 2013: 26).

Dado não ser este o objeto do presente trabalho e para simplificar, vamos utilizar como conceito, a definição genérica de sociedade proposta por Coutinho de Abreu, que a define como “*a entidade que composta por um ou mais sujeitos (sócios), tem um património autónomo para o exercício da atividade económica, a fim de (em regra), obter lucros e atribuí-los aos sócios (s) – ficando este (s), todavia sujeito (s) a perdas.*” (Abreu, 2016: 36).

Relativamente ao conceito de empresa verifica-se igualmente alguma dificuldade em estabelecer um conceito único, sendo também esta considerada sob várias perspetivas dado que, como refere António Pereira de Almeida (Almeida, 2013: 29), o legislador não apresenta uma definição de empresa (embora forneça elementos que permitem elaborar esse conceito, nomeadamente a partir do artigo 230.º do Código Comercial, onde é possível já encontrar os elementos relativos a uma organização de capital e de trabalho, destinados ao exercício de uma atividade económica)⁷.

Paulo Olavo Cunha aponta igualmente a dificuldade que existe em estabelecer uma definição jurídica unitária de empresa considerando que a consequência desse facto é que os vários ramos de direito que se ocupam desta figura vão adiantando conceitos de acordo com aquilo que melhor se enquadra na sua disciplina. O autor ilustra esta situação referindo alguns exemplos, nomeadamente:

⁷ Também José Casalta Nabais acentua este aspeto, referindo que não se trata apenas de um problema nacional; mesmo a nível internacional verifica-se esta situação, e apresenta como exemplos, seja o Modelo de Convenção sobre o Rendimento e sobre o Património da OCDE (art 3. n.º 1 alíneas c) e h)), o qual refere que o termo “empresa” se aplica ao exercício de qualquer atividade económica, e também que a expressão “atividade empresarial” inclui “*o exercício de serviços profissionais e de outras atividades de caráter independente*”, e também o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas da UE, que pura e simplesmente omite qualquer referência ao sentido da expressão “empresa” (Nabais, 2015: 17).

- Para o Direito do Trabalho⁸, a empresa “*é uma organização de meios estável predisposta para a realização de certo fim útil pelo seu titular, o qual, mediante contratos de trabalho, emprega outras pessoas na realização desse fim*”⁹.
- Para o Direito da Insolvência, “*considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica*”¹⁰ (artigo 5.º CIRE).
- Já para o Direito da Concorrência, empresa é “*qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento*” (artigo 3.º n.º 1 da Lei 19/2012 de 8 de maio)¹¹.
- Para o Direito Comercial, “*a empresa é a entidade que se propõe o exercício do comércio; revela-se pela sua constituição, que comunica a terceiros a qualidade profissional do comerciante (empresário), e pelo exercício da sua actividade (o seu funcionamento)*”. (Cunha, 2016: 136-138)

⁸ Fernandes, A.M., “A empresa – perspectiva jurídica” in Enciclopédia PÓLIS, vol. II.

⁹ António Monteiro Fernandes relembra a distinção que se faz na Alemanha entre a empresa como organização técnico-laboral (*Betrieb*), e a empresa como organização económica (*Unternehmen*). A este respeito, adianta, “*sendo a primeira caracterizada como unidade organizatória de meios de trabalho com base na qual alguém por si só, ou em conjunto com os seus colaboradores, prossegue continuamente um determinado fim técnico-laboral*” (ou seja, um fim imediato, como por exemplo produzir frigoríficos, e não um escopo económico – gerar lucro). Esse objetivo económico continua o mesmo autor, “*define a empresa económica, que se apresenta como unidade organizatória que é determinada através do fim económico ou ideal que é servido por uma empresa laboral, ou várias organicamente ligadas, do mesmo empresário*” in Fernandes, A. M. (2014). *Direito do Trabalho* (17ª ed.). Coimbra: Almedina: 228.

¹⁰ Uma noção que João Labareda e Carvalho Fernandes entendem ser ainda que pragmática, apenas válida no âmbito do CIRE.

¹¹ Também o TJUE em vários acórdãos relativos ao direito da Concorrência comunitária tem apresentado a seguinte definição: “*uma empresa é constituída por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, referidos a um sujeito juridicamente autónomo, e que prossegue de uma maneira duradoura um fim económico determinado*” in Ferreira, D. S. (2017). *Fusões, Aquisições, Cisões e outras Reestruturações de Empresas* (Rei dos Livros ed., Vol. II: 35). (L. Letras e Conceitos, Ed.)

António Pereira de Almeida propõe como definição jurídica de empresa “ *uma organização de pessoas e bens que tem por objeto o exercício de uma atividade económica em economia de mercado*”, conceito que integra os elementos *organizacional* (a organização dos fatores de produção, com vista ao exercício de uma atividade económica), *pessoal* (os trabalhadores empresários, investidores e *stakeholders* em geral), o elemento *patrimonial* (o conjunto de bens afetos à atividade económica – instalações, equipamentos, matérias-primas, marcas, patentes, etc), e *teleológico* (ou seja, o exercício de uma atividade económica em ambiente de economia de mercado)¹². Esta definição segundo o autor, corresponde à noção económica de empresa, e ajusta-se a todas as empresas enunciadas no artigo 230.º do CSC (Almeida, 2013: 30).

Para Paulo Olavo Cunha em sentido amplo, “*a empresa é a organização autónoma, intencional de meios – humanos e materiais – apta à realização de uma finalidade útil. Num sentido mais específico e económico, a empresa é uma organização produtiva ou mediadora de riqueza, que exerce de forma estável, a sua atividade (económica) em função do mercado a que se dirige*” (Cunha, 2016: 136).

Segundo Coutinho de Abreu, na sua vertente jurídica o termo “empresa” é utilizado essencialmente em dois sentidos: “*Em sentido subjetivo, entendendo-se a empresa como um sujeito jurídico que exerce uma atividade económica, ou em sentido objetivo sendo aqui empresa entendida como instrumento ou estrutura produtivo-económica, objeto de direitos e de negócios.*” (Abreu, 2016: 22).

¹² Para construir um conceito de empresa Paulo Olavo Cunha identifica igualmente quatro aspetos: um sentido *subjetivo* (em que a empresa e o empresário se confundem); um sentido *objetivo* (em que a empresa se reporta à atividade económica exercida pelo empresário); um aspeto *material/patrimonial*, composto pelo conjunto de bens ou direitos, e o estabelecimento criado pelo empresário; e um sentido *institucional* em que a empresa é o conjunto de pessoas que em diversas posições hierárquicas prosseguem uma atividade económica; (Cunha, 2016: 138-139).

Também em sentido económico existem diferentes conceitos de empresa¹³, dos quais é possível identificar como elementos comuns:

- A *organização de fatores de produção* (pessoas e bens);
- A *produção de bens e serviços* destinados à troca numa economia de mercado;
- A *obtenção de uma vantagem patrimonial* (não necessariamente lucro, porque nem todas as empresas tem um objetivo lucrativo (por exemplo, as cooperativas);

A conjugação destes diferentes elementos permite reforçar a ideia de que nem sempre uma empresa corresponde a uma sociedade, porque sendo embora frequente essa identidade (ou seja, os casos em que a empresa é explorada por uma sociedade), existem situações em que tal não sucede (como por exemplo, nas cooperativas ou nas empresas públicas). Essas diferenças podem ainda ser realçadas quando comparados entre si alguns aspetos comuns, como se pode verificar na matriz seguinte, elaborada com base no postulado por Jorge Coutinho de Abreu:

Figura 1: Algumas diferenças entre Sociedade e Empresa:

	Sociedade	Empresa
Organização	É uma organização de sujeitos.	É uma organização objetivo-instrumental da sociedade-sujeito.
Constituição	A constituição da sociedade não coincide no tempo com o início de actividade da estrutura produtiva subjacente (a empresa).	
Património	O património da sociedade não se esgota necessariamente no património da empresa, podendo integrar bens que não estão afetos à atividade da empresa.	
Vida	A sociedade pode sobreviver à empresa ou extinguir-se antes dela.	
Disposição	A sociedade pode dispor negocialmente da empresa (vendendo-a ou alienando-a no todo ou em parte).	

Fonte: (Abreu, 2016)

Nessa medida, consideramos como mais adequada efeitos deste trabalho, a utilização da expressão “*reestruturação empresarial*” e não “*reestruturação societária*”,

¹³ Por exemplo, para Fátima Gomes, “a empresa é uma organização de fatores produtivos (trabalho, capital e conhecimento), voltada para o mercado, que se dedica a uma atividade económico-produtiva”. Gomes, F. (2012). *Manual de Direito Comercial*, pág. 58, Lisboa: Universidade Católica Editora.

porque apesar do ponto de partida legal destas operações ser o Código das Sociedades Comerciais, na verdade, e como bem refere Filipe Lobo Silva (Silva, 2016:24), o que se pretende reestruturar é a empresa (*enquanto organização de fatores produtivos*), e não a sociedade (*enquanto organização de sujeitos*), sendo que os efeitos que se vão verificar na esfera dos direitos dos sócios e da estrutura orgânica, são apenas consequências resultantes da operação de reestruturação que teve lugar. Por esta razão, as reorganizações empresariais assumem-se frequentemente como uma forma (ainda que muitas vezes indireta) de transformação das sociedades.

1.1 Conceito e dimensões das reorganizações empresariais.

De uma forma simplista pode dizer-se que reorganizar /reestruturar uma empresa significa analisá-la e tomar as decisões necessárias com vista à obtenção de melhorias de uma forma continuada. O momento de proceder à sua reestruturação acontece quando esta não gera os valores expectáveis pelo mercado ou pelos seus gestores. Mas o que se entende por reestruturação empresarial¹⁴?

Para A. Damodaran ¹⁵, por reestruturação empresarial entende-se o “conjunto de medidas tomadas pelas empresas que podem alterar a estrutura dos ativos (pela aquisição ou venda de ativos), ou a estrutura do financiamento (pela modificação da proporção de dívida e capital próprio)”.

Para Domingos Ferreira, “reestruturar consiste em olhar para uma organização de forma realista e decidir o que pode ser feito para obtenção de melhorias de forma continuada” (Ferreira, 2017:41).

Rocha Mendes propõe como definição “(...) o conjunto de ações dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos fatores de produção, no processo de obtenção de lucros. Este

¹⁴ “A palavra “reestruturação” contém três elementos etimológicos: *res*, que significa fazer de novo; *estrutura*, que se refere às relações formais entre componentes de um conjunto organizado; e *ação*, que implica um processo”. (Mendes, 2016: 125)

¹⁵ A. Damodaran, 2001, Corporate Finance, Wiley Editions.

processo ocorre através da incorporação, eliminação, separação ou integração de fatores de produção na estrutura empresarial, e pode fortalecer, enfraquecer, inverter ou redefinir as relações entre os seus diversos componentes (...)”.

(Mendes, 2016: 125)

Em termos gerais, as decisões de reestruturação assumem diferentes formas e modelos, que vão desde as aquisições, fusões e alianças, até a reduções de custos e meios, como ativos e pessoas, vendas, desinvestimentos, cisões, ajustamentos, etc. Segundo Domingos Ferreira (Ferreira, 2017: 43), as reestruturações empresariais assumem diferentes dimensões:

- *Reestruturações financeiras*, que respeitam sobretudo a alterações na estrutura de capital;
- *Reestruturações organizacionais*, que passam por alterações, reduções em órgãos, subsidiárias, alterações de tarefas ao nível de divisões, ou de funções;
- *Reestruturações estratégicas* ou da carteira de negócios, implicando alterações nos ativos, considerando-se aqui aquisições, vendas, concentração em negócios fundamentais (*core business*), e diversificação de atividades;
- *Reestruturações operacionais*, que diz respeito às alterações ou transformações associadas com os aspetos relacionados com a produção, distribuição, aprovisionamento, gerais, etc.

Neste contexto, as reestruturações empresariais podem assim ser entendidas como um conjunto de medidas que as empresas levam a cabo com vista a alterar a estrutura de ativos ou a estrutura de financiamento de uma sociedade existente.

1.2 Estrutura das fusões e aquisições. Motivações, oportunidade e utilidade.

Na base de uma decisão de reorganização empresarial, nomeadamente de uma operação de fusão ou de aquisição, podem existir diversas motivações, sendo que as mais comuns são habitualmente consideradas as seguintes:

- Ganhos de quota de mercado;
- Aumentos de eficiência (através das sinergias geradas ou por via de economias de escala);

- Diversificação da atividade (reduzindo dessa forma o risco de negócio);
- Alterações à estrutura de capital existente;
- Substituição de equipas de gestão;
- Otimização fiscal;
- Aproveitamento de janela de oportunidade de negócio perante empresas subvalorizadas;

Mas independentemente da causa específica que esteja na sua base (até porque muitas das razões são complementares de outras), o principal motivo destas operações é em regra, o de aumentar valor da empresa para o seu detentor (acionista ou outro), podendo essa situação revestir várias formas, desde ser gerado pelo aumento da receita, pela diminuição de custos, pela otimização de processo, pela melhoria da margem operacional ou pelo aumento do retorno sobre os lucros.

Na sua dissertação apresentada na Universidade de Coimbra¹⁶, Juliana Machado Ribeiro (Ribeiro, 2015: 28), refere Gregoriou e Renneboog¹⁷, autores que defendem existir três modelos teóricos na base dos motivos para uma operação de fusão ou de aquisição:

- Um modelo neoclássico que considera essas atividades decorrentes da existência de choques económicos, industriais, políticos ou regulatórios;
- Um segundo modelo, que apresenta como *key drivers* dessa decisão, os interesses particulares de acionistas ou gestores¹⁸;
- Um terceiro modelo, mais recente, para quem a evolução das operações de fusão e de aquisição é o resultado natural do desenvolvimento do mercado de capitais,

¹⁶ Ribeiro, J. M. (2015). *O regime fiscal das fusões e Portugal e na União Europeia*. Dissertação para obtenção do grau de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas, Menção em Direito Fiscal, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.

¹⁷ *International Mergers and Acquisitions Activity since 1990. Recent Research and Quantitative Analysis*, Elsevier Science and Technology, 2007.

¹⁸ Embora, como refere Sanchez Manzano na sua obra “Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial”, “(...) *frequentemente as reestruturações são impulsionadas pelo mero interesse dos gestores em desenvolver as suas funções em organizações com maior dimensão, e que atuam em mercados mais vastos*”.

aproveitando os gestores a dinâmica gerada através de ativos *bull market* (ou seja, de ativos em alta no mercado), para adquirirem ativos reais.

Numa perspetiva económica, as operações de concentração são habitualmente classificadas em função da relação comercial entre empresa adquirida e adquirente. Nesta classificação, as operações podem ser denominadas de *horizontais*, *verticais* ou *conglomeradas*.

Entende-se por *horizontais* as operações em que as empresas envolvidas atuam no mesmo setor ou segmento de negócio. Estas operações têm na sua base essencialmente duas razões: maior competitividade (através da geração de sinergias e de economias de escala) e pelo aumento das quotas de mercado.

As operações *verticais* ocorrem quando se verifica a agregação de dois ou mais elos de uma cadeia de valor, ou seja, quando uma empresa passa a controlar operações que se encontram a montante ou a jusante da sua atividade (por exemplo, quando após uma operação de concentração, uma empresa de distribuição passa a produzir os produtos que vende). Estas operações visam reduzir custos, obter melhorias de processos, ou seja, visam a obtenção de eficiências operacionais.

Por fim, estamos perante *conglomerados* quando as operações de concentração envolvem um conjunto de empresas de diferentes ramos comerciais ou industriais, controlado por uma empresa-mãe (holding) e que buscam a diversificação como principal objetivo.

Aspeto igualmente importante para a compreensão deste fenómeno é o de entender as razões pelas quais estes negócios falham com tanta frequência. Faelten, Driessen, e Moeller apresentam três grandes áreas como estando na base destes fracassos¹⁹:

- Falhas de planeamento;
- Falhas na comunicação;
- Incapacidade em ponderar adequadamente o impacto destas operações sobre as pessoas;

¹⁹ Para uma compreensão das razões pelas quais estas operações falham tão frequentemente, sugere-se a leitura de Faelten, A., Driessen, M., & Moeller, S. (2017). *Why Deals fail*. The Economist (encontra-se já disponível no mercado uma versão em português).

Sob um ponto de vista estritamente económico-financeiro, estas são algumas das razões que podem conduzir ao fracasso. No entanto podem existir outras razões (que podem ou não estar relacionadas com estas) e que passam por entender quais os reais objetivos que estão na base da operação, nomeadamente questões de planeamento fiscal, como veremos adiante.

1.3 O carácter cíclico dos movimentos de concentração empresarial

Um dos temas que tem despertado o interesse de quem se dedica à análise do fenómeno da concentração empresarial, é o de compreender as razões pelas quais estas operações são mais frequentes em determinados períodos e em determinados contextos económicos. No entender de diversos autores, o fenómeno das fusões e aquisições não assenta em eventos aleatórios tratando-se sim, de um movimento com carácter cíclico.

Na verdade, ao longo dos tempos, sobretudo desde os finais do Séc. XIX tem sido possível assistir a sucessivas vagas de operações de fusões e aquisições (M&A) que correspondem igualmente a períodos específicos de desenvolvimento económico, embora com características e motivações diferentes. Por vagas (ou ciclos) devem entender-se períodos de tempo relativamente curtos, mas onde se verifica uma intensa atividade de fusões e aquisições.

No que respeita aos Estados Unidos da América, Martin Lipton²⁰ identifica a ocorrência de seis vagas²¹:

1ª Vaga (1893-1904) – Inicia-se após a 2ª Revolução Industrial, sendo o tempo das grandes operações de fusão horizontais, e tendo por objetivo o aumento das quotas de mercado. Foi neste período que se criaram as grandes indústrias dos setores do

²⁰ Lipton, M. (14, September 2006), *Merger Waves in the 19th, 20th and 21st Centuries*. (O. H. School, Ed.) The Davies Lecture.

²¹ Dado não ser este o objecto central do presente estudo, vamos apresentar de forma exemplificativa apenas o caso dos Estados Unidos. Mas é de referir igualmente que outros autores defendem a existência de mais ou de menos ciclos consoante o modelo que seguem (por exemplo Domingos Ferreira, (Ferreira D. S., 2017, Vol 1: 347 e segs) refere a existência de 7 vagas nos EUA e 5 vagas na Europa.

ação, petróleo, mineração e transportes. Esta fase veio a terminar na sequência das crises financeiras de 1904 e 1907²² nos EUA, e pela decisão do Supremo Tribunal de Justiça em aplicar as leis *antitrust*²³ (muito restritiva à época), às fusões horizontais.

2º Vaga (1919 a 1929) – Fase que decorre a partir do final da I Guerra Mundial e que correspondeu à consolidação das indústrias que estiveram na base da 1ª vaga, complementando as fusões horizontais com fusões verticais. É neste período que se assiste por exemplo ao nascimento de grandes empresas do setor automóvel, como a Ford e a General Motors. Nos Estados Unidos esta vaga termina com a Crise de 1929 e a grande Depressão que se seguiu, sendo que na Europa, a construção de grandes impérios industriais ainda se prolongou durante mais uns anos até ao início da II Guerra Mundial.

3ª Vaga (1955 a 1969-73) – Esta vaga surge na sequência do otimismo resultante do final da II Guerra Mundial trouxe consigo um novo conceito de negócio: *os conglomerados*. É o período em que se formam nos EUA grandes companhias como a IT&T²⁴, LTV²⁵, e Teledyne, cuja estratégia de crescimento por via de fusões e

²² “(...) O pânico financeiro de 1907, também conhecido com o pânico dos banqueiros de 1907, foi uma crise financeira que ocorreu nos Estados Unidos quando a Bolsa de Valores de Nova Iorque caiu quase 50% relativamente ao seu pico no ano anterior. Houve pânico, pois eram tempos de recessão económica, com numerosas corridas aos bancos e sociedades financeiras. O pânico de 1907 acabaria por espalhar-se por todo o país com a falência de muitos bancos e empresas estatais e locais. Entre as causas primárias desta corrida incluem-se a retração da liquidez do mercado por alguns bancos de Nova Iorque e uma perda de confiança entre os depositantes, exacerbada pelas apostas paralelas e pelas *bucket shops* não regulamentadas (as *bucket shops* eram lojas especializadas em negociações fictícias com ações e commodities, que se desenvolveram nos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX. Eram uma espécie de corretoras, mas onde as compras e as vendas não eram realmente efetivadas na Bolsa de Valores, consistindo apenas de apostas feitas pelo cliente na alta ou na queda de uma ação ou commodity, tendo sido ilegalizadas em 1920).”

In Wikipedia - https://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%A2nico_financeiro_de_1907.

²³ Neste período estava em vigor o *Sherman Antitrust Act* (de 1890), o qual era considerado por muitos como pouco eficaz na defesa da concorrência., A partir de 1901 com Theodore Roosevelt na presidência dos EUA, o controlo e a fiscalização da legislação antitrust tornou-se mais acentuada, culminando com a publicação do *Clayton Act* em 1914 e pela constituição da Federal Trade Commission (FTC).

²⁴ International Telephone & Telegraph.

²⁵ Ling-Temco-Vought.

aquisições, passou pela aposta na diversificação através da entrada em novos setores e áreas de negócio (*conglomerate mergers*)²⁶, o que acabou por influenciar muitas outras empresas a seguirem este caminho. Esta estratégia acabou por cair no final dos anos 60, na sequência de um *crash* nas ações desse tipo de conglomerados, deixando claro que este modelo de diversificação global acabava por se revelar na maioria das vezes altamente destruidor de valor para o acionista.

4ª Vaga (1974-80 a 1989) – É nesta altura que se verifica pela primeira vez na História um fenómeno de M&A à escala global, com empresas a adquirirem outras localizadas fora do mercado doméstico onde operam. É igualmente o período em que se começa a verificar de forma significativa a tomada hostil de posição em empresas, com o apoio e intervenção direta dos grandes bancos de investimento, os chamados *highly leveraged takeovers*, ou seja, aquisições hostis com elevado endividamento.

É também o período em que são criadas as chamadas “*junk bonds*”²⁷ que serviram para financiar muitas dessas operações de aquisição, e cuja utilização descontrolada acaba no final da década de 1980 por conduzir ao colapso do sistema financeiro e de vários bancos que já não tinham capacidade para continuar a financiar. Como refere Martin Lipton, “(...) *it ended in 1989-90 with the \$25 billion RJR Nabisco LBO and the collapse of the junk bond market, along with the collapse of the savings and loan banks and the serious loan portfolio and capital problems of the commercial banks* (...)”. (Lipton, 2006)

5ª Vaga (1993-2000) – É o momento das grandes operações (*mega-mergers* ou *mega-deals*), e ocorre sobretudo nos setores da banca e das telecomunicações, terminando com a chegada do novo milénio muito em função da bolha especulativa

²⁶ Fusão de duas ou mais empresas cujas atividades não estão diretamente relacionadas.

²⁷ “*Valor mobiliário altamente especulativo, oferecendo taxas de juro muito elevadas e acima das taxas de mercado, mas sem qualquer garantia*”. Costa, J. F., Mota, J. H., & Santos, L. D. (2008). Direito dos Negócios: Dicionário Inglês - Português (3ª ed.). Coimbra: Almedina.

Segundo as escalas de notação de crédito da S&P e da Fitch, será uma obrigação com Rating abaixo de BBB- e segundo a escala da Moodys abaixo de Baa3, mas que oferece como contrapartida uma taxa de juro (yields) mais atrativa do que o mercado.

entretanto gerada, bem como dos vários escândalos²⁸ que se verificaram na época, dos quais o caso Enron²⁹ foi o mais conhecido e mediático. Este é também o período de apogeu das chamadas empresas “dot.com” e que acabou por conduzir à chamada “bolha tecnológica”³⁰.

Durante este período, foram criadas empresas a uma escala até então inimaginável, seja em termos de montantes envolvidos, seja pela quantidade de companhias que foram adquiridas. “(...) *A global view of competition, in which companies often find that they must be big to compete, and a relatively restrained antitrust environment led to once-unthinkable combinations, such as the mergers of Citibank and Travellers, Chrysler and Daimler Benz, Exxon and Mobil, Boeing and McDonnell Douglas, AOL and Time Warner, and Vodafone and Mannesmann. From a modest \$342 billion of deals in 1992, the worldwide volume of mergers marched steadily upward to \$3.3 trillion worldwide in 2000. Nine of the ten largest deals in history all took place in the three-year period 1998-2000, with the tenth in 2006 (...).* (Lipton, 2006).

Mas, acrescenta Martin Lipton, “(...) *the year 2000 started with the announcement of the record-setting \$165 billion merger of Time Warner and AOL. However, after a five-year burst of telecommunications, media and technology (TMT) mergers, there*

²⁸ Enron, WorldCom, Tyco, ImClone, entre outros.

²⁹ “(...) *A empresa de energia do Texas (Enron) foi um sucesso na década de 90. Até quis construir uma central a gás em Portugal. Mas por detrás dos êxitos estavam escondidas as dívidas e prejuízos dos projetos falhados, parqueados em veículos especiais e fora do balanço. A contabilidade paralela enganou acionistas e a auditora Arthur Andersen. A suspeita sobre o real valor da Enron começou num artigo da Revista Fortune. A desconfiança alastrou e as acções caíram. O regulador da bolsa, a SEC, começou a investigar, os acionistas processaram. A Enron entrou em insolvência depois do 11 de Setembro de 2001. Os dirigentes, incluindo o fundador Kenneth Lay, foram presos. Os trabalhadores perderam as pensões (atribuídas em acções da companhia). A Arthur Andersen, então a principal auditora foi dissolvida. No rescaldo do escândalo, foram revistas as regras de auditoria e reforçadas as penalizações por fraude e falsificação de contas (...)*”. In <http://observador.pt/especiais/os-grandes-escandalos-empresariais-dos-ultimos-20-anos/>

³⁰ Sobre este período, leia-se o artigo de João Pedro Pereira, publicado no jornal “Publico” de 10 de março de 2010, “A ASCENSÃO E QUEDA DO NEGÓCIOS “DOT-COM” - A bolha da Internet rebentou há dez anos”, disponível em <https://www.publico.pt/2010/03/10/tecnologia/noticia/a-bolha-da-internet-rebentou-ha-dez-anos-1426415>.

was a dramatic slowdown in the TMT sector, as well as in all mergers. It started with the collapse of the Internet stocks at the end of the first quarter followed by the earnings and financing problems of the telecoms. (Lipton, 2006).

A 5ª vaga termina em 2000, provocada como referido atrás, pela excessiva valorização dos mercados ³¹ e especialmente por parte das empresas tecnológicas, bem como pelos vários escândalos que ocorreram.

6ª Vaga (2002-2006) – A 6ª Vaga de fusões e aquisições inicia-se apenas 3 anos após o final da 5ª Vaga, atinge o seu auge em 2006. O acesso ao crédito fácil conduziu a que várias empresas vissem facilitadas as condições para obtenção de liquidez e com isso financiar as fusões e aquisições que ocorreram nesse período. Por outro lado, também as empresas tecnológicas, que ainda estavam a recuperar da crise anterior viram nessas operações o meio de realocarem ativos e com isso recuperarem das perdas registadas nos anos anteriores. É também o período em que se desenvolvem mais significativamente os chamados produtos financeiros complexos, que serviram para escoar os elevados volumes de crédito concedido e obter mais liquidez que por sua vez permitia financiar novas operações, bem como se assiste ao crescimento exponencial dos fundos de Private Equity³² e a sua tomada de posição como acionistas de diversas empresas, e dos chamados MBO's ³³. Segundo Martin Lipton, *“(...) from a low of \$1.2 trillion in 2002 the pace of merger activity has*

³¹ *“(...) while merger activity in 2000 exceeded 1999 by a small amount by the end of the year, the bubble had burst. The NASDAQ was down more than 50% from its high, many TMT stocks were down more than 50% (some as much as 98%), the junk bond market was almost non-existent, banks tightened their lending standards and merger announcements were not well received in the equity markets. (...)”*, Lipton, M. (14, September 2006). *Merger Waves in the 19th, 20th and 21st Centuries*. (O. H. School, Ed.) The Davies Lecture.

³² Private equity define um tipo de atividade financeira levada a cabo por instituições que investem em empresas que ainda não se encontram cotadas em bolsa, tendo como objetivo potenciar o seu desenvolvimento. Esses investimentos são realizados através de Fundos de Private Equity, sendo geralmente realizados em empresas emergentes e de dimensão razoável, mas que possuem grande potencial. Regra geral são constituídos através de acordos contratuais privados entre investidores e gestores não sendo oferecidos diretamente ao mercado, mas sim realizados através de colocação privada.

³³ Management Buyout, ou seja, a aquisição de uma empresa por parte dos seus gestores.

increased to what appears will be a total of \$3.4 trillion by the end of 2006 (...)”.
(Lipton, 2006)

A 6ª Vaga de Fusões e Aquisições termina com a crise do *subprime* em 2007³⁴ (e com a crise financeira de 2008, que se lhe seguiu), e que teve a sua origem nos mercados imobiliários dos EUA e que rapidamente contagiou todo o sistema financeiro, (nomeadamente o europeu) através da disseminação de instrumentos financeiros complexos (como por exemplo a titularização de créditos), que funcionaram como verdadeiras “*armas de destruição maciça*”³⁵, dado o seu efeito sistémico no sistema financeiro global.

A concluir, e de forma a sintetizar as diferentes fases ou ciclos de M&A nos EUA apresenta-se um modelo matricial, elaborado com base na classificação proposta por Domingos Ferreira (Ferreira D. S., 2017:354 e seg):

Figura 2: Os diferentes ciclos de M&A nos EUA

1ª Vaga	Fusões horizontais com fins monopolistas.
2ª Vaga	Fusões horizontais e verticais.
3ª Vaga	A era dos conglomerados.
4ª Vaga	A era das reestruturações, dos takeovers hostis, dos LBO's, e das junk bonds.
5ª Vaga	A era das fusões e aquisições transnacionais e transcontinentais.
6ª Vaga	Globalização, private equity e LBO's.

³⁴ (...) *A maior crise económica e financeira desde a década de 1930 teve origem num setor específico do mercado de crédito hipotecário americano, o mercado de alto risco. O crédito hipotecário de alto risco (subprime) é um tipo de empréstimo que facilita o acesso à habitação por aqueles que não têm as garantias necessárias para serem elegíveis para empréstimos normais (prime), os chamados NINJA (acrónimo de no incomes, no assets, no jobs), ou seja, o segmento mais desfavorecido da população americana, sem rendimentos nem emprego e que subitamente se viu com acesso a crédito para aquisição de casa. O sub-prime é um crédito hipotecário de alto rendimento que implica um risco considerável de incumprimento por parte do mutuário. Os mutuantes contavam com o aumento de preços dos bens imóveis para limitar os riscos. Em caso de incumprimento, poderiam sempre revender a um preço mais elevado. Em 2006, este tipo de empréstimo representava 10% do mercado de crédito hipotecário americano. O colapso da bolha do setor imobiliário nos EUA traiu a lógica do subprime. A taxa média de incumprimento aumentou, passando de cerca de 11% no início de 2006, para mais de 20% em 2008. (...)*” in Paulo, Sebastian, Fundação Robert Schumann, (2011), A Europa e a Crise Financeira Mundial Balanço da resposta política da EU.

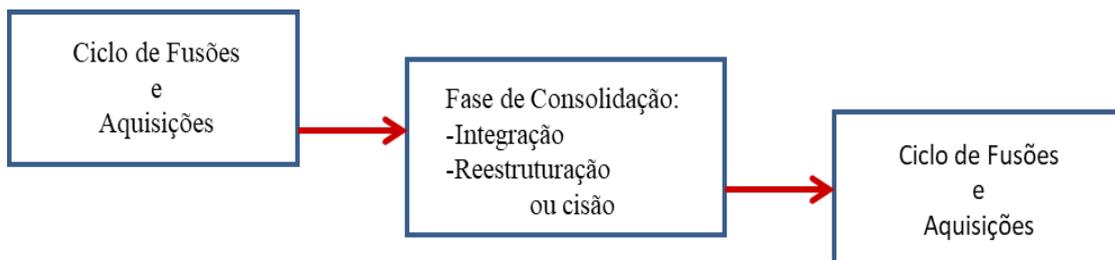
³⁵ Expressão utilizada pelo Professor João Calvão da Silva in Silva, J. C. (2013). Titularização de créditos - Securitization. No coração da crise financeira global. Coimbra: Almedina.

1.4 As reestruturações empresariais: vias para a sua concretização.

As vagas ou ciclos de fusões e aquisições estão em regra associadas a transformações no meio económico envolvente, momentos esses que as empresas procuram aproveitar para atingir objetivos, que podem ser variados, mas que teoricamente visam a obtenção de mais-valias e criação de valor para o seu acionista ou detentor.

No entanto, nem sempre estas operações atingem os objetivos a que se propõem, e por outro lado, num mercado em permanente evolução, as empresas têm a necessidade de se adaptar às exigências que surgem a cada momento, de forma a sobreviverem e a prosperarem. Desta forma, os ciclos de *concentração* empresarial vão sendo intercalados por fases de *reorganização e consolidação* onde se processam as integrações, as reestruturações ou as cisões, retomando assim que as circunstâncias o permitem, o ciclo de fusões e aquisições. Em termos esquemáticos, esse movimento pode ser representado da seguinte forma (Ferreira D. S., 2017):

Figura 3: Ciclo de vida dos movimentos de M&A



Neste processo contínuo, as reestruturações empresariais assumem uma importância crescente, ao terem por objetivo a racionalização das estruturas empresariais visando a maximização da sua eficiência económica, e o fortalecimento do tecido empresarial e da competitividade.

Segundo António Martins ³⁶ uma reestruturação implica modificações na estrutura das empresa seja por via da alteração de ativos (bens e direitos), seja pela forma de financiamento, seja pelas duas em simultâneo.

³⁶ António Martins, “A influência da lei fiscal nas decisões de reestruturar: Uma perspetiva financeira” in Sanches, J. L. (2009). *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora

Com base neste autor, é possível estabelecer o seguinte modelo simplificado com vista à realização destas operações:

Figura 4: Vias para a concretização das operações de reestruturação empresarial

Via	Reorganização de ativos	Criação de novas estruturas de propriedade	Reorganização da estrutura de financiamento
Modo	Através da modificação da composição do ativo empresarial, através de aumentos ou reduções de ativos, ou pela alteração do peso relativo das componentes do ativo imobilizado e do ativo de curto prazo.	Pela alteração da forma do exercício dos direitos que recaem sobre os ativos empresariais detidos por determinada entidade.	Mudança de instrumentos de suporte financeiro dos ativos empresariais, por via da alteração dos recetores das parcelas de meios libertos (cash flows), que afluem aos titulares desses instrumentos.
Forma	Aquisições, cisões, alienações, joint-ventures.	Spin-offs, equity carve outs.	Ofertas de troca de títulos (exchange offers), leverage recapitalizations.

(Fonte: António Martins, in Sanches, 2009)

Vejamos agora como é que o ordenamento jurídico nacional enquadrará as situações de reestruturação empresarial.

1.5 As reestruturações empresariais no direito português.

O direito português (tal como o direito comunitário), considera várias formas através das quais se podem realizar reestruturações empresariais. Essas situações encontram-se previstas no Código das Sociedades Comerciais (CSC), e no Código do Imposto sobre os Rendimentos das Pessoas Coletivas (CIRC).

Para uma compreensão adequada da matéria relativa às reestruturações empresariais nomeadamente no que respeita ao regime fiscal aplicável às operações neutras (e às não neutras), é necessário conhecer qual o seu enquadramento legal e nomeadamente ao nível do direito das sociedades comerciais³⁷. Não se pretendendo neste momento

³⁷ Como refere Carlos Baptista Lobo “(...) o direito fiscal, enquanto direito de sobreposição, não tem a pretensão de regular exclusivamente e através de conceitos próprios, todos os fenómenos jurídicos., limitando-se, na grande maioria das situações, a adotar os conceitos e os instrumentos concebidos em outras áreas do direito. Assim, a realização de uma qualquer indagação jus-fiscalista implica uma prévia fixação das estruturas jurídicas basilares (...)”. Lobo, C. B. (2000). Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos. Pág. 30, (I. S. Gestão, Ed.) Fiscalidade.

analisar o regime societário aplicável às reestruturações³⁸, importa, no entanto, salientar o seguinte:

Em termos de sistematização, a matéria relacionada com as alterações ao contrato de sociedade (incluindo reestruturações) encontra-se assim organizada no CSC:

- Fusão de sociedades – artigo 97.º a 117.º
- Fusões transfronteiriças – artigo 117.º A a 117.º L
- Cisão (nas suas diferentes formas) – artigo 118.º a 129.º
- Transformação de sociedades – artigo 130.º a 140.º
- Dissolução da sociedade – artigo 141.º a 145.º
- Liquidação da sociedade – Artigo 146.º a 165.º

Por seu lado, a legislação fiscal prevê no artigo 73.º do CIRC, quatro tipos de operações passíveis de beneficiarem do regime especial de neutralidade fiscal. São elas:

- Fusões.
- Cisões.
- Entrada de Ativos.
- Permuta de partes sociais.

Partindo destas classificações, António Rocha Mendes propõe o agrupamento das diferentes alternativas previstas pelo legislador português nas seguintes categorias:

³⁸ No Capítulo IV analisaremos na vertente societária e fiscal as figuras previstas no artigo 73.º do CIRC.

Figura 5: Reestruturações empresariais no direito português

Transmissão da propriedade ou do controlo de ativos fixos individualizados da empresa ou da globalidade dos seus elementos patrimoniais ³⁹	Fusão	Contribuição de ativos, cisão e permuta de participações	Transformação, liquidação e redomiciliação.
Neste último caso, a transmissão pode ser realizada seja através da transmissão das participações da entidade que detém a empresa, seja por trespasse.	Operação em que duas ou mais sociedades se extinguem, os seus elementos patrimoniais são incorporados numa nova sociedade ou numa sociedade já existente, e os sócios da sociedade extinta adquirem participações da sociedade incorporante.	Operações nas quais se realiza a contribuição de elementos patrimoniais e/ou a sua separação, por contrapartida de participações sociais das entidades beneficiárias.	Que em determinadas circunstâncias consistem na mera transformação da forma jurídica através da qual o conjunto de elementos patrimoniais da empresa é detido.

(Fonte: Mendes, 2016)

Independentemente da intenção que esteja na base da decisão de reestruturar, uma das principais questões subjacente a essa decisão é que ela tem sempre implicações com a matéria fiscal, na medida em que implica a transmissão de ativos entre diferentes entidades empresariais sujeitas a tributação e provocando sobre os ativos reorganizados a possibilidade de tributação dos ganhos latentes. Ou seja, e para lá da natural avaliação e cumprimento do regime legal societário, é necessário igualmente ter em conta os impactos fiscais associados à decisão. Por essa razão é possível encontrar um conjunto de equivalências de regimes legais aplicáveis às alterações aos contratos de sociedades e às reestruturações, verificando-se uma articulação entre a matéria societária e a matéria fiscal.

Na dissertação apresentada no ISCTE⁴⁰, Catarina Fernandes Mendes apresenta a seguinte tabela de equivalências do regime fiscal e societário:

³⁹ Por elementos patrimoniais entendem-se os bens, direitos e obrigações da entidade que compõem o seu património, sendo registados no seu ativo ou no seu passivo.

⁴⁰ *Do direito à reestruturação Societária: O caso da cisão-fusão com Acionista único e a sua neutralidade fiscal*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas, ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas - Departamento de Economia Política, Lisboa.

Figura 6: Tabela de equivalências entre o CSC e o CIRC

Código das Sociedades Comerciais		Código do IRC	
Aumento de Capital	Artigo 87.º	Variação Patrimonial positiva.	Artigo 21.º
Redução de capital	Artigo 94.º	Variação Patrimonial negativa.	Artigo 24.º
Fusão e cisão.	Artigo 97.º	Fusão, cisão, entrada de ativos, permuta de partes sociais.	Artigo 73.º
Transformação de Sociedades.	Artigo 130.º	Transformação de Sociedades.	Artigo 72.º
Dissolução / Liquidação.	Artigo 141.º	Dissolução / Liquidação.	Artigo 79.º

Fonte: (Mateus, 2016)

Com base nesta tabela de equivalências, é visível a preocupação do legislador em enquadrar fiscalmente as situações de alterações ao contrato de sociedade:

- Um *aumento de capital* é qualificado em termos fiscais como uma variação patrimonial positiva, ou seja, um aumento da situação patrimonial registada contabilisticamente nos capitais próprios da sociedade (artigo 21.º n.º 1 al. a) do CIRC);
- As *reduções de capital* são qualificadas fiscalmente como variações patrimoniais negativas, nos termos do artigo 24.º al. c);
- As *fusões e cisões* previstas no artigo 97.º do CSC, encontram acolhimento no artigo 73.º do CIRC, o qual inclui ainda as situações de entrada de ativos e permuta de partes sociais. De realçar que esta situação (que prevê como operações de reestruturação elegíveis para efeitos de neutralidade, outras que não apenas as que resultam diretamente do CSC) levanta alguma complexidade no âmbito da fiscalidade;
- A *transformação de sociedades* do artigo 130.º CSC, tem o seu paralelo fiscal no artigo 72.º do CIRC. De referir o n.º 1 deste artigo que refere que esta situação, mesmo nos casos em que tenha ocorrido a dissolução da sociedade anterior, não implica, regra geral, a alteração do regime fiscal aplicável até aí, nem quaisquer consequências em sede de IRC, à exceção das situações previstas nos n.ºs seguintes;

- Por fim, e no que respeita à *dissolução e liquidação de sociedades* prevista no artigo 141.º do CSC, esta matéria encontra a sua correspondência fiscal nos artigos 79.º e seguintes do IRC; Assim, e no que respeita ao lucro tributável, este é determinado com referência a todo o período de liquidação, estando também previstas um conjunto de disposições quer quanto ao apuramento do imposto, quer para as situações em que a situação de dissolução ou liquidação ultrapasse dois anos, quer ainda no que respeita à dedutibilidade dos prejuízos fiscais anteriores à dissolução.

CAPÍTULO II: O regime especial da neutralidade fiscal

2. A neutralidade fiscal aplicável às situações de reorganização empresarial.

Uma reorganização empresarial deve ser centrada em motivos económicos, não devendo a existência de questões fiscais interferir em decisões que devem ser orientadas exclusivamente pela obtenção de eficiências ao nível da actividade económica. Mas dada a sua natureza, estas operações geram fluxos financeiros e/ou patrimoniais passíveis de serem interpretados como a realização de ganhos das empresas que são objeto de reorganização, bem como de ganhos potenciais nas participações das sociedades envolvidas, sendo como tal objeto de tributação em sede de IRC. Ou seja, os resultados da transmissão de património, dos ativos e passivos vão concorrer para a determinação do lucro tributável das sociedades envolvidas, como se de uma efetiva transação se tratasse havendo lugar à tributação das mais-valias que possam ser geradas nessa operação. Em traços largos, é nisto que consiste o regime geral de tributação.

No entanto existem situações em que os ganhos realizados nessas operações não são reconhecidos imediatamente em termos fiscais, sendo a sua tributação diferida. Segundo Carlos Baptista Lobo, “(...) *O que está em causa é a adaptação do sistema fiscal à realidade comercial subjacente na ótica da neutralidade económica da fusão, que deve necessariamente ser acompanhada por uma neutralidade fiscal consequente* (Lobo, 2006: 38).

Os casos em que esta situação ocorre encontram-se previstos na lei fiscal e enquadram-se no chamado *regime especial da neutralidade fiscal*, que institui um regime tributário *neutro* aplicável a este tipo de operações para que a tomada de decisão não seja influenciada nem evitada por questões fiscais, e sim por questões de racionalidade económica⁴¹.

⁴¹ Jaime Carvalho Esteves defende que o regime da neutralidade fiscal deve corresponder para as sociedades intervenientes (embora não necessariamente para os seus sócios) ao regime geral (regime regra) por ser o único aplicável com um mínimo de rigor e de adesão ao texto legislativo. In Jaime Carvalho Esteves, “Será possível deixar de diferir os ganhos e perdas na fusão e na cisão de

Pretende-se assim evitar como refere Saldanha Sanches (Sanches, 2008), o chamado *excess burden*, ou seja, as situações em que por via do imposto aplicável se retira o incentivo que as partes têm para realizar a transação, dado o montante do imposto aplicável ser mais elevado do que o benefício líquido que as partes obteriam por via do aumento da eficiência económica da operação.

Nesse sentido o Código do IRC prevê um regime especial de tributação aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais que tem por objetivo assegurar a neutralidade fiscal destas operações ⁴².

Como refere Filipa Belchior Coimbra, “(...) o regime da neutralidade fiscal traduz-se numa solução que permite a eliminação dos obstáculos de natureza fiscal imediatos, que poderiam conduzir a um desincentivo à realização destas operações” (Coimbra, 2017: 45).

2.1 Conceito e princípios orientadores.

Do ponto de vista económico, uma operação de reestruturação é considerada neutra quando se caracteriza pela ausência de resultados diretos e imediatos, bem como pela continuidade da actividade económica das empresas envolvidas. (Filipe Lobo pág. 107).

O regime especial da neutralidade fiscal previsto para as operações que se encontram configuradas no artigo 73.º n.º 1 a n.º 5 do CIRC assenta nos seguintes princípios orientadores:

- *A neutralidade fiscal* para as entidades intervenientes (sociedades e sócios);
- *A continuidade* do exercício de uma atividade
- económica;

sociedades? (A procura do facto tributário)”, Teixeira, G. (2013). *III Congresso de Direito Fiscal*. Porto: Vida Económica, pág. 187.

⁴² O princípio base da neutralidade fiscal encontra-se desde logo no artigo 81.º al. f) da Constituição da República Portuguesa ao estatuir que incumbe ao Estado, “Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.”

- A possibilidade de *transmissibilidade dos prejuízos*;
- O *diferimento da tributação* dos elementos transferidos, bem como das suas contrapartidas, até ao momento da sua efetiva realização;

Em traços gerais, o regime especial da neutralidade fiscal previsto no CIRC significa que num conjunto específico de operações que visam a realização de reestruturações empresariais (e que por esse facto geram fluxos financeiros ou patrimoniais que podem ser considerados proveitos ou mais-valias), os rendimentos gerados por essa via encontram-se numa fase inicial isentos de qualquer tributação.

Mas embora o regime da neutralidade fiscal não vá gerar tributação no imediato, ele não tem em vista exonerar a tributação destas operações, mas sim diferi-la para um momento posterior, tendo em vista a salvaguarda dos direitos tributários dos Estados das sociedades contribuidora e adquirente ou beneficiária. Ou seja, no momento da operação e quando se verifica a transferência de patrimónios, os resultados não são apurados bem como não são considerados rendimentos os ajustamentos que tenham sido efetuados, relativos a obrigações e encargos verificados na esfera das sociedades participantes na operação (sociedades fundidas, cindidas ou contribuidoras) ⁴³. A tributação apenas se irá verificar quando as sociedades beneficiárias vierem a alienar os bens patrimoniais recebidos sendo então o apuramento dos resultados para efeitos da determinação do lucro tributável e respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos feito, como se não tivesse havido a operação de fusão, cisão ou entrada de ativos, nos termos do artigo 74.º n.º 4. E nesse momento será considerado não apenas a valorização da sociedade, obtida pelo beneficiário da reestruturação, mas também os ganhos e proveitos obtidos com a reestruturação.

A operação de reestruturação não dá lugar a qualquer tributação, no momento da sua concretização, desde que se encontre garantido um regime de total continuidade

⁴³ Por exemplo no caso de uma fusão, em que se verifique a transferência do conjunto de direitos e obrigações da incorporada para a incorporante o que se sucede na prática é que se procede a uma reorganização da estrutura de ativos e de passivos da empresa, de forma a maximizar a eficiência dos recursos disponíveis embora em termos fiscais tudo se mantem como se não tivesse havido essa transferência.

fiscal na sociedade beneficiária. E é exatamente este requisito da continuidade do exercício de uma atividade económica (e também o de diferimento da tributação até ao momento da sua efetiva realização), que indica desde logo os parâmetros que estão na base da exclusão das operações reestruturação que se concretizam através da dissolução e liquidação de sociedades.

O regime da neutralidade fiscal é aplicável não apenas às sociedades envolvidas, mas também à esfera dos sócios, quando se mantêm nestes o investimento verificável pela detenção de partes sociais, na medida em que estas são apenas substituídas por novas participações referentes ao capital social da sociedade beneficiária ou adquirente. Como escreve Helena Pegado Martins ⁴⁴, “*O mesmo regime de neutralidade também é aplicável aos sócios, desde que os mesmos continuem a valorizar, para efeitos fiscais, as partes de capital recebidas em resultado da operação de fusão ou cisão pelo valor das antigas (vd. Artigo 76.º) e, bem assim, às operações de permuta de partes sociais, nas condições do artigo 77.º*”.

Em síntese, a aplicação do regime de neutralidade fiscal que se encontra plasmado no ordenamento jurídico fiscal português produz dois efeitos:

- ✓ A **neutralização das consequências fiscais** que resultariam da realização de um conjunto específico de negócios, através do seu mecanismo de diferimento;
- ✓ A **manutenção da soberania dos Estados-membros sobre os ganhos diferidos** dessas mesmas operações, pela afetação dos ativos transmitidos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária no Estado-membro do transmitente.

⁴⁴ “O imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas” in Catarino, J. R., & Guimarães, V. B. (2015). *Lições de Fiscalidade* (4ª Edição ed., Vol. Volume 1, pág. 334). Coimbra: Almedina.

2.2 A experiência dos Estados Unidos da América

O regime de neutralidade fiscal aplicável às situações de reorganização empresarial surgiu nos Estados Unidos da América, através do *Revenue Act* ⁴⁵ de 1918, e de acordo com a doutrina americana, referida por António Rocha Mendes (Mendes, 2016) ⁴⁶, a sua origem deveu-se essencialmente a três motivos que assentam nas características das operações em questão:

1. Consubstanciam operações que não correspondem a um verdadeiro desinvestimento;
2. São operações por natureza eficientes e como tal devem ser incentivadas;
3. São operações difíceis de tributar;

O tema da aplicação do regime da neutralidade fiscal às operações de reestruturação empresarial nos EUA assentes nestas características, tem gerado várias discussões doutrinárias, existindo argumentos a favor e contra. Vejamos alguns deles:

a) *São operações que não correspondem a um verdadeiro desinvestimento*, pois os proprietários mantêm o investimento na sociedade (ou seja, trata-se de alterações societárias na sua forma, mas não na substância do investimento) ⁴⁷.

No entanto, e dadas as limitações manifestadas por este conceito legislativo para efeitos de uma determinação objetiva do regime de tributação, a sua clarificação ficou (como é característica do modelo jurídico anglo-saxónico) a cargo da jurisprudência, que criou o conceito de *“mere change in the form of ownership rationale”*, ou seja, de mera alteração na forma de detenção dos investimentos, para definir as situações onde o regime especial de neutralidade fiscal seria aplicado.

⁴⁵ Este diploma fiscal veio simplificar a estrutura tributária criada pelo Revenue Act de 1917, substituindo o modelo de imposto normal e imposto adicional em vigor, por um sistema único de tributação sobre os rendimentos.

⁴⁶ Veja-se a título de exemplo, Schlunk, H. J. (28 de novembro de 2006). *Rationalizing the Taxation of Reorganizations and Other Corporate Acquisitions*. Vanderbilt University Law School, Law and Economics. Social Science Research Network Electronic Paper Collection.

⁴⁷ *“Purely papper transactions”*, expressão utilizada para descrever as operações que não implicam um verdadeiro desinvestimento (*cash-out*).

No seguimento deste conceito, a jurisprudência norte-americana desenvolveu duas doutrinas de modo a identificar os requisitos essenciais das operações passíveis de serem abrangidas pelo regime especial: A doutrina de *continuity of interest* (ou seja, a exigência da continuidade do investimento dos sócios na empresa), e a doutrina de *continuity of business* (isto é, de continuidade da empresa). Estes requisitos (cumulativos) exigem, por um lado que os sócios mantenham um interesse económico significativo nos ativos transmitidos (recebendo para o efeito uma participação na sociedade adquirente, após a reestruturação), e por outro lado que a sociedade adquirente mantenha o negócio da sociedade transmitente⁴⁸.

b) *São operações por natureza eficientes e como tal devem ser incentivadas*; Esta posição que assenta na eficiência económica, tem vindo a ser objeto de várias críticas por diversos autores que entendem, por um lado, que o tema da eficiência não se encontra devidamente provada, e que por outro lado que não se justifica de um ponto de vista económico, a proteção somente às operações em que não se verifique um desinvestimento real face aquelas que tal sucede, na medida em que entendem que estas não implicam necessariamente um crescimento económico. Por isso, entendem os adversários deste argumento, que além de se subsidiar de modo arbitrário os intervenientes nestas reestruturações (o que coloca também em causa a aplicação do princípio da igualdade), representam igualmente um custo expressivo para os contribuintes.

c) Por fim, *são operações difíceis de tributar*, pelo facto de não gerarem a liquidez suficiente para o pagamento dos impostos devidos (o que pode obrigar o transmitente a desfazer-se de parte do seu património, para satisfazer as suas

⁴⁸ A doutrina da *continuity of business* vem na sequência da posição defendida inicialmente pelo fisco americano, que entendia não se tratarem meras alterações na forma da detenção dos ativos, as situações em que se verificasse a extinção da empresa (ou a afetação dos seus ativos a outro negócio), mesmo que os sócios mantivessem uma posição expressiva na sociedade adquirente. Esta posição acabou por ser atenuada com o tempo, considerando-se agora que basta apenas que a empresa adquirente ou mantenha no mínimo um negócio da transmitente, ou que utilize uma parte significativa dos ativos adquiridos em qualquer outro negócio, para que o requisito da continuidade de negócio seja considerado preenchido.

obrigações fiscais⁴⁹), e pela dificuldade de avaliação dos ativos que são transmitidos; A questão da falta de liquidez é desde logo contrariada pelo argumento de que se as restantes operações de troca de ativos estão sujeitas ao regime geral de tributação, (não abdicando a administração fiscal dessa receita), não há justificação para que o não seja apenas nestas situações. Por outro lado, a questão da liquidez pode ser ultrapassada pela negociação dos títulos dados em troca. Também a questão da dificuldade na avaliação dos ativos tem sido discutida na medida em que se entende que ela acontece desde logo na essência da operação, na medida em que para efeitos de cálculo do rácio de trocas, é utilizado, regra geral, o critério do justo valor, pelo que a avaliação dos ativos que é exigida numa reestruturação não é diferente daquela que pode ser exigível pelo fisco.

Embora considerando o regime da neutralidade fiscal norte-americano um dos regimes mais estáveis do sistema de tributação norte-americano, António Rocha Mendes considera-o “*suportado em fracos alicerces normativos, de extrema complexidade e em muitos casos profundamente injusto*” (Mendes, 2016: 203), pelo que em seu entender se justificaria uma revisão conceptual das suas bases teóricas.

⁴⁹ O que seria especialmente gravoso, sobretudo no caso dos sócios minoritários que se tivessem oposto à operação.

CAPÍTULO III: O normativo comunitário e a ordem jurídica nacional.

3. Introdução.

Como visto atrás, as operações de reestruturação empresarial têm como consequência um conjunto de atos com efeitos patrimoniais, como sejam transmissões de património, troca de títulos de participação social, etc. Em termos fiscais, todas essas transmissões patrimoniais são consideradas como tendo sido realizadas a título oneroso, concorrendo dessa forma para a determinação do lucro tributável através da realização de mais ou menos-valias.

As operações de reestruturação empresarial entre Estados-membros podem ter por vezes um tratamento fiscal mais gravoso do que teriam se fossem realizadas por empresas do mesmo Estado-membro, nomeadamente através da tributação de mais-valias não verificadas. Para evitar essa situação o regime da neutralidade fiscal nas operações de reestruturação societária visa num primeiro momento isentar os rendimentos que resultem dos movimentos necessários para a concretização dessas operações e que por via disso gerem fluxos financeiros ou patrimoniais, que sejam considerados como proveitos e / ou mais-valias e conseqüentemente objeto de tributação. Com base neste regime, a tributação só acontece num segundo momento, quando se verifica a transmissão dos ativos adquiridos e se procede à tributação dos rendimentos apurados, considerando-se então não apenas o valor obtido para o beneficiário desde que a operação se verificou, mas também a valorização da própria sociedade verificada desde esse momento. Foi esse o regime que o Direito Comunitário entendeu adequar-se à realidade europeia, para assegurar que as empresas beneficiassem dentro do espaço europeu das mesmas condições que os diferentes Estados aplicavam nos respetivos mercados internos, tornando essas operações fiscalmente neutras, mas sem colocar em causa os legítimos interesses dos Estados-membro das sociedades envolvidas nessas operações ⁵⁰.

⁵⁰ Como é referido no 2º considerando da Diretiva, "As fusões, as cisões, as cisões parciais, as entradas de ativos e as permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar

Vejamos de forma sucinta, como se procedeu à harmonização no ordenamento jurídico português, (nomeadamente a articulação entre o CIRC e a atual Diretiva das Fusões), bem como a influência que a jurisprudência europeia teve no modelo em vigor em Portugal e os limites à aplicação da Diretiva no ordenamento jurídico nacional.

3.1. O regime de neutralidade fiscal em Portugal e no espaço europeu.

No que respeita à aplicação nas situações de reorganização empresarial, o legislador português integrou o regime especial da neutralidade fiscal na legislação nacional, ainda antes mesmo do próprio ordenamento jurídico comunitário o fazer ⁵¹, através do seu acolhimento em sede de CIRC⁵², em 1988.

O regime que então entrou em vigor era, no entanto, limitado estando a sua aplicação restrita aos casos de fusão e cisão realizadas entre sociedades com sede ou direção efetiva em território português, existindo uma relação direta entre as operações elegíveis para este efeito, e as situações de fusão e cisão previstas no Código das Sociedades Comerciais (CSC).

deste modo o bom funcionamento daquele mercado interno. Essas operações não deverão ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções resultantes em particular das disposições fiscais dos Estados-Membros. Importa, por conseguinte, prever, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado interno, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.”

⁵¹ Aliás em alguns aspetos e durante um largo período, o ordenamento jurídico nacional mostrou-se mais avançado do que o ordenamento comunitário. Como refere João Magalhães Ramalho, até 2005, data da diretiva 2005/19/CE do Conselho de 17 de fevereiro de 2005, a Diretiva Fusões (1ª diretiva), apenas elegia como operações de cisão relevantes aquelas que implicassem a dissolução da sociedade cindida, ao passo que o CIRC sempre aceitou como válidas as operações de cisão parcial previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 118.º do CSC. E, continua o autor, “(...) por outro lado, e contrariamente ao que sucedia em sede de CIRC, a Diretiva Fusões na sua redação inicial vedada expressamente a aplicação do regime da neutralidade às operações de cisão, sempre que a atribuição de partes sociais aos sócios da sociedade cindida não respeitasse a regra da proporcionalidade. (...), in (Ramalho, 2015: 15).

⁵² DL n.º 422-B 88 de 30 de novembro.

Em termos de Direito Europeu, o regime da neutralidade fiscal teve a primeira regulação formal em 1990⁵³, através da Diretiva 90/434/CEE do Conselho de 23 de julho de 1990⁵⁴, embora, como salienta António Lança Schwalbach (a primeira proposta neste sentido seja datada dos finais da década de 60 (JO 1969, C39/4, 22.03.1969) sendo que “a referida Diretiva foi posteriormente alterada pela Diretiva 2005/19/CE do Conselho de 17 de Fevereiro de 2005 e pela Diretiva n.º 2006/98/CE do Conselho de 20 de Novembro de 2006, tendo vindo a ser revogada pela Diretiva n.º 2009/133/CE do Conselho de 19 de Outubro de 2009 que procedeu à codificação da Diretiva inicial face às suas diversas revisões” (Schwalbach, 2012:4)⁵⁵.

Na primeira versão da Diretiva das Fusões verificavam-se algumas diferenças face ao regime então em vigor em Portugal:

- Considerava um número mais alargado de operações elegíveis (nomeadamente as operações de entrada de ativos e aquilo que então se denominava de permuta de ações - hoje permuta de partes sociais);
- Aplicava o regime às operações elegíveis, realizadas entre sociedades de diferentes Estados-membros (só mais tarde foi aplicável em Portugal);
- Previa a possibilidade de recusa da aplicação do regime de sempre que se presumisse, através da inexistência de razões económicas válidas, estar-se situações de fraude ou evasão fiscal, através da inclusão de uma norma antiabuso.

⁵³ Embora a primeira proposta da Comissão date de 16 de janeiro de 1969 (JO 1969, C39/4, 22.03.1969).

⁵⁴ Diretiva 90/434/CEE. (23 de Julho de 1990). *Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes.*

⁵⁵ “A Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, foi por várias vezes alterada de modo substancial. Por razões de clareza e racionalidade, deverá proceder-se à codificação da referida diretiva” in DIRECTIVA 2009/133/CE DO CONSELHO de 19 de outubro de 2009, considerando n.º 1.

Esta diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional em 1992, através do DL 123/92 de 2 de julho. Com a entrada em vigor deste diploma, o CIRC passou então a considerar dois regimes: um, aplicável às operações internas e outro aplicável às operações intracomunitárias⁵⁶.

Com a publicação do DL 366/98 dá-se a harmonização da aplicabilidade da cláusula antiabuso, que até então se aplicava apenas às operações intracomunitárias.

Com o DL 221/2001 assiste-se à inclusão de mais um conjunto de novidades: desde logo o conjunto de operações de reestruturação suscetíveis de serem elegíveis para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal passa a fazer também parte da lei fiscal, aplicando-se dessa forma tanto às operações internas como às operações intracomunitárias; são explicitadas um conjunto de operações abrangidas quando envolvam a transferência de estabelecimentos estáveis; é criado um regime especial aplicável à transmissibilidade dos prejuízos fiscais reportáveis; São introduzidos ainda alguns melhoramentos técnicos (nomeadamente relativos à retroatividade dos efeitos da fusão e cisão) (Ramalho, 2015:14).

Com a Diretiva 2005/19/CE ⁵⁷ verificou-se uma maior aproximação entre o texto comunitário e o ordenamento jurídico nacional. Mas foi ainda necessário esperar até 2009 ⁵⁸, com a Nova Diretiva Fusões (atualmente em vigor), ⁵⁹ para se verificar a

⁵⁶ A matéria relativa às operações de entrada de ativos e de permuta de ações só vem a ser acolhida mais tarde, através do DL 6/93 de 9 de janeiro.

⁵⁷ DIRECTIVA 2005/19/CE DO CONSELHO de 17 de fevereiro de 2005, *que altera a Diretiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes.*

Disponível em <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:058:0019:0027:PT:PDF

⁵⁸ Em 2009, verifica-se igualmente uma alteração muito significativa ao regime da neutralidade fiscal em IRC, com o fim da *regra de identidade contabilística* aplicável à valorização dos elementos patrimoniais a transmitir no âmbito de operações de fusão, cisão e entrada de ativos, e pela entrada em vigor da *regra da identidade fiscal* (que permite por um lado a não alteração dos valores fiscais dos elementos patrimoniais que sejam transmitidos, e a manutenção na esfera da sociedade recetora do património, do regime fiscal aplicável na sociedade de origem às amortizações, depreciações, provisões e perdas por imparidade - (Ramalho, 2015; 17) resultante da entrada em vigor do DL 159/2009 de 13 de julho, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística (SNC).

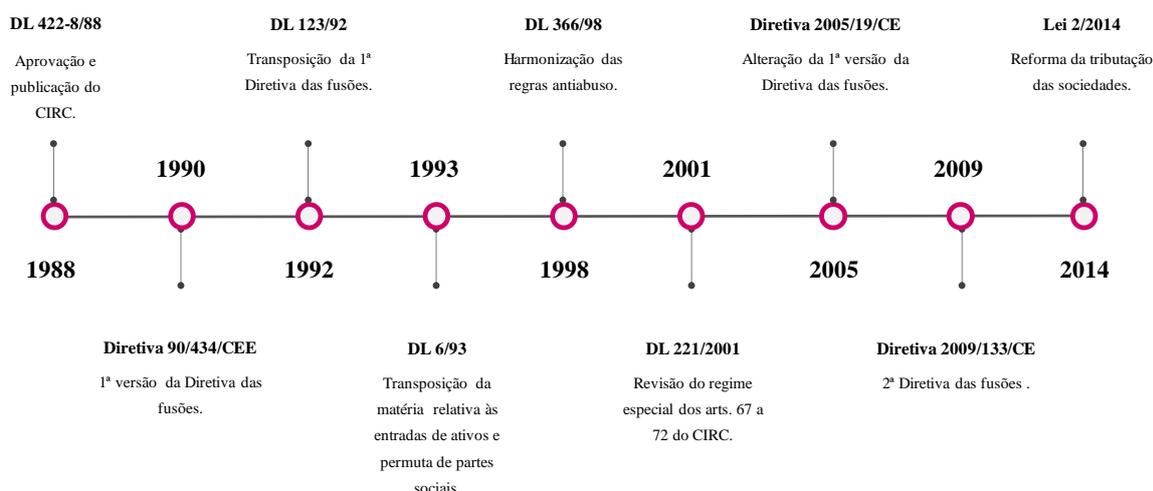
consolidação num único diploma, das diferentes alterações e ajustamentos que a Diretiva 90/434/CEE foi sofrendo ao longo do tempo.

Em 2014, a lei 2/2014 procede a uma nova Reforma do CIRC, tendo por objetivo:

- Alargar o tipo de operações de reestruturação objeto deste regime especial, previstas no artigo 73.º do CIRC, passando a aplicar expressamente o regime da neutralidade fiscal a alguns tipos de reorganizações que geravam conflitos frequentes entre a Autoridade Tributária e Aduaneira e os contribuintes; e,
- Consagrar a existência de dois regimes fiscais distintos, um aplicável às operações de reestruturação em geral, e outro, aplicável às operações de reestruturação passíveis de beneficiar do regime de neutralidade fiscal, revendo-se o regime das variações patrimoniais e o regime das mais e menos-valias.

A evolução do regime especial da neutralidade fiscal em Portugal e no espaço comunitário, representa-se na seguinte linha do tempo:

Figura 7: Evolução do regime de neutralidade fiscal;



⁵⁹ DIRECTIVA 2009/133/CE DO CONSELHO. (19 de outubro de 2009). *Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-membro para outro.* Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:310:0034:0046:PT:PDF>

3.1.1 A Diretiva das Fusões. Alguns aspetos.

A Diretiva 2009/133/CE teve em vista dois objetivos essenciais: (1) assegurar a neutralidade fiscal das operações nela previstas, e (2) assegurar os direitos fiscais dos estados das sociedades contribuidora e adquirente (ainda que de um modo diferido). Se as operações não se enquadrarem nos requisitos previstos na Diretiva, e como tal não beneficiarem do seu regime, a operação será tributada de acordo com o previsto na legislação interna de cada Estado-membro onde a mesma ocorrer.

Para que uma operação de reestruturação se possa enquadrar no âmbito da Diretiva, as sociedades envolvidas têm desde logo de ser consideradas sociedades dos Estados-membros ⁶⁰, conforme definido no artigo 3.º da Diretiva. Nos termos desse artigo e para efeitos de aplicação da diretiva, a expressão «sociedade de um Estado-membro» designa qualquer sociedade que preenche cumulativamente os seguintes três requisitos:

- a) Que revista uma das formas enumeradas na parte A do anexo I (*critério de forma*) ⁶¹;
- b) Que, de acordo com a legislação fiscal de um Estado-membro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado-membro e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um país terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade (*critério de residência*);
- c) Que esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos impostos enumerados na parte B do anexo I ⁶² ou a qualquer

⁶⁰ Ou também, como refere João Sérgio Ribeiro, de um estado do Espaço Economico Europeu desde que exista entre o referido Estado-membro e o país terceiro, uma convenção de assistência administrativa mútua em matéria fiscal que preveja uma troca de informações, tal como foi decidido pelo Acórdão *Veronsaajien*, de 19 de julho de 2012, proc. C-48/11, n.º39 (Ribeiro, 2018: 162).

⁶¹ *As sociedades comerciais ou as sociedades civis sob forma comercial, bem como outras pessoas coletivas que exerçam actividade comerciais ou industriais, constituídas de acordo com a legislação portuguesa (al. v)*; Esta exigência dum forma precisa na constituição da sociedade pode levantar algumas questões adicionais, caso entretanto venham a ser criados posteriormente à aprovação da diretiva novos tipos de sociedades em algum dos Estados-membros, como considera João Sérgio Ribeiro (Ribeiro, 2018: 162).

outro imposto que possa vir a substituir um daqueles impostos (*critério de sujeição a impostos*⁶³)⁶⁴.

No que respeita ao objeto da Diretiva, o artigo 1.º enumera as operações abrangidas no seu âmbito, designadamente:

- a) Operações de fusão, de cisão, de cisão parcial, de entrada de ativos e de permuta de ações que digam respeito a sociedades de dois ou mais Estados-membros⁶⁵;
- b) Transferência da sede de um Estado-membro para outro por uma sociedade europeia (*Societas Europaea* ou SE⁶⁶), regulada pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de outubro de 2001, relativo ao estatuto da

⁶² Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, em Portugal.

⁶³ (Schwalbach, 2012:5).

⁶⁴ O que, ao contrário do disposto no número 1 do artigo 3.º, permite a aplicação de outros impostos que venham a ser criados, que não apenas o que se encontra referido no anexo.

⁶⁵ Ficando assim excluídas as operações internas e as operações que envolvam Estados terceiros. “Sempre que na sequência da operação de reestruturação seja atribuída aos sócios da sociedade contribuidora (nos termos do artigo 2, al. f), uma quantia em dinheiro superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico dos títulos da sociedade beneficiária (nos termos do artigo 2 al. g), essas operações (...) ficam fora do âmbito da Diretiva” (Ribeiro, 2018: 164)

⁶⁶ “A sociedade europeia, designada pelo seu nome latino «Societas Europaea» ou SE, é uma sociedade de direito da UE. Possui o seu próprio quadro jurídico e evolui como um operador económico único em toda a União Europeia. Em 2001, a UE adotou, após cerca de 30 anos de negociações, o regulamento relativo ao estatuto da sociedade europeia e a diretiva conexa sobre a participação dos trabalhadores nas sociedades europeias. Esta legislação entrou em vigor em 2004. Visa reduzir os custos administrativos das empresas, oferece-lhes uma estrutura jurídica adaptada às suas atividades transfronteiras no espaço da UE e ajuda-as a evitar alguns dos condicionalismos jurídicos e práticos decorrentes de vinte e oito ordens jurídicas diferentes.

O estatuto da sociedade europeia prevê quatro formas de constituição de uma SE:

- A constituição por fusão.
- A constituição por criação de uma sociedade «holding».
- A constituição sob a forma de filial comum.
- A constituição por transformação de uma sociedade anónima de direito nacional.

A SE tem um capital mínimo de 120 000 euros e a sua sede deve corresponder ao local onde está situada a sua administração central”.

In https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_company.html?locale=pt.

Sociedade Europeia (SE), e por uma Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), regulada pelo Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativo ao estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) ⁶⁷.

Como refere João Sérgio Ribeiro, a principal consequência fiscal da aplicação da Diretiva é o adiamento da tributação das mais-valias das operações consideradas no diploma. E acrescenta “(...) *Os Estados-membros devem abster-se de fazer essa tributação no momento em que ocorrem as operações de reestruturação, não estando, contudo, impedidos de, num momento subsequente, fazer a tributação na esfera da(s) sociedade(s) beneficiária(s) no caso de esta(s) transferir(em) os ativos adquiridos. O mesmo se passa relativamente aos acionistas que, por ocasião de certas operações de reestruturação serão tributados, mas apenas se no futuro houver realização de rendimentos inerentes a essas operações (...)*” ⁶⁸. (Ribeiro, 2018: 166-167).

Para além deste aspecto é necessário ainda que por um lado, a sociedade beneficiária calcule as amortizações e as mais / menos-valias relativas aos passivos e ativos transferidos nas mesmas condições em que seriam calculadas se a operação não se tivesse realizado ⁶⁹; Por outro lado exige-se ⁷⁰ que “*os elementos do activo e do passivo da sociedade contribuidora (...) sejam efectivamente afectos ao estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado-membro da sociedade contribuidora e concorram para a formação dos resultados a tomar em consideração para a determinação da matéria colectável dos impostos*” ⁷¹.

⁶⁷ Ou seja, nas situações em que existe a transferência da sede de uma sociedade europeia ou de uma sociedade cooperativa europeia de um Estado-membro para outro, sem que haja dissolução ou criação de uma nova pessoa coletiva.

⁶⁸ Artigo 4.º, n.º 1 da Diretiva.

⁶⁹ Artigo 4.º, n.º 4 e 5 da Diretiva.

⁷⁰ Artigo 4.º n.º 2 al. b) da Diretiva.

⁷¹ “*O patrimonio da(s) sociedade(s) incorporada(s) deverá já assim permanecer no território do Estado-membro de origem para beneficiar do regime de neutralidade fiscal e concorrer para a formação do lucro tributável*” (Schwalbach, 2012: 7).

Por fim e nos termos do artigo 8.º n.º 4 e 5, a troca de participações sociais nas operações previstas no diploma não são tributadas, desde que valorizadas para efeitos fiscais pelo mesmo valor das antigas participações sociais.

3.2 O CIRC e a Diretiva das Fusões: A harmonização entre os dois diplomas.

O legislador refletiu no direito nacional os princípios estabelecidos em matéria comunitária relativamente à neutralidade fiscal das operações das reestruturações transfronteiriças através da transposição do regime comunitário para o quadro jurídico interno. As fontes de direito relativamente a esta matéria são a Diretiva das Fusões e o CIRC, colocando-se a questão de saber como se articulam os dois diplomas. Na verdade, sendo claro que a Diretiva das Fusões é a fonte de direito para o enquadramento fiscal das operações de reorganização que envolvam no mínimo dois Estados-Membros, resta saber sobre qual o direito aplicável nas operações internas. Com base no artigo 8.º n.º4 da Constituição da República Portuguesa ⁷², verifica-se o predomínio das normas comunitárias sobre a legislação portuguesa sempre que tal se exija. Mas o direito comunitário influencia igualmente o direito nacional através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A esse respeito, e como refere António Lança Schwalbach, *“esta tarefa é inequivocamente facilitada quando o legislador nacional (no caso português) transpõe o regime comunitário para a legislação interna, e sobretudo equipara o regime em vigor para operações internas com o regime em vigor para operações intracomunitárias – de forma a assegurar um tratamento idêntico a residentes e não residentes. Nestas situações, o TJUE tem-se declarado competente para analisar, não só as operações intracomunitárias, como também as operações internas.”*⁷³ (Schwalbach, 2012: 9-10).

⁷² “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

⁷³ “(...) conforme jurisprudência firmada pelo TJUE, a partir do acórdão Leur Bloem, entretanto seguida pelos acórdãos Andersen og Jensen, Modehuis A. Zwijnenburg, Foggia e Pelati, o TJUE é

Para João Magalhães Ramalho, não obstante a jurisprudência do TJUE caminhar no sentido de que o regime fiscal da Diretiva Fusões se aplicar a todas as operações nela previstas independentemente dos seus fundamentos, a Diretiva permite que na transposição para o plano interno de cada país, haja espaço para a criação de regimes fiscais especiais para as operações puramente internas, permitindo igualmente a recusa no todo ou em parte da sua aplicação sempre que se entenda tem como objetivo a fraude ou a evasão fiscal. Por isso no seu entender, a harmonização entre a Diretiva Fusões e o CIRC estabelece-se do seguinte modo:

“- Estando em causa uma operação de reorganização interna, deverão ser aplicadas as regras internas subsumíveis aos factos em apreço, devendo os conceitos diretamente resultantes do direito da EU ser interpretados conforme a Diretiva Fusões;

- Estando em causa uma operação transfronteiriça (...) o direito interno português deve conformar-se com o direito da EU, quer no plano do direito aplicável, quer no plano dos conceitos utilizados;

- O regime de neutralidade fiscal pode ser aplicado desde que a operação de reorganização seja exequível ao abrigo do direito das sociedades comerciais;”
(Ramalho, 2015: 41)

Em síntese:

- Tratando-se de operações internas, aplicam-se as normas do IRC (que decorrem da Diretiva Fusões);
- No caso das operações intracomunitárias conjuga-se a aplicação da Diretiva Fusões com as normas do CIRC ⁷⁴;

competente para conhecer e interpretar normas puramente internas sempre que a norma nacional se tenha inspirado em normas de direito da EU, podendo dar origem a interpretações dissonantes” (Ramalho, 2015).

⁷⁴ Artigo 73.º n.º7 alínea b) do CIRC.

CAPÍTULO IV: Implicações no Direito das Sociedades e no Direito Fiscal.

A caracterização, efeitos e consequências do regime especial da neutralidade fiscal não se esgota a apenas ao nível do Direito fiscal, mas tem também necessidade de recorrer a outros domínios, nomeadamente ao Direito Civil e ao Direito das sociedades.

4.1 O âmbito de aplicação do artigo 73.º do CIRC.

Desde logo refira-se que o regime especial da neutralidade fiscal se aplica, não a todas as todas as situações possíveis de reorganização empresarial, mas apenas às que se encontram previstas no artigo 73.º do CIRC ⁷⁵. Neste artigo estão definidos dois tipos de requisitos:

- ✓ Requisitos objetivos (tipo de operações), e
- ✓ requisitos subjetivos (tipos de sociedades).

Relativamente aos requisitos objetivos, estes estão previstos nos números 1 a 5, sendo identificadas quatro tipos de operações passíveis de beneficiarem do regime especial de neutralidade fiscal. São elas:

- Fusões.
- Cisões.
- Entrada de Ativos.
- Permuta de partes sociais.

Nos números 6 e 7 do CIRC encontram-se indicados os sujeitos passivos beneficiários do regime especial (requisitos subjetivos), os quais devem:

- Ter sede ou direção efetiva em território nacional;
- Não estar isentos de IRC;

⁷⁵ E essa a posição da Autoridade Tributária, e de autores como António Rocha Mendes, que consideram que se devem considerar excluídas do regime especial de neutralidade fiscal as situações não elencadas no artigo 73.º, mas não a de alguma jurisprudência, ou de autores como João Ramalho Magalhães.

1. Caso a sociedade pertença a outro Estado-membro, pode também beneficiar deste regime especial desde que todos os intervenientes preencham as condições previstas no artigo 3.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro ⁷⁶ (com as restrições previstas no artigo 74.º n.º 1, que visam garantir a possibilidade de Portugal tributar os resultados que venham a ser apurados pelas sociedades beneficiárias em caso de futura alienação dos bens patrimoniais transmitidos);

Para além dos requisitos quanto à natureza das operações e quanto ao tipo de sociedades, existem ainda requisitos estruturantes da própria operação e que devem ser preenchidos, para que esta possa beneficiar do regime especial, nomeadamente:

- A operação não pode implicar um desinvestimento na empresa objeto da reorganização (*continuidade do investimento e da empresa*);
- Tem de prosseguir uma *melhoria organizacional* e não apenas uma vantagem fiscal.

Importa saber quando se aborda esta matéria qual o âmbito de aplicação do artigo 73.º do CIRC: as operações consideradas neste artigo devem ser interpretadas de forma taxativa excluindo quaisquer outras que, ainda que sejam do mesmo tipo não assentem nos mesmos pressupostos ou preencham a totalidade dos seus requisitos, ou por outro lado deverá este artigo ser interpretado de forma meramente indicativa, podendo o regime especial da neutralidade fiscal ser aplicado a outras operações?

⁷⁶ Para efeitos de aplicação da presente diretiva, a expressão «sociedade de um Estado-membro» designa qualquer sociedade:

a) que revista uma das formas enumeradas na parte A do anexo I;

b) que, de acordo com a legislação fiscal de um Estado-membro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado-membro e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um país terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade; e

c) que esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos impostos enumerados na parte B do anexo I ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um daqueles impostos.

Relativamente a esta questão, o entendimento da Autoridade Tributária tem sido o de defender o carácter taxativo do normativo, considerando não haver lugar nem à integração analógica nem à interpretação extensiva do artigo 73.º, (dando assim seguimento ao seu entendimento do regime especial de neutralidade fiscal como um benefício fiscal, (porque cria uma situação fiscal mais vantajosa). A posição da AT, (apoiada por pareceres do Centro de Estudos Fiscais ⁷⁷) entende que apenas poderão beneficiar do regime de neutralidade fiscal, as operações que corresponderem a uma das que se encontram previstas no artigo 73.º do CIRC. Isto significa que o regime especial da neutralidade fiscal não é aplicável a todas as reorganizações societárias, mas apenas àquelas que optem pela sua aplicação e que preencham os requisitos do artigo 73.º e seguintes do CIRC.

Por seu lado, a jurisprudência portuguesa tem optado por uma posição menos rígida do que a A.T. privilegiando o espírito do princípio da neutralidade, através de uma abordagem económica ⁷⁸ que tenha em conta o objectivo de tratamento fiscal neutro das operações subjacente ao espírito do regime, e não de uma visão puramente

⁷⁷ Nomeadamente o Parecer n.º 45/2004 de 17 de maio de 2004.

⁷⁸ João Machado Ramalho cita o caso em que o Supremo Tribunal Administrativo foi chamado a intervir relativamente a uma operação de cisão-fusão (Acórdão STA n.º 865/11 de 20.12.2011), e da qual resultaria a separação por cisão de um ramo de atividade da sociedade cindida "A" para a sociedade beneficiária "B", ambas detidas a 100% por uma sociedade terceira ("C"), não havendo assim a necessidade de emissão de novas partes de capital da sociedade B para a sociedade C. A questão estava em saber se tal não impediria a aplicação do princípio da neutralidade na medida em que o artigo 67.º n.º 2 al. a) e b) da versão anterior do CIRC exigia a atribuição aos sócios das sociedades cindidas de partes representativas do capital social das sociedades beneficiárias, como requisito de aplicação deste regime especial. Para a AT, tratando-se de um benefício fiscal, não seria possível a integração analógica devendo aplicar-se o corpo do artigo, não havendo assim lugar a aplicação do regime especial. Já o STA entendeu que a resposta a esta questão não se podia limitar a uma interpretação meramente taxativa, devendo sim ter-se em conta a finalidade do regime especial de neutralidade fiscal, que era o de eliminar as barreiras às reorganizações empresariais e criar as condições para um mercado interno sem distorções de concorrência. Ora como o que se pretendia com a exigência das alíneas a) e b) do (então) artigo 67.º era assegurar a proteção dos sócios da sociedade cindida, não faria sentido exigir a sua aplicação quando essa proteção não estiver em causa. Por isso considerou o STA, o facto de uma operação não cumprir totalmente todos os requisitos previstos no artigo para cada um dos tipos de reestruturação, não impede a aplicação do regime especial de neutralidade fiscal desde que se verifiquem os restantes requisitos. (Ramalho, 2015: 30-31)

formal. Nesse sentido vai também a jurisprudência europeia do TJUE que entende que o regime especial de neutralidade fiscal se aplica a todas as operações de fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais, independentemente dos seus fundamentos, devendo a análise da aplicabilidade ao regime especial ser feita *a posteriori* através da cláusula antiabuso ⁷⁹.

João Machado Ramalho, considera ter sido esta questão objeto de uma tentativa de resposta por via das alterações introduzidas pela reforma do IRC de 2013⁸⁰, que alargou o tipo de operações de reestruturação objeto do regime especial de neutralidade fiscal. No entanto esta posição continua a suscitar algumas críticas nomeadamente por não ter tido em conta novos tipos de operações *“como seja o caso da liquidação por transmissão global a favor de sócio único prevista no artigo 148º do CSC, ou da cisão-dissolução, quando neste segundo caso não seja respeitado o regime regra de os sócios da sociedade cindida deverem participar, em cada uma das novas sociedades, na proporção que lhes cabia na primeira”*. (Ramalho, 2015: 29).

Para este autor e embora exista hoje um número maior de operações de reestruturação consideradas de forma expressa para aplicação deste regime, o facto de haver operações que não estão contempladas impede que se possa defender integralmente o carácter taxativo deste artigo na sua versão actualínea

Já António Rocha Mendes considera que, tratando-se de um regime especial de tributação, o qual foi criado com objetivos e requisitos concretos, é sobre este ponto de vista que as operações devem ser analisadas na medida em que o regime especial não se destina a todas as operações de reorganização empresarial, mas apenas a um conjunto específico de operações, as quais se encontram previstas de forma expressa no artigo 73.º do CIRC, onde se define o âmbito de aplicação do regime especial de neutralidade fiscal: nos n.ºs 1 a 5 onde se estabelecem os requisitos objetivos que as operações deverão assegurar, para serem consideradas elegíveis, e nos n.ºs 6 e 7 onde estão delimitadas as entidades às quais o regime se aplica.

⁷⁹ Processo C-28 /95, Leur-Bloem, 17 de julho de 1997.

⁸⁰ Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro.

Trata-se de uma questão controversa e que tem gerado posições diferentes entre autores, autoridades e jurisprudência. Se por um lado não basta apenas a verificação de que uma operação de reestruturação preenche uma das categorias enunciadas no artigo 73.º, sendo também necessário verificar se o racional da operação está de acordo com o espírito da lei, o contrário também tem de se aceitar (ou seja, a admissão de operações não consagradas, mas que preenchem o espírito da lei, como tem defendido alguma jurisprudência). E é esta ponderação da finalidade do regime sobre a natureza da operação (que vai ser novamente encontrada na determinação das razões económicas válidas), que leva a que alguns autores defendam que as operações elencadas no artigo 73.º deverão ser entendidas como indicativas à luz do regime especial, prevalecendo na aplicação do regime especial o espírito da lei que privilegia a natureza económica da operação.

No entanto e por se tratar de uma situação não suficientemente clara em termos legislativos (e que a reforma de 2014 do IRC não deu resposta, nomeadamente no que se refere à extensão das operações que possam ser abrangidas no âmbito do artigo 73.º), conduzindo a interpretações diferentes, e até que se verifique uma redação do normativo que clarifique em definitivo esta questão entendemos como mais adequada sob o ponto de vista da segurança jurídica, a interpretação adotada pela Autoridade Tributária, ao considerar que o artigo 73.º do CIRC estabelece não apenas as sociedades contempladas no regime especial de neutralidade fiscal, mas elenca igualmente de forma taxativa as operações de reorganização empresarial que podem beneficiar do regime especial.

4.1.1 A Fusão.

4.1.1.1 No Direito Societário.

Nos termos do artigo 97.º n.º1 do Código das Sociedades Comerciais, considera-se fusão ⁸¹ o negócio jurídico em que duas ou mais sociedades, *ainda que de tipo diverso* ⁸², se fundem mediante a sua reunião numa só ⁸³. O n.º 4 do artigo 97.º do CIRC prevê duas modalidades de fusão:

- a) mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, ações ou quotas desta (*fusão por incorporação ou fusão absorção*);
- b) mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, ações ou quotas da nova sociedade (*fusão concentração*).

A principal diferença entre as duas modalidades diz respeito ao facto de a entidade incorporante ser uma sociedade já existente ou uma sociedade constituída em sequência da operação.

Nestas modalidades de fusão, verifica-se a extinção ⁸⁴ das sociedades envolvidas à exceção da sociedade incorporante, com os seguintes efeitos:

⁸¹ A figura da fusão foi regulada pela primeira vez em Portugal nos artigos 124.º a 127º no Código Comercial de 1888.

⁸² O âmbito de aplicação do regime previsto na Diretiva encontra-se circunscrito ao correspondente às sociedades anónimas, nos termos do artigo 1.º n.º 1. No entanto o legislador português foi mais longe, optando por aplicar o regime a todos os tipos de sociedades consagrados no Código das Sociedades Comerciais (sociedades anónimas, por quotas, sociedades em nome coletivo e sociedades em comandita), conforme se depreende na expressão “*ainda que de tipo diverso*”, que consta no corpo do artigo 97.º.

⁸³ Como refere Raul Ventura, citado por João Magalhães Ramalho, “*a fusão significa a combinação de dois ou mais corpos num só. A essência da fusão de sociedades consiste em juntar os elementos pessoais e patrimoniais de duas ou mais sociedades preexistentes, de tal modo que passe a existir uma única sociedade*”. (Ramalho, 2015: 47)

⁸⁴ Esta característica de extinção de pelo menos uma das sociedades permite distinguir a fusão de outros tipos de concentração empresarial, nomeadamente a) a chamada “fusão imprópria”(artigo 148.º CSC), b) quando se verificar a transmissão onerosa de bens (independentemente da sua extensão)

- A concentração dos patrimónios, pela incorporação do património das sociedades fundidas, na esfera patrimonial da sociedade incorporante;
- A atribuição aos sócios das sociedades fundidas de títulos representativos do capital da sociedade incorporante, proporcionais ao valor do património da sociedade fundida integrado na sociedade incorporante (*princípio da proporcionalidade*).

Em termos processuais, uma operação de fusão é composta pelas seguintes etapas:

- 1) Elaboração do projeto de fusão (artigo 98.º CSC);
- 2) Fiscalização do processo de fusão (artigo 99.º CSC);
- 3) Registo do processo de fusão na Conservatória do Registo Comercial (artigo 100.º n.º 1 CSC);
- 4) Outorga do ato de fusão (artigo 106.º CSC);
- 5) Registo da fusão (artigo 111.º CSC);

4.1.1.2 No Direito Fiscal.

Para efeitos de identificação das operações passíveis de serem objeto de neutralidade fiscal, o artigo 73.º n.º 1 do CIRC vai adotar o mesmo modelo do CSC, classificando as fusões em *fusão por constituição de nova sociedade (alínea b)* e *fusão por incorporação (alíneas a), c), d) e e)* ⁸⁵; neste último caso, em que se verifica a

entre duas sociedades, c) nos casos de compra por parte de uma sociedade de parte ou da totalidade das partes de capital de outra sociedade, d) nos casos de *joint ventures* (onde não se verifica a extinção dos participantes) como adianta João Magalhães Ramalho (Ramalho, 2015: 50).

⁸⁵ Verifica-se um claro alinhamento entre os diferentes diplomas, tendo o conteúdo da Diretiva passado a ser refletido no CIRC a partir do Decreto-Lei 221/2001. No seu artigo 2.º al a) a Diretiva das Fusões classifica como fusão a operação pela qual:

- i) uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do ativo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respetivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos,
- ii) duas ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do ativo e do passivo que integra o seu património para uma sociedade que constituam, mediante a atribuição aos respetivos sócios de títulos representativos do capital social da sociedade

transferência patrimonial de uma ou mais sociedades fundidas para a sociedade incorporante, são consideradas ainda as seguintes modalidades:

- Fusões realizadas entre entidades detidas a 100% pelo mesmo sócio (alínea d) ⁸⁶;
- Fusões invertidas ⁸⁷ (alínea e);

Vejamos de seguida cada uma das modalidades de fusão previstas no artigo 73.º n.º1:

a) Fusão por constituição de nova sociedade (artigo 73.º al. b)

Verifica-se uma operação de fusão por constituição de uma nova sociedade, quando duas ou mais sociedades transferem os seus patrimónios globais (ativos e passivos) para uma nova sociedade, sendo atribuídos aos sócios das sociedades partes representativas do capital social da nova sociedade e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal (ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas); Ou seja, há lugar à fusão deste tipo quando se verifica a constituição de uma nova sociedade em resultado da extinção de duas ou mais sociedades e a integração dos seus patrimónios nessa nova sociedade.

Neste tipo de fusão, verifica-se a extinção de duas ou mais sociedades e a criação de uma nova sociedade, para a qual são transferidos os passivos das sociedades extintas. Em consequência, os sócios das sociedades entretanto extintas tornam-se sócios da nova sociedade não podendo a parte em numerário a que corresponder essa atribuição de posição ser superior a 10% do valor nominal das participações que lhes sejam atribuídas na nova sociedade ⁸⁸.

nova e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos,

iii) uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do ativo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social.

⁸⁶ As chamadas fusões de *societades-irmãs* ou *sidestream merger*.

⁸⁷ *Reverse merger* ou *downstream merger*.

⁸⁸ Esta contrapartida em numerário visa resolver situações que resultem da troca de participações e em que seja necessário fazer acertos.

- ***Fusão por incorporação (artigo 73.º alínea a)***

Considera-se como fusão por incorporação, a operação em que exista a transmissão do património global (ativo e passivo) de uma ou mais sociedades (com a consequente extinção desta(s) para outra sociedade já existente, e com a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas. Ou seja, o incorporante aumenta o seu património, e os sócios da incorporada recebem partes do capital daquela;

Neste tipo de fusão, verifica-se a extinção da sociedade (ou sociedades) fundida, a transmissão dos seus ativos e passivos para a sociedade incorporante, a entrada como sócios na sociedade incorporante dos sócios da sociedade fundida, não podendo a parte em numerário a que corresponder essa atribuição de posição ser superior a 10% do valor nominal das participações que lhes sejam atribuídas na sociedade incorporante.

- ***Fusão por incorporação de sociedade detida na totalidade pela sociedade incorporante*** ⁸⁹ (artigo 73.º alínea c)

Nesta situação, a sociedade dissolvida transmite a totalidade do seu património para a sociedade que possui a totalidade do seu capital (a sociedade mãe ⁹⁰), não havendo lugar a troca de participações. Ou seja, verifica-se a extinção da sociedade, os ativos da sociedade extinta são transmitidos para a sociedade incorporante, mas não se verifica a troca de participações porque a sociedade dissolvida era detida pela sociedade incorporante. Aqui o incorporante não aumenta o seu património (apenas altera a sua natureza), e não há lugar a remuneração de sócios (porque não há sócios a remunerar).

⁸⁹ Fusão imprópria, ou *upstream merger*.

⁹⁰ Trata-se de um tipo de operação muito frequente nomeadamente no setor bancário (por exemplo no Millennium bcp, e por uma questão de racionalização e otimização de estruturas, este tipo de operações foi utilizada para integrar em áreas especializadas do banco, um conjunto de empresas que operavam na área do crédito especializado, como o leasing ou factoring).

- ***Fusão por incorporação entre sociedades detidas pelo mesmo sócio (artigo 73.º alínea d)***

Verifica-se nas situações em que exista a transferência global do património de uma sociedade para outra sociedade já existente quando a totalidade das partes representativas do capital social de ambas seja detida pelo mesmo sócio. Ou seja, trata-se de uma operação em que duas sociedades-filhas detidas pela mesma sociedade-mãe se fundem numa só (não havendo por essa razão lugar a atribuição de títulos aos sócios da sociedade fundida).

- ***Fusão invertida (reverse mergers) (artigo 73.º alínea e)***

Ocorre quando se verifica a transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade (sociedade beneficiária), e a totalidade das partes representativas do capital social desta seja detida pela sociedade fundida. Esta operação é chamada de fusão inversa, porque aqui se verifica o oposto do habitual (em que a sociedade dominada é absorvida pela sociedade dominante): nesta situação, o que acontece é a sociedade-mãe (que detém todo o capital social da sociedade incorporante) transferir todo o seu património para a sociedade-filha, incorporando-se nela e extinguindo-se em consequência. Ou seja, trata-se de uma situação de fusão por incorporação em que uma sociedade é incorporada e dissolvida numa sociedade subsidiária detida por si a 100% ⁹¹.

Por fim, de referir que nem sempre a opção pelo regime especial de neutralidade pode ser o mais vantajoso para os intervenientes na operação. Existem situações em que a opção da tributação de uma fusão pelo regime geral se pode revelar mais interessante quando comparado com o regime especial ⁹².

⁹¹ Esta solução – recente, de 2014 – terminou uma longa discussão sobre se estas operações, que não se encontravam anteriormente tipificadas na lei, poderiam ou não ser objeto do regime especial de neutralidade fiscal.

⁹² Na situação por exemplo duma sociedade incorporada que esteja a acumular prejuízos, as mais-valias resultantes das revalorizações patrimoniais poderão ser diluídas nos prejuízos apurados anteriormente, o que permite que no âmbito da sociedade incorporante se evite uma tributação futura no caso desse património ser alienado posteriormente por um valor superior que teria, caso não tivesse

4.1.2 A Cisão.

4.1.2.1 No Direito Societário.

A cisão de sociedade consiste numa operação através da qual uma sociedade (sociedade cindida) separa do seu património parte (cisão-parcial) ou a totalidade (cisão-total) dos seus ativos e/ou passivos para os integrar no património de outra ou de outras sociedades já constituídas ou a constituir. Este tipo de operação encontra-se consagrado no CSC nos artigos 118.º e seguintes. João Ramalho Magalhães (Ramalho, 2015:79) aponta como elementos deste tipo de operação:

- A divisão de parte ou da totalidade do património de uma sociedade;
- A transmissão desse património a favor de uma ou de várias sociedades (beneficiárias, incorporantes ou constituídas em resultado da operação);
- A integração dos sócios da sociedade cindida na sociedade(s) beneficiárias pela atribuição de partes de capital correspondentes à transmissão patrimonial verificada.

Nos termos do Código das Sociedades Comerciais, a cisão pode revestir três modalidades:

- A *cisão-simples (cisão-constituição)*, que se verifica quando uma sociedade destaca parte do seu património e com ele constitui uma nova sociedade (artigo 118.º n.º 1 al. a) do CSC);
- A *cisão-dissolução*, que ocorre quando uma sociedade se dissolve e divide o seu património, destinando-se cada uma das partes desse património à constituição de uma nova sociedade (artigo 118.º n.º 1 al. b) do CSC); e,
- A *cisão-fusão*, quando uma sociedade destaca partes do seu património ou se dissolve, dividindo o seu património em partes para as fundir com sociedades

havido reavaliação, e o valor das depreciações e amortizações será maior em cada um dos bens reconhecidos na sociedade incorporante.

já existentes, ou com partes de património de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade (artigo 118.º n.º 1 al. c) do CSC)⁹³.

Quando ocorre uma operação de cisão, verificam-se desde logo efeitos sobre as sociedades cindidas (que se extinguem ou veem reduzido o seu património), e sobre os sócios das sociedades cindidas, os quais são compensados com partes de capital da sociedade beneficiária (pré-existente, ou constituída por via da operação).

As operações de cisão de sociedades podem ser agrupadas em dois grupos: *cisão parcial* (quando se verifica a divisão de parte do património da sociedade), ou *cisão total* (quando ocorre a divisão da totalidade do património societário. A combinação de possibilidades possíveis (cisão parcial ou cisão total), por via da cisão-fusão pode ainda revestir as seguintes modalidades:

- ***Cisão parcial – Fusão total:*** quando se verifica a separação de parte (ou partes do património da sociedade cindida (mas sem dissolução), para fusão das partes separadas com sociedade (s) já existentes;
- ***Cisão parcial – Fusão parcial:*** esta situação ocorre quando se verifica a separação de parte(s) do património da sociedade cindida (sem dissolução) para a fusão dessas partes com parte do património de outra sociedade(s), que tenha sido separada(s) por processo idêntico e tendo em vista o mesmo objetivo;
- ***Cisão total – Fusão total:*** quando a sociedade se dissolve e o seu património é dividido em duas ou mais partes para se fundir com sociedades já *existentes*;
- ***Cisão total – Fusão parcial:*** quando se verifica a dissolução da sociedade com a divisão do seu património em duas ou mais partes para serem fundidas com partes do património de outras sociedades separadas pelo mesmo tipo de

⁹³ A cisão-fusão distingue-se da fusão pura na medida em que não se verifica uma fusão de todo o património da sociedade cindida numa única entidade, mas sim e apenas a fusão de partes do património cindido. Este tipo de cisão distingue-se ainda da fusão na medida em que a sociedade parcialmente cindida não se extingue.

processo e com o mesmo objetivo ou finalidade tendo em vista a constituição de duas ou mais *novas* sociedades;

Em síntese, numa operação de cisão por um lado, as sociedades cindidas extinguem-se, ou veem reduzido o seu património, e por outro lado, os sócios das cindidas são compensados com partes do capital da sociedade beneficiária, seja ela pré-existente, ou tenha sido constituída na sequência da operação.

4.1.2.2 No Direito Fiscal.

A Diretiva das Fusões distingue no seu artigo 2.º, alíneas b) e c), as cisões em duas modalidades: a cisão (simples) e a cisão parcial, consoante se verifique a transferência total do património de uma sociedade para outra(s) com a sua consequente dissolução, ou apenas a transferência patrimonial parcial para outra(s) sociedades(s), mantendo a sociedade cindida (contribuidora, na terminologia da Diretiva) a sua atividade ⁹⁴.

O CIRC vai adotar uma classificação diferente do modelo dualista seguido na Diretiva das Fusões, estabelecendo no seu artigo 73.º n.º 2:

2 – Considera-se cisão a operação pela qual:

a) uma sociedade (sociedade cindida) destaca um ou mais ramos da sua atividade, mantendo pelo menos um dos ramos de atividade, para com eles constituir outras sociedades (sociedades beneficiárias) ou para os fundir com sociedades já existentes,

⁹⁴ b) «Cisão», a operação pela qual uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do ativo e do passivo que integra o seu património para duas ou mais sociedades já existentes ou novas, mediante a atribuição aos seus sócios, de acordo com uma regra de proporcionalidade, de títulos representativos do capital social das sociedades beneficiárias da entrada e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos;

c) «Cisão parcial», uma operação pela qual uma sociedade transfere, sem ser dissolvida, um ou mais ramos da sua actividade para uma ou mais sociedades já existentes ou novas, deixando no mínimo um dos ramos de actividade na sociedade contribuidora, mediante a atribuição aos seus sócios, de acordo com uma regra de proporcionalidade, de títulos representativos do capital social das sociedades beneficiárias dos elementos do ativo e do passivo e, eventualmente, de um pagamento em numerário não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de um valor nominal, do valor contabilístico desses títulos;

mediante a atribuição aos seus sócios de partes representativas do capital social destas últimas sociedades e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes sejam atribuídas;

b) uma sociedade (sociedade cindida) é dissolvida e dividido o seu património em duas ou mais partes, sendo cada uma delas destinada a constituir uma nova sociedade (sociedade beneficiária) ou a ser fundida com sociedades já existentes ou com partes do património de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade, mediante a atribuição aos seus sócios de partes representativas do capital social destas últimas sociedades e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas;

c) uma sociedade (sociedade cindida) destaca um ou mais ramos da sua atividade, mantendo pelo menos um dos ramos de atividade, para os fundir com a sociedade (sociedade beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

d) uma sociedade (sociedade cindida) destaca um ou mais ramos da sua atividade, mantendo pelo menos um dos ramos de atividade, para os fundir com outra sociedade já existente (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social de ambas seja detida pelo mesmo sócio;

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

e) uma sociedade (sociedade cindida) destaca um ou mais ramos da sua atividade, mantendo pelo menos um dos ramos de atividade, para os fundir com outra sociedade já existente (sociedade beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social desta seja detida pela sociedade cindida.

(Aditada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro)

Para aceder ao regime especial de neutralidade fiscal no caso de uma cisão, são ainda requisitos adicionais:

No que respeita a sociedade beneficiária, o cumprimento no disposto no artigo 74.º, n.º 3, nomeadamente no que respeita a conservação dos elementos patrimoniais ao mesmo nível que detinha antes da operação, e n.º 4 no que se refere a determinação do lucro tributável da sociedade beneficiária ⁹⁵.

No que se refere aos sócios nos termos do artigo 76.º n.º3, e para que estes possam igualmente beneficiar do regime especial, o valor da antiga participação deveser repartido pelas partes de capital recebidas e pelas que continuem a ser detidas na sociedade cindida, com base na proporção entre o valor de mercado dos patrimónios destacados para cada uma das sociedades beneficiárias e o valor de mercado do património da sociedade cindida.

Não estando cumpridos os requisitos para a elegibilidade da operação de cisão para o regime especial, esta será tributada:

- Ao nível da sociedade cindida;
- Ao nível dos sócios;
- Ao nível da sociedade beneficiária;

⁹⁵ 3 – A aplicação do regime especial determina que a sociedade beneficiária mantenha, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora antes da realização das operações, considerando-se que tais valores são os que resultam da aplicação das disposições deste Código ou de reavaliações efetuadas ao abrigo de legislação de carácter fiscal.

4 – Na determinação do lucro tributável da sociedade beneficiária deve ter-se em conta o seguinte:

- a) o apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos é feito como se não tivesse havido fusão, cisão ou entrada de ativos;
- b) as depreciações ou amortizações sobre os elementos do ativo fixo tangível, do ativo intangível e das propriedades de investimento contabilizadas ao custo histórico transferidos são efetuadas de acordo com o regime que vinha sendo seguido nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora;
- c) os ajustamentos em inventários, as perdas por imparidade e as provisões que foram transferidos têm, para efeitos fiscais, o regime que lhes era aplicável nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora.

4.1.3 A Entrada de Ativos.

4.1.3.1 No Direito Societário.

A figura da entrada de ativos não se encontra definida no direito societário ⁹⁶, sendo tratada como uma entrada em espécie para a realização do capital social, prevista no artigo 28.º do CSC.

De acordo com João Magalhães Ramalho, *“Conceptualmente a entrada de ativos corresponde a operação através do qual uma sociedade contribuidora opta por manter o exercício de uma determinada atividade, não já diretamente, mas através de uma sociedade por si participada. A sociedade contribuidora continua a sua atividade, agora privada do acervo patrimonial contribuído; e a sociedade beneficiária prossegue a atividade com o ramo destacado – que se conserva intocado na sua específica afetação empresarial”*. E continua o autor,

“Tipicamente a entrada de activos traduz-se numa operação de subscrição de capital em espécie ⁹⁷, realizada no âmbito da constituição de uma nova sociedade, ou do aumento de capital social de uma sociedade já existente, seguindo em ambos os casos os formalismos próprios das entradas em espécie previstos no artigo 28º do CSC”. (Ramalho, 2015: 103);

A entrada de ativos distingue-se das operações de fusão e de cisão, pelo facto da sociedade contribuidora não ser dissolvida por via da contribuição efetuada. Distingue-se igualmente pelo facto *“das participações sociais dadas em contrapartida da transmissão patrimonial serem atribuídas à própria sociedade contribuidora e não aos sócios desta”*. (Mendonça, 2016: 34)

4.1.3.2 No Direito Fiscal.

O regime especial de neutralidade fiscal não previa inicialmente as operações de entrada de ativos, tendo esta transposição sido efetuada mais tarde ⁹⁸.

⁹⁶ A entrada de ativos é uma figura específica do direito fiscal.

⁹⁷ Podendo ainda ser concretizada pela entrega de quotas ou de ações próprias por parte da sociedade beneficiária.

⁹⁸ Decreto Lei 6/93 de 9 de janeiro.

Nos termos do artigo 73.º n.º3 do IRC, “*Considera-se entrada de ativos a operação pela qual uma sociedade (sociedade contribuidora) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua atividade para outra sociedade (sociedade beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária.*”

Em termos fiscais a entrada de ativos consiste numa operação de subscrição de capital em espécie, seja para constituição de uma nova sociedade, ou para aumento do capital social de uma sociedade já constituída, sendo essencial para aplicação do regime especial de neutralidade fiscal, que o património transmitido seja constituído por um ou mais ramos de atividade. Pelo facto do conceito de “*ramo de atividade*” previsto no CIRC ⁹⁹, ser resultante da transposição do artigo 2.º alínea j) da Diretiva das Fusões, o TJUE é o órgão competente para assegurar a sua aplicação.

⁹⁹ Artigo 73.º n.º 4: – *Para efeitos do número anterior e das alíneas a), c), d) e e) do n.º 2, considera-se ramo de atividade o conjunto de elementos que constituem, do ponto de vista organizacional, uma unidade económica autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios, o qual pode compreender as dívidas contraídas para a sua organização ou funcionamento.*

4.1.4 A Permuta de partes sociais.

Tratando-se igualmente de uma figura não prevista no Código das Sociedades Comerciais (tal como a entrada de ativos), as operações de permuta de partes sociais apenas passaram a ser consideradas para efeitos do regime especial de neutralidade fiscal com a transposição para o direito fiscal nacional da Diretiva 90/434/CEE¹⁰⁰ que veio a alargar o âmbito de aplicação das operações consideradas elegíveis.

Inicialmente¹⁰¹ falava-se de permuta de ações, (o que poderia justificar que apenas se encontrassem abrangidas pelo regime especial as sociedades anónimas), mas o CIRC ao adotar mais tarde a expressão “permuta de partes sociais” veio a alargar o seu âmbito de aplicação, incluindo neste regime as permutas de títulos representativos de capital de outros tipos de sociedades previstas no Código das Sociedades Comerciais (nomeadamente as sociedades por quotas).¹⁰²

Esta operações consistem essencialmente na entrada em espécie numa sociedade (a sociedade adquirente) por parte dos sócios de uma sociedade (a sociedade adquirida) através da troca / permuta das suas participações sociais, passando aquela (a sociedade adquirente) a dominar esta (a sociedade adquirida). Ou, dito de uma forma mais simples a permuta de partes sociais é uma operação através da qual uma sociedade adquire ou reforça uma participação no capital de outra, dando em troca aos sócios desta, partes do seu capital social. Como consequência desta operação, os sócios da sociedade adquirida tornam-se sócios da sociedade adquirente, continuando a deter (ainda que indiretamente) a sociedade adquirida (Silva, 2016, pág 59).

4.1.4.1 No Direito Societário.

Como atrás referido, o Código das Sociedades Comerciais, ao não referir em qualquer momento a figura da permuta de partes sociais pode gerar algumas dúvidas quanto à admissibilidade da celebração do contrato de permuta na ordem jurídica

¹⁰⁰ Decreto-Lei n° 6/93, de 9 de janeiro.

¹⁰¹ E também com a Diretiva 2009/133/CE.

¹⁰² Decreto-Lei 221/2001, de 7 de agosto.

portuguesa. No entanto esta dúvida encontra-se respondida por via do princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil. De referir ainda que nas operações de reestruturação em que se verifica a transmissões de participações sociais aplicam-se, consoante a natureza das sociedades em causa, as regras das cessões de quotas e da transmissão de ações.

4.1.4.2 No Direito Fiscal.

Nos termos do artigo 73.º n.º 5 do CIRC,

Considera-se permuta de partes sociais a operação pela qual uma sociedade (sociedade adquirente) adquire uma participação no capital social de outra (sociedade adquirida), que tem por efeito conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta última, ou pela qual uma sociedade, já detentora de tal participação maioritária, adquire nova participação na sociedade adquirida, mediante a atribuição aos sócios desta, em troca dos seus títulos, de partes representativas do capital social da primeira sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal dos títulos entregues em troca.

As operações de permuta de partes sociais caracterizam-se:

- Por se tratar de uma troca de participações sociais;
- Pela forma de pagamento; e
- Pela aquisição ou reforço da maioria dos direitos de voto.

O modo como se realiza o pagamento nestas operações é desde logo um elemento diferenciador: neste tipo de operações os sócios da sociedade adquirida apenas são remunerados com participações da sociedade adquirente ¹⁰³, não podendo existir

¹⁰³ Como adianta João Magalhães Ramalho, " (...) a contrapartida a entregar pela sociedade beneficiária não tem de ser necessariamente composta por novos títulos. Embora a emissão de novos títulos seja de facto a forma mais comum de assegurar a contrapartida, nada impede que a permuta possa ser concretizada através da entrega pela sociedade adquirente, de partes de capital próprias (quotas ou ações próprias) ". (Ramalho, 2015, pág. 131-132)

qualquer outro tipo de remuneração ¹⁰⁴, nomeadamente através de valores mobiliários de outro tipo, ou de outras sociedades.

As operações de permuta de partes sociais distinguem-se igualmente para efeitos de aplicabilidade do regime especial, das operações de mera troca de participações sociais, pela exigência de controlo ou reforço da maioria dos votos na sociedade adquirida pela sociedade adquirente; Não existindo o ganho ou reforço dessa participação maioritária a operação não se enquadra no conceito de permuta de partes sociais previsto no artigo 73.º.

Nos termos do artigo 77.º, a atribuição, em resultado de uma permuta de partes sociais dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente, aos sócios da sociedade adquirida, não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor atribuído às antigas, determinado de acordo com o estabelecido no CIRC, e desde que preenchidas as seguintes condições:

- a) a sociedade adquirente e a sociedade adquirida sejam residentes em território português ou noutro Estado-membro da União Europeia e preencham as condições estabelecidas na Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro;
- b) os sócios da sociedade adquirida sejam pessoas ou entidades residentes nos Estados-membros da União Europeia ou em terceiros Estados, quando os títulos recebidos sejam representativos do capital social de uma entidade residente em território português.

O CIRC prevê a possibilidade de os sócios poderem ser remunerados em dinheiro, mas apenas num valor até 10% do valor nominal, ou na falta deste, do valor contabilístico equivalente ao valor nominal dos títulos entregues em troca. Nestas

¹⁰⁴ Que não o previsto no artigo 75.º n.º 3 ou seja e como se viu, a possibilidade de os sócios serem remunerados em dinheiro, num valor até 10% do valor nominal, ou na falta deste, do valor contabilístico equivalente ao valor nominal dos títulos entregues em troca.

situações e existindo a atribuição de quantias em dinheiro, verifica-se a sua imediata tributação na esfera dos sócios beneficiários, nos termos do artigo 77.º n.º 3.

4.2 Obrigações acessórias referentes à opção pelo regime especial.

No artigo 78.º do CIRC ¹⁰⁵, encontram-se consagrados um conjunto de obrigações declarativas acessórias a ser observadas seja pelas sociedades que intervenham na operação de reestruturação que esteve na base da aplicação do regime especial, seja pelos sócios ¹⁰⁶. No caso dos sócios, as obrigações declarativas previstas nos n.º 5 e 6 do artigo 78.º, deverão ser cumpridas seja pelos sujeitos passivos de IRS (com contabilidade organizada), seja pelos sujeitos passivos de IRC.

Desde logo encontra-se estabelecida a obrigatoriedade de comunicação pelas sociedades beneficiárias à Autoridade Tributária, da opção pela aplicação do regime especial, na declaração anual de informação contabilística e fiscal ¹⁰⁷, relativa ao período de tributação em que a operação é realizada (corpo do n.º 1). Nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 são indicadas as entidades que deverão prestar a declaração. Assim:

a) No caso de fusão ou cisão, ***pela sociedade ou sociedades beneficiárias***, exceto nos casos destas sociedades e, bem assim, a sociedade ou sociedades transmitentes, não serem residentes em território português nem disporem de estabelecimento estável aí situado, situações em que a obrigação de comunicação deve ser cumprida nesse caso pelos sócios residentes;

b) No caso da entrada de ativos, ***pela sociedade beneficiária***, salvo quando esta não seja residente em território português nem disponha de estabelecimento estável aí situado, caso em que a obrigação deve ser cumprida pela sociedade contribuidora;

¹⁰⁵ Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

¹⁰⁶ “De referir que as obrigações acessórias a cumprir no âmbito das operações analisadas não esgotam aquelas previstas no artigo 78º do CIRC, devendo ser complementadas pelas previstas no artigo 117º do CIRC, e bem assim por todas aquelas previstas em sede de outros tributos e da Segurança social”. (Ramalho, 2015, pág. 249)

¹⁰⁷ Declaração prevista no artigo 121º do CIRC. Na perspetiva da AT assume particular importância o preenchimento do quadro 10 da folha de rosto da IES.

c) Na permuta de partes sociais, *pela sociedade adquirida quando esta seja residente em território português*, bem como pelos respetivos sócios residentes.

4.3 Consequências da não aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal.

A tributação que incide sobre as empresas e sobre os sócios no momento em que se realiza as operações de reorganização empresarial, depende da forma como for contabilizado o património transmitido, sendo que para isso depende a opção pelo regime aplicável a operação. Caso não se tenha optado pelo regime especial, ou não se encontrem preenchidos os requisitos estabelecidos, seja pela Diretiva, seja pelo CIRC (no caso das operações internas), as operações não beneficiarão do regime especial de neutralidade fiscal, sendo nesse caso aplicável o regime geral. As consequências em termos de tributação pela falta de neutralidade em cada uma das referidas operações são as seguintes:

Nas operações de *Fusão*, o impacto tributário pela falta de neutralidade fiscal verifica-se a três níveis:

- Ao nível dos **sócios**, pela tributação da permuta das participações sociais das sociedades contribuidoras pelas participações sociais da sociedade beneficiária;
- Ao nível das **sociedades contribuidoras**, através da tributação do património global transmitido, e ainda pelos ajustamentos em inventários e / ou perdas por imparidade e outras correções por valor que respeitem a créditos, inventários, e as provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transferência;
- Ao nível da **sociedade beneficiária**, e caso esta detenha participações nas sociedades fundidas, concorrerá para o lucro tributável a mais ou menos-valia resultante da anulação das partes de capital detidas naquelas sociedades em consequência da fusão ou cisão.

No caso das Cisões, a não aplicação do regime especial tem como consequência os seguintes efeitos em termos de tributação:

- Na **sociedade cindida**: as cisões (por via das transmissões patrimoniais de ativos e passivos) determinam o apuramento do resultado com base no valor à

data da cisão. No caso de dissolução, a cessação da atividade, implica igualmente o apuramento de resultados ¹⁰⁸.

- Nos **sócios**: havendo a troca de participações sociais, haverá lugar a tributação pela permuta de títulos (pela geração de mais-valias ou lucros). Não se verificando a troca de partes sociais, mas apenas a emissão de novos títulos, serão tributados os dividendos que vierem eventualmente a ser distribuídos.
- Na **sociedade beneficiária**: A entrada de ativos na sociedade beneficiária gera uma variação patrimonial positiva, a qual não concorre para a formação do lucro tributável da mesma, desde que a operação dê origem à atribuição de participações sociais aos novos sócios ¹⁰⁹; Não se verificando a emissão de participações sociais, a entrada de ativos concorrerá para a formação do lucro tributável ¹¹⁰.

Nas operações de entrada de ativos, e não havendo lugar à aplicação do regime especial, a operação é tratada em termos fiscais como uma entrada em espécie com vista à realização do capital social da beneficiária, tendo como consequência os seguintes efeitos:

- Na **sociedade contribuidora**: a operação é equiparada a uma permuta de bens, assumindo como valor de realização dos bens transmitidos, o valor de mercado das participações sociais recebidas ¹¹¹.
- Na **sociedade beneficiária**: a entrada em espécie será considerada uma variação patrimonial positiva que não concorre para a formação do lucro tributável ¹¹².

Por fim, e tratando-se de uma operação de permuta de partes sociais que não venha a beneficiar do regime de neutralidade fiscal, os ganhos a verificarem-se são equiparados a mais-valias fiscais e tributados em sede de IRC, sendo para esse efeito o valor das participações transmitidas considerado idêntico ao valor de mercado das

¹⁰⁸ Alínea a) do número 5 do artigo 8.º e artigos 79.º a 81.º do CIRC.

¹⁰⁹ Artigo 21.º n.º 1º alínea a) do CIRC.

¹¹⁰ Artigo 21.º n.º 1 do CIRC.

¹¹¹ Artigo 46.º n.º 3 alínea a) do CIRC.

¹¹² Artigo 21.º n.º 1 alínea a) do CIRC.

participações recebidas, acrescidas do valor que eventualmente tiver sido recebido em dinheiro pelo sócio da sociedade adquirida.

Em conclusão, caso não se tenha optado pelo regime especial ¹¹³, vigora o regime geral, e com base neste apuram-se (para efeitos de mais-valias) os resultados ao nível da sociedade fundida ou cindida, em consequência da transferência dos elementos patrimoniais desta para a sociedade beneficiária com base dos valores de mercado nos termos do artigo 46.º n.º 3 alínea d) ¹¹⁴. Neste apuramento será ainda tomado em conta a anulação de ajustamentos em inventários de perdas por imparidade e provisões que sejam considerados fiscalmente dedutíveis como gastos no período de tributação ¹¹⁵.

¹¹³ Caso a operação seja realizada com opção pelo regime especial, os valores patrimoniais transferidos são valorizados na sociedade beneficiária pelos valores relativamente aos quais estavam registados na sociedade fundida ou cindida, mantendo na sociedade beneficiária o mesmo tratamento que tinham na sociedade de origem, não havendo por isso nesta, qualquer apuramento de resultados ou outras correções de valor resultantes dessa transferência.

¹¹⁴ d) nos casos de fusão, cisão, entrada de ativos ou permuta de partes sociais, o valor de mercado dos elementos transmitidos em consequência daquelas operações.

¹¹⁵ Artigo 74.º n.º 1 *a contrário*.

CAPÍTULO V: Outros benefícios tendentes à obtenção de neutralidade.

5. Introdução.

As operações de reestruturação empresarial, às quais seja aplicado o regime especial da neutralidade fiscal, são objeto de um conjunto específico de vantagens fiscais, matérias que se encontram previstas em sede de IRC, de IVA, de IMI, de Imposto do Selo, e no Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) ¹¹⁶.

De referir que a aplicação de benefícios fiscais em determinadas situações, ao introduzirem alterações ao princípio da igualdade são naturalmente objeto de controvérsia dado o seu carácter de excecionalidade, na medida em que correspondem a verdadeiras exceções à incidência das normas tributárias.

5.1 Natureza jurídica: Desagravamento estrutural ou benefício fiscal?

Uma das questões que se coloca sobre a aplicação do regime especial de neutralidade fiscal prende-se com a sua natureza jurídica, nomeadamente saber se estamos perante um benefício fiscal ou perante um desagravamento estrutural. Da sua resposta depende (também) a interpretação mais restritiva ou mais abrangente do seu âmbito de aplicação, consoante se interprete como um benefício fiscal ou como um desagravamento estrutural.

Os defensores da posição de desagravamento estrutural entendem que para responder a esta questão é preciso ter presente os fins que se pretendem atingir com o regime especial: Este não visa a promoção *de per si* das operações de reestruturação empresarial, (o que consistiria num objetivo extrafiscal), mas sim assegurar essencialmente a continuidade económica da empresa objeto de reestruturação, (seja na perspetiva das sociedades, seja na perspetiva dos sócios). Neste sentido, João Magalhães Ramalho entende que ao exigir o cumprimento de requisitos formais e não vantagens económicas, para aplicação do regime da neutralidade fiscal, o CIRC responde a esta questão:

¹¹⁶ Estatuto dos Benefícios Fiscais - Decreto-Lei n.º 215/89.

“ (...) *A sociedade mantém a sua atividade, mas agora sob uma nova roupagem jurídica. Não há qualquer fenómeno de liquidação, que pressuponha a descontinuidade da atividade originariamente prosseguida. Pelo contrário, ocorre sim um fenómeno de transmissão universal*”. (Ramalho, 2015: 25).

E assim segundo este autor, embora haja lugar a uma transmissão de património, essa mudança so por si não é suficientemente forte em termos económicos (seja no que respeita à sociedade, seja no que respeita aos sócios), para justificar a sua tributação. Desta forma, não estaremos perante um regime excepcional, mas estaremos quanto muito num tratamento técnico de uma questão que visa evitar a tributação de mais-valias onde elas não existem. Desta forma e ao contrário do que sucederia se estivessemos perante um benefício fiscal, onde se verificaria a aplicação de uma qualquer forma de isenção sobre as mais-valias resultantes da operação, o que o regime especial de neutralidade fiscal na verdade faz é apenas adiar a sua tributação para o momento efectivo da realização dessas mais-valias. Por esta razão, conclui João Magalhães Ramalho, ao visar essencialmente a eliminação de distorções fiscais através de um tratamento neutro de determinadas operações, diferindo a tributação das mais-valias para um momento posterior mas não as isentando, o regime especial de neutralidade fiscal traduz-se num desagravamento estrutural e não num benefício fiscalínea

Posição diferente é a assumida pela Autoridade Tributária, para quem o regime especial da neutralidade fiscal se traduz num verdadeiro benefício fiscal porque estabelece uma exceção mais vantajosa quando comparado com o regime geral, na medida em que o direito tributário é diferido para mais tarde, resultando daí uma vantagem para o contribuinte. A AT sustenta igualmente este posicionamento pela verificação da utilização frequente da expressão “benefícios fiscais” seja por parte do TJUE, seja também do CIRC, e também pelo facto do corpo do artigo 10.º do EBF,

ao estatuir que as normas que estabeleçam benefícios fiscais não são suscetíveis de integração analógica ¹¹⁷.

5.2 O artigo 60.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

Para além das vantagens fiscais ao nível de impostos diretos (nomeadamente em sede de IRC), resultantes do regime especial dos artigos 73.º e seguintes do CIRC, a lei consagra ainda a possibilidade de aplicação de outros benefícios os quais se encontram elencados no artigo 60.º do Estatuto de Benefícios Fiscais, e que poderão ser concedidos às empresas que exerçam, diretamente a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, e que se reorganizem, em resultado de atos de concentração ou de acordos de cooperação (artigo 60.º n.º 1). Daqui se infere da forte ligação existente entre o EBF e o regime especial da neutralidade fiscal, pela sua aplicação às operações de reestruturação empresarial (ainda que num âmbito diferente do regime especial).

Nos termos das alíneas a), b) e c) do mesmo artigo, são aplicáveis as seguintes isenções em impostos indiretos que venham a ter lugar na sequência de operações de reestruturação:

- a) *Isenção do imposto municipal sobre transmissões onerosas de imóveis*, relativamente aos imóveis não habitacionais e, quando afetos à atividade exercida a título principal, aos imóveis habitacionais, necessárias às operações de reestruturação ou aos acordos de cooperação;
- b) *Isenção do imposto do selo*, relativamente à transmissão dos imóveis referidos na alínea anterior, ou à constituição, aumento de capital ou do ativo de uma sociedade de capitais necessários às operações de reestruturação ou aos acordos de cooperação;
- c) *Isenção dos emolumentos e de outros encargos legais* que se mostrem devidos pela prática dos atos inseridos nos processos de reestruturação ou de cooperação.

¹¹⁷ Esta posição tem como consequência direta a defesa por parte da AT da posição de que o artigo 73.º n.º 10 tem um carácter taxativo no que se refere as operações abrangidas pelo regime especial.

Embora estas isenções não incidam diretamente sobre o IRC, a existência das mesmas reforça a neutralidade fiscal que se pretende porque afasta obstáculos tributários à realização das referidas operações. No entanto, e tendo em conta que ao integrar estas operações no âmbito dos Benefícios Fiscais, o Estado abdica de receitas fiscais, o n.º 5 e o n.º 6 do mesmo artigo estabelecem alguns requisitos para a sua aplicabilidade, procurando desta forma evitar a realização de operações de reestruturação que tenham apenas em vista a obtenção das referidas isenções. Assim e nos termos do artigo 5.º, nos casos em que a operação esteja sujeita a notificação nos termos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio ¹¹⁸, os benefícios previstos no n.º 1 só podem ser aplicados após emissão decisão favorável emitida pela Autoridade da Concorrência ¹¹⁹, procurando-se desta forma assegurar que a operação não prejudica de forma significativa a concorrência do mercado, e por outro lado nos termos da alínea 6, o disposto no referido artigo 1.º não é aplicável quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos obter uma vantagem fiscal, o que pode considerar-se verificado, designadamente, quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas e não reflitam substância económica, tais como o reforço da competitividade das empresas ou da respetiva estrutura produtiva (tema que abordaremos mais a frente).

¹¹⁸ Novo regime jurídico da Concorrência.

¹¹⁹ Artigo 37.º e seguintes.

CAPÍTULO VI: A transmissibilidade dos prejuízos fiscais.

6.1 O reporte de prejuízos.

Para efeitos fiscais sempre que se verifica a transferência de elementos patrimoniais, esta transmissão é considerada onerosa e como tal sujeita a tributação. No entanto como se viu também, nem sempre os factos abrangidos pelas normas de incidência tributária se traduzem na realização imediata de ganhos.

Existe igualmente como vimos o risco de que as operações de reestruturação possam ser aproveitadas para transmitir prejuízos fiscais de sociedades deficitárias para outras sociedades que apresentem lucros elevados, com o objetivo de diminuir a carga fiscal destas. Esta é uma preocupação a que o legislador está atento e a que procura dar resposta através da definição das situações em que a mesma se pode verificar. Mas por outro lado, e perante a possibilidade de realização de uma operação de reestruturação, a dedução ou não de prejuízos fiscais e o momento em que esta possa ocorrer é relevante para a decisão de assumir os riscos inerentes à operação ¹²⁰.

Tendo em conta que o sistema fiscal português assenta no *princípio da tributação do rendimento real* ¹²¹, que a atividade de uma empresa se verifica de forma contínua (*princípio da continuidade da atividade empresarial*), ainda que com a obrigação de calcular resultados em períodos definidos de tempo – a *periodização do lucro* - de forma a que sejam apurados os impostos a cobrar pelo estado, e para evitar as injustiças fiscais para a vida das sociedades que decorreriam se cada exercício fosse considerado de uma forma hermética através da aplicação rígida do *princípio da*

¹²⁰ No que respeita à dedução de prejuízos fiscais, o artigo 23.º do CIRC estabelece que 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. Quando no período de exercício a que se refere, a sociedade regista mais gastos do que rendimentos, considera-se que tem prejuízos fiscais.

¹²¹ O CIRC tem como princípio geral a tributação do rendimento real, que é o rendimento que se apura ou presume que o contribuinte teve. Este é um princípio base do sistema fiscal português e encontra-se consagrado constitucionalmente no artigo 104.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

especialização dos exercícios (em que cada exercício é independente dos restantes para efeitos de tributação), foram consagrados no CIRC dois regimes de reporte de prejuízos que permitem a transmissibilidade dos prejuízos entre diferentes exercícios desde que preenchidos determinados requisitos: o regime geral, previsto no artigo 52.º e o regime especial aplicável as operações de reorganização empresarial previsto no artigo 75.º.¹²²

O artigo 52.º consagra a regra da solidariedade dos exercícios através da possibilidade de reporte dos prejuízos fiscais. A possibilidade do reporte de prejuízos tem como consequência prática permitir que as sociedades sejam tributadas não de uma forma anual, mas sim com um carácter plurianual (ainda que com as limitações que se encontram consagradas em sede de IRC), traduzindo-se numa manifestação clara do princípio da solidariedade dos exercícios, e tornando efetivo desta forma o princípio da tributação do rendimento real.

No entanto, e como veremos de seguida, o reporte de prejuízos contém um conjunto de limites (temporal, quantitativo e material) que acabam por o tornar pouco atrativo para estas operações.

6.1.1 Regime geral de dedução de prejuízos fiscais.

De acordo com o regime geral de dedução de prejuízos fiscais no artigo 52.º¹²³, o resultado negativo de um determinado ano / exercício pode ser subtraído ao resultado positivo dos anos seguintes, refletindo dessa forma a solidariedade entre os vários exercícios. As características essenciais do regime geral de reporte de prejuízos são as seguintes¹²⁴:

¹²² Desde logo um aspeto distingue os dois regimes; o momento da tributação: enquanto no regime geral a tributação ocorre no momento da reestruturação, no regime especial essa tributação é diferida.

¹²³ Com a redação dada pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março. Com a entrada em vigor deste diploma, o período de reporte de prejuízos foi reduzido de 12 para cinco anos, aplicando-se a períodos de tributação que se iniciem em, ou após 1 de janeiro ou 30 de março.

¹²⁴ Com as alterações introduzidas pela Lei 2/2014.

- **A limitação temporal:** Os prejuízos fiscais apurados em determinado período de tributação serão deduzidos aos lucros tributáveis (se existirem) de um ou mais dos cinco períodos de tributação posterior ¹²⁵ (artigo 52.º n.º1).
- **A limitação percentual ou quantitativa:** A dedução a efetuar em cada um dos períodos de tributação não pode exceder o montante correspondente a 70% do respetivo lucro tributável (artigo 52.º n.º2).
- **Globalidade do reporte de prejuízos:** a totalidade dos prejuízos poderão ser deduzidos à globalidade dos lucros apurados nos anos seguintes, independentemente da origem e da atividade de que os lucros provenham (com a limitação prevista no artigo 52.º n.º 5, que refere que caso o contribuinte beneficie de isenção parcial ou de redução do IRC, os prejuízos fiscais sofridos nas respetivas explorações ou atividades não podem ser deduzidos em cada período de tributação, dos lucros tributáveis das restantes). Esta característica consiste numa verdadeira ilimitação material.
- **A Norma antiabuso:** Antes da Lei 2/2014, o direito ao reporte apenas seria negado quando se verificasse a alteração da atividade / objeto social ou da titularidade da participação social, que resultaria na presunção de existência de um comportamento abusivo. Com a entrada em vigor da Lei 2/2014, eliminou-se a exigência da prossecução do mesmo objeto ou atividade, como requisito para a transmissibilidade de prejuízos.

6.1.2 O regime especial aplicável às reorganizações empresariais

O regime de transmissibilidade de prejuízos aplicável às reorganizações empresariais assenta, como refere António Rocha Mendes, no princípio da continuidade da atividade empresarial, que visa assegurar a tributação do rendimento real da empresa sempre que os prejuízos fiscais e lucros tributáveis se verificarem, não apenas em diferentes períodos de tributação, mas também na esfera de diferentes sujeitos passivos (Mendes, 2016: 422). Considera ainda o autor que a transmissibilidade dos prejuízos fiscais nas operações de reorganização apenas se verifica quando a

¹²⁵ Reporte para a frente ou *carried forward*.

operação seja realizada ao abrigo do regime da neutralidade fiscal (Mendes, 2016: 423).

O artigo 75.º n.º1 estabelece que os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante, nos termos e condições estabelecidos no artigo 52.º, e até ao fim do período referido no n.º 1 do mesmo artigo, contado do período de tributação a que os mesmos se reportam ¹²⁶. Ou seja, os prejuízos fiscais das sociedades anteriores podem ser deduzidos aos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante desde que observados os requisitos do artigo 52.º.

A lei 2/2014 introduziu várias alterações no que se refere à transmissão de prejuízos no âmbito das operações de reestruturação empresarial, nomeadamente:

- ✓ A eliminação da necessidade de autorização do Ministério das Finanças;
- ✓ Menos obstáculos à transmissibilidade dos prejuízos fiscais;
- ✓ O desaparecimento dos limites materiais ao valor permitido para o reporte, impostos pela Circular 7/2005 ¹²⁷;
- ✓ A alteração do n.º8 do artigo 52.º do CIRC que como visto atrás eliminou a exigência da prossecução do mesmo objeto ou da mesma atividade como requisito para a transmissibilidade dos prejuízos.

De referir ainda de que são aplicáveis à dedução dos prejuízos fiscais (das sociedades fundidas, cindidas contribuidoras ou adquiridas) as regras gerais do

¹²⁶ *“...de entre as diversas vantagens que decorrem da aplicação deste regime de neutralidade fiscal está a possibilidade de reporte dos prejuízos fiscais. Através desta possibilidade, no caso de reestruturações entre sociedades, os prejuízos fiscais apurados pela(s) sociedade(s) incorporada(s) em períodos de tributação anteriores podem ser deduzidos ao lucro tributável da sociedade incorporante. Assim, serão compensados os prejuízos de uma ou mais empresas envolvidas no processo de fusão, com os lucros da empresa incorporante/resultante.”* (Ferreira, 2013, pág. 54)

¹²⁷ A Circular 7/2005 de 16 de maio tinha como objetivo uniformizar as regras de utilização dos prejuízos fiscais transferidos para a sociedade incorporante. De acordo com a circular a sociedade beneficiária do prejuízo fiscal reportável só o poderia deduzir ao acréscimo dos lucros face ao valor do lucro do exercício anterior a fusão. A dedução não poderia exceder a proporção que o património líquido da incorporada representasse no somatório das situações líquidas de todas as sociedades participantes na reestruturação, relativamente ao período prévio.

artigo 52.º com os limites impostos pelo artigo 75.º (limites à dedução dos prejuízos fiscais em cada período de tributação);

6.2 Outras operações que permitem a dedutibilidade dos prejuízos fiscais.

O regime da transmissibilidade dos prejuízos fiscais é também aplicável para outras operações, nos termos do artigo 75.º n.º 3 e 6, nomeadamente ao nível de operações internas e de operações transfronteiriças.

6.2.1 Nas operações internas.

No que respeita às operações internas e para além das fusões previstas na alínea a), é ainda possível a transmissão dos prejuízos fiscais:

- Nas operações de cisão-dissolução sendo transferida para cada uma das sociedades beneficiárias os prejuízos proporcionais ao valor de mercado dos patrimónios transferidos (artigo 75.º n.º3 al a);
- Nas sociedades que se encontrem abrangidas pelo regime especial de tributação de grupos de sociedades (RETGS), quando, durante ou após a vigência desse regime uma das sociedades pertencentes ao grupo incorpore as restantes, ou haja lugar à constituição de uma nova sociedade (artigo 75.º n.º6).

6.2.2 Nas operações transfronteiriças.

A possibilidade da transmissibilidade de prejuízos fiscais em operações transfronteiriças encontra-se igualmente prevista no artigo 75.º n.º 3.

- Desde logo e nos termos da alínea b), a transmissibilidade está considerada para os casos da fusão, cisão ou entrada de ativos, em que seja transferido para uma sociedade residente em território português, um estabelecimento estável nele situado de uma sociedade residente num Estado-membro da União Europeia, (que preencha as condições estabelecidas no artigo 3.º da Diretiva n.º 2009/133/CE), verificando-se, em consequência dessa operação, a extinção do estabelecimento estável;
- A alínea c) prevê a situação em que estabelecimentos estáveis situados em território português, de sociedades residentes em Estados-membros da União

Europeia, sejam transferidos para outra sociedade de outro Estado-membro, no âmbito de operações de fusão, cisão ou entrada de ativos, desde que os elementos patrimoniais transferidos se mantenham afetos a estabelecimento estável situado em Portugal e concorram para a determinação do lucro tributável que lhe venha a ser imputado.

Em síntese, a transmissibilidade de prejuízos fiscais é possível nas seguintes operações:

- a) Nas situações de fusão (artigo 75.º n.º1), tendo como limite a proporção entre o valor dos patrimónios líquidos da sociedade fundidas e de todas as sociedades envolvidas na operação de fusão, os quais serão determinados com base no último balanço anterior a operação;
- b) Na fusão, cisão ou entrada de ativos quando se verifique a transmissão de um estabelecimento estável para uma entidade residente (artigo 75.º n.º3 al) b);
- c) Na cisão-dissolução, sendo os prejuízos fiscais transmitidos na proporção do valor de mercado dos patrimónios destacados para cada uma das sociedades beneficiárias (artigo 75.º n.º3, al a);
- d) Na transmissão de estabelecimentos estáveis entre residentes na União Europeia, desde que os elementos patrimoniais transferidos continuem afetos ao estabelecimento estável e concorram para a determinação do lucro tributável (artigo 75.º n.º3 alínea c);
- e) A estabelecimento estável situado em Portugal e respeitando apenas aos prejuízos imputáveis a esse estabelecimento estável (artigo 75.º n.º5).

6.3 Limites à dedutibilidade dos prejuízos fiscais.

A dedutibilidade dos prejuízos fiscais apresenta algumas limitações, previstas no artigo 75.º do CIRC, com as alterações introduzidas pela Lei 2/2014.

- Nos termos do n.º4, a possibilidade de dedução dos prejuízos fiscais tem como limite o valor correspondente à proporção entre o valor do património líquido da

sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades ou estabelecimentos estáveis que estejam envolvidos na operação ¹²⁸.

- Tratando-se de situações relativas à aplicação em que se verifique a participação de sociedades com residência noutro Estado-membro, a dedução dos prejuízos é efetuada no lucro tributável do estabelecimento estável situado em território português, e respeita apenas aos prejuízos que lhe sejam imputáveis (artigo 75.º n.º5) ¹²⁹.

Os prejuízos fiscais podem ser dedutíveis na sociedade beneficiária sem necessidade de autorização previa, mas encontram-se limitados seja pela proporção dos patrimónios líquidos que tenham sido apurados (com base na contabilidade, como prevê o artigo 75.º n.º 4) ou com base nos estabelecimentos estáveis (nos termos do artigo 75.º n.º 5).

¹²⁸ Trata-se de uma alteração introduzida pela Lei 2/2014, pois até aí, e para que fosse autorizada a transmissibilidade dos prejuízos fiscais era necessária a autorização do Ministro das Finanças podendo no despacho de autorização ser fixado um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais e ser estabelecido igualmente um escalonamento da dedução durante o período em que pudesse ser efetuado bem como os limites que não pudessem ser excedidos em cada período de tributação.

¹²⁹ A nova redação dada pela Lei 2/2014 excluiu as situações previstas na alínea b).

CAPÍTULO VII: A não aplicação do regime especial.

7. A utilização abusiva do regime da neutralidade fiscal.

Uma das questões mais interessantes, importantes e complexas em matéria de aplicação do regime de neutralidade fiscal, passa pelo risco efetivo da sua utilização abusiva.

Como vimos até aqui o regime da neutralidade fiscal tem em vista afastar as barreiras tributárias que possam criar obstáculos à realização das operações de reestruturação empresarial, permitindo com isso a concretização do objetivo económico dessas mesmas operações,¹³⁰ e não a concessão de benefícios fiscais às entidades intervenientes. Isto significa que o legislador acompanha com atenção as operações efetuadas ao abrigo deste regime de forma a assegurar que estas concretizam verdadeiramente os fins que estão na sua base, e não que se realizem por outras razões que de alguma forma distorçam o objetivo enunciado, e permitindo com isso a obtenção de vantagens fiscais encapotadas.

Quando a causa que está na origem da operação é essencialmente fiscal (ou seja, quando visa a mera obtenção de uma vantagem fiscal) e não económica, não se aplica o regime especial de neutralidade fiscal. Isto não significa naturalmente que os seus autores não possam (dentro de um quadro de licitude) beneficiar fiscalmente com a operação. Significa sim que essa não pode ser a intenção principal (ou única) da operação. A questão que se coloca é saber como demonstrar que ao verificar-se uma vantagem fiscal, a sua obtenção não é a intenção principal do seu autor? Ou seja, como se demarca a fronteira que separa o planeamento fiscal da elisão ou evasão fiscal?

¹³⁰ Como refere António Rocha Mendes op. Cit. Pág. 428), “*de um ponto de vista económico, as reorganizações societárias só tem sentido quando os ganhos de eficiência visados, excedam o custo da sua implementação. O regime de neutralidade fiscal, ao eliminar o custo direto fiscal da reorganização, influencia positivamente o resultado daquela fórmula e, desta forma, incentiva, ou pelo menos não dificulta, a realização destas operações.*”

7.1 Razão de ser da norma antiabuso.

Tratando-se de um conceito integrante do ordenamento jurídico europeu, o conceito de abuso tem vindo a ser construído ao longo do tempo pela jurisprudência comunitária, e assenta em dois elementos:

- **Elemento objetivo** – trata-se da relação entre os fins e os objectivos que a norma visa prosseguir, face à ação levada a cabo pelo sujeito passivo;
- **Elemento subjectivo** – é a intenção da ação concreta, levada a cabo pelo sujeito passivo.

Ou seja, trata-se de verificar se a norma de direito europeu que concede o direito é invocada apenas para que com isso se obtenham vantagens que são alheias ao objetivo da mesma; ou dito de uma forma simplista, estaremos perante uma situação de abuso quando uma operação ainda que respeitando formalmente a letra da lei, tem como verdadeira intenção dos seus autores outros fins que não os que foram consagrados no espírito da norma.

O mecanismo de proteção antiabuso que visa combater o planeamento fiscal ilegítimo ¹³¹, encontra-se consagrado em termos gerais no ordenamento jurídico nacional através da existência de uma Cláusula Geral Antiabuso, (CGAA) no artigo 38.º n.º 2 da Lei Geral Tributária (LGT);

Mas por entender existirem fortes possibilidades do regime especial ser utilizado para outros fins que não os previstos na norma, o legislador considerou necessário criar (para além da já referida regra geral antiabuso do art 38.º da LGT), uma clausula especifica para as operações previstas no regime especial, surgindo para esse efeito a chamada norma especial antiabuso prevista no artigo 73.º n.º 10 do CIRC, e que consiste essencialmente num mecanismo específico de proteção do regime especial ¹³². Por essa razão e não obstante a existência de uma norma geral, a

¹³¹ A expressão "planeamento fiscal" abrange qualquer esquema ou atuação que determine ou se espere que determine de modo exclusivo ou predominantemente, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto (art 3 al a) -DL 29/2008). Pode ter em vista o pagamento de menos impostos, ou o seu pagamento mais tardio, e pode ser legítimo ou ilegítimo.

¹³² Por via da transposição do artigo 15.º n.º 1 al) a) da Diretiva 2009/133/CE.

norma específica do artigo 73.º n.º 10, deve servir de base para a análise das operações realizadas ao abrigo do regime especial.

Não estando inicialmente previsto no CIRC este mecanismo surge no ordenamento jurídico nacional, com a transposição da Diretiva 90/434/CEE¹³³, a qual permite aos Estados-membros a recusa quer da aplicação do regime na neutralidade fiscal (no todo ou em parte), ou a possibilidade de retirar os benefícios fiscais previstos no mesmo. A possibilidade desta recusa tem por base a presunção de que a operação de reestruturação pretendida apresenta como principal (ou único) objetivo a fraude e a evasão fiscal, sendo que essa presunção se verifica quando a operação não tiver sido realizada por motivos económicos válidos.

Para que se possa verificar a aplicação da clausula específica antiabuso e com isso a retirada dos benefícios concedidos pelo regime especial, é necessário que seja demonstrada a existência do elemento subjectivo do conceito, ou seja, as autoridades fiscais tem o ónus de provar que o principal, ou um dos principais objetivos da operação foi a fraude ou evasão fiscal, não bastando para que este requisito seja preenchido apenas a intenção do sujeito passivo em obter vantagens fiscais; caso esse requisito não se sobreponha a outros que sejam legítimos, então o critério da elegibilidade da operação poderá eventualmente verificar-se.

Por fim de constatar que ao contrário da Diretiva que refere igualmente a fraude fiscal, o legislador nacional optou por se referir apenas à "evasão fiscal". Ainda assim é entendimento aceite que, se uma operação deixa de preencher os requisitos para

¹³³ Artigo 11.º n.º 1 al.) a:

1. Qualquer Estado-membro poderá recusar aplicar, no todo ou em parte, o disposto nos títulos II, III e IV ou retirar o benefício de tais disposições sempre que a operação de fusão, de cisão, de entrada de ativos ou de permuta de ações:

a) tenha como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscal; o facto de uma das operações referidas no artigo 1º não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou a evasão fiscal;

beneficiar do regime especial em caso de evasão fiscal, por maioria de razão o mesmo sucederá em caso de fraude fiscal.

7.2 O artigo 73.º n.º 10 do CIRC: Noção e elementos.

O artigo 73.º n.º 10 do CIRC, consagra uma cláusula antiabuso específica destinada à eliminação dos benefícios associados ao regime especial de neutralidade fiscal, situação cuja aplicação se verifica através de uma presunção, quando se entender que as operações realizadas ao seu abrigo tiveram como principal (ou único) objetivo a evasão fiscal, através da obtenção dos benefícios fiscais que decorrem da sua aplicação. Isto não significa naturalmente que a obtenção de uma vantagem fiscal, que seja consequência de uma operação de reestruturação empresarial seja só por si contrária aos objetivos da neutralidade fiscal, mas trata-se aqui de assegurar de que as operações realizadas ao abrigo do regime especial não se traduzam em operações de planeamento fiscal.

Como estabelece o artigo 73.º n.º 10 do CIRC,

“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, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”.

Não obstante o carácter exemplificativo que a expressão “nomeadamente” introduz no preceito, verifica-se aqui a existência dos dois elementos do conceito de abuso atrás referidos: Desde logo o elemento objetivo que consiste na verificação da (des)conformidade formal da norma que estabelece a neutralidade com as condições da operação; e o elemento subjetivo que assenta na verificação da existência de um

benefício, através da criação de condições artificiais para a sua obtenção, como refere Sara João Pimenta na sua dissertação (Pimenta, pág 32, 2017). E acrescenta ainda:

“Os requisitos para que o abuso se encontre verificado, são:

- a) A subsunção *formal* aos requisitos formais dos artigos 73.º e seguintes;
- b) A subsunção organizada de *forma artificial*;
- c) Com *vista a obtenção de vantagens fiscais*; e,
- d) A *efetiva obtenção* dessas vantagens;”

Nos termos do artigo 73.º n.º 10, existe a presunção¹³⁴ da intenção de evasão fiscal, sempre que se verifique pelo menos a presença de um de dois elementos (ou os dois elementos em simultâneo):

- Quando as sociedades intervenientes se encontrem sujeitas a regimes especiais de tributação de IRC e/ou a diferentes taxas de IRC, e /ou,
- Quando a operação não tiver sido realizada por motivos económicos válidos;

7.2.1 Rendimentos não sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC

A legislação nacional considera indiciador de intenção de evasão fiscal a realização de operações cujos intervenientes não tenham a totalidade dos rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em sede de IRC, equiparando-as às razões económicas válidas, e procurando assim evitar a disparidade de regimes de tributação entre as sociedades participantes. A fundamentação do abuso por via da existência de rendimentos não sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC aplica-se essencialmente às operações de reestruturação internas (não se encontra considerado

¹³⁴ Segundo o artigo 349.º do Código Civil, “*presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido, para afirmar um facto desconhecido*”. Como refere João Magalhães Ramalho, estamos perante uma presunção *juris tantum* (ilidível), dado o artigo 73.º da LGT estabelecer que todas as presunções sobre normas de incidência fiscal admitem sempre prova em contrário, o que permite a possibilidade de contraditório por parte dos autores da operação; Segundo o autor a aplicação da regra antiabuso depende de saber se por um lado a operação em causa é realizada por razões consideradas economicamente válidas, e por outro lado saber se o seu objetivo (único ou principal) teve em vista essencialmente vantagens fiscais.

nos requisitos referidos na Diretiva das fusões) e aparentemente visa as sociedades sediadas na Zona Franca da Madeira.

Como adianta João Magalhães Ramalho, “*este requisito aplica-se fundamentalmente as operações de reorganização doméstica, na medida em que outras sociedades europeias, porventura intervenientes não operação, não serão sujeitos passivos de IRC*”, considerando ainda este autor que o legislador procurou impedir com a introdução deste requisito a aplicação do regime de neutralidade fiscal às sociedades, que beneficiem de isenções subjetivas, totais ou parciais na medida em que apenas nestes casos existe o risco do diferimento da tributação “*se cristalizar de modo definitivo*” (Ramalho, 2015: 145).

7.2.2 Razões económicas válidas.

O segundo elemento previsto na norma como indiciador de evasão fiscal (que pode encontrar-se conjugado ou não com a verificação de que a totalidade dos rendimentos dos intervenientes não se encontram sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC), é a inexistência de razões económicas válidas para a realização da operação. Esta expressão (ainda que vaga) é particularmente importante seja na perspetiva dos contribuintes seja na perspetiva dos tribunais, para efeitos da aplicação do regime especial da neutralidade fiscal.

O artigo 73.º n.º 10 do CIRC, não apresenta uma definição deste conceito, dando apenas alguns exemplos daquilo que considera serem razões económicas válidas (a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam), mas ao utilizar a expressão “*tais como*”, deixa em aberto o facto de poderem ser abrangidos neste conceito outras situações.

A expressão “razões económicas válidas” integra dois elementos:

- A existência de razões económicas, e
- A validade dessas razões;

No que respeita às razões económicas, a sua verificação é relativamente simples: consistindo a obtenção de lucro no principal objetivo de uma sociedade, qualquer ato

que vise a sua maximização (aumento de rendimentos, redução de custos ou aumento de quotas de mercado), tem naturalmente subjacente uma razão económica.

Já no que respeita à validade dessas razões o seu apuramento é mais complexo pois é preciso saber o que levou cada Estado a adotar o regime da neutralidade fiscal, de forma a que se possa verificar a existência de uma identidade entre os objetivos da operação em análise, e os objetivos do regime especial em vigor (ou seja, quais são as razões de extrafiscalidade que levaram os Estados a aceitar abdicar num primeiro momento da receita fiscal a que têm direito).

Para isso, e como relembra António Rocha Mendes, sendo este um conceito de direito europeu é na jurisprudência comunitária que se deverá procurar a delimitação do seu âmbito ¹³⁵.

7.2.3 A jurisprudência europeia

A este respeito destacam-se dois acórdãos do TJUE: o Acórdão Leur-Bloem ¹³⁶ e o Acórdão Foggia ¹³⁷, que assentam ambos no reenvio de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no âmbito de matérias relacionadas com o regime de neutralidade fiscal.

O Acórdão Leur-Bloem diz respeito a uma operação em que uma acionista única de duas sociedades de direito holandesas pretendia adquirir uma terceira sociedade, sediada também na Holanda, através da entrega das ações que detinha nas duas primeiras sociedades em troca das ações da terceira sociedade, configurando esta operação uma operação de permuta de ações. Estava-se assim perante uma operação interna, mas sobre a qual a Holanda aplicava as regras aplicáveis às reorganizações transfronteiriças. Por essa razão foi pedido ao fisco holandês que encarasse essa operação como uma fusão por permuta de ações para que pudesse beneficiar do regime semelhante ao consagrado na Diretiva das Reestruturações, pedido que foi

¹³⁵ O conceito de "razões económicas válidas" é utilizado na Diretiva das Reestruturações no seu artigo 15º, embora esta também não as defina, mas apenas apresente exemplos (*"reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação"*).

¹³⁶ Processo C-28/95, Leur-Bloem, 17 de julho de 1997.

¹³⁷ Processo C-126/10, Foggia, 10 de novembro de 2011.

indeferido pelas autoridades fiscais holandesas. Deste processo foi interposto recurso ao Tribunal de Amesterdão, o qual acabou por reenviar o processo ao TJUE, tendo sido colocadas seis questões prejudiciais ao TJUE¹³⁸. Desse acórdão resultaram os seguintes aspectos:

- O TJUE é competente para interpretar o direito comunitário mesmo quando este não rege diretamente a situação em causa, mas o legislador nacional decidiu alinhar a legislação interna pela europeia ao transpor a Diretiva;
- A Diretiva aplica-se às operações elegíveis, independentemente dos fundamentos para a sua realização;
- É imperativo que nas operações realizadas por “razões económicas validas”, o seu fim não seja apenas um benefício fiscal porque esse não é o espírito da Diretiva das fusões;

Alguns anos mais tarde, o Tribunal de Justiça da União Europeia prenunciou-se novamente sobre esta matéria na sequência de um novo processo, através do Acórdão Foggia. A sociedade Foggia era uma SGPS portuguesa que incorporou três sociedades SGPS pertencentes ao mesmo grupo, através de uma operação de fusão, realizada ao abrigo do regime especial da neutralidade fiscal. Mais tarde a Foggia apresentou um pedido de autorização para a dedução dos prejuízos fiscais ainda não utilizados pelas três sociedades incorporadas. O Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais deferiu o pedido em relação a duas das sociedades tendo recusado o pedido da dedutibilidade fiscal em relação a uma terceira, e com base nessa recusa, e também pelo facto de ter sido considerado que a operação não teve interesse económico, a sociedade Foggia recorreu para o Supremo Tribunal Administrativo

¹³⁸ A primeira questão colocada foi a de saber se o TJUE era competente para interpretar o direito da EU, quando este não regesse a matéria em análise, mas o legislador nacional tivesse transposto a Diretiva para o seu direito interno, manifestando dessa forma a sua vontade de aplicar o direito comunitário à situação em causa; a ultima questão dizia respeito à existência ou não de razões válidas no caso concreto para efeitos da aplicação do regime da neutralidade fiscal; As restantes tinham a ver a interpretação do conceito de permuta de ações;

(STA), tendo sido considerado necessário o reenvio prejudicial para o TJUE ¹³⁹; do Acórdão Foggia, resultaram igualmente conclusões importantes:

- O TJUE é competente para apreciar a aplicabilidade das razões económicas validas” porque estas se inspiraram no direito europeu;
- O TJUE é competente para apreciar a questão prejudicial levantada mesmo tratando-se de uma situação interna, porque esta respeita à interpretação do direito da UE (interpretação dos Tratados);
- Ponderação da intensidade dos motivos fiscais face aos demais;
- Proibição da aplicação de critérios gerais para presumir a existência de fraude ou evasão fiscal, (esta só pode resultar de uma análise concreta e global);

Em ambos os Acórdãos, o Tribunal sublinhou que “*o conceito de razões económicas válidas vai para além da simples procura de um benefício puramente fiscal*” ¹⁴⁰. Ou seja, a mera obtenção de benefício fiscal só por si não pode ser considerada uma razão económica válida; o benefício fiscal pode verificar-se, mas apenas como consequência da operação (e não a sua causa). Isto significa que a tentativa de obtenção de um benefício fiscal não pode só por si ser considerada como elemento impeditivo da realização da operação ao abrigo do regime especial; mas se for só esse o objetivo da operação, então essa operação deverá ser à partida considerada como tendo um objetivo de fraude ou evasão fiscal, pois o seu único (ou principal) propósito é o de vir a beneficiar fiscalmente.

O Acórdão Foggia consagrou ainda um importante princípio de aferição do conceito de razões económicas válidas que é o de que, sendo a economia de custos resultante da redução dos custos administrativos inerente a qualquer operação de reestruturação, é necessário comparar o impacto desses efeitos com os objetivos fiscais que se verificam com essa operação. Por essa razão, e como defendem alguns autores, a questão de saber exatamente qual o limite a partir do qual as razões fiscais

¹³⁹ As duas questões prejudiciais enviadas ao TJUE diziam respeito à interpretação a dar aos conceitos de “razões económicas validas” e “reestruturação ou racionalização das actividades” das sociedades intervenientes na operação.

¹⁴⁰ Parágrafo 47 do acórdão Leur-Bloem e parágrafo 34 do acórdão Foggia.

se sobrepõem às restantes e determinam a ausência das razões económicas válidas continua por resolver.

Nesse sentido acompanhamos António Rocha Mendes que entende que *“a expressão razões económicas válidas traduz a intenção de maximizar os lucros da empresa, aumentando a sua capacidade de gerar proveitos ou reduzir os seus custos, através da reorganização da estrutura empresarial”* (Mendes, 2016: 465).

Por fim, um outro aspeto importante em ambos os acórdãos é o facto destes considerarem que a expressão “razões económicas válidas” deve ser interpretada de acordo com os entendimentos da Diretiva e também das decisões dos Tribunais europeus, pelo que, para a verificação da existência ou não de “razões económicas válidas”, as autoridades dos Estados-membros deverão proceder a uma análise concreta de cada situação, evitando a utilização de critérios gerais, conduzindo a que cada estado seja ele mesmo o responsável pelo controlo da verificação da existência dessas razões em cada uma das operações.

7.2.4 Consequências da aplicação da norma antiabuso

Como vimos atrás, a presunção do artigo 73.º n.º 10 é uma presunção ilidível, cabendo à Autoridade Tributaria provar que a operação em causa teve como objetivo (ou como um dos seus principais objetivos), a obtenção de vantagens fiscais e como tal que a motivação dos sujeitos passivos foi contrária aos propósitos enunciados pelo regime especial. O sujeito passivo pode por seu lado e caso assim o entenda, provar as razões económicas válidas da operação e consequentemente a inexistência de fraude fiscal, verificando-se nesta situação uma distribuição do ónus da prova entre a Autoridade Tributaria e o sujeito passivo ¹⁴¹.

¹⁴¹ Isto significa que por via da cláusula antiabuso, o ónus da prova se encontra distribuído em função de cada uma das condições indicadas: Por um lado, a prova da inexistência das razões económicas válidas, com base nas razões apresentadas para sustentar o pedido de aplicabilidade do regime especial é da competência das autoridades fiscais, a qual deve não apenas invocar a sua inexistência, mas também fazer prova disso; Por outro, a prova da inexistência de evasão fiscal (por confirmação da existência das razões económicas válidas) compete ao contribuinte, (verificando-se aqui a inversão do ónus da prova), como refere João Magalhães Ramalho.

Caso a operação deixe de estar abrangida pelo regime especial pela existência do propósito de evasão fiscal, passará então a estar sujeita ao regime geral de tributação.

CONCLUSÃO

1. As operações de reestruturação empresarial são um dos mecanismos que as empresas recorrem para ganhar novos mercados, desenvolver novos produtos e serviços, eliminar a concorrência, ou mesmo para assegurar a sua viabilidade numa economia cada vez mais globalizada.
2. O regime geral de tributação em sede de IRC constitui por vezes um obstáculo importante às operações de reestruturação empresarial, dado estas gerarem factos abrangidos pelas normas de incidência tributária que podem não se traduzir na realização de ganhos.
3. Para desonerar ou diferir os custos fiscais resultantes dessas operações foi criado o regime especial de neutralidade fiscal, que visa assegurar que a tomada de decisão para a realização destas operações tem por base critérios de racionalidade económica e melhoria do tecido empresarial, e não razões fiscais.
4. Tratando-se de um regime tributário neutro, ele assenta nos seguintes princípios: 1) neutralidade fiscal para as entidades intervenientes, 2) continuidade do exercício da atividade económica, 3) a possibilidade de transmissibilidade dos prejuízos e 4) o diferimento da tributação até ao momento da sua realização.
5. O regime especial da neutralidade fiscal não é aplicável a todas as operações de reorganização societária, mas apenas àquelas que se encontram previstas de forma taxativa no artigo 73.º do CIRC, nomeadamente as operações de fusão, cisão, entrada de activos e permuta de partes sociais que preencham os requisitos previstos por lei.
6. O regime da neutralidade fiscal aplica-se quer às operações realizadas por sociedades com sede ou direção efetiva em território nacional e que não estejam

isentas de IRC, quer às operações transfronteiriças que envolvam sociedades de outros Estados-membro da União Europeia ¹⁴².

7. A aplicação do regime de neutralidade fiscal produz dois efeitos: A *neutralização das consequências fiscais imediatas* (através do seu diferimento), e a *manutenção da soberania dos Estados-membros sobre os ganhos diferidos* dessas operações, através da afetação dos ativos transmitidos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária, no estado membro do transmitente.
8. A obtenção de uma vantagem fiscal resultante de uma operação de reestruturação empresarial não é só por si contrária aos objetivos do regime especial de neutralidade fiscal.
9. Existe, no entanto, um risco efetivo de que as operações de reestruturação empresarial se traduzam na realidade em operações de planeamento fiscal. Para evitar a realização de operações que ao abrigo deste regime visem vantagens fiscais e não critérios de racionalidade económica, a Diretiva das Fusões prevê a existência de uma norma antiabuso que permite às autoridades fiscais dos estados membros a não aplicabilidade do regime especial, quando se verificar que a operação em causa teve como objetivo principal (ou pelo menos muito significativo) a evasão fiscal.
10. As situações em que tal se verifica estão previstas na lei através da aplicação da *cláusula especial antiabuso* e ocorrem por via de presunção, nos casos em que as sociedades envolvidas não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC, ou quando as operações em causa não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, sendo aplicável nesse caso o regime geral de tributação.
11. Para a determinação da aplicabilidade ou não da cláusula antiabuso é necessário aferir se no conjunto da operação as vantagens fiscais se sobrepõem de forma

¹⁴² Desde que se encontrem preenchidas as condições previstas no artigo 3.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro, com as restrições previstas no artigo 74 nº1.

evidente aos benefícios económicos, justificando-se por isso uma análise casuística da operação.

12. Em nosso entender a cláusula especial antiabuso é o elemento essencial para a correta aplicação do regime da neutralidade fiscal ao evitar desvios ao espírito da lei na generalidade das operações de reestruturação empresarial, e constituindo-se como um importante obstáculo ao desvirtuamento do regime especial.
13. No entanto e tendo a cláusula especial antiabuso um papel chave para evitar que as operações de reestruturação empresarial se traduzam na realidade em operações de planeamento fiscal limitando a sua utilização abusiva, ela não é só por si impeditiva (ainda que seja fortemente limitativa) de que se realizem operações de reestruturação empresarial que tenham por objetivo a poupança fiscal (através de modelos sofisticados de planeamento fiscal), desde que se verifiquem igualmente razões económicas significativas que justifiquem a operação, tendo em conta as vantagens fiscais que dela podem resultar.
14. Ainda que o regime da neutralidade fiscal tenha em vista facilitar as reestruturações empresariais por via da dinamização do tecido económico e empresarial através de um sistema de tributação neutro, o que em nosso entender acontece, o sistema tal como se encontra neste momento apresenta ainda algumas fragilidades e pouca clareza nalguns conceitos essenciais que limitam o seu alcance e que deverão ser consideradas numa próxima revisão.
15. Desde logo o âmbito de aplicação do artigo 73.º, cujo carácter taxativo exclui algumas operações que podem ser vantajosas economicamente. A clarificação desta questão permitirá a possibilidade de extensão do regime especial a outras operações de reestruturação empresarial que se encontram atualmente excluídas.
16. Dada a sua ligação com a determinação do âmbito de aplicação do artigo 73.º, a definição da natureza jurídica do regime especial permitirá também responder a esta matéria nomeadamente no que respeita à sua interpretação analógica, e também evitar conflitos entre a Autoridade Tributária e os contribuintes.

17. Também no que respeita à transmissibilidade dos prejuízos fiscais, verifica-se que o regime geral de tributação acaba por limitar as operações realizadas ao abrigo do regime da neutralidade fiscal dada a sua subsidiariedade, na medida em que remete no artigo 75.º para as regras gerais de dedução.
18. Por outro lado, os limites introduzidos pelo artigo 75.º acabam igualmente por se tornarem contraditórios face ao espírito da norma, na medida em que introduzem um conjunto de limites que agravam o regime especial face ao regime geral.
19. Por fim o conceito de “razões económicas válidas” necessita de uma noção mais precisa para evitar o recurso frequente de clarificação pela via jurisprudencial do entendimento que o TJUE tem sobre esta matéria. Uma noção mais precisa do conceito de “razões económicas válidas” (por exemplo através de tipificação?) evitará o recurso frequente ao entendimento que o TJUE tem sobre esta matéria.

BIBLIOGRAFIA

1. Monografias.

- Abrunhosa, Â. (2016). *Direito Financeiro Tributário*. Porto: Vida Económica.
- Almeida, A. P. (2013). *Sociedades Comerciais* (7ª Edição ed., Vol. Volume 1). Coimbra: Coimbra Editora.
- Amorim, J. d., & Azevedo, P. A. (2016). *Lições de Direito Fiscal* Vila Nova de Gaia: Calendário de Letras.
- Calado, A. C., Viana, L. C., & Ramos, L. P. (2013). *As Obrigações das Sociedades Comerciais em sede de IRC*. Lisboa: Áreas Editora.
- Caldas, M. (2015). *O conceito de planeamento fiscal agressivo. Novos limites ao planeamento fiscal ?* (Vol. Nº 18). Lisboa, Lisboa, Portugal: Almedina.
- Camara, P. (2011). *Aquisição de Empresas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Carlos, A. F. (2015). *Impostos - Teoria Geral* (4ª Edição ed.). Coimbra: Almedina.
- Carlos, A. F., Abreu, M. A., Durão, J. E., & Pimenta, M. (2016). *Guia dos Impostos em Portugal* Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.
- Catarino, J. R., & Guimarães, V. B. (2015). *Lições de Fiscalidade* (4ª Edição ed., Vol. Volume 1 e 2). Coimbra: Almedina.
- Coimbra, F. B. (2017). *A arte da tributação das reorganizações societárias*. Coimbra: Almedina.
- Colaço, A. F. (2015). *Impostos - Teoria Geral* (4ª Edição ed.). Coimbra: Almedina.
- Correia, M. J. (2016). *Direito Comercial - Direito da Empresa* (11ª edição ed.). Lisboa: Ediforum - Edições Jurídicas.
- Costa, B. M., & Saldanha, R. A. (2016). *IRC: Fusões, Cisões e outros regimes especiais de tributação*. Chamusca: Edições Cosmos.
- Costa, J. F., Mota, J. H., & Santos, L. D. (2008). *Direito dos Negócios: Dicionário Inglês - Português* (3ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Cunha, P. O. (2016). *Direito Empresarial para economistas e gestores* (2ª edição ed.). Coimbra: Almedina.

- Dourado, A. P. (2015). *Direito Fiscal* Coimbra: Almedina.
- Drago, J. (2007). *Fusão de Sociedades Comerciais - Notas práticas*. Coimbra: Almedina.
- Faelten, A., Driessen, M., & Moeller, S. (2017). *Why Deals fail*. The Economist.
- Ferreira, D. S. (2017). *Fusões, Aquisições, Cisões e outras Reestruturações de Empresas* (Rei dos Livros ed., Vol. I & 2). (L. Letras e Conceitos, Ed.)
- Gomes, F. (2012). *Manual de Direito Comercial* Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Gonçalves, D. C. (2008). *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Martins, H. F., & Rodrigues, A. C. (2013). *Dicionário de termos e expressões de fiscalidade e direito fiscal* Lisboa: Edições Silabo.
- Mendes, A. R. (2016). *IRC e as reorganizações empresariais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Mendonça, M. J. (2016). *Entrada de ativos e permuta de partes sociais no regime da neutralidade fiscal: Uma análise comparativa*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, S., Costa, S., & Pereira, L. (2011). *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*. Porto: Vida Económica.
- Nabais, J. C. (2015). *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas* (2ª edição ed.). Coimbra: Almedina.
- Oliveira, A. F. (2009). *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais antiabuso e os conflitos de interesses*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pinto, J. A. (2011). *Fiscalidade* (5ª Edição ed.). Porto: Areal Editores.
- Pita, M. A. (2011). *Curso Elementar de Direito Comercial* Lisboa: Áreas Editora.
- Ramalho, J. M. (2015). *O regime de neutralidade fiscal nas operações de fusão, cisão, entrada de activos e permuta de partes sociais*. (C. PLMJ, Ed.) Coimbra: Almedina.
- Rocha, A. G. (2014). *Conceitos de Direito Europeu em matéria societária e fiscal* Lisboa: Almedina.

Rocha, J. F., & Silva, H. F. (2017). *Teoria Geral da Relação Jurídica Tributária*. Coimbra: Almedina.

Sanches, J. L. (2009). *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal* Coimbra: Coimbra Editora.

Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. L. (2016). *Direito Económico* (7ª Edição ed.). Coimbra: Almedina.

Sarmiento, J. M., & Nunes, R. (2015). *IRC - Exercícios e casos práticos*. Lisboa: Encontro da Escrita.

Sebastian, P. (2011). *A Europa e a Crise Financeira Mundial - Balanço da resposta política da UE*. São Paulo: Fundação Robert Schuman.

Silva, E. S. (2015). *Fusões e Aquisições - Abordagem contabilística, financeira e fiscal* Porto: Vida Económica.

Silva, F. L. (2016). *As operações de reestruturação empresarial como instrumento de planeamento fiscal* Coimbra: Almedina.

Silva, J. C. (2013). *Titularização de créditos - securitization. No coração da crise financeira global* Coimbra: Almedina.

Teixeira, G. (2013). *III Congresso de Direito Fiscal* Porto: Vida Económica.

Viana, L. F., & Ramos, L. P. (2014). *Bússola Fiscal* (Vol. nº 1). Lisboa, Lisboa, Lisboa: Encontro da escrita editora.

2. Dissertações de Mestrado.

- Andrade, I. (2014). *"Razões económicas válidas" - Neutralidade fiscal* Dissertação para obtenção de grau de Mestre em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito.
- Andrade, P. M. (2014). *O actual paradigma da interpretação da cláusula antiabuso do regime de neutralidade fiscal* Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa.
- Araujo, N. M. (2016). *Fusão de Sociedades e Neutralidade Fiscal: A problemática do conceito de "razões económicas válidas"*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito - Ciências Jurídico-económicas, Universidade do Porto, Faculdade de Direito, Porto.
- Assunção, M. A. (2016). *Fusões e Aquisições no contexto de reestruturação do Grupo*. Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Instituto Politécnico do Porto, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Porto.
- Barros, V. M. (2011). *Impacto da fiscalidade nas decisões de fusões e aquisições em Portugal* Dissertação de Mestrado em Finanças, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Economia e Gestão.
- Campos, A. G. (2013). *O Princípio de Maquiavel - o primeiro manual de fusões e aquisições ?* Dissertação de Mestrado em Finanças, Universidade do Porto, Faculdade de Economia, Porto.
- Elias, R. D. (2011). *Concentrações empresariais: Regime contabilístico-fiscal da cisão-fusão*. Dissertação para obtenção de grau de Mestre em Contabilidade, Fiscalidade e Finanças Empresariais, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Economia e Gestão.
- Fernandes, A. M. (2009). *A tributação das fusões dentro e fora do regime de neutralidade fiscal* Trabalho de projeto para a obtenção de grau de Mestre em Finanças e Fiscalidade, Universidade do Porto, Faculdade de Economia, Porto.
- Ferreira, I. B. (2013). *A neutralidade fiscal no caso da fusão inversa*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Finanças, Instituto Politécnico de Lisboa, ISCAL - Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, Lisboa.
- Gameiro, C. S. (2014). *A relação de troca de participações no âmbito da fusão de sociedades*. Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa.
- Gomes, P. (2015). *Fusões Inversas: Aspectos contabilísticos e fiscais*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Finanças, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Economia e Gestão.

Guimarães, J. P. (2012). *Fusões e Aquisições no seio das PME portuguesas*. Dissertação de Mestrado em Finanças, ISCTE - Business School, Departamento de Finanças, Lisboa.

Marques, M. S. (2010). *Operação de Aquisição de Empresa - Estratégia fiscal*. Trabalho de Projeto para a obtenção do grau de Mestre em Contabilidade, ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas.

Mateus, C. F. (2016). *Do direito à reestruturação Societária: O caso da cisão-fusão com Acionista unico e a sua neutralidade fiscal*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas, ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas - Departamento de Economia Política, Lisboa.

Pinto, S. C. (2017). *Fusão de Sociedades Comerciais no CSC E CIRC. O regime de neutralidade fiscal na fusão interna e na fusão transfronteiriça*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Solicitação de Empresa, Instituto Politecnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão.

Ribeiro, J. M. (2015). *O regime fiscal das fusões em Portugal e na União Europeia*. Dissertação para obtenção do grau de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Fiscal, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.

Schwalbach, A. F. (2012). *A neutralidade fiscal em operações societárias de reestruturação - o impacto da diretiva comunitária na legislação nacional*. Dissertação de Mestrado em Contabilidade, ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, Business School, Lisboa.

Silva, N. R. (2013). *Fusões: Uma análise Multidisciplinar*. Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, Coimbra.

3. Artigos.

Abreu, F. B., & Ereio, J. T. (Outubro de 2017). Overview of M&A Activity in Portugal (M. Zerdin, Ed.) *The Mergers & Acquisitions Review*. Obtido de http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/ef05b633-abaf-4759-95d7-ddde5c2a70e8/Mergers&Acquisitions-full-book.pdf

Carvalho, H. S. (Janeiro-Março de 2010). fusões fiscalmente neutras entre sociedades detidas pelo mesmo sócio. (O. d. Contas, Ed.) *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*. Obtido de <http://www.oroc.pt/fotos/editor2/Revista/48/Fiscalidade.pdf>

Cunha, M. I. (Outubro-Dezembro de 2005). Regime Fiscal das Fusões de Sociedades. *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*. Obtido de http://www.oroc.pt/revista/detalhe_artigo.php?id=55

Lipton, M. (14 de Setembro de 2006). Merger Waves in the 19th, 20th and 21st Centuries. (O. H. School, Ed.) *The Davies Lecture*.

Lobo, C. B. (2000). Neutralidade fiscal das fusões : benefício fiscal ou desagregamento estrutural? corolários ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos. (I. S. Gestão, Ed.) *Fiscalidade*.

Morgado, M., & Galvão, J. (2013). Overview of M&A in Portugalínea *The Mergers & Acquisitions Review*. Obtido de https://www.csassociados.pt/xms/files/PUBLICACOES/Portugal_M_A_Review_7edicao.pdf

Morgado, M., & Galvão, J. (2014). Overview of M&A Activity - Portugalínea *The Mergers & Acquisitions Review*. Obtido de https://www.csassociados.pt/xms/files/PUBLICACOES/Portugal_M_A_Review_8a_edicao.pdf

Pereira, J. P. (10 de Março de 2010). A ASCENSÃO E QUEDA DO NEGÓCIOS "DOT-COM"; A bolha da Internet rebentou há dez anos. "*Público*". Obtido de <https://www.publico.pt/2010/03/10/tecnologia/noticia/a-bolha-da-internet-rebentou-ha-dez-anos-1426415>

Romão, F., & Pontes, M. (2006). Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permuta de Acções. Alguns aspectos fiscais. (U. Menendez, Ed.) *Actualidad Jurídica*, pp. 93-98. Obtido de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1620/documento/foro07.pdf?id=2130>

Sanches, J. L. (2008). Fusão inversa e neutralidade da administração fiscal *Revista de Direito e Gestão n.º 34*, pp. 8-34.

Schlunk, H. J. (28 de November de 2006). *Rationalizing the Taxation of Reorganizations and Other Corporate Acquisitions*. Vanderbilt University Law School, Law and Economics. Social Science Research Network Electronic Paper Collection.

Teixeira, M. D. (2006). A Cisão no Direito Português. *O Direito*, pp. 593-660.

Teixeira, M. D. (Agosto de 2009). Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal - Algumas Notas. *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, pp. 237-277.

Teixeira, M. D. (2013). *Tributação das Reorganizações e Reestruturações Empresariais - Fusões e Cisões*. Faculdade de Direito de Lisboa, IDEFF - Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, Lisboa.

Veloso, O. (Junho de 2006). O regime fiscal da cisão de sociedades. (O. d. Contas, Ed.) *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*. Obtido de http://www.oroc.pt/fotos/editor2/09REV_n33-Fiscalidade.pdf

4. Legislação.

DIRECTIVA 2005/19/CE DO CONSELHO. (17 de Fevereiro de 2005). *que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Estado-membro diferentes.* Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:058:0019:0027:PT:PDF>

DIRECTIVA 2009/133/CE DO CONSELHO. (19 de Outubro de 2009). *Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Estado-membro diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-membro para outro.* Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:310:0034:0046:PT:PDF>

DIRECTIVA 2011/35/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. (5 de Abril de 2011). *Diretiva relativa à fusão das sociedades anónimas.* Obtido de <http://www.asf.com.pt/winlib/cgi/winlibimg.exe?key=&doc=20206&img=4020>

DIRECTIVA 82/891/CEE. (17 de Dezembro de 1982). *SEXTA DIRECTIVA DO CONSELHO.* Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31982L0891&from=PT>

DIRETIVA 90/434/CEE. (23 de Julho de 1990). *Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Estado-membro diferentes.* Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0434&from=PT>

Pereira, A. P. (2014). *Tratados da União Europeia.* Porto: Vida Económica.

Rocha, I., & Rocha, J. F. (2016). *Código Fiscal: Códigos tributários e legislação conexas* (36ª ed.). Porto, Portugal: Porto Editora.

Rocha, I., & Vieira, D. F. (2016). *Código Comercial, Código das Sociedades Comerciais e legislação conexas* (19ª ed.). Porto: Porto Editora.

5. Jurisprudência.

ACORDÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 1997.
Processo C-28/95, Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. s.l.:s.n.

ACORDÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2011.
Processo C-126/10, Foggia vs. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais.
s.l.:s.n.