

A NEUTRALIDADE FISCAL EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DE
REESTRUTURAÇÃO – O IMPACTO DA DIRETIVA COMUNITÁRIA NA
LEGISLAÇÃO NACIONAL

António Francisco Gaspar Lança Schwalbach

Dissertação de Mestrado em Contabilidade

Orientador:

Prof. Dr. Américo Brás Carlos, ISCTE Business School

Outubro 2012

Resumo

A Diretiva Comunitária n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho, aprovou o regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de participações sociais transfronteiriças, também conhecido por regime de neutralidade fiscal.

O regime de neutralidade fiscal prevê o diferimento da tributação incidente sobre as operações de reestruturação.

20 anos após a transposição da Diretiva para a legislação nacional, analisam-se as normas nacionais relevantes, a sua relação com a Diretiva e algumas figuras importantes do regime, como a imposição da constituição de estabelecimento estável nas operações transfronteiriças, o conceito de ramo de atividade, a transmissão de prejuízos fiscais, a cláusula anti-abuso e a prolifera jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o regime – relativamente a operações transfronteiriças e puramente internas.

Analisam-se igualmente alguns aspetos de operações de reestruturação cujo enquadramento no regime de neutralidade fiscal nacional é polémico.

Palavras-chave: Neutralidade, Reestruturações, Fiscalidade, Diferimento.

Classificações do JEL Classification System: K34 - Tax Law | H87 - International Fiscal Issues

Abstract

The EC Directive n. 90/434/EEC of the Council, dated July 23, approved the common system of taxation applicable to cross-border mergers, divisions, transfers of assets and exchange of shares, also known as tax neutrality.

The tax neutrality regime allows the tax deferral of restructuring operations.

20 years after the transposition of the Directive into the Portuguese national law, this paper analyzes the relevant national rules, their relationship with the Directive and some major concepts of the regime, such as the imposition of a permanent establishment in cross-border operations, the concept of branch activity, the transfer of tax losses, the anti-abuse clause and prolific judgments of European Court of Justice – regarding both cross-border and national operations.

This paper will also analyze some controversial aspects associated with restructuring operations.

Índice

Índice de figuras	VI
1. O Conceito de Neutralidade Fiscal	1
1.1. Operações de reestruturação	3
2. Descrição do regime de neutralidade fiscal previsto na Diretiva	4
2.1. Entidades abrangidas	5
2.2. Requisitos.....	6
2.2.1. Operação transfronteiriça	6
2.2.2. Constituição de estabelecimento estável	6
2.2.3. Obrigação de calcular as amortizações e as mais e menos-valias referentes aos ativos e passivos transferidos como se estes continuassem na esfera da sociedade contribuidora.....	8
2.2.4. Valorização das novas participações sociais recebidas pelos sócios.....	8
2.3. Primado da legislação comunitária sobre a legislação nacional e competência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	9
3. Transposição da diretiva para a legislação interna	11
4. A vantagem	13
4.1. Na esfera das sociedades contribuidoras / adquiridas.....	13
4.1.1. Operações internas.....	15
4.1.2. Operações transfronteiriças – o estabelecimento estável	15
4.1.2.1. O regime da diretiva	15
4.1.2.2. Legislação nacional.....	16
4.1.3. Sociedades contribuidoras/adquiridas transparentes	19
4.2. Na esfera das sociedades beneficiárias ou adquirentes.....	21
4.2.1. Sociedades transparentes	21
4.3. Na esfera dos detentores das participações sociais	22
5. Operações de Concentração: Fusões	23
5.1. – Operações neutras	23
5.1.1. – Fusão por constituição de uma nova sociedade.....	23
5.1.2. – Fusão por incorporação	24

5.1.3.	– Fusão por incorporação na sociedade mãe	24
5.2.	Obrigações de registo / determinação do lucro tributável	25
5.2.1.	– Sociedade beneficiária – números 3 e 4 do artigo 74.º do CIRC	25
5.2.2.	– Sócios	26
5.3.	Consequências da falta de neutralidade	27
5.4.	Situações controvertidas	28
5.4.1.	Fusão inversa	28
5.4.2.	Fusão em que as sociedades contribuidora e beneficiária são detidas pelo mesmo sócio	31
6.	Operações de desconcentração: cisões	33
6.1.	– Operações neutras	34
6.1.1.	– Cisão-dissolução	35
6.1.2.	– Cisão parcial	36
6.1.3.	– Ramo de atividade	38
6.2.	Obrigações de registo / determinação do lucro tributável	38
6.2.1.	– Sociedade beneficiária – números 3 e 4 do artigo 74.º do CIRC	38
6.2.2.	– Sócios	38
6.3.	– Consequências da falta de neutralidade	39
6.4.	Situações controvertidas	40
6.4.1.	Cisão-fusão de sociedades detidas pelo mesmo sócio, em que se dispensa a atribuição de novas participações sociais.	40
7.	Operações de entrada de ativos	42
7.1.	Operações neutras	42
7.1.1.	– Ramo de atividade	44
7.2.	Obrigações de registo / determinação do lucro tributável	51
7.2.1.	Sociedade contribuidora – números 5 do artigo 74.º do CIRC	51
7.2.2.	Sociedade contribuidora – números 5 do artigo 74.º do CIRC	51
7.3.	Consequências da falta de neutralidade	51
7.3.1.	Na esfera da sociedade contribuidora	51

7.3.1. Na esfera da sociedade beneficiária.....	52
8. Operações de permuta de partes sociais.....	52
8.1. Operações neutras	53
8.1. Consequências da falta de neutralidade	54
9. Transmissibilidade de prejuízos fiscais	54
9.1. Limitações à dedutibilidade de prejuízos fiscais	57
9.2. Outras operações em que é permitida a transmissibilidade dos prejuízos fiscais	58
9.2.1. Operações internas.....	58
9.2.2. Operações transfronteiriças	60
10. Cláusula anti-abuso	60
10.1. Razões económicas válidas	64
10.2. Entidades que não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação de IRC	65
10.3. Evasão fiscal.....	66
11. Conclusões	68
12. Bibliografia.....	70

Índice de figuras

Figura 1: Transferência de património, necessidade de EE.....	7
Figura 2: Constituição de Estabelecimento Estável em Portugal	16
Figura 3: Incorporação de estabelecimento estável por sociedade beneficiária residente	17
Figura 4: Transmissão de estabelecimento estável entre duas sociedades de outros Estados-membros	17
Figura 5: Transmissão de estabelecimento estável entre duas sociedades residentes em território nacional	18
Figura 6: Transmissão de estabelecimento estável de uma sociedade residente para um sociedade residente noutra Estado-membro.	18
Figura 7: Sociedade contribuidora transparente, com sócio residente noutra EM.....	19
Figura 8: Fusão por constituição de nova sociedade	24
Figura 9: Fusão por incorporação	24
Figura 10: Fusão por incorporação mãe-filha.....	25
Figura 11: Fusão por incorporação filha-mãe.....	29
Figura 12: Operação cisão-fusão entre sociedades detidas pelo mesmo titular	32
Figura 13: Cisão-dissolução	35
Figura 14: Cisão parcial.....	37
Figura 15: Operação de entrada de ativos	43
Figura 16: Permuta de partes sociais	53

Lista de Abreviaturas

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CIRC ou Código do IRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS ou Código do IRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Diretiva – Diretiva n.º 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009

EE – Estabelecimento estável

EM – Estado-membro

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

LGT – Lei Geral Tributária

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia, anterior TJCE

SEAF – Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

Sumário Executivo

Este trabalho versa sobre a transposição da Diretiva Comunitária n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990¹, que aprovou o regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de participações sociais transfronteiriças para a legislação nacional.

Aborda-se o regime atualmente em vigor, previsto nos artigos 73.º a 78.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, os quais são aplicáveis tanto às operações puramente internas, como às operações transfronteiriças.

Procurar-se-á, igualmente, verificar a sua compatibilidade com a regulamentação das operações previstas no Código das Sociedades Comerciais.

Cada um dos quatro tipos de operação de reestruturação é analisado no presente trabalho, tendo-se procurado abordar, em cada capítulo, as questões mais relevantes, assim como o enquadramento de algumas operações controvertidas.

No capítulo dedicado às fusões, realça-se a análise das operações de fusão inversa e fusão entre sociedades detidas pelo mesmo sócio, sem atribuição de novas participações sociais.

No capítulo dedicado às cisões, cabe salientar a análise das operações de cisão-fusão entre sociedades detidas pelo mesmo sócio, sem atribuição de novas participações sociais, bem como a posição assumida recentemente pelo Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão datado de 20 de Dezembro de 2011, no âmbito do processo n.º 0865/11.

No capítulo dedicado às entradas de ativos, cumpre referir a análise à figura do ramo de atividade, assim o enquadramento feito da mesma, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por fim, realça-se, ainda, a análise da cláusula anti-abuso prevista no regime comunitário e nacional e o profuso trabalho jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a este ponto.

¹ Revogada pela Diretiva n.º 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, com o propósito de consolidar as alterações posterior efetuadas à redação original.

1. O Conceito de Neutralidade Fiscal

“It is not the strongest of the species that survives, nor the most intelligent, but rather the one most adaptable to change.”

*Charles Darwin*²

Num mercado em constante mutação, as empresas são obrigadas a adaptar-se continuamente às exigências que lhe são impostas para sobreviver e prosperar. Uma das condicionantes externas com que as empresas se defrontam é a fiscalidade, a qual nem sempre respeita o princípio da neutralidade.

Sobre o conceito de neutralidade fiscal, Carlos (2010: 186) esclarece que se a neutralidade fiscal fosse perfeita, a fiscalidade não teria qualquer relevância nas opções de gestão e de alocação de recursos das empresas. É nessa “...ausência de intervenção da fiscalidade...” que consiste a neutralidade fiscal de um sistema de impostos. Como, porém, recorda o autor, muitas vezes “...o sistema fiscal neutro é um modelo que parece servir apenas para graduar a dimensão do afastamento (...) em concreto, em face do mesmo” (Carlos, 2010: 266).

A neutralidade fiscal adquire particular relevância no âmbito de operações de reestruturação societária.

Como escreveu Cunha (2007: 751) a propósito das fusões e cisões: “De entre as maiores movimentações que as sociedades podem sofrer em termos da respectiva 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 de reestruturação de um grupo jurídico ou simplesmente económico, frequentemente ditada por razões de ordem fiscal, um movimento em sentido oposto, designado cisão.

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

² Pese embora esta frase seja atribuída a Darwin, alguns autores contestam que o Autor da Teoria Evolucionista a tenha proferido.

obrigatório de recessão ou partilha, mas pode corresponder tão-só à optimização de recursos no plano comercial e jurídico(-tributário) em que se enquadra uma sociedade.”

Reconhecendo tal realidade, os legisladores nacionais desde cedo tentaram encontrar mecanismos que desonerassem ou diferissem os custos fiscais destas operações para os agentes.

Com efeito, “...a ausência de qualquer resultado directo 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 cisão sem que haja pagamentos em dinheiro.” (Sanches, 2008: 10).

Um dos mecanismos eleitos para esse propósito foi o regime de neutralidade fiscal em reestruturações societárias. Reconhecendo que as várias operações através das quais se podem concretizar reestruturações societárias geram fluxos financeiros e/ou patrimoniais suscetíveis de ser interpretados enquanto proveitos ou mais-valias e, conseqüentemente, tributados, os legisladores procuraram isentar, pelo menos, numa primeira fase, estes rendimentos de qualquer tributação.

Só numa segunda fase, quando os beneficiários das operações de reestruturação procedem à transmissão dos ativos adquiridos, é que se procede à tributação dos rendimentos apurados. Nessa data, ter-se-ão em conta, não só a valorização da sociedade obtida pelo beneficiário da reestruturação desde a referida operação, mas também os ganhos/proveitos latentes gerados aquando da operação de reestruturação.

Em sede de Direito Comunitário, o regime de neutralidade fiscal começou, inicialmente, por ser regulado, através da Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, pese embora a primeira proposta seja datada de 16 de Janeiro de 1969 (JO 1969, C39/4, 22.03.1969)

Em sede de Direito nacional, o regime de neutralidade fiscal tem vindo, desde o início, a ser regulado no CIRC, desde a redação original dada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88 de 30 de Novembro de 1988.

É importante referir que, como em qualquer convenção para evitar a dupla tributação internacional, o propósito da Diretiva é assegurar a delimitação negativa de incidência de tributação – caso se cumpram os requisitos aí referidos, as operações de reestruturação não serão tributadas. Caso as operações não possam beneficiar do referido regime, a tributação da operação far-se-á de acordo com a legislação interna de cada Estado-membro em que ocorre a operação.

Neste trabalho, procurar-se-á estudar em pormenor o regime estipulado na Diretiva e o seu impacto na legislação nacional. Adicionalmente, procurar-se-á, ainda, analisar algumas questões específicas e controversas que decorrem de divergências entre o texto da Diretiva e a forma como o legislador português optou por efetuar a sua transposição para o Código do IRC.

1.1. Operações de reestruturação

As operações de reestruturação visadas, tanto pela Diretiva, como pela legislação nacional, reportam-se às operações de *(i)* fusão, *(ii)* cisão, *(iii)* permuta de partes sociais e *(iv)* entrada de ativos.

Caso se tratem de operações internas, serão aplicáveis as normas do Código do IRC, as quais decorrem da Diretiva Comunitária.

No caso de operações intracomunitárias, deverá conjugar-se a aplicação da Diretiva com as normas do Código do IRC – alínea b) do número 7 do artigo 73.º do Código do IRC.

2. Descrição do regime de neutralidade fiscal previsto na Diretiva

Consciente da necessidade de assegurar condições semelhantes às de um mercado interno, o legislador comunitário veio criar um regime de neutralidade fiscal através da Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, vulgarmente designado como regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais entre sociedades de Estados-membros diferentes – operações melhor analisadas adiante.

A referida Diretiva foi, posteriormente, alterada pela Diretiva n.º 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.

Citando o preâmbulo da Diretiva n.º 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, quanto às motivações que levaram à instituição de um regime comum:

“(2) As fusões, as cisões, as cisões parciais, as entradas de activos 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 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.”

Não se deixará, contudo, de notar, como referiu Pereira (1992: 4), que o regime estabelecido pela Diretiva procurou salvaguardar “...os direitos de tributação do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida, pelo que apenas se difere para momento ulterior a tributação a que haveria lugar no momento da fusão, cisão, entrada de activos e permuta de acções, o que, relativamente às primeiras três operações indicadas, exige que os activos transferidos sejam efectivamente afectos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado membro da sociedade contribuidora...”.

2.1. Entidades abrangidas

O artigo 3.º da Diretiva impõe requisitos quanto à (i) forma, (ii) residência e (iii) sujeição a impostos.

As sociedades deverão revestir uma das formas enumerada na parte A do anexo I da Diretiva – no caso das sociedades portuguesas, incluem-se as sociedades comerciais e civis sob forma comercial, bem como outras pessoas coletivas que exerçam atividades comerciais ou industriais, constituída de acordo com a legislação portuguesa – alínea v) da parte A do anexo I à Diretiva.

Impõe-se, igualmente, que as sociedades objeto da operação de reestruturação possuam domicílio fiscal num dos Estados-membros, sem que haja a possibilidade de, por aplicação de uma Convenção para evitar a dupla tributação celebrada com país terceiro, se considere que essa sociedade tenha domicílio fora da União Europeia.

Quanto a este ponto, importa sublinhar que o número 3 do artigo 4.º da Convenção Modelo OCDE para evitar a dupla tributação estipula, como critério de desempate para as situações em que as pessoas coletivas possam ser consideradas residentes em mais do que um Estado, a direção efetiva. Nas palavras sintéticas de (Xavier, 1993: 252) “...*entendendo-se por este o lugar onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, isto é, onde são praticados os actos de gestão global da empresa (center of top level management).*”³

Por fim, para beneficiar do regime, as sociedades em questão deverão estar sujeitas, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrarem isentas (isenção subjetiva), a um dos impostos enumerados na parte B do anexo I ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um daqueles impostos – no caso Português, o IRC.

Freitas Pereira (Pereira, 1992: 7) conclui, a partir deste terceiro requisito, que as sociedades sujeitas ao regime de transparência fiscal ficam, assim, excluídas do regime previsto na Diretiva.

³ Para uma análise mais detalhada da figura de direção efetiva, remete-se para o Despacho n.º 5268/64 da AT, de 1965 (Autoridade Tributária e Aduaneira, 1965).

Efetivamente, a Diretiva permite que os Estados-membros tributem as sociedades não-residentes transparentes, contribuidoras ou adquiridas na esfera desses sócios⁴ (da sociedade transparente) – cf. Capítulo IV, artigos 11.º e seguintes.

Não obstante, como veremos melhor adiante (pontos 4.1.3 e 4.2.1), a inclusão de uma sociedade transparente na operação não impede o acesso ao regime de neutralidade fiscal previsto na Diretiva, mas antes a aplicação de um “sub-regime” especial às sociedades transparentes que façam parte da operação.

Todos os requisitos *supra* referidos são igualmente impostos pelo Código do IRC no caso de operações de reestruturação em que intervenham sociedades sedeadas noutros Estados-membros por remissão expressa para o artigo 3.º da Diretiva – *Cfr.* alínea b) do número 7 do artigo 73.º do Código do IRC.

2.2. Requisitos

2.2.1. Operação transfronteiriça

O primeiro requisito para beneficiar deste regime comunitário é, pois, que esteja em causa uma reestruturação societária que envolva duas ou mais sociedades com sede em dois ou mais Estados-membros.

2.2.2. Constituição de estabelecimento estável⁵

Pese embora se conceda na não tributação das transferências de ativos e passivos, a Diretiva impõe que estes sejam transferidos da sociedade contribuidora para um estabelecimento estável das sociedades beneficiárias, nos seguintes termos:

«Elementos do activo e do passivo transferidos», os elementos do activo e do passivo da sociedade contribuidora que, em consequência da fusão, da cisão ou da cisão parcial, sejam efectivamente afectos ao estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no

⁴ Neste trabalho, referir-nos a sócios enquanto as pessoas (singulares ou coletivas) detentoras de participações sociais e não, especificamente, aos detentores de quotas em sociedades comerciais de responsabilidade limitada.

⁵ Larking (1992) questiona a necessidade de afetar os bens a um EE, sugerindo que poderia atingir-se o mesmo fito através de uma norma que assegurasse o diferimento da tributação apenas aos bens que permanecessem e concorressem para a formação do lucro tributável no território da sociedade contribuidora.

Estado-Membro da sociedade contribuidora e concorram para a formação dos resultados a tomar em consideração para a determinação da matéria colectável dos impostos.” – Cfr. alínea b) do número 2 do artigo 4.º

O património da(s) sociedade(s) incorporada(s) deverá(m) assim *i*) permanecer no território do Estado-membro de origem para beneficiar do regime de neutralidade fiscal, e concorrer para a formação do lucro tributável. A figura *infra* ilustra a operação.

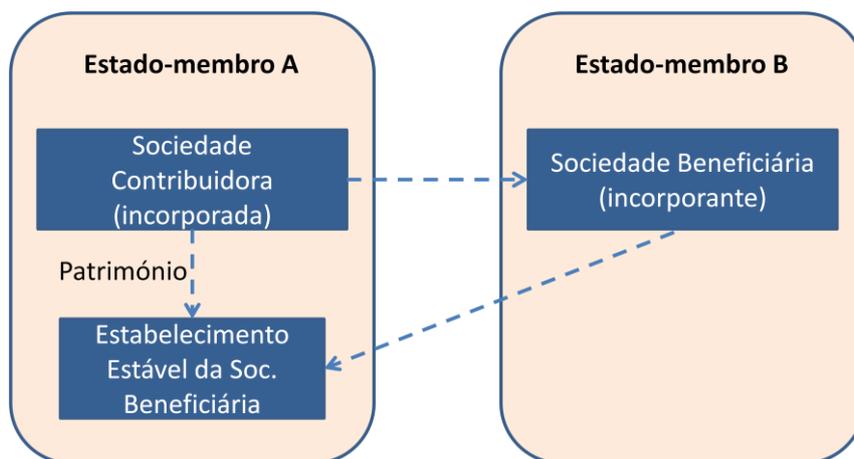


Figura 1: Transferência de património, necessidade de EE

Larking (1992: 305) alertava, em 1992, para o facto de a Diretiva não conter uma definição expressa de EE e o inerente risco do conceito ser mal transposto para as legislações nacionais.

Quanto a esse ponto, nota Petkevica (2008: 374) que a definição de EE do então artigo 62.º-B do CIRC, entre 2003 e 2006, incluía expressamente a possibilidade de detenção de participações sociais, desde que as mesmas correspondessem a um mínimo de 10% do capital social ou dos direitos de voto ou que o valor de aquisição fosse igual ou superior a cinco milhões de euros. A Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro reformulou a redação do *supra* referido artigo, retirando a referência à detenção de participações sociais e suscitando a questão de saber se a mera detenção de participações sociais não seria um ramo de atividade ou, se pelo contrário, era permitida, sendo eliminados os anteriores limites mínimos (Petkevica, 2008: 374).⁶

⁶ Esta parte será melhor abordada no ponto 7.1.1 (ramo de atividade).

Terra (2008: 539) entende que esta limitação deverá ser ultrapassada com o auxílio da definição de ramo de atividade da Diretiva. Para o autor, qualquer ramo de actividade poderá constituir um EE.

Não podemos deixar de concordar com Ben Terra, uma vez que, como concluí o autor, “*‘A branch of activity’ is a business entity, from an organizational point of view independent and capable of functioning by its own means. This, in our view, amounts to a ‘permanent establishment’ as understood in the usual international tax law meaning.*” (Terra et al., 2008: 539).

2.2.3. Obrigação de calcular as amortizações e as mais e menos-valias referentes aos ativos e passivos transferidos como se estes continuassem na esfera da sociedade contribuidora

Nos termos do número 4 do artigo 4.º da Diretiva, condiciona-se o acesso ao regime à obrigação da sociedade beneficiária amortizar os ativos e passivos recebidos, assim como as mais e menos-valias provenientes da sua alienação, nos mesmos termos em que as sociedades contribuidoras o fariam, caso não ocorresse a operação.

2.2.4. Valorização das novas participações sociais recebidas pelos sócios

No caso das fusões, cisões e entradas de ativos, a troca de participações sociais não serão tributadas, desde que, para efeitos fiscais, as novas participações sociais sejam valorizadas, para efeitos fiscais, pelo valor que as antigas participações sociais tinham – números 4 e 5 do artigo 8.º da Diretiva⁷.

Estipula o número 6 do artigo 8.º da Diretiva que a aplicação deste regime não impede que os Estados-membros, mais tarde, tributem os ganhos decorrentes da venda das participações sociais atribuídas em tal operação do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos originais que existiam antes da aquisição. Isto é, para além da tributação da transmissão das novas participações sociais, permite-se aos Estados-membros a tributação da

⁷ Nos mesmos termos, veja-se o número 1 do artigo 76.º do CIRC.

troca inicial de participações sociais, de uma forma diferida – apenas quando ocorra a transmissão subsequente⁸.

Esta tributação é assegurada através da imposição do registo do valor de aquisição das novas participações sociais pelo valor de aquisição das antigas participações sociais, tal como se referiu acima.

Não obstante, os dois diplomas também são claros a estipular que qualquer montante atribuído aos sócios em dinheiro não beneficiará deste regime e será tributado – *Cfr.* número 2 do artigo 76.º do CIRC e número 9 do artigo 8.º da Diretiva.

2.3. Primado da legislação comunitária sobre a legislação nacional e competência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Decorre do número 4 do artigo 8.º da CRP que as normas emanadas de instituições da União Europeia têm efeito suprallegal, sobrepondo-se à legislação ordinária portuguesa.

A norma *supra* referida tem reflexos em todas as áreas do direito, incluindo o direito fiscal. Assim, acompanhando Sanches (2007), dir-se-á que “*O Direito Fiscal Comunitário pode influenciar o Direito interno português também através da sua aplicação feita pela jurisprudência comunitária, sendo hoje pacífico, para a nossa jurisprudência, o primado do Direito Comunitário sobre o Direito infra-constitucional.*”

Mais adiante, prossegue o ilustre Professor mencionando que “*Como um novo cânone que, em certos casos, cada vez mais numerosos, (...) temos a interpretação da norma fiscal segundo o Direito Europeu, nomeadamente de acordo com a jurisprudência do Tribunal das Comunidades e com os princípios que dela podemos extrair.*”

Essa 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

⁸ Desde que justificada, nada aparenta impedir que os sócios possam beneficiar novamente do regime de neutralidade fiscal. Isto é, se a sociedade beneficiária se tornar mais tarde uma sociedade contribuidora de outra operação de transformação societária ao abrigo deste regime, a troca de participações sociais dos sócios não serão tributadas.

vigor para operações internas com o regime em vigor para operações intracomunitárias – de forma a assegurar um tratamento idêntico a residentes e não-residentes.

Nessas situações, o TJUE tem-se declarado competente para analisar, não só as operações intracomunitárias, como também as operações internas.

No que toca ao regime de neutralidade fiscal, o TJUE, no acórdão Leur-Bloem (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995)⁹, pronunciou-se competente para apreciar uma operação interna de reestruturação ocorrida na Holanda, país que, à semelhança de Portugal, tinha optado igualar o regime interno com o comunitário:

“Com efeito, quando a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar.” Em sentido semelhante, remeta-se ainda para os acórdãos Andersen og Jensen (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2002) e Zwijnenburg (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2010).

Como notava Saldanha Sanches, a propósito da Diretiva que versamos: *“...a evolução do texto legislativo em Portugal veio fazer com que se considerem preenchidos estes requisitos de competência do TJCE: as situações internas passaram a ser reguladas pelas soluções encontradas no Direito Comunitário, tendo desaparecido a dicotomia operações internas/operações externas constantes da primeira versão da transposição da Directiva. A redacção do texto normativo passou a ser muito semelhante à da Directiva.”* (Sanches, 2008: 21)

⁹ Processo C-28/95, acórdão do TJCE de 17 de Julho de 1995 (Leur-Bloem).

3. Transposição da diretiva para a legislação interna

A redação original do CIRC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88 de 30 de Novembro de 1988, previa um regime de neutralidade fiscal nos artigos 62.º a 64.º, de aplicação limitada a fusões e cisões ocorridas em território nacional.

O regime original nacional não continha qualquer definição das operações de fusão ou cisão abrangidas, limitando-se a estipular que “*À fusão e cisão de sociedades com sede ou direcção efectiva em território português é aplicável o regime estabelecido neste artigo...*”.

Como escreveu Sanches, “*A clareza da não tributação – todas as fusões ou cisões poderiam ser feitas em regime de neutralidade fiscal, independentemente do tipo de fusão ou cisão – mostra que a política tributária que o código traduzia era a não tributação de todas as fusões e cisões.*” (Sanches, 2008: 13).

Efetivamente, não discriminando ou definindo o Código do IRC o que se deveria entender por fusão ou cisão, dever-se-ia recorrer ao Código das Sociedades Comerciais em vigor naquela data¹⁰ para integrar os referidos conceitos.

Diga-se, ainda, que o regime inicial continha, apenas, uma regra de salvaguarda: a transmissibilidade dos prejuízos fiscais dependia de autorização do Ministro das Finanças e na medida em que a fusão ou cisão (no caso de extinção da sociedade cindida) revestisse interesse “*... para o adequado redimensionamento das unidades económicas...*” – Cfr. número 5 e 6 do artigo 62.º do CIRC, na sua redação inicial.

O Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho transpôs, para a ordem jurídica interna, o regime da Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho quanto às fusões e cisões transfronteiriças intracomunitárias, tendo-se adiado a transposição do regime comunitário quanto às entradas em espécie e permutas de partes sociais, face à autorização especial concedida à República

¹⁰ Nos termos do número 2 do artigo 11.º da Lei Geral Tributária, “*Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei.*”

Portuguesa naquela Diretiva. Essa transposição veio a ocorrer com o Decreto-Lei n.º 6/93, de 9 de Janeiro¹¹.

O legislador português optou, numa primeira fase, pela manutenção de dois regimes paralelos – um nacional (previsto no artigo 62.º do CIRC) e um comunitário (previsto no artigo 62.º-A do mesmo código).

Nestes dois regimes paralelos, mantinha-se a redação genérica do número 1 do artigo 62.º do CIRC, no que toca às operações de reestruturação internas mas, no que toca às operações de reestruturação intracomunitárias, remetia-se para as definições constantes da Diretiva então vigente.

Não cabendo aqui uma descrição pormenorizada do regime então em vigor, faça-se apenas uma referência ao facto do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, estipular, no seu artigo 3.º, que o regime previsto nos (então) artigos 63.º [regime aplicável aos sócios das sociedades fundidas ou cindidas] e 64.º [fusões e cisões de pessoas coletivas que não sejam sociedades] do CIRC era aplicável, “...com as adaptações necessárias, aos sócios ou membros que sejam pessoas singulares para efeitos do respectivo imposto sobre o rendimento (IRS).”

Devido a esse facto, não concordamos com o alerta de Pereira (1992: 11) de Outubro de 1992, quando este afirmava: “Saliente-se ainda que a regra da neutralidade fiscal parece actualmente aplicar-se apenas aos sócios pessoas colectivas ou outras entidades sujeitas a IRC, já que não se encontra disposição semelhante no Código do IRS. Ora a directiva aplica-se quer a sócios pessoas colectivas quer a sócios pessoas singulares.”

O Decreto-lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto veio, por fim, pôr termo ao regime dualista de neutralidade fiscal então em vigor, através da sua unificação e, sobretudo, transpondo para a lei fiscal as definições da Diretiva referentes às operações de reestruturação abrangidas pela diretiva.

¹¹, Tendo em consideração a possível violação dos prazos fixados para a transposição, os dois diplomas tiveram a sua entrada em vigor retroagida às datas de 1 de Janeiro de 1992 e 1 de Janeiro de 1993, respetivamente.

4. A vantagem¹²

4.1. Na esfera das sociedades contribuidoras / adquiridas

A vantagem atribuída pela Diretiva às operações de reestruturação (neutralidade fiscal) encontra-se prevista no número 1 do artigo 4.º da mesma:

“A fusão, a cisão ou a cisão parcial¹³ não implicam qualquer tributação das mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal.”

Note-se que, por força do artigo 9.º da Diretiva, a vantagem *supra* referida também é aplicável às entradas de ativos.¹⁴

Pese embora se pudesse depreender da abrangência da redação do número 1 do artigo 4.º *supra* referido, a alínea a) do número 2 do mesmo artigo é expressa ao determinar que o regime de exclusão (diferimento) de tributação abrange quer potenciais mais-valias, como também os lucros da sociedade contribuidora.

Por outro lado, a definição de mais-valias expressa no número 1 do artigo 4.º da Diretiva abrange tanto as mais-valias, como as menos-valias¹⁵. Efetivamente, esse entendimento é confirmado pelo número 4 do mesmo artigo, quando impõe que a sociedade beneficiária passe a calcular *“...as novas amortizações e as mais-valias ou menos valias relativas aos elementos do ativo e do passivo transferido nas mesmas condições em que teriam podido fazê-lo a ou as sociedades contribuidoras...”*

Conforme referido no ponto 2.2.3, o acesso a este regime é condicionado ao cumprimento dos requisitos previstos no número 3 do artigo 4.º da Diretiva e a sua não atribuição não implica a exclusão automática da operação do regime de neutralidade fiscal – *Cfr.* número 5 do artigo 4.º da Diretiva.

¹²Lobo (2006: 47) recusa que o presente regime contemple um benefício fiscal, mas antes uma desoneração fiscal.

¹³Note-se que a versão original da Diretiva não contemplava a cisão parcial, apenas a cisão total.

¹⁴Pelo contrário, esta regra não se aplica à permuta de partes sociais, uma vez que não existe qualquer troca de ativos entre sociedades, apenas a permuta de partes sociais entre acionistas.

¹⁵Isto é, da mesma forma que as mais-valias, as menos-valias também não concorrerão para a formação do lucro tributável da sociedade contribuidora.

Na redação do regime inicial nacional (número 2 do então artigo 62.º do CIRC), seguia-se de perto a redação da diretiva, dando-se particular enfoque ao regime das mais e menos-valias.

Essa redação foi revista pelo Decreto-lei 221/2001, 21 de Agosto, que a aproximou da redação atualmente em vigor, tal como lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 159/2009, de 13 de Julho.

A redação do atual número 1 do artigo 74.º do CIRC, é a seguinte:

“Na determinação do lucro tributável das sociedades fundidas ou cindidas ou da sociedade contribuidora, no caso de entrada de ativos, não é considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais em consequência da fusão, cisão ou entrada de ativos, nem são considerados como rendimentos, nos termos do n.º 3 do artigo 28.º e do n.º 3 do artigo 35.º, os ajustamentos em inventários e as perdas por imparidade e outras correções de valor que respeitem a créditos, inventários e, bem assim, nos termos do n.º 4 do artigo 39.º, as provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transferência, aceites para efeitos fiscais, com exceção dos que respeitem a estabelecimentos estáveis situados fora do território português quando estes são objeto de transferência para entidades não residentes, desde que se trate de:

- a) Transferência efetuada por sociedade residente em território português e a sociedade beneficiária seja igualmente residente nesse território ou, sendo residente de um Estado membro da União Europeia, esses elementos sejam efetivamente afetos a um estabelecimento estável situado em território português dessa mesma sociedade e concorram para a determinação do lucro tributável imputável a esse estabelecimento estável;*
- b) Transferência para uma sociedade residente em território português de estabelecimento estável situado neste território de uma sociedade residente noutro Estado membro da União Europeia, verificando-se, em consequência dessa operação, a extinção do estabelecimento estável;*
- c) Transferência de estabelecimento estável situado em território português de uma sociedade residente noutro Estado membro da União Europeia para sociedade residente do mesmo ou noutro Estado membro, desde que os elementos patrimoniais afetos a esse estabelecimento continuem afetos a estabelecimento estável situado naquele território e concorram para a determinação do lucro que lhe seja imputável;*

d) Transferência de estabelecimentos estáveis situados no território de outros Estados membros da União Europeia realizada por sociedades residentes em território português em favor de sociedades residentes neste território.”

4.1.1. Operações internas

As operações internas de fusão, cisão e entradas de ativos são abrangidas pelo número 1 do artigo 74.º e pela primeira parte da alínea a) do mesmo número.

Não cabendo aqui fazer qualquer ressalva, dir-se-á que, cumpridos os requisitos previstos no artigo 73.º e as obrigações declarativas previstas no artigo 78.º, ambos do CIRC, as sociedades fundidas, cindidas ou contribuidoras poderão beneficiar do regime previsto neste número.

4.1.2. Operações transfronteiriças – o estabelecimento estável

4.1.2.1. O regime da diretiva

O artigo 10.º da Diretiva regulamenta a transferência de propriedade do estabelecimento estável da sociedade contribuidora, situado num Estado-membro distinto.

Nos termos do § 1 do número 1 do referido artigo, o Estado-membro de residência da sociedade contribuidora deverá renunciar a qualquer direito de tributar esse EE.

Sem prejuízo, nos termos do § 2 do número 1, o Estado-membro em questão poderá reintegrar, nos lucros tributáveis da sociedade contribuidora, os prejuízos anteriores do EE que, eventualmente, tenham sido deduzidos nos lucros tributáveis e que não tenham sido compensados.

Por outro lado, impõe-se, no § 3 do número 1, que o Estado-membro do EE, assim como o Estado-membro da sociedade beneficiária, deverão aplicar as regras do presente regime como se o Estado-membro do EE fosse o Estado-membro de residência da sociedade contribuidora.

Nos casos em que o Estado-membro da sociedade contribuidora aplique um regime de tributação dos lucros a nível mundial, permite-se que esse Estado-membro tribute quaisquer lucros ou mais-valias imputados ao EE e resultantes da fusão, cisão, cisão parcial, ou entrada de ativos, ficando obrigado a permitir a dedução de um valor correspondente à tributação que, na falta deste regime, teria sido aplicada sobre esses lucros ou mais-valias no Estado-membro onde se situa o EE – *Cfr.* número 2 do artigo 10 da Diretiva.

Tal como Pereira (1992: 4) verificava em 1992, é notória a preocupação da Diretiva em assegurar os direitos de tributação dos Estados-membros da sociedade contribuidora ou adquirida – ainda que numa segunda fase – através da imposição da permanência dos bens nesse Estado-membro, afetando-os a um EE aí constituído.

4.1.2.2. Legislação nacional

No caso da sociedade contribuidora ser residente em território nacional e a beneficiária residente em território de outro Estado-membro, a legislação nacional¹⁶ impõe, na segunda parte da alínea a) do número 1 do artigo 74.º do CIRC, a constituição de um EE da sociedade beneficiária em território nacional, para que a operação possa beneficiar do regime. A figura *infra* retrata a operação referida:

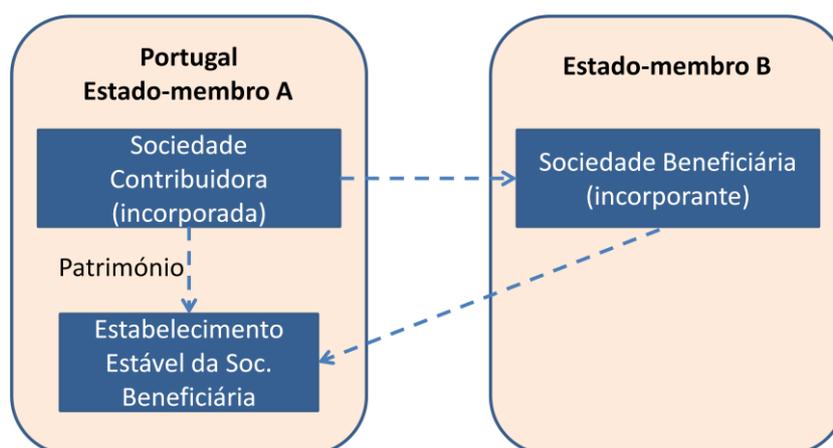


Figura 2: Constituição de estabelecimento estável em Portugal

¹⁶ ,Em linha com a alínea b) do número 2 do artigo 4.º da Diretiva - v.g. ponto2.2.2, *supra*.

No caso em que a sociedade contribuidora seja uma sociedade não residente, com EE em Portugal e a sociedade beneficiária seja residente em território nacional, a legislação nacional impõe a extinção do EE para que se possa beneficiar do regime – *Cfr.* a alínea b) do número 1 do artigo 74.º do CIRC. A figura *infra* retrata a operação referida:

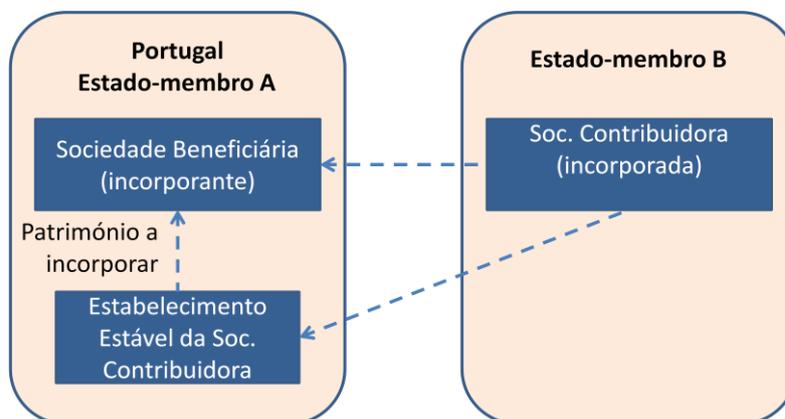


Figura 3: Incorporação de estabelecimento estável por sociedade beneficiária residente

No caso de uma operação em que o único elemento de conexão com o território nacional seja um EE e este seja transmitido na sequência da operação de fusão, cisão, ou entrada de ativos, impõe-se que os elementos detidos continuem afetos ao mesmo EE e concorram para a determinação do lucro tributável que lhe seja imputável – *Cfr.* a alínea c) do número 1 do artigo 74.º do CIRC. As sociedades contribuidora e beneficiária poderão ser de Estados-membros distintos ou do mesmo Estado-membro. A figura *infra* retrata a operação referida:

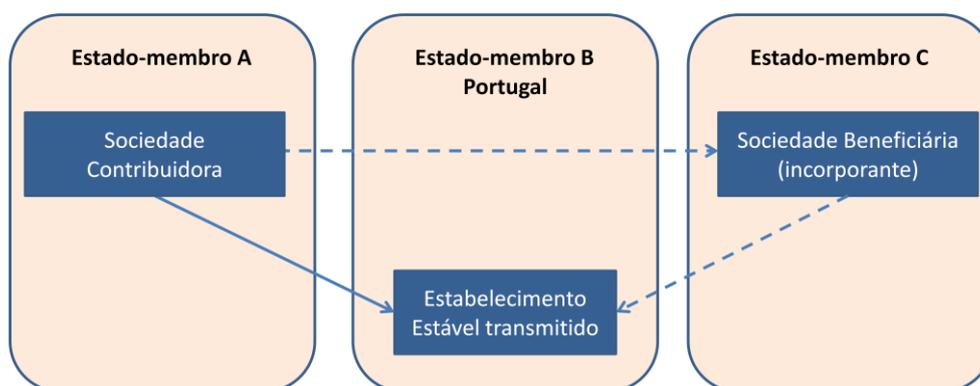


Figura 4: Transmissão de estabelecimento estável entre duas sociedades de outros Estados-membros

O regime é, igualmente, aplicável à transmissão de um EE sito noutra Estado-membro, entre duas sociedades residentes em território nacional – *Cfr.* alínea d) do número 1 do artigo 74.º do CIRC. A figura *infra* retrata a operação referida:

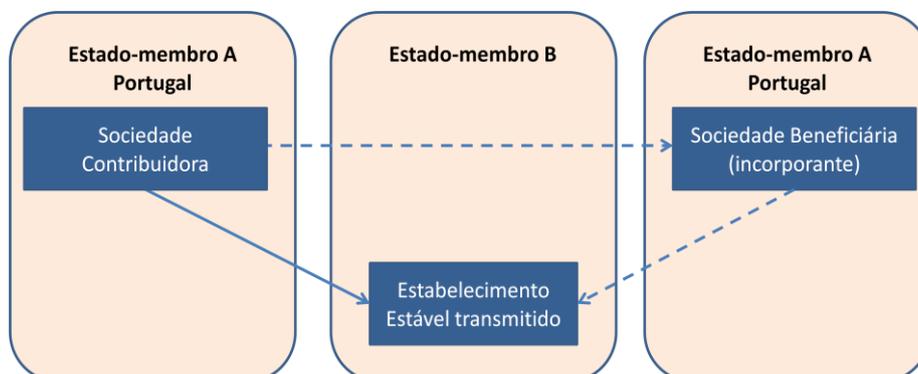


Figura 5: Transmissão de estabelecimento estável entre duas sociedades residentes em território nacional

O regime *supra* referido não será aplicável às operações de fusão, cisão ou entrada de ativos em que a sociedade contribuidora é residente em território nacional e transmite, na sequência da operação, um EE que detém noutra Estado-membro para uma sociedade beneficiária residente noutra Estado-membro – *Cfr.* parte final do número 1 do artigo 74.º do CIRC.

Nesse caso, estipula o número 2 do artigo 74.º do CIRC que o regime não será aplicável em relação à transmissão do EE, mas a sociedade residente poderá deduzir o imposto que, na falta da Diretiva, seria aplicável no Estado em que o mesmo está situado. Note-se que esta disposição está em linha com o número 2 do artigo 10 da Diretiva, como referido no ponto anterior. A figura *infra* retrata a operação referida:

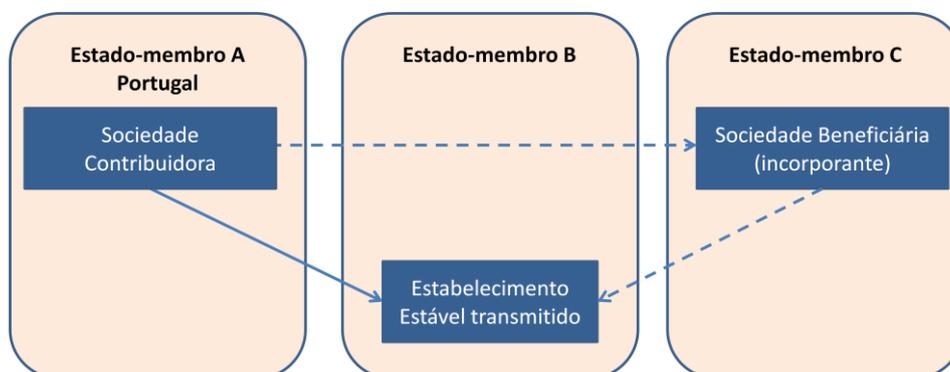


Figura 6: Transmissão de estabelecimento estável de uma sociedade residente para uma sociedade residente noutra Estado-membro.

4.1.3. Sociedades contribuidoras/adquiridas transparentes

Situação particular é aquela em que a sociedade contribuidora é considerada transparente por alguns Estados-membros, colocando-se a questão de saber se os sócios dessa sociedade poderão ser tributados no seu estado de residência. A figura *infra* retrata a operação referida:

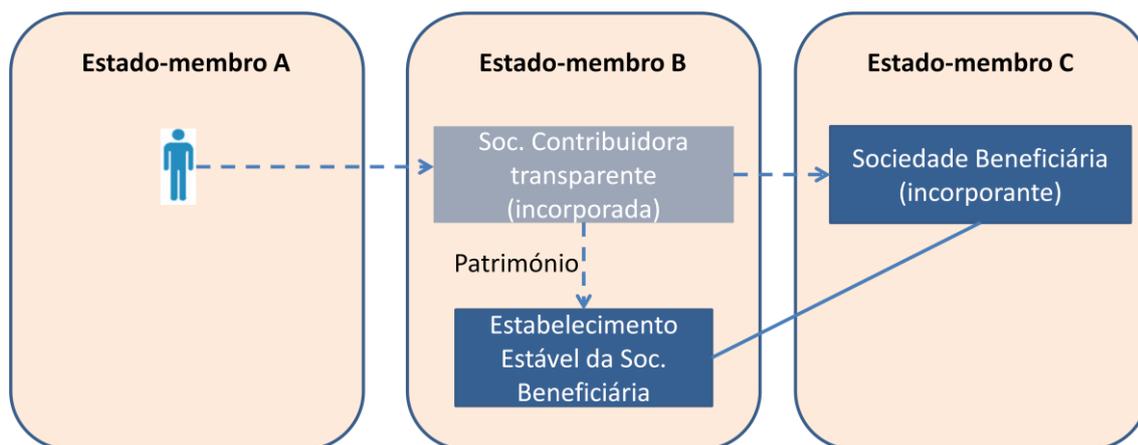


Figura 7: Sociedade contribuidora transparente, com sócio residente noutro EM

Sobre o conceito e regime de transparência fiscal na legislação nacional, veja-se Nabais (2006: 560-562).

Nos termos do número 3 do artigo 4.º da Diretiva, sempre que um Estado-membro considere que a sociedade contribuidora não residente é uma sociedade transparente à luz da legislação onde foi constituída e que, nesse caso, tribute os sócios pela sua parte nos lucros da sociedade contribuidora, à medida e quando estes são obtidos, o referido Estado-membro não tributará quaisquer rendimentos, lucros ou mais-valias determinados com base na diferença entre o valor real do ativo e do passivo transferidos e do respetivo valor fiscal.

Contudo, como alerta Brandão (2009: 61), esta norma deverá ser interpretada conjuntamente com os números 1 e 2 do artigo 11.º da Diretiva, que permitem ao Estado-membro naquelas condições não aplicar o regime e tributar o sócio direto ou indireto da sociedade, em relação aos rendimentos, lucros ou às mais-valias.

Caso tal suceda, esse Estado-membro terá que aceitar a dedução do imposto que, se não fosse a adoção deste regime, teria sido aplicada aos rendimentos, lucros e mais-valias da sociedade fiscalmente transparente, como se o referido imposto tivesse sido cobrado e pago. Isto é, o Estado-membro de residência do sócio terá que atribuir um crédito de imposto de valor idêntico ao imposto que a sociedade contribuidora (dita transparente) pagaria no seu estado de residência caso fosse tributada pela operação de reestruturação.

Note-se que o crédito de imposto *supra* referido dirá respeito a um imposto suportado virtualmente e não a um imposto efetivamente pago¹⁷.

Situação semelhante poderá colocar-se numa operação de permuta de partes sociais, em que a sociedade adquirida é considerada transparente pelo Estado-membro de residência dos sócios.

Nos termos dos *supra* citados número 1 do artigo 11.º da Diretiva, “*Sempre que um Estado-Membro considere que uma sociedade contribuidora ou adquirida não residente é fiscalmente transparente, (...), tem o direito de não aplicar a presente directiva ao tributar um sócio directo ou indirecto da sociedade em relação ao rendimento, aos lucros ou às mais-valias dessa sociedade.*”

Brandão (2009: 64) interpreta esta norma como uma limitação aos números 1 e 4 do artigo 8.º da Diretiva – normas que excluem de tributação os rendimentos (mais-valias ou lucros) auferidos pelos sócios aquando da troca de participações sociais.

Não podemos concordar com tal interpretação. De facto, enquanto o artigo 8.º se reporta aos rendimentos auferidos pelo sócio na permuta de partes sociais (excluindo-os de tributação), o número 1 do artigo 11.º reporta-se aos rendimentos auferidos pela sociedade adquirida.

¹⁷ Devido a esse facto, divergimos de Brandão (2009: 63), quando esta afirma que esta situação poderá gerar “...questões de dupla tributação, se o imposto aplicado no Estado-membro da entidade transparente não for um imposto aplicado ao sócio – na medida em que o Estado-membro da residência deste último pode recusar o crédito com o argumento de que o imposto não é pago por aquele.”

Efetivamente, depreende-se da redação do número 2 do artigo 11.º da Diretiva que se contempla a hipótese do Estado-membro de residência da sociedade contribuidora tributar esta entidade autonomamente. Contudo, o próprio normativo dispõe que o Estado-membro de residência dos sócios deverá, nesse caso, permitir a dedução do imposto que seria (hipoteticamente) suportado pela sociedade transparente no Estado-membro de residência, caso não fosse aplicado o regime da Diretiva.

Pese embora interessantes, estas questões conhecem pouca relevância em sede de legislação nacional, uma vez que os regimes excecionais *supra* referidos não foram transpostos para a legislação nacional.

4.2. Na esfera das sociedades beneficiárias ou adquirentes

Quanto a este ponto, a única referência expressa às sociedades beneficiárias, encontra-se prevista no número 1 do artigo 7.º da Diretiva e no número 6 do artigo 74.º do CIRC: no caso de uma operação de fusão em que uma sociedade é assimilada pela sociedade que detém a totalidade do seu capital social (fusão “*upstream*”), a mais-valia gerada pela anulação das participações sociais detidas não dará origem a qualquer tributação.

4.2.1. Sociedades transparentes

Situação peculiar é aquela em que os sócios da sociedade contribuidora ou adquirida passam a sócios de uma sociedade beneficiária ou adquirente transparente.

Nos termos do número 3 do artigo 11.º da Diretiva, sempre que um Estado-membro considere que uma sociedade beneficiária ou adquirente não residente é fiscalmente transparente, ao abrigo da legislação onde foi constituída e face às características jurídicas da referida sociedade, esse Estado-membro poderá tributar os sócios da sociedade contribuidora ou adquirida, contrariamente ao que resultaria dos números 1 a 3 do artigo 8.º da Diretiva.

Pelo contrário, o número 4 do artigo 11.º da Diretiva também permite que os Estados-membros que considerem que a sociedade beneficiária é fiscalmente transparente, ao abrigo da legislação do país onde foi constituída e face às características jurídicas da referida sociedade, possam aplicar a qualquer sócio direto ou indireto o mesmo tratamento, para efeitos fiscais, que se aplicaria se a sociedade beneficiária fosse residente nesse Estado-membro.

O Código do IRC optou por não transpor esta parte da diretiva, aplicando-se as regras gerais *supra* expostas.

4.3. Na esfera dos detentores das participações sociais

Em caso de fusão, cisão, cisão parcial ou permuta de partes sociais, a atribuição de participações sociais da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital detido, não deve, por si só, implicar a tributação sobre o rendimento, lucros ou mais-valias do referido sócio – *Cfr.* os números 1 e 2 do artigo 8.º da Diretiva e artigos 76.º e 77.º do CIRC.

Este regime é igualmente aplicado aos sócios que, com base na legislação do Estado-membro de residência devam ser considerados como fiscalmente transparente – *Cfr.* número 3 do artigo 8.º da Diretiva.

De referir que, caso um sócio opte por não registar as novas participações sociais pelo valor das participações permutadas, não poderá beneficiar do regime de neutralidade fiscal previsto nos números 1 a 3 do artigo 8.º da Diretiva e nos termos dos números 1 dos artigos 76.º e 77.º do CIRC e número 8 do artigo 10.º do CIRS – isto é, não beneficiará da dispensa de tributação da permuta de participações sociais prevista para os sócios¹⁸.

Em qualquer dos casos, os sócios serão tributados relativamente às quantias em dinheiro que lhes venham a ser atribuídas.

De referir que, nos termos da alínea b) do número 2 do artigo 77.º (regime especial aplicável à permuta de partes sociais), o regime também se aplica a entidade residentes em Estados que não sejam Estados-membros, quando os títulos recebidos sejam representativos do capital social de uma sociedade residente em território português.

Uma especial referência, neste caso, à saída de território nacional de uma pessoa singular detentora de participações sociais que tenha beneficiado do regime *supra* referido:

¹⁸ Note-se que esta cláusula de salvaguarda permite concluir que os vários benefícios do regime são destacáveis. Neste caso, o incumprimento das obrigações de registo das novas partes sociais pelo valor das antigas não levará à exclusão de todos os benefícios do regime, mas apenas à cessação dos benefícios que seriam atribuídos ao respetivo sócio.

Tal facto fará cessar o diferimento de tributação na sua esfera, passando a haver lugar à tributação, em sede de mais-valias, da diferença entre o valor real (sic) das partes sociais recebidas e o valor de aquisição das antigas, nos termos do CIRS.

5. Operações de Concentração: Fusões

Em termos societários, o CSC prevê três tipos de operações de fusão, nos seus artigos 118.º e seguintes:

- a) Fusão por incorporação, em que a operação se realiza 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;
- b) Fusão por constituição de nova sociedade, em que a operação se realiza mediante a transferência global do património das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, ações ou quotas da nova sociedade;
- c) Incorporação de sociedade totalmente pertencente a outra, operação mediante a qual a sociedade incorporada pela sociedade que detém a totalidade das suas participações sociais, dispensando-se a obrigação de troca de participações sociais.

5.1. – Operações neutras

As operações de fusão são a primeira forma de reestruturação societária abordada pela Diretiva (alínea a) do artigo 2.º) e pelo Código do IRC (número 1 do artigo 73.º).

Após a unificação do regime, através do Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto, o Código do IRC passou a reproduzir a norma comunitária, salvo pequenas diferenças de redação que não alteram o seu conteúdo. Passamos a analisá-los.

5.1.1. – Fusão por constituição de uma nova sociedade

A fusão por constituição de uma nova sociedade é a operação pela qual duas ou mais sociedades dissolvidas (fundidas, na aceção do CIRC) transmitem a totalidade do seu ativo e passivo para uma nova sociedade (sociedade beneficiária), mediante a atribuição de

participações sociais da sociedade incorporante aos sócios das sociedades incorporadas e de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, 10% do seu valor contabilístico.

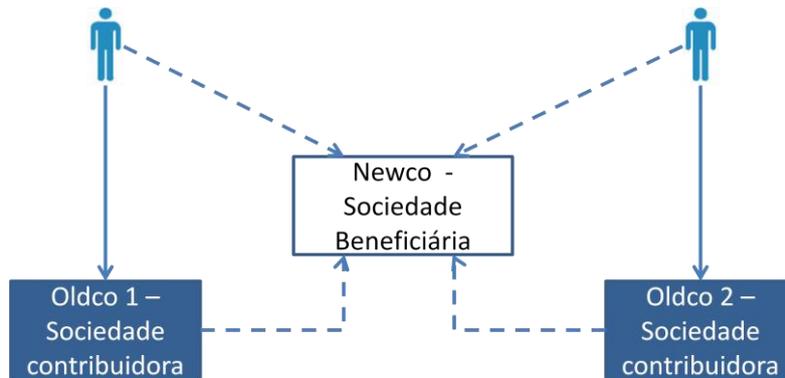


Figura 8: Fusão por constituição de nova sociedade

5.1.2. – Fusão por incorporação

Fusão por incorporação é a operação através da qual uma ou mais sociedades dissolvidas (sociedades incorporadas) transmitem a totalidade do seu ativo e passivo para a uma outra sociedade, já existente, a sociedade incorporante, mediante a atribuição de participações sociais da sociedade incorporante aos sócios das sociedades incorporadas e de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, 10% do seu valor contabilístico. E

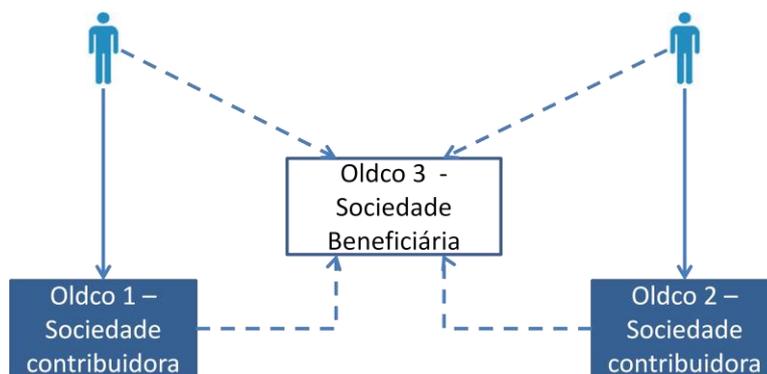


Figura 9: Fusão por incorporação

5.1.3. – Fusão por incorporação na sociedade mãe

Fusão por incorporação na sociedade mãe, através da qual uma sociedade dissolvida transmite a totalidade do seu ativo e passivo para a sociedade que detém a totalidade das suas partes de capital.

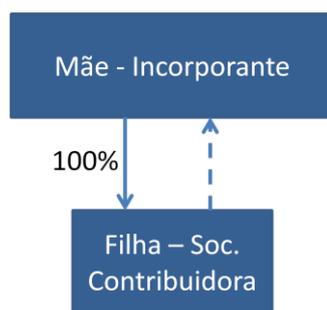


Figura 10: Fusão por incorporação mãe-filha

5.2. Obrigações de registo / determinação do lucro tributável

Como requisitos adicionais de acesso ao regime de neutralidade fiscal, impõe-se aos participantes da operação as seguintes obrigações:

5.2.1. – Sociedade beneficiária – números 3 e 4 do artigo 74.º do CIRC

A sociedade beneficiária deverá manter, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas antes da realização da operação de fusão.

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.

Note-se que a versão original da norma nacional, a então alínea b) do número 1 do artigo 62.º do CIRC, impunha que aquele registo (valor das participações sociais recebidas) deveria ser feito na contabilidade e não apenas para efeitos fiscais¹⁹. Essa obrigação foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho.²⁰

5.2.2. – Sócios

Para que os sócios possam beneficiar do regime de neutralidade fiscal, estes deverão registar as participações recebidas das sociedades beneficiárias, para efeitos fiscais, pelo valor que tinham as partes de capital entregues. – *Cfr.* número 1 do artigo 76.º do CIRC.

Nota-se que, em linha com a Diretiva e como já referido acima, os sócios serão tributados pelas importâncias em dinheiro que venham a receber, como contrapartida da operação.

Tal como sucedeu em relação às sociedades beneficiárias dos ativos, a redação originária da norma também impunha a identidade contabilística até às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho.

Por outro lado, realce-se que nem a Diretiva nem a legislação nacional impõem um período de detenção mínimo das participações sociais recebidas.

Face às redações iniciais do regime de neutralidade, que dispunham que não haveria lugar ao apuramento de mais-valias ou menos valias respeitantes às partes de capital social recebidas em contrapartida da entrada de ativos, Freitas Pereira inferia que “...o legislador teve em conta que essas participações devem ser inscritas no imobilizado, o que pressupõe uma certa permanência das mesmas no ativo da sociedade transmitente ou contribuidora.” (Pereira, 1994: 93).

¹⁹ Nesse sentido, sobre a obrigatoriedade de identidade contabilística, veja-se Freitas Pereira (Pereira, 1994: 88).

²⁰ Curiosamente, menos de 1 ano antes, a 11 de Dezembro de 2008 o TJUE tinha-se pronunciado no acórdão A.T. contra uma norma similar alemã que impunha a “*dupla correspondência contabilística*” – *Cfr.* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2008). Estava em causa uma operação de permuta transfronteiriça de participações sociais, em que a sociedade detentora das participações sociais transmitidas se encontrava sediada na Alemanha e a sociedade adquirente em França. Na operação, a sociedade adquirente registou as participações sociais adquiridas pelo seu valor venal e não pelo seu valor contabilístico. Esse facto foi suficiente para que o Estado Alemão recusa-se o acesso ao regime de neutralidade fiscal. O TJUE pronunciou-se no sentido que tal disposição violava os números 1 e 2 do artigo 8.º da Diretiva.

Com a reforma de 2001, essa expressão foi substituída por uma mais lata.

A partir dessa data passou a dispor-se que não seriam tidos em conta quaisquer resultados da operação, no que toca à sociedade contribuidora (o então artigo 1 do artigo 68.º do CIRC), e que não seriam considerados quaisquer ganhos ou perdas, no que toca aos sócios.

Ainda a propósito deste tema, diga-se que o TJUE já se pronunciou no acórdão Leur-Bloem sobre uma disposição neerlandesa que impunha uma “*reunião douradora de atividades económicas*” numa operação de permuta de participações sociais (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995). Entendeu o TJUE que tal disposição era contrária à definição da Diretiva sobre permuta de participações sociais e que, por outro lado, pese embora tal regra pudesse ser enquadrada no âmbito da transposição da cláusula anti-abuso da diretiva, a aplicação da mesma de forma automática também era proibida, impondo-se antes que cada operação fosse individualmente analisada.

Creemos que as conclusões do acórdão Leur-Bloem se aplicam com toda a propriedade quanto à questão do período mínimo de detenção das participações sociais na esfera dos sócios ou das sociedades contribuidoras. Efetivamente, a imposição de um período mínimo de detenção das detenções sociais seria visto como contrário às definições da diretiva comunitária relativamente aos quatro tipos de operações aí previstos e, por outro lado, também seria visto como contrário à norma anti-abuso.

Por outro lado, tal como responde Terra (2008: 539), não faz sentido impor a detenção por qualquer período mínimo, uma vez que a sua venda implicará apenas a tributação que se pretendia diferir.

5.3. Consequências da falta de neutralidade

Excedendo-se os requisitos impostos pela Diretiva ou pelo CIRC (no caso das operações internas), torna-se claro que a operação de fusão gerará tributação a três níveis:

- Ao nível dos sócios, pela tributação da permuta das participações sociais das sociedades contribuidoras pelas participações sociais da sociedade beneficiária – que

tanto poderá ser sujeita ao regime das mais-valias, quanto tributada enquanto mero proveito do período de tributação;

- Ao nível das sociedades contribuidoras, pela tributação do património global transmitido, pelos ajustamentos em inventários e as 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, 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. – *Cfr.* art. 76.º, n.º 6 do CIRC e numero 1 do artigo 7.º da Diretiva.

Ainda relativamente à sociedade beneficiária, tenha-se em consideração o entendimento da Direção de Serviços do IRC, vertido numa resposta de 26 de Março de 2007²¹ a um pedido de informação vinculativa formulado por um contribuinte referente a uma operação de cisão-fusão entre sociedades detidas pelo mesmo sócio e no qual não haveria lugar à distribuição de novas participações sociais, no qual para além das correções *supra* referidas, se entendeu que as sociedades beneficiárias teriam registado uma variação patrimonial positiva que concorria para a formação do lucro tributável.

5.4. Situações controvertidas

5.4.1. Fusão inversa

Questão que tem suscitado algumas dúvidas na doutrina é a de saber se a operação de fusão em que uma sociedade é incorporada por uma sociedade subsidiária que detém a 100% (fusão invertida), poderá beneficiar do regime de neutralidade fiscal.

²¹ Descrito no acórdão do STA, datado de 20 de Dezembro de 2011, Processo 0865/11 e em que foi Relator o Conselheiro Valente Torção (Supremo Tribunal Administrativo, 2011).

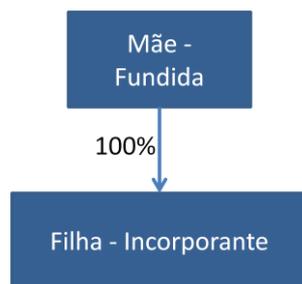


Figura 11: Fusão por incorporação filha-mãe

A doutrina administrativa fiscal, conhecida através das fichas doutrinárias, referentes aos processos n.º 3127/2003 (Autoridade Tributária e Aduaneira, 2003) e 320/2004 (Autoridade Tributária e Aduaneira, 2004), bem como do Parecer do Centro de Estudos Fiscais (CEF) n.º 45/2004 tem vindo a manifestar o entendimento de que este tipo de operações não pode beneficiar do regime de neutralidade fiscal previsto na legislação nacional, uma vez que aí não se encontra expressamente tipificada.

Fundamenta-se, assim, o despacho referente ao processo n.º 3127/2003, *supra* referido:

“O legislador regulou especificamente o caso da fusão directa, na alínea c) do nº 1 do artigo 67º do Código do IRC, em que a sociedade mãe incorpora a sociedade controlada, detida a 100% e em que se limita a anular a participação detida.

Porém, para uma operação de fusão em que a sociedade incorporante é totalmente detida pela sociedade incorporada, já não se encontra qualquer previsão ou regulação específica.

(...)

O facto de não se encontrar uma regulação específica para a fusão inversa afasta estas operações do regime especial previsto nos artigos 67º e seguintes do CIRC, uma vez que não se reconduz às definições legais taxativas presentes no nº 1 do artigo 67º do mesmo diploma.”

Sanches (2008: 7), por sua vez, manifestou opinião contrária, criticando duramente a posição assumida pelo CEF no referido parecer.

Em seu entendimento, *“a fusão por incorporação de uma sociedade participante numa sociedade participada é abrangida pelo regime de neutralidade fiscal, uma vez que se trata de uma operação descrita no artigo 67.º, n.º 1, al. a) do Código do IRC [atual artigo 73.º do CIRC], ou seja, da “transferência global do património de uma (...) sociedade (sociedade fundida)” – sociedade A – “para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária)” – sociedade B – “e a atribuição aos sócios daquela” – Sociedade S – de partes representativas*

do capital social da beneficiária” – partes da sociedade B. Ora, não havendo no nosso ordenamento jurídico, ou no ordenamento comunitário, qualquer norma que excepcione o efeito de neutralidade da fusão, este efeito não pode ser negado na operação descrita, sob pena de ilegalidade da liquidação que daí resultar.” (Sanches, 2008: 8) – parêntesis retos nossos.

Efetivamente cremos que assiste razão ao Professor Saldanha Sanches quanto a esta querela.

A posição do CEF *supra* descrita ancora-se no facto de a fusão “*upstream*” se reconduzir a uma norma de incidência especificamente prevista na alínea c) do número 1 do artigo 73.º do CIRC²², contrariamente à fusão “*downstream*” (fusão inversa), que não se encontra especialmente prevista.

Contudo, o CEF pareceu ignorar naquele parecer que a fusão “*downstream*” sempre seria subsumível à alínea a) do número 1 do artigo 73.º do CIRC, assim como ao ponto i) da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva, não precisando de uma norma especial para ser enquadrada no regime de neutralidade fiscal.

Efetivamente, como o Professor Saldanha Sanches demonstra, no artigo *supra* citado, o legislador sentiu a necessidade de tipificar a fusão “*upstream*” no âmbito das operações de fusão passíveis de beneficiar do regime de neutralidade fiscal, por mero receio de que uma interpretação mais literal do regime levasse a excluir este tipo de fusões do regime de neutralidade fiscal: “... *um tal grau de especificação, nas mãos ou cabeças de juristas mais formalistas, poderia conduzir a uma exclusão absurda, em total contradição com a política que a Directiva vinha concretizar.*” (Sanches, 2008: 17)

Repare-se que tanto a redação do ponto i) da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva, como a alínea a) do número 1 do artigo 73.º do CIRC, prevêm a “...*atribuição aos respectivos sócios [da fundida] de títulos representativos do capital da outra sociedade [sociedade beneficiária]*”. Ora, numa fusão “*upstream*”, cumulando a sociedade beneficiária igualmente a posição de sócia da sociedade fundida, não haverá atribuição de novas participações – *Cfr.* número 3 do artigo 104.º do Código das Sociedade Comerciais (adiante CSC). As participações da

²² e ponto iii) da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva

sociedade fundida são, pura e simplesmente, extintas com a fusão da sociedade filha na sociedade mãe.

Assim, com o propósito de esclarecer que as fusões “*upstream*” também seriam enquadráveis no regime de neutralidade fiscal, o legislador comunitário tipificou-as expressamente no regime, dispensando a exigência de atribuição de novas participações sociais aos sócios da fundida.

Não obstante, tal não significa que seja necessário – ou fosse intenção do legislador – tipificar todas as operações de fusão passíveis de beneficiar do regime.

Com efeito, bastaria uma mera *interpretação declarativa*²³ da alínea a) do número 1 do artigo 73.º do CIRC para aí subsumir a fusão inversa.

Para que a operação de fusão beneficie do regime de neutralidade fiscal, bastará que se subsuma a uma das alíneas genéricas – como sucede no caso das fusões inversas que se subsume no ponto i) da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva e na alínea a) do número 1 do artigo 73.º do CIRC.

5.4.2. Fusão em que as sociedades contribuidora e beneficiária são detidas pelo mesmo sócio

Questão igualmente controversa é a de saber se, numa operação em que a sociedade contribuidora e a sociedade beneficiária são detidas na totalidade pelo mesmo sócio, haverá necessidade de emitir novas participações sociais (da sociedade beneficiária) a favor desse sócio, aquando de uma operação de fusão simples ou cisão-fusão. A figura *infra* ilustra a operação em causa:

²³ Segundo Machado (1987) interpretação declarativa é aquela em que “...o intérprete limita-se a eleger um dos sentidos que o texto directa e claramente comporta, por ser esse aquele que corresponde ao pensamento legislativo.”.

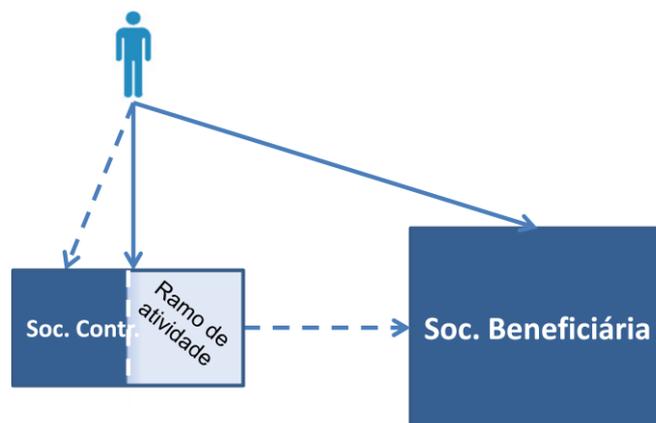


Figura 12: Operação cisão-fusão entre sociedades detidas pelo mesmo titular

Repare-se que, neste cenário, caso não haja emissão de novas participações sociais, a operação não pode ser enquadrada (numa primeira leitura) na figura de fusão por incorporação e, por outro lado, a operação também não se enquadra numa fusão *upstream* (mãe-filha), onde se dispensa a emissão de participações sociais.

A AT já teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão na ficha doutrinária preparada na sequência da resposta ao pedido de informação vinculativa no âmbito do processo n.º 319/2004, emitida através do despacho n.º 36/2005 –XVI do SEAF, de 13/01 (Autoridade Tributária e Aduaneira, 2004).

Segundo a AT, “...é pressuposto básico da configuração da fusão enquanto operação susceptível de qualificação para efeitos do regime especial constante dos artigos 67º e seguintes do CIRC a atribuição de partes, acções ou quotas aos sócios da sociedade a incorporar, portanto, só em presença de uma fusão por incorporação com esta configuração legal é que pode ter lugar a aplicação do regime respectivo.

Mesmo estando perante uma incorporada em que o respectivo sócio, titular da totalidade do capital social, é o único sócio da incorporante, a lei não deixa ao arbítrio do sócio decidir se realiza ou não o aumento de capital, mas antes impõe que o mesmo se verifique para atribuição das participações necessárias.

O capital social, representa um elemento que releva não estritamente para os sócios, mas para terceiros, pelo que a lei impõe a necessidade, nestes casos, de estabelecer um aumento de capital para atribuição, em contrapartida do património líquido das incorporadas, de participações representativas do capital da incorporante.”

Em sentido contrário, pese embora referente a uma operação de cisão-fusão em que a sociedade contribuidora e a sociedade beneficiária eram detidas, exclusivamente, pelo mesmo sócio, pronunciou-se recentemente o STA, através do acórdão datado de 20 de Dezembro de 2011, no âmbito do processo n.º 0865/11 e em que foi Relator o Conselheiro Valente Torrão (Supremo Tribunal Administrativo, 2011)²⁴.

Considerando que a AT, por sua vez, também já se tinha pronunciado anteriormente sobre a mesma operação e que, nos dois casos (fusão por integração e cisão-fusão por integração) está em causa, exclusivamente, a não atribuição de participações sociais ao sócio único, deixaremos a análise desta questão para o ponto 6.4.1. *infra*.

6. Operações de desconcentração: cisões

Em termos societários, o CSC regula (“*permite*” é a expressão usada pelo código) a cisão, no número 1 do seu artigo 118.º, em três modalidades distintas:

- a) Cisão-simples: em que uma sociedade destaca parte do seu património para com ela constituir nova sociedade;
- b) Cisão-dissolução: em que uma sociedade se dissolve, dividindo o seu património, sendo cada uma das partes resultantes destinada a constituir uma nova sociedade;
- c) Cisão-fusão: em que uma sociedade destaca partes do seu património ou dissolve-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou com partes do património de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade.

No caso de cisão total (que ocorre quando haja a dissolução da cindida), haverá uma transmissão do património da cindida a título universal – *Cfr.* artigo 126.º do CSC e (Ventura, 1990), página 366.

No caso de cisão parcial (que ocorre nas situações em que a sociedade cindida não é dissolvida), o artigo 124.º do CSC prevê que só podem ser destacados os seguintes elementos:

²⁴ No acórdão discutia-se uma operação de cisão-fusão, em que tanto a sociedade contribuidora como a sociedade beneficiária eram detidas pelo mesmo sócio.

- a) Participações noutras sociedades, quer constituam a totalidade quer parte das possuídas pela sociedade a cindir, para a formação de nova sociedade cujo exclusivo objeto consista na gestão de participações sociais;
- b) Bens que, no património da sociedade a cindir, estejam agrupados de modo a formarem uma unidade económica. Neste caso, poderão ser atribuídas à nova sociedade as dívidas que economicamente se relacionem com a constituição ou funcionamento da unidade aí referida.

6.1. – Operações neutras

As operações de cisão são a segunda forma de reestruturação societária abordadas pela Diretiva [alíneas b) e c) do artigo 2.º] e pelo Código do IRC (número 2 do artigo 73.º).

Contrariamente às fusões, no caso das cisões, o Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto, antecipou a alteração do regime comunitário (que viria a ser aprovada pela Diretiva 2005/19/CE, de 17 de Fevereiro de 2005), prevendo não só as operações de cisão-dissolução, como também as operações de cisão-parcial²⁵.

Restará saber se este Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto, reduziu o escopo da norma anterior, cuja redação provinha do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro e que se limitava a referir operações de cisão, remetendo assim para o regime substantivo previsto no CSC.

A esse propósito, escrevia Pereira (1992: 5) em 1992, em particular no que respeita às operações de cisão previstas na Diretiva original: *“No entanto, trata-se sempre da chamada cisão total, não se abrangendo a chamada cisão parcial, que é admitida pela legislação portuguesa [cf. artigo 118.º, n.º 1, alínea a) do CSC]”*²⁶.

²⁵ Note-se que, pese embora a alínea a) não fizesse referência à dissolução da sociedade cindida, esta alínea também não fazia referência à sua manutenção. A expressão “...mantendo pelo menos um dos seus ramos de actividade...” foi incluída na *supra* referida alínea a) pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (OE 2007).

²⁶ Em sentido semelhante, *Cfr.* (Leitão, 1993).

Como se mencionou acima, os dois diplomas preveem, neste momento, de forma similar, duas formas de cisão, passando a reproduzir-se a redação da norma nacional e assinalando as diferenças face à norma comunitária.

6.1.1. – Cisão-dissolução

A cisão-dissolução é a operação através da qual a sociedade contribuidora é dissolvida e o seu património é dividido em duas ou mais partes, sendo cada uma delas destinada a constituir uma nova sociedade (sociedade beneficiária) ou a ser fundida com sociedade já existente 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 lhe forem atribuídas.

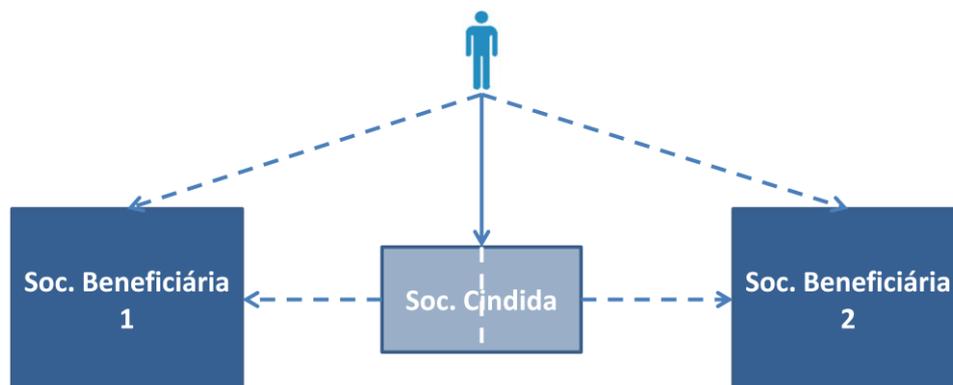


Figura 13: Cisão-dissolução

Quando comparada com a redação da diretiva, sobressaem os seguintes aspetos:

- Fusão com outros patrimónios igualmente destacados

A redação da norma nacional prevê expressamente a constituição de novas sociedades juntamente com patrimónios separados de outras sociedades por idênticos processos e com igual finalidade.

Trata-se de uma inovação face à redação da norma comunitária equivalente, mas que, por outro lado, mantém a redação do CIRC em linha com as disposições do CSC, que preveem tal possibilidade.

- Proporcionalidade na distribuição de novas participações sociais

Na redação da Diretiva, exige-se que a atribuição de participações sociais da nova sociedade seja feita de forma proporcional. Não obstante, tal obrigação não consta da redação da norma nacional.

Face à redação da Diretiva, é nítida a vontade do legislador comunitário em desenvolver uma norma que pretenda, sobretudo, a proteção dos acionistas minoritários.

Contudo, a adaptação da norma comunitária à legislação interna poderá ter sido influenciada pelo artigo 127.º do CSC, referente à distribuição de participações sociais da nova sociedade em caso de cisão. Nesse artigo, prevê-se que a distribuição seja proporcional, salvo acordo em contrário dos participantes.

Assim, parece-nos ajustada a transposição da norma comunitária para a legislação interna, não se deixando “contaminar” a norma fiscal por regras contrárias à nossa legislação societária.

6.1.2. – Cisão parcial

A cisão parcial é a operação através da qual a sociedade contribuidora 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, 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 lhe forem atribuídas.

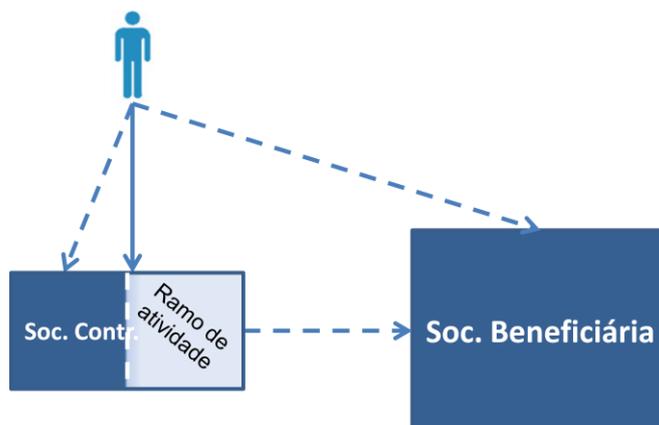


Figura 14: Cisão parcial

Quando comparada com a redação da Diretiva, sobressaem os seguintes aspetos:

- Proporcionalidade na distribuição de novas participações sociais

Remetemos para os nossos comentários efetuados no ponto anterior.

Por outro lado, quando comparada com a redação da operação de cisão-dissolução, sobressaem os seguintes aspetos:

- Ramo de atividade

Contrariamente às operações de cisão-dissolução, em que se permitia o mero destaque de património, nas operações de cisão-parcial, exige-se o destaque de um *ramo de atividade*, isto é, um conjunto de elementos que constituam uma unidade económica autónoma. Veremos esta definição em pormenor no ponto seguinte.

- União com partes de património destacadas de outras sociedades

Contrariamente às operações de cisão-dissolução, a presente norma não permite a união do património destacado (agora “*ramo de atividade*”) com outro património idêntico, por forma a constituir uma nova sociedade.

Tal situação poderá justificar-se pelo facto do património agora destacado dever constituir, por si só, uma unidade económica autónoma, contrariamente às situações de cisão-dissolução, em que o património destacado poderá não ser suficiente para criar uma unidade económica autónoma.

6.1.3. – Ramo de atividade

Remete-se para a análise efetuada no ponto 7.1.1

6.2. Obrigações de registo / determinação do lucro tributável

Como requisitos adicionais de acesso ao regime de neutralidade fiscal, impõe-se aos participantes da operação as seguintes obrigações:

6.2.1. – Sociedade beneficiária – números 3 e 4 do artigo 74.º do CIRC

Remete-se, com as devidas adaptações, para o que foi dito no ponto 5.2.1

6.2.2. – Sócios

Para que os sócios possam beneficiar do regime de neutralidade fiscal, estes deverão, para efeitos fiscais, repartir o valor das antigas participações sociais, pelas partes de capital que continuem a deter na sociedade cindida e pelas partes de capital recebidas da sociedade beneficiária, com base na proporção entre o valor dos bens destacados para cada uma das sociedades beneficiárias e o valor do património da sociedade cindida – *Cfr.* número 3 do artigo 76.º do CIRC.

Caso se trate de uma operação de cisão-dissolução, a repartição do valor das anteriores participações sociais deverá ser feita, exclusivamente, pelas partes de capital recebidas das sociedades beneficiárias.

Note-se que esta disposição está em linha com o número 5 do artigo 8.º da Diretiva, acrescentando-lhe a forma de repartir o valor das antigas participações sociais.

Também, neste caso e em linha com a Diretiva, os sócios serão tributados pelas importâncias em dinheiro que venham a receber, como contrapartida da operação.

6.3. – Consequências da falta de neutralidade

Incumprindo-se os requisitos do regime de neutralidade fiscal, a operação de cisão poderá ser tributada nos seguintes níveis²⁷:

- Na esfera da sociedade cindida

As cisões, ao envolverem transmissões de ativos e, eventualmente, passivos, determinam o apuramento do resultado com base no valor dos mesmos à data da cisão.

Nos casos em que haja dissolução, haverá lugar à cessação de atividade, o que envolve apuramento dos correspondentes resultados – alínea a) do número 5 do artigo 8.º e artigos 79.º a 81.º do CIRC.

- Na esfera dos sócios

Nas situações em que ocorra troca de participações sociais, haverá tributação pela permuta de títulos – seja a título de mais-valias ou de lucros.

No caso de a cisão não implicar a troca de partes sociais, mas apenas a emissão de novas, estar-se-á perante uma distribuição de dividendos, igualmente tributável.

- Na esfera da sociedade beneficiária

A entrada de ativos na sociedade beneficiária gerará uma variação patrimonial positiva, a qual não concorrerá para a formação do lucro tributável da mesma, desde que a operação dê

²⁷ Cfr. Pereira (1994: 88 e ss).

origem à atribuição de participações sociais aos novos sócios – alínea a) do número 1 do artigo 21.º do CIRC²⁸.

Pelo contrário, entendemos que a entrada de ativos concorrerá para a formação do lucro tributável caso não haja emissão de partes sociais – *Cfr.* número 1 do artigo 21.º do CIRC.

Nas situações em que a sociedade beneficiária seja igualmente detentora de participações sociais da cindida, a anulação de participações sociais concorrerá para a formação do lucro tributável.

6.4. Situações controvertidas

6.4.1. Cisão-fusão de sociedades detidas pelo mesmo sócio, em que se dispensa a atribuição de novas participações sociais.

Em sentido contrário, pronunciou-se recentemente o STA, por acórdão datado de 20 de Dezembro de 2011, Processo 0865/11 e em que foi Relator o Conselheiro Valente Torrão (Supremo Tribunal Administrativo, 2011)²⁹.

Realce-se que, no âmbito do processo, o Representante da Fazenda Pública acrescentou um ponto adicional à sua argumentação, alegando que “...*configurando este regime, um verdadeiro benefício fiscal*³⁰, estabelecendo uma excepção ao regime geral de tributação, a interpretação dos preceitos em que se funda não é susceptível de integração analógica, nem consente que seja aplicado a operações que não se subsumem às situações taxativamente previstas na lei.”.

Não obstante, o STA, recorrendo aos elementos teleológicos e sistemáticos³¹ da norma com apoio, sobretudo, nos preâmbulos do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro de 1988, (diploma que aprovou o CIRC), do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho (diploma que transpôs para o CIRC a Diretiva originária) e da própria Diretiva 90/434/CEE, concluiu que a

²⁹ No acórdão discutia-se uma operação de cisão-fusão, em que tanto a sociedade contribuidora, como a sociedade beneficiária, eram detidas pelo mesmo sócio.

³⁰ Em sentido contrário, que o regime de neutralidade fiscal não é um benefício fiscal, mas antes um desagravamento estrutural, veja-se (Lobo, 2006: 47 e 48).

³¹ Sobre a interpretação da lei, vg. (Machado, 1987: 128 e 183).

intenção do legislador nacional era alargar o regime nacional às operações intracomunitárias e não restringi-lo – como se referiu acima, ponto 3, a legislação nacional inicial limitava-se a remeter para os conceitos genéricos de fusão e cisão constantes do CSC, sendo aparentemente mais abrangente do que a redação da Diretiva.

Mais, concluindo o STA que as normas que referem o diferimento da tributação de participações sociais atribuídas aos sócios procuram, exclusivamente, assegurar o diferimento da tributação (assegurar a neutralidade fiscal), caso tal suceda, e não impor requisitos de cumprimento obrigatório: devido a esse facto, “...essas operações não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados membros, a fim de não prejudicar a concorrência e permitir o regular funcionamento de um saudável mercado interno.”

Relativamente ao argumento de que a exigência de atribuição de participações sociais (e conseqüente aumento de capital social) serviria para proteção de terceiros³², contra-argumenta o STA que tal exigência é uma imposição da legislação societária, estabelecida em benefício dos sócios (minoritários), não constituindo um requisito de neutralidade fiscal. Para mais, recordando o disposto no número 3 do artigo 104.º do CSC³³, conclui o STA, citando Raúl Ventura (Ventura, 1990), que se trata de “*um corolário «dos princípios gerais que regem as acções (ou quotas) próprias», justificando-se tal solução por um desígnio de «evitar uma duplicação fictícia de parte do património» da sociedade beneficiária.*”

Motivos pelos quais o STA concluiu que “...sendo o objectivo da lei, com a atribuição aos sócios da sociedade cindida de partes representativas do capital social da beneficiária, assegurar a protecção dos sócios da sociedade cindida e não o de assegurar a neutralidade fiscal da cisão ou fusão, essa protecção não se justifica nos casos em que, como sucede nos autos, a cindida é detida a 100% pela beneficiária da operação de cisão-fusão.”

Neste tema, não podemos deixar de concordar com a posição do STA.

³² Argumento referido no ponto 5.4.2.

³³ “Por efeito de fusão por incorporação, a sociedade incorporante não recebe partes, acções ou quotas de si própria em troca de partes, acções ou quotas na sociedade incorporada de que sejam titulares aquela ou esta sociedade ou ainda pessoas que actuem em nome próprio, mas por conta de uma ou de outra dessas sociedades”.

Reconhecendo que o regime de neutralidade fiscal representa uma exceção (diferimento) à tributação das operações de reestruturação, motivo pelo qual não será passível de aplicação analógica, diremos, por outro lado, que a interpretação não se deverá cingir à letra da lei (interpretação declarativa³⁴), mas também à sua teleologia (razão da lei) bem como aos elementos sistemáticos disponíveis, tal como dispõe o número 1 do artigo 9.º do Código Civil: *”A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.”*

Assim, sendo possível, no presente caso, através de mera interpretação extensiva, concluir pela inclusão da presente operação de cisão-fusão no espírito da lei, não estaremos perante uma lacuna que necessite de aplicação analógica. Nas palavras de Machado (1987: 185): *“Não se tratará de uma lacuna da lei, porque os casos não diretamente abrangidos pela letra são indubitavelmente abrangidos pela letra da lei.”*

Uma última nota relativamente ao aumento de capital social enquanto garantia dos credores, seguindo Pereira (1994: 85), diremos que os credores são assegurados na operação de reestruturação pelo facto das dívidas da sociedade contribuidora não serem objeto de novação (artigo 121.º do CSC) e, por outro lado, caso a sociedade contribuidora subsista à cisão, será solidariamente responsável, juntamente com a beneficiária, perante os credores – *Cfr.* artigo 122.º do CSC). No mesmo sentido, veja-se Leitão (1993: 23).

7. Operações de entrada de ativos

7.1. Operações neutras

Como se disse acima, o regime de neutralidade fiscal inicial do Código do IRC não contemplava operações de entradas de ativos. Tal transposição só veio a ser efetuada pelo Decreto-Lei n.º 6/93, de 9 de Janeiro³⁵.

³⁴Vg. (Machado, 1987: 185).

³⁵, Tendo em consideração a possível violação dos prazos fixados para a transposição, os dois diplomas tiveram a sua entrada em vigor retroagida às datas de 1 de Janeiro de 1992 e 1 de Janeiro de 1993, respetivamente.

A atual definição do Código do IRC, contida no número 3 do artigo 73.º do mesmo, muito próxima da redação da alínea d) do artigo 2.º da Diretiva, define a operação nos seguintes termos:

“*Considera-se entrada de activos a operação mediante a qual uma sociedade (sociedade contribuidora) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto de um ou mais ramos da sua atividade para outra sociedade (sociedade beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária.*”



Figura 15: Operação de entrada de ativos

Sobre esta figura, manifestava-se Leitão (1993: 25-27) da seguinte forma: “*Em face desta definição, verifica-se que a entrada de activos nos aparece na legislação comercial actual como um negócio inominado e atípico, uma vez que a lei substantiva não lhe reconhece a categoria nem lhe estabelece qualquer regime, havendo assim a originalidade de ele apenas existir no campo fiscal.*

(...)

Concluindo, parece-nos que a entrada de activos, em face da legislação portuguesa deve ser caracterizada como o ingresso de um novo sócio numa sociedade já constituída, consistindo a sua entrada na transmissão de um estabelecimento comercial, devendo ficar sujeita ao art. 28.º do CSC.”³⁶

³⁶ Sobre as diferenças entre a figura de entrada de ativos e cisão simples, Cfr. (Leitão, 1993: 25-27).

7.1.1. – Ramo de atividade³⁷

Tal como na descrição das operações de cisão-parcial, também nestas operações, o legislador comunitário impôs o destaque de um (ou mais) ramo(s) de atividade(s).

A entrada de ativos, como operação de reestruturação, não se encontra expressamente regulada no CSC. Contudo, a cisão-parcial está.

Nesse sentido, note-se que a exigência do destaque de um ramo de atividade está em linha com o artigo 124.º do CSC, quando este impõe, quanto às operações de cisão parcial, que o património destacado para a nova sociedade seja constituído por:

- a) Participações noutras sociedades, quer constituam a totalidade quer parte das possuídas pela sociedade a cindir, para a formação de nova sociedade cujo exclusivo objeto consista na gestão de participações sociais;
- b) Bens que, no património da sociedade a cindir, estejam agrupados de modo a formarem uma unidade económica. Neste caso, poderão ser atribuídas à nova sociedade as dívidas que economicamente se relacionem com a constituição ou funcionamento da unidade aí referida.

O CSC não contém uma definição do que se deve entender por unidade económica, deixando essa obrigação para a doutrina e jurisprudência. Contudo, salvaguarda o próprio diploma que *“...podem ser atribuídas à nova sociedade dívidas que economicamente se relacionem com a constituição ou o funcionamento da unidade aí referida.”*

Sobre o conceito de unidade económica, escreveu Ventura (1990: 392) *“O art. 124.º, n.º 1, al. b) parte da suposição de existência numa sociedade de diferentes unidades económicas; (...) o requisito legal é satisfeito se uma sociedade possuir várias fábricas do mesmo produto, fisicamente separadas, e destacar uma delas. Os bens que constituem o conjunto só no caso concreto podem ser identificados, mas é indispensável que no património da sociedade*

³⁷ Cfr. (Petkevica, 2008).

cindida os bens já estejam agrupados de modo a formarem uma unidade económica, não bastando que, depois da cisão, possam vir a ser assim agrupados.”

Pelo contrário, tanto a alínea j) do artigo 2.º Diretiva, como o número 4 do artigo 73.º do CIRC, contêm uma definição de ramo de atividade, nos seguintes termos:

“...considera-se ramo de actividade 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 e funcionamento.”

Realce-se que o legislador nacional pretendeu aproximar a redação da norma fiscal ao CSC, preterindo a expressão “*exploração autónoma*” da redação da Diretiva por “*unidade económica autónoma*”.

A jurisprudência do TJUE é muito limitada sobre esta matéria, sendo apenas conhecidos os seguintes acórdãos.

- a) Acórdão Adersen og Jensen ApS vs Skatteministeriet, processo C-43-00, acórdão de 15 de Janeiro de 2002 da Quinta Secção (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2002);
- b) Acórdão Commerz-Credit-Bank AG — Europartner vs Finanzamt Saarbrücken (Commerz-Credit-Bank), processo C-50/91, acórdão de 13 de Outubro de 1992, da Primeira Secção (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1992)

No primeiro acórdão *supra* citado – acórdão Adersen og Jensen (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2002) – discutia-se se a transferência da atividade da sociedade Randers Sports A/S, que consistia na distribuição a grosso e a retalho de artigos desportivos, para uma recém-constituída Randers Sports Nyt A/S poderia ser enquadrada como transferência de um ramo de atividade para efeitos da Diretiva.

No caso, a operação era questionada em virtude dos seguintes aspetos:

- i) Antes da transferência, a primeira sociedade contraiu um mútuo no valor de 10 milhões de DKK, pretendendo transferir os respetivos encargos financeiros para a nova sociedade, mas manter o valor mutuado em seu poder;

- ii) A operação previa, igualmente, que a nova sociedade tivesse carências de tesouraria *ab initio*, que seriam asseguradas por uma linha de crédito concedida por um terceiro, que exigia como garantia o penhor sobre as participações sociais da nova sociedade;
- iii) A primeira sociedade conservaria um pequeno número de participações sociais de uma terceira sociedade.

Relativamente à primeira questão, entendeu o TJUE, em linha com o advogado-geral, que *“...resulta da redacção do artigo 2.º, alíneas c) e i), da directiva, bem como do artigo 4.º, n.º 1, da mesma, que uma entrada de activos deve, para ser abrangida pela directiva, incidir sobre o conjunto dos elementos do activo e do passivo atinentes a um ramo de actividade. De acordo com o artigo 2.º, alínea i), da directiva, só um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios pode constituir tal ramo de actividade.*

(...)

...o legislador comunitário considerou (...) necessário que os elementos do activo e do passivo atinentes a um ramo de actividade sejam transferidos na globalidade. Ora, a manutenção, na esfera da sociedade contribuidora, do produto de um avultado mútuo por esta contraído e a transferência, para a sociedade beneficiária da entrada de activos, das obrigações daí resultantes implicam uma dissociação entre esses elementos.

(...)

Resulta do que precede que, no que respeita à operação de mútuo em causa no processo principal, não estão satisfeitas as exigências do artigo 2.º, alíneas c) e i), da directiva.”

Relativamente à segunda questão, respondeu o TJUE da seguinte forma:

“...o funcionamento autónomo da exploração deve ser apreciado, em primeiro lugar, de um ponto de vista funcional — os activos transferidos devem poder funcionar como urna empresa autónoma, sem necessidade, para esse efeito, de investimentos ou entradas suplementares — e somente, em segundo lugar, de um ponto de vista financeiro. O facto de a sociedade beneficiária de uma entrada de activos recorrer a um crédito bancário nas condições normais de mercado não pode, por si, excluir que a exploração recebida tenha carácter autónomo, mesmo quando o crédito seja garantido por accionistas da sociedade beneficiária da entrada de activos que dão as suas acções nessa sociedade como garantia do crédito concedido.

No entanto, o caso pode ser diferente quando a situação financeira da sociedade beneficiária da entrada de activos, considerada no seu conjunto, levar ao reconhecimento de que, muito provavelmente, não poderá sobreviver pelos seus próprios meios. Tal pode suceder quando os rendimentos da sociedade beneficiária da entrada de activos se afigurarem insuficientes comparativamente aos juros e às amortizações das dívidas assumidas.

A apreciação do carácter autónomo de uma exploração deve, no entanto, ser deixada ao órgão jurisdicional nacional, tendo em conta as circunstâncias particulares de cada caso concreto.”

Por último, em relação à questão da manutenção de um pequeno número de participações sociais, entendeu o TJUE que “...*tal facto é susceptível de excluir a transferência do conjunto das actividades da sociedade contribuidora, mas não a transferência de um ramo de actividade sem relação com essa participação.*”

No segundo acórdão *supra* citado – acórdão *Commerz-Credit-Bank* – discutia-se se uma sociedade (a *Commerzbank AG*) poderia efetuar, como entrada numa sociedade participada (a *Commerz-Credit-Bank AG — Europartner*), a transmissão de cinco sucursais que detinha.

Note-se que não estava em causa a análise do conceito de ramo de atividade referido na Diretiva analisada, mas antes o conceito de ramo de atividade previsto na Diretiva 69/335/CEE, do Conselho, relativa à reunião de capitais, e cuja redação era a seguinte: deverá ser cobrada uma taxa reduzida “...*quando uma ou mais sociedades de capitais entreguem a totalidade do respectivo património, ou um ou mais ramos da sua actividade, a uma ou várias sociedades de capitais em vias de constituição ou já existentes.*”

A operação era questionada pelas seguintes situações:

- i) As sucursais não eram inteiramente autónomas e não exerciam uma atividade distinta do resto da empresa;
- ii) As sucursais não podiam constituir um ramo de atividade uma vez que não dispunham de personalidade jurídica, estavam sujeitas às instruções do estabelecimento principal e utilizavam os recursos financeiros do mesmo para efetuar as suas operações.

Quanto à primeira questão, entendeu o TJUE que não era relevante o facto das sucursais exercerem uma atividade idêntica ao da empresa contribuidora, desde que fossem autónomas entre si, nos seguintes termos:

“Do preâmbulo dessas directivas resulta que este regime fiscal derogatório tem por objectivo evitar que, com obstáculos de natureza fiscal, sejam postos entraves às transferências de activos entre sociedades, de forma a favorecer a reorganização das empresas, e nomeadamente o reagrupamento, no seio de uma mesma empresa, de diversas entidades que exerçam actividades idênticas ou complementares.

A fim de dar efeito útil a esse objectivo, há que definir o conceito de ramo de actividade contido no artigo 7.º como referindo-se a qualquer parte de empresa, quando constitua um conjunto organizado de bens e de pessoas capazes de concorrer para a realização de uma actividade determinada.

(...)

A este propósito, deve salientar-se que o regime fiscal favorável concedido em caso de entrada constituída por um ou mais ramos de actividade não está ligado ao número de actividades que exercia, no momento da entrada, a sociedade a que pertencia a entidade objecto de transferência, mas à capacidade dessa entidade para contribuir, pela sua actividade, para o desenvolvimento da empresa para a qual é transferida.”

Quanto à segunda questão, respondeu o TJUE que não era relevante o facto de as sucursais não possuírem personalidade jurídica, uma vez que tal não era impedimento a que essas entidades (as sucursais) exercessem uma atividade económica, sendo também irrelevante que essa atividade fosse financiada por meio de recursos fornecidos pelo estabelecimento principal ou que a atividade fosse exercida pelas sucursais em execução de instruções fornecidas pelo dito estabelecimento principal.

Da análise aos dois acórdãos acima mencionados, poderemos retirar as seguintes regras, de aplicação direta à legislação nacional:

- a) A sociedade contribuidora não pode expurgar do ramo de atividade a transmitir determinados ativos que o compoñham, mesmo que tal não ponha em causa a sua suficiência;

- b) Nada obsta a que uma sociedade beneficiária de uma entrada de ativos necessite de recorrer a financiamentos externos para assegurar a sua atividade, sendo antes de mais relevante a sua autonomia funcional. Contudo, caso se demonstre que os rendimentos da sociedade beneficiária são insuficientes comparativamente aos juros e amortizações das dívidas assumidas, tal poderá pôr em risco o entendimento que o ramo de atividade destacado era autónomo;
- c) Nada obsta a que uma sociedade detenha várias unidades produtivas autónomas que se dediquem à mesma atividade e que possam ser consideradas como ramos de atividade autónomos, para efeitos de destaque;
- d) A apreciação do carácter autónomo de um ramo de atividade deve ser aferida em função das circunstâncias particulares de cada caso concreto.

Por último, uma nota quanto à questão de saber se o destaque de participações sociais poderá ser enquadrado no conceito de um ramo de atividade “destacável”.

Efetivamente, a norma fiscal nacional *supra* referida e o CSC distanciam-se nesse ponto: enquanto o CSC admite, como exceção, o mero destaque de participações sociais para uma nova sociedade a constituir, desde que esta nova sociedade tenha como objeto único a gestão de participações sociais, o CIRC não admite qualquer exceção.

Coloca-se então a questão: poderá uma carteira de participações sociais consubstanciar um ramo de atividade para efeitos de cisão-parcial?

A resposta seria inequivocamente positiva entre 2003 e 2007 e condicionada, a partir desta última data, à possibilidade dessas participações sociais integrarem um ramo de atividade depois dessa data.

Através do diploma que aprovou o Orçamento do Estado para 2003, a Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, foi aditada uma alínea b) ao então número 4 do artigo 67.º do CIRC, na qual se definia ramo de atividade como:

“b) A detenção e gestão de participações em sociedades que desenvolvam actividades no mesmo ramo, desde que tais participações correspondam a, pelo menos, 10% do capital com

direito de voto da sociedade participada ou que o valor de aquisição de cada participação não seja inferior a (euro) 5 000 000, de acordo com o último balanço aprovado.”

A *supra* referida alínea foi revogada pelo diploma que aprovou o Orçamento do Estado para 2007, a Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, (OE 2007), que transpôs a Diretiva n.º 2005/19/CE, do Conselho, de 17 de Fevereiro, permanecendo em vigor a definição originária.

Creemos que a revogação da *supra* referida alínea b), longe de afastar a possibilidade de considerar uma carteira de participações sociais como um ramo de atividade, veio reduzir os critérios para que tal fosse possível.

Repare-se que a mesma alínea impunha percentagens de detenção mínima ou de valor, assim como impunha que essas participações se referissem a sociedades que se dedicassem a atividades do mesmo ramo.

Quanto ao mais, impunha-se que houvesse, não só detenção, como também gestão. Isto é, não bastava a mera detenção passiva da carteira de títulos e o eventual recebimento de dividendos (aqui verdadeiros rendimentos passivos)³⁸.

Ora, a detenção e gestão de uma carteira de ativos é, por si, um ramo de atividade, encontrando-se este entendimento em linha com a definição da alínea a) do artigo 124.º do CSC e com o Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, que regulamenta as SGPS.

Em sentido idêntico, pronunciou-se a (Autoridade Tributária e Aduaneira, 2007). Através de resposta a um pedido de informação vinculativa, apresentado por um sujeito passivo, a AT entendeu que o destaque de participações sociais, desde que acompanhado da transmissão de “...outros elementos patrimoniais que configuram, no seu conjunto, uma infra-estrutura associada à gestão dessas participações, numa interação funcional com os títulos...” configura “...um verdadeiro ramo de actividade, que pode constituir, pois, objecto de

³⁸ Em sentido contrário, veja-se Petkevica (2008: 375). Esta autora alega que, pelo menos numa operação que envolvesse uma SGPS, o mero destaque de participações sociais deveria poder ser considerado como a transferência de um ramo de actividade, sob risco de se excluir por inteiro a possibilidade das SGPS poderem ser consideradas como sociedades contribuidoras para efeitos da aplicação deste regime.

destaque enquanto tal no âmbito de cisão parcial fiscalmente relevante para efeitos do regime dos artigos 67º e seguintes do CIRC.”

Face ao parecer da AT, a questão que se coloca é saber o que será uma infraestrutura adequada para interagir funcionalmente com as participações sociais, face à sua desmaterialização. Bastará um computador? Será igualmente necessário um funcionário?

7.2. Obrigações de registo / determinação do lucro tributável

7.2.1. Sociedade contribuidora – números 5 do artigo 74.º do CIRC

Remete-se neste ponto, para o que foi dito no ponto 5.2.1

7.2.2. Sociedade contribuidora – números 5 do artigo 74.º do CIRC

No caso da sociedade contribuidora, as mais-valias ou menos-valias realizadas respeitantes às participações sociais recebidas em contrapartida da entrada de ativos são calculadas considerando, como valor de aquisição, o valor líquido contabilístico aceite para efeitos fiscais que os elementos do ativo e do passivo tinham nessa sociedade antes da realização da operação.

7.3. Consequências da falta de neutralidade

Caso uma operação de entrada de ativos não possa beneficiar do *supra* citado regime de neutralidade fiscal, a operação será tributada como qualquer outra operação de entradas em espécie para a realização do capital social da beneficiária.

7.3.1. Na esfera da sociedade contribuidora

Na esfera da sociedade contribuidora, a operação será equiparada, para efeitos de tributação, a uma permuta de bens.

Desde modo, assumir-se-á como valor de realização dos bens transmitidos (caso estes se encontrem registados como ativos ou instrumentos financeiros) o valor de mercado das participações sociais recebidas – *Cfr.* alínea a) do número 3 do artigo 46.º do CIRC.

Caso os bens transmitidos se encontrem registados como existências, o valor do rédito será idêntico ao justo valor das participações recebidas - §12 do NCRF 20.

7.3.1. Na esfera da sociedade beneficiária

Na esfera da sociedade beneficiária, a entrada em espécie será considerada uma variação patrimonial positiva que não concorre para a formação do lucro tributável *ex vi* alínea a) do número 1 do artigo 21.º do CIRC.

8. Operações de permuta de partes sociais

Como se disse acima, o regime de neutralidade fiscal inicial do Código do IRC não contemplava operações de permuta de partes sociais, cuja transposição só veio a ser efetuada através do Decreto-Lei n.º 6/93, de 9 de Janeiro³⁹.

Escrevia então (Leitão, 1993: 28) sobre este tipo de operações que *“Trata-se, assim, de uma troca de ações que permite à sociedade adquirente o domínio da sociedade adquirida, passando os sócios desta a detê-la indirectamente por via de participação na sociedade adquirente. É por isso, no aspecto associativo, uma figura de resultado próximo da fusão, embora dela se distinga frontalmente no aspecto dissociativo, uma vez que não se produz a extinção de qualquer das sociedades envolvidas.”*

É de notar que o artigo aditado ao Código do IRC, pelo Decreto-Lei n.º 6/93, de 9 de Janeiro, o artigo 64.º-A tinha como epígrafe “Permuta de Ações”, e na sua redação, tal como a Diretiva de resto, fazia referência a ações e sócios, em vez de participações sociais e detentores de participações sociais.

³⁹, Tendo em consideração a possível violação dos prazos fixados para a transposição, os dois diplomas tiveram a sua entrada em vigor retroagida às datas de 1 de Janeiro de 1992 e 1 de Janeiro de 1993, respetivamente.

Devido a esse facto, notou Leitão (1993: 28) “*Parece-nos que ao referir-se expressamente à permuta de acções como a troca de títulos representativos do capital social da sociedade este dispositivo apenas abrange literalmente sociedades anónimas.*”

Esta situação foi retificada pelo *supra* referido Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto (diploma que procedeu à unificação do regime da neutralidade fiscal), passando a fazer-se referência a participações sociais, em vez de acções.

8.1. Operações neutras

O conteúdo da redação do número 5 do artigo 73.º do CIRC é idêntico ao conteúdo da alínea e) do artigo 2.º da Diretiva, passando a transcrever-se a norma nacional:

“*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.*”

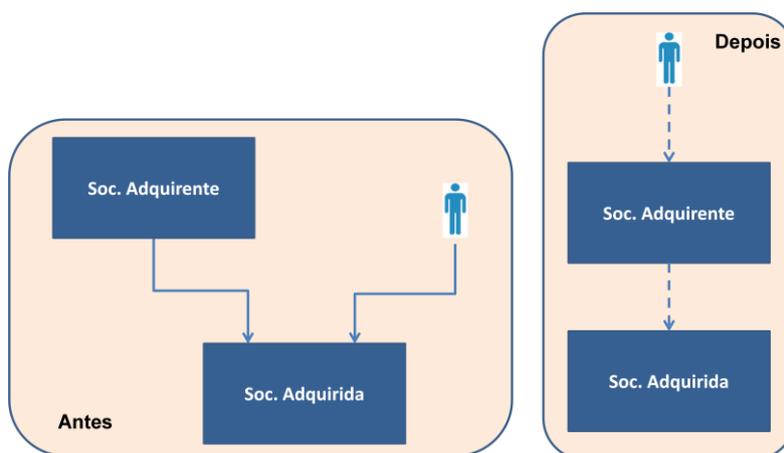


Figura 16: Permuta de partes sociais

8.1. Consequências da falta de neutralidade

Caso a operação não possa beneficiar do regime de neutralidade fiscal, os ganhos decorrentes da mesma serão equiparados a mais-valias fiscais, as quais são sujeitas a tributação em sede de IRC.

Para esse efeito, o valor de realização das participações transmitidas será idêntico ao valor de mercado das participações recebidas, acrescidas, no caso do sócio da sociedade adquirida, do valor recebido em dinheiro.

9. Transmissibilidade de prejuízos fiscais

Torres (2009: 112) define o prejuízo fiscal como uma “...*parte componente do rendimento empresarial realizado ao longo de um período mais alargado, que transcende o período de tributação.*” Justificando-se, por isso, em defesa do princípio constitucional da tributação incidente sobre o rendimento real das empresas, que os prejuízos fiscais registados em determinados períodos de tributação possam ser reportados para períodos posteriores.

Acresce que “...*a realidade do rendimento empresarial transcende não só a sua particular periodização, escolhida pela lei ordinária para determinar a obrigação de imposto, como também transcende a sua imputação jurídica a uma determinada pessoa titular do património empresarial nesse período.*

O prejuízo fiscal realizado na esfera de um sujeito passivo num dado período de tributação pode dizer respeito a uma empresa que, no período de tributação seguinte, já pertence a outro sujeito passivo.(...)

A empresa é uma realidade distinta da pessoa singular ou colectiva sua titular, não se confundindo com ela.” (Torres, 2009: 112 e 113)

Abraçamos este entendimento, tendo em consideração o disposto na lei constitucional e salientamos que o mesmo se encontra refletido, tanto no regime geral previsto no número 8 do artigo 52.º do CIRC (dedução de prejuízos fiscais), como no artigo 75.º do mesmo código, ao

regulamentar a transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito do regime de neutralidade fiscal, artigo que abordaremos neste capítulo.⁴⁰

As regras gerais da transmissibilidade de prejuízos fiscais previstas no artigo 75.º do CIRC (números 1 e 2) regulam a transmissão dos mesmos no caso das operações de fusão, remetendo para o regime geral da dedução de prejuízos fiscais gerados em períodos de tributação anteriores, previsto no artigo 52.º do CIRC. A dedução dos mesmos encontra-se condicionada à prévia autorização do Ministro das Finanças⁴¹.

Impõem os números 1 e 2 do artigo 75.º do CIRC que o pedido⁴² de manutenção dos prejuízos fiscais da sociedade fundida seja apresentado até ao final do mês seguinte ao do pedido de registo da fusão na conservatória do registo comercial competente, devendo ainda esse pedido incluir “...a demonstração de que a fusão é realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades intervenientes, e se insere numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva, devendo ser fornecidos, para esse efeito, todos os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto dos seus aspetos jurídicos como económicos.”

Como decorre da redação *supra* citada, nomeadamente da inclusão da expressão “tais como”, a enumeração de razões economicamente válidas é meramente exemplificativa, impondo-se a existência de efeitos positivos de médio e longo prazo.

⁴⁰ Recorde-se, quanto a este ponto, que o artigo 6.º da Diretiva não impõe a transmissão dos prejuízos fiscais e o seu reporte, ao contrário do que constava da proposta inicial da Diretiva [artigo 6.º da proposta de 16 de Janeiro de 1969, COM (5)] Câmara (2009 p. 72).

⁴¹ Criticando este mecanismo, Loureiro (1993: 48) alerta que o mecanismo tradicional para ultrapassar esta limitação é utilizar a sociedade com prejuízos fiscais como sociedade incorporante.

⁴² O requerimento *supra* referido deverá ser acompanhado dos seguintes elementos:

- “a) Cópia do projeto de fusão;
- b) Estudo demonstrativo das vantagens económicas da operação de fusão;
- c) Cópia do parecer de revisor oficial de contas independente;
- d) Cópia do pedido de registo da operação na conservatória do registo comercial competente;
- e) Informação sobre os lucros tributáveis previsíveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante para os seis exercícios seguintes ao da operação;
- f) Cópia dos balanços e das demonstrações de resultados de todas as sociedades envolvidas na operação referentes aos três exercícios anteriores ao da operação;
- g) Cópias dos balanços e das demonstrações de resultados previsionais para os três exercícios seguintes ao da operação da nova sociedade ou da sociedade incorporante;
- h) Documento comprovativo da inexistência de dívidas à Segurança Social das sociedades fundidas e da incorporante.” – *Cfr.* (Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, 2005).

Contrariamente à regra geral de acesso ao regime, onde se presumem as razões economicamente válidas⁴³, no que toca à transmissibilidade de prejuízos fiscais cabe ao contribuinte demonstrar a sua existência. Mais, caberá ainda ao contribuinte demonstrar que a operação terá efeitos positivos duradouros⁴⁴.

A jurisprudência nacional tem uniformemente entendido que “*Os conceitos de “razões económicas válidas” e “inserção numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva” para efeitos de transmissibilidade dos prejuízos fiscais, prevista no artigo 69.º do CIRC, são, segundo o entendimento que vem sendo a ser perfilhado pela jurisprudência, conceitos indeterminados cujo preenchimento cabe à Administração e que, ao contrário do poder discricionário verdadeiro e próprio, como poder de eleger uma de entre várias soluções igualmente válidas, só admitem uma solução justa no caso concreto, constituindo tais conceitos indeterminados matéria de discricionariedade técnica, insindicável judicialmente.*” – Cfr., entre outros, acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte datado de 8 de Junho de 2011, processo n.º 00003/07.4BCPRT, em que foi relator o desembargador José Luís Paulo Escudeiro (Tribunal Central Administrativo do Norte, 2011).

Criticando este entendimento, mas focando-se na análise do acórdão do STA datado de 12 de Julho de 2006, que adotou igualmente o princípio da discricionariedade técnica, insindicável judicialmente, Câmara (2009: 102) defendeu que “*O refúgio na chamada discricionariedade técnica é inadmissível, na medida em que impede que se apreciem se os pressupostos de facto ocorreram ou não.*

Assim, não obstante esta decisão do STA vir na linha de decisões anteriores, afigura-se contrária à Constituição (em particular ao artigo 268.º, n. 4, da CRP), ao direito comunitário e à doutrina comunitária do acto claro, na medida em que deixa por sindicar conceitos indeterminados comunitarizados como o sejam “razões económicas válidas” cuja uniformidade deve ser assegurada pelo TJCE.”.

⁴³ Cabendo à AT, caso assim o entenda, demonstrar a inexistência das mesmas para ativar o procedimento da cláusula anti-abuso - v.g. Capítulo 8, *infra*.

⁴⁴ O TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre a exigência de efeitos duradouros nas operações de reestruturação no acórdão Leur-Bloem (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995) Contudo, o acórdão reporta-se a uma norma nacional que condicionava o acesso ao regime de neutralidade fiscal, e não à portabilidade dos prejuízos fiscais. Devido a esse facto, entendemos que as conclusões do *supra* referido acórdão não poderão ser transpostas para este segmento.

Não podemos deixar de concordar com o autor, sublinhando que o TJUE tem defendido, desde o acórdão Leur-Bloem (pese embora por referência à cláusula anti-abuso), que a análise das autoridades nacionais às operações de reestruturação deverá ser, sempre, passível de fiscalização jurisdicional.

Nada justifica que os tribunais sejam competentes para verificar se existem razões económicas válidas que permitam o acesso ao regime de neutralidade e impeçam a aplicação da cláusula anti-abuso mas, por outro lado, esses mesmos tribunais já sejam incompetentes para verificar se existem razões económicas válidas que permitam a transmissibilidade de prejuízos fiscais.

9.1. Limitações à dedutibilidade de prejuízos fiscais

Conforme anteriormente referido, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais encontra-se condicionada à apresentação, junto do Ministro das Finanças, de um pedido prévio de autorização. Nos termos do número 4 do artigo 75.º do CIRC, tal despacho de autorização poderá fixar um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais cuja transmissibilidade seja autorizada.

Contudo, para além desta limitação legal, através do *supra* referido Despacho n.º 79/2005-XVII, de 15 de Abril de 2005 (Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, 2005), o SEAF veio impor os seguintes limites, por exercício, relativamente à dedutibilidade dos prejuízos fiscais das sociedades fundidas⁴⁵:

- “a) *Quando se trate de uma operação de fusão por incorporação, ao acréscimo do lucro tributável da sociedade incorporante relativamente ao lucro tributável apurado por esta sociedade no exercício anterior ao da fusão adicionado, quando for o caso, dos lucros tributáveis das demais sociedades fundidas, com excepção da sociedade transmitente dos prejuízos, apurados nesse mesmo exercício;*
- b) *Quando se trate de uma fusão por constituição de uma nova sociedade, ao acréscimo de lucro tributável da nova sociedade relativamente ao resultado da soma dos lucros*

⁴⁵ Poder-se-á discutir a eficácia jurídica de tal despacho, considerando que o mesmo não constitui fonte de Direito, isto é, não vincula diretamente as empresas a não ser que o seu conteúdo seja vertido no despacho que autoriza a dedução dos prejuízos fiscais.

tributáveis apurados pelas demais sociedades fundidas, com exceção da sociedade transmitente dos prejuízos, no exercício anterior ao da fusão;

- c) *Nos casos referidos nas alíneas anteriores, o limite da dedução dos prejuízos fiscais resultantes da aplicação das regras aí estabelecidas não poderá exceder, em cada exercício, o montante do lucro tributável da sociedade incorporante, ou da nova sociedade, correspondente à proporção entre o valor do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as sociedades envolvidas na operação, determinados com base no último balanço anterior à fusão.”*

9.2. Outras operações em que é permitida a transmissibilidade dos prejuízos fiscais

Os números 3 e 6 do artigo 75.º do CIRC alargam o regime da transmissibilidade de prejuízos fiscais a outras operações que passaremos a destacar sumariamente.

9.2.1. Operações internas

Nas operações internas, em paralelo com as fusões, a alínea a) do número 3 do referido normativo permite a transmissão de prejuízos fiscais nas operações de cisão-dissolução (vg. ponto 6.1.1 *supra*), transferindo-se para cada uma das sociedades beneficiárias os prejuízos proporcionais aos valores transferidos.

Note-se que esta regra parece ir além do princípio enunciado acima de que os prejuízos fiscais deverão acompanhar as empresas. Com efeito, no caso das cisões-dissoluções, tanto o regime societário, quanto o regime fiscal, não impõem a transmissão de ramos de atividade⁴⁶. Devido a esse facto, a sociedade cindida poderá limitar-se a transmitir meros ativos.

A permissão da transmissibilidade dos prejuízos fiscais poderá, assim, exceder a vida da empresa a que estava associada. Nos casos em que essa empresa tenha sido extinta com prejuízos fiscais (no âmbito de uma operação de cisão-dissolução), esta transmissibilidade visará, certamente, repor algum equilíbrio ao abrigo do princípio da tributação das empresas pelo lucro real, ainda que seja atribuído às entidades sucessoras.

⁴⁶ Quanto à definição de ramo de atividade, veja-se o ponto 7.1.1.

Esta latitude de entendimento do legislador nacional esbarra, porém, na aparente exclusão da transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito de operações internas de cisão-parcial ou entradas de ativos. Os vários números do artigo 75.º do CIRC não contemplam estas operações.

Contudo, como explicado acima, nestes cenários, a legislação obriga a que exista a transmissão de um ramo de atividade, i.e., de uma unidade económica autónoma, que, na aceção de Torres (2009: 112), poderá, inclusivamente, constituir uma empresa.

Este facto é ainda mais peculiar, considerando que a alínea b) do número 3 do artigo 75.º do CIRC permite a transmissão de prejuízos fiscais no caso de operações de cisão-parcial e entradas de ativos transfronteiriças⁴⁷.

Trata-se, evidentemente, de uma discriminação das operações nacionais face ao regime comunitário, sem justificação possível, motivo pelo qual Torres (2009: 132) alega ser incompatível com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais, consagradas nos artigos 43.º e 56.º do Tratado da União Europeia.

Torres (2009: 112) sugere, por isso, uma interpretação de acordo com o Direito da União Europeia, de acordo com a qual a transmissibilidade de prejuízos fiscais deverá ser extensível a todas as transmissões de ramos de atividade no âmbito de cisões ou entradas de ativos, independentemente do Estado-membro da residência do sujeito passivo do qual foram apurados.

O número 6 do artigo 75.º do CIRC estende, ainda, o regime de transmissibilidade de prejuízos fiscais às sociedades abrangidas pelo regime especial de tributação de grupos de sociedades (RETGS) previsto nos artigos 69.º e seguintes do CIRC, quando, no âmbito desse regime ou logo após o seu termo, uma das sociedades pertencentes ao grupo incorpore as remanescentes ou haja lugar à constituição de uma nova sociedade.

⁴⁷ Operações melhor abordadas no capítulo seguinte.

9.2.2. Operações transfronteiriças

As alíneas b) e c) do número 3 do artigo 75.º do CIRC preveem, por sua vez, a transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito de operações transfronteiriças.

Na alínea b), prevê-se a transmissibilidade de prejuízos fiscais no caso de fusões, cisões ou entradas de ativos, nas situações em que a entidade beneficiária é residente em território nacional e, no âmbito dessa fusão, é transmitido um EE sito em território nacional de uma sociedade residente noutro Estado-membro. Impõem-se, neste caso, a extinção do EE.

Na alínea c), prevê-se a situação em que um EE sito em território nacional de uma sociedade residente noutro Estado-membro é transferido para outra sociedade de outro Estado-membro, no âmbito de operações de fusão, cisão ou entrada de ativos.

Analisadas as operações elegíveis, verificamos que não são contempladas as operações em que uma sociedade contribuidora ou adquirida sedeada em território nacional transmite um ramo de atividade, no âmbito de uma das operações *supra* referidas, para uma sociedade beneficiária ou adquirente sedeada noutro Estado-membro, ainda que através da constituição de um EE situado em território nacional.

Creemos que, neste caso, para além da violação das disposições *supra* citadas no ponto anterior⁴⁸, estaremos igualmente perante uma discriminação das operações transfronteiriças relativamente às operações internas, com a inerente violação do princípio da igualdade e, em clara violação, do próprio artigo 6.º da Diretiva quando este dispõe que deverão ser aplicadas às transmissões de prejuízos transfronteiriças os mesmos benefícios que são assegurados às operações nacionais.

10. Cláusula anti-abuso⁴⁹

O número 10 do artigo 73.º do CIRC consagra, na legislação nacional, a cláusula anti-abuso prevista na alínea a) do número 1 do artigo 15.º da Diretiva.

⁴⁸ E que Torres (2009: 132) considera igualmente aplicável a estas operações.

⁴⁹ Quanto a este capítulo, refira-se o estudo de Câmara (2009), que citaremos frequentemente adiante.

Cabe referir que nem a redação original do Código do IRC, nem a proposta original da Diretiva Comunitária datada de 1969, previam tal cláusula.

Segundo Larking (1990: 366), terá sido a inclusão da cláusula anti-abuso que motivou o atraso na aprovação da Diretiva, nomeadamente por receio do Estado Holandês de que as novas regras levassem a que muitas sociedades transferissem a sua sede para fora do seu território, para evitar a tributação dos dividendos.

Devido a esse facto, só o artigo 11.º da versão final da Diretiva 90/434/CE viria a contemplar a presente regra anti-abuso.

Por este motivo, no primeiro diploma em que o legislador nacional transpôs a Diretiva – o Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho – remeteu-se expressamente para a aplicação da cláusula anti-abuso comunitária ao regime nacional, através do número 9 do artigo 62.º-A do CIRC (com a epígrafe “*Fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados-Membros das Comunidades Europeias*”), nos seguintes termos: “*O regime especial estabelecido no presente artigo poderá deixar de aplicar-se, total ou parcialmente, quando se conclua ter-se verificado o disposto no artigo 11.º da Directiva n.º 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.*” – Era claro que esta cláusula anti-abuso só seria aplicável a operações transfronteiriças (Câmara, 2009: 72).

O alargamento da cláusula anti-abuso às operações nacionais só ocorreu com o Decreto-Lei n.º 366/98, de 23 de Novembro, reconhecendo-se, no seu preâmbulo, tal propósito, assim como se reconhecia que a nova norma nacional reproduzia o conteúdo da cláusula comunitária.

Pelo Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de Agosto, incluiu-se, na enumeração exemplificativa de operações abusivas, as operações em que as sociedades intervenientes não tivessem a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação de IRC.

A atual redação da cláusula anti-abuso nacional mantém-se, desde essa altura, nos seguintes termos:

“O regime especial estabelecido 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.”

Quando comparados os dois normativos, e para além do acrescento incluído pelo Decreto-Lei n.º 221/2001 *supra* referido, verifica-se a substituição da expressão “*pode constituir uma presunção*” incluída na Diretiva pela expressão “*pode considerar-se verificado*”.

Tal como Câmara, consideramos que tal facto não impede a conclusão de que estaremos perante presunções *juris tantum*, isto é, presunções elidíveis (Câmara, 2009: 81).

Com efeito, em defesa desse argumento, diga-se que, no Direito Fiscal, não existem presunções *juris et de jure* (presunções inilidíveis), como dispõe o artigo 73.º da LGT. Adicionalmente, a jurisprudência do TJUE, relativamente aos casos de aplicação de cláusulas anti-abuso e, em particular, da cláusula anti-abuso prevista na Diretiva, é clara ao proibir a aplicação de cláusulas gerais⁵⁰⁵¹.

Com efeito, o TJUE tem reiterado o entendimento de que “*...as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação.*

(...)

⁵⁰ No mesmo sentido, relativamente a este argumento, veja-se Sousa de Câmara (Câmara, 2009: 85 e 86).

⁵¹ Câmara acrescenta ainda, que o próprio procedimento para a aplicação da cláusula anti-abuso, previsto no artigo 63.º do CPPT, previa a obrigatoriedade de alegação e comprovação do negócio abusivo, não bastando a mera presunção. Contudo, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2012), o procedimento previsto no referido artigo 63.º do CPPT, passou a aplicar-se, exclusivamente, à cláusula anti-abuso geral, como decorre do seu número 1. Nesse sentido, veja-se a ficha doutrinária emitida na sequência do processo n.º 2890/2007, pela AT. (Autoridade Tributária e Aduaneira, 2012).

Na falta de disposições comunitárias mais específicas relativas à aplicação da presunção prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), compete aos Estados-Membros determinar, respeitando o princípio da proporcionalidade, as modalidades necessárias para efeitos de aplicação dessa disposição.

No entanto, a instituição de uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações de benefício fiscal, na base de critérios como os mencionados (...), quer haja ou não efectivamente evasão ou fraudes fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão e prejudicaria o objectivo prosseguido pela directiva. Também seria essa a situação se a uma regra desse tipo se aditasse uma simples possibilidade de derrogação deixada à discricção da autoridade administrativa.” Cfr. Acórdão Leur-Bloem (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995). Em sentido semelhante, veja-se o acórdão A.T. (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2008).

Devido ao exposto, conclui Câmara (2009: 87 e 90), sobre o número 10 do artigo 73.º do CIRC, que *“Nos termos em que foi moldada, esta cláusula acaba por apresentar uma diferente repartição do ónus de prova a respeito de cada um daqueles requisitos: o primeiro (inexistência de razões económicas válidas), deve ser provado pela administração fiscal após conhecer a operação realizada pelo contribuinte e analisados os seus contornos formais e substanciais; o segundo (inexistência de evasão fiscal), deve ser provado pelo contribuinte contra quem é firmada tal presunção – de evasão fiscal – sem prejuízo, deste último também poder, seja diante da administração fiscal seja judicialmente, contestar a alegada inexistência de razões económicas válidas que a administração fiscal tentou provar.*

(...)

Por outras palavras, se a existência de razões económicas válidas para a reorganização societária constitui um indício só por si suficiente para impedir a aplicação da cláusula anti-abuso, a prova da sua inexistência só permitirá inverter o ónus de prova, no sentido de obrigar os agentes económicos a demonstrar que a operação não foi realizada com um propósito de “evasão fiscal”” (Câmara, 2009: 87 e 90).

Também no que concerne a estes argumentos, não podemos deixar de acompanhar Sousa da Câmara, notando que a própria jurisprudência comunitária tem sublinhado que a aplicação da cláusula anti-abuso não poderá deixar de ser validada pelo crivo judicial, como se afirmou no acórdão Leur-Bloem (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995) *“Segundo uma*

jurisprudência [comunitária] constante, essa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisprudencial (v. neste sentido, acórdão de 31 de Março de 1993, Kraus, C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 40).”

10.1. Razões económicas válidas

Tanto a letra do número 3 do artigo 73.º do CIRC, como a alínea a) do número 15.º da Diretiva exemplificam o conceito “razões económicas válidas” com a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação, sem o concretizarem.

Trata-se de um conceito indeterminado, cuja concretização caberá ao intérprete fazer com base no elemento lógico do texto legal. Como ensina Machado (1987: 181), o elemento lógico “...aparece-nos subdividido em três elementos: o elemento racional (ou teleológico), b) o elemento sistemático e c) o elemento histórico.”. Isto é, haverá que conhecer *i*) o *ratio legis* da norma, i.e., o fim visado pelo legislador (elemento teleológico), *ii*) o contexto da lei, o seu enquadramento na ordem jurídica e a sua consonância com o ordenamento jurídico (elemento sistemático) e *iii*) a história evolutiva do conceito, os textos legais ou doutrinários que inspiraram o legislador e os próprios trabalhos preparatórios da própria norma – *Cfr.* (Machado, 1987: 182 a 184).

Nesse sentido, o preâmbulo da Diretiva revela-se fundamental ao afirmar que o seu fim é assegurar “...que as empresas se adaptem às exigências do mercado interno, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.” Isto é, tratam-se de razões económicas válidas que se reportem às próprias sociedades (Câmara, 2009: 88), pelo que os mesmos deverão ser analisados casuisticamente, em cada operação.

Não se deixará contudo de recordar que, segundo o acórdão Leur-Bloem do TJUE, razões puramente fiscais não são razões económicas válidas...

10.2. Entidades que não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação de IRC

Como se disse acima, a regra nacional inova relativamente à regra comunitária neste ponto: à ausência de razões económicas válidas são equiparadas as operações em que intervenham entidades que não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação de IRC.

Câmara (2009: 84) alerta que esta disposição terá a sua aplicação limitada a operações internas, uma vez que, no quadro de operações transfronteiriças, as entidades não residentes não estão sujeitas a IRC.

Por outro lado, o mesmo autor alerta, em linha com a alínea c) do artigo 3.º da Diretiva e com a alínea a) do número 7 do artigo 73.º do CIRC, que o legislador nacional procurou restringir o acesso ao regime a entidades que beneficiassem de isenções de natureza subjetiva, totais e permanentes e não a sociedades que gozem de isenções objetivas, parciais e/ou temporárias.

Parece-nos que este entendimento será o único capaz de ultrapassar o crivo da jurisprudência comunitária relativamente à proporcionalidade⁵² exigida para a definição de cláusulas *anti-abuso* nacionais. Com efeito, não existe qualquer dúvida quanto à intenção do legislador comunitário de excluir o acesso ao regime a entidades subjetivamente isentas de imposto, nos termos da alínea c) do artigo 3.º da Diretiva. Essa intenção é, aliás, reproduzida pelo legislador nacional na *supra* referida alínea a) do número 7 do artigo 73.º do CIRC.

Motivo pelo qual o TJUE não se poderia pronunciar contra tal disposição – não por ir além do necessário para evitar situações abusivas, mas, antes, por estas entidades se encontrarem, à partida, excluídas deste regime.

Por outro lado, entender que esta disposição se aplicava às entidades objetivamente isentas seria impor um critério desproporcional para a sua aplicação face à intenção de luta contra a

⁵² Recordava Sanches (2006: 275): “Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da proporcionalidade adquiriu um papel central. Com a sua exigência de adequação do meio escolhido, da necessidade da sua aplicação e da proibição do excesso, funciona como um útil instrumento de análise sobre a relação entre os princípios de Direito Comunitário e a lei fiscal nacional restritiva, de que são exemplo algumas normas *anti-abuso*.”.

evasão fiscal e, como tal, contrário à Diretiva. Nesse sentido, remete-se para o citado acórdão Leur-Bloem.

De tudo o exposto, resulta que a inclusão deste trecho na cláusula anti-abuso é redundante e desnecessária. Com efeito, referindo-se este trecho, exclusivamente, a entidades subjetivamente isentas que se encontram, à partida, excluídas do regime, não é necessário incluir a participação destas entidades na cláusula *anti-abuso*.

10.3. Evasão fiscal

Citando Sanches (2006: 21), “*O planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais. O planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo.*”

Como recorda o autor, o planeamento fiscal abusivo é, também, designado de evasão fiscal e pode ser subdividido em fraude fiscal e fraude à lei fiscal.

O primeiro conceito reporta-se à violação de um dever, e é punido com uma sanção contra-ordenacional ou penal⁵³⁵⁴. O segundo conceito foca-se em operações que têm como objetivo “...*contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir (fraus legis). Estes comportamentos não violam um qualquer dever de cooperação, mas ainda assim não são desejados pelo legislador, por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objectivo oposto aos valores que o estruturaram.*” (Sanches, 2006: 22)

⁵³ Como alerta Câmara (2009: 74), as expressões “*fraude ou evasão fiscal*” da tradução portuguesa da Diretiva são erradamente usadas como sinónimas.

⁵⁴ Também Terra (2008: 548) nota que as duas expressões são usadas erradamente como sinónimos concluindo, contudo, que para efeitos de aplicação da Diretiva essa precisão é pouco relevante.

“No entanto, normas anti-abuso em sentido estrito são apenas aquelas que têm como alvo a utilização artificiosa de formas jurídicas para conseguir uma redução ou eliminação do imposto a pagar” (Sanches, 2006: 27).

Isto é, enquanto as cláusulas anti-abuso se destinam a impedir e combater a fraude à lei fiscal, as normas tipificadas na legislação penal e contraordenacional combatem e punem a fraude fiscal em sentido estrito⁵⁵.

Acompanhando Câmara (2009: 74) Os termos “fraude ou evasões fiscais” não *“...são aqui utilizados em sentido próprio, pois não se reportam a uma violação clara e intencional da lei fiscal, seja como fraude fiscal (entendido, no direito interno, como um tipo específico de crime fiscal) seja como evasão fiscal na linha da prática de um acto ilícito com o propósito de se subtrair a uma obrigação tributária...”*

Isso mesmo se pode retirar da profusa jurisprudência do TJUE, citando-se, para esse exemplo, o acórdão Kofoed (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2007): *“Os particulares não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas de direito comunitário. A aplicação destas não pode estender-se ao ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário...”*

⁵⁵ Sobre as dificuldades de separação rigorosa das duas figuras, remete-se para Sanches (2006: 24).

11. Conclusões

No final de cada capítulo, foram alinhadas as respetivas conclusões, ficando estas assim mais próximas das fundamentações que as justificam.

Não se quis, contudo, deixar de respeitar a forma existente nas normas de apresentação das dissertações de mestrado, pelo que se passa a indicar de forma sintética as conclusões globais que consideramos mais estruturantes.

Verificou-se que após uma primeira fase em que, a par de um regime para as operações de reestruturação internas, a legislação interna portuguesa previa um regime para as operações transfronteiriças, assistimos a uma segunda fase, em que o legislador nacional procedeu à unificação do regime, com a intenção de assegurar os mesmos direitos e obrigações aos dois tipos de reestruturação.

O atual regime nacional resulta da transposição, com poucas diferenças, do 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, aprovado inicialmente pela Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, e atualmente em vigor através da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009. Desta transposição resultou o conteúdo vigente nos artigos 73.º a 78.º do CIRC.

Devido a esse facto, o TJUE passou a ter competência para se pronunciar diretamente sobre a aplicação do regime a operações puramente internas, como se afirmou claramente no acórdão *Leur-Bloem* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 1995).

Mercê de uma transposição que pouco inovou face à referida Diretiva e, por outro lado, devido ao esforço do legislador nacional em coadunar o regime interno com as decisões do TJUE, este tribunal ainda não foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade da legislação nacional face ao teor da Diretiva, por não terem ainda sido suscitadas tais questões.

Não se deixará, contudo, de notar que a discriminação das operações internas de cisão-parcial e entrada de ativos face a idênticas operações transfronteiriças, no que toca à transmissibilidade de prejuízos fiscais, poderá suscitar aquela intervenção. E, em nosso entender, como analisámos no ponto 9.2.1, a decisão judicial comunitária tem verdadeiras hipóteses de ser de desconformidade com o direito comunitário.

Adicionalmente, a interpretação mais restritiva de alguns pontos deste regime – pela AT – poderá, igualmente, suscitar a intervenção do TJUE. Colocamos especial enfoque na exclusão das operações de fusão inversa (ponto 5.4.1) e nas operações de cisão-fusão entre empresas detidas pelo mesmo sócio, sem que haja distribuição de novas participações sociais (ponto 6.4.1).

Sem prejuízo do recente acórdão do Supremo Tribunal Administrativo datado de 20 de Dezembro de 2011, Processo 0865/11 que citámos no ponto 6.4.1 referente a este tipo de operações, entendemos que seria esclarecedor saber qual o sentido de uma decisão do TJUE que se pronunciasse sobre a conformidade das mesmas operações, por forma a obter uma interpretação uniforme no território comunitário.

Como referido nos respetivos capítulos, entendemos que as situações supra referidas são desconformes ao Direito Comunitário e à Diretiva em causa e deverão ser regularizadas no futuro.

Ao nível interno, entendemos que seria desejável que o STA viesse, no futuro, a inverter o caminho trilhado nos acórdãos datados de 12 Julho de 2006 e 8 de Junho de 2011 (entre outros) e aceitasse a sindicância judicial dos conceitos de “razões económicas válidas” e “inserção numa estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio e longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva” para efeitos de transmissibilidade de prejuízos fiscais.

Por fim, com o propósito de evitar definições de estabelecimento estável como aquela que vigorou na legislação nacional, entre 2003 e 2006, no então artigo 62.º-B do CIRC, entendemos que seria útil que o legislador comunitário viesse no futuro a definir expressamente este conceito.

12. Bibliografia

Monografias

- Carlos, A. B. 2010. *Impostos - Teoria Geral*: Almedina.
- Cunha, P. O. 2007. *Direito das Sociedades Comerciais. 3.ª Edição*. Coimbra: Almedina Editora.
- Machado, J. B. 1987. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987.
- Nabais, J. C. 2006. *Direito Fiscal - 4.ª Edição*. Coimbra: Almedina.
- Sanches, J. S. 2006. *Os limites do planeamento fiscal - substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*. Lisboa: Coimbra Editora.
- . 2007. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: Coimbra Editora.
- Ventura, R. 1990. *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*. Coimbra: Almedina.
- Terra, B. J. M. & Wattel, P. J. 2008. *European Tax Law*: Kluwer Law International.
- Xavier, A. 1993. *Direito Tributário Internacional*: Almedina.

Periódicos Científicos

- Larking, B. 1990. The merger directive: will it work? *European Taxation*, 30-12: 362-366.
- . 1992. Permanent Confusion? The role of the permanent establishment in the merger directive. *European Taxation*, 32-9: 304-310.
- Leitão, L. M. 1993. Fusão e cisão de sociedades. *Fisco*, 57: 18-29.
- Lobo, C. B. 2006. Neutralidade fiscal das fusões: benefício fiscal ou desagravamento estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos. *Revista Fiscalidade*, 26/27: 29-61.
- Loureiro, C. 1993. Problemas fiscais da fusão e aquisição de empresas. *Fisco*, 55-56: 42-50
- Pereira, M. H. F. 1992. Directiva comunitária relativa ao regime fiscal comum aplicável a fusões, cisões, entradas de activos e permuta de acções. *Revista Fisco*, 47 - Ano 4: 3-14.
- . 1994. Consequências fiscais ao nível nacional e internacional das cisões e operações internacionais. *Ciência Técnica e Fiscal*, 375: 83-99.
- Petkevica, J. 2008. The Concept of a "Branch of Activity" in the EC Merger Directive and Issues regarding Its Implementation in Portugal. *European Taxation*, 48-7: 370-376.
- Sanches, J. S. 2008. "Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal". *Revista Fiscalidade*, n.º 34: 7-34.

Capítulos de livros

- Câmara, F. S. 2009. As Operações de Reestruturação e a Cláusula Anti-Abuso Prevista no Artigo 67.º/10 do CIRC, Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal: 71-109. Coimbra: Coimbra Editora.
- Torres, M. A. 2009. A portabilidade dos prejuízos fiscais, Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal: 111-136. Coimbra: Coimbra Editora.

Referências não publicadas

- Autoridade Tributária e Aduaneira. 1965. *Direção Efectiva*. DESPACHO, 5268/64, CTF N75 (PAGS. 226 A 242) : s.n., 17.
- . 2003. *Fusão Inversa, a incorporante é totalmente detida pela incorporada*. Processo n.º 3127/2003 - Despacho n.º 1204/2004 -XV do SEAF, de 19/05/04, Processo n.º 3127/2003.

- . 2004. *Fusão em que a incorporante é detida pelas incorporadas e por outros sócios*. Processo n.º 320/2004 - Despacho n.º 37/2005 –XVI do SEAF, de 13/01/05, 320/2004.
- . 2004. *Operações de Fusão, sendo as sociedades incorporante e incorporada detidas pelo mesmo sócio e sem atribuição de partes sociais*. 319/2004 – com despacho n.º 36/2005 –XVI do SEAF, de 13/01, 319/2004.
- . 2007. *Ficha Doutrinária - Enquadramento fiscal de uma operação de cisão no regime de neutralidade fiscal*. 330/2007, Despacho de 2008.01.30, do Subdirector-Geral, 330/2007.
- . 2012. *Procedimento de aplicação das normas antiabuso consagradas no Código do IRC*. Processo: 2890/2007, sancionado por despacho, de 2012.03.13, do Subdirector-Geral.
- Brandão, A. F. R. 2009. *A neutralidade fiscal, em impostos sobre o rendimento, na reestruturação de sociedades - Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa.
- Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. 2005. *Transmissibilidade de prejuízos fiscais em casos de fusão, cisão e entrada de activos*. Despacho 79/2005-XVII - Divulgado pela Circular 7/2005, de 16 de Maio da DSIRC, Despacho 79/2005-XVII. 15 de 04 de 2005.

Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Administrativo. 2011. Processo n.º 0865/11, 20 de 12 de 2011.
- Tribunal Central Administrativo do Norte. 2011. 3/07.4BCPRT, 08 de 06 de 2011.
- Tribunal de Justiça da União Europeia. 1991.** *Acórdão Muwi Bouwgroep BV vs Staatssecretaris van Financiën*, processo C-164/90, 1.ª Secção, 13 de Dezembro de 1991.
- . **1995.** Processo C-28/95, acórdão do TJCE de 17 de Julho de 1995 (Leur-Bloem)., C-28/95. s.l. : Tribunal de Justiça da União Europeia, 17 de 07 de 1995.
- . **2002.** *Adersen og Jensen ApS vs Skatteministeriet*. C-43/00, C-43/00. s.l. : Tribunal de Justiça da União Europeia - Quinta Secção, 15 de Janeiro de 2002.
- . **2007.** *Acórdão Hans Markus Kofoed vs Skatteministeriet*. Processo n.º c-321/05, 5 de Julho de 2007.
- . **2008.** *Acórdão A.T. vs Finanzamt Stuttgart-Korperschaften*. Processo n.º C-285/07, s.l. : Tribunal de Justiça da União Europeia, 11 de 12 de 2008.
- . **2010.** *Acórdão Modehuis A. Zwijnenburg BV vs Staatssecretaris van Financien*. Processo n.º C-352/08, 20 de Maio de 2010.