

## **Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos**

**Carlos Baptista Lobo <sup>1</sup>**

Este artigo visa demonstrar a natureza jurídica do regime de neutralidade fiscal das fusões previsto no Código do IRC enquanto desagravamento estrutural e clarificar o intuito anti-abusivo subjacente ao procedimento de autorização administrativa para a transmissibilidade de prejuízos entre empresas incorporadas previsto no artigo 69.º do referido Código.

This article aims to clarify the IRC code merger tax neutrality rules as a structural tax deferral system and to define the underlying anti-avoidance nature of the administrative procedure applied to the loss carryforward between merged companies.

### 1. A fusão no direito das sociedades

### 2. A fusão no direito fiscal

#### 2.1. Introdução e Direito Fiscal Comparado

##### 2.1.1. – Síntese conclusiva

#### 2.2. O Regime Fiscal Nacional Aplicável às Fusões e as regras de transmissibilidade de prejuízos

##### 2.2.1. - Das normas legais aplicáveis

##### 2.2.2. - Da fusão enquanto instrumento de novação empresarial e suas consequências em sede de teoria geral da tributação

### 3. Da natureza jurídica do mecanismo de transmissibilidade de prejuízos previsto no artigo 69.º do Código do IRC

#### 3.1. Razão de Ordem

#### 3.2. – Princípio de transmissão de prejuízos e neutralidade

#### 3.3. – A natureza do regime dos artigos dos artigos 67.º a 72.º do Código do IRC

### 4. – A limitação do direito à transmissibilidade dos prejuízos fiscais das empresas incorporadas através do Despacho n.º 79/2005 – XVII, do SEAF

#### 4.1. – Aspectos gerais

### 5. - A constituição de deferimento tácito na sequência da entrega dos elementos previstos no artigo 69.º do Código do IRC

#### 5.1. – Aspectos introdutórios

#### 5.2. – Deferimento tácito e exigências suplementares dirigidas à entidade requerente

### 6. – A avaliação das motivações económicas da fusão

#### 6.1. - Introdução

---

<sup>1</sup> Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado, Paz Ferreira e Associados. Este artigo tem como origem um parecer elaborado em parceria com o Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira. Agradece-se os relevantes contributos do Professor Doutor Luís Morais.

6.1.1. – Razão de ordem

6.1.2. – Apreciação crítica de jurisprudência do STA relativa a avaliações em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC

6.1.3. – As orientações administrativas sobre a aplicação do artigo 69.º do Código do IRC

6.2. – Requisitos de actuação da Administração Fiscal em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC

6.2.1. – Aspectos introdutórios

6.2.2. – Critérios de avaliação utilizados pela Administração Fiscal

6.3. - Da Motivação Económica da fusão

6.3.1. – Aspectos introdutórios

6.3.2. – Da diversidade de motivação económicas relevantes

6.4. – Do necessário conteúdo de uma análise de “motivações económicas”

6.4.1. – Aspectos introdutórios

6.4.2. – Motivações económicas a atender e critérios enunciados em orientações administrativas

6.5. – Síntese conclusiva

## **1. A fusão no direito das sociedades**

Para melhor entendermos o regime fiscal da fusão, nomeadamente ao nível do regime de transmissibilidade de prejuízos das empresas incorporadas, é essencial analisar o seu regime comercial/mercantil. Efectivamente, o direito fiscal, enquanto direito de sobreposição, não tem a pretensão de regular exclusivamente e através de conceitos próprios todos os fenómenos jurídicos, limitando-se, na grande maioria das situações, a adoptar os conceitos e os instrumentos concebidos em outras áreas do direito. Assim, a realização de uma qualquer indagação jus-fiscalista implica uma prévia fixação das estruturas jurídicas basilares, sendo, portanto, relevante a concepção jus-comercial para a correcta concretização jurídico-fiscal da operação.

Assim, tem-se ensaiado na doutrina jus-societária, de forma profusa, definições de fusão, que, para evitar tautologias, a retratam como concentração, compenetração, junção ou até mesmo reunião. Porém, importa ter atenção o que refere Raul Ventura. De acordo com este autor «fusão significa combinação de dois ou mais corpos num só. A essência da fusão de sociedades consiste em juntar os elementos pessoais e patrimoniais de duas ou mais sociedades preexistentes, de tal modo que passe a existir uma única sociedade»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, págs. 14 e 15.

No presente, o legislador nacional não tem total liberdade na disciplina legal desta matéria, encontrando-se vinculado pelas Directivas comunitárias em vigor no domínio societário. Na Terceira Directiva Fusões<sup>3</sup>, a fusão é igualmente objecto de uma definição, que foi em parte reproduzida no artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante “CSC”). No n.º 1 desse artigo prevê-se o princípio de liberdade de realização de fusões, nos termos do qual *«duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião numa só»*. Para além disso, no n.º 4 do mesmo preceito prevê-se que *«a fusão pode realizar-se: a) Mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta; ou, b) Mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade»*.

No entanto, e conforme se referiu, a transposição efectuada é parcial, uma vez que existe uma diferença cuja relevância para o caso em análise é crucial: para ambas as modalidades de fusão, o Código das Sociedades Comerciais não usou a frase definidora da dinâmica do processo *«por efeito de uma dissolução sem liquidação»*, tal como consta no n.º 1 do artigo 3.º e no n.º 1 do artigo 4.º da Terceira Directiva Fusões.

A este respeito importa recordar a posição da doutrina na vigência do Código Comercial. De facto, neste instrumento legal dispunha-se, no n.º 7 do artigo 120.º, que as sociedades comerciais dissolvem-se *«pela fusão com outras sociedades»*. Nos quatro artigos subsequentes que se dedicavam especificamente à fusão, somente o artigo 127.º se voltava a referir à dissolução, embora em termos pouco categóricos e desconexos<sup>4</sup>. Ora, o Código das Sociedades Comerciais não inclui a fusão nas causas de dissolução das sociedades (artigos 141.º e seguintes) e quando regula a fusão, nos artigos 97.º e seguintes, nunca faz referência ao regime jurídico da dissolução *proprio sensu*. Note-se, aliás, que no Relatório de 1967 que deu origem à Terceira Directiva Fusões, escrevia-se que uma das características essenciais da fusão consistia em acarretar a transmissão da totalidade do património da sociedade absorvida para a sociedade absorvente, de maneira que não subsista nada para liquidar. A este respeito a letra do relatório era lacónica *«cês sociétés disparaissent donc par le fait de la fusion»*.

---

<sup>3</sup> TERCEIRA DIRECTIVA DO CONCELHO (Third Council Directive, [78/855/EEC](#), of 9 October 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, in JO L 295, 22 de Outubro de 1978)

<sup>4</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, pág. 224..

Conforme refere Raul Ventura, o autor do projecto do Código das Sociedades Comerciais, «além de ser claro que as sociedades (todas ou algumas) desaparecem, indica-se o facto que as faz desaparecer: o acto de fusão. De «dissolução» não há traços. Em correcta aplicação destes princípios, as definições de fusão por absorção e de fusão por constituição de novas sociedades (...) não faziam menção alguma a dissolução»<sup>5</sup>.

Assim, concluímos com Raul Ventura «na fusão ou só as sociedades incorporadas ou todas as sociedades participantes se extinguem (conforme respectivamente se trate de fusão por incorporação ou de fusão por constituição de nova sociedade) *sem dissolução e sem liquidação*, nos sentidos técnico jurídicos destas palavras» (itálico no original)<sup>6</sup>.

Mas haverá realmente extinção das sociedades? A este propósito concordamos mais uma vez com Raul Ventura quando refere que «a lei fornece aos interessados um negócio jurídico destinado a permitir «a reunião de duas (ou mais) sociedades numa só»; organiza o processo que deverá ser seguido para atingir esse resultado e discrimina os efeitos em que se desdobra a fórmula sintética. Todos os esforços para construir a fusão por modo diverso não passam de deturpações do sistema legal ou de vãos exercícios de dialéctica. Assim, voltando à extinção de sociedades, é ela o mais claramente possível expressa na lei e com ela deve contar-se em qualquer construção jurídica da fusão. E não têm cabimento distinções subtis sobre aquilo que se extingue: extingue-se a pessoa jurídica; extinguem-se as relações de sociedade entre sócios; extinguem-se as participações dos sócios nessas sociedades. Mas também não podem esquecer-se as finalidades dessas extinções; não se extingue tudo isso como um fim em si mesmo – extingue-se para *substituir*, extingue-se para *renovar*. Certamente são aproveitados os elementos pessoais, patrimoniais e até imateriais das sociedades participantes que se extinguem, mas extinção não implica desaproveitamento»<sup>7</sup> (itálico no original).

---

<sup>5</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, pág. 225. Além disso, no Relatório Introdutório do Projecto de Convenção Multilateral sobre Fusões refere-se «dans la fusion par absorption, la société absorbée est dissoute, mais n'est pas liquidée: de cette manière, il ne se produit ni réalisation, ni dispersion de ces éléments d' actif, si bien que demeure intact son potentiel industriel, commercial ou financier, transmis à la société absorbante».

<sup>6</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, pág. 228

<sup>7</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, págs. 229 e 230.

No que diz respeito à transmissão dos elementos activos patrimoniais activos e passivos da sociedade incorporada para a sociedade incorporante operada pela fusão, os diversos ordenamentos jurídicos tendem a aplicar uma concepção unitária de fusão, concebida como transmissão do património *uno actu*, ou seja, “*num só momento e por um só acto*”<sup>8</sup>. Actualmente existe uma total unanimidade quanto à autonomia do conceito jus-comercial de fusão, e quanto ao seu funcionamento cronológico a um único tempo, e num único acto, afastando-se qualquer concepção procedimentalista, ou seja, que considere a fusão como uma sucessão de actos. A fusão é, portanto, um acto único, distinto dos restantes e simultâneo no seu conteúdo.

Esta concepção da fusão enquanto acto unitário e autónomo é essencial. Efectivamente, e ao contrário das concepções tradicionais, a criação conceptual de um conceito jurídico de fusão permitiu ultrapassar as concepções doutrinárias anteriores que construíam a fusão como um mero encadear de actos sociais típicos, cuja legitimidade se fundava em princípios gerais de direito das sociedades.

Nesta óptica, e de acordo com a generalidade da doutrina juscomercialista, somos obrigados a concluir que o acto de fusão não implica o termo de uma actividade autonomamente desenvolvida tendo em vista uma finalidade económica mas unicamente uma alteração da personalidade através da qual se suporta essa actividade. A fusão não implica qualquer dissolução ou liquidação do património colectivo, antes implica a sua transmissão ou sucessão tendo em vista a optimização do modo através do qual a função é desenvolvida tendo em vista a prossecução mais eficiente do bem-estar social. Não existe uma intenção de morte, mas sim de uma longa vida. Adoptando uma perspectiva eminentemente organicista poderá dizer-se que as sociedades incorporadas são absorvidas pela sociedade incorporante que herda os respectivos códigos genéticos e os faz seus.

Tendo-se concluído que a fusão não implica qualquer forma de extinção societária, importa analisar com mais profundidade os procedimentos que regulam a translação dos activos e passivos das sociedades envolvidas na operação.

Neste âmbito, a fusão processa-se através de uma “troca” dos activos patrimoniais da sociedade absorvida, e que, por sua decisão, são entregues para o reforço da entidade absorvente. E, a este propósito importará tentar clarificar o *modus operandi* ao nível da dinâmica patrimonial. E, a este propósito tendemos, acompanhando a doutrina maioritária, a equiparar o fenómeno translativo inerente

---

<sup>8</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, pág. 237.

à fusão à figura da sucessão. Pode mesmo falar-se de uma sucessão universal ou a título universal, dado que o património é transmitido como universalidade, *i.e.*, o património passa de um sujeito para outro na «sua configuração complexiva e unitária, mantendo nas mãos do adquirente essa fisionomia. E porque o património tem uma composição híbrida abrangendo direitos e obrigações, assim se transfere ao sucessor, que tanto recebe os bens como as dívidas»<sup>9</sup>. É esta a formulação do artigo 19.º da Terceira Directiva Fusões. É essa igualmente a interpretação que deve ser dada ao artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais, que apesar de não utilizar uma linguagem tão incisiva também assim deve ser interpretado.

Neste momento torna-se fundamental introduzir duas características essenciais dos processos em presença. A primeira, já analisada, é a da *contextualidade*, que significa que o efeito translativo se produz num só momento e por um só acto (*uno actu*). A segunda, a da *expansividade*, exprime a inclusão no sentido sucessório de todas as relações jurídicas componentes do património transmitido, mesmo desconhecidos ou supervenientes.

Assim, relativamente aos efeitos da fusão da sociedade nos seus accionistas, diz a Terceira Directiva que «os accionistas da sociedade incorporada tornam-se accionistas da sociedade incorporante», o que será assegurado numa óptica de estrita proporcionalidade, quer quantitativa (adequação do valor da participação), quer qualitativa (repartição proporcional das percentagens de participação).

Este preceito visa a protecção dos accionistas face às decisões da sociedade que se decidiu fundir. Sendo essencialmente dirigido à defesa de accionistas minoritários, este preceito é útil para a compreensão do processo de fusão. Efectivamente, as participações sociais das sociedades beneficiárias correspondem à quota-parte que caberia ao accionista em caso de liquidação. No entanto, uma vez que essa liquidação não ocorreu, mas apenas uma mutação ao nível da personalidade jurídica, as novas acções correspondem à sua quota-parte de participação nos activos patrimoniais da nova sociedade.

É, portanto, neste enquadramento que se deve entender a posição dos sócios da sociedade fundida. De facto, tal como os credores e terceiros, os sócios devem ver a sua posição protegida face às decisões da sociedade cindida. É por essa razão que a Terceira Directiva refere explicitamente o seu

---

<sup>9</sup> Cfr. Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Almedina,, pág. 236.

objectivo fundamental: “*protecção dos interesses de sócios e terceiros*”, prevendo que os sócios devam ser adequadamente informados (tendo o projecto de fusão um papel fundamental nesta matéria).

No entanto, ainda não satisfeito, o legislador comunitário impôs a elaboração de relatórios adicionais, elaborados por peritos independentes. A função destes relatórios é determinar de forma precisa e objectiva se os accionistas ficam salvaguardados de forma justa e equitativa relativamente às participações sociais que recebem da sociedade beneficiária atendendo aos activos e passivos que lhes são transferidos pela sociedade absorvida, e que, em princípio lhes competiriam em caso de liquidação.

Do ponto de vista societário, o n.º 2 do artigo 10.º da Terceira Directiva define os critérios de atribuição das novas participações sociais que deverão ser pormenorizadamente descritos atendendo à especificidade do caso concreto.

A fusão processa-se através de uma absorção dos activos patrimoniais, em sentido amplo, da sociedade absorvida, e que, por sua decisão, são entregues para a incorporação numa outra sociedade. Ora, as participações sociais dessa sociedade são entregues imediatamente (*uno actu*) aos accionistas da sociedade absorvida, já que esta continua a existir, mas numa pessoa jurídica novada e, consequentemente, híbrida. Ora, uma vez que as participações sociais titulam direitos sobre um “património”, e se este é trasladado para outra entidade personalizada, a lógica de continuidade implicará que os accionistas da sociedade absorvida mantenham os seus direitos sociais, numa sequela juridicamente tutelada.

É por esta razão que se entende, mais uma vez, a fusão como processo unitário: não existe qualquer “troca” de participações sociais (das “velhas” – acções da sociedade absorvida – pelas “novas” – acções da sociedade beneficiária). O que existe é uma novação das participações detidas, directamente decorrente de uma “compensação” imediata e total dos accionistas pela opção tomada pela sociedade absorvida. As “novas” acções são representativas dos activos patrimoniais, agora na posse das sociedades beneficiárias.

É incorrecta, portanto, qualquer concepção de fusão que acolha no seu âmbito fluxos bilaterais e cruzados de participações sociais e de elementos patrimoniais entre os sócios da sociedade absorvida e os sócios e a entidade beneficiária. São esclarecedoras as palavras de Raul Ventura a este respeito, «em bom rigor, não existe «troca», nem são os sócios a celebrar eles próprios negócios de troca das suas participações, nem as respectivas sociedades celebram tais negócios pelos seus sócios; há um efeito de fusão consistente em extinção das antigas e aquisição das novas

participações. Daí decorre também que as novas participações são adquiridas a título originário e não a título derivado»<sup>10</sup>.

Assim, os efeitos da fusão *produzem-se «ipso iure e simultaneamente», i.e., por força da lei, sem necessidade de qualquer outro acto, e em resultado de um mesmo facto*. No entanto, basta uma simples indagação pelos diversos ordenamentos jurídicos para verificar que os Estados-Membros seguiram de perto o disposto na Terceira Directiva, quer quanto ao modo de produção dos efeitos da fusão (que como se demonstrou operam *ipso iure* e simultaneamente), quer quanto à conformação dos próprios efeitos (transmissão universal dos activos e passivos<sup>11</sup> e integração dos sócios da sociedade absorvida nas sociedades beneficiárias).

Concluindo, é natural que a doutrina entenda que a fusão constitua um mecanismo *a se* de criação de novas sociedades, bem como um mecanismo *a se* de extinção de sociedades existentes.

Assim, a constituição por fusão configura nos ordenamentos jurídicos analisados “*um modelo ou tipo de fundação societária*” *a se*, caracterizado pela unilateralidade.

Verifica-se, igualmente, a existência de uma forma *a se* de extinção da personalidade jurídica da sociedade absorvida. Essa especificidade é claramente reconhecida pela lei ao caracterizá-la como “dissolução”, na sequência da tradição terminológica decorrente do direito francês, adoptada pelo direito fiscal nacional, que a denomina de “dissolução sem liquidação”.

No entanto, a atipicidade desta forma de extinção ou dissolução assenta precisamente na inexistência de uma verdadeira liquidação societária. É precisamente essa ausência de liquidação que

---

<sup>10</sup> Raul Ventura, *ob. cit.*, pág. 246.

<sup>11</sup> Nesta matéria, os diversos ordenamentos jurídicos consagram expressões variáveis mas com substrato equivalente. Assim, a lei francesa refere explicitamente a qualificação de *transmission universelle* (Lei de 1966), a lei espanhola utiliza o termo *traspaso patrimonial en bloque* (LSA), a lei belga prefere referir-se à *transmission de l'intégralité de son patrimoine, activement e passivement* (Lois Coordonées), finalmente o direito alemão refere-se a esta situação como *Übertragung j eweils als Gesamtheit* (UmwBerG). No entanto, tal não tem obstado à recondução de todas estas figuras ao mecanismo da sucessão a título universal. Também aqui existe, portanto, uma especialidade. Efectivamente, qualquer qualificação que considere esta translação patrimonial como uma transmissão tipicamente considerada ou como uma equiparação a uma sucessão *mortis causa* padecerá inevitavelmente de um erro de concepção. Ora, e perante o sistema adoptado pelo CSC, a translação a título universal das partes do património da sociedade absorvida para as sociedades beneficiárias constitui um efeito do negócio jurídico que é a fusão, que, atendendo à sua especialidade, permite a transmissão sem averiguação das particularidades regimentais, de todos os elementos patrimoniais (activos e passivos). É, portanto, nesta perspectiva típica, de *tertio genus*, que deve ser analisado o mecanismo de translação. E é precisamente por essa razão que os autores tentam encontrar expressões, que não a simples transmissão ou a sucessão para descrever este fenómeno. Particularmente feliz, a este propósito, é a expressão de Karsten Schmidt, que a denomina de “*sucessão universal por negócio jurídico*” (in, “*Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts*”, Archiv für die civilistische Praxis, 1991, pág. 523. Ora, é precisamente esta sucessão universal que impede a ocorrência da liquidação da sociedade no momento da sua extinção.



justifica e fundamenta a atribuição aos sócios das novas participações sociais. Não existe qualquer troca de participações sociais a este título. O que existe é um “*direito de seqüela*” relativamente aos activos que lhe pertenciam originariamente e que foram transmitidos para uma nova sociedade considerando o efeito de sucessão universal por negócio jurídico.

## **2. A fusão no direito fiscal**

### **2.1. Introdução e Direito Fiscal Comparado**

Após a análise substantiva dos efeitos comerciais da fusão de empresas, estamos em condições de a analisar à luz das normas de direito fiscal. Efectivamente, este ramo do direito recebe as soluções provenientes dos restantes ramos, não sendo necessária a criação de regimes autónomos, sobrepostos face aos demais, salvo na presença de uma justificação fiscal imperativa e fundamental. No entanto, e curiosamente, o direito fiscal foi, por vezes, no caso das fusões, um direito de charneira. Por exemplo, no ordenamento jurídico espanhol, a primeira previsão expressa da figura autónoma da fusão ocorreu precisamente no direito fiscal<sup>12</sup>, suplantando, em termos de precedência, o direito comercial e mercantil.

Ora, face à especificidade da figura da fusão, não será de estranhar que os diversos ordenamentos jurídicos contenham regimes específicos para a regulação fiscal do acto unitário, nomeadamente dos seus efeitos perante os detentores das participações sociais. Efectivamente, do ponto de vista fiscal, a situação contributiva dos accionistas pode não sofrer uma variação nominal, já que o valor das participações detidas representativas do *aquis* patrimonial da sociedade cindida é transposto para as novas participações entregues pela sociedade beneficiária. O mesmo acontece relativamente aos direitos referentes aos activos e às obrigações decorrentes dos passivos, que devem ser entendidos no âmbito de um princípio de neutralidade. Efectivamente, a neutralidade económica das fusões implica, *ipso facto*, uma neutralidade fiscal das mesmas.

Note-se que, num primeiro nível, poderá ocorrer uma diferença significativa, já que o valor contabilístico – histórico – das acções originárias poderá não corresponder ao valor actual – de mercado – das acções novadas. Relembre-se que as novas acções resultaram de um acto de novação da

---

<sup>12</sup> Orden de 5 de Abril de 1965, Decreto-Ley 8/1966, de 3 de Outubro e principalmente Ley 76/1980, de 26 de Dezembro.

participação social. E, nesse acto de novação, o valor patrimonial real da participação revelou-se, sendo, de seguida, incorporado no valor de mercado da sociedade “sobrevivente”. Desta forma, apesar de não ter ocorrido uma liquidação da sociedade absorvida, a dissolução permitiu, num momento, o vislumbre do valor real da participação social, que corresponde inequivocamente à quota-parte patrimonial transferida da sociedade absorvida para a sociedade beneficiária. Esse ligeiro vislumbre poderia, no entanto, ser suficiente para que o direito fiscal pudesse imputar um rendimento ao titular das participações sociais, despertando, em consequência, as variações patrimoniais até então num estado de latência. Porém, e conforme demonstraremos adiante, o princípio de continuidade sobrepõe-se à aparente finalização do ciclo económico empresarial, e, nesse âmbito, o facto tributário não é originado, diferindo-se o ganho ou a perda.

Numa dimensão diferente, mas paralela, também se poderia entender que mais-valias latentes pudessem ser consideradas realizadas no momento da translação.

De forma a garantir a necessária neutralidade fiscal nestes processos, a generalidade dos países prevê a possibilidade de aplicação de um regime próprio: o diferimento de tributação. Esse instrumento é essencial para garantir o *princípio da neutralidade das fusões*, e deu origem à aprovação da Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho.<sup>13</sup>

O preâmbulo da Directiva é bastante claro quando refere: “*considerando que as fusões, as cisões, as entradas de activos e as permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum; que essas operações não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional*”. Por sua vez, a Directiva 2005/19/CE, de 17 de Fevereiro<sup>14</sup>, refere, também no seu

---

<sup>13</sup> Directiva [90/434/CEE](#) do Conselho, de 30 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e contribuições do activo e trocas de acções que interessam sociedades de diferentes Estados-Membros (JO L 225 de 20.08.1990)

<sup>14</sup> Directiva n.º 2005/19/CE, de 17 de Fevereiro de 2005, que altera a Directiva [90/434/CEE](#) do Conselho, de 30 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e contribuições do activo e trocas de acções (JO L 48 de 4.03.2005)

preâmbulo que: “*um dos objectivos da Directiva 90/434/CEE é a eliminação dos obstáculos ao funcionamento do mercado interno, como a dupla tributação. Na medida em que essa directiva não atinja plenamente esse objectivo, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para o alcançar*”.

Estes dois instrumentos vêm na sequência da inquietude que a então CEE havia demonstrado acerca dos possíveis obstáculos que os regimes fiscais dos diversos Estados-membros poderiam erigir à realização de fusões entre empresas de diferentes países. Foi precisamente para eliminar esses obstáculos que foram aprovadas a Terceira Directiva Fusões e a Directiva 90/434/CEE.

O regime comum deveria dar solução a três preocupações essenciais:

- i) a eliminação do obstáculo que constitui o custo fiscal da operação, já que se entendia que a fusão não deveria dar lugar, em princípio, a qualquer facto tributável;
- ii) não se deveria lesar os interesses do Estado da sociedade absorvida, mantendo-se um estabelecimento estável que permitisse a tributação futura;
- iii) o regime a adoptar deveria ser o de diferimento de tributação, e não o de estabelecimento de qualquer isenção.

Ora, esta realidade é totalmente coerente com os princípios que norteiam o regime juscomercial aplicável às fusões:

- i) a existência de uma dissolução sem liquidação não fomenta a formação de um facto tributário que despolete a tributação de mais-valias latentes na pessoa da sociedade;
- ii) a novação das participações sociais não implica a realização de qualquer variação patrimonial realizada na pessoa dos sócios;
- iii) a relação jurídico-fiscal mantém-se inalterada em todo os seus níveis, obrigando-se unicamente ao cumprimento de uma obrigação acessória – o preenchimento da declaração de cessação de actividade -.

### 2.1.1. – Síntese conclusiva

Em súmula, o regime tributário de diferimento constitui-se como a soluço que melhor se adapta   realidade estrutural subjacente ao conceito comercial e societário de fusão. Não existe qualquer incentivo fiscal às reestrutura es empresariais. Este traço   comum a todos os ordenamentos fiscais analisados. A razão para o diferimento da tributa o assenta em razões estruturais que informam as próprias concep es do sistema fiscal e não se sustenta numa motiva o económica extra-fiscal. O que está em causa   a adapta o do sistema fiscal   realidade comercial subjacente na óptica da neutralidade económica da fusão que deve necessariamente ser acompanhada por uma neutralidade fiscal consequente.

## ***2.2. O Regime Fiscal Nacional Aplicável  s Fusões e as regras de transmissibilidade de prejuízos***

### *2.2.1. - Das normas legais aplicáveis*

Limitando a nossa análise ao regime da transmissibilidade dos prejuízos fiscais, refira-se que o nosso legislador, no n.  1 do artigo 69.  do Código do IRC adopta igualmente o princípio da neutralidade, afirmando categoricamente que «os prejuízos fiscais das sociedades fundidas podem ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante».

Se as sociedades adquiridas tinham prejuízos fiscais a reportar, então esse prejuízo deve ser reportado na pessoa jurídica da sociedade beneficiária já que, em tese, ela não constitui senão a reunião desse conjunto de activos e passivos, numa personalidade jurídica novada.

Ora, esta norma nada mais faz do que reconhecer o cont do juscomercial inerente ao processo societário de fusão: a manuten o do *status quo ante* no momento posterior ao da realiza o da fusão, e consequentemente, a transmissibilidade de prejuízos resultantes de uma fusão não pode ser tratado de forma diferente da que resultaria numa situa o em que tal se processe no interior de uma única sociedade.

### *2.2.2. - Da fusão enquanto instrumento de nova o empresarial e suas consequências em sede de teoria geral da tributa o*

Conforme se referiu, o conceito juscomercial de fusão salienta de forma clara a ideia de inexistência de uma liquidação, bem como a relutância na aceitação da figura mais difusa e de menor intensidade de “dissolução”. Ora, como não poderia deixar de ser, esta concepção de continuidade tem um impacto fundamental em sede de teoria da tributação. Assim, importa atentar nos seguintes aspectos:

*i) O acto de fusão no âmbito da teoria do Rendimento Acréscimo e suas consequências ao nível da transmissibilidade de prejuízos*

A concepção de rendimento acréscimo em que assenta o sistema fiscal português (concepção denominada de Schanz-Haig-Simons)<sup>15</sup> estabelece claramente que a imputação do rendimento deve ser computada na esfera jurídico tributária do sujeito passivo no momento em que é líquido e certo.

Assim, na perspectiva de Schanz, o conceito de rendimento encontra-se relacionado com a capacidade contributiva dos sujeitos. Quando se pretende determinar o rendimento individual, deverá verificar-se qual a sua capacidade económica acrescida num determinado período de tempo. Por outras palavras, para este autor o rendimento seria *“the net influx of wealth over a period of time (...) neither impaired his capital nor incurred personal debts”*<sup>16</sup>.

Conclui, de seguida, que para se constituir como rendimento, o aumento da capacidade contributiva deveria ser susceptível de avaliação monetária: *“the multifarious forms of income must have one element in common. They must be reducible to a common denominator, a monetary expression which permits the calculations of an approximate total (...) the monetary equivalent of advantages derived from the direct use of capital goods, houses, gardens, etc; the monetary equivalent of income in kind, lottery winnings, capital appreciation, inheritances, etc., must be included (...)”*<sup>17</sup>.

Haig, por sua vez, desenvolveu estas considerações, referindo que deveria ser entendido por rendimento: *“either the money-worth of the goods and services utilised during a given period or (...)”*

---

<sup>15</sup> Cfr, a este propósito, por todos, José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, esp. pp. 512 ss..

<sup>16</sup> G. von Schanz, *“Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze”*, *Finanz-Archiv*, (1986) traduzido por P. Wueller, *“Concepts of Taxable Income I – The German Contribution”*, *Political Science Quartely*, 53, 1, Março, (1938), págs. 83 a 103.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 103.

*the money itself received during the period supplemented by the money-worth of such goods and services as are received directly without a monetary transaction”<sup>18</sup>.*

Este autor propõe uma extensão do conceito de rendimento, que abrange não só os fluxos monetários e os bens susceptíveis de avaliação monetária mas igualmente todos os factores que aumentem a capacidade contributiva do sujeito e que lhe permitem canalizar mais recursos<sup>19</sup>.

Assim, o conceito de acréscimo de rendimento, que fundamenta a tributação, é interpretado como o acréscimo de consumo, ou de investimento, que o sujeito pode realizar no futuro, sem recurso a capitais alheios. Nestas circunstâncias, existirá rendimento quanto o sujeito tenha a percepção de que tem ao seu dispor meios que lhe permitem consumir ou investir imediatamente. Não é necessário, portanto, que ocorra um fluxo monetário ou a apropriação de um qualquer bem, bastará a sensação psicológica de que o rédito é certo e facilmente mobilizável.

Henry Simons, outro dos pais dos modernos impostos sobre o rendimento veio refinar ainda mais o conceito de rendimento-acréscimo, e fê-lo em termos bastante felizes e que nos poderão auxiliar.

Assim, referiu: *“personal income connotes, broadly, the exercise of control over the use of society’s scarce resources. It has not to do so with sensations, services or goods, but rather with rights which command prices (or to which prices may be imputed). Its calculation implies estimate (a) of the amount by which the value of a person’s store of property rights would have increased, as between the beginning and the end of the period, if he had consumed (destroyed) nothing, or (b) of the value of rights which he might have exercised in consumption without altering the value of his store of rights. In other words it implies estimate consumption and accumulation (...). Personal income may be defined as the algebraic sum of (1) the market value of rights exercised in consumption and (2) the change in the store of property rights between the beginning and end of the period in question. In other words, it is merely the result obtained by adding consumption during the period to “wealth” at the end of the period and subtracting “wealth” at the beginning”<sup>20</sup>.*

---

<sup>18</sup> Robert. Haig, *“The concept of Income – Economic and Legal Aspects”*, R. Haig, ed., *Federal Income Tax*, Columbia University Press, New York, (1921), pág. 6.

<sup>19</sup> Nas palavras de Samuelson, Haig definia rendimento como a medida de *“current power to consume if a person wishes to do so”* (in Paul Samuelson, *“The Evaluation of Social Income: Capital Formation and Wealth”*; in Lutz e Hague, eds., *The Theory of Capital*, Macmillan, London, (1961), pág. 45.

<sup>20</sup> Henry Simons, *Personal Income Taxation – The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, University of Chicago Press, Chicago, (1938), págs. 49 e 50.

Simons altera a perspectiva enunciada por Haig. Em vez de assentar na percepção psicológica de rendimento, altera o rumo, e relaciona o rendimento com o valor dos direitos de propriedade detidos por um sujeito. O conceito de rendimento parecia ter passado definitivamente para a esfera jurídica, deixando o campo da psicologia e das percepções. Assim, se um sujeito pudesse exercer esses direitos de propriedade (concepção de origem eminentemente coseana) de forma a consumir e não ficasse, no final do período, numa situação patrimonial mais desfavorável do que no momento inicial, então a atribuição original desses direitos de propriedade seria tributável.

É esta a filosofia adoptada pelo nosso ordenamento jurídico-fiscal. O conceito de rendimento acréscimo em que assenta o IRC considera enquanto rendimento tributável a expressão pecuniária de pretensões juridicamente tituladas de sujeitos passivos relativamente a determinados interesses. Não é necessário que essa pretensão do contribuinte seja directa e imediatamente tutelada, basta uma expectativa que, no entanto, e com todo o grau de certeza, se torne efectiva, ou seja, se constitua num verdadeiro e próprio direito num momento futuro.

Assim, o conceito de rendimento encontra-se relacionado com a capacidade contributiva dos sujeitos. Quando se pretende determinar o rendimento individual, deverá verificar-se qual a sua capacidade económica acrescida num determinado período de tempo.

Existem, pois, três situações distintas. Num primeiro grau **(i)**, poderá considerar-se como rendimento tributável a expressão pecuniária do direito – efectivo e imediato – a um determinado activo. Nestas circunstâncias, o montante de rendimento a imputar deverá corresponder à totalidade do proveito resultante do exercício desse direito. Num segundo grau **(ii)**, poderá considerar-se como rendimento tributável a expressão pecuniária de uma expectativa juridicamente tutelada. No entanto, o montante a contabilizar pelo sujeito passivo como proveito deverá ser ponderado em função dos eventuais custos de recuperação do seu crédito, bem como do eventual diferimento temporal. Num terceiro grau **(iii)**, não se poderá considerar como rendimento tributável o produto de meras projecções futuras de eventuais ganhos.

Na realidade, das expectativas que não mereçam tutela jurídica assentes em juízos de mera probabilidade insusceptíveis de cristalização num qualquer direito a um crédito não resultará qualquer acréscimo patrimonial susceptível de computação no rendimento tributável.

Sucedem que no momento da fusão, não ocorre qualquer liquidação da empresa societária. Não havendo qualquer dissolução no sentido económico termo, o seu património não é computado para

aferição do resultado final de exploração empresarial. Efectivamente, não existe qualquer liquidação da actividade que culminaria qualquer processo de finalização da actividade societária. Pelo contrário, o que ocorre é uma novação das participações sociais que titulam o património empresarial subjacente a uma lógica de continuidade da actividade empresarial, agora integrada na sociedade beneficiária. Nada é alterado em sede de direitos e de obrigações. O que ocorre é uma sucessão universal que o direito fiscal não poderá inviabilizar nem deverá dificultar.

Consequentemente, os elementos que definem a capacidade contributiva das sociedades incorporadas são naturalmente inseridos nos elementos patrimoniais da sociedade incorporante. Do ponto de vista fiscal, nada se deverá alterar. Neste quadro, se existem prejuízos transitados, estes devem ser incluídos de forma natural no cômputo da sociedade incorporante numa lógica própria de continuidade de laboração e de manutenção da fonte produtiva de rendimento.

É esta a filosofia adoptada pelo nosso ordenamento jurídico-fiscal. O conceito de rendimento acréscimo em que assenta o IRC considera rendimento tributável a expressão pecuniária de pretensões juridicamente tituladas de sujeitos passivos relativamente a determinados interesses. E neste caso, os prejuízos fiscais constituem um elemento determinante da capacidade contributiva da empresa incorporada que necessariamente deve ser tomado em consideração pela empresa incorporante.

Não pode ocorrer qualquer variação dos termos integrados que definem a capacidade contributiva empresarial por decorrência de um qualquer processo de fusão sob pena de violação do princípio da tributação pelo lucro real.

*ii) O acto de fusão no âmbito da teoria da tributação segundo o ciclo empresarial e suas consequências ao nível da transmissibilidade de prejuízos*

A análise da teoria de tributação consoante o ciclo de vida empresarial é uma outra forma de demonstrar teoricamente que a transmissibilidade de prejuízos de uma sociedade incorporada na sociedade incorporante se constitui como uma solução estrutural de direito fiscal.

De facto, em tese pura, o rendimento societário final só se pode apurar no momento da liquidação da empresa, por oposição entre o capital investido e o que se viesse a obter pelos sócios no momento da liquidação. Porém, a prática financeira, mercantil e fiscal, bem como a necessária remuneração periódica dos accionistas, obrigou a uma repartição artificial da vida empresarial em intervalos



temporais, com uma imputação – que se quer o mais fiel possível – a cada período, das componentes positivas e negativas do rendimento. No entanto, é somente no momento final da vida da empresa que se conseguirá ter a percepção perfeita da remuneração dos capitais investidos pelos sócios.

O princípio da especialização de prejuízos implica uma classificação do lucro ou do prejuízo relativamente a um determinado período tributável. Porém essa classificação é fictícia, visando uma finalidade meramente instrumental. Neste contexto, a periodização da tributação torna-se um elemento nuclear. Sendo a vida económica da empresa uma realidade dinâmica, não poderão usar-se critérios estáticos para a sua apreensão, mas sim métodos que permitam a transmissão dessa dinâmica para o resultado fiscal, que por aplicação do princípio da especialização de exercícios é artificialmente segmentado. De facto, se existe alguma unanimidade na doutrina a este respeito é na concepção de que o lucro ou o prejuízo de uma empresa, ou exploração, só é calculável, em rigor, no termo da sua vida<sup>21</sup>.

Porém, esta periodização será tanto mais correcta quanto a parcela correspondente ao período em causa reflectir as vicissitudes positivas e negativas de outros períodos de vida da unidade económica de forma que a tributação se torne o mais neutra possível em termos inter-temporais.

Existem diversas formas de minimizar os efeitos de distorção da periodização dos lucros. O regime das amortizações e das provisões são corolários da integração da perspectiva inter-temporal de exercícios. Porém, o mais importante é o regime da transmissibilidade de prejuízos. Por exemplo, no direito fiscal norte-americano adopta-se a cláusula de *tax benefit rule* que limita a inclusão no rendimento de um determinado ano, quanto à recuperação de montantes deduzidos nos anos anteriores, à vantagem fiscal decorrente dessa dedução. No Reino Unido, por sua vez, permite-se a correcção de exercícios anteriores, para a tomada em consideração de eventos posteriores.

Porém, as medidas mais importantes são as técnicas que consistem no cálculo médio dos rendimentos para efeitos de tributação (*averaging measures*<sup>22</sup>) e na transmissão de prejuízos para montante ou para jusante.

---

<sup>21</sup> Fala-se a este respeito de resultado total da empresa ou de resultado final. Cfr. Rogério Fernandes Ferreira, “O lucro – Estudo Económico, Contabilístico e Jurídico-Fiscal” in Estudos Comemorativos do XX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983, págs. 14 e ss.

<sup>22</sup> As modalidades de *averaging* são várias: o *block averaging* consiste no cálculo do rendimento total de determinado número de anos que é depois distribuído numa base proporcional por cada um desses anos; os assentes em pressupostos de poupança, sendo o rendimento simplesmente tributado no momento do recebimento das anuidades; ou ainda, a utilização de um coeficiente de rendimento médio que permite a correcção de um desvio verificado num determinado exercício. Cfr. B. Arnold, “Timing and Income Taxation: The principles of Income Measurement for Tax Purposes”, Canadian Tax Paper, n.º 71, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1983, págs. 63 e ss.

Vamos centrar-nos, no caso em análise na transmissão de prejuízos, mas antes torna-se conveniente analisar um pouco mais a questão da imputação temporal de custos.

De acordo com o *matching concept*, para a determinação do lucro tributável deverão ser deduzidos aos proveitos os custos que se tornou necessário suportar para os obter. Existe, portanto, em termos gerais uma correlação entre os custos e os proveitos num determinado exercício.

No entanto, como se referiu, além dos custos necessários para a percepção dos proveitos também se deverão incluir os custos necessários para a manutenção da fonte produtora.

De facto, em relação a determinados custos é difícil determinar a correlação entre o custo e o respectivo proveito. São custos relacionados com a actividade no seu todo temporal e não estão relacionados com os proveitos de um determinado exercício.

Aqui poderá efectuar-se uma distinção entre custos de período e custos de proveito: os custos de proveito são aqueles que podem ser relacionados directamente com um proveito específico; por sua vez, os custos de período não podem relacionar-se directamente com um determinado proveito sendo necessário que a sua imputação temporal seja efectuada de uma forma coerente e sistemática.

Para efeitos fiscais, a aceitação dos custos de período é condicionada pelo princípio da indispensabilidade dos custos.

Tal como refere Freitas Pereira, “isto significa que, se esses custos não são suportados para a realização dos proveitos realizados num exercício, têm de o ser, ou por virtude de proveitos realizados ou a realizar noutros exercícios, ou então com vista à manutenção da fonte produtora”<sup>23</sup>.

Nestes termos, pela própria lógica decorrente da peculiar estrutura produtiva, a tributação das sociedades deverá assentar num princípio de solidariedade de exercícios, de que decorre naturalmente a transmissão de prejuízos, através do qual os custos não recuperados de um exercício devem comunicar-se ao lucro de outros exercícios como forma de o imposto sobre os lucros da actividade ser equilibrado e justo, através de uma postura de neutralidade temporal, não penalizante de actividades económicas intensivas em termos de investimento inicial.

A este respeito, o sistema português nem é dos mais permissivos. De facto, a transmissão de prejuízos, coloca em tese duas possibilidades de procedimento: o transporte para jusante (“*carry forward*”) e para montante (“*carry back*”).

---

<sup>23</sup> Freitas Pereira, “A periodização do lucro tributável”, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 349, Janeiro-Março, 1988, pág. 140.

A transmissão para montante traduz, do ponto de vista económico, uma vantagem imediata para o sujeito passivo no momento em que ele mais precisa, tendo em consideração a sua situação deficitária. Porém, tal constatação financeira mostra-se falível do ponto de vista estritamente fiscal e de operatividade. De facto, os prejuízos verificados num dado período relacionam-se essencialmente com encargos suportados visando a manutenção da fonte produtora no futuro e não com pretensos excessos de proveitos realizados no passado<sup>24</sup>.

A transmissão de prejuízos para jusante é, pois, a mais usual e é acolhida na generalidade dos países como forma de alcançar o princípio da neutralidade inter-temporal da tributação.

Considerações de eficiência são fundamentais na matéria relativa ao período de admissibilidade da transmissão. Em tese, o período de transmissão deve estar relacionado intrinsecamente com o ciclo de vida do negócio. E, lembre-se, que a fusão implica uma ideia de continuidade de actividade. Neste caso, poderá referir-se que o referido período deverá ser suficientemente longo para que permita a absorção dos investimentos avultados no arranque de actividade ou na aquisição de empresas deficitárias, que, não implicando os custos iniciais de investimento, traduzem, no espírito de incorporante, uma novação na sua actividade futura. Não deverá ser ilimitado, pois tal poderia favorecer empresas ineficientes e colocaria problemas avultados em sede de auditoria e de certeza da prestação tributária.

Os princípios gerais reguladores da transmissão de prejuízos levam a que esta seja efectuada nos exercícios supervenientes, devendo concretizar-se, por questões de igualdade e de equidade, o mais rapidamente possível, no âmbito da entidade que subsiste, a empresa incorporante.

De facto, o prejuízo transmitido constitui-se como um crédito a deduzir à matéria colectável nos anos subsequentes. Ao existir matéria colectável positiva disponível, o prejuízo transportado constitui-se automaticamente como um custo de exercício desse ano, devendo ser deduzido nesse momento. Assim, o prejuízo transmitido adquire automaticamente a qualidade de custo do exercício em causa, devendo ser deduzido em conformidade. O seu limite quantitativo será o do montante da matéria colectável verificada nos exercícios posteriores.

Só não sendo possível recuperar esses prejuízos no exercício imediatamente superveniente é que o remanescente passará para os exercícios posteriores, aguardando matéria colectável disponível, e

---

<sup>24</sup> É por esta razão que são poucos os países que adoptaram este sistema: Alemanha (2 anos); França (3 anos); Irlanda (1 ano), Holanda e Reino Unido (3 anos).

assim sucessivamente até ao completo ressarcimento do prejuízo fiscal ou o final do prazo de permitido na lei para o transporte<sup>25</sup>.

Ora, a transmissibilidade prejuízos é um aspecto estrutural ao sistema fiscal uma vez que tem como objectivo adaptar o sistema de tributação anual à real situação contributiva do contribuinte. Esta ponderação inter-temporal é essencial para salvaguardar o princípio da capacidade contributiva, não revestindo a natureza de benefício fiscal. Pelo contrário, é um dos elementos mais estruturantes do sistema fiscal.<sup>26</sup>

### **3. Da natureza jurídica do mecanismo de transmissibilidade de prejuízos previsto no artigo 69.º do Código do IRC**

#### **3.1. Razão de Ordem**

Pelo exposto, poderemos concluir que o instituto societário das fusões implica três ideias de força fundamentais:

- a) a existência de dissolução sem liquidação das entidades absorvidas, cuja actividade é mantida através da entidade incorporante;
- b) a existência de uma sucessão universal de direitos e deveres, sendo que a operação de fusão não deve alterar em nada a situação prévia subjacente;
- c) a novação das participações sociais não implica a realização de qualquer variação patrimonial realizada na pessoa dos sócios;

---

<sup>25</sup> Havendo prejuízos de vários exercícios a reportar para jusante a dedução deverá iniciar-se pelos verificados em data cronologicamente mais anterior transferindo-se para os exercícios imediatos por ordem cronológica da ocorrência.

<sup>26</sup> Esta mesma constatação é claramente assumida no recente “*Relatório de Reavaliação dos Benefícios Fiscais*”, nos termos que referiremos mais desenvolvidamente *infra*, ponto **3.3.** (*vd.* especialmente nota 23).

Consequentemente, o direito fiscal é obrigado a adaptar-se a este imperativo de neutralidade económica das fusões. E é em função desta necessária adaptação que se deve entender todo o movimento de harmonização comunitária a este propósito, inicialmente traduzido na adopção da Terceira Directiva Fusões, complementada supervenientemente pelo regime fiscal harmonizado constante da Directiva n.º 90/434/CEE.

Esta é, porém, uma realidade que supera o próprio âmbito da harmonização comunitária, constituindo um facto que é inerente e estrutural ao sistema fiscal.

Efectivamente, e de acordo com o princípio da eficiência, o sistema fiscal não pode originar distorções significativas no tráfego económico, devendo adaptar-se de forma eficiente ao tráfego comercial normal. A neutralidade fiscal das fusões é essencial para assegurar a neutralidade económica das mesmas. Não se trata de incentivar ou promover a reestruturação empresarial; trata-se, isso sim, de eliminar obstáculos desproporcionados e despropositados à liberdade económica dos agentes económicos. No limite, pode mesmo dizer-se que a inclusão de uma tributação nesta sede – que como já vimos seria dogmaticamente incorrecta – inseriria fatalmente ineficiência no sistema, de forma desproporcionada e injustificada.

De facto, as empresas incorporadas não desaparecem. A inexistência de uma extinção ou liquidação é uma característica crucial no instituto das fusões. Estas empresas transmutam-se na pessoa jurídica da entidade incorporante que, após a fusão, desenvolve *per se* a actividade das incorporadas. A sociedade resultante da fusão é o resultado da combinação entre a sociedade incorporante e as sociedades incorporadas. O ciclo de vida destas últimas subsiste embora de forma novada na pessoa da nova sociedade.

Assim, o mecanismo de neutralidade fiscal das fusões é estrutural ao sistema fiscal uma vez que adopta esta perspectiva de continuidade, não fccionando uma extinção ou liquidação fiscal das entidades incorporadas (que comercialmente não existe) nem criando factos tributáveis ao nível de mais-valias latentes na pessoa da sociedade ou na pessoa dos sócios.

### ***3.2. – Princípio de transmissão de prejuízos e neutralidade***

Em segundo lugar, estabelece-se, no direito fiscal, um princípio geral de aceitação de transporte de prejuízos. Tal princípio resulta na constatação das insuficiências resultantes da especialização de

exercícios para a aferição da real situação contributiva do sujeito no âmbito de uma dinâmica inter-temporal. Como foi demonstrado, o ciclo empresarial decorre do momento da criação da entidade até ao momento da extinção da mesma. Só nesse momento é que é possível averiguar do concreto resultado económico da sua actividade.

Assim, o transporte de prejuízos corporiza a tentativa do direito fiscal no sentido de alcançar o máximo de neutralidade possível na tributação inter-temporal de uma determinada exploração. Tal é tanto mais importante quanto a disparidade temporal existente entre a efectivação dos investimentos e os proveitos resultantes.

Poderá, portanto, concluir-se que o artigo 69.º do Código do IRC não traduz senão a regra geral de transmissibilidade de prejuízos no âmbito da mutação genética da personalidade colectiva das empresas envolvidas. De facto, partindo da ideia de continuidade de actividade das empresas absorvidas na pessoa da sociedade adquirente, tudo se deverá passar, do ponto de vista fiscal, da forma mais neutral possível.

Pelo exposto, e nesta óptica de continuidade, é obrigatório concluir que, nos termos das regras gerais de tributação, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais constitui um princípio geral estrutural do sistema tributário numa situação de fusão de empresas.

Todas estas conclusões são reforçadas pela concepção da sucessão universal de direitos e deveres e que distingue peremptoriamente a figura da fusão de outras como a transmissão. Assim, em termos comerciais, económicos e também fiscais, assistimos a:

- i) uma translação total e em bloco do património activo e passivo;
- ii) uma translação que não necessita de um consentimento dos credores;
- iii) um efeito translativo decorrente da lei e não da vontade das partes.

Ora, como é óbvio, estas características estruturais inerentes ao conceito económico e comercial de fusão conformam definitivamente o regime fiscal aplicável.

Por esta razão somos obrigados a concluir que não existe qualquer fundamento de extra-fiscalidade para a justificação do regime fiscal previsto nos artigos 67.º a 72.º do Código do IRC.

Pelo contrário, o regime previsto traduz-se num desagravamento estrutural para conformar o sistema fiscal à realidade económica e comercial da fusão.

### ***3.3. – A natureza do regime dos artigos dos artigos 67.º a 72.º do Código do IRC***

A configuração destes instrumentos fiscais como benefícios fiscais é totalmente desadequada e redutora da realidade. De facto, nem se pode afirmar que exista uma norma prévia de incidência a este título. A ideia de dissolução sem liquidação conjugada com a ideia de sucessão universal impede a origem de qualquer facto tributário seja a que título for. Nessa conformidade, não pode existir um benefício fiscal sem uma norma antecedente que preveja a ocorrência de um facto tributário.

A existir tributação, esta seria inevitavelmente danosa em sede de bem-estar social, e consequentemente, violadora do princípio da eficiência tutelado constitucionalmente. Por outro lado, em lado algum se vislumbra uma demonstração de capacidade contributiva, pelo que também o princípio da igualdade tributária seria violado.

Pelo exposto, os artigos 67.º a 72.º do Código do IRC são essencialmente normas clarificadoras de um regime de neutralidade que inevitavelmente assume tal configuração.

Não são benefícios fiscais porque, encadeando sistematicamente as apreciações acima desenvolvidas:

- i) Não existe norma primária de incidência;
- ii) Não existe qualquer facto tributável;
- iii) Não ocorre qualquer liquidação empresarial;
- iv) Não existe qualquer transmissão patrimonial;
- v) Não existe qualquer interesse extra-fiscal;

Assim, o regime fiscal constante dos referidos artigos 67.º a 72.º do Código do IRC traduz-se num desagravamento estrutural e, por conseguinte, não se constitui como benefício fiscal (aspecto que é, de

resto, confirmado em termos categóricos pelas análises desenvolvidas no recente “*Relatório de Reavaliação dos Benefícios Fiscais*”).<sup>27</sup>

#### **4. – A limitação do direito à transmissibilidade dos prejuízos fiscais das empresas incorporadas através do Despacho n.º 79/2005 – XVII, do SEAF**

##### **4.1. – Aspectos gerais**

Na análise do âmbito da globalidade dos prejuízos a transportar, o n.º 4 do artigo 69.º do Código do IRC estabelece que «*no despacho de autorização pode ser fixado um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais a estabelecer o escalonamento da dedução*». De facto, em impostos de rendimento de âmbito generalista poderá colocar-se a questão de uma eventual comunicabilidade horizontal dos prejuízos verificados em determinadas cédulas de actividade para as restantes cédulas<sup>28</sup>. Assim, além da identidade jurídica do ente beneficiário do transporte, exige-se igualmente uma continuidade da actividade exercida, o que manifestamente se verifica na sequência de um processo de fusão.

Tal como refere Freitas Pereira, “*a actividade em que foi obtido o prejuízo deve ser, de forma substancial, idêntica à actividade a que respeita o lucro a que aquele vai ser deduzido. É que, a não*

---

<sup>27</sup> Nesse Relatório produzido por um Grupo de Trabalho nomeado pelo Ministro das Finanças, e composto por elementos destacados da Administração Fiscal afirma-se quanto ao regime constante dos artigos 67.º a 72.º do Código do IRC que «a aplicação das regras aí previstas conduz na prática a uma eliminação dos encargos fiscais, a uma desoneração fiscal. Simplesmente essa desoneração visa estritamente garantir para as operações em causa a neutralidade fiscal, a qual, se não fosse alcançada, representaria uma injustificada penalização fiscal de actos que são fundamentais para a reestruturação empresarial e, portanto, para a vida económica. Subjacente a tais normas não há pois uma verdadeira extrafiscalidade, isto é, um específico objectivo económico e/ou social a ser prosseguido mas apenas um mero propósito técnico que, naturalmente pode ser melhor ou pior alcançado. A sua aplicação não revela um estímulo fiscal mas antes uma intervenção destinada a evitar uma aplicação das normas fiscais que seria formalmente correcta mas substancialmente indevida atenta a realidade económica das operações. Nessa medida, portanto, não estamos perante benefícios fiscais em sentido próprio e, por isso, não nos vamos ocupar delas”. (ênfase acrescentada) Cfr. *Reavaliação dos Benefícios Fiscais, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 198, Dezembro de 2005, p. 174.

<sup>28</sup> No Reino Unido, uma sociedade que explore diferentes actividades, ainda que sujeitas ao mesmo regime de tributação, em alguns casos pode ser obrigada a manter contas separadas para cada uma de modo a que os prejuízos verificados numa delas só possam ser deduzidos aos lucros relativos à mesma actividade. Neste caso, esta impossibilidade de transporte funciona como uma típica norma anti-abuso.



*ser assim, o princípio da solidariedade dos exercícios, de que decorre o reporte de prejuízos, não tem justificação”<sup>29</sup>.*

O n.º 4 do artigo 69.º do Código do IRC tem como função escalonar o benefício se a Administração Fiscal o entender necessário, adaptando o direito ao crédito de imposto com a nova realidade empresarial proveniente do processo de fusão. No entanto, note-se, essa disposição do Código do IRC é de exercício meramente opcional, não implicando, como a Administração Fiscal parece entender em muitos casos qualquer condição ou requisito de acesso ao regime.

Obviamente que, atendendo à modificação da configuração subjectiva das entidades envolvidas uma vez que as sociedades incorporadas se integram na sociedade incorporante, poderá ser necessária uma ponderação do escalonamento de dedução durante os períodos supervenientes. Essa ponderação tem unicamente por efeito adaptar o mecanismo de transmissibilidade de prejuízos tendo em vista a sua melhor adaptação possível à realidade económica concreta de forma a que se traduza, do ponto de vista fiscal, o mais fielmente possível a real situação contributiva da sociedade incorporante, que engloba já, no seu seio, as sociedades incorporadas. Porém, o seu conteúdo limita-se ao estabelecimento de um critério de periodização, e não de um qualquer limite quantitativo global.

Neste âmbito, o ciclo produtivo das sociedades incorporadas é mantido no âmbito da incorporante pelo que a ponderação dos prejuízos passados deverá ser efectuada em termos adaptados à relativa importância da sua actividade no seio, agora mais amplo, da pessoa jurídica da sociedade englobante. Nada existe de extraordinário neste disposição, que não se constitui, em consequência, como uma norma de acesso ao regime, mas unicamente como regra de adaptação da realidade superveniente à necessária modelação da intensidade temporal proporcional das actividades das entidades englobadas no âmbito da actividade mais vasta da sociedade remanescente.

Não se pode limitar desta forma o benefício, pois não é esse o seu fundamento não é essa a sua finalidade. O que o n.º 4 do artigo 69.º do CIRC visa é a adequação e a modelação da recuperação dos prejuízos transmitidos em função da actividade futura da entidade incorporante na óptica da combinação da intensidade das fontes produtoras.

Por outro lado, não faz sentido que uma norma legal que preveja um plano que se pretende personalizado e adaptado às reais circunstâncias das sociedades intervenientes, seja interpretada, por

---

<sup>29</sup> Freitas Pereira, “Regime Fiscal ...”, cit, pág. 237.

via de despachos administrativos, como susceptível de enquadrar uma lógica uniforme, reduzindo a diversidade das situações económicas a uma simples apreciação patrimonial. Tal procedimento reduz, a um nível insuportável, o conteúdo normativo do n.º 4 do artigo 69.º do Código do IRC.

Efectivamente, o que esta norma pretende é a personalização *taylor-made* de um eventual plano de recuperação atendendo à especificidade do contribuinte; o que Administração Fiscal entende, por exemplo, na Circular n.º 7 de 2005, é o estabelecimento de um modelo *prêt-à-porter*, único na sua forma e na sua dimensão, que aplica a todos os contribuintes, independentemente das suas diferenças, e que tem como função não o conforto contabilístico do contribuinte, mas unicamente o prazer da Administração Fiscal na angariação maximizada de receita fiscal.

Por outro lado, este plano é de aplicação discricionária pela Administração Fiscal no âmbito do prazo de pronúncia. Não o fazendo, o aproveitamento dos prejuízos transitados fica na total disponibilidade do contribuinte, salvaguardado o princípio da boa fé e da proporcionalidade.

## **5. - A constituição de deferimento tácito na sequência da entrega dos elementos previstos no artigo 69.º do Código do IRC**

### *5.1. – Aspectos introdutórios*

A transmissibilidade de prejuízos é, como se observou, uma norma estruturante do sistema fiscal, na óptica da neutralidade fiscal e económica das fusões.

Também já demonstrámos que o disposto no artigo 69.º do CIRC não se constitui como qualquer benefício fiscal, *qua tale*, antes revestindo um regime estruturante inerente ao próprio funcionamento do imposto.

Nestes termos, o n.º 7 do artigo 69.º do Código do IRC dispunha que a Administração Fiscal teria seis meses para desencadear um processo de justificação na óptica das normas anti-abuso. Se passasse esse prazo, deveria pressupôr-se que a operação em causa não tinha fundamento abusivo, consolidando-se definitivamente após o prazo de reacção da administração fiscal.

*Note-se, aliás, que a Circular 6, de 2 de Abril de 2002, da Direcção de Serviços do IRC – e, note-se, não da Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais, o que mais uma vez clarifica a real*

*qualificação da norma em causa -, referia-se qual a documentação exigida, concretizando o disposto no n.º 1 do artigo 69.º do CIRC.*

### *5.2. – Deferimento tácito e exigências suplementares dirigidas à entidade requerente*

No entanto, tem sido prática comum a exigência superveniente de uma declaração da situação contributiva relativamente à Segurança Social - algo que à data nem sequer se encontrava previsto na Circular acima referida – a requerentes da autorização em causa e que, ainda hoje, não viram o seu processo decidido. É certo que, na Circular 7/2005, de 16 de Maio, foi introduzida essa exigência, ou seja, a declaração de comprovativo de inexistência de dívidas à Segurança Social das sociedades fundidas ou incorporantes. Note-se que caso se entendesse que essa documentação era exigida desde a entrada em vigor do artigo 11.ºA do EBF, então a Circular 6/2002 deveria ter sido imediatamente alterada, de forma a adaptar-se à exigência legal. De facto, é para isso que as circulares são úteis, ou seja, para esclarecer e clarificar o entendimento da Administração Fiscal e não para estabelecer novas exigências *ex novo*.

De qualquer modo, a esse propósito deverá ser referido que o pedido da referida declaração é totalmente desproporcionado e desnecessário para as finalidades em causa. A situação contributiva relativamente à Segurança Social nada tem de relevante para apreciar a viabilidade económica de uma operação de fusão. É unicamente uma condição de acesso a benefício fiscal, e que se justifica na perspectiva da boa fé que fundamenta a concepção de atribuição “contratual” dos benefícios fiscais. Porém, no caso concreto, não existe qualquer benefício fiscal.

Mas, mais grave é a utilização do disposto no artigo 11.º A do EBF para validar esta exigência. Nesse ponto, tal argumentação tem tanto de forçado como de desadequado e deve merecer uma condenação a toda a medida.

Na realidade, não revestindo o artigo 69.º do Código do IRC um qualquer benefício fiscal – como se analisou nos pontos anteriores - fica a aplicação do artigo 11.º A do EBF claramente prejudicada.

Por outro lado, a situação contributiva relativamente à Segurança Social não assume enquanto tal relevância para a apreciação da motivação económica da fusão. Ela era desnecessária e a própria Circular n.º 6/2002, de 2 de Abril, de algum forma tal reconhecia.

De qualquer modo, não cabe aqui aprofundar especificamente esta questão porquanto o deferimento tácito se constitui pelo decurso do prazo e, após esse momento, já não existe forma da conduta do contribuinte ser posta em causa caso o prazo de seis meses já tenha decorrido.

O deferimento tácito, quando formado a propósito de matérias em que exista liberdade de decisão da administração e configurando um acto constitutivo de direitos só pode ser eliminado se for nulo ou anulável.<sup>30</sup>

Mas mesmo que se considerasse, por hipótese, que o processo estava incorrectamente instruído a conclusão não seria diversa. Efectivamente, apenas se deve admitir a inexistência de um dever de decisão quando os elementos em falta sejam imprescindíveis para a apreciação do mérito da causa. Além disso, importa ter presente que a Administração Fiscal tem a obrigação de proceder ao saneamento do pedido, nos termos do n.º 1 do artigo 76.º do Código do Procedimento Administrativo, que deve levar a cabo, em tempo útil, caso entenda que o requerimento padece de insuficiências ou imperfeições.<sup>31</sup>

Estamos, portanto, em total desacordo com a posição recorrente da Administração Fiscal e do STA quando referem que a não entrega da declaração da situação contributiva relativamente à Segurança Social implica que a contagem do prazo para o início da formação do deferimento tácito ainda não se teria iniciado.

A propósito desse aspecto importa ter presente os termos do n.º 2 do artigo 108.º do Código do Procedimento Administrativo, segundo os quais o prazo se inicia a partir do momento da formulação do pedido do requerente ou da apresentação do processo para esse efeito. Neste sentido é incontestável que o seu início ocorreu no momento em que o requerimento deu entrada nos serviços da Administração Fiscal.

## **6. – A avaliação das motivações económicas da fusão**

### **6.1. - Introdução**

---

<sup>30</sup> Cfr., nesse sentido, João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, Coimbra Editora, 2004, pág. 162.

<sup>31</sup> Cfr., a esse respeito, Esteves de Oliveira, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina Coimbra, 1997, esp. pp. 383 ss..

### 6.1.1. – Razão de ordem

A propósito da avaliação dos projectos de fusão notificados à Administração Fiscal, importa, em primeiro lugar, qualificar a norma em que esse procedimento se baseia bem como o conteúdo substantivo da possível autorização emergente de tal avaliação. Conforme ficou demonstrado, o artigo 69.º do Código do IRC corresponde a norma estrutural que clarifica o regime fiscal aplicável à transmissão de prejuízos em situação de fusão.

Relembre-se que a ideia de dissolução sem liquidação e o conceito de sucessão universal são cruciais para a compreensão do regime fiscal da fusão. Por outro lado, o princípio da capacidade contributiva obriga à tomada em consideração dos prejuízos fiscais das sociedades incorporadas que mantêm a sua existência na sociedade incorporante na vertente que interessa para o direito fiscal: a substância económica. Nestes termos, a fonte produtora que gerava rendimentos continua, numa outra configuração, a gerar esses proveitos indissociavelmente ligados a um substrato patrimonial que foi alvo de uma translação a título de sucessão universal.

Assim, a autorização prevista no n.º 1 do artigo 69.º do Código do IRC não constitui, como já se referiu, qualquer requisito de acesso a um benefício fiscal. Ao invés, constitui-se como uma norma anti-abuso, de conteúdo geral.

Esta característica é comumente aceite pela doutrina. Por exemplo, Luís Menezes Leitão e Saldanha Sanches tratam especificamente desta norma. Este último autor refere claramente que este normativo *«que partilha com as normas anti-abuso específicas a característica de só poder ser aplicada a fusões/cisões/destaque de activos e ter apenas como consequência desqualificar as operações para a obtenção da neutralidade fiscal, tem um modo de aplicação que contém todos os problemas e todas as virtualidades da cláusula geral anti-abuso (recurso à averiguação da intenção do contribuinte, distinção entre operações com uma finalidade económica e mera finalidade fiscal)»*<sup>32</sup>.

É precisamente por revestir um carácter de norma anti-abuso que se previa o mecanismo do deferimento tácito no n.º 7 do artigo 69.º do Código do IRC. Na realidade, a Administração Fiscal tinha um prazo para se pronunciar sobre a operação. Se não identificasse qualquer irregularidade, então essa operação desenvolvia-se naturalmente. De facto, a operação seria, em princípio, aceite, só não o sendo se a Administração Fiscal identificasse algum intuito irregular que expresse uma propósito exclusivo de

<sup>32</sup> Cfr. Saldanha Sanches, *Os limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006, pág. 200

colher uma vantagem fiscal. Este era o procedimento correcto face à natureza da norma em causa. Porém, foi eliminado em 2006, o que é em toda a medida criticável.

### 6.1.2. – *Apreciação crítica de jurisprudência do STA relativa a avaliações em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC*

As informações necessárias para a formação do juízo por parte da Administração Fiscal são unicamente as constantes no n.º 2 do artigo 69.º do Código do IRC. Para além disso, os critérios que a Administração Fiscal deverá utilizar na apreciação do fundamento económico – no quadro do regime em causa - são legalmente vinculados. O princípio da legalidade, o dever de boa administração e o princípio da boa fé conformam integralmente a prática administrativa e são susceptíveis de aferição jurisdicional em virtude do princípio da tutela jurisdicional efectiva.

É certo que alguma jurisprudência recente do Supremo Tribunal Administrativo (STA) pode aparentemente ser entendida como receptiva a uma ampla margem de liberdade da Administração Fiscal nas avaliações em causa, no limite permitindo a desconsideração de intuítos económicos do contribuinte. Pensamos, *inter alia*, em decisões como as que resultam de Acórdão, de 5 de Julho de 2006, da 2ª Secção do STA (na esteira de algumas outras decisões do mesmo Tribunal),<sup>33</sup> onde se sustenta que os critérios jurídico-económicos previstos no artigo 69.º do Código do IRC são conceitos indeterminados, cujo preenchimento cabe à administração, a qual disporia supostamente, para esse efeito, de uma “*longa margem de livre apreciação*” (no quadro da denominada discricionariedade técnica). Tal hipotética margem de apreciação de grande amplitude seria – nessa pré-compreensão – dificilmente sindicável, “*salvo erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal*”. Contudo, mostra-se consensual na melhor doutrina que a utilização de *conceitos indeterminados* no direito administrativo ou no direito fiscal para balizar determinados *interesses públicos* e os *parâmetros de avaliação pela Administração Pública, norteados por esses interesses* – como sucede no presente caso – não afasta o exercício de tais poderes de avaliação, sob a forma de competência vinculada.

Do mesmo modo, a utilização desses conceitos encontra-se sempre sujeita a controlo de legalidade, apenas sendo de admitir uma variação do grau ou intensidade desse controlo consoante o

<sup>33</sup> Acórdão da 2ª Secção do STA, de 5 de Julho de 2006, proferido no processo nº 0142/06.

tipo de caso.<sup>34</sup> No que respeita ao tipo de avaliação da Administração Fiscal o grau de controlo em causa implicará sempre verificar se esta, para desconsiderar em absoluto os intuitos económicos do contribuinte, demonstrou minimamente o carácter artificioso da fusão proposta, que visasse unicamente propósitos de obtenção de vantagens fiscais.

### 6.1.3. – As orientações administrativas sobre a aplicação do artigo 69.º do Código do IRC

Na realidade, não será procedente e, como tal, não relevará juridicamente o conteúdo de despachos do Ministro das Finanças ou do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais que – em sentido diverso da vinculação legal - mandem adoptar determinadas metodologias de análise para casos concretos diversas das subjacentes a *ratio* da norma legal. As normas legais encontram-se num plano superior ao das meras instruções administrativas.

Assim, e em primeiro lugar, para avaliar negativamente pedidos de transmissão de prejuízos fiscais a Administração Fiscal deveria demonstrar que a fusão tinha unicamente como intenção a redução ou a eliminação de uma oneração fiscal.

Essa demonstração terá forçosamente que ser bastante exigente e o ónus da sua realização recai sobre a Administração Fiscal. A análise deverá ser casuística, integrando toda a especificidade do caso em presença. Nessa conformidade, não será suficiente proceder à avaliação da situação concreta com base na sua mera recondução formal um critério administrativo pré-estabelecido, *in casu*, o método do património líquido.

Esta redução metodológica praticada pela Administração Fiscal, supostamente em prol da objectividade administrativa, reduz de forma insustentável o âmbito do necessário escrutínio económico das fusões. De facto, a objectivação prosseguida pela Administração Fiscal nas diversas orientações administrativas gera uma desconformidade legal também passível de reparos constitucionais, pois o seu resultado culmina na adopção de um critério excessivamente rígido na averiguação do interesse económico da fusão. Tal rigidez dogmática encontra-se nos antípodas do conteúdo analítico exigido pela legislação em vigor. Na realidade, o que se exige na legislação fiscal é a averiguação das reais

---

<sup>34</sup> Sobre essa perspectiva doutrinal, cfr, por todos, os aspectos expostos em António Francisco de Sousa, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994, esp. pp. 209 ss..

motivações dos agentes envolvidos no processo de fusão. Ora, essas motivações não podem ser analisadas unicamente à luz do critério – formal e absolutamente ‘cego’ - do património líquido.

Esse critério é a tal ponto restritivo que, no limite, só consente operações quando estas sejam favoráveis na perspectiva interessada da tributação efectiva por parte da administração fiscal. No entanto, com base na legislação aplicável o interesse económico relevante para efeitos de apreciação da operação de fusão, *ex vi* do n.º 4 do artigo 69.º do Código do IRC, é predominantemente o do contribuinte e não o da Administração Fiscal. De facto, se aceitássemos *qua tale* o critério previsto nas instruções administrativas em questão, só seriam admitidas fusões se estas tivessem um impacto positivo na receita fiscal (teríamos portanto uma *tax driven operation*, mas que só seria aceite se visasse a angariação maximizada de receita fiscal). Ora, não são admissíveis face à legislação nem as operações unicamente pré-ordenadas pela maximização de vantagens fiscais, nem – inversamente – pré-compreensões do enquadramento tributário de fusões orientadas, de forma predominante, para a maximização da receita fiscal, em termos prevalectes sobre quaisquer motivações económicas de eficiência empresarial que seriam assim sistematicamente desconsideradas.

## **6.2. – Requisitos de actuação da Administração Fiscal em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC**

### **6.2.1. – Aspectos introdutórios**

Face ao exposto, é fundamental que a Administração Fiscal demonstre que a operação de fusão é artificiosa e, por isso, “fraudulenta. É também necessário – no sentido acima considerado - que se demonstre que as fusões resultaram de um acto de gestão anormal. Trazendo aqui à colação a terminologia do direito norte-americano, seria necessário que a Administração provasse que a operação em causa não resistia ao denominado *business purpose test*.

A validade da substância económica do acto de fusão não depende do seu impacto estritamente patrimonial. A lei exige à Administração Fiscal uma prova muito intensa e concretizada na demonstração de que uma certa operação de fusão só foi efectuada visando a redução da carga fiscal.



A prova exigida à Administração Fiscal deverá, ainda, ser completa e compreensiva, contendo obrigatoriamente uma descrição da metodologia que, no seu entender, deveria ser desenvolvida para que a sua conformidade com o ordenamento fiscal fosse conseguida.

Ora, a simples apreciação das operações de fusão à luz do critério dos seus efeitos ao nível do património líquido empresarial corresponde a uma solução excessivamente redutora e, conseqüentemente, inoportável na óptica das vinculações legais a que a Administração Fiscal se encontra sujeita.

Todo este procedimento é sindicável jurisdicionalmente, sob pena de chegarmos à conclusão que ocorre uma violação generalizada do princípio da tutela jurisdicional efectiva previsto na Constituição da República Portuguesa. Tal como a Administração Fiscal terá de provar que a operação em causa não tem fundamento económico também o contribuinte poderá impugnar jurisdicionalmente essa posição da Administração Fiscal e provar o seu interesse económico (em termos que não se esgotem nos parâmetros formais delineados no Despacho, os quais se circunscrevem a efeitos sobre o património líquido).

#### *6.2.2. – Critérios de avaliação utilizados pela Administração Fiscal*

Note-se que, no limite, não existirá através das referidas orientações administrativas qualquer preenchimento de conceitos vagos e indeterminados limitado ao âmbito da discricionariedade técnica da Administração (diversamente do que decorre de alguma jurisprudência, como a acima citada e comentada) Pelo contrário, o que se fornece são referências de justificação tendo em vista a orientação do processo administrativo de apreciação das “razões económicas válidas”. Por outro lado, e importa salientar este aspecto, a Administração Fiscal encontra-se submetida a um princípio de legalidade, logo não é inteiramente livre na concretização conceptual dos parâmetros de avaliação. A actividade administrativa é, a este título, totalmente vinculada.

Nestes termos, apreciações administrativas de motivações económicas das fusões que assentem unicamente na verificação dos seus efeitos na óptica do critério do património líquido põem em causa o princípio da legalidade fiscal e pecarão por um défice de fundamentação (à luz das exigências que devem suportar os juízos de avaliação em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC).

Em primeiro lugar, o que consta nos despachos e nas circulares em questão não se encontra *quale* suportado na lei, o que corporizará uma violação do princípio da legalidade fiscal constante do artigo 103.º da CRP.

*O património líquido não é critério de fundamentação económica (ou, pelo menos, não pode ser erigido em parâmetro exclusivo de avaliação económica das repercussões de fusões para efeitos de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC).* O que releva é a continuidade e manutenção da fonte produtora e o desenvolvimento da actividade das absorvidas. De facto, quando a Administração Fiscal realiza a análise de acordo com este critério está, na prática, a ficcionar uma liquidação definitiva da actividade da sociedade incorporada, só admitindo um interesse económico na fusão se os seus capitais próprios forem positivos. Ora, em termos económicos, o interesse da fusão acentua-se precisamente no caso inverso, ou seja, quando a empresa se encontra numa situação de dificuldade económica mas, ainda assim, detenha uma posição de mercado que interessa salvaguardar e desenvolver.

A análise da motivação económica não pode limitar-se à análise da vertente patrimonial líquida. Este critério é indevidamente condicionador do princípio da liberdade económica e distorce o que se deve entender por “vantagem económica”. As vantagens económicas resultantes de uma operação de fusão não se podem reduzir às vantagens fiscais – estritamente entrevistadas numa óptica patrimonial - decorrentes desse processo.

### **6.3. - Da Motivação Económica da fusão**

#### *6.3.1. - Aspectos introdutórios*

A análise da motivação económica da fusão não pode ser efectuada de forma simplificada e uniforme. Deverá, pelo contrário, tomar em consideração factores económicos relevantes para a eficiência e resultados empresariais nos vários sectores económicos que se encontrem em causa.

Assim, nestas condições, não existirão fundamentos para desconsiderar, de forma absoluta, em sede de aplicação do artigo 69.º do Código do IRC, as motivações da empresa incorporante, quando as suas condutas decorram directamente de uma condicionante jurídico-económica comunitária e a opção tomada é totalmente justificada do ponto de vista económico. Por outro lado, os critérios utilizados pela

Administração Fiscal tendem a desconsiderar a existência de motivações económicas quando uma das empresas em causa esteja em dificuldades. Tal facto é preocupante, dado que é precisamente nesta situação que a operação de fusão é mais desejada em sede de bem-estar social.

### 6.3.2. – Da diversidade de motivação económicas relevantes

Aos aspectos acima considerados acresce que a aquisição de empresas em dificuldades é ainda potenciada pelo enquadramento concorrencial comunitário.

De facto, o argumento da empresa insolvente constitui uma variação das defesas de eficiência para a justificação de operações de concentração entre empresas, reportando-se às situações em que uma empresa financeiramente inviável, sem perspectivas de recuperação<sup>35</sup>, é adquirida por uma concorrente. Esta “defesa” é extraordinariamente relevante nos sectores que funcionam em rede, *maxime*, nos sectores da distribuição automóvel, onde os activos corpóreos que sustentam os capitais próprios são relativamente reduzidos face à actividade tendencialmente incorpórea (marketing, reputação, marcas e trespasses).

Assim, os critérios de análise financeira tradicional, que assentam num pressuposto de existência de colaterais significativos para a justificação de operações de financiamento podem muitas vezes levar a conclusões de insolvabilidade quando os pressupostos temporais da análise não são tomados em consideração. No entanto, e apesar desse deslizamento temporal do projecto não se poderá negar o valor mercantil dos activos imateriais detidos, *maxime* do seu *goodwill*. Não será de estranhar que, nestas condições, a empresa incorporeamente aprovionada mas financeiramente insolvente se torne um alvo de um concorrente bem informado quanto às suas reais capacidades e com maior capacidade de geração de sinergias.

Ora, e uma vez mais, essa realidade e esse tipo de factores são globalmente desconsiderados por aplicações formais de critérios uniformes como o do património líquido (previsto no Despacho n.º 79/2005 – XVII, do SEAF).

---

<sup>35</sup> Problema inicialmente colocado no acórdão *International Shoe Co. v. FTC*, 280 US 291 (1930), e desenvolvido no acórdão *Citizen Publication Co. v. United States*, 394 US 131, 138 (1969).

Neste caso, a aquisição de uma empresa insolvente por um concorrente poderá ser economicamente vantajosa dado que os activos em causa poderão manter a sua apetência produtiva impedindo-se a sua desafecção e subsequente venda a preços insignificantes.

Note-se que, em ambos os casos, a eficiência decorrente da operação de fusão/concentração deriva da própria lógica do funcionamento em rede (no primeiro caso, na presença de activos incorpóreos; no segundo caso, de activos corpóreos) de onde deriva a grande fatia do seu valor económico, e não de uma qualquer tentativa de manutenção artificial de postos de trabalho, de remuneração de investimentos privados ou de realização de poupança fiscal. Esta realidade, objectiva e mensurável, ultrapassa em termos de validade os fundamentos de análise estática de capitais próprios.

Um dos argumentos usuais na justificação económica de operações de concentração com empresas insolventes assenta precisamente na reduzida capacidade concorrencial das mesmas. Na realidade, uma empresa em dificuldades económicas muito dificilmente poderá apresentar condições apetecíveis à procura, a não ser que adopte comportamentos concorrencialmente desleais que a colocarão numa situação ainda mais crítica, colocando em causa a própria imagem da marca. Ora, a aquisição atempada de um agente nestas condições permitirá que a sua capacidade produtiva seja mantida, mantendo os activos a sua apetência económica original e evitando outras actuações dessa entidade que desequilibrem o mercado.

É, aliás, esta lógica complexa que norteia a aplicação dos mais importantes instrumentos concorrenciais aplicáveis à concentração de empresas. Assim, as Orientações Comunitárias relativas à apreciação de concentrações horizontais, de 2004, adoptam perspectivas bastante tolerantes quanto à realização deste tipo de operações<sup>36</sup>.

Como se refere nestas Orientações, a Comissão Europeia *«pode decidir que uma concentração, que de outra forma seria problemática, é compatível com o mercado comum se uma das empresas objecto da concentração for uma empresa insolvente»*<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Referimo-nos à Comunicação interpretativa da Comissão relativa a orientações sobre concentrações horizontais, de 2004 (JO C 31 de 05.02.2004). Igual perspectiva se encontra nas “*Horizontal Merger Guidelines*”, de 1992, no quadro do ordenamento norte-americano da concorrência.

<sup>37</sup> Cfr. Para. 89 das Orientações cit..

#### **6.4. – Do necessário conteúdo de uma análise de “motivações económicas”**

##### *6.4.1. – Aspectos introdutórios*

A indagação sobre as vantagens económicas decorrentes das fusões constitui uma matéria bastante discutida pela doutrina jurídica, e ultrapassam em muito o alcance dos seus efeitos ao nível do património líquido. De facto, a análise que importará desenvolver deverá assentar numa perspectiva dinâmica, na óptica da prossecução de aumentos do bem-estar social, cuja ponderação é necessariamente agregada. Por outro lado, este tipo de ponderações não pode assentar num pressuposto temporal infundado, contrapondo efeitos meramente presentes (apreciado numa óptica estritamente estática) como ocorre com a óptica dos patrimónios líquidos.

Neste âmbito, os agentes que se pretendem concentrar fá-lo-ão por complexos de razões económicas, já acima a floradas. A este título, será redutor atribuir artificialmente aos agentes económicos envolvidos - como único objectivo prosseguido por via da fusão - a criação de condições para a angariação de vantagens fiscais.

A título meramente exemplificativo dos complexos de objectivos económicos atendíveis em causa, os agentes poderão alcançar reduções significativas de custos, combinando activos complementares (concentrações verticais ou de conglomerado), eliminando duplicações operacionais, prossequindo economias de escala e de gama, ou potenciando exterioridades de rede (concentrações horizontais), como é o caso concreto<sup>38</sup>. A melhoria da qualidade da produção e um efeito acelerador na inovação poderão igualmente ser alcançados através de estratégias de integração institucional, o que beneficia inequivocamente os consumidores e aumenta os níveis de bem-estar social.

##### *6.4.2. – Motivações económicas a atender e critérios enunciados em orientações administrativas*

---

<sup>38</sup> Cfr. e.g., P. Matos e V. Rodrigues, *Fusões e Aquisições, Motivações, Efeitos e Política, Principia*, Lisboa, 2000.

Estas constatações sinteticamente enunciadas deverão ser necessariamente tomadas em consideração na análise das “vantagens económicas”, sob pena da mesma se tornar totalmente funcionalizada.

Parece incontestável a aceitação de uma operação de concentração cujo saldo em sede de bem-estar social se demonstre positivo, ou seja, onde as economias reais de recursos ultrapassem as perdas absolutas de bem-estar<sup>39</sup>. Por outro lado, deverá ser entendido que os benefícios em sede de bem-estar deverão ser analisados num âmbito alargado, não se devendo limitar aos ganhos recebidos pela Administração Fiscal englobando necessariamente a perspectiva concorrencial futura. De facto, a principal questão que se coloca é a de se saber se os ganhos adicionais resultantes da operação de concentração e que subjazem ao juízo positivo de aumento de eficiência no mercado deverão ser transpostos para a Administração Fiscal por via do aumento do lucro tributável. De facto, é isto que se pretende afirmar na óptica do critério adoptado do “património líquido”.

Quanto muito, a doutrina tende a focar os motivos económicos na demonstração de ocorrência de uma redução dos custos. Porém, nem isso é admitido na óptica do critério administrativo e redutor do património líquido. No entanto, e de forma paradoxal, aquilo que a doutrina e a jurisprudência jusconcorrencial admitem liminarmente como concentrações admitidas e eficientes – as fusões de resgate (“*rescue mergers*”; “*failing firms*”) - pelos seus efeitos em sede de bem-estar social, são precisamente aquelas que são configuradas pela Administração Fiscal como não conformando a sua análise de motivação económica. De facto, e na perspectiva concorrencial, e em casos extremos de concentração de mercados, só são admissíveis fusões entre empresas quando uma delas esteja numa situação de pré-falência, ou seja, e aplicando a lógica das orientações administrativas, quando os seus capitais próprios sejam negativos. Só nestes casos é que as fusões são admissíveis do ponto de vista concorrencial. Porém, a Administração Fiscal nacional adoptou um critério administrativo que colide frontalmente com esta doutrina estabelecida, só aceitando a relevância económica em situações diametralmente opostas. Ora, esta desconformidade é dificilmente sustentável num ordenamento jurídico coerente, sendo que cada caso deverá ser analisado tomando em consideração as circunstâncias concretas do mesmo.

Note-se que é precisamente a obrigação de ponderação do caso concreto que fundamenta a apreciação anti-abusiva exigida no artigo 69.º do Código do IRC. Se o legislador pretendesse fazer

---

<sup>39</sup> . Cfr. P. Areeda, H. Hovenkamp e J. Solow, *Antitrust Law*, IV rev., *cit.*, págs. 32 a 37.

prevalecer um critério rígido e uniforme então teria todas as oportunidades para o estabelecer, enquanto tal, na lei em vigor.

No entanto, e em termos bem menos controversos, poder-se-á ensaiar, com base na doutrina e jurisprudência estabelecida, uma tentativa de identificação de critérios jus-concorrenciais que poderão, nestes sectores, conforma a demonstração da racionalidade económica da operação. E, nesta linha, a demonstração da ocorrência de economias produtivas do lado da oferta adquire uma especial proeminência. Assim, e num mercado onde os produtos produzidos sejam relativamente homogéneos, duas redes ineficiente de reduzida dimensão poderão facilmente ser combinadas numa rede eficiente de maior dimensão, a um custo inferior ao que resultaria de um processo de crescimento interno.

Nestas condições, as relações de compatibilidade e interoperabilidade permitem uma total integração das redes sectoriais numa rede de maior dimensão sem qualquer dificuldade e sem qualquer prejuízo económico atendendo às economias *dimensionais* em presença.

A especialização poderá igualmente servir para sustentar uma defesa de deste tipo. Assim, em mercados compostos por uma multiplicidade de segmentos complementares, os custos fixos necessários à produção de cada um dos segmentos diferenciados poderão ser impeditivos para o desenvolvimento de um sistema eficiente. Nestas condições, e na presença de um sistema totalmente novo, somente um aumento da capacidade de produção de todos os segmentos em causa poderá tornar viável o produto em causa. Nestas condições, a realização de uma operação de concentração entre operadores visando a especialização produtiva de segmentos em cada uma das unidades revelar-se-á inequivocamente eficiente. Nestes casos, onde as *economias de especialização* são relevantes importará tomar em consideração na análise económica a especificidade do sistema virtual em causa bem como os custos económicos inerentes a uma opção de investimento pelo aumento da capacidade de produção interna. Também se poderão demonstrar a existência de *economias de distribuição* ou *de promoção*.

Finalmente, e uma vez que a operação de concentração originará uma empresa com maior dimensão, daí poderão resultar diversas economias ao nível da facilidade de angariação de financiamentos – *economias de financiamento* - (facto que poderá ser maximizado no caso de uma das empresas envolvidas revestir uma natureza financeira) e eventual redução do risco dos mesmos (claro está, se a produção subsequente for mais diversificada)<sup>40</sup>. O mesmo acontecerá no caso de uma das

---

<sup>40</sup> No limite, este tipo de economias não resulta directamente da operação de concentração mas sim da atenuação da imperfeição dos mercados financeiros ao nível da percepção do risco de financiamento.

empresas envolvidas ter uma enorme dimensão, o que permitirá à pequena unidade o acesso a fornecimentos a preços mais reduzidos (por via de descontos de quantidade; melhor percepção do mercado; melhor capacidade negocial; ou, no limite, aquisição de poder de monopólio em alguns fornecimentos).

Ora, estas dimensões económicas – que não cabe aqui aprofundar e justificar em termos desenvolvidos - são globalmente desconsideradas ao adoptar-se o critério sectorial do património líquido. Porém, é precisamente a análise plurisectorial que é exigida à Administração Fiscal para a concretização do n.º 1 do artigo 69.º do Código do IRC.

#### **6.5. – Síntese conclusiva**

Não cabe aqui naturalmente uma extensa avaliação na especialidade dos numerosos factores justificativos da racionalidade económica de uma fusão, em substituição de um concreto juízo de avaliação que a Administração tem o dever de efectuar ou, pelo menos, de não desconsiderar em absoluto. O que importa acentuar é que a Administração Fiscal não pode ignorar por completo a verdadeira dimensão económica de avaliação e determinar que a operação de fusão por incorporação em apreço não tem fundamento económico baseando-se unicamente num critério formal e, pela sua extrema simplicidade, quase abrogante da letra da lei. A aplicação da cláusula geral anti-abuso prevista no n.º 1 do artigo 69.º do Código do IRC exige muito mais à Administração Fiscal.