

Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal

J.L. Saldanha Sanches ¹

Este artigo procura demonstrar que os casos de fusão por incorporação, em que uma sociedade é incorporada e dissolvida numa sua subsidiária que detém a 100%, são um negócio jurídico previsto na alínea a) do artigo 67.º, n.º 1 do Código do IRC e, portanto susceptível de beneficiar do regime da neutralidade fiscal. Esta conclusão resulta da análise literal do preceito (que não deixa qualquer dúvida), e é confirmada pela interpretação do mesmo, baseada na sua evolução histórica, nos princípios que concretiza e, em especial, pela conformação de Direito Comunitário da questão. Para mais, uma fusão em que uma sociedade é incorporada e dissolvida numa sua subsidiária que detém a 100% à qual tenha sido reconhecida a neutralidade fiscal por ao abrigo do Decreto-Lei n.º 404/90, de 21 de Dezembro não pode, em sede inspectiva, deixar de ser considerada neutral em virtude de se tratar de uma operação com as referidas características, sem que haja violação não só dos princípios e regras acima referidos, como de um acto concreto constitutivo de direitos.

This article seeks to prove that the cases of merger by incorporation, in which a company becomes part of and is dissolved into one of its wholly owned subsidiaries (reverse merger), legal operations foreseen in sub-paragraph a) of article 67, paragraph 1, of the Corporate Income Tax Code and thus susceptible of benefiting from the fiscal neutrality regime. This conclusion results from the strict interpretation of the provision (which leaves us no margin for doubt) and is confirmed by the interpretation of such provision, based on its evolution throughout the time, by the principles which it embodies and, in particular, on how the matter is dealt with by European Tax Law. Furthermore, reverse mergers which are recognized as tax neutral under Decree-Law 404/90, of 21st December, cannot, when subject to a tax audit, but be deemed neutral by virtue of its characteristics, without there being a breach not only of the rules and principles referred above, but also of an actual right.

Índice: 1. Introdução: 1.1 A questão jurídica (e a resposta) – 1.2 Sequência; 2. As fusões como exercício do direito de reestruturação empresarial: 2.1 as fusões e as cisões, e o problema da tributação excessiva (*excess burden*) - 2.2 A neutralidade das operações

¹ jlsaldanhasanches@gmail.com. www.saldanhasanches.pt

de fusão - 2.2.1 Imposto de registo - 2.2.2 Imposto sobre o rendimento; 3. Regimes nacionais, harmonização comunitária e regime português: 3.1 A solução da legislação portuguesa - 3.2 A Directiva fusões - cisões e o requisito da troca de títulos - 3.3 Razões possíveis para a participação a 100% de uma sociedade no capital de outra sociedade; 4. Dualidade e unidade de regime fiscal nacional: 4.1 A transposição da Directiva para o Direito português - 4.2 O abuso das fusões - 4.3 A criação do regime único para todos os tipos de fusões - 4.4 A previsão para as fusões com controlo a 100%; 5. Competência e jurisprudência comunitária quanto à matéria das fusões: 5.1 O TJCE e a normalidade da fusão inversa - 5.2 A jurisprudência do TJCE sobre fusões e cisões; 6. A posição da Administração fiscal e o fetiche do formalismo: 6.1 O Parecer do Centro de Estudos Fiscais - 6.1.1 Fusões inversas, fusões directas - 6.1.2 Acções próprias - 6.1.3 O negócio jurídico de fusão inversa e as relíquias históricas - 6.2 Do reconhecimento da neutralidade à alegação da falta de neutralidade da fusão - 6.3 Em conclusão.

1. Introdução

A questão jurídica em análise no presente artigo é muito simples e é facilmente identificável: saber se há alguma norma ou princípio, de Direito nacional, comunitário ou internacional, que leve a excluir do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 67.º do Código do IRC uma operação através da qual uma sociedade é incorporada e dissolvida numa sua subsidiária que detém a 100% (operação vulgarmente conhecida por fusão inversa).

Pode adiantar-se a resposta à questão: a fusão por incorporação de uma sociedade participante na sociedade participada é abrangida pelo regime da neutralidade fiscal, uma vez que se trata da operação descrita no artigo 67.º, n.º 1, al. a) do Código do IRC, ou seja, da “transferência global do património de uma (...) sociedade (sociedade fundida)” - Sociedade A - “para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária)” - sociedade B - “e a atribuição aos sócios daquela” - sociedade S - de partes representativas do capital social da beneficiária” - partes da sociedade B. Ora, não havendo no nosso ordenamento jurídico, ou no ordenamento comunitário, qualquer norma que excepcione o efeito de neutralidade da fusão, este efeito não pode ser negado na operação descrita, sob pena de ilegalidade da liquidação que daí resultar.

Por vezes, deparamos situações em que a Administração fiscal arremete contra negócios jurídicos previstos numa norma jurídica, querendo substituir-se ao legislador e ao tratamento que este quis soberanamente conferir a determinadas operações. A

argumentação do Fisco é baseada num parecer do Centro de Estudos Fiscais. Em resumo, afirma o Fisco que a operação pela qual uma sociedade incorpora outra que a detinha não está abrangida pelo regime de neutralidade fiscal, porque o legislador previu no artigo 67.º, n.º 1, al. c) a *“operação pela qual uma sociedade (sociedade fundida) transfere o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade (sociedade beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social”*, não tendo previsto expressamente a operação atacada. Este tipo de argumento não faz qualquer sentido: era como se a Administração fiscal afirmasse que um contribuinte não podia deduzir à colecta do seu IRS, como despesa de educação e formação, a mensalidade do colégio de um dependente, uma vez que o artigo 83.º, n.º 3 do Código do IRS estipula que, *“para os efeitos previstos neste artigo, consideram-se despesas de educação, designadamente, os encargos com creches, lactários, jardins-de-infância, formação artística, educação física, educação informática e explicações respeitantes a qualquer grau de ensino, desde que devidamente comprovados”*, sem referir os encargos com colégios. É desnecessário dizer que uma mensalidade de um colégio é, por natureza, uma despesa de educação, não sendo necessário qualquer esclarecimento adicional, nem podendo os esclarecimentos - por exemplo, ao incluírem no conceito as despesas com creches - ser considerados como normas que excluem do conceito as despesas com colégios. Da mesma forma, seria desnecessário dizer que uma fusão nos termos da alínea a) do artigo 67.º, n.º 1 do Código do IRC não deixa de o ser apenas porque o legislador sentiu necessidade de clarificar numa outra alínea do mesmo preceito que certas fusões com determinadas características também são fusões. Seria desnecessário, não fosse a posição da Administração fiscal.

2. As fusões como exercício do direito de reestruturação empresarial

2.1 As fusões e as cisões, e o problema da tributação excessiva (*excess burden*)

A fusão de duas ou mais sociedades comerciais com a criação de uma nova sociedade ou a integração de uma ou mais sociedades numa sociedade já existente, tal como a cisão (em que uma sociedade se transforma em outras sociedades), são formas correntes de readaptação das sociedades a novas realidades; estas operações

constituem soluções optimizadoras que procuram aumentar a eficiência das formas de organização empresarial².

No entanto, as sociedades poderiam estar a sujeitas a imposto, apesar de não haver qualquer lucro como resultado destas operações. Por esta razão, a análise das consequências fiscais destas operações e das possíveis vantagens e desvantagens que delas podem resultar está sempre presente - quer na perspectiva do sujeito passivo, que procura maximizar essas vantagens, quer na perspectiva do legislador, que vai criar limites para as suas consequências fiscais. É o que sucede, por exemplo, quanto à sucessão das novas empresas criadas num processo de fusão nos créditos fiscais da sociedade fundida (reporte de prejuízos)³.

A ausência de qualquer resultado *directo* da operação - a fusão ou cisão justificam-se *apenas* porque vão aumentar a perspectiva de lucros futuros ou estancar os prejuízos presentes - faz com que a tributação destas operações seja um importante desincentivo, em especial quando se trate de uma operação de fusão ou cisão sem que haja pagamentos em dinheiro. Estas operações distinguem-se da mera compra de uma sociedade, porque não são feitas mediante um pagamento em dinheiro dos direitos alienados (num caso como o que apresentámos, S, a sócia de A, venderia directamente as participações sociais desta à sociedade B, que pagaria em dinheiro), mas mediante um esquema em que as próprias participações sociais constituem o essencial da prestação, podendo haver apenas a possibilidade de um pagamento em dinheiro de 10%.

Ora, é justamente essa possibilidade de transacções sem liquidez - que são as que mais frequentemente são realizadas em sede de reestruturação - que torna mais problemática a tributação destas operações. E isto acontece quer a reestruturação tenha lugar dentro de um grupo de sociedades, quer a expansão ou retracção seja feita entre sociedades que se encontram à normal distância do mercado: em muitos casos, a operação só vai ser feita porque não constitui um investimento no sentido de exigir a mobilização de recursos financeiros, ainda que estejam em causa valores muito elevados.

Assim, se esta operação for acompanhada de um imposto a pagar (e já veremos quais os impostos que poderão resultar destas operações), na maior parte dos casos ela não irá ser feita. A reestruturação tem vantagens porque vai (no futuro) aumentar a eficiência económica da estrutura empresarial, mas teriam de ser vantagens muito

² A doutrina sobre a necessidade e a justificação económica das reorganizações é vastíssima. Veja-se, por exemplo, ANTÓNIO MARTINS, “A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturação: uma Perspectiva Financeira”, in J. L. SALDANHA SANCHES / JOÃO TABORDA DA GAMA / FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA (org.), *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal* (Coimbra: 2009), no prelo; P. OLAVO CUNHA - *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2006, 636.

³ Com os limites à dedução de prejuízos criados pelo artigo 47º do Código do IRC.

elevadas - e bem certas - para compensarem a existência do imposto. Existindo imposto, em vez da operação que iria otimizar a organização das empresas, vai procurar-se uma qualquer outra forma, ainda que menos eficiente, para compensar a desvantagem organizativa existente: as duas empresas, em vez de se fundirem (pagando elevados impostos por uma reestruturação que se destina a aumentar os lucros no futuro, mas que, em si mesma considerada, não produz qualquer lucro), vão fazer um acordo de cooperação ou um consórcio. A ausência de *neutralidade fiscal* do sistema⁴ faz com que se procurem soluções que proporcionem algumas das vantagens da actuação em conjunto, sem que haja o custo fiscal da fusão.

Temos aqui, por isso, um caso de *excess burden*: o imposto vai retirar o *incentivo* que as partes têm para realizar a transacção, uma vez que o montante do imposto é mais elevado que o benefício líquido que as partes retirariam (aumento da eficiência económica) da sua realização. Nem o Estado vai cobrar o imposto, nem as partes vão obter a vantagem económica que pretendiam⁵.

Como todos os intervenientes ficam a perder no caso de operações de reestruturação que deixem de se realizar por motivos fiscais, a solução habitual do ordenamento jurídico é a *não tributação* destas operações, ou seja, a sua *neutralidade fiscal* - uma não tributação que nem sequer implica uma perda de receitas fiscais, uma vez que se trata de um imposto que, como se disse, na maioria dos casos, não seria cobrado, porque a operação não teria lugar.

No entanto, para melhor percebermos o problema, vejamos como é que estas operações são tributadas.

2.2 A neutralidade das operações de fusão

2.2.1 Imposto de registo

Antes de se generalizar a tributação sobre o rendimento, as empresas (e os particulares) eram tributadas principalmente sob a forma de impostos de registo⁶. Eram tributadas não pelo seu lucro, mas quando realizavam certas operações consideradas como um indício da existência de capacidade contributiva. Nalguns casos, tal acontecia de forma inteiramente arbitrária: ainda há pouco, as sociedades

⁴ A neutralidade fiscal, reduzindo os efeitos distorcedores do imposto, aumenta a sua eficiência económica. M. FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*² (Coimbra: 2008), 60.

⁵ Sobre este fenómeno que os economistas designam como “*perda absoluta de bem estar*”, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*³ (Coimbra: 2005), 524.

⁶ Imposto do Selo e Sisa (hoje Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis) são o remanescente desse modo de tributar. Sobre este modo de tributar, J.L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007), 431 ss.

eram tributadas em Imposto do Selo quando alteravam a sua designação social ou quando mudavam a sua sede social - razão pela qual se evitavam estas operações.

Estes impostos têm, pouco a pouco, vindo a perder significado, mas podem ainda inviabilizar uma fusão ou uma cisão se edifícios ou terrenos valiosos mudarem de titularidade jurídica, uma vez que a antiga sisa, o típico imposto de registo, continua a existir transmutada no Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis. Numa cisão ou numa fusão em que, por exemplo, terrenos e prédios mudam de mãos, é inevitável que esses impostos apareçam - há uma transmissão. Por esta razão, encontramos normas que criam isenções parciais ou totais, condicionadas ou não, de Imposto do Selo, de impostos registrais ou do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis.

Além disso, a isenção de Selo neste tipo de fusão só existe com despacho favorável do Ministro das Finanças, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 404/90, de 21 de Dezembro⁷. Quando tal acontece, o despacho implica que a Administração fiscal não viu qualquer problema numa operação de fusão por incorporação de uma sociedade em outra que detinha na totalidade, *i.e.* admitiu, como só podia admitir, que as fusões inversas podiam beneficiar deste regime. Veremos adiante, no entanto, por que motivo foram estas fusões inversas posteriormente afastadas do regime de neutralidade fiscal que se encontrava no Código do IRC para as fusões internas. Igualmente, mais à frente voltaremos à questão do âmbito da vinculatividade deste tipo de actos⁸.

2.2.2 Imposto sobre o rendimento

Os problemas de tributação em IRC surgidos nas fusões e cisões advêm de outro tipo de causas, pois não se devem à sobrevivência de impostos em vias de extinção, mas sim ao modo como se tributam as mais-valias das empresas, o que constitui um ponto central na arquitectura do sistema fiscal.

As fusões ou cisões podem criar elevados custos fiscais, porque as mais-valias e as menos-valias das sociedades comerciais são variações patrimoniais positivas ou negativas que são tributadas apenas quando são *realizadas*, e estas operações são momentos de realização pela transmissão de partes sociais que acarretam (as mais-valias *potenciais ou latentes* não estão sujeitas a tributação e as menos-valias latentes não são custos fiscais).

⁷ Que previa uma série de benefícios fiscais à reorganização de empresas, hoje constantes do artigo 56.º-B do EBF.

⁸ *V. infra* 6.2.

Tudo isto se altera quando temos uma fusão, uma cisão ou um destaque de activos: a razão principal pela qual não são tributadas as mais-valias e as menos-valias latentes é a das dificuldades da sua determinação (avaliação). Ora, quando se realiza uma fusão ou uma cisão, o que implica uma decisão do mercado sobre o valor dos patrimónios das empresas fundidas ou cindidas, vamos ter, antes dessa transacção, uma avaliação do valor das sociedades fundidas para determinar as relações de troca entre as suas participações sociais. Assim, estas operações de troca podem ser consideradas como uma forma de *realização* de mais-valias e menos-valias latentes. Isto, porque a avaliação de uma sociedade consiste na avaliação da totalidade dos seus activos, nomeadamente daqueles que detém por um longo período de tempo e que, podendo estar no balanço por um valor baixo, entretanto se valorizaram. Iríamos assim ter, no momento da operação de reestruturação, a tributação destas variações patrimoniais.

A solução estrutural para este problema seria a tributação anual das mais-valias ou menos-valias latentes e não realizadas, mediante a aplicação do princípio do *justo valor* aos activos das sociedades; no entanto, nenhum sistema foi até agora tão longe, dados os problemas de aplicação que isso criaria⁹.

Sem o regime de neutralidade fiscal, as fusões ou cisões seriam o momento de tributar as mais-valias latentes, o que seria um desincentivo à sua realização, como vimos: mais uma vez, teríamos um imposto que raramente seria objecto de cobrança – a realização das mais-valias iria criar um pesado imposto – e operações que encontrariam um quase intransponível obstáculo fiscal.

Não admira, por isso, que na maioria dos sistemas fiscais – ou, pelo menos, nos sistemas mais significativos – se tenha encontrado uma solução para este problema: a *neutralidade fiscal* destas operações. Contudo, esta era uma solução nacionalmente confinada, e, não ultrapassando as fronteiras nacionais, inviabilizava as fusões e cisões transnacionais.

Impunha-se por isso um nível de harmonização no espaço europeu. O regime comunitário das fusões e cisões começou por ser construído pela Directiva 78/885/CEE e foi depois completado pela Directiva 82/901/CEE sobre as cisões das sociedades por acções. Foi sobre esta base comum, constituída pelo Direito das Sociedades Comerciais, que se tornou possível criar um regime *fiscal* comum que removesse os obstáculos fiscais à reestruturação das empresas e que ao mesmo tempo salvaguardasse a possibilidade de tributação pelos diversos estados-membros. No entanto, como se referiu, a questão fiscal já vinha sendo resolvida pelos legisladores nacionais para as fusões e cisões intra-fronteiras.

⁹ Sobre estes problemas, v. J. L. SALDANHA SANCHES - *A Quantificação da Obrigação Tributária: Deveres de Cooperação, Auto-Avaliação e Avaliação Administrativa*², (Lisboa 2000), 321 ss, também disponível em www.saldanhasanches.com.

Vejamos mais detalhadamente a evolução destes regimes no ponto que nos interessa, ou seja, no sentido de demonstrar que não há na letra da lei, nem no espírito do sistema, qualquer indício de que não deve ser considerada neutral uma fusão em que uma sociedade absorve uma outra que antes a dominava na totalidade.

3. Regimes nacionais, harmonização comunitária e regime português

3.1 A solução da legislação portuguesa

Em Portugal, esta questão já se colocava ao legislador nacional quando, em 1989, foi introduzido o Código do IRC: nos seus artigos 62.º a 64.º, antes da publicação da Directiva europeia sobre esta matéria, o Código continha já o essencial de um regime de *neutralidade* fiscal para estas operações. O regime abrangia todas as fusões e cisões: aplicava-se “à fusão e cisão de sociedades com sede ou direcção efectiva em território português” (artigo 62.º, n.º 1 na versão original do Código), sem o grau de especificação e de distinção que mais tarde viria a ser introduzido pela Directiva comunitária. A clareza da não tributação – todas fusões ou cisões poderiam ser feitas em regime de neutralidade fiscal, independentemente do tipo de fusão ou cisão - mostra que a política tributária que o código traduzia era a não tributação de todas as fusões e cisões.

A possibilidade de estas operações serem usadas para fins abusivos estava acautelada, ainda que apenas em relação aos modos habituais de obter vantagens fiscais com estas operações: a dedução dos prejuízos fiscais pela nova sociedade só podia ser feita mediante *expressa autorização* do ministro das Finanças. Não encontramos - e seria estranho que encontrássemos - qualquer distinção relativamente ao *tipo e forma* das operações. Assim, se ainda vigorasse este regime, a questão de que aqui tratamos não se podia colocar: as fusões e cisões, *qualquer tipo de fusões e cisões*, poderiam ser efectuadas em regime de neutralidade fiscal, pois o Código consagrava o princípio básico da não tributação destas operações, através do *mecanismo de adiamento* da tributação das mais-valias.

Dissemos *adiamento* da tributação e não *ausência* de tributação, porque só não haveria tributação desde que “os elementos patrimoniais activos e passivos objecto de transmissão” fossem inscritos na contabilidade da nova ou das novas sociedades com “os mesmos valores que tinham nas contabilidades das sociedades fundidas ou cindidas”. O mesmo regime seria mais tarde consagrado na Directiva fusões-cisões.

Ilustrando esta questão com um exemplo: um terreno que a preços de mercado valia 100 estava no balanço ao custo histórico por 10, caso em que passava para a nova sociedade pelo valor de 10. Se fosse vendido depois por 100 ou mais, a mais-valia seria apenas então tributada, uma vez que não tinha sido permitido que o terreno fosse inscrito no balanço pelo seu valor actualizado de 100 aquando da fusão. A fusão ou cisão não podem ser utilizadas para revalorização fiscal dos activos de modo a evitar o aparecimento de mais-valias no momento da sua alienação.

Importa pois reter que na versão inicial do regime, o legislador português partia de um conceito de fusão em que não distinguia qualquer forma de operação, baseando-se em conceitos estabilizados no Direito e Código das Sociedades Comerciais.

3.2 A Directiva fusões - cisões e o requisito da troca de títulos

A *Directiva sobre Fusões e Cisões*¹⁰ consagra a mesma política que o legislador português e, uma vez que a norma se destinava a ser aplicada em todo o espaço comunitário, é redigida com um maior grau de pormenor, de modo a não excluir qualquer tipo de reestruturação empresarial que envolva uma nova combinação jurídica entre sociedades já existentes.

A Directiva consagra a neutralidade fiscal das operações baseada numa série de considerações que vale a pena ter presentes: *“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”*¹¹. Para além da neutralidade, cria uma válvula de escape que quebra essa neutralidade: uma norma destinada a evitar o abuso de direito.

A principal inovação, em relação às soluções consagradas no regime português, consistiu na previsão expressa das *“entradas de activos e permutas de acções”*, que não estavam abrangidas pelo regime de neutralidade fiscal em alguns países, como era o

¹⁰ *“Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes”.*

¹¹ Directiva 90/434/CEE, parágrafo 1, da exposição de motivos.

caso de Portugal, e que passam também a poder ser feitas nesse regime juntamente com as fusões e cisões consagradas sem qualquer restrição.

No entanto, há, no essencial, uma completa convergência entre a política concretizada pela Directiva e aquela que antes tinha enformado a legislação nacional: quer a Directiva, quer a lei nacional, tinham o objectivo de evitar um obstáculo fiscal - inútil, porque pouco rendoso - a este tipo de operações.

A fusão era então aí definida como uma operação em que *“uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade, e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10 % do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos”*. O formalismo jurídico que integrava a previsão normativa era *“a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade”*. Esta atribuição fazia parte da fatispécie ou *tatbestand* da norma.

Ora, se uma sociedade detém outra a 100% e esta se fundir naquela – a sociedade A detém a sociedade B a 100% e absorve esta –, não há troca de títulos: há apenas extinção de participações sociais. A sociedade B extingue-se e com ela os títulos que eram propriedade da Sociedade A. Esta perde os títulos de B, mas passa a deter, directamente, todos os direitos e obrigações da sociedade B. Substancialmente, temos uma fusão - e até uma fusão com especial justificação. Contudo, é uma fusão afectada por um problema de previsão normativa (faltava a troca de títulos), que lhe criava um obstáculo quando não havia qualquer razão para ser excluída da neutralidade.

Vejamos com mais detalhe as características destas operações.

3.3 Razões possíveis para a participação a 100% de uma sociedade no capital de outra sociedade

O caso em que uma sociedade participa a 100% no capital de outra sociedade é uma situação jurídica peculiar: normalmente, esta é uma situação transitória que resulta de um qualquer processo de concentração empresarial.

Ao contrário do *domínio jurídico* (mais de 50% do capital, mais de 50% dos votos) ou mesmo do *domínio fáctico* (uma percentagem de votos que permite controlar a sociedade por ser uma minoria coesa contraposta a uma maioria de votos sem coesão), o domínio a 100%, sobretudo quando superveniente, não costuma ser duradouro. É que o controlo maioritário pode permitir à entidade dominante mobilizar capital

alheio por meio da abertura do capital da sociedade a participações minoritárias, mas o controlo a 100% não tem essas virtualidades.

Podemos ter a participação a 100% como resultado dos processos de concentração (domínio total superveniente) ou desde a formação da sociedade (domínio total originário). Em ambos os casos, a sociedade detida a 100% por outra sociedade constitui uma situação peculiar: *“a sociedade totalmente dominada mantém formalmente a sua individualidade jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa, muito embora, na prática, tudo se passe como se efectivamente a houvesse perdido”*¹².

Isto significa que, em muitas situações, e em especial no caso do domínio total superveniente, com tudo o que pode ter de accidental, o passo seguinte do processo de concentração será constituído pela fusão de duas sociedades, permitindo simplificar as estruturas e evitar duplicações (dois conselhos de administração, duas sedes, duas contabilidades, por ex.). Tal acontece, então, quando se constata que não há vantagens em manter a autonomia das duas sociedades, embora haja casos em que isso tem vantagens: a manutenção da autonomia jurídica da sociedade dominada a 100% pode ser útil, por exemplo, se esta tem uma marca prestigiada, ou uma teia de relações comerciais já constituída que pode ser perturbada pela mudança de nome ou de forma, ou nos casos em que é configurável uma venda a médio prazo do ramo de negócio que ela representa.

No entanto, a sociedade dominada a 100% constitui um caso extremo de contradição entre forma jurídica e substância, e, por isso, o legislador vem negar a autonomia da sociedade dominada quando, por exemplo, responsabiliza a sociedade dominante pelas dívidas da sociedade dominada (artigos 491.º e 501.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais).

Em conclusão, se há uma situação empresarial por excelência a convidar a uma reestruturação por meio da fusão de duas sociedades é aquela em que o domínio total superveniente cria duas estruturas formalmente autónomas e substancialmente ligadas, com uma sociedade a dominar a outra a 100%. No entanto, nesse caso, não há, como vimos, *“a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da sociedade nova”*. A atribuição de títulos, que no modelo de negócio jurídico previsto pela directiva funciona como pagamento, o *do ut des* da troca que vai implicar a fusão, não pode ter lugar: os títulos que representam o capital da sociedade absorvida pela sociedade dominante vão pura e simplesmente extinguir-se. Assim, este tipo de fusão - em abstracto, a mais justificada de todas as fusões - não ia ser abrangida pela Directiva apenas porque a necessidade de que este texto pudesse ser aplicado em todos

¹² J. A. ENGRÁCIA ANTUNES - *Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*² (Coimbra: 2002), 844.

os estados-membros tinha conduzido a uma previsão normativa muito especificada. Ora, um tal grau de especificação, nas mãos ou cabeças de juristas mais formalistas, poderia conduzir a uma exclusão absurda, em total contradição com a política que a Directiva vinha concretizar.

À cautela, o legislador veio criar uma previsão específica: haveria também fusão nos casos em que *“uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social”*¹³. Aqui, na ausência do elemento formal da atribuição de títulos, íamos ter, a corporizar a contrapartida do negócio jurídico sinalagmático, a mera transferência do património de uma sociedade para outra.

Note-se que, na previsão jurídica da fusão que tinha sido usada pelo legislador fiscal português em 1989, esta questão não se colocava: a fusão estava prevista em termos gerais, pressupondo os conceitos contidos no Código das Sociedades Comerciais e na doutrina comercialista já existente. Já o legislador comunitário nada podia pressupor, porque a regulamentação comercial das fusões na Europa fornecia uma base comum, mas não uma identidade de soluções, exigindo por isso uma previsão mais densa.

E quanto à fusão na qual a sociedade dominada absorvia a dominante, como é o caso concreto do parecer?

Aqui, como veremos adiante, há uma atribuição de títulos: a sociedade dominada recebe o património da sociedade dominante; os sócios da sociedade dominante, que se extingue sem entrar em liquidação, recebem os títulos da sociedade dominada que antes figuravam na carteira de títulos da sociedade dominante (participações financeiras). Perdem a sociedade que controlava a sociedade dominada, recebem o controlo directo (o domínio a 100%) da sociedade dominada.

A questão é de uma tal clareza que nos obriga a responder a uma pergunta. Com um regime tão claro, como pode surgir o problema da aplicação do regime de fusões – cisões à chamada fusão inversa?

¹³ Artigo 2.º, n.º 2, al. a) *in fine* da Directiva 90/434/CEE.

4. Dualidade e unidade de regime fiscal nacional

4.1 A transposição da Directiva para o Direito português

Na primeira fase da transposição¹⁴, o legislador português criou dois regimes distintos para as fusões e cisões, conforme se tratasse de fusões ou cisões nacionais, ou se tratasse de fusões ou cisões transfronteiriças com empresas de diferentes estados da União Europeia. O artigo 62.º do Código do IRC veio criar o “*regime especial aplicável às fusões e cisões de sociedades residentes*”, onde se mantinham os traços essenciais do regime criado na primeira redacção do Código. O artigo 62.º-A criava o regime das “*fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados membros das Comunidades Europeias*”. O artigo 62.º-B tratava dos problemas da entrada de activos, que não existia anteriormente no Direito português, e o artigo 64.º-A da permuta de acções.

Ou seja, numa primeira fase, o legislador português criou um regime para as operações *internas* e outro para as operações *transfronteiriças*. Só recentemente, seguindo o exemplo de outros estados-membros, veio criar um *regime unificado* - o que tem importantes consequências, como veremos adiante.

Existe, no entanto, uma questão prévia de que vamos tratar seguidamente.

4.2 O abuso das fusões

As operações de cisão e fusão são uma área onde se verificam com muita frequência tentativas de obter economias fiscais mediante práticas abusivas, o que motiva as legítimas preocupações do legislador.

A mais comum forma de abuso consistia na tentativa de uma empresa cuja actividade dava origem a lucros conseguir, mediante a fusão com uma sociedade que tinha acumulado prejuízos, compensar os seus lucros com os prejuízos da outra sociedade e reduzir ou eliminar o imposto a pagar. Esta hipótese encontrava o obstáculo, como já vimos, do artigo 62.º, n.º 5 da versão inicial do Código do IRC, no qual se previa que “*os prejuízos fiscais das sociedades fundidas possam ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante*” se o Ministro das Finanças o autorizasse e só nesse caso. Ou seja: se a fusão impedisse o encerramento de uma empresa em crise e permitisse manter os seus postos de trabalho, o Estado

¹⁴ Decreto-Lei n.º 3/93, de 9 de Janeiro.

prescindia de impostos futuros e permitia que a incorporante ficasse com os créditos fiscais da incorporada. A possibilidade de dedução de prejuízos tinha um preço, a dedução tinha de ser expressamente autorizada e, por isso, esta norma constituía uma norma anti-abuso específica - que, como todas as normas anti-abuso específicas e na ausência de uma cláusula geral anti-abuso (criada apenas cerca de uma década depois), poderia ser facilmente defraudada. Como?

Mediante uma espécie de fusão inversa: a sociedade A tinha acumulado prejuízos e o seu negócio não tinha futuro. A sociedade B tinha lucros presentes e esperava lucros futuros. O que faziam os sócios da B que gostariam de incorporar a A para ficar com o seus prejuízos? Como a permissão ministerial para o reporte de prejuízos não iria ser obtida (a intenção de B era mesmo pôr fim ao negócio da A que dava prejuízo e despedir os seus empregados), a B iria comprar por um preço baixo a sociedade A quase falida, que passaria a dominar a 100%. Se, depois disso, a B absorvesse a A (e a decisão de o fazer era fácil, dado o seu domínio total da A) ou formasse com ela uma nova sociedade C, não poderia proceder à utilização dos seus prejuízos. Por isso, far-se-ia uma fusão inversa: era a sociedade que tinha estado à beira da falência A que ia absorver a sociedade próspera B. Apesar de ao contrário de toda a lógica comercial (a sociedade quase falida tinha certamente problemas para obter crédito), este negócio permitia obter importantes vantagens fiscais. Operava-se desta forma a transferência para dentro de A do negócio próspero de B. A sociedade quase-falida A (transformada numa casca vazia depois da liquidação das suas anteriores actividades) mantinha-se, ia começar a ter lucros e a estes iria deduzir os prejuízos acumulados. Se os sócios que alienavam as suas posições lhe tivessem concedido suprimentos, melhor ainda: os sócios que ocupavam a posição dos antigos sucediam nas suas posições e poderiam ter uma distribuição dos lucros que iria surgir sob a forma de pagamento dos suprimentos e, por isso, sem pagamento de qualquer imposto.

Como, nessa altura, a Administração fiscal não podia reagir a estas operações, por a cláusula geral anti-abuso ser então considerada como uma impossibilidade constitucional pela doutrina dominante¹⁵, aferrada ao princípio da tipicidade fechada¹⁶, a operação podia realizar-se sem problemas através do recurso à fusão inversa.

¹⁵ Por exemplo, ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal* (Lisboa: 1974), 281; N. SÁ GOMES, *As Garantias do Contribuinte: Algumas Questões em Aberto* (Lisboa: 1993), 26; D. LEITE DE CAMPOS, "Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal", in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (Lisboa: 1999), 205; e D. LEITE DE CAMPOS, "Interpretação das Normas Fiscais", in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário* (Lisboa: 1999), 23.

¹⁶ Hoje totalmente arredada pelos tribunais e doutrina: J.L. SALDANHA SANCHES, *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito: Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário* (Lisboa: 1985) (disponível em <http://www.saldanhasanches.pt>); J. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*

Aquilo que fez o legislador, com a Administração impedida de reagir a esta operação em fraude à lei, foi tentar impedir que estas operações se fizessem em regime de neutralidade fiscal. Foi acrescentado o n.º 7 ao artigo 62.º, onde se determinava que *“é equiparada à fusão a operação pela qual uma sociedade transfere o conjunto do activo e passivo [...] para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social”*. A definição não tem sentido (esta operação é uma fusão!), mas como se defendia que esta falsa equiparação não se alargava à fusão inversa, esta já não poderia gozar de *neutralidade fiscal*, impedindo a transferência de activos com adiamento do imposto devido pela realização das mais-valias.

O único remédio efectivo contra uma operação como esta (ou contra operações ainda mais complexas), em que a absorção de uma empresa com uma sólida situação financeira por uma empresa endividada só se explicava pela intenção de contornar a norma fiscal que condicionava a sucessão no reporte de prejuízos, seria a aplicação do regime contido no artigo 11.º da Directiva 1: *“qualquer Estado-membro poderá recusar aplicar, no todo ou em parte, o disposto nos títulos II, III e IV ou retirar o benefício de tais disposições sempre que a operação de fusão, de cisão, de entrada de activos ou de permuta de acções:*

a) *Tenha como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais; o facto de uma das operações referidas no artigo 1º não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais”*.

Contudo, esta norma só poderia ser aplicada a operações transfronteiriças e a aversão (anacrónica) da doutrina portuguesa a este tipo de normas era tão forte que, na transposição da Directiva, o legislador preferiu, no n.º 9 do artigo 62.º-A, proceder a uma remissão para o artigo 11.º da Directiva, em vez de incorporar o seu texto na lei portuguesa, procedendo assim a uma espécie de ocultação de regime. Só mais tarde¹⁷ o regime foi incorporado na lei portuguesa, tendo sido também criada a cláusula geral anti-abuso: o que se manteve foi a insanável desconfiança da Administração fiscal

(Coimbra: 1998); J. TABORDA DA GAMA, "Acto elisivo, acto lesivo – notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português", RFDUL, XL, n.º 1 e 2 (1999), 289; GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão* (Coimbra: 2004). Mais recentemente, a doutrina da tipicidade fechada que é a base dogmática desta posição foi objecto de uma crítica impiedosa na tese de doutoramento de ANA PAULA DOURADO, *“O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”* (Coimbra: 2007).

¹⁷ Em 1998 - Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro –, introduziu o artigo 32.º-A no CPPT. Em 1999 (Lei n.º 87.º-B/98, de 31 de Dezembro - Lei do Orçamento de Estado para 1999), a norma passou para o artigo 38.º, n.º 2 da LGT.

portuguesa em relação à fusão inversa, como se esta operação só pudesse ser realizada para contornar a lei fiscal ou fosse, em si própria, uma operação abusiva. Esta posição, vamos demonstrá-lo, não tem hoje qualquer razão de ser.

4.3 A criação do regime único para todos os tipos de fusões

Actualmente, o Código do IRC contém o “*regime especial aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais*” na sua Subsecção IV, já sem qualquer distinção entre operações nacionais e transnacionais: a diferença não tinha grande sentido, uma vez que a segurança jurídica das transformações seria maior se o regime aplicável fosse o mesmo. Ora, a via de dar ao Direito interno as mesmas soluções que se encontravam no Direito Comunitário tinha há muito sido escolhida pela Holanda, o que levou os tribunais holandeses a proceder ao reenvio prejudicial de um caso de destaque de activos que surgiu na Holanda depois da transposição da Directiva, e o TJCE a declarar-se competente. Tal como este fez notar, “*quando a legislação nacional se adequa para as soluções que dá a situações puramente internas às escolhidas em Direito Comunitário a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou, como no caso em apreço no processo principal, de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao Direito Comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar*”¹⁸ (a este ponto voltaremos).

Ora, a evolução do texto legislativo em Portugal veio fazer com que se considerem preenchidos estes requisitos de competência do TJCE: as situações internas passaram a ser reguladas pelas soluções encontradas no Direito Comunitário, tendo desaparecido a dicotomia operações internas/operações externas constante da primeira versão da transposição da Directiva. A redacção do texto normativo passou a ser muito semelhante à da Directiva.

4.4 A previsão para as fusões com controlo a 100%

Essa harmonização entre o Direito interno e o Direito Comunitário também se verifica na previsão expressa da fusão sem troca de títulos que tem lugar quando a

¹⁸ Caso C-28/95 (*Leur-Bloem*), de 17.7.1997 (nº 32).

participação a 100% leva à extinção de títulos na fusão mediante uma absorção da sociedade participada pela participante.

Na Directiva, considera-se fusão a operação que tem lugar quando *“uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital”*¹⁹.

O Código do IRC, no seu artigo 67.º, n.º 1, al. c), considera fusão *“a operação pela qual uma sociedade (sociedade fundida) transfere o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade (sociedade beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social”*. Também aqui se verifica uma alteração de monta no texto normativo. Na redacção actual, que segue a Directiva, já se não equiparam a fusões os casos em que há domínio total. A lei limita-se a dizer que o regime da neutralidade fiscal também se aplica a fusões em que não haja troca de títulos. A hipótese de uso abusivo da neutralidade fiscal da operação por meio da fusão inversa está devidamente acautelada pela transposição expressa e explícita do artigo 11.º da Directiva, actualmente no artigo 67.º, n.º 10 do Código do IRC, que determina que *“o regime especial estabelecido não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, [...] quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto”*

Deste modo, em vez de uma norma procurando impedir as operações suspeitas, temos um poder mais vasto da Administração. Sempre que a operação não tenha sido realizada por razões económicas válidas, a neutralidade acaba. Depois de demonstrar que o fim empresarial não era obter maior eficiência por meio da reestruturação, a Administração fiscal pode recusar a neutralidade da operação e tributar as mais-valias realizadas.

¹⁹ Artigo 2.º, alínea a) *in fine*.

5. Competência e jurisprudência comunitária quanto à matéria das fusões

5.1 O TJCE e a normalidade da fusão inversa

Referimos acima a competência do TJCE em matéria de fusões e cisões. Essa competência é hoje consensual e foi reafirmada pela advogada-geral nas suas conclusões num caso recente: *“o Tribunal de Justiça já declarou que o regime fiscal comum estabelecido na directiva, que inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entrada de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos”*²⁰.

Podemos, por isso, partir daquilo que é questão assente na jurisprudência do TJCE para resolver este caso, pois trata-se do modo como deve ser aplicada a Directiva e a norma portuguesa que procedeu à sua transposição, de modo a obtermos uma interpretação conforme ao Direito Comunitário. Tal como afirmou o Tribunal no caso *Kofoed*, *“importa recordar que todas as autoridades de um Estado-Membro, quando aplicam o direito nacional, são obrigadas a interpretá-lo, em toda a medida do possível, à luz do texto e da finalidade das directivas comunitárias, para atingir o resultado por elas pretendido”*²¹. Esta admonição deve estar presente caso um Estado venha a ter uma posição contrária às fusões inversas, o que, ao que sabemos, ainda não aconteceu²².

O TJCE teve já de se pronunciar sobre a chamada fusão inversa, não por causa da possibilidade de lhe ser aplicável o regime de neutralidade fiscal (uma vez que é consensual que este regime lhe é aplicável), mas por causa de uma outra questão: a de saber se estamos ou não perante uma reunião de capitais e se, por isso, lhe é aplicável a Directiva que limita o poder dos estados-membros na tributação destas operações.

Em relação à aplicabilidade da Directiva sobre a reunião de capitais (Directiva 69/335/CEE), o Tribunal considerou que era aplicável²³. Contudo, o que nos interessa é a discussão que teve lugar para saber se, neste caso, existia ou não aumento

²⁰ Conclusões da Advogada-Geral SHARPSTON relativas ao caso C-285/07 (A.T.), apresentadas em 6.11.200.

²¹ Caso C-321/05 (*Kofoed*), de 5.7.2007 (nº 45). Para a interpretação conforme com o Direito Comunitário, v. J.L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007), 152 ss.

²² O tratamento idêntico em termos de tributação da fusão inversa (*downstream merger*, em contraste com a *upstream merger*) e da fusão directa é afirmado pela doutrina. No entanto, pode haver distribuição oculta de lucros se há suprimentos à sociedade fundida, uma vez que estes se tornam dívidas da sociedade beneficiária aos sócios desta última. Sobre isto, RÖDDER/WOCHINGER, *Down-Stream-Merger mit Schuldübergang und Rückkauf eigener Anteile*, DStR 16/2006, 684.

²³ Caso C-46/04 (*Aro Tubi Trafilerie*), de 30.6.2006.

de capital e se, por isso, a Directiva era aplicável. Afirmou a advogada-geral que “o requisito do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), só estará preenchido mediante a interpretação extensiva do conceito de prestação efectuada por um sócio, concretamente no sentido de abranger a prestação efectuada por um interessado indirecto, nomeadamente o sócio de um sócio”.

Ora, “tal interpretação extensiva parece inteiramente concebível. Na sua jurisprudência até ao presente, o Tribunal de Justiça decidiu, em casos análogos, que, para responder à questão de saber se uma operação é abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea b), importa adoptar uma abordagem económica e não uma abordagem formal, baseada unicamente na proveniência das entradas de capital”²⁴.

Mutatis mutandis, também aqui é essencial uma abordagem económica: haverá alguma razão - salvo, como já vimos, a hipótese de abuso de direito a que a Administração fiscal pode reagir porque a lei lhe dá meios para isso - para excluir a fusão inversa da possibilidade de neutralidade económica?

5.2 A jurisprudência do TJCE sobre fusões e cisões

Sobre esta matéria, a jurisprudência do TJCE também nos ajuda pela sua inexistência: a questão nunca lhe foi colocada, porque a admissibilidade desta operação nunca foi, que nós saibamos, discutida em qualquer Estado-Membro.

O Tribunal tem reafirmado duas ideias centrais: estas operações de reestruturação devem ser feitas por razões económicas e não podem ser feitas por meras razões de optimização fiscal.

Veja-se o caso *Leur-Bloem*. Como afirmou o Tribunal, “os Estados-Membros podem prever que o facto da operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhe determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade”²⁵. Ao Tribunal nacional cabe decidir se a operação foi feita por razões de pura economia fiscal ou por razões económicas válidas. Juntamente com isto, afirmam um outro importante princípio: os estados-membros têm poderes para não aceitar as operações feitas apenas por razões de economia fiscal. “No entanto, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, com base em critérios como os mencionados na segunda resposta alínea a), quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, ultrapassaria aquilo que é

²⁴ Conclusões relativas ao caso C-46/04 (*Aro Tubi Trafilerie*), n.ºs 51-52.

²⁵ Caso C-28/95 (*Leur-Bloem*), de 17.7.1997 (n.º 32), n.º 48-B.

necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela Directiva 90/434”²⁶.

E se restassem dúvidas sobre a aplicabilidade da Directiva às fusões inversas, basta lembrar que o Tribunal foi peremptório: *“deve-se salientar, em primeiro lugar, que resulta do artigo 2., alínea d), bem como da economia geral da directiva, que o regime fiscal comum que institui, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais.”²⁷.*

As mesmas ideias seriam reafirmadas num caso posterior. No caso *Leur-Bloem*, tratava-se de, por meio de uma reestruturação empresarial em sociedades com uma única accionista, conseguir uma compensação de ganhos com perdas. No caso posterior, o caso *Kofoed*²⁸, a questão era distinta: nas operações abrangidas pela Directiva Fusões-Cisões, as operações devem ser feitas sempre numa base de troca de participações, não podendo os pagamentos em dinheiro ultrapassar os 10%. Ora, no caso *Kofoed*, há uma troca de acções entre uma empresa com sede na Dinamarca e uma outra criada para o efeito e quase sem actividade económica na Irlanda, tendo havido pouco depois da permuta uma distribuição de dividendos na Irlanda. Seria esta distribuição equivalente aos pagamentos em dinheiro limitados pela Directiva?

O Tribunal decidiu que a atribuição de dividendos não era a quantia em dinheiro que a Directiva impede. *“Compete portanto ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se existe, no Direito dinamarquês, uma disposição ou um princípio geral segundo o qual é proibido o abuso de Direito ou outras disposições sobre a fraude ou evasão fiscais que possam ser objecto de interpretação conforme com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 e, desse modo, justificar a tributação da permuta de participações sociais em causa uma vez que quando esse caso teve lugar essa parte da directiva ainda não tinha sido transposta”²⁹.*

O mesmo princípio - o de que estas operações só podem ser postas em causa se tiver havido abuso de direito - é afirmado de forma ainda mais clara num caso ainda mais recente: o A.T.

Sem entrarmos nas particularidades deste caso, vejamos apenas aquilo que o TJCE afirma: *“só a título excepcional e em casos específicos os Estados-Membros podem, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434, recusar aplicar todas ou parte das disposições desta directiva ou retirar os benefícios das mesmas (acórdão Kofoed, já referido, n.º 37). Para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais*

²⁶ Conclusões finais.

²⁷ Caso C-28/95 (*Leur-Bloem*), de 17.7.1997, n.º 36.

²⁸ Caso C-321/05 (*Kofoed*), de 5.7.2007.

²⁹ Caso C-321/05 (*Kofoed*), de 5.7.2007, n.º 46.

competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação”³⁰.

Ou seja, considerar previamente que as operações feitas mediante a chamada fusão inversa não estão abrangidas pela Directiva - i.e. que não podem gozar de neutralidade - é totalmente contrário à jurisprudência constante do TJCE, na sua interpretação do regime de fusões e cisões em todo o espaço comunitário.

6. A posição da Administração fiscal e o fetiche do formalismo

6.1 O Parecer do Centro de Estudos Fiscais³¹

6.1.1 Fusões inversas, fusões directas

A Administração fiscal sustenta que as fusões a que se refere este artigo não são consideradas neutras, porque o legislador previu um tipo especial de fusão por incorporação e não previu a fusão inversa. A própria Administração fiscal sabe que o seu argumento está errado, uma vez que a fusão de uma sociedade noutra que detinha cabe sem qualquer dúvida no conceito normal de fusão da al. a) do n.º 1 do artigo 67.º do Código do IRC. Não havendo qualquer argumento levemente substancial para a diferença de tratamento, a Administração fiscal agarra-se a um formalismo nunca visto (ou melhor, um formalismo típico dos contribuintes que acham que um qualquer argumento formal, por mais disparatado que seja, lhes permite não pagar um qualquer imposto). Vejamos.

A situação actual das fusões e cisões é pacífica, como se vê pela jurisprudência do TJCE - quando são fusões transfronteiriças, o tribunal é sempre competente, e também o é quando o país não distingue entre o regime aplicável às fusões-cisões internas e às transfronteiriças, sendo esse regime construído com base na Directiva. A política do Direito Comunitário é permitir estas operações com neutralidade, desde que não haja abusos por parte das entidades envolvidas. Na actual versão da Directiva, recorda-se que a “*Directiva 90/434/CEE tem por objectivo assegurar o diferimento da tributação dos rendimentos, dos lucros e das mais-valias resultantes de reorganizações de empresas, salvaguardando os direitos dos Estados-Membros em matéria de tributação*”³².

³⁰ Caso C-285/07 (A.T.), de 11.12.2008, n.º 32.

³¹ Parecer do CEF n.º 45/2004.

³² A Directiva 90/434/CEE tem por objectivo assegurar o diferimento da tributação dos rendimentos, dos lucros e das mais-valias resultantes de reorganizações de empresas, salvaguardando os direitos dos estados-membros em matéria de

O sucesso da Directiva faz com que a única preocupação seja alargar a sua aplicação a situações ainda por prever, como a transferência de sede das sociedades ou o destaque de activos sem dissolução da sociedade de onde é feita a transferência. A fusão inversa não é considerada nas actualizações, por já fazer parte do rol de operações abrangidas. Ontem, como hoje, se for abusiva, pode ser atacada por esse motivo; se o não for, deve ser aceite como neutral.

Não é essa a doutrina administrativa que vigora entre nós: na resposta a um pedido de informação vinculativa, o Centro de Estudos Fiscais formulou doutrina, contida num parecer, onde considera que as fusões inversas não estão abrangidas pelo regime de neutralidade fiscal. Nada mais encontramos no referido parecer do que a tentativa de obter apoio legal para os preconceitos da Administração fiscal portuguesa em relação a este tipo de operação. O parecer, talvez por respeitar a fusões inversas, opera com uma metodologia invertida.

No entanto, preconceitos administrativos não fazem boa doutrina, como demonstraremos seguidamente³³.

A tomada de posição do Centro de Estudos Fiscais dá-se no seguimento de uma resposta a uma consulta vinculativa em que estava em causa uma fusão inversa, distinguindo-se, no ponto 10 do referido parecer, entre fusão directa – a sociedade-mãe incorpora a sociedade controlada – e fusão inversa (*reverse merger*) – quando a sociedade controlada absorve a dominante.

A questão só nos interessa para demonstrar aquilo que nem precisaria de ser demonstrado: o parecer concorda que temos aqui fusões e não realidades equiparadas a fusões, como chegou a pretender o legislador português. No entanto, o nosso acordo acaba aqui. Segundo o parecer, na fusão inversa – em que a sociedade filial incorpora a sociedade-mãe –, *“a incorporante adquire, como acções próprias, aquelas que eram detidas pela incorporada, devendo ao mesmo tempo entregar essas acções aos sócios da sociedade mãe que se dissolve”*³⁴.

Vejamos alguns pontos em concreto.

tributação.

³³ Com sólidos argumentos, realçando a neutralidade das fusões inversas, v. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, “Aspectos Contabilísticos e Fiscais nas Fusões e Cisões” in J. L. SALDANHA SANCHES / FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA / J. TABORDA DA GAMA, *Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro* (Coimbra: 2007), 170 ss.

³⁴ Parecer do CEF n.º 45/2004.

6.1.2 Acções próprias

No nosso ordenamento jurídico-societário, é admitida, com algumas restrições, a aquisição de acções e quotas próprias pelas sociedades³⁵. Significa isto que se permite a uma sociedade que participe no seu próprio capital social, que detenha uma parte de si mesma. Como se trata de um mecanismo aparentemente pouco natural, por reunir na mesma entidade a titularidade de parte dos direitos e dos correspondentes deveres, o legislador procura regulamentar com alguma minúcia os casos em que tal pode acontecer e limites a tal situação – o que faz sempre com a preocupação de protecção dos credores societários.

Note-se que, como afirma JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, quando uma sociedade *“adquire uma participação no seu próprio capital (autoparticipação), já a diminuição patrimonial acarretada pela saída de bens necessários àquela aquisição não encontra rigorosamente qualquer contrapartida na entrada de outros valores: é que o valor das acções ou quotas adquiridas está afinal dependente do valor do restante património social, que aquelas simplesmente representam e ao qual nada acrescentam – criando-se assim um «perpetuum mobile», no qual a situação patrimonial da sociedade determina o valor de certos bens sociais (acções ou quotas), os quais, por seu turno, contribuiram para determinar aquela situação patrimonial”*³⁶.

Este tipo especial de relação está, por estes motivos, sujeito a um procedimento de formação especial e a várias restrições contidas no Código das Sociedades Comerciais. Como determina o artigo 316.º, n.º 1 deste Código, *“uma sociedade não pode subscrever acções próprias, e, por outra causa, só pode adquirir e deter acções próprias nos casos e nas condições previstos na lei”*. A aquisição de acções próprias por uma sociedade não pode ultrapassar os 10% do seu capital e as acções devem restar inteiramente liberadas³⁷.

³⁵ Sobre este tema, v., em Portugal, RUI BARREIRA, “Notas Sobre o Regime Fiscal da Alienação de Acções Próprias”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez* (Coimbra: 2000); MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, *Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais* (Coimbra: 1994); RAÚL VENTURA, “Auto-participações da sociedade: as acções próprias”, *ROA*, 38 (1978), 217-277 e 429-477; RAÚL VENTURA, “Adaptação do Direito Português à segunda Directiva do Conselho da CEE sobre o Direito das Sociedades”, *DDC*, 3 (1980), 5-152; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*² (Coimbra: 2002), 378 ss; J. H. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*³ (Coimbra: 2000), 293-294, 302-303; MANUEL ANSELMO TORRES, “A Contabilização das Acções Próprias e a sua Repercussão Comercial e Tributária”, in J. L. SALDANHA SANCHES / JOÃO TABORDA DA GAMA / FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA (org.), *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro* (Coimbra: 2007), 139.

³⁶ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*² (Coimbra: 2002), 378.

³⁷ Artigo n.º 317, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

Na nova regulação comunitária das sociedades por acções³⁸, propõe-se um regime mais liberal, mas continua a haver um limite para as acções próprias que uma sociedade pode adquirir: *“as sociedades anónimas deverão ter a possibilidade de adquirir acções próprias até ao limite das reservas passíveis de distribuição da sociedade e o período durante o qual tal aquisição pode ser autorizada pela assembleia geral deverá ser prolongado, de forma a reforçar a flexibilidade e a reduzir a carga administrativa das sociedades, que devem reagir rapidamente às evoluções do mercado que afectam a cotação das suas acções”*³⁹.

Em todo o caso, acções próprias são as que resultam de um processo de aquisição fortemente regulamentado, sempre com um limite máximo, devendo ser contabilizadas juntamente com a criação de uma reserva a elas referente. Ou seja: o complexo processo de formação de acções próprias nenhuma relação tem como processo da fusão inversa, como também se percebe facilmente quando examinamos o lado formal deste negócio jurídico.

6.1.3 O negócio jurídico de fusão inversa e as relíquias históricas

Uma fusão é um negócio jurídico em que alguém dá e recebe alguma coisa. Se a sociedade é detida a 100% por outra sociedade, a forma do negócio jurídico é mais simples.

Vejamos como o podemos configurar: como negócio sinalagmático, ou seja, negócio em que existe uma relação de troca. Temos, por isso, de ver o que dá e o que recebe cada parte, mesmo que este negócio seja feito de acordo com o poder dispositivo que cabe aos sócios da sociedade que exerce o domínio total sobre a sociedade dominada.

A sociedade A domina a sociedade B, e vai extinguir-se e ver o seu património integrado na sociedade B que, antes da fusão, dominava a 100%. Os sócios de A permitem-no e estão mesmo interessados em que isto aconteça.

Porquê? Porque vão perder as partes de capital de A (a sociedade extingue-se e, com ela, as partes que titulam o seu capital), mas vão receber as acções de B que se encontravam na carteira de títulos de A, na conta “participações financeiras”. As acções de B, antes detidas a 100% pela A que se vai extinguir, são o preço recebido pelos sócios da sociedade extinta. O património de A vai ser dividido: as acções de B vão para os sócios de A. Todos os outros activos e passivos de A vão para B. Os títulos

³⁸ Directiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, que altera a Directiva 77/91/CEE do Conselho, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social.

³⁹ Directiva 2006/68/CE (4).

de A extinguem-se. Talvez seja preciso recordar que as partes de capital se extinguem: os títulos que representam e incorporam os direitos dos sócios sobre esse ente extinguem-se como consequência jurídica da sua vontade que levou “à extinção do próprio direito incorporado”⁴⁰. Como ainda mais expressivamente diz CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, “as acções, como feixes de direitos e deveres, extinguem-se, obviamente, quando se extingue também a sociedade em questão, o que pode suceder na sequência de uma fusão, de uma cisão, de uma transformação, ou da dissolução seguida da correspondente liquidação”⁴¹.

Por isso, quando o parecer do CEF afirma, como já vimos, que “a incorporante adquire, como acções próprias, aquelas que eram detidas pela incorporada, devendo ao mesmo tempo entregar essas acções aos sócios da sociedade mãe que se dissolve”, temos uma confusão entre acções próprias de B no sentido literal do termo (todas as acções que titulam o capital de B são acções próprias de B, no sentido de acções referentes a B⁴²) e acções próprias de B no sentido jurídico deste mesmo termo.

As acções que pertenciam a A eram as acções “próprias” de B, no sentido de serem as acções que titulavam o capital de B. Mas, para uma parte das acções de B (e apenas uma parte) se tornarem acções próprias de B no sentido que esta expressão tem no Direito das Sociedade Comerciais e no Direito do Balanço, seria necessário desencadear o procedimento que permitiria que a sociedade B as adquirisse - o que aqui não se passa, já que não há qualquer aquisição duradoura ou momentânea.

A fórmula usada no Parecer, com a incorporante a adquirir acções próprias que depois entrega aos sócios da sociedade-mãe, revela um conceito de acções próprias singular: uma sociedade, num movimento de autofagia, a adquirir a totalidade das suas próprias acções para depois as entregar aos sócios da sociedade extinta? Esta visão das coisas é também estranha à relação jurídica presente na fusão: os sócios de A concordam que A deve ser extinta para receberem as acções de B, o que resulta *ipso facto* da extinção de B. Por que motivo deviam estas acções ser transmitidas a B? Por que motivo não passam a pertencer aos sócios de A quando se extingue a sociedade através da qual eles controlavam B?

Em coerência com o modo distorcido como vê a operação de fusão inversa, o Parecer do CEF, ao tratar da questão da formação de uma reserva que deve obrigatoriamente integrar o processo de aquisição de acções próprias, insiste e amplia o erro: “como temos aqui uma aquisição de acções, em que a autoparticipação subsiste e é integrada no património social, ainda que para ser imediatamente transferida, surge sempre a

⁴⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Títulos de Crédito* reimp. de 1988/89 (Lisboa: 1997), 54.

⁴¹ C. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários - conceito e espécies*² (Porto: 1998), 82-3.

⁴² Este sentido da expressão é usado, por exemplo, na expressão “aquisição de acções próprias”: tem de se tratar de acções representativas do capital da própria sociedade para poderem vir a ser, depois de adquiridas, acções próprias em sentido jurídico estrito.

obrigação, por momentânea que seja, de tornar indisponível uma reserva de montante igual àquele porque sejam contabilizadas”⁴³.

A reserva momentânea (e, servindo a reserva para garantir os direitos dos credores, não percebemos para que possa servir uma reserva momentânea...) teria de ser igual à totalidade do capital da sociedade. Se a sociedade não tivesse reservas que fossem iguais ou maiores que o capital, a fusão deixava de ser possível. Se as reservas tivessem sido recentemente transformadas em capital (o que em nada afecta, bem pelo contrário, a sua função de garantia), a fusão deixaria de ser possível.

A incompreensão da natureza e da função das acções próprias - ou o cego desejo de retirar neutralidade a esta operação - leva a afirmações insustentáveis e de um formalismo extremo.

Voltemos ainda à entrega das acções à sociedade incorporante, *“ainda que para serem imediatamente transferidas”*, como sustenta o parecer. Ora, o Código das Sociedades Comerciais, no seu artigo 112.º, considera que a fusão se encontra realizada no momento do registo. Segundo este artigo, os *“efeitos do registo”* são estes: *“com a inscrição da fusão no registo comercial: a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”*

Mas quando é que isto sucede? Como a questão pode ter consequências práticas, mesmo no Código das Sociedade Comerciais, RAUL VENTURA, no seu comentário ao artigo 112.º, não hesita em afirmar: *“como adiante veremos os três efeitos produzem-se simultaneamente”⁴⁴.*

Quer isto dizer que as partes de capital da sociedade incorporada não vão por breves momentos (um dia, um minuto, um segundo) para a incorporante, que se torna dona de 100% do seu próprio capital e constitui uma reserva para acções de conta própria para logo a seguir transmitir as acções aos seus sócios. Como determina a parte final do artigo 112.º do CSC, *“os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”*. São eles os titulares do capital da sociedade incorporante e o processo da fusão inclui a atribuição destes direitos.

“Não merecem hoje mais do que referência, como relíquias históricas,” - escreve RAUL VENTURA - *“velhas teorias que, por uma forma ou outra, concluíam que as acções da incorporante entravam no património da incorporada e daí transitavam para os sócios desta”⁴⁵.*

⁴³ Parecer do CEF n.º 45/2004.

⁴⁴ RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* (Coimbra: 1990), 222.

⁴⁵ RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* (Coimbra: 1990), 247.

As absurdas consequências desta velha forma de conceber a fusão, em que se confundia a troca das participações com a entrega material dos títulos, estão também patentes neste parecer do CEF. E note-se que o texto de RAUL VENTURA foi escrito muito antes da desmaterialização dos valores mobiliários, que faz com que estes existam sobretudo por meio de registos escriturais...

Em qualquer dos casos, fica por provar qual a relevância fiscal da argumentação, mesmo que estivesse correcta...

6.2 Do reconhecimento da neutralidade à alegação da falta de neutralidade da fusão

Como vimos anteriormente, a isenção dos impostos de registo é atribuída mediante uma avaliação da situação jurídica do caso concreto. Estas fusões só podem normalmente ser feitas porque o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais despachou favoravelmente um pedido de isenção de Imposto do Selo ao abrigo do Decreto-Lei n.º 404/90, de 21 de Dezembro⁴⁶: o que quer desde logo dizer que a Administração fiscal, através de um acto do Ministério das Finanças não vê qualquer problema numa operação de fusão por incorporação de uma sociedade em outra que detinha na totalidade, ou seja, um acto admite, como só podia admitir, que as fusões inversas podiam beneficiar deste regime.

Esta ideia traz consequências. Se, depois da emissão de um despacho favorável, a Administração fiscal vem dizer que, por causa de um parecer do CEF as fusões inversas não estão abrangidos pelo regime da neutralidade existe maior má-fé processual. A reconhecida neutralidade fiscal das operações apenas pode ser colocada em causa por qualquer incumprimento dos *requisitos* criados pela lei como contrapartida para a neutralidade da operação e que se tenha verificado depois de realizada a operação; a questão já previamente apreciada da possibilidade abstracta de uma fusão inversa, qualquer fusão inversa, beneficiar do regime de neutralidade, está decidida com o acto de autorização, havendo quanto a isto caso julgado procedimental.

Importa atentar nos *pressupostos* e *conteúdos* deste acto administrativo. Com base num *projecto de fusão*, o contribuinte solicita a neutralidade fiscal. Nesse *projecto de fusão*, identifica o tipo de operação em causa. A Administração fiscal, com base no *projecto* e na realidade da fusão, reconhece a neutralidade a uma fusão inversa.

⁴⁶ Que previa uma série de benefícios fiscais à reorganização de empresas, hoje constantes do artigo 56.º-B do EBF.

O *pressuposto* do regime de neutralidade (tratar-se de uma operação elegível) está verificado e é reconhecido quando todos os factos de que o reconhecimento deste pressuposto depende se encontram verificados, exceptuados casos de alteração de facto ou de direito relevantes entre a operação descrita e a operação praticada.

Claro que a isenção é reconhecida *condicionalmente* ao cumprimento dos *requisitos*. Mas apenas dos requisitos que sejam a concretização futura do regime de neutralidade (ou seja, factos que ainda não possam ser verificados no momento do reconhecimento da neutralidade). Quanto aos *pressupostos*, ou requisitos entretanto verificáveis, o acto de reconhecimento da isenção já se pronunciou e a fusão é, a parti daí, neutral – produz todos os seus efeitos enquanto se cumparam os futuros requisitos que encontramos na lei. Quais? Os requisitos quanto ao tratamento contabilístico da fusão, previstos no artigo 68.º, n.º 3 do Código do IRC, os requisitos quanto à transmissibilidade de prejuízos previstos no artigo 69.º e, com menos intensidade, todos os deveres de cooperação que decorrem da fusão, previstos principalmente no actual artigo 72.º do Código do IRC.

Para a fusão ser fiscalmente neutra deve respeitar-se o requisito da continuidade contabilística constante do artigo 68.º, n.º 3 do Código do IRC, que determina que a *“aplicação do regime especial está ainda subordinada à observância, pela sociedade beneficiária, das seguintes condições:*

- a) Os elementos patrimoniais objecto de transferência sejam inscritos na respectiva contabilidade com os mesmos valores que tinham na contabilidade das sociedades fundidas, cindidas ou da sociedade contribuidora;*
- b) Os valores referidos na alínea anterior sejam os que resultam da aplicação das disposições deste Código ou de reavaliações feitas ao abrigo de legislação de carácter fiscal”.*

O requisito da continuidade contabilística para o reconhecimento da neutralidade fiscal numa fusão foi criado para evitar que activos que passam de uma sociedade para outra, com adiamento da tributação da mais-valia, pudessem ser reavaliados na nova sociedade no momento da entrada – se assim fosse, numa posterior alienação, já não haveria mais-valia. Este requisito impede que uma fusão neutral seja uma forma de *step-up* de activos. É preciso não esquecer que este requisito diz apenas respeito aos valores pelos quais os elementos passam de uma contabilidade a outra – nada mais.

Quanto a este ponto, pode concluir-se que o despacho favorável é um acto administrativo sujeito a condição resolutiva e que a condição só é operativa nos seus precisos termos, não permitindo uma reapreciação de todos os pressupostos e

requisitos do acto⁴⁷. A inspecção tributária está vinculada ao bloco de legalidade que conforma a situação jurídica do sujeito passivo, no qual se incluem os actos administrativos que constituem direitos na esfera do particular.

6.3 Em conclusão

Para tratar do problema em análise neste texto, não é sequer preciso consultar o Código das Sociedades Comerciais, ou o comentário de RAÚL VENTURA. Basta ler com o mínimo de atenção – ou de boa-fé – o texto do Código do IRC (sem o absurdo preconceito que a norma se não aplica à fusões inversas) para não se sustentarem coisas sem sentido. Repitamos: encontramos no artigo 67.º, n.º 1, al. a) do Código do IRC uma descrição muito precisa dos dois momentos do negócio jurídico que vem concretizar a fusão e que pode beneficiar de neutralidade:

Primeiro momento da fusão: *“a transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades fundidas) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária)”*.

Vejamos o que se passa nas situações a que nos referimos: o património global de A (sociedade fundida incorporada) passa para B (sociedade beneficiária incorporante).

Segundo momento: *“a atribuição aos sócios daquelas {da sociedade ou das sociedades fundidas} de partes representativas do capital social da beneficiária”*.

As acções de B (a sociedade beneficiária) são atribuídas à sociedade S que é a sócia de A (a sociedade fundida). Não pode haver qualquer espécie de dúvida.

À mesma conclusão chegaríamos se partíssemos de um outro texto normativo – aquele que encontramos na Directiva transposta pelo Código do IRC.

Aqui, temos uma diferente redacção, mas a mesma norma. Primeiro, temos uma fusão quando *“uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente”*.

É o que vai suceder a A: a sociedade que controlava B vai ser dissolvida sem entrar em liquidação e todo o seu património vai passar para outra sociedade já existente (a sociedade B).

Com uma excepção.

⁴⁷ É isto uma das diferenças básicas entre um acto sujeito a condição e um acto precário (sobre isto, FILIPA URBANO CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo - sua natureza e admissibilidade, as garantias dos particulares* (Coimbra: 1998); JOÃO TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas - da decisão de autovinculação ao acto devido* (Coimbra: 2008), 100 ss.).

O preço desta fusão é a *“atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade”*, que, no caso especial da fusão inversa, pertenciam à sociedade fundida. Ou seja, as acções que representavam o capital da incorporante (e que estavam no activo da incorporada) são, como *contrapartida* dessa incorporação, *atribuídas* ao sócio da incorporada – são os únicos activos que não são transferidos para a sociedade incorporante, mas sim para os sócios desta.

Ao contrário da fusão inversa, que cai no conceito geral de fusão, a absorção da sociedade-filha pela sociedade-mãe encontra-se expressamente prevista na Directiva e no Código do IRC. Retirar daqui a conclusão que, se a fusão de cima para baixo (*upstream merger*) se encontra expressamente prevista numa alínea da lei e a fusão invertida (*downstream merger*) não tem uma alínea exclusiva, é porque esta não é permitida é um erro crasso. Erro crasso pelas razões que já apontámos: a fusão inversa não está expressamente prevista na lei, porque não tinha de estar, uma vez que já cabe na previsão geral das fusões; nela, temos a verificação total da previsão legal: *“a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade”* de que fala a Directiva e, na expressão do Código do IRC, *“a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária”*.

Contudo, se uma sociedade detém outra a 100% e a absorve (a mãe incorpora a filha), não há entrega de títulos – apenas a extinção dos títulos da filha – e, por isso, não há uma coincidência plena com o *tatbestand* da fusão da al. a), uma vez que este prevê, como vimos, o pagamento sob a forma da troca de títulos: os títulos da sociedade absorvida extinguem-se, tal como se extingue a sociedade cujo capital representam. Por isso, a Directiva vem dizer que também se considera que há fusão quando *“uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social”* - apesar de neste caso faltar a troca ou transmissão de títulos.

Isto, à semelhança do Código do IRC⁴⁸, que determina que há fusão quando *“uma sociedade (sociedade fundida) transfere o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade (sociedade beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social”*. Já não afirma, como fazia antes de ter harmonizado o regime interno e externo das fusões-cisões, que esta operação é *equiparada* à fusão: aceita a posição comunitária, que nos diz que este é um dos *tipos* da fusão. Tudo isto está na letra da lei. Só o arreigado preconceito contra as fusões inversas existente na Administração fiscal portuguesa, e cuja origem descrevemos acima, explica o nascimento deste problema: a absorção da sociedade-mãe pela sociedade-filha é uma

⁴⁸ Artigo 67.º, n. 1, alínea c).

operação como qualquer outra (não havendo, por isso, qualquer razão para a excluir da neutralidade fiscal). Nessas operações, mas como em qualquer outra fusão, cisão, troca de participações ou destaque de activos, podemos ter comportamentos abusivos que retirarão a possibilidade de neutralidade fiscal se forem devidamente comprovados – mas não há qualquer razão, nem sequer isso foi alegado, para presumir uma especial propensão para o abuso nas fusões inversas.

Abril de 2008

