



Dissertação

Mestrado em Solicitadoria de Empresa

Fusão de Sociedades Comerciais no CSC e CIRC
*O regime de neutralidade fiscal na fusão interna e na
fusão transfronteiriça*

Sónia Cláudia Teixeira Pinto

Leiria, março de 2017



Dissertação

Mestrado em Solicitadoria de Empresa

Fusão de Sociedades Comerciais no CSC e CIRC
*O regime de neutralidade fiscal na fusão interna e na
fusão transfronteiriça*

Sónia Cláudia Teixeira Pinto

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Doutora Marisa Catarina da Conceição Dinis, Professora-Adjunta da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria e coorientação da Doutor Francisco José Nicolau Domingos, Professor-Adjunto na Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar.

Leiria, março de 2017

Dedicatória

Aos meus Pais.

Resumo

No nosso país a primitiva consagração normativa relativa à fusão de sociedades comerciais advém do Código Comercial Português de 1888.

A contingência de se unirem duas ou mais sociedades comerciais numa só confere dinamismo a estas entidades cujo objeto consiste no exercício da atividade económica tendo em vista a obtenção de lucros.

Globalmente consideradas, a atividade das sociedades comerciais e a possibilidade de se redimensionarem permite fortalecer as sociedades comerciais e este fortalecimento tem uma influência positiva na economia nacional.

Também no quadro da comunidade europeia com a consagração da liberdade de estabelecimento surgem fontes normativas para facilitar a realização de fusões, designadas de fusões transfronteiriças, entre sociedades de responsabilidade limitada de diferentes tipos de diferentes Estados membros, cujo objetivo primordial é permitirem criar condições para a existência e consolidação de um mercado interno europeu.

É neste contexto que se enquadra o objeto de investigação da presente dissertação, para tal propomo-nos aliar o direito societário ao direito fiscal de índole interna e comunitária.

No âmbito do direito societário, no plano do direito interno, pretendemos primeiramente efetuar um estudo sobre a noção de fusão de sociedades comerciais, modalidades, efeitos e natureza jurídica. De seguida faremos o estudo e análise das fusões transfronteiriças, sendo que a primeira abordagem será num primeiro momento no plano do direito da união e depois no plano do direito interno.

No domínio fiscal pretendemos para efeitos de enquadramento incidir o nosso estudo sobre o IRC, as regras gerais de dedução, a noção jurídico-tributária e modalidades de fusão. Seguidamente, faremos o estudo e análise do RNF na fusão no CIRC.

Configurando-se desta forma, o nosso propósito geral é a obtenção de um conhecimento mais aprofundado e esclarecedor sobre a fusão de sociedades no CSC e no CIRC.

Em particular, pretendemos analisar o RNF e verificar qual a amplitude das regras fiscais neutras, dito de outra forma verificar se as regras fiscais neutras cumprem exatamente o seu desígnio e, portanto, não consubstanciam um obstáculo à efetivação das fusões societárias.

Palavras-chave: fusão societária; interna; transfronteiriça; neutralidade fiscal.

Abstract

The primitive legal Framework on company merger, in Portugal, can be found in the 1888 Portuguese Commercial Code.

The possibility of union between two or more companies confers a better dynamics to entities whose corporate object is the exercise of an economical activity with the intention of generating profits.

Globally considered, the activity of commercial companies and the opportunity to resize allows a strengthening of their businesses, and this strengthening has a positive influence on the national economy.

Also, at an European level, the freedom of establishment principle generated new legal sources in order to facilitate company mergers, the so-called cross-border mergers, between different types of limited companies from different countries, being the main purposes the existence and consolidation of an European internal market.

Our investigation is set in this context, and our methodology will focus on the analysis of both Corporate and Fiscal Laws, at a national and European level.

Firstly, within the Portuguese Corporate Law, we intend to study the definition of company merger, its categories, legal effects and legal nature. Secondly, we will study and analyze the cross-border mergers, from the point of view of the European Law and, after that, the Portuguese Law.

At a fiscal level, we intend to centre our study on the Portuguese company income tax (IRC), the general rules of tax deduction, the fiscal definition and the types of mergers. At last, we will analyze the fiscal neutrality regime regarding mergers, on the IRC Code.

Our general purpose, with this study, is to obtain a more clear and profound knowledge about company mergers, and its corporate and fiscal rules.

In particular, we intend to understand if the fiscal neutrality regime really accomplishes its purpose, by creating real neutral rules or if it brings, contrary to expectations, serious difficulties to company mergers.

Keywords: company merger; internal company merger; cross-border company merger; fiscal neutrality.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AT	Administração Tributária
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Código Civil
CEE	Comunidade Económica Europeia
Cfr.	Confrontar
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
EIRL	Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada
INE	Instituto Nacional de Estatística
LGT	Lei Geral Tributária
IT	Inspeção Tributária
LOE	Lei do Orçamento do Estado
n.º	número
OE	Orçamento do Estado
p./pp.	página/páginas
PME	Pequenas e médias empresas
POE	Plano de Orçamento do Estado
RNF	Regime da Neutralidade Fiscal
ROC	Revisor Oficial de Contas

SC	Sociedade em Comandita
SNC	Sociedades em Nome Coletivo
SQ	Sociedade por Quotas
SA	Sociedades Anónimas
SROC	Sociedades de Revisores Oficiais de Contas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	Tribunal Central Administrativo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

Dedicatória.....	iii
Resumo	v
Abstract.....	vii
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	ix
Introdução	1
Capítulo I – Regime societário.....	5
1. A Fusão de Sociedades Comerciais.....	5
Capítulo II: O regime de neutralidade fiscal na fusão interna e na fusão transfronteiriça	37
1. O IRC.....	37
2. Regras gerais de dedução de prejuízos fiscais.....	45
3. Noção jurídico-tributária e modalidades de fusão	50
4. Caracterização do regime de neutralidade fiscal	53
Considerações finais.....	83
Bibliografia	87

Introdução

O tema objeto de investigação na presente dissertação representa interesse em termos científicos e relevância inegável no contexto prático da vida das sociedades comerciais, motivos pelos quais consideramos ser um tema pertinente, apelativo e atual, não obstante a sua complexidade.

De acordo com o INE¹, a crise económica, iniciada nos finais do ano 2008, apesar de ter atingido sobretudo as PME, não deixou de causar efeitos negativos, ainda que menores, nas denominadas grandes sociedades. Estas sociedades, por ocasião do elevado volume de negócios que representam, revestem especial importância em termos económicos, financeiros e sociais, não obstante, em 2012, representarem apenas 0,3% da totalidade das sociedades portuguesas. No especial contexto de crise, as operações de reestruturação foram encaradas como um meio para superar as dificuldades sentidas pelas supramencionadas sociedades de grandes dimensões.

Atualmente, já numa época que podemos nomear, ainda que com algumas reservas, de pós-crise, as atenções estão centradas na importância de reforçar as economias para alcançar o crescimento económico de uma forma duradoura e sustentada. Ora, também nesta sede, as operações de reestruturação são encaradas como um instrumento com relevância acentuada. De facto, são entendidas como uma ferramenta fulcral para atingir o predito crescimento económico atendendo, em especial, à capacidade que ostentam no fortalecimento das sociedades comerciais pelo facto de terem tendência a melhorar os respetivos desempenhos financeiro, económico e produtivo o que se repercutirá, naturalmente, num impacto positivo na economia nacional sendo também, tais operações, decisivas na internacionalização com as consequências benéficas daí advenientes.

De entre as distintas formas de reestruturação de empresas, salientamos, porque objeto deste estudo, a importância dos processos de fusão de sociedades comerciais que, como é sabido, consiste da junção de duas ou mais sociedades numa só. Estes processos resultam,

¹ Publicação INE, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=219013536&DESTAQUESmodo=2. Consultado a 1 de fevereiro de 2017.

normalmente, em sociedades comerciais de maiores dimensões e com maiores capacidades e competências para resistir a situações de crise e para competir de forma relevante nas economias nacional e internacional.

Estudar a fusão implica analisar não apenas o processo que a envolve, mas também as consequências que origina em diversos níveis. Com efeito, um aspeto indissociável da fusão é o regime fiscal que lhe é inerente, em particular o resultante do CIRC.

Atendendo aos considerandos iniciais, traçamos como objeto de investigação da presente dissertação o estudo e a análise da fusão de sociedades no plano do CSC e no âmbito do CIRC. Trataremos, em especial, o RNF na fusão interna e na fusão transfronteiriça. Fica, pois, desta forma, traçado e delimitado o âmbito dos estudos que ora se iniciam.

Para alcançar o propósito enunciado, propomo-nos aliar o direito societário ao direito fiscal de índoles interna e comunitária. Será, pois, por esta razão que a presente dissertação está estruturada em dois grandes capítulos: o primeiro destinado às fusões ao abrigo do regime legal decorrente do CSC, no plano interno e no plano comunitário e, o segundo, destinado ao estudo do regime fiscal da fusão no CIRC.

Assim, no capítulo I, faremos, num momento inicial, um estudo sobre a noção de fusão de sociedades comerciais, sobre as modalidades que reveste, sobre os efeitos que produz e sobre a natureza jurídica que a caracteriza. De seguida, ainda neste capítulo, trataremos de estudar e de analisar as fusões transfronteiriças o que faremos, em primeiro lugar, à luz do direito da união europeia e, de seguida, sob o olhar do direito interno.

Por sua vez, no capítulo II, dedicaremos a nossa atenção ao estudo do regime fiscal no CIRC onde, primeiramente, e apenas para efeitos de enquadramento, abordaremos a noção jurídico-tributária de IRC e as regras gerais de dedução. De seguida, avançaremos para o estudo e para a análise do RNF na fusão no CIRC no plano do direito interno. Por fim, trataremos de efetuar o mesmo estudo mas, desta vez, à luz do direito da UE.

O estudo do direito comparado, pese embora de importância inquestionável, não será profundo e demorado porquanto, como teremos oportunidade de salientar, as diferenças de regime que encontrámos não são de tal forma abissais que o justifiquem. De qualquer forma, sempre aludiremos de forma mais pormenorizada, ainda que sucinta, ao regime de neutralidade fiscal aplicável à fusão regida pelo ordenamento jurídico espanhol e sempre faremos uma análise comparativa com o RNF do nosso CIRC.

Em face do exposto, assumimos que pretendemos fazer um estudo que nos permita, por um lado, conhecer de forma aprofundada o regime societário da fusão e do regime de neutralidade do CIRC. Trataremos de apreciar estas matérias de forma crítica focando a nossa atenção, em particular, na tentativa de apurar se o CIRC cumpre o propósito assumido no preâmbulo de não dificultar a reorganização e o fortalecimento do tecido empresarial. Pretendemos, portanto, avaliar o impacto destas normas nas fusões, tanto no contexto interno, como no âmbito da união europeia.

Configurando-se assim o nosso objeto de estudo, não se pretende um estudo exaustivo sobre a fusão na sua vertente societária. Fica igualmente fora do âmbito da nossa investigação o estudo dos restantes impostos que recaem sobre os intervenientes na fusão.

Refira-se, por fim que para alcançarmos tal desiderato utilizaremos naturalmente o direito positivo, os ensinamentos da doutrina, a jurisprudência e conhecimentos adquiridos teórica e empiricamente.

Capítulo I – Regime societário

1. A Fusão de Sociedades Comerciais²

1.1. Noção de fusão

Antes de abordarmos a noção jurídico-societária de fusão de sociedades comerciais impõe-se referir que no ordenamento jurídico português primeiramente surgiu a fusão de cariz interno, cuja existência remonta ao Código Comercial Português de 1888. Bastante mais tarde surge no nosso ordenamento, por transposição da Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, a fusão transfronteiriça das sociedades de responsabilidade limitada³.

Seguindo esta ordem cronológica primeiramente versaremos sobre a fusão interna e ulteriormente abordaremos a fusão transfronteiriça das sociedades de responsabilidade limitada.

1.1.1. Noção jurídico-societária

Em primeiro lugar, no que concerne às fontes normativas e para efeitos de enquadramento cumpre referir que esta matéria encontra-se consagrada no Título I, capítulo IX do CSC, concretamente no artigo 97.º e seguintes deste diploma.

Elencando o percurso cronológico das fontes normativas, a fusão de sociedades comerciais foi objeto de consagração normativa nos seguintes diplomas:

- i) Código Comercial Português de 1888;
- ii) DL n.º 598/73, de 8 de novembro;
- iii) CSC, aprovado pelo DL n.º 2662/86, de 2 de setembro.

² Cfr. artigo 980.º do CC e artigo 1.º, n.º 2 do CSC.

³ Surge no ordenamento jurídico português aditada pela Lei n.º 19/2009, de 12 de maio, que transpôs a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005. A fusão transfronteiriça também é denominada por alguns autores de fusão intracomunitária, precisamente, porque ocorre entre sociedades comerciais de diferentes Estados membros da UE.

Com a análise ao teor do artigo 97.º do CSC respeitante à fusão de sociedades comerciais, com a epígrafe “ Noção - Modalidades”, constatamos que o legislador não apresenta uma definição de fusão de sociedades⁴, tendo optado por consagrar uma noção de fusão de sociedades de acordo com as respetivas modalidades, delimitando o que se pode considerar fusão. Portanto, perante a inexistência de uma definição de fusão de sociedades comerciais no CSC, as definições de fusão resultam da doutrina e será nesta fonte que de seguida nos concentraremos⁵.

Doutrinalmente, começamos por assinalar a definição de fusão de sociedades comerciais apresentada por Ventura (2003, pp. 14-15) que a define como a junção dos elementos pessoais e patrimoniais⁶ de duas ou mais sociedades preexistentes, que origina que passe a existir uma só sociedade⁷.

De acordo com Furtado (2004, p. 544) a fusão consiste na “(...) reunião de duas ou mais sociedades numa só.”

Segundo Cordeiro (2016, p. 1125) a fusão de sociedades é uma forma jurídica que permite alcançar a concentração económica, na qual duas ou mais sociedades se juntam para formar uma só.

⁴ A ausência de uma definição de fusão é anterior ao CSC, ou seja, o regime jurídico anterior, resultante quer do DL n.º 598/73, de 8 de novembro, quer do Código Comercial de 1888, também não apresentou um conceito de fusão. O mesmo aconteceu com a 3.ª Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, relativa à fusão de SA, que foi transposta para o CSC.

⁵ Ao nível da jurisprudência a propósito do conceito de fusão constatamos que nesta sede aplicam-se os conceitos fornecidos pela doutrina. A título exemplificativo, mencionamos o acórdão do TCA Sul de 17/04/2012, proferido no âmbito do processo n.º 04172/10, que recorreu aos ensinamentos de Fernandes e Correia, citando as definições de fusão apresentadas por estes autores.

⁶ O elemento pessoal corresponde aos sócios e o elemento patrimonial aos bens das sociedades envolvidas na fusão.

⁷ Numa doutrina mais recente, Marques (2011, p. 158), refere que os elementos definidores do instituto jurídico fusão de sociedades são os seguintes: i) extinção de sociedades; ii) transmissão do património a título universal; iii) integração dos sócios das sociedades extintas na sociedade resultante. Estes elementos definidores correspondem aos efeitos da fusão descritos no artigo 112.º do CSC, porém, coadjuvam e auxiliam o enquadramento dogmático deste instituto jurídico, neste sentido refere Russo (2012, p. 593).

A fusão engloba apenas as sociedades, pelo que está excluída a fusão entre sociedade e empresa individual, a fusão entre sociedade e o EIRL e a fusão de sociedade e empresa pública (Ventura, pp. 21-22).

Contudo, de acordo com o n.º 1 do artigo 97.º do CSC a fusão abrange sociedades comerciais de tipo diverso o que origina alterações do contrato de sociedade (Ventura, pp. 39-40).

Tal como observa Gonçalves (2009, p. 117) no CSC a fusão de sociedades comerciais caracteriza-se pela junção de um conjunto de modificações objetivas e subjetivas numa estrutura societária. Sendo que às modificações objetivas corresponde uma deslocação global do património de uma sociedade para outra sociedade já existente ou constituída para o efeito e às modificações subjetivas correspondem as alterações que ocorrem na esfera jurídica dos sócios⁸.

Este autor acrescenta que o conceito de fusão de sociedades tal como o enuncia é o resultado de uma significativa evolução dogmática e, por sua vez, a consagração deste instituto jurídico na legislação comercial caracteriza-se pela sua utilização enquanto prática económica (Gonçalves, 2009, p. 117).

Retomando a doutrina de Ventura (2003, p.18), de acordo com os seus ensinamentos não podemos entender a fusão como uma forma de concentração de empresas⁹, como comumente alguns a denominam, isto porque nem sempre está subjacente à sociedade uma empresa, tal como acontece com as sociedades gestoras de participações sociais e as sociedades profissionais. E, por sua vez, a fusão distingue-se de todas as espécies de concentração de sociedades porque origina a extinção de pelo menos uma das sociedades envolvidas na fusão. Assim sendo, concluímos a este respeito que, o conceito de fusão não

⁸ No que concerne às alterações que ocorrem na esfera jurídica dos sócios, estas ocorrem de forma distinta consoante estejamos perante uma das duas modalidades de fusão consagradas no artigo 97.º do CSC, fusão por incorporação ou fusão por constituição de nova sociedade sobre as quais versaremos numa fase ulterior da presente dissertação. Assinalamos no que diz respeito às alterações subjetivas que estas alteram a esfera jurídica dos sócios, podem consistir no fato dos sócios passarem a participar na estrutura societária da sociedade incorporante (fusão por incorporação) ou da nova sociedade (fusão por constituição de nova sociedade), podendo ainda de acordo com o estipulado no n.º 5 do artigo 97.º do CSC ser atribuídas aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhe forem atribuídas.

⁹ Deve fazer-se a distinção entre fusão de empresas e fusão de sociedades.

se confunde com concentração empresarial por ser mais abrangente e, também, porque a fusão implica a extinção de pelo menos uma das sociedades envolvidas na fusão¹⁰. Posição que entendemos ser a mais rigorosa, razão pela qual a perfilhamos.

Em resultado desta posição, o autor Ventura (2003, p. 19) assinala concretamente algumas situações que não configuram fusões, entre elas:

- i) Quando o negócio entre duas sociedades consiste apenas na transmissão onerosa de bens de uma para a outra¹¹;
- ii) Quando estamos perante a compra da totalidade das ações de uma sociedade por outra;
- iii) Numa *joint venture*¹² por meio de criação de sociedade participada.

Ainda a propósito das situações que não configuram fusões acresce referir que também não configura fusão a aquisição do estabelecimento de uma sociedade por outra sociedade, sem que os sócios da sociedade adquirida passem a ser sócios da sociedade adquirente, porquanto estamos apenas perante um *trespasse*¹³ (Correia, 2009, p. 293).

Não obstante não podermos entender a fusão como uma forma de concentração de empresas, segundo Furtado (2004, p. 547) sempre se pode afirmar que “A fusão é o processo jurídico de realização da concentração económica.”¹⁴.

De acordo com Almeida (2011, p. 852) a fusão pode ser entendida como uma operação de concentração entre duas ou mais sociedades.

¹⁰ Segundo o autor a escolha entre fusão e outras espécies de concentração ou de ligação de sociedade depende de várias ordens de fatores económicos, financeiros, fiscais, laborais e até psicológicos.

¹¹ Esta operação concreta é designada de cisão-fusão

¹² *Joint venture* consiste na união de duas ou mais empresas já existentes.

¹³ Esta situação em particular distingue-se da transmissão de estabelecimento no âmbito de uma fusão, tal como refere expressamente Martins (2008, p. 422), no entanto, o autor adverte que há ainda quem considere que a transmissão do estabelecimento no âmbito da fusão deve ser chamada de *trespasse*.

¹⁴ A este respeito refere igualmente o autor Cordeiro, tal como tivemos oportunidade de assinalar anteriormente.

Para finalizar a abordagem jurídico-societária ao conceito de fusão enfatizamos a flexibilidade que a fusão das sociedades encerra, tanto que, Correia (2009, p. 292) refere-se a esta como uma das manifestações de plasticidade da instituição societária.

1.2. Modalidades

1.2.1. Fusão por incorporação

Após expormos o conceito de fusão nas vertentes enunciadas, importa incidir sobre as modalidades da fusão de sociedades.

As modalidades da fusão de sociedades no CSC encontram-se previstas nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 97.º que, apesar de não denominarem expressamente cada uma das modalidades, podemos através dos termos utilizados no texto da lei classificá-las, respetivamente, de fusão por incorporação¹⁵ e fusão por constituição de nova sociedade¹⁶.

Resulta da conjugação do n.º 1 com a alínea a) do n.º 4, ambos do artigo 97.º do CSC, que a fusão por incorporação consiste na união de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, numa só, mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra já existente e a atribuição aos sócios de participações sociais na sociedade incorporante.

Acresce que, nos termos do n.º 5 do artigo 97.º do CSC também podem ser atribuídas aos sócios da sociedade incorporada para além das partes, ações ou quotas da sociedade incorporante, supra referidas, quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhe forem atribuídas¹⁷.

Nesta modalidade de fusão pode acontecer ser necessário um aumento de capital social da sociedade incorporante, o que pode acontecer quando as suas participações sociais não sejam

¹⁵ A 3.ª Diretiva 78/855/CEE designa esta modalidade de fusão por absorção.

¹⁶ Também denominada de fusão simples (Correia, 2009, p. 292) ou fusão concentração.

¹⁷ Esta questão da atribuição aos sócios de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhe forem atribuídas suscita dúvidas quanto às circunstâncias em que se aplica. Pode entender-se que esta atribuição de quantias em dinheiro pode servir para pagar a totalidade da participação que o sócio detinha na sociedade fundida e, por outro lado, que esta atribuição de quantias em dinheiro serve apenas para compensar os chamados “restos”. A autora Marques (2014, p. 143) refere-se a esta questão que tem implicações quanto ao consentimento dos sócios nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 103.º do CSC.

suficientes para satisfazer as necessidades de atribuição de participações aos sócios da sociedade incorporada. Ao invés, também poderá acontecer ser necessário uma redução do capital social, se após a fusão, o ativo ficar inferior ao passivo na sociedade incorporante (Almeida, 2011, p. 853).

Com a fusão as participações sociais dos sócios devem ficar com um valor real idêntico às que possuíam, ou seja, os sócios da sociedade incorporante não devem ficar com um valor real superior, nem inferior, ao que possuíam antes da fusão e os sócios da sociedade incorporada deverão ficar com novas participações de valor real idêntico ao das participações que possuíam antes da fusão (Almeida, 2011, p. 853).

Todavia, tal como resulta do n.º 2 do artigo 116.º e do n.º 2 do artigo 117.º I do CSC no caso de fusão de sociedade totalmente detida pela sociedade incorporante não há qualquer atribuição de participações sociais, pelo que a autora Marques (2011, p. 159) assinala que podemos concluir que apesar de a transmissão de participações sociais poder ser considerada um dos elementos definidores do conceito jurídico de fusão de sociedades, como referimos precedentemente em nota de rodapé n.º 7 quando tratamos do conceito jurídico societário, não se pode considerar um elemento essencial.

1.2.2. Fusão por constituição de nova sociedade

Nos termos do n.º 1 e da alínea b) do n.º 4, ambos, do artigo 97.º CSC esta modalidade de fusão consiste na união de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios atribuídas participações sociais da nova sociedade resultante da fusão¹⁸.

Da mesma forma que acontece na fusão incorporação também nesta modalidade podem ser atribuídas, por força do n.º 5 do artigo 97.º do CSC, aos sócios da sociedade incorporada para além das participações sociais da sociedade incorporante, supra referidas, quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhe forem atribuídas.¹⁹

¹⁸ A nova sociedade resultante da fusão adota o tipo estipulado no contrato de sociedade (Correia, 2009, p. 292).

¹⁹ Cfr. Nota de rodapé (17).

Após enunciadas as duas modalidades de fusão, em termos de distinção segundo os ensinamentos de Gonçalves (2009, pp. 134-135) estas duas modalidades distinguem-se em razão do *locus societatis* onde o resultado final da compenetração pessoal se dá. No caso da fusão por incorporação, a sociedade incorporante preexiste ao processo de fusão e aí se produz a unificação dos grupos sociais anteriores²⁰. Por outro lado, na fusão por constituição de nova sociedade, tal como a designação indica a fusão ocorre numa sociedade constituída no próprio processo de fusão.

No que respeita aos pontos comuns entre as modalidades de fusão, segundo Gonçalves (2009, p. 125) ambas implicam a extinção de todas ou exceto uma das sociedades envolvidas e a transmissão do património a título universal, o que se consideram ser dois dos elementos definidores do conceito jurídico de fusão, tal como já observamos anteriormente. No entanto, a extinção em causa consiste numa extinção sem dissolução²¹, nem liquidação, processando-se a transmissão do património de forma automática, no momento do registo da fusão conforme consagra o artigo 112.º do CSC. (Gonçalves, 2009, p. 125).

Configurando-se desta forma, de acordo com Ramalho (2015, p. 48), a fusão não implica o termo das atividades económicas das sociedades extintas ou das sociedades a incorporar, implica sim a continuidade dessas atividades através de uma mera alteração da personalidade jurídica que suporta o seu exercício.

Ainda no que respeita aos pontos comuns importa salientar o estipulado no n.º 2 e n.º 3, ambos, do artigo 97.º do CSC.

²⁰ O autor menciona que a expressão “unificação dos grupos sociais anteriores” pertence ao autor italiano *Simonetto*.

²¹ Correia (2009, p. 293) refere que as sociedades pré-existentes extinguem-se, mas não se dissolvem, exceto a sociedade incorporante e, cita Coelho quando refere que apenas desaparece a sua personalidade jurídica. Acerca desta matéria faremos os devidos desenvolvimentos quando incidirmos sobre os efeitos da fusão.

Ora, resulta do n.º 2 do artigo 97.º do CSC que é possível ocorrerem fusões com sociedades dissolvidas²²²³ que se encontrem em liquidação desde que preencham os requisitos de que depende o regresso ao exercício da atividade social²⁴²⁵.

Em particular, sobre o regime dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação de entidades comerciais consagrado no DL n.º 76 A/2006, de 29 de março, em primeiro lugar observa-se que este regime é ulterior à norma do n.º 2 do artigo 97.º do CSC, todavia, assinalamos que ainda que a liquidação da sociedade seja efetuada por via administrativa não obsta a que a sociedade possa fundir-se²⁶.

Do n.º 3 do artigo 97.º do CSC resulta que não é permitido ocorrerem fusões de sociedades que se apresentem à insolvência a partir da data da petição ou do pedido de declaração da sua insolvência. Segundo os ensinamentos de Correia (2009, p. 292), tem justificação na proteção dos interesses dos credores e com este mesmo fundamento o autor estende esta proibição ao processo especial de recuperação de empresa²⁷.

²² Nos ensinamentos de Correia (2009, p. 291) pode abranger no todo ou em parte as sociedades dissolvidas.

²³ Cfr. artigo 142.º e 143.º CSC.

²⁴ Cfr. artigo 161.º do CSC.

²⁵ Veja-se o autor Pereira (2011, p. 852) que a propósito do n.º 2 e n.º 3 do artigo 97.º do CSC assinala que a fusão pode ocorrer mesmo após a dissolução de uma ou mais sociedades intervenientes desde que se preencham os requisitos de que depende o regresso ao exercício da atividade social e que nenhuma delas tenha entrado em processo de insolvência.

²⁶ Neste sentido refere Marques (2014, p. 162).

²⁷ Atualmente temos em vigor o processo especial de revitalização introduzido pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, como tal, torna-se imperioso questionar e analisar se a proibição do n.º 3 do citado artigo se estende a este processo. A este propósito, começamos por salientar que não podemos deixar de ter conta que a norma do n.º 3 do artigo 97.º do CSC é anterior ao processo especial de revitalização, razão pela qual se coloca esta questão de saber se o normativo do CSC abrange ou não este processo. Desde logo, assinalamos que desde a data da introdução do processo especial de revitalização no nosso ordenamento jurídico esta questão não foi objeto de produção normativa, pelo que até à data não resulta da lei (CSC, CIRE ou outra) que não é permitido a uma sociedade fundir-se a partir da data da entrada do processo especial de revitalização. Desconhecemos se esta ausência de normas se deve ao fato de o legislador não pretender estabelecer esta limitação à fusão de sociedades que esteja em processo especial de revitalização ou se apenas se trata de uma omissão. Ao nível da doutrina, Correia (2009, 2012) entende que esta norma não se aplicava nos planos de recuperação de empresa (anteriores ao processo especial de revitalização), para dessa forma se protegerem os credores. Não obstante,

1.3. Efeitos e natureza jurídica

A este propósito pretendemos desde já sublinhar que no decorrer da investigação doutrinal destas matérias prontamente percecionamos e registamos que os efeitos e a natureza jurídica da fusão de sociedades são matérias concomitantes, razão pela qual são tratadas e expostas em simultâneo.

Seguidamente, sublinhamos que em resultado da ligação destas matérias constatamos que a forma como na prática os efeitos da fusão ocorrem é distinta consoante as diversas teorias adotadas acerca da natureza jurídica deste instituto jurídico.

Não há consenso doutrinal sobre estes temas, pelo que iremos expor os diferentes entendimentos.

Posto isto, tal como já referido a propósito do conceito jurídico-societário os efeitos da fusão de sociedades comerciais encontram-se plasmados no artigo 112.º do CSC e segundo os ensinamentos de Ventura (2003, p. 222) esta norma também assinala o momento em que os efeitos se produzem.

Decorre da mencionada norma que os efeitos da fusão ocorrem com a inscrição da fusão no registo comercial²⁸. Contudo, o legislador optou pela não diferenciação de efeitos em relação a terceiros e efeitos internos²⁹.

salientamos que os planos de recuperação de empresa são substancialmente distintos do processo especial de revitalização. Por seu turno, o próprio CIRE nem sequer contempla as fusões, pelo que não resolve esta questão. Assim sendo, entendemos que deve fazer-se uma interpretação atualista e caso a fusão se revele essencial para a revitalização de uma determinada sociedade comercial que deu entrada de um processo especial de revitalização, seja permitido fundir-se. Quanto à decisão acerca da fusão no âmbito do próprio processo especial de revitalização, entendemos que estamos perante um ato de especial relevo nos termos do artigo 161.º do CIRE, logo, o administrador de insolvência necessita do consentimento da comissão de credores ou assembleia de credores.

²⁸ Estamos perante um registo denominado de constitutivo, ou seja, do qual resulta que é com o registo que a fusão produz efeitos. Cfr. artigo 111.º, 112.º, ambos, do CSC.

²⁹ Segundo Carreiro (2011, p. 150) em teoria poderia sustentar-se que os efeitos internos da fusão se produzem na data em que a mesma foi deliberada pelas assembleias gerais das sociedades intervenientes, todavia, para fusões simplificadas, em que a fusão não depende de prévia deliberação das assembleias teria que se alcançar outra solução.

Por conseguinte, são três os efeitos da fusão de sociedades, a saber:

- i) Extinção das sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas;
- ii) Transmissão dos seus direitos para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade;
- iii) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.

Este autor (Ventura, 2003, p. 222) salienta que os efeitos da fusão³⁰ previstos no CSC correspondem ao consagrado no artigo 19.º da Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, que refere expressamente que os efeitos são simultâneos. A este respeito entendemos que está em harmonia com a letra do artigo 112.º do CSC, portanto, não pretendeu o legislador que os efeitos surgissem de forma sucessiva, ou seja, num primeiro momento ocorresse a extinção de sociedades incorporadas ou extintas e a transmissão de direitos nos termos da alínea a) do dispositivo legal e apenas em momento ulterior os sócios das sociedades extintas tornar-se-iam sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade nos termos da respetiva alínea b).

Em termos de classificação dos efeitos da fusão, tal já como referimos a propósito do conceito jurídico societário de fusão, podemos classificar os efeitos em pessoais e patrimoniais. Destarte os efeitos pessoais reportam-se aos sócios das sociedades extintas que se tornam sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade e, por sua vez, os patrimoniais dizem respeito à transmissão do património das sociedades abrangidas pela fusão.

Concretamente, quanto ao primeiro efeito relativo à extinção das sociedades incorporadas ou fundidas, discute-se na doutrina se realmente há extinção das sociedades ou se a fusão desencadeia a dissolução sem liquidação das referidas sociedades.

Nos melhores ensinamentos de Ventura (2003, p. 228,) a discussão a este propósito começou com comparações de natureza antropomórfica, para esta doutrina as sociedades fundidas

³⁰ Cfr. artigo 112.º do CSC.

morrem, como acontece com as pessoas físicas e as novas sociedades incorporantes beneficiam de uma sucessão universal, tal como acontece com os herdeiros.

Com um entendimento distinto³¹, Cordeiro (2016, p. 1125), rejeita a tese de extinção referindo que os sujeitos intervenientes na fusão não têm qualquer intenção de extinguir uma sociedade e defende que o que acontece é uma transformação dos entes preexistentes.

Importa, desde já, assinalar que acompanhamos Ventura (2003, p. 230), que considera que não podem existir dúvidas quanto à extinção de sociedades uma vez que esta resulta expressamente da lei e, por isso, constitui efetivamente um dos efeitos da fusão.

Posto isto, no sentido de se apurar sobre o que realmente incide a extinção, Ventura (2003, p. 230) considera que se extingue “(...) a pessoa jurídica, extinguem-se as relações de sociedade entre sócios; extinguem-se as participações dos sócios nessas sociedades.” E acrescenta, que o propósito é substituir e renovar.

Na verdade, a fusão é um instituto jurídico autónomo, ou seja, com um regime jurídico próprio, que ocorre sem necessidade de dissolução³² ou liquidação e que, por isso, são desnecessárias as comparações com outros institutos e, conseqüentemente irrelevantes as teorias que surgem em resultado das comparações³³.

Ou seja, no caso da fusão por incorporação as sociedades incorporadas continuam a existir no âmbito da sociedade incorporante e na fusão por constituição de nova sociedade as sociedades fundidas continuam a existir na nova pessoa colectiva (nova sociedade).

Pelas razões já expostas, em detrimento da teoria que defende que a fusão desencadeia a dissolução sem liquidação das referidas sociedades, perfilhamos o entendimento de Ventura, o qual já enunciamos, a favor deste entendimento temos o argumento de que o CSC não

³¹ Também com um entendimento diferente da teoria de sucessão universal defendida por Ventura, o autor Pinto Furtado (2004, pp. 554-555) refere que as sociedades fundidas não se extinguem, apenas se dissolvem nas sociedades beneficiárias.

³² Tal como já demos conta (cfr. ponto 1.2.2., deste capítulo) anteriormente quando incidimos sobre a fusão por constituição de nova sociedade, o autor Gonçalves (2009, pp.124-127) considera igualmente a extinção sem dissolução nas fusões.

³³ Neste mesmo sentido, refere Correia (2009, p. 293) defendendo que as sociedades incorporadas ou fundidas “(...) não se dissolvem, desaparece a sua personalidade jurídica (...)”.

consagrou a fusão como uma das causas da dissolução³⁴, acresce que não está previsto no nosso complexo normativo a dissolução sem liquidação, ou seja segundo as nossas normas a dissolução origina a liquidação da sociedade. E, também não se faz referência no CSC à transformação de sociedades no âmbito das fusões.

Não obstante, importa assinalar que a dissolução sem liquidação das sociedades incorporadas e fundidas foi desde cedo a solução acolhida, em particular na Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978³⁵, nos artigos 3.º e 4.º respetivamente, todavia nesta matéria o legislador nacional não adotou a solução da Diretiva, tal como já havíamos referido.

No que concerne ao aludido segundo efeito das fusões de sociedades, que consiste na transmissão dos seus direitos para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade, é também um efeito controverso e muito discutido na doutrina.

A transmissão do património processa-se de forma automática, no momento do registo da fusão conforme consagra o artigo 112.º do CSC.

No que tange a este efeito retomamos os ensinamentos de Ventura (2003, p. 236) que entende que consiste numa transmissão na qual se transmite o património como uma universalidade, na qual os direitos que se transmitem da sociedade extinta para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade são os mesmos, ou seja, consiste numa sucessão universal³⁶. Ou seja, este autor explica a natureza jurídica da fusão através da teoria da sucessão universal.

Por seu turno, a propósito da sucessão universal acrescenta que esta é um caso típico de sucessão por morte de pessoa singular, mas que para que a fusão de sociedades origine sucessão universal, não é necessário equiparar a extinção de sociedade(s) à sucessão por morte de pessoa singular. Para defender a sua posição o autor socorre-se do que se encontra consagrado na Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, que foi transposta para o CSC, concretamente no artigo 19.º, que expressamente alude à transmissão

³⁴ Cfr. artigos 141.º; 142.º e 143.º do CSC.

³⁵ Também foi a solução acolhida na Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, que será objeto de análise na presente dissertação.

³⁶ Teoria defendida na Alemanha denominada de “*totale Universalsukession*”.

universal do património, embora da transposição para o CSC não resulte a utilização destes termos, o autor entende que a alínea a) do artigo 112.º do CSC deve ser interpretada dessa forma porque deve ter-se em conta o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 97.º do CSC que utilizam a propósito da transferência de patrimónios o adjetivo “global” e o advérbio “globalmente”, respetivamente.

Em oposição à teoria da sucessão universal temos a teoria³⁷ da fusão como ato modificativo do pacto social. Desde logo, esta teoria considera que a fusão não origina a extinção da sociedade que se funde e também não se destina a originar a criação de nova sociedade, ou seja mantém-se a sociedade fundida, defendendo que apenas se efetua uma simples mudança do património das sociedades que participam na fusão, que ocorre através de uma modificação do pacto social. Pelo que, de acordo com esta teoria a fusão é uma alteração ao pacto social que gera a perda de individualidade jurídica da sociedade fundida porque juntam-se os diversos elementos pessoais e patrimoniais numa só sociedade comercial. Resumindo de acordo com esta teoria, a transmissão de direitos e obrigações ocorre simplesmente através de alteração ao pacto social.

Para o autor Ventura (2003, p. 231) a teoria italiana não faz sentido pois que “(...) a perda da individualidade como *quid medium* entre a conservação e a extinção é algo incompreensível; as sociedades ou se extinguem ou não se extinguem – *tertium non datur*.”

Numa doutrina mais recente sublinhamos a posição de (Gonçalves, 2009, pp. 125-127) que apesar de entender a fusão como uma alteração ao pacto social não acompanha na íntegra a teoria da fusão como um ato modificativo do pacto social, assim ao contrário do que defende esta teoria este autor entende que a fusão gera a extinção da sociedade fundida e, acrescenta que à transmissão de património não se aplicam as regras da liquidação, pois a transmissão de património decorre diretamente da própria fusão que tem autonomia conceptual e um regime próprio.

Por último, tal como, já foi referido outro efeito da fusão consiste nos sócios das sociedades extintas tornarem-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade. Também relativamente a este efeito não existe consenso na doutrina, pelo que, exporemos de forma sucinta as diferentes teses.

³⁷ Teoria defendida por diversos autores citados por Ventura (2003, p. 231), tais como Ferri e Simonetto.

Começando por Ventura (2003, p. 246), este autor refere que se extinguem as antigas participações sociais e adquirem-se novas participações a título originário e dessa forma todos os sócios da sociedade extinta tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade. Refere ainda que pese embora existir aparentemente uma relação de troca entre as participações que os sócios detinham na sociedade extinta pelas participações sociais adquiridas na sociedade incorporante ou na nova sociedade, em rigor não estamos perante troca, pelo que as novas participações são adquiridas a título originário e não a título derivado. Esta posição é denominada de tese da novação³⁸.

Para além da tese da novação, poderá alicerçar-se este efeito através da tese da sub-rogação³⁹. No caso de sub-rogação real a troca de participações sociais consiste numa substituição da participação social originária por outra participação social que a substituiria. Na sub-rogação pessoal o sócio continuaria a deter as mesmas situações jurídicas que integram a sua participação, porém o conjunto das situações jurídicas deixaria de ser relativo à sociedade incorporada ou fundida, mas sim à sociedade incorporante ou na nova sociedade, Gonçalves (2009, pp. 152-153).

A tese da sub-rogação desconsidera o efeito da extinção das sociedades e defende a inalterabilidade das participações sociais que seriam as sempre as mesmas, apenas transitariam da sociedade extinta para a sociedade incorporada ou nova sociedade, Gonçalves (2009, p. 162).

Uma outra tese defende a fusão como ato modificativo do pacto social, através da unificação das participações sociais em torno de uma única e mesma sociedade comercial, mas com a manutenção da posição jurídica dos sócios, pelo que parece aproximar se da tese da sub-rogação.

³⁸ A novação origina sempre a extinção da obrigação anterior e a criação ou a constituição de uma nova obrigação que a substitui, Gonçalves (2009, p. 157).

³⁹ A sub-rogação consiste na circunstância de uma coisa ou uma pessoa se substituir a outra tomando o seu lugar na relação ou situação jurídica em causa. Consoante se trata da substituição de coisa ou pessoal, estamos respetivamente perante sub-rogação real ou pessoal.

Temos ainda a tese do *commodum* de representação⁴⁰, que entende que na fusão o sócio da sociedade que se extingue adquiriria o direito a uma nova participação social na sociedade beneficiária em substituição da prestação por esta se ter tornado impossível por facto imputável ao devedor.

Segundo Gonçalves (2009, p. 162) esta tese não pode ser tida em conta, desde logo, porque na troca de participações sociais não existe impossibilidade da prestação imputável ao devedor.

Para concluir esta matéria não podemos deixar de assinalar a posição preconizada por Gonçalves (2009, pp. 138-162), da qual resulta que a tese da novação apesar de respeitar o efeito extintivo das sociedades não colhe por se revelar inadequada face à construção dogmática e normativa da figura da fusão. Afirma que fusão não visa a aquisição de uma nova participação social como se estivéssemos perante a constituição de nova sociedade, logo não se pode defender que na fusão os sócios adquirem novas participações a título originário, pelo que não pode ser entendida como tal. Para este autor na fusão a aquisição da nova participação social resulta sim de uma avaliação da participação social já detida, cujas regras estão expressamente consagradas na alínea e) do n.º 1 e n.º 3, ambos, do artigo 98.º e no n.º 4 do artigo 99.º do CSC.

Em face do exposto, a fusão deve ser entendida como uma figura que tem autonomia e um regime jurídico próprio.

1.4. Fusões transfronteiriças

1.4.1. Liberdade de estabelecimento

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e na sequência de um processo de reconstrução e integração europeia com primórdios na OECE e na CECA, surge a CEE constituída em 1957 pela Bélgica, República Federal da Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. A constituição da CEE formalizou-se com a assinatura do Tratado Constitutivo da

⁴⁰ O *commodum* de representação consubstancia a aquisição de um direito sobre certa coisa ou sobre terceiro, em substituição do objeto da prestação, por este se haver tornado impossível por facto imputável ao devedor Gonçalves (2009, p. 162).

Comunidade Económica Europeia⁴¹, que foi alterado pela primeira vez pelo Ato Único Europeu⁴².

A CEE apresentou como objetivo a implementação de um mercado comum para estimular as trocas comerciais e alcançar progresso económico, através da livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, para esse fim consagrou normas respeitantes a estas liberdades no Título I e III, Parte III do Tratado Constitutivo. Estas liberdades são de modo comum denominadas de liberdades fundamentais (Cordeiro, 2005, p.49).

No que respeita concretamente, à liberdade de estabelecimento encontra-se atualmente regulada no Capítulo 2, Título IV, Parte III, nos artigos 49.º a 55.º do Tratado da União Europeia.

A liberdade de estabelecimento, tal como nos dá conta Cordeiro (2005, p. 52), integra o Direito europeu das sociedades⁴³ e refere mesmo que constitui o seu ponto básico. Por sua vez, o regime jurídico das fusões transfronteiriças é parte integrante do direito europeu das sociedades, logo, podemos afirmar que o regime jurídico das fusões transfronteiriças teve como ponto de partida a consagração da liberdade de estabelecimento e constitui uma manifestação desta liberdade⁴⁴.

⁴¹ Entrou em vigor a 1 de janeiro de 1958. Também designado por Tratado de Roma, atualmente denominado de Tratado da União Europeia. O Tratado de Roma também formalizou a constituição da Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom). Disponível: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1466788155639&uri=CELEX:11997E>. Consultado a 10 de março de 2017.

⁴² Foi assinado em fevereiro de 1986 e, entrou em vigor no dia 01 de julho de 1987, apresentou como objetivo primordial o relançamento do processo de construção europeia para se concluir a realização do mercado interno. Disponível: <https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000037001-000038000/000037591.pdf>. Consultado a 10 de março de 2017.

⁴³ O autor Antunes (2012, p. 347-349) enfatiza a importância do direito europeu societário, nomeadamente quanto às reorganizações societárias transfronteiriças.

⁴⁴ Cordeiro (2005, p. 23) a propósito do Direito Europeu das sociedades refere que visa, designadamente, a harmonização dos direitos nacionais para abrir os mercados a operações transfronteiriças, harmonização dos direitos nacionais para equiparar proteções de sócios e de terceiros, reciprocidade no reconhecimento dos direitos nacionais e o aprontamento de formas societárias supranacionais.

Ora, como as fusões transfronteiriças resultam da produção normativa da União Europeia, um processo que se iniciou com a consagração da liberdade de estabelecimento, que tem uma importância fulcral, de seguida analisaremos com particularidade esta liberdade.

Resulta do primeiro parágrafo do artigo 49.º do Tratado da União Europeia a proibição genérica às restrições à liberdade de estabelecimento de um Estado membro no território de outro Estado membro e acrescenta que esta proibição abrange as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais. O segundo parágrafo da referida norma refere-se ao âmbito da liberdade de estabelecimento, que determina que esta abrange o acesso às atividades não assalariadas e respetivo exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, no sentido do estipulado no artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, ressalvado o disposto no capítulo relativo aos capitais.

Na prossecução de Cordeiro (2005, pp. 53-54), a liberdade de estabelecimento abrange a liberdade de exercício de profissões liberais e de empresa, entre outras manifestações especialmente previstas no primeiro e segundo parágrafos do artigo 49.º do Tratado da União Europeia. Acrescenta ainda que, as sociedades comerciais são completamente atingidas pela liberdade de estabelecimento.

Como referido anteriormente, a liberdade de estabelecimento é uma das liberdades fundamentais consagradas no Tratado de Roma, cujo objetivo assumido consistiu na implementação de um mercado comum que passou por várias etapas, como tal, segundo Cordeiro (2005, p.59) as liberdades subjacentes à implementação do mercado comum também foram evoluindo, logo o autor apresenta-nos quatro fases⁴⁵ da evolução da liberdade de estabelecimento, a saber:

- i) Proibição de limitações;
- ii) Diretivas⁴⁶ de harmonização;
- iii) Efeitos imediatos, e
- iv) Diretivas de reconhecimento.

⁴⁵ Nesta tipificação o autor inspirou-se na doutrina de Rolf Wägenbaur.

⁴⁶ O autor denomina as Diretivas de Diretrizes.

A respeito de cada uma destas fases, o autor (2005, p. 59) refere concretamente que a proibição de limitações foi o primeiro passo, do qual resultou a abertura das fronteiras à iniciativa dos restantes Estados membros. Ulteriormente refere o aparecimento das diretivas de harmonização para matérias específicas. Seguidamente, acerca dos efeitos imediatos sublinha a importância das decisões jurisprudenciais. E, por último evidencia as concretizações legislativas, através das diretivas de reconhecimento, que facilitam a instalação de estrangeiros.

1.4.1.1. Jurisprudência

A liberdade de estabelecimento resultante dos artigos 49.º e seguintes do Tratado da União Europeia é por diversas vezes objeto das decisões do TJUE⁴⁷, que contribuem para a consolidação desta liberdade, porém, por economia de espaço apenas incidiremos a nossa análise sobre algumas dessas decisões, sobre as quais faremos uma breve análise.

Não obstante, não podemos deixar de evidenciar alguns acórdãos com relevância nesta matéria, nomeadamente: os acórdãos *Daily mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Act*, *Sevic*, *Cadbury Schweppes*, *Cartesio*, *National Grid*, *VALE*, *Impacto Azul* e *Mömax*.

Nos seus acórdãos O TJUE debruçou-se sobre a interpretação das normas do Tratado da União Europeia que consagram a liberdade de estabelecimento e, também, sobre a concordância da legislação interna dos Estados membros com a liberdade de estabelecimento.

Começando pelo acórdão de 27 de setembro de 1988, conhecido por *Daily Mail*⁴⁸, quanto aos factos estamos ante um litígio no qual a sociedade comercial *Daily Mail*, constituída de acordo com a legislação britânica em matéria de direito das sociedades e com sede no Reino Unido, solicitou junto do Tesouro autorização prévia para transferir a sua sede social para os Países Baixos, sem perder a sua personalidade jurídica ou a sua qualidade de sociedade britânica. No que respeita ao enquadramento jurídico, por um lado, o direito interno do Reino Unido aplicável ao caso concreto proíbia a transferência de sede para o estrangeiro sem a autorização do Tesouro, por outro lado, o Tratado de Roma consagrou a liberdade de

⁴⁷ Anteriormente denominado de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

⁴⁸ Processo 81/87 de 27 de setembro de 1988, disponível: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ008>. Consultado a 10 de março de 2017.

estabelecimento, que proíbe limitações à liberdade de estabelecimento. O TJUE na fundamentação frisa a diversidade de legislações dos Estados membros que apresentam divergências quer em relação ao vínculo exigido com o território nacional para a constituição da sociedade comercial, quer em relação à alteração ulterior desse vínculo da sociedade comercial. E acrescenta o seguinte “Algumas legislações exigem que não só a sede social, como também a sede real, ou seja, a administração central da sociedade, estejam situadas no seu território, de modo que a deslocação da administração central para fora desse território (...)” e acrescenta que, por sua vez, “Outras legislações reconhecem às sociedades o direito de transferir a sua administração central para o estrangeiro, mas algumas delas sujeitam esse direito a certas restrições, variando de um Estado membro para outro as consequências jurídicas da transferência, nomeadamente no plano fiscal.” Configurando-se desta forma, o TJUE decidiu que as normas do Tratado de Roma relativas à liberdade de estabelecimento devem ser interpretadas (à data) no sentido de que não atribuem a uma sociedade comercial constituída de acordo com a legislação de um Estado membro e que neste mesmo Estado membro tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da administração para outro Estado membro.

Este acórdão estabeleceu e vincou que na transferência da sede da sociedade comercial deve efetuar-se a distinção caso esta ocorra no Estado de partida ou no Estado de acolhimento⁴⁹. Deste acórdão resulta a adesão à denominada tese da criação nacional, a qual considera que uma sociedade comercial só existe através da legislação nacional que estabelece a constituição e o funcionamento, neste sentido refere Dias (2010, p. 219).

Mais de uma década após o acórdão *Daily Mail*, o TJUE no acórdão *Centros*⁵⁰ de 9 de março de 1999, decidiu em sentido diverso. Contextualizando, quanto aos factos, estamos diante uma questão desencadeada por uma sociedade registada em Inglaterra e no País de Gales, por dois dinamarqueses residentes na Dinamarca, a sociedade não exerceu qualquer atividade desde a sua constituição e foi requerido junto das autoridades dinamarquesas competentes o registo de uma sucursal da sociedade na Dinamarca, porém o registo foi

⁴⁹ Esta posição suscitou críticas, nem sempre foi acolhida pelo próprio TJUE, porém foi novamente assumida no acórdão *Cartesio*, sobre o qual incidiremos mais à frente.

⁵⁰ Processo C-212/97 de 9 de março de 1999, disponível: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44462&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=572735>. Consultado a 10 de março de 2017.

recusado. Relativamente ao enquadramento jurídico estamos novamente perante uma oposição entre normas de direito interno do Estado membro e as normas do Tratado de Roma referentes à liberdade de estabelecimento. O TJUE decidiu que a recusa do registo da sucursal por parte das autoridades dinamarquesas consubstancia uma limitação à liberdade de estabelecimento, pelo que foram infringidas as normas do Tratado de Roma referentes à liberdade de estabelecimento.

De seguida destacamos o acórdão *Sevic*⁵¹, com data de 13 de dezembro de 2005, que incidiu diretamente sobre as fusões.

Segundo Botelho (2013, p. 29) o acórdão *Sevic* apresenta avanços relativamente às fusões e esclareceu muitas dúvidas que persistiam, razões pelas quais consideramos imprescindível a sua análise.

No acórdão *Sevic*, quanto aos factos está em causa uma sociedade comercial com sede na Alemanha denominada *Sevic* que requereu junto das autoridades alemãs competentes um pedido de registo de fusão entre a própria sociedade comercial *Sevic* e uma sociedade comercial com sede no Luxemburgo, todavia, o pedido de registo de fusão foi recusado. Relativamente ao enquadramento jurídico estão em oposição o direito interno alemão que apenas previa a fusão de sociedades com sede na Alemanha e as normas respeitantes à liberdade de estabelecimento do Tratado de Roma. Na sua decisão o TJUE entendeu que a recusa do pedido de registo de uma fusão, por dissolução de uma sociedade sem liquidação e por transmissão universal do seu património para outra sociedade não infringiu a liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado de Roma. O teor do acórdão *Sevic* contraria a jurisprudência *Daily Mail*.

Perante os notórios pontos comuns entre o acórdão *Sevic* e a Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, designadamente, ambos incidem sobre a liberdade de estabelecimento, concretamente sobre a fusão, e em face da proximidade da data do referido acórdão (13/12/2005) com a data da publicação (25/11/2005) da referida

⁵¹ Processo C-411/03 de 13 de dezembro de 2005, disponível: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57066&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=210031>. Consultado a 10 de março de 2017.

Diretiva, afigura-se pertinente perceber qual a relação existente entre estas duas fontes do direito europeu das sociedades.

Ora, se por um lado a diretiva aplica-se às fusões intracomunitárias⁵², o teor acórdão *Sevic* em análise abrange as fusões intra comunitárias e extracomunitárias. Acresce que a diretiva aplica-se a sociedades de responsabilidade limitada⁵³, por sua vez o acórdão em análise abrange as sociedades de responsabilidade limitada e outros tipos de sociedades. Acresce ainda, que enquanto a diretiva se aplica exclusivamente à fusão, acórdão *Sevic* abrange as cisões, aquisições e ofertas públicas de aquisição, neste sentido refere Botelho (2010, pp. 29-31).

Posto isto, concluímos que o teor do acórdão *Sevic* acórdão é mais amplo do que a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento e do Conselho, de 26 de outubro de 2005. Todavia, a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, apesar de incidir exclusivamente sobre a fusão, cumpriu o desígnio de harmonização das distintas regras de direito interno aplicáveis à fusão dos diferentes Estados membros e estipula o procedimento a cumprir para a concretização da fusão comunitária.

Após o acórdão *Sevic* evidenciamos o acórdão *Cartesio*⁵⁴ com data de 16/12/2008, no qual está em causa a sociedade comercial húngara *Cartesio* que requereu junto das autoridades competentes um pedido de alteração no registo comercial relativo à transferência da sede social para a Itália, porém o pedido de registo foi recusado. O TJUE decidiu que as normas do tratado de Roma relativas à liberdade de estabelecimento não se opõem a que os Estados membros regulamentem no sentido de que esse mesmo Estado membro possa impedir que uma sociedade comercial constituída ao abrigo do direito nacional transfira a sua sede para outro Estado membro sem alteração da lei nacional aplicável. Neste acórdão adotou-se a tese da criação nacional e acolheu-se a jurisprudência do acórdão *Daily Mail*.

⁵² Cfr. artigo 1.º da Diretiva.

⁵³ Cfr. artigo 1.º da Diretiva.

⁵⁴ Processo C-201/06 de 16 de dezembro de 2008, disponível: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76078&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=210981>. Consultado a 10 de março de 2017.

No acórdão *Vale*⁵⁵ de 12/07/2012 em relação ao acórdão *Cartesio* inverteram-se as posições dos países em causa, pelo que está agora em causa a sociedade comercial italiana *Vale* que pretendia transferir a sede para a Hungria e após o cancelamento da sua inscrição no registo comercial italiano, requereu o pedido de registo comercial da transferência, que foi recusado. Da fatualidade resulta que o direito húngaro rejeita em geral as transformações fronteiriças⁵⁶ com o único propósito de não permitir tais operações, pois não apresentou uma justificação da recusa do pedido de registo comercial por razões imperiosas⁵⁷. Pelo que, o TJUE considerou que as normas do Tratado de Roma referentes à liberdade de estabelecimento opõem-se a que a legislação nacional dos Estados membros que estabelecem que as sociedades de direito interno têm a faculdade de se transformar, não permitam de forma geral, a transformação de uma sociedade comercial de outro Estado membro numa sociedade de direito nacional através da constituição desta última.

Por último destacamos o acórdão *A Oy*⁵⁸, no qual está em causa uma sociedade comercial filandesa, que foi objeto enquanto sociedade mãe de uma fusão transfronteiriça com uma filial estabelecida noutro Estado membro, que pretende autorização para deduzir os prejuízos da sua filial e pretende apurar se os prejuízos devem ser determinados em conformidade com o direito do Estado membro de residência da sociedade mãe ou em conformidade com o Estado de residência da filial. Na sua decisão o TJUE por um lado considerou que no caso concreto as normas do Tratado de Roma relativas à liberdade de estabelecimento não se opõem a que legislação nacional exclua a possibilidade de deduzir ao seu rendimento tributável os prejuízos da sociedade mãe que se fundiu com uma filial estabelecida noutro Estado membro que cessou a sua atividade por apresentar prejuízos sofridos em anos

⁵⁵ Processo C-378/10 de 12 de julho de 2012, disponível: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124998&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=210755>. Consultado a 10 de março de 2017.

⁵⁶ Designação utilizada no acórdão.

⁵⁷ Segundo o ponto 39 do acórdão *Vale*, que se socorre da jurisprudência do acórdão *Sevic*, os Estados membros podem invocar como justificação para a restrição da liberdade de estabelecimento das transformações transfronteiriças razões imperiosas de interesse geral, como a proteção dos interesses dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores, bem como razões de natureza fiscal e da lealdade das transações comerciais.

⁵⁸ Cfr. Processo C-123/11, de 21 de fevereiro de 2013, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134107&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=175527>. Consultado a 10 de março de 2017.

anteriores à fusão, apesar dessa mesma legislação nacional conceder essa possibilidade se a fusão for interna. Porém, o TJUE considerou que a legislação nacional contraria o direito da união se não permitir à sociedade mãe “ (...) a possibilidade de demonstrar que a sua filial não residente esgotou as possibilidades de dedução desses prejuízos e que não existe a possibilidade de os mesmos serem levados em consideração no seu Estado de residência em exercícios futuros, seja por si própria seja através de um terceiro.”

Em face do exposto concluímos que a jurisprudência apresenta divergências, não obstante a liberdade de estabelecimento foi objeto de desenvolvimentos.

No nosso entendimento a jurisprudência do TJUE contribui para a consolidação da liberdade de estabelecimento⁵⁹ e, por conseguinte, para a consolidação das fusões transfronteiriças, que alcançou a sua consagração normativa com a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005.

1.4.2. Enquadramento legal

O regime jurídico aplicável às fusões transfronteiriças consta dos artigos 117.º-A a 117.º-L do CSC, inclusos na Seção II do Capítulo IX da Parte Geral do CSC⁶⁰.

De acordo com o artigo 117.º-B do CSC, aplicam-se também às fusões transfronteiriças, a título subsidiário, as normas relativas às fusões internas⁶¹, especialmente as que dizem respeito ao processo de tomada de decisão relativo à fusão, à proteção dos credores das sociedades objeto de fusão, dos obrigacionistas e dos direitos dos trabalhadores que não sejam regulados por lei especial.

⁵⁹ Sanches, (2009, p. 67) salienta a importância do TJUE que decide a compatibilidade entre as normas nacionais e as liberdades comunitárias e afirma que a construção do mercado interno deu ao TJUE a “natureza de um tribunal constitucional”.

⁶⁰ Segundo Gonçalves (2009, p. 377) é criticável a inserção sistemática do regime das fusões transfronteiriças na Parte Geral do CSC, isto porque se trata de um regime especial que se aplica apenas a alguns tipos societários.

⁶¹ Nas palavras de Gonçalves (2009, p. 343) o regime jurídico das fusões transfronteiriças não se apresenta como um regime jurídico especial ou excecional em relação ao direito interno, isto porque este regime jurídico resultante da Diretiva 56/2005/CE deve respeitar o direito interno aplicável em caso de fusão nacional, consoante refere nestes termos o terceiro parágrafo do preâmbulo da referida Diretiva.

As normas constantes nos artigos 117.º-A a 117.º-L do CSC foram aditadas⁶² pela Lei n.º 19/2009, de 12 de maio, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa Diretiva n.º 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005⁶³⁶⁴.

A Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro criou um regime jurídico comum para as fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, não obstante estipular que se aplicam às sociedades participantes num processo de fusão transfronteiriça as disposições de direito interno aplicáveis às fusões internas. Consequentemente, podemos questionar o seguinte:

- i) estaremos mesmo perante um regime jurídico unitário?
- ii) estaremos perante harmonização dos direitos internos dos diferentes Estados membros?

Em resposta a estas questões reiteramos as palavras da autora Rocha (2013, p. 110) “(...) salvo disposição em contrário da Diretiva, não se verifica a criação de um direito unitário para regular as fusões transfronteiriças - caso em que o regime estaria provavelmente contido num regulamento e não numa Diretiva (...)” e concluiu, que assim sendo, existe um menor grau de harmonização dos direitos nacionais.

Na origem da referida Diretiva estiveram dificuldades legislativas e administrativas dos países da comunidade europeia⁶⁵ no que respeita às fusões transfronteiriças, assim, com o objetivo assumido de impulsionar o mercado interno revelou-se necessário consagrar disposições comunitárias que facilitassem a concretização das fusões transfronteiriças entre sociedades de responsabilidade limitada de diferentes tipos no seio da união europeia.

⁶² Antes deste aditamento não constava no CSC nenhuma norma respeitante às fusões transfronteiriças.

⁶³ De acordo com o artigo 19.º da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, a sua transposição deveria ocorrer até 15 de dezembro de 2007, porém, em Portugal a transposição ocorreu apenas com a Lei n.º 19/2009 de 12 de maio, que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação.

⁶⁴ A Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro sofreu alterações introduzidas pela Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de setembro e pela Diretiva 2012/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2012.

⁶⁵ Anteriormente designada de CEE.

Perante as dificuldades já enunciadas e face à falta de harmonização legislativa societária que gerou diversos entraves, nomeadamente à fusão de empresas no seio da comunidade europeia, entre outras, a Comissão Europeia solicitou a um grupo de alto nível de peritos em direito das sociedades a elaboração de um relatório⁶⁶. Este relatório foi publicado em novembro de 2002 e foram apresentadas 16 recomendações à Comissão Europeia, que serviram de base na sua produção normativa.

No seguimento deste relatório a Comissão apresentou em maio de 2003 uma comunicação ao Conselho e Parlamento Europeu⁶⁷ intitulada de “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia - Uma estratégia para o futuro”, no qual apresentou um plano de ação para modernizar o direito das sociedades, com o objetivo desde cedo prosseguido de consolidar o mercado interno.

Com o plano de ação para modernizar o direito das sociedades apresentado pela Comissão elaborado a partir do relatório apresentado pelos peritos, com a influência do regime jurídico das sociedades anónimas europeias⁶⁸ e da jurisprudência comunitária surgiu uma proposta de diretiva relativa às fusões transfronteiriças, a qual ulteriormente originou, a Diretiva n.º 2005/56/CE do Parlamento Europeu e Conselho, de 26 de outubro de 2005⁶⁹.

Anteriormente, a esta Diretiva, no seio da comunidade europeia esta matéria já tinha sido objeto de produção normativa no âmbito do TCE e foram surgindo diversas tentativas de regulamentar esta matéria, mas que acabaram por não entrar em vigor. Designadamente, o artigo 293.º do TCE consagrou a possibilidade de fusão de sociedades sujeitas a diferentes legislações nacionais, que originou a Convenção sobre o Reconhecimento Mútuo das Sociedades e Pessoas Morais de 29 de fevereiro de 1968. E, em 1985, surgiu a Proposta de 10.ª Diretiva do Conselho relativa às fusões transfronteiriças de sociedades anónimas, que não obteve acolhimento.

⁶⁶ O grupo de peritos foi presidido por Jaap Winter, razão pela qual o relatório ficou conhecido por Relatório Winter II. Disponível: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf. Consultado a 10 de março de 2017.

⁶⁷ Disponível: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/PT/1-2003-284-PT-F1-1.Pdf>. Consultado a 10 de março de 2017.

⁶⁸ Aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho de 08 de outubro.

⁶⁹ Cfr. Botelho (2013).

Ao nível das instituições da comunidade europeia foram notórias as dificuldades na produção normativa sobre esta matéria resultantes das diferentes legislações dos países da comunidade europeia que alcançaram soluções internas divergentes para as mesmas matérias.

Desde logo, uma questão que criou dificuldade acrescida foi a diversidade de critérios dos países da comunidade europeia para a determinação do estatuto pessoal das sociedades, tal como assinalaremos aquando abordagem à noção e âmbito da fusão transfronteiriça sobre os quais nos debruçaremos no ponto seguinte.

Não obstante, toda a diversidade de legislação sobre a matéria e depois de um longo percurso alcançou-se um quadro normativo comunitário aplicável às fusões transfronteiriças.

1.4.3. Noção e Âmbito

À semelhança do que assinalámos, no ponto 1.1.1. deste capítulo, relativamente ao artigo 97.º do CSC verificámos que também o artigo 117.º-A não apresenta uma definição, optou-se por consagrar uma noção de fusão transfronteiriça por referência ao âmbito de aplicação. Nas palavras de Gonçalves (2009, p. 370) a noção e o âmbito da fusão transfronteiriça são realidades que se sobrepõem, pelo que não é possível dar uma noção de fusão sem mencionar o seu âmbito, que é o que a caracteriza.

No que concerne à Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, esta dedicou o artigo 2.º às definições, todavia, não podemos deixar de assinalar que no n.º 2 do artigo 2.º não consta uma definição de fusão transfronteiriça, optou-se por consagrar uma noção de fusão de sociedades de acordo com as respetivas modalidades, tal como aconteceu no artigo 97.º do CSC para a fusão interna de sociedades⁷⁰.

Quanto ao âmbito, o artigo 117.º-A, n.º 1 e 2 do CSC começa por estabelecer que a fusão transfronteiriça se concretiza mediante a reunião de duas ou mais sociedades numa só sociedade desde que reúna os seguintes requisitos:

- i) Pelo menos uma das sociedades deve ter sede em Portugal;

⁷⁰ Cfr. Ponto 1.1.1. do capítulo I.

- ii) Outra das sociedades tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado membro nos termos da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro;
- iii) Tratar-se de uma sociedade de capital, não se aplica às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples.

Relativamente ao primeiro requisito o legislador determina a conexão da fusão transfronteiriça com a lei portuguesa, através do critério da sede estatutária⁷¹. Todavia, o artigo 3.º do CSC já continha um critério para determinar a lei pessoal das sociedades comerciais⁷², que é o da sede principal e efetiva da sua administração, o qual não corresponde ao do n.º 1 do artigo 117.º-A do CSC.

A este respeito refere a autora Carreiro (2011, pp. 145-146), que o legislador criou uma nova norma de conflitos, que não resulta da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e tal situação pode gerar dúvidas de interpretação. Pelo que, segundo a autora devemos recorrer à interpretação corretiva das normas dos artigos 117.º-A e 117.º-B do CSC, por forma abranger as situações de fusões de sociedades comerciais que não tendo a sede estatutária em Portugal, tenham a sua sede principal e efetiva da sua administração em Portugal. Ou seja, deverá prevalecer o estipulado no artigo 3.º do CSC. Pelas razões expostas, a nosso ver deveria este entendimento prevalecer.

Com outro entendimento a autora Marques (2011, pp. 350-351), refere que o legislador ao não especificar o tipo de sede, apenas refere que uma das sociedades participantes deverá situar-se em Portugal e refere ainda que este adotou um critério lato para a determinação da lei portuguesa como lei pessoal das sociedades comerciais, que abrange a sede efetiva ou real e, em determinadas relações jurídicas, abrange a sede estatutária. Esta autora acrescenta que o artigo 117.º-A, n.º 1 do CSC determina que uma das sociedades deve ter sede em Portugal, independentemente do país (Estado membro ou terceiro) no qual foi constituída, pelo que estamos perante uma transposição parcial do artigo 1.º da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, Marques (2011, p. 347).

⁷¹ A sede estatutária é o local concretamente definido e que deve constar no contrato de sociedade, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º e n.º 1 do artigo 12.º do CSC.

⁷² Também denominada de *lex societatis*.

Relativamente ao segundo requisito que impõe que outra das sociedades que participa na fusão tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado membro nos termos da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro.

Ora, conjugando este segundo requisito com o primeiro e com artigo 1.º da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, resulta que pelo menos duas sociedades comerciais que participam na fusão têm de ser regidas pelas legislações de diferentes Estados membros e as respetivas sedes estatutárias, administração central ou estabelecimento principal têm de ser situar no território da UE. Estamos perante requisitos cumulativos⁷³, que caso se cumpram originam as fusões transfronteiriças ou intracomunitárias.

Pois, como oportunamente assinala Marques (2011, p. 351) caso as sociedades envolvidas estivessem todas sujeitas ao direito do mesmo Estado membro estaríamos perante uma fusão interna.

Ficam fora deste âmbito, as fusões com sociedades reguladas pela lei de um Estado terceiro face à UE, as quais são designadas de fusões extracomunitárias⁷⁴.

O n.º 2 do artigo 117.º-A do CSC, por sua vez, estabelece como requisito que as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples⁷⁵ não podem participar numa fusão transfronteiriça.

A propósito deste requisito a autora Marques (2011, pp. 348-349) assinala que do n.º 2 do artigo 117.º-A do CSC não resulta se o seu teor se aplica apenas às sociedades com sede em Portugal, ou também se aplica às sociedades que tenham sido constituídas de acordo com a legislação de um Estado membro. Em resposta a esta questão, atribui primazia à primeira possibilidade, ou seja, de se aplicar apenas às sociedades com sede em Portugal. Não

⁷³ Como assinala Marques (2011, p. 353) a exigência de cumular os requisitos não é comum a todos os Estados membros.

⁷⁴ Quanto às fusões nas quais participam sociedades comerciais de Estados terceiros em relação à UE, a autora Carreiro (2011, 146-148) assinala que o CSC é omissivo nesta matéria e invoca o artigo 2.º do CSC, que remete para o CC, conjugado com o princípio da liberdade, do qual resulta que se pode fazer tudo o que a lei não proíbe, para concluir estas fusões são permitidas, aplicando-se às sociedades comerciais cuja lei pessoal é a lei portuguesa as normas aplicáveis às fusões internas, com as devidas adaptações.

⁷⁵ Assim sendo, podem ser objeto de fusão transfronteiriça as SA, SQ e SC por ações.

obstante, resulta do n.º 1 do artigo 117.º-A do CSC que participam na fusão as sociedades que tenham sido constituídas de acordo com a legislação de um Estado membro nos termos da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, que por sua vez estabelece no artigo 1.º e no n.º 1 do seu artigo 2.º que consistem em sociedades de responsabilidade limitada.

Entendemos que este requisito configura expressamente uma restrição à participação das SNC e em SC simples nas fusões transfronteiriças e esta restrição provém da Diretiva. O legislador português optou por consagrar esta restrição. A este respeito consideramos pertinentes e fundamentadas as questões colocadas por Gonçalves (2009, p. 370) no sentido de não se entender as razões do legislador português para restringir a aplicação do regime das fusões transfronteiriças às SNC e SC simples, porquanto entende que o facto de a Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro ter consagrado esta restrição que isso, por si só, não é fundamento suficiente e, acrescenta, que após o acórdão *Sevic* não será conforme ao princípio da liberdade de estabelecimento a restrição das SNC e SC simples na participação das fusões transfronteiriças em causa quando estes mesmos tipos societários podem ser objeto de fusão interna nos Estados membros.

Quanto ao n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, o legislador português não afastou a aplicação do regime jurídico da fusão transfronteiriça às sociedades cooperativas de responsabilidade limitada da UE, como tal, estão sujeitas à segunda parte do n.º 1 do artigo 117.º-A do CSC, têm de ter sido constituídas de acordo com a legislação de um Estado membro nos termos da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro e ter a sede estatutária, a administração central ou estabelecimento no território da comunidade⁷⁶.

1.4.4. Modalidades

Começamos a nossa análise pelo CSC e, desde logo, constatamos que não temos na seção II, do capítulo IX da parte geral do CSC, normas dedicadas exclusivamente à fusão transfronteiriça, normas dedicadas a esta matéria, logo, devemos recorrer ao artigo 117.º-B do CSC. Deste preceito normativo, resulta que se aplicam subsidiariamente as disposições referentes às fusões internas, assim sendo, devemos aplicar às fusões transfronteiriças o n.º 4 do artigo 97.º do CSC, que estabelece na alínea a) que a fusão pode realizar-se por

⁷⁶ Neste sentido refere Marques (2011, p. 349).

incorporação ou por constituição de uma nova sociedade de acordo com a alínea b). Esta matéria já foi aqui tratada⁷⁷ quando discorremos acerca da fusão interna de sociedades, pelo que reiteramos o que já foi referido a este propósito.

A este respeito, importa ainda dar conta, agora no plano do direito da União Europeia, que a Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro consagrou expressamente nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º as modalidades da fusão transfronteiriça, sob o mote de apresentar uma definição de fusão, que correspondem às modalidades já enunciadas, estipuladas no n.º 4 do artigo 97.º do CSC.

Acresce que o legislador comunitário quanto à alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º da mencionada Diretiva refere-se a uma operação em que uma sociedade transfere todos os seus ativos e passivos para a sociedade detentora da totalidade das participações sociais, ou seja, estamos perante uma incorporação de uma sociedade totalmente detida pela sociedade incorporante, que tal como assinala a autora Marques (2011, pp. 353-354) não se consiste numa outra modalidade de fusão, apenas tem especificidades de natureza procedimental. Estas especificidades estão previstas no CSC, artigo 117.º-I, que consagra no seu n.º 3 uma simplificação do procedimento de fusão, com a não obrigatoriedade da aprovação pelas assembleias gerais das sociedades incorporadas de um projeto comum de fusão e a possibilidade de poder ser dispensada essa aprovação pela assembleia geral da sociedade incorporante mediante o cumprimento dos requisitos cumulativos do n.º 3 do artigo 116.º CSC.

1.4.5. Procedimento

No que respeita ao procedimento de fusão transfronteiriça, faremos apenas uma breve alusão, indicando as diversas fases subjacentes por forma a evidenciar a dimensão procedimental inerente à concretização de uma operação desta natureza.

No CSC o procedimento está consagrado nas normas dos artigos 117.º-C a 117.º-G e, aplicam-se, também, por remissão algumas normas relativas ao procedimento de fusão interna.

⁷⁷ Cfr. Ponto 1.2. deste capítulo.

Do artigo 117.º-C do CSC resulta que as sociedades envolvidas na fusão transfronteiriça devem elaborar um projeto comum⁷⁸ que deve conter os elementos enumerados nesta norma e ainda os elementos elencado no artigo 98.º do CSC.

Depois da elaboração do projeto comum ocorre a fase da fiscalização interna e externa desse mesmo projeto, prevista no artigo 117.º-D do CSC, que remete para o estabelecido no n.º 1, 2, 4 e 6 do artigo 99.º do CSC. Nesta fase o que se pretende é que a administração de cada uma das sociedades que participa na fusão comunique o projeto de fusão e respetivos anexos aos correspondentes órgãos de fiscalização e, ainda, cada uma das sociedades deve solicitar o exame do projeto a um ROC ou SROC independentes das sociedades intervenientes afim de elaborarem um parecer. Caso não exista órgão de fiscalização a administração de cada uma das sociedades que participam na fusão deve apenas solicitar o exame do projeto a um ROC ou SROC independentes. De acordo com o n.º 4 do artigo 99.º do CSC os revisores deverão elaborar um parecer fundamentado nos termos do estipulado nas alíneas a) e b). Não obstante, resulta do n.º 6 do artigo 99.º do CSC que pode ser dispensado o exame do projeto e os relatórios dos revisores caso todos os sócios e portadores de outros títulos que confirmam direito de voto de todas as sociedades que participam na fusão assim o entenderem.

Seguidamente, deve apresentar-se o pedido de registo⁷⁹ do projeto comum de fusão transfronteiriça junto da CRCCom, que efetua o registo e respetiva publicação.⁸⁰ Após o registo e publicação o projeto deve ser submetido a deliberação em assembleia geral de sócios de cada uma das sociedades participantes na fusão transfronteiriça, à aprovação do projeto comum aplica-se o estabelecido no artigo 117.º-F que no seu n.º 2 remete para o artigo 102.º e 103.º, todos do CSC.

⁷⁸ Quanto à forma o projeto de fusão está sujeito à forma exigida para a transmissão dos bens imóveis. Em Espanha a forma exigida é a escritura pública (*Trejo & Lenzano*, 2013, pp. 110-113).

⁷⁹ Cfr. artigo 117.º-E do CSC que, por sua vez remete para o artigo 100.º do CSC.

⁸⁰ Concretamente, quanto à publicação, deve ter-se em conta o disposto no n.º 5 do artigo 100.º do CSC, que relativamente à possibilidade de os credores apresentarem oposição à fusão remete expressamente para artigo 101.º-A do CSC, que consagra que os credores das sociedades participantes na fusão no prazo de um mês possam deduzir oposição judicial à fusão nos termos e com os fundamentos consagrados nesta. norma. Quanto aos efeitos da oposição judicial estão previstos no artigo 101.º-B do CSC.

Por último, caso o projeto comum de fusão seja aprovado deve apresentar-se o pedido de registo da fusão transfronteiriça junto da CRCCom em conformidade com o estabelecido no n.º 5 do artigo 117.º-G do CSC⁸¹.

Em face do exposto, conclui-se que a fiscalização da legalidade da fusão transfronteiriça ocorre em dois momentos que a doutrina em geral denomina de fiscalização preventiva e sucessiva que estão previstas, respetivamente, nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 117.º-G do CSC. A preventiva é prévia ao registo e pressupõe a emissão de um certificado prévio, já a fiscalização sucessiva acontece no âmbito do seu registo e só se verifica caso a sociedade resultante da fusão tenha sede em Portugal.

Quanto à da autoridade competente para fiscalização da legalidade da fusão, resulta do ponto sete do preâmbulo da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, que num primeiro momento o controlo da realização e da legalidade do processo de tomada de decisões de cada sociedade envolvida na fusão, ou seja, a fiscalização preventiva da fusão deve ser efetuada por autoridade nacional competente relativamente a cada uma dessas sociedades e o controlo da realização e da legalidade da fusão transfronteiriça deve ser efetuado pela autoridade nacional da sociedades resultante da fusão transfronteiriça. A autoridade nacional, em si mesma, pode ser um tribunal, um notário ou qualquer outra autoridade competente designado pelo Estado membro e de acordo com Marques (2011, p. 379) da Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, não parece resultar que tenha de ser a mesma autoridade a fiscalizar no primeiro e segundo momento, pelo que, no nosso sistema jurídico a autoridade competente é a CRCCom, para os dois momentos.

Diferentemente, em Espanha num primeiro momento a autoridade competente para a fiscalização é o *Registro Mercantil*, que corresponde à CRCCom e no segundo momento a autoridade competente é o Notário. Estas divergências, entre outras, no que se refere à fiscalização da fusão transfronteiriça de acordo com Trejo & Lenzano (2012, p. 112) constitui uma questão complexa, pois cada Estado membro estipulou a sua forma de fiscalizar de acordo com o seu direito interno e, por isso, a fusão transfronteiriça entra em contacto com sistemas heterogéneos o que dificulta a sua concretização, logo, impõe-se a

⁸¹ Com o registo da fusão transfronteiriça os efeitos são os previstos para as fusões internas no artigo 112.º do CSC e a partir do registo não pode ser declarada nula nos termos do artigo 117.º-L do CSC.

necessidade de conjugar os requisitos de fiscalização da lei espanhola com os requisitos das restantes legislações dos respetivos Estados membros.

Capítulo II: O regime de neutralidade fiscal na fusão interna e na fusão transfronteiriça

1. O IRC

Vamos iniciar o segundo capítulo sobre o estudo e análise que nos propusemos efetuar sobre o RNF na fusão interna e transfronteiriça, como tal, para efeitos de enquadramento impõe-se *ab initio* fazer breves considerações prévias.

Através deste estudo as principais questões para as quais tentaremos encontrar respostas já foram enunciadas na nossa introdução e consistem em saber se o CIRC cumpre o propósito assumido de não dificultar a reorganização e fortalecimento do tecido empresarial, apurar o impacto destas normas nas fusões no contexto interno e, também, no âmbito da união europeia.

O RNF no IRC abrange a fusão entre outras operações de reestruturação, não obstante a importância das restantes operações não serão objeto de estudo na presente dissertação.

Por último, assinalamos que sobre os intervenientes na fusão podem recair outros impostos, porém, em face do que já ficou referido a nossa investigação cinge-se ao IRC.

1.1. Princípio da Tributação do Rendimento Real

Antes de incidirmos concretamente sobre a tributação da fusão no CIRC, entendemos ser fundamental efetuar um breve enquadramento do IRC. Assim, dada a sua importância, o nosso ponto de partida é o princípio da tributação do rendimento real.

O princípio da tributação do rendimento real é um princípio estruturante do CIRC, com consagração constitucional no n.º 2 do artigo 104.º da CRP⁸².

⁸² Segundo Nabais (2010, pp. 170-172) a tributação do rendimento real é a regra na tributação do rendimento empresarial, mas, acrescenta que o n.º 2 do artigo 104.º da CRP não afasta a possibilidade da tributação dos rendimentos empresariais com base nos rendimentos normais: “O legislador há-de poder estabelecer a

Desde logo, importa aferir o que é o rendimento real e segundo os melhores ensinamentos de Ribeiro (1995, p. 307) aferimos que o rendimento real⁸³ é o que se apura ou se presume que o contribuinte obteve.

Assim sendo, o princípio da tributação do rendimento real consiste na tributação do rendimento das empresas que se apura de acordo com a sua contabilidade ou dito de outra forma, tributar com base no apuramento contabilístico da base tributável.

Apesar da opção pela tributação pelo rendimento real estar consagrada constitucionalmente desde 1976, não foi imediatamente aplicada pelo sistema fiscal, mas implementada de forma gradual. E, apenas no âmbito de uma reforma geral da tributação do rendimento em resultado da qual surge o CIRC⁸⁴, aprovado pelo DL n.º 442 B/88, de 30 de novembro⁸⁵, é que podemos afirmar que o sistema fiscal optou, sem reservas, pela tributação do rendimento real das empresas. Neste sentido assinala Sanches (2002, p. 246) “ (...) o IRC constituiu a opção definitiva do sistema fiscal português pela tributação do lucro real.”

No entanto, o CIRC⁸⁶ não representa somente o culminar de uma tendência iniciada no sistema fiscal anterior, concretamente quanto ao princípio da tributação real das empresas, o CIRC também acolheu as suas linhas norteadoras, nomeadamente as respeitantes ao

tributação com base em rendimentos que não sejam rendimentos reais designadamente em relação aos pequenos contribuintes e às empresas com elevado potencial de evasão.”.

⁸³ Distinguem-se dos rendimentos reais os rendimentos normais que segundo Ribeiro (1995, p. 307) são os rendimentos empresariais de um determinado ano ou para vários anos, desde que a empresa opere em “condições normais”.

⁸⁴ Antecede ao CIRC a reforma dos anos 60 sobre a tributação do rendimentos das pessoas singulares e coletivas. Em resultado desta reforma aplicava-se concomitantemente aos rendimentos das pessoas singulares e coletivas a Contribuição Industrial, o Imposto de Capitais, o Imposto Complementar e o Imposto de MaisValias, o que nas palavras de Sanches (2002, p. 246) seria uma estrutura fiscal menos personalizada e menos estruturada. Acresce que no âmbito da Contribuição Industrial, na sua versão inicial, somente as empresas de maior dimensão eram tributadas pelo rendimento real, sendo as restantes tributadas pelo lucro normal (sem recurso à contabilidade), situação que foi sendo alterada gradualmente até à entrada em vigor do CIRC que opta definitivamente pela tributação do rendimento real das empresas.

⁸⁵ Entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1989.

⁸⁶ Cfr. Ponto 2 do Preâmbulo do CIRC.

alargamento da base tributável, à moderação dos níveis de tributação e à necessária articulação entre IRS e IRC.

1.2. Incidência

1.2.1. Subjetiva

Sobre a incidência subjetiva⁸⁷ consideramos apropriado começar por assinalar o que vem referido no Preâmbulo do CIRC a este propósito.

Com efeito, no ponto 3 do mencionado preâmbulo refere o legislador que a própria denominação atribuída ao imposto “imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas” indica-nos o seu âmbito de aplicação pessoal, isto é, o IRC incide sobre pessoas coletivas de direito público ou privado previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRC e, portanto, estabeleceu-se a personalidade jurídica como principal critério da incidência subjetiva.

Todavia, o CIRC determina que também são sujeitos passivos de IRC as entidades sem personalidade jurídica referidas expressamente nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 2.º, o que nos permite concluir que apesar do legislador ter adoptado o critério da personalidade jurídica adoptou um outro critério para dessa forma estender a incidência subjetiva para assim abranger neste imposto os sujeitos sem personalidade jurídica ou entes de facto⁸⁸. Resulta dos normativos, concretamente do n.º 1 e n.º 3 do artigo 2.º do CIRS que a incidência subjetiva também é delimitada pelo critério da residência fiscal. Em suma, a incidência subjetiva do IRC é determinada pelo critério da personalidade jurídica conjugado com o critério da residência fiscal.

Expostos os critérios, da sua aplicação conjugação resulta que, são sujeitos passivos de IRC:

- i) Pessoas coletivas de direito público ou privado, com sede ou direção efetiva em território português;

⁸⁷ Também designada de incidência pessoal.

⁸⁸ De acordo com Machado e Costa (2016, p. 301), o princípio da centralidade jurídica de sujeito passivo significa exatamente que o critério da personalidade jurídica é o principal critério da incidência subjetiva do IRC, porém, salientam que este critério é um princípio e não uma regra e, como tal, a incidência subjetiva abrange também entidades sem personalidade jurídica ou entes de facto.

- ii) Entidades sem personalidade jurídica, com sede ou direção efetiva em território português, cujos rendimentos não sejam tributáveis em sede de IRS ou IRC diretamente na titularidade de pessoas singulares ou coletivas;
- iii) Entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede ou direção efetiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS.

Relativamente às pessoas coletivas de direito público ou privado, a alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRC refere expressamente, em primeiro lugar, as sociedades comerciais, pois é sobre estas que pretende especialmente incidir. Todavia, também são sujeitos passivos do IRC, nos termos desta alínea, as sociedades civis sob forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas coletivas de direito público ou privado, que possuam sede ou direção efetiva em território português.

No que respeita às entidades sem personalidade jurídica previstas na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRC, o n.º 2 deste mesmo artigo enumera expressamente, a título exemplificativo, algumas dessas entidades e, portanto, esclarece que são sujeitos passivos do IRC as heranças jacentes, as pessoas coletivas em relação às quais seja declarada a invalidez, as associações e sociedades civis sem personalidade jurídica e as sociedades comerciais ou civis sob forma comercial antes do registo definitivo⁸⁹.

Por último, são sujeitos passivos do IRC as entidades previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRC, estamos perante entidades não residentes que obtenham rendimentos em Portugal, o que abrange as situações em que a fonte do rendimento se situa em território português, ou seja, no facto do bem gerador de rendimento, a entidade pagadora ou o local do exercício da atividade se situar em território português. E abrange também entidades que, através de um estabelecimento estável⁹⁰, desenvolvam no território português uma atividade

⁸⁹ O legislador refere no ponto 3 do preâmbulo do CIRC que entendeu serem passíveis de IRC determinados entes de facto, que por razões de ordem técnica ou outras, tornariam difícil uma tributação individualizada, evitando-se que a existência de tributação ou o imposto aplicável ficassem dependentes da regularidade do processo de formação dos entes coletivos.

⁹⁰ Cfr. Artigo 5.º do CIRC.

empresarial com um certo grau de permanência⁹¹. O legislador, ao contemplar estas entidades, pretendeu evitar a existência de soluções de vazio legal⁹².

1.2.2. Objetiva

O artigo 1.º do CIRC determina que o IRC incide sobre os rendimentos obtidos, mesmo que provenientes de atos ilícitos, porém, a incidência objetiva ou real está delimitada no artigo 3.º do CIRC, que estabelece a base do imposto, isto é, determina sobre quais os rendimentos incide o IRC.

Como tal, o legislador para determinar sobre quais os rendimentos incide o IRC faz uma distinção fundamental entre entidades residentes (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º) e não residentes (alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º).

Por sua vez, o legislador, no âmbito das entidades residentes distingue entre as entidades que exercem e não exercem a título principal uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola⁹³ e estabelece que o IRC incide, respetivamente, sobre o lucro⁹⁴ e rendimento global das mesmas,⁹⁵ independentemente do local onde foram obtidos⁹⁶.

Quanto às entidades não residentes é igualmente efetuada uma distinção que tem em conta se a entidade tem ou não estabelecimento estável⁹⁷ em território português e apenas estão sujeitos ao imposto os rendimentos que tenham sido obtidos em território português⁹⁸.

⁹¹ Cfr. Mendes (2016, p. 36).

⁹² Cfr. Ponto 3 do preâmbulo do CIRC.

⁹³ Cfr. n.º 4 do artigo 3.º CIRC esclarece o que se considera que sejam atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola.

⁹⁴ O conceito de lucro em sede de IRC resulta da teoria do incremento patrimonial e consiste na diferença entre património líquido no fim e no início do período de tributação. Cfr. Ponto 5, primeiro parágrafo do Preâmbulo do CIRC.

⁹⁵ Cfr. Alíneas a) e b) do artigo 3.º do CIRC.

⁹⁶ Cfr. n.º 2 do artigo 4.º do CIRC. As entidades residentes estão sujeitas a imposto por obrigação pessoal, por isso, são tributados todos os seus rendimentos e não é relevante o local onde foram obtidos, por força do Princípio do rendimento mundial. Cfr. Ponto 4 do preâmbulo do CIRC.

⁹⁷ Cfr. Artigo 5.º do CIRC.

⁹⁸ Reaem sobre estes uma obrigação real, isto é, apenas estão sujeitos a IRC os rendimentos obtidos em território português, por força do Princípio da fonte. cfr. Ponto 4 do preâmbulo do CIRC.

Acresce que o CIRC estabelece que se consideram obtidos em território nacional os rendimentos imputáveis a estabelecimento estável situado no território português e ainda todos os rendimentos enunciados no n.º 3 do artigo 4.º, o que configura uma extensão da obrigação a IRC, tal como indica a epígrafe do artigo⁹⁹.

Após essa distinção, então o CIRC determina que se a entidade não residente tiver estabelecimento estável em território português, o IRC incide sobre o lucro imputável do estabelecimento¹⁰⁰ e se não tiver estabelecimento estável, então, o IRC incide sobre os rendimentos das diversas categorias, consideradas para efeitos de IRS e sobre os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito¹⁰¹.

Para concluir este ponto resta salientar que o artigo 7.º estabelece a não sujeição a IRC dos rendimentos que resultam diretamente da atividade sujeita a imposto especial de jogo, isto é, estamos perante uma delimitação negativa.

1.2.3. Transparência Fiscal

O conteúdo normativo relativo à transparência fiscal cinge-se ao artigo 6.º do CIRC¹⁰².

No regime da transparência fiscal apura-se o lucro tributável da sociedade transparente, porém este lucro ao invés de ser imputado à sociedade é imputado aos sócios em função da sua participação social¹⁰³, independentemente da sua distribuição. Isto porque, nos termos do artigo 12.º do CIRC a sociedade transparente está isenta de IRC, exceto quanto às tributações autónomas.

⁹⁹ Martins (2015, pp. 279-281) ensina a este propósito que o artigo 4.º utiliza os seguintes elementos de conexão: fonte produtora; localização dos bens e fonte pagadora.

¹⁰⁰ Cfr. Alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º do CIRC.

¹⁰¹ Cfr. Alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º do CIRC.

¹⁰² O regime da transparência fiscal recai sobre determinadas sociedades que estão expressamente previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 6.º do CIRC e, as quais denominaremos de sociedades transparentes. Nestas sociedades não existe uma evidente separação entre a sociedade e os respetivos sócios, neste sentido assinala Martins (2015, p. 283).

¹⁰³ Nos termos do n.º 3 do artigo 6.º do CIRC a parte social dos sócios presume-se igual se nada constar *a contrario* no contrato de sociedade e integra a categoria B do IRS nos termos do artigo 20.º do CIRS dos respetivos sócios ou IRC das sociedades agrupadas (ACE ou AEIE de acordo com o n.º 2 do artigo 6.º).

No que respeita aos objetivos deste regime, o legislador teve o cuidado de frisar no preâmbulo do CIRC que, com o regime da transparência fiscal, são a neutralidade, combate à evasão fiscal e eliminação da denominada dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos sócios¹⁰⁴, justificando deste forma a consagração deste regime.

1.2.4. Período de tributação

Para efeitos de tributação o IRC é devido por determinado período, portanto, estabeleceu-se a periodização do lucro. Este período coincide com o ano civil, pelo que tem a duração de um ano¹⁰⁵, estamos pois perante a regra da anualidade.

Porém, podem adotar um período anual de imposto diferente do ano civil, que se deve manter no mínimo durante cinco períodos de tributação imediatos¹⁰⁶, as pessoas coletivas com sede ou direção efetiva em território português, bem como as pessoas coletivas ou outras entidades sujeitas a IRC que não tenham sede nem direção efetiva em território nacional mas disponham de estabelecimento estável¹⁰⁷.

Resulta expressamente do preâmbulo do CIRC que a periodização do lucro origina diversas problemas, entre os quais, destaca-se um problema relativo ao princípio da especialização de exercícios que consiste no facto de cada exercício ser independente dos restantes para efeitos de tributação, Um reflexo da consagração da periodização do lucro consta do artigo 18.º do CIRC, segundo o qual os rendimentos e os gastos, assim como as outras componentes positivas ou negativas do lucro tributável, são apenas imputáveis ao período de tributação

¹⁰⁴ Cfr. Ponto 3 do Preâmbulo do CIRC. A propósito dos objetivos do regime da transparência fiscal, Martins (2015, p. 283) concretiza os objetivos enunciados pelo legislador da seguinte forma: visa-se alcançar a neutralidade fiscal pois os sócios desta forma são tributados do mesmo modo que o seriam se tivessem optado por exercer a atividade de forma individual; combater a evasão fiscal porque evita-se que se criem sociedades exclusivamente com o objetivo de diminuir ou protelar o pagamento de imposto e, por fim, visa-se eliminar a dupla tributação económica de lucros distribuídos em virtude da sociedade transparente estar isenta de IRC.

¹⁰⁵ A duração de um ano pode ser encurtada nos termos do n.º 4 do artigo 8.º do CIRC ou alargada para uma duração superior a um ano de acordo com o n.º 8 do referido artigo.

¹⁰⁶ A limitação relativa ao período anual adotado ser mantido durante, pelo menos, cinco anos não se aplica na situação concreta prevista no n.º 3 do artigo 8.º do CIRC.

¹⁰⁷ Cfr. N.º 2 do artigo 8.º do CIRC.

em que sejam obtidos ou suportados, independentemente do seu recebimento ou pagamento, ou seja, em detrimento da realidade da atividade das empresas.

Concordamos que configura um problema a periodização do lucro que origina o facto de cada exercício ser independente dos restantes seja um problema, pois entendemos que o princípio da especialização de exercícios, aplicado de forma absoluta (sem admitir exceções) não se coaduna com a realidade das empresas, isto é, não se ajusta à continuidade da atividade económica das empresas, pelo que configura um obstáculo que se coloca a estas. É também nosso entendimento que a especialização de exercícios, aplicada de forma absoluta (sem admitir exceções) não se conforma com o princípio do rendimento real¹⁰⁸, princípio constitucionalmente consagrado e estruturante do IRC, pois não atende à continuidade da atividade das empresas, logo, não está a tributar os rendimentos que se apuram ou se presumem que as sociedade obtiveram.

Em face do exposto, acompanhamos e subscrevemos as palavras de Anselmo (2009, p. 112) “A periodização do lucro tributável ou, na sua expressão negativa, do prejuízo fiscal, tem como efeito isolar valores, positivos ou negativos, com o objetivo de periodizar a própria obrigação do imposto.”. E, acrescenta, “Não se destina apurar o verdadeiro rendimento empresarial, o qual em princípio não se contém num só período. Por isso, a tributação do verdadeiro rendimento empresarial depende de mecanismos que contrariem os efeitos de periodização do lucro tributável.”.

Por forma a atenuar os efeitos, eventualmente negativos, da independência dos exercícios, repercutidos nas empresas, consagrou-se a solidariedade dos exercícios, através da possibilidade do reporte de prejuízos fiscais, previsto no artigo 52.º do CIRC¹⁰⁹.

Sobre a dedução de prejuízos fiscais¹¹⁰ apresentaremos o seu regime atual e outras notas no ponto seguinte.

¹⁰⁸ Cfr. ponto 1.1. deste capítulo.

¹⁰⁹ Machado & Costa (2016, p. 313), referem expressamente que foi adotado o princípio da solidariedade entre períodos de tributação. A solidariedade de exercícios através do reporte já vigorava no sistema fiscal anterior ao CIRC.

¹¹⁰ Segundo Torres (2009, p. 111), prejuízo fiscal consiste no “(...) saldo negativo entre os proveitos ou ganhos e demais variações patrimoniais positivas e os custos ou perdas e demais variações patrimoniais negativas

2. Regras gerais de dedução de prejuízos fiscais

2.1. Âmbito e limites de aplicação

No ponto anterior concluímos com a possibilidade de reportar prejuízos fiscais, agora constituirá objeto do nosso estudo o conteúdo específico relativo à dedução de prejuízos fiscais.

Em primeiro lugar cumpre frisar que a possibilidade de deduzir ou não deduzir prejuízos fiscais num determinado sistema fiscal é relevante para incentivar ou não os sujeitos passivos à assunção dos riscos inerentes¹¹¹ e, por conseguinte, incentivar ou não o investimento.

Após assinalarmos a importância desta matéria, retomamos o que já ficou referido no ponto anterior quanto ao artigo 52.º do CIRC, especificamente quanto a este normativo consagrar a solidariedade dos exercícios através da possibilidade do reporte de prejuízos fiscais.

Assim sendo, para darmos continuidade a esta matéria, como ponto de partida colocamos a seguinte questão: qual é o alcance do reporte de prejuízos fiscais enquanto solução para afastar os efeitos da independência dos exercícios? Ou, questionado de outro modo, constituirá o reporte de prejuízos uma manifestação da solidariedade dos exercícios e, por conseguinte permitirá, dar efetividade ao princípio da tributação do rendimento real?

Para responder a esta questão importa começar por expor a dinâmica do reporte de prejuízos fiscais.

A última alteração ao n.º 1 do artigo 52.º do CIRC foi introduzida pela LOE de 2016¹¹², que reduziu o período de reporte de prejuízos fiscais de doze para cinco períodos de tributação¹¹³,

susceptíveis de concorrer para o lucro tributável de um sujeito passivo (...)” de IRC num dado período de tributação.

¹¹¹Neste sentido refere Mendes (2016, pp. 120-123).

¹¹² Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

¹¹³ Com a reforma do IRC de 2014, o período de reporte estipulado foi de 12 anos, tendo aumentado significativamente em relação ao período de 5 anos anteriormente estabelecido. Esta aumento do período de reporte foi apresentada como uma medida, conjuntamente com outras, muito importante para estimular o investimento.

aplicando-se aos prejuízos fiscais apurados em períodos de tributação que se iniciem em ou após 1 de janeiro de 30 de março¹¹⁴.

Estamos, pois, perante um reporte para a frente (*carried forward*)¹¹⁵, isto é, um reporte que permite que os prejuízos sejam deduzidos nos rendimentos obtidos futuramente ao qual se estabelece um limite temporal, que corresponde atualmente a cinco anos¹¹⁶.

Relacionado com o n.º 1 do artigo 52.º do CIRC está o n.º 15 de tal diploma pois estipula, atualmente, que perante prejuízos de vários períodos devem ser deduzidos em primeiro lugar os prejuízos fiscais apurados há mais tempo. Porém, com a aprovação do OE de 2017 e com a sua entrada em vigor esta regra será revogada. Subjacente a esta futura revogação está a redução do reporte de prejuízos fiscais de doze para cinco anos determinada pela LOE de 2016, que visa evitar a perda de prejuízos resultantes dessa redução.

A acrescer ao limite temporal do reporte de prejuízos fiscais está consagrado outro limite, que consiste numa dedução de prejuízos fiscais limitada a 70%¹¹⁷ do respetivo lucro tributável¹¹⁸.

Quanto a estas duas regras relativas ao reporte de prejuízos fiscais acima mencionadas, que configuram limites e alteraram o que foi estabelecido a este respeito pela reforma do CIRC

¹¹⁴ O n.º 1 do artigo 52.º do CSC estabeleceu uma exceção relativa aos sujeitos passivos que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade de natureza agrícola, comercial ou industrial e que estejam abrangidas pelo DL n.º 372/2007, de 6 de novembro, respeitante à certificação por via eletrónica das micro, pequenas e médias empresas.

¹¹⁵ O reporte também pode ser efetuado para trás (*carried back*), isto é, os prejuízos fiscais são reportados para trás o que permite que os sujeitos passivos obtenham o benefício do reporte no mesmo ano que os prejuízos são apurados, pelo que segundo Mendes (2016, p. 121) o reporte para trás é equivalente ao reembolso total dos prejuízos. Este autor acrescenta que o reporte para trás foi testado no Reino Unido e nos Estados Unidos e obteve sucesso. Mendes (2016, p. 123) E, acrescenta ainda que “(...) em Portugal o regime de reporte é muito mais restritivo, não sendo permitido o reporte para trás e, impondo-se limites quantitativos e temporais ao reporte para a frente.” Mendes (2016, p. 121).

¹¹⁶ Relativamente ao apuramento do lucro tributável através de métodos indiretos (artigo 87.º, 88.º e 89.º da LGT) não é permitido o reporte de prejuízos fiscais no respetivo período, nos termos do n.º 3 do artigo 52.º do CIRC.

¹¹⁷ O limite anterior era de 75%, menos restritiva, estabelecido pela reforma do CIRC de 2014.

¹¹⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 52.º do CIRC.

de 2014, concordamos com Ferreira quando escreveu a este propósito o seguinte: “As duas medidas em causa (concretizadas a partir de 2014) constituíram dois dos pilares de uma reforma fiscal que pretendeu posicionar Portugal na linha da frente da atractividade fiscal ao nível internacional. Dois anos volvidos, em contra-reforma, considerações teleológicas à parte, a POE 2016 faz fé na inversão de um regime pretensamente investment-friendly.” (...) “Todas as alterações em apreço não trarão, pela sua essência, efeitos na atração de investimento estrangeiro e competitividade fiscal e evidenciam a instabilidade crónica do nosso sistema fiscal (...)”. E, acrescenta que as sucessivas alterações legislativas que surgem em contra-mão criam dificuldades no intérprete e no aplicador da lei, denominando o legislador de hiperativo e termina referindo que está preocupado com a segurança e a certeza jurídicas¹¹⁹.

Para além dos limites já mencionados acresce outro limite do qual resulta que somente a sociedade que gera prejuízos é que pode reportar¹²⁰. Todavia, este limite não se aplica nas operações realizadas ao abrigo do RNF¹²¹, designadamente, não se aplica à fusão de sociedades objeto de estudo na presente dissertação, cujo regime especial será exposto ulteriormente.

Importa ainda salientar que nos termos previstos no n.º 8 do artigo 52.º do CIRC¹²² não se aplica o n.º 1, isto é, não há reporte de prejuízos fiscais quando à data do termo do período de tributação em que se pretende fazer a dedução tenha existido uma alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria de voto¹²³. Todavia, uma vez mais, o

¹¹⁹ Disponível: <https://www.publico.pt/2016/03/17/economia/noticia/o-irc-no-oe-de-2016-da-reforma-a-contrareforma-fiscal-1726380>. Consultado a 10 de março de 2017.

¹²⁰ Cfr. n.º 7 do artigo 52.º do CIRC. Nas palavras de Martins (2015, p. 326) este limite consiste na aplicação do Princípio da identidade jurídica.

¹²¹ Conforme assinala Mendes (2016, pp. 119-120), que refere concretamente que não se aplica aos grupos de sociedades e às reorganizações societárias.

¹²² Segundo Mendes (2016, p. 119) o legislador pretendeu evitar a aquisição de sociedades com prejuízos fiscais por novos sócios.

¹²³ A limitação do n.º 8 do artigo 52.º do CIRC pode não se aplicar, de acordo com o n.º 12 de tal normativo, ou seja, pode ser autorizada a dedução de prejuízos nos casos de reconhecido interesse económico sob apresentação de requerimento nos termos do n.º 13 ou n.º 14, e da Portaria n.º 273/2014, de 24 de dezembro.

estipulado neste normativo não se aplica à fusão de sociedades por força da alínea b) do n.º 9 do artigo 52.º do CIRC, logo não configura qualquer limitação quanto a estas¹²⁴.

Por último, outra situação perante a qual o legislador limita a possibilidade de reportar prejuízos verifica-se quando o sujeito passivo beneficia de isenção parcial ou de redução de IRC nos termos do n.º 5 do artigo 52.º do CIRC.

Em suma, conjugando tais matérias, resulta de todo o exposto que estamos perante um confronto de princípios, pois se por um lado está consagrado o princípio da tributação do rendimento real¹²⁵, a aplicação deste princípio está condicionada pelo o princípio da especialização de exercícios¹²⁶e, por sua vez, para atenuar os efeitos deste princípio ou para dar uma maior efetividade ao princípio da tributação real estabeleceu-se a possibilidade de dedução de prejuízos fiscais que consiste numa manifestação do princípio da solidariedade de exercícios.

§ Conclusões Parciais

Configurando-se desta forma, para dar resposta às questões anteriormente colocadas relacionadas com este confronto de princípios, em particular, para respondermos às questões colocadas no sentido de apurar qual o alcance do reporte de prejuízos fiscais enquanto solução para afastar os efeitos da independência dos exercícios, ou seja, perceber se o reporte de prejuízos constitui realmente uma manifestação da solidariedade dos exercícios e, por conseguinte, se permitirá dar efetividade ao princípio da tributação do rendimento real, apresentamos as seguintes conclusões:

- i) O princípio da tributação real, embora constitucionalmente consagrado, não é absoluto;
- ii) O princípio da especialização dos exercícios, previsto com base na periodização dos lucros, nos termos do artigo 8.º do CIRC, embora em termos práticos facilite a tributação dos rendimentos das empresas, em sede de IRC,

¹²⁴ O n.º 9 do artigo 52.º do CIRC, estabelece outras exceções, concretamente enunciadas nas alíneas a), c), d) e alínea e).

¹²⁵ Cfr. ponto 1.1. deste capítulo.

¹²⁶ Cfr. ponto 1.2.4. deste capítulo.

não se coaduna com a realidade da atividade das empresas que não é uma realidade estática;

- iii) Como tal, o princípio da solidariedade dos exercícios surge para adequar a tributação das empresas em sede de IRC com a atividade continuada das mesmas empresas e, por isso, admite-se o reporte de prejuízos, nos termos do artigo 52.º do CIRC, em detrimento da possibilidade de reembolso de tais prejuízos;
- iv) Porém, o reporte adoptado pelo legislador é o denominado reporte para a frente que é mais restritivo do que o reporte para trás;
- v) Acresce que o legislador estabeleceu limites ao reporte para a frente nos termos do artigo 52.º do CIRC¹²⁷;
- vi) Os limites dos cinco anos e de 70% do lucro tributável aplicam-se à fusão de sociedades por remissão do n.º 1 do artigo 75.º para o artigo 52.º do CIRC;
- vii) Em face do exposto constatamos que o princípio da especialização dos exercícios colide com o princípio do rendimento real e que a consagração da possibilidade de reporte de prejuízos com os limites estipulados não afasta em larga medida os efeitos do princípio da especialização dos exercícios, apenas o atenua de forma muito limitada;
- viii) Ou dito de outra forma, o reporte de prejuízos constitui uma manifestação da solidariedade dos exercícios, no entanto, não permite dar efetividade ao princípio da tributação do rendimento real;
- ix) A nosso ver as soluções adoptadas pelo legislador constroem a atividade das sociedades em geral e, em particular, não facilita a tomada de decisão de avançar ou não com uma operação de fusão de sociedades às quais não se aplica o RNF e, também, constroem as fusões neutras, isto porque, o artigo 75.º do CIRC relativo à transmissibilidade dos prejuízos fiscais remete para as regras gerais de dedução de prejuízos das sociedades fundidas do artigo 52.º do CIRC,

¹²⁷ Segundo Mendes (2016), os limites ao reporte para a frente consubstanciam um atropelo aos princípios da tributação pelo lucro real e à solidariedade de exercícios.

como tal em face do que já foi exposto significa que o sistema fiscal pode não ter um impacto positivo nesta medida;

- x) Por último, como soluções a adotar subcrevemos a opinião de Mendes (2016, p. 123), que preconiza a adopção de reporte para a frente sem limite temporal e a possibilidade de reporte para trás limitado a dois anos. Estas soluções têm vindo a ser defendidas por outros autores e foram adotadas no Reino Unido, através das quais se procura evitar que o sistema fiscal tenha uma influência negativa perante os investidores.

3. Noção jurídico-tributária e modalidades de fusão

No que se refere às fontes normativas constatamos que o legislador optou por estabelecer no artigo 73.º, n.º 1 do CIRC¹²⁸ a noção de fusão, de acordo com as modalidades, delimitando a fusão através destas, em especial através de duas das modalidades, tal como acontece no CSC e oportunamente assinalamos no ponto 1.1., do capítulo I, desta dissertação, portanto, o CIRC e o CSC não divergem¹²⁹.

Assim sendo, não temos no CIRC uma noção abrangente e unitária de fusão, pois o legislador apresenta noções individualizadas para cada uma das modalidades específicas da fusão suscetíveis de beneficiar do RNF, neste sentido refere Ramalho (2015, p. 60).

As modalidades de fusão elencadas no artigo 73.º, n.º 1 do CIRC são as seguintes:

- i) Fusão por incorporação, de acordo com a alínea a) consiste na transmissão global do património de uma ou mais sociedades (fundidas) para outra já existente (beneficiária) e na atribuição aos sócios da sociedade incorporada (que se extingue) de partes representativas do capital social incorporante ou beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas;

¹²⁸ Sistemáticamente o regime especial aplicável à fusão está consagrado na subsecção IV (artigo 73.º a 78.º), da secção VI, do capítulo III do CIRC.

¹²⁹ A este propósito o autor Mendes (2016, p. 217) acrescenta que entre o direito fiscal e societário existe uma relação de conexão, na qual o direito societário tem um carácter supletivo e, como tal, contribui para a definição dos negócios aos quais se aplica o regime da neutralidade fiscal.

- ii) Fusão por constituição de nova sociedade, conforme resulta da alínea b) e da própria designação estamos perante uma operação na qual se constitui uma nova sociedade (beneficiária) e é para esta que se transferem globalmente os patrimónios de duas ou mais sociedades (fundidas), com atribuição de partes representativas do capital da nova sociedade aos sócios das sociedades fundidas¹³⁰ e, eventualmente, atribuição de quantias em dinheiro que não excedem 10% do valor nominal ou, não existindo valor nominal, considera-se o valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas;
- iii) Fusão por incorporação de sociedade detida na totalidade pela sociedade incorporante que de acordo com a alínea c), consiste na transferência global do património de uma sociedade incorporada (fundida) para a sociedade incorporante (beneficiária) detentora da totalidade das partes representativas do seu capital social¹³¹;
- iv) Fusão por incorporação entre sociedades detidas pelo mesmo sócio, de acordo com a alínea d)¹³² consiste na transferência global da sociedade incorporada (fundida) para a sociedade incorporante (beneficiária);

¹³⁰ A atribuição de partes representativas do capital da sociedade beneficiária verifica-se exclusivamente nas modalidades de fusão por incorporação e fusão por constituição de nova sociedade, respetivamente alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, para proteção dos sócios das sociedades fundidas, pois nas restantes modalidades de fusão previstas no n.º 1 do artigo 73.º do CIRC esta atribuição não acontece porque as participações sociais já estavam na esfera da sociedade beneficiária ou do sócio da sociedade beneficiária, pelo que não é necessário conferir proteção aos sócios das sociedades fundidas, cfr, alíneas c), d) e e) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC.

¹³¹ Esta modalidade distingue-se da respetiva modalidade prevista no CSC, na medida em que o CIRC estipula que a sociedade incorporante seja titular do total das partes representativas do capital social da sociedade fundida e o CSC apenas exige que a sociedade incorporante seja titular de mais de 90% das partes representativas do capital social da sociedade fundida. Cfr. artigo 116.º do CSC.

¹³² A alínea d) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC foi acrescentada com a reforma do IRC de 2014, Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

- v) Fusão inversa¹³³, prevista na alínea d), consiste na transferência global do património de uma sociedade incorporada (fundida) para a sociedade incorporante (beneficiária), quando a totalidade das partes representativas do capital social da sociedade incorporante sejam detidas pela sociedade incorporada.

Ramalho (2015, pp.29-30), sustenta a propósito do âmbito de aplicação do RNF que, o n.º 1 do artigo 73.º do CIRC não é taxativo, porquanto outras operações de reestruturação, nomeadamente fusões, que não estejam previstas nesta norma podem beneficiar deste regime especial¹³⁴. É também este o nosso entendimento pois consideramos pelas razões que serão expostas no ponto seguinte que o RNF não corresponde a benefícios fiscais e, portanto, podemos recorrer à integração analógica¹³⁵.

Por último, na doutrina, Mendes (2016, p. 128) a propósito da definição de fusão refere que “(...) consiste na operação em que duas ou mais sociedades se extinguem, os seus elementos patrimoniais são incorporados numa nova sociedade ou numa sociedade já existente e os sócios da sociedade extinta adquirem participações da sociedade incorporante.”. Este autor assinala que a fusão é uma forma, entre outras¹³⁶, de executar reestruturações empresariais. Por sua vez define reestruturação empresarial como um processo destinado a transformar a

¹³³ A alínea e) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC foi acrescentada no âmbito da reforma do IRC de 2014, pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro. Esta modalidade passou a estar expressamente prevista e como tal terminou com a discussão ao nível da doutrina e da jurisprudência sobre se esta modalidade estaria prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC.

¹³⁴ Segundo este autor apesar do artigo 73.º do CIRC ter sido alterado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro e, portanto, atualmente estão expressamente previstas neste normativo mais operações de reestruturação, no seu entendimento o legislador devia ter adotado uma formulação mais aberta quanto ao tipo de operações permitidas no âmbito do referido artigo 73.º, para assim evitar que surjam dúvidas que possam gerar conflitos entre os contribuintes e a AT.

¹³⁵ Neste sentido refere o acórdão do CAAD proferido no âmbito do processo n.º 14/2011-T, de 4 de janeiro de 2013. A este respeito a AT tem entendimento contrário, como tal defendem que o artigo 73.º efetua uma enumeração taxativa. Cfr. Despacho n.º 1024/2004 – XV do SEAF, de 19/05/04 relativo ao processo n.º 3127/2003 sobre fusão inversa.

¹³⁶ As restantes formas de executar as reestruturações empresariais que este autor elenca são: a transmissão da propriedade, ou do controlo, de ativos fixos individualizados da empresa ou da globalidade dos seus elementos patrimoniais; contribuição de ativos, cisão e permuta de participações; transformação, liquidação e redomiciliação (Mendes, 2016, pp. 127-128).

estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos fatores de produção no processo de obtenção de lucros.

4. Caracterização do regime de neutralidade fiscal

4.1. Breve percurso cronológico das fontes normativas nacionais e da UE

O RNF em Portugal foi objeto de consagração normativa pela primeira vez com a aprovação do CIRC¹³⁷, como tal a existência deste regime resulta da própria existência do CIRC, aprovado pelo DL n.º 422-B/88, de 30 de novembro. E, portanto, é anterior às fontes normativas da comunidade europeia.

Em 1990 surge o primeiro diploma europeu, a Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permutas de ações entre sociedades de Estados membros diferentes. Esta Diretiva foi parcialmente transposta para o ordenamento jurídico português através do DL n.º 123/92, de 2 de julho, no qual apenas foi transposto o regime de neutralidade aplicável às fusões e cisões.

Mais tarde, através do DL n.º 6/93, de 9 de janeiro, foi transposto para o nosso ordenamento jurídico o regime de neutralidade relativo às entrada de activos e permuta de ações.

Por sua vez, o DL n.º 366/98, de 23 novembro, alterou diversos normativos do CIRC, entre eles, o artigo 62.º, dispositivo que à data regulava o regime especial aplicável às fusões e cisões de sociedades residentes e que introduziu uma cláusula anti abuso.

No decurso do ano 2001, o DL n.º 221/2001, de 7 de agosto efetuou uma revisão ao regime da neutralidade fiscal com o objetivo de introduzir maior eficácia e simplicidade a este regime. Em resultado desta revisão foram introduzidas diversas alterações, designadamente passaram a constar no CIRC as definições abrangidas pelo regime da neutralidade fiscal.

No que tange às fontes normativas da comunidade europeia surge no ano 2005 a Diretiva n.º 2005/19/CE do Conselho, de 17 de fevereiro, que introduziu alterações consideráveis à

¹³⁷ Segundo Mendes (2016, p. 209) o embrião do RNF surgiu no sistema fiscal português em 1980, designado de “Sistema Integrado de Incentivos ao Investimento”, portanto, anterior à adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia.

Diretiva 90/434/CEE e foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através da LOE de 2006, Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro.

A Diretiva 90/434/CEE foi alterada diversas vezes e em 2009 foi revogada pela Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009.

Recentemente, no plano interno, as alterações que surgiram em maior número resultaram da Reforma do IRC de 2014, aprovada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

Após a a Reforma do IRC de 2014, têm sido introduzidas alterações pontuais¹³⁸, através das sucessivas leis do orçamento de Estado, algumas das quais em sentido contrário ao consagrado pela Reforma do IRC de 2014, nomeadamente, no que diz respeito à alteração dos limites aplicáveis à dedução de prejuízos fiscais nos termos do artigo 52.º do CIRC que se aplica à fusão por remissão do artigo 75.º CIRC.

4.2. Natureza jurídica

Antes de avançarmos para o estudo propriamente dito do regime da neutralidade fiscal na fusão consideramos fundamental caracterizar juridicamente este regime.

Entendemos que a natureza jurídica do regime da neutralidade fiscal na fusão está intrinsecamente relacionada com a natureza jurídica da fusão, são matérias incidíveis e sobre a natureza jurídica já nos debruçamos precedentemente.

Não há na ordem jurídica portuguesa consenso sobre esta matéria, temos duas teses que se confrontam, uma considera que o regime da neutralidade fiscal consiste num benefício fiscal, a outra tese rejeita essa possibilidade e entende que estamos perante um desagravamento fiscal, em resultado do qual se estabeleceram um conjunto de normas¹³⁹ que constituem o regime da neutralidade fiscal.

No que respeita à tese que considera que o regime de neutralidade fiscal consiste num benefício fiscal, importa desde logo enunciar o conceito de benefício fiscal nos termos do EBF.

¹³⁸ Sobre as quais versaremos consoante o desenvolvimento dos temas relativos à neutralidade fiscal que iremos tratar.

¹³⁹ Artigo 73.º a artigo 78.º do CIRC.

Assim, segundo n.º 1 do artigo 2.º do EBF, consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excecional instituídas para tutela de ineteresses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impendem.

Em especial, o artigo 60.º do EBF determina a concessão de benefícios fiscais¹⁴⁰ à reorganização de empresas em resultado de operações de reestruturação, mormente, a fusão de sociedades. Em defesa desta tese a AT que apresenta como fundamento o facto do TJUE utilizar da expressão “benefícios fiscais” nas suas decisões, entre outros. Acrescentamos que a favor desta tese importa salientar que uma fusão representa um acréscimo patrimonial, há incidência, como tal é fonte de tributação.

Por outro lado, a outra tese defende que o regime da neutralidade fiscal é um desagravamento estrutural¹⁴¹.

Relativamente aos fundamentos invocados, em particular, por Lobo (2006, p. 45-48), enunciamos os seguintes:

- i) O autor defende a existência de dissolução sem liquidação¹⁴²¹⁴³, cuja atividade¹⁴⁴ é mantida na nova sociedade ou na sociedade incorporante;
- ii) Existência de uma sucessão universal de direitos e deveres, sendo que a operação de fusão não deve alterar em nada a situação antecedente;

¹⁴⁰ Cfr. Alineas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 60.º EBF.

¹⁴¹ Neste sentido Lobo (2006, pp. 45-48) e Ramalho (2015, pp. 25-28), entre outros autores.

¹⁴² Em detrimento da tese da extinção. Os autores Lobo (2006, pp. 45-48) e Ramalho (2015, p. 26) referem a conjugação da dissolução sem liquidação das sociedades absorvidas com a transmissão por sucessão universal de direitos e deveres, não concordamos com esta posição pelas razões expostas a propósito da natureza da fusão no ponto 1.3., do capítulo I, desta dissertação.

¹⁴³ Ramalho (2015, p. 25) defende igualmente a inexistência de liquidação de sociedades referindo que não há liquidação precisamente porque a sociedade mantém a atividade após a fusão, como tal não existe liquidação de sociedades. E esta continuidade da atividade económica conjugada com a intenção de incentivar as reestruturações, designadamente as fusões, é que fundamenta a consagração do RNF aplicável à fusão e outras operações de reestruturação.

¹⁴⁴ Neste sentido referem Ramalho (2015 p. 25) e Martins (2015, p. 333), em particular a autora Martins, afirma de forma taxativa que a continuidade do exercício da atividade económica é um dos princípios orientadores do regime da neutralidade fiscal previsto no artigo 73.º e seguintes do CIRC.

iii) A novação das participações sociais não implica a realização de qualquer variação patrimonial realizada na pessoa dos sócios.

Como tal, o autor¹⁴⁵ conclui que a neutralidade fiscal é um desagravamento estrutural dada a supra referida continuidade, dado não se ficcionar a extinção ou liquidação fiscal e porque não se criam factos tributáveis ao nível das mais-valias latentes na pessoa da sociedade ou na pessoa dos sócios.

4.3. Âmbito ou condições de aplicação

No que concerne ao âmbito ou condições de aplicação do regime de neutralidade fiscal encontra-se delimitado no artigo 73.º do CIRC, sobre o qual já versamos a propósito da noção e modalidades de fusão.

O regime da neutralidade fiscal, sob o ponto de vista objetivo aplica-se à fusão, cisão, entrada de ativos e permuta de partes sociais¹⁴⁶.

No que tange ao âmbito subjetivo segundo a alínea a) do n.º 7 do artigo 73.º do CIRC o regime de neutralidade fiscal aplica-se à fusão em que intervenham sociedades com sede ou direção efetiva em território português¹⁴⁷ sujeitas e não isentas a IRC.

Nos termos da alínea b) do mesmo normativo também se aplica o regime de neutralidade fiscal à fusão intracomunitária, isto é, fusão de sociedades em que intervenha sociedade¹⁴⁸ ou sociedades de outros Estados membros da UE, desde que estas reúnam as condições estabelecidas no artigo 3.º da Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Neste sentido refere Lobo (2009, p. 47).

¹⁴⁶ Previstas, respetivamente, no n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 5 do artigo 73.º do CIRC.

¹⁴⁷ As quais podemos denominar de fusões internas.

¹⁴⁸ Por remissão do n.º 6 do artigo 73.º do CIRC o termo “sociedade” tem o significado que resulta do anexo à Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro.

¹⁴⁹ As condições previstas na mencionada Diretiva são as seguintes: Revestir uma das formas enumeradas na parte A do anexo I; Ser considerada como tendo o seu domicílio fiscal num Estado membro de acordo com a legislação fiscal desse Estado membro, e nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um país terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade e, por último, esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos impostos enumerados na parte B do anexo I ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um daqueles impostos.

Porém, o n.º 8 do artigo 73.º do CIRC consagra uma regra de delimitação negativa, da qual resulta que o regime da neutralidade fiscal não se aplica sempre que na fusão interna ou ou intracomunitária, supra referidas, sejam transmitidos navios, aeronaves ou bens móveis afetos à sua exploração, para uma entidade de navegação marítima ou aérea internacional não residente em território português.

Acresce que o regime de neutralidade fiscal também abrange os sujeitos passivos de IRC residentes em território português que não sejam sociedades e os respetivos membros¹⁵⁰.

Por último, salientamos a não existência de uma norma que determine a aplicação do regime de neutralidade fiscal às fusões em que intervenham sociedades de Estados terceiros¹⁵¹.

4.4. Comunicação da opção pela aplicação do regime da neutralidade fiscal

A comunicação da opção pela aplicação do regime da neutralidade fiscal consiste numa obrigação acessória nos termos do artigo 78.º, n.º 1, alínea a) do CIRC.

Este normativo determina que a opção deve ser comunicada pela sociedade ou sócios residentes à AT na declaração anual de informação contabilística e fiscal relativa ao período de tributação em que a operação é realizada.

Configurando-se desta forma, recai sobre os sujeitos já mencionados uma obrigação de optar pelo regime da neutralidade fiscal, o que significa que a comunicação da opção consubstancia uma condição ou requisito de aplicação do regime de neutralidade fiscal¹⁵².

¹⁵⁰ Cfr. n.º 9 do artigo 73.º do CIRC.

¹⁵¹ Relativamente a esta exclusão o autor Ramalho concretiza referindo a este respeito que não está consagrada no CIRC a possibilidade de aplicar o RNF a fusões em que intervenha um Estado terceiro, quer seja um Estado membro do Espaço Económico Europeu, seja um Estado com o qual Portugal celebrou convenção para evitar dupla tributação. E acrescenta que esta limitação “(...) é aparentemente contrária ao artigo 31.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de 2 de Maio de 1992 (...)” A nosso ver, esta exclusão não tem fundamento, como tal, o CIRC devia prever a possibilidade de aplicar o regime especial a fusões em que intervenham sociedades de Estados terceiros com os quais Portugal tenha relações de cooperação institucional, designadamente no domínio fiscal e dessa forma dilatar a incidência subjetiva deste regime.

¹⁵² Segundo Silva (2016, p. 135) estamos perante um requisito essencial, que caso não seja cumprido, de nada vale à sociedade estarem preenchidos os restantes pressupostos. Concordamos com a qualificação deste requisito como essencial, porquanto se este não for observado obsta à aplicação do RNF.

Por último, cumpre referir que não se permite a não opção parcial pelo regime da neutralidade fiscal, dito de outro modo, os intervenientes na fusão não podem optar parcialmente pela aplicação do regime da neutralidade fiscal (Mendes, 2016, p. 414).

4.5. Diferimento da tributação das mais-valias¹⁵³

A título prévio começamos por referir que caso, não estivesse consagrado no CIRC o regime da neutralidade fiscal aplicável às fusões, a transmissão dos elementos patrimoniais subjacente a estas operações estaria sujeita a tributação segundo o regime geral do IRC. Assim sendo, tal significa que aplicando-se as normas de tributação do regime geral, que incidem sobre operações não neutras¹⁵⁴, a transmissão de elementos patrimoniais nas fusões às quais não se aplique o regime especial origina uma mais-valia ou menos-valia¹⁵⁵, consoante os ganhos ou perdas gerados com a transmissão onerosa¹⁵⁶, cujo valor de realização a considerar seria o valor de mercado, nos termos da alínea d) do artigo 43.º do CIRC.

Não obstante, o objeto do nosso estudo centra-se na fusão enquanto operação neutra, ou seja, a fusão à qual se aplica o regime da neutralidade fiscal, que pretende evitar que a tributação desta operação desencadeie consequências sobre a fusão que possam prejudicar os efeitos pretendidos com a reestruturação e dessa forma configurar um obstáculo à fusão ou torná-la inócua, isto é, que não alcance os benefícios pretendidos.

¹⁵³ O conceito de mais-valias e menos-valias para efeitos do CIRC está previsto no artigo 46.º de tal diploma.

¹⁵⁴ Operação não neutra, significa que não se aplica o RNF à fusão e tal pode acontecer por não ter sido comunicada a opção por este regime especial ou porque não estão preenchidas as condições de que depende aplicação deste regime.

¹⁵⁵ Segundo o n.º 9 do artigo 48.º do CIRC não se aplicam as regras do reinvestimento dos valores de realização previstas no artigo 48.º do CIRC.

¹⁵⁶ Segundo a alínea c) do artigo 46.º do CIRC considera-se transmissão onerosa a transferência de elementos patrimoniais no âmbito de operações de fusão.

Para tal, em resultado da aplicação do regime da neutralidade fiscal ocorre um diferimento¹⁵⁷ da tributação de mais-valias.¹⁵⁸

Este diferimento abrange as mais-valias geradas com transmissão dos elementos patrimoniais resultantes da fusão e as mais-valias geradas com a atribuição de partes de capital aos sócios das sociedades fundidas.

Por razões de sistematização a análise ao diferimento de tributação será efetuada num primeiro momento relativamente às mais-valias relativas aos elementos patrimoniais que são transmitidos pela sociedade fundida para a sociedade beneficiária e depois versaremos sobre as mais-valias relativas às partes de capitais atribuídas aos sócios.

4.5.1. Diferimento relativo aos elementos patrimoniais transferidos

Concretizando, por força do princípio da continuidade do exercício da atividade económica¹⁵⁹ inerente ao regime da neutralidade fiscal a tributação é diferida para o momento da alienação do património por parte das sociedades beneficiárias e, portanto, na prática é como se não tivesse havido fusão¹⁶⁰.

O mecanismo que permite diferir e tributar as mais-valias numa fase ulterior é o mecanismo do diferimento de tributação através do transporte da base fiscal, que visa precisamente diferir e evitar que a mais-valia fique definitivamente isenta¹⁶¹.

Em conformidade, o n.º 1 do artigo 74.º do CIRC estabelece que, na determinação do lucro tributável das sociedades fundidas não é considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais, nem são considerados como rendimentos os ajustamentos em inventários, perdas por imparidade ou provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transferência.

¹⁵⁷ Nas situações específicas previstas no n.º 6 e n.º 7 do artigo 74.º do CIRC não se estabeleceu o diferimento das eventuais mais-valias consagrou-se que estas não relevam para efeitos fiscais.

¹⁵⁸ Sanches (2008, pp. 12-13), a propósito das mais-valias geradas com a fusão utiliza a expressão “mais-valias potenciais ou latentes”.

¹⁵⁹ A este respeito já incidimos anteriormente no ponto 3.1. deste capítulo.

¹⁶⁰ Cfr. Artigo 74.º, n.º 4 do CIRC.

¹⁶¹ Mendes (2016, pp. 113-117).

Porém, este diferimento que abrange as mais-valias geradas com transmissão dos elementos patrimoniais resultantes da fusão e a desconsideração de custos que foram aceites para efeitos fiscais prevista nos termos do n.º 1 do artigo 74.º do CIRC, só se aplica caso se trate de uma transmissão especialmente prevista nas alíneas a), b), c) e d) deste normativo¹⁶².

Por sua vez, o diferimento da tributação da sociedade fundida deve observar a seguintes regras:

- i) A sociedade beneficiária, segundo o n.º 3 do artigo 74.º do CIRC, deve manter, para efeitos fiscais¹⁶³, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas antes da realização de operação de fusão, sendo que tais valores são os que resultam da aplicação das disposições do CIRC ou de reavaliações efetuadas ao abrigo de legislação de carácter fiscal¹⁶⁴;
- ii) Nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 74.º do CIRC o apuramento dos resultados relativos aos elementos patrimoniais transferidos é efetuado como se não tivesse havido fusão;
- iii) Resulta da alínea b) do n.º 4 do artigo 74.º do CIRC que são efetuadas de acordo com o regime que estava a ser seguido pelas sociedades fundidas as depreciações ou amortizações sobre os elementos do ativo fixo tangível, do

¹⁶² Segundo Silva (2016, pp. 119-120) consiste numa limitação à aplicação que pretende manter em território nacional os elementos potencialmente geradores de rendimentos para que possam ser tributados em Portugal. E acrescenta que por este mesmo motivo estabeleceu-se na parte final do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 74.º do CIRC que a fusão na qual seja transferido para uma sociedade residente de outro Estado Membro um estabelecimento estável situado fora do território português de uma sociedade aqui residente não se aplica em relação a esse estabelecimento estável o RNF.

¹⁶³ Esta condição também se aplica aos sócios e consiste exatamente em manter para efeitos fiscais os valores das partes de capital entregues ou extintas.

¹⁶⁴ Pretende-se evitar que a sociedade beneficiária aproveite o diferimento da tributação da transmissão dos elementos patrimoniais para efetuar a reavaliação dos ativos por forma a fazer corresponder o seu valor fiscal ao valor de mercado o que afetaria a tributação a efetuar em momento ulterior, aquando da alienação dos elementos patrimoniais pela sociedade beneficiária, pois com os valores atualizados para os de mercado no momento da alienação a tributação seria pelos valores atualizados e como tal afetaria a realização de mais-valias suscetíveis de tributação, o que seria contrário ao RNF, pois este regime não visa excluir a tributação, visa apenas não tributar no momento da fusão (Silva, 2016, pp. 117-118).

ativo intangível e das propriedades de investimento contabilizadas ao custo histórico transferido;

- iv) De acordo com a alínea c) do n.º 4 do artigo 74.º do CIRC os ajustamentos em inventários, as perdas por imparidade e as provisões que foram transferidas deverão manter, para efeitos fiscais, o regime que lhe era aplicável nas sociedades fundidas.

Do exposto, resulta então que estas regras visam assegurar o cumprimento da regra da identidade fiscal (Ramalho, 2015, p. 20).

Caso a sociedade beneficiária não cumpra a obrigação do n.º 3 do artigo 74.º do CIRC o autor Mendes (2016, pp. 416-418) defende que a neutralidade fiscal não cessa na esfera da sociedade beneficiária, entende que a sociedade apenas incumpriu uma obrigação fiscal, pelo que ficará sujeita às correções necessárias para a determinação do rendimento. Este entendimento resulta do facto do autor considerar que o diferimento da tributação é uma consequência legal da opção pela aplicação do RNF e não uma condição de aplicação deste regime.

Com uma posição contrária, o autor Tavares (2011, pp. 361-362), que entende que perante o incumprimento por parte da sociedade das regras relativas ao normativo em análise, cessa a neutralidade fiscal e, portanto, passa a ser tributada com base no justo valor do património transmitido. E, acrescenta que a perda de neutralidade fiscal repercute-se na esfera dos sócios.

A nosso ver, tendo em conta que a intenção do legislador ao estabelecer o RNF foi, claramente, criar condições para que as fusões e cisões não encontrassem qualquer obstáculo fiscal à sua efetivação¹⁶⁵, acolhemos a posição de Mendes porque por um lado não contraria o propósito do RNF e, por outro lado, também está salguardado o interesse financeiro do Estado.

No que concerne ao disposto no n.º 6 e n.º 7 do artigo 74.º do CIRC, este normativo contempla duas situações concretas que não estão sujeitas a tributação, logo, não há diferimento.

¹⁶⁵ Cfr. ponto 11 do preâmbulo do CIRC.

4.5.2. Diferimento relativo às partes de capital atribuídas aos sócios

Quanto às partes de capital atribuídas aos sócios das sociedades fundidas não são considerados para efeitos de tributação os ganhos ou perdas eventualmente apurados, porém, está consagrada uma condição em resultado da qual se estabelece que as partes de capital recebidas pelos sócios sejam valorizadas, para efeitos fiscais, pelo valor que tinham as partes de capital entregues ou extintas determinado de acordo com o CIRC¹⁶⁶.

Esta opção pela aplicação do RNF não existe para os sócios da sociedade fundida no âmbito de uma fusão nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, pois nesta situação em particular não foram atribuídas aos sócios partes de capital da sociedade beneficiária, como tal o n.º 4 do artigo 76.º do CIRC determina que o valor para efeitos fiscais da participação que este detenha na sociedade fundida acresce ao valor para efeitos fiscais da participação que o sócio detenha na sociedade beneficiária¹⁶⁷.

Por último cumpre salientar que segundo Mendes (2016, pp. 416-418) quando a sociedade exerce a opção de aplicação do RNF à fusão, os sócios podem optar por não diferir a tributação na sua esfera individual, ou seja, o diferimento é opcional, mesmo que estes tenham participado na decisão de sujeitar a fusão ao RNF à fusão. O autor ressalva que este diferimento opcional não está previsto no CIRC, todavia, refere que terá sido esta a intenção do legislador.

Na nossa opinião, esta questão do diferimento opcional relativo aos sócios tem cabimento, pois não vislumbramos que possa afetar a fusão e as respetivas sociedades intervenientes e, por outro lado, também não afeta o interesse financeiro do Estado.

4.6. Transmissibilidade dos prejuízos fiscais

A dedução de prejuízos fiscais das sociedades fundidas está especialmente prevista no artigo 75.º do CIRC.

Resulta do n.º 1 do artigo 75.º do CIRC que são aplicáveis à dedução de prejuízos fiscais das sociedades fundidas, as regras gerais do artigo 52.º do CIRC.

¹⁶⁶ Cfr. Artigo 76.º, n.º 1 do CIRC.

¹⁶⁷ Cfr. Mendes (2016, p. 418).

Sobre as regras gerais de dedução de prejuízos fiscais constantes no artigo 52.º do CIRC incidimos no ponto 2, capítulo II, desta dissertação e reproduzimos tudo quanto foi referido quanto a esta matéria.

Em particular, reforçamos que a possibilidade de reportar prejuízos consiste numa manifestação do princípio da solidariedade dos exercícios que confere efetividade ao princípio da tributação do rendimento real.

A propósito do impacto dos limites ao reporte consagrados no artigo 52.º do CIRC concluimos que constroem a atividade das empresas em geral e podem não ter um impacto positivo na tomada de decisão de avançar ou não com uma operação de fusão de sociedades.

Não obstante, a transmissibilidade dos prejuízos fiscais nos termos do artigo 75.º do CIRC integrar o RNF, cuja pretensão máxima consiste em não tributar as fusões através do diferimento da tributação das potenciais ou eventuais mais-valias¹⁶⁸ e criar outras condições que não afetem a fusão, como tal, de seguida iremos expor e analisar o regime previsto neste normativo, com o objetivo de conhecer qual o impacto que tem sobre a fusão, em particular pretendemos averiguar se esta norma atenua os limites impostos pelo artigo 52.º do CIRC.

Desde logo, está consagrada a regra da dedução dos prejuízos fiscais das sociedade fundidas nos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante¹⁶⁹.

Porém, como já referimos, esta dedução de prejuízos está sujeita aos limites determinados no artigo 52.º do CIRC. Concretizando, está sujeita ao limite temporal de 5 anos e limite quantitativo que determina que a dedução não pode ultrapassar o montante correspondente 70% do lucro tributável.

Por sua vez, constatamos que o artigo 75.º do CIRC também estabelece limites que acrescem aos do artigo 52.º do CIRC.

A dedução de prejuízos fiscais da sociedade ou sociedades incorporadas nos lucros tributáveis da sociedade incorporante está sujeita ao limite expressamente previsto no artigo 75.º, n.º 4 do CIRC¹⁷⁰, que consiste em restringir a dedução de prejuízos fiscais, em cada

¹⁶⁸ Foram objeto de estudo e análise no ponto anterior.

¹⁶⁹ Salientamos que a transmissibilidade dos prejuízos fiscais também abrange as operações de fusão concretamente previstas nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 75.º do CIRC.

¹⁷⁰ Este limite também se aplica na fusão especialmente prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 75.º do CIRC.

período de tributação, ao valor correspondente à proporção entre o valor do património líquido da sociedade fundida e o valor do património líquido de todas as outras sociedades envolvidas na fusão, determinados com base no último balanço anterior à operação¹⁷¹.

Assim sendo, verifica-se a exigência de uma correspondência ou identidade que pretende evitar que os prejuízos fiscais da sociedade fundida possam ser deduzidos aos lucros das outras atividades da sociedade beneficiária (Mendes, 2016, p. 424).

A consagração deste limite resulta da aplicação do princípio da continuidade da atividade empresarial e pretende garantir a tributação do rendimento real da estrutura transmitida (Ramalho, 2015, p. 209).

Quanto à fusão cuja transferência obedeça ao previsto nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 74.º do CIRC, a dedução dos prejuízos é efetuada no lucro tributável do estabelecimento estável situado em território português e respeita apenas aos prejuízos que lhes sejam imputáveis.

Por sua vez, cumpre salientar que, em resultado da reforma do IRC de 2014 foi revogada a condição que subordinava a transmissibilidade dos prejuízos fiscais à prévia autorização por parte do membro do governo responsável pela área das finanças e à demonstração de que a fusão é realizada por razões económicas válidas, pelo que, desde a reforma do IRC de 2014 a transmissibilidade de prejuízos fiscais é automática.

Por último, assinalamos que o artigo 75.º, n.º 6 do CIRC estabeleceu a transmissibilidade de prejuízos fiscais no âmbito do regime especial de tributação dos grupos de sociedades, quando esteja em causa uma operação de fusão, mediante requerimento a apresentar pela sociedade dominante, nos termos do previsto neste normativo.

Em face do exposto, concluímos que, o artigo 75.º do CIRC acrescenta limites à dedução de prejuízos fiscais, o que a nosso ver não se entende que uma norma que pretende conferir neutralidade determine mais limites dos que já estão previstos no regime geral.

¹⁷¹ Em conformidade com as orientações da AT plasmadas pela Circular 7/2005, de 16 de maio, da DSIRC.

4.7. Transmissão dos benefícios fiscais e da dedutibilidade de gastos de financiamento

Desde a Reforma do IRC de 2014 que o RNF, também, abrange a transmissão dos benefícios fiscais e da dedutibilidade de gastos de financiamento¹⁷².

No que respeita à fusão estes benefícios não estão dependentes de autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças, o que significa que se aplica automaticamente¹⁷³.

Relativamente à transmissão dos benefícios fiscais, esta transmissão está dependente da aplicação à fusão do regime previsto no artigo 74.º do CIRC e da observância dos pressupostos do benefício fiscal em causa.

Quanto aos gastos de financiamento líquidos, não deduzidos, das sociedades fundidas por estas não deduzidos e à parte não utilizada do limite a que se refere o n.º 3 do artigo 67.º do CIRC podem ser deduzidos no lucro tributável das sociedade beneficiária, porém esta dedução também está dependente da aplicação à fusão do regime previsto no artigo 74.º do CIRC e está limitada ao termo do prazo de que dispunham as sociedades fundidas, de acordo com o previsto no n.º 2 e n.º 3 do artigo 67.º do CIRC.

4.8. Nótulas sobre a cláusula anti abuso constante no artigo 73.º, n.º 10 do CIRC

A respeito da cláusula anti abuso constante no artigo 73.º, n.º 10 do CIRC¹⁷⁴, por uma questão de economia de espaço, faremos uma análise meramente superficial¹⁷⁵.

¹⁷² Cfr. Artigo 75.º-A do CIRC.

¹⁷³ A transmissão dos benefícios fiscais e da dedutibilidade de gastos de financiamento também se aplica à cisão e à entrada de ativos, porém, está dependente de autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças nos termos do n.º 3 do artigo 75.º-A do CIRC.

¹⁷⁴ A origem e existência desta cláusula resulta da Diretiva n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável relativa ao regime fiscal aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Atualmente está prevista no artigo 15.º, n.º 1 alínea a) da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009.

¹⁷⁵ Na análise jurisprudencial respeitante ao TJUE, a ser efetuada ulteriormente, versaremos novamente sobre a cláusula anti abuso, concretamente quanto ao conceito “razões económicas válidas”, sobre o qual existe vasta jurisprudência.

A consagração de uma regra anti abuso visa combater o planeamento fiscal ilegítimo¹⁷⁶, para tal o legislador consagrou uma cláusula geral anti abuso¹⁷⁷ e cláusulas anti abuso específicas relativas a diversos impostos.

Por sua vez, as operações de reestruturação empresarial, nomeadamente a fusão, são em geral consideradas um instrumento de planeamento fiscal.

A cláusula antiabuso específica do artigo 73.º, n.º 10 do CIRC visa assumidamente combater a evasão fiscal, o que significa que visa combater o planeamento fiscal ilegítimo resultante de uma operação de reestruturação que beneficiou do RNF.

Para o efeito, o artigo 73.º, n.º 10 do CIRC determina o afastamento total ou parcial do RNF, quando as operação abrangidas por este regime tiverem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal¹⁷⁸ e elenca duas situações perante as quais esse objetivo pode considerar-se verificado.

Uma das situações é o caso em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC e a outra consiste numa operação que não tiver sido realizada por motivos económicos válidos¹⁷⁹.

Em face do exposto constata-se que o artigo 73.º, n.º 10 do CIRC consagra uma presunção ilidível¹⁸⁰ que abrange uma diferente repartição do ónus da prova, sendo que a inexistência de razões económicas válidas deve ser provada pela AT e a inexistência de evasão fiscal

¹⁷⁶ Acerca do planeamento fiscal, a autora Teixeira (2009, p. 239), refere que o planeamento fiscal legítimo consiste numa atividade legítima e, portanto, os sujeitos passivos de imposto têm liberdade de gestão desde que respeitem a letra e o espírito da lei.

¹⁷⁷ A cláusula geral anti abuso resulta do artigo 38.º, n.º 2 da LGT.

¹⁷⁸ A AT tem de demonstrar fundamentamente que a operação em análise teve como principal ou único objetivo a evasão fiscal. Ramalho (2015).

¹⁷⁹ Relativamente aos motivos económicos válido, a doutrina em geral refere que podem materializar-se de diversas formas, nomeadamente, simplificação da estrutura societária para gerar uma poupança de custos administrativos, a aquisição de uma empresa concorrente, entre outros.

¹⁸⁰ Neste sentido Câmara (2009, p. 81).

deverá ser provada pelo sujeito passivo através da demonstração da existência das razões económicas válidas¹⁸¹.

No que concerne ao procedimento para aplicação da cláusula anti abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º CIRC, não existe consenso quanto a esta matéria no sentido de se aplicar ou não o procedimento estabelecido no artigo 63.º do CPPT. A este respeito concordamos que se possa fazer uma interpretação extensiva do artigo 63.º do CPPT e, portanto, aplicar o procedimento estabelecido no artigo 63.º do CPPT¹⁸².

Para finalizar, afirmamos que não obstante o CIRC consagrar um desagravamento fiscal no que respeita à fusão e outras operações de reestruturação por forma a não desincentivar estas operações não deixou por tratar a possibilidade de estas operações visarem atingir a título principal vantagens fiscais, o que por si só justifica a consagração da cláusula antiabuso e, portanto, com relevância para o objeto do nosso estudo concluímos o seguinte:

- i) A nosso ver esta cláusula configura um limite mas deverá constituir apenas um limite relativamente às operações de reestruturação de um planeamento fiscal ilegítimo, que por sua vez as torna igualmente ilegítimas;
- ii) Quanto à influência que a cláusula anti abuso poderá ter sobre as operações de reestruturação que integram um planeamento fiscal legítimo, relaciona-se com dificuldades de interpretação relativas conceito de “razões económicas válidas” que muitas vezes coloca em oposição a AT e as sociedades comerciais integrantes da fusão, o que gera constrangimentos à atividade destas e, nesta medida, desincentiva as operações de fusão.

¹⁸¹ Cfr. Neste sentido o acórdão do TCA Sul, no âmbito do processo n.º 03811/10, de 9 de abril de 2013. Disponível: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/7cc8d62dc6e92e0780257b67004b6d17?OpenDocument>. Consultado a 10 de março de 2017.

¹⁸² Neste sentido, acórdão do STA, no âmbito do processo n.º 017020/13, de 27 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6dbb6cbd75f419f480257f5600394b3c?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,anti-abuso#_Section1. Consultado a 10 de março de 2017.

4.9. Fusões transfronteiriças

Após o estudo e análise do RNF no plano das fusões societárias internas¹⁸³, de seguida versaremos sobre as fusões transfronteiriças¹⁸⁴, primeiramente faremos um apontamento histórico de enquadramento do regime fiscal comum aplicável à fusão entre sociedades de diferentes Estados membros e de seguida a análise do regime fiscal propriamente dito.

Foi em 1990 que a CEE, à data, consagrou através da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, o regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de diferentes Estados membros e, por conseguinte, surge o RNF de âmbito europeu¹⁸⁵.

Este diploma sofreu diversas alterações e foi revogado pela Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, que se mantém em vigor.

Tal como resulta das considerações preliminares dos diplomas enunciados a consagração deste regime teve como ponto de partida a importância que as operações de reestruturação têm na implementação e bom funcionamento de um mercado interno europeu, também tiveram em consideração que as regras fiscais podem penalizar essas operações, pelo que se considerou que estas operações não deveriam ser objeto de tributação e, para tal efetivaram-se regras fiscais neutras.

No entanto, o legislador europeu também procurou salvaguardar os interesses dos Estados membros através destes mesmos diplomas¹⁸⁶ e, por isso, consagrou a faculdade de os Estados

¹⁸³ Entenda-se como fusões societárias nacionais.

¹⁸⁴ Sobre a noção de fusão transfronteiriça já incidimos no ponto 1.4.3., capítulo I, desta dissertação.

¹⁸⁵ Pereira (2004, p. 123), refere que esta Diretiva tem um âmbito limitado e que, não obstante, a sua consagração, as reestruturações continuam a enfrentar diversas dificuldades.

¹⁸⁶ Cfr. Artigo 15.º da Diretiva 2009/133/CE, que estende da faculdade de os Estado membros poderem recusar a aplicação das regras de neutralidade fiscal quando uma sociedade que participe ou não na operação deixe de preencher as condições requeridas para a representação dos trabalhadores nos órgãos da sociedade de acordo com as disposições que estavam em vigor antes da referida operação.

membros poderem recusar a aplicação de regras de neutralidade quando as operações tiverem como objetivo a fraude ou evasão fiscais¹⁸⁷.

No que respeita ao âmbito objetivo, este regime fiscal comum aplica-se às operações de fusão, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações, e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE.

Relativamente ao âmbito subjetivo, este regime fiscal comum aplica-se a sociedades¹⁸⁸ de dois ou mais Estados membros.

Do exposto poderíamos concluir que a Diretiva 2009/133/CE não abrange as fusões societárias internas, pelo que as regras contidas nesta Diretiva não teriam qualquer influência sobre estas, porém, tal não estaria correto¹⁸⁹. Isto porque resulta da jurisprudência do TJUE, nomeadamente do acórdão *Leur Bloem*¹⁹⁰, *Foggia*¹⁹¹, entre outros, que esta instância europeia tem competência para conhecer e interpretar as normas internas cuja origem resulta das regras do direito da união europeia¹⁹². Assim sendo, acompanhamos o autor Ramalho (2015) quando afirma que para efeitos de enquadramento de uma concreta operação de reestruturação a Diretiva 2009/133/CE revela-se uma “(...) fonte primordial de interpretação (...)”.

¹⁸⁷ Foi esta faculdade de os Estados membros poderem recusar a aplicação de regras de neutralidade quando as operações tiverem como objetivo a fraude ou evasão fiscais que originou a consagração no direito interno da cláusula anti abuso, prevista no n.º 10, do artigo 73.º do CIRC, anteriormente objeto do nosso estudo.

¹⁸⁸ No âmbito deste regime fiscal comum sociedade abrange as sociedades previstas no artigo 3.º da Diretiva 2009/133/CE.

¹⁸⁹ Cfr. Ramalho (2015, pp. 36-37).

¹⁹⁰ Processo C-28/95, de 17 de julho de 1997 disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43705&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=747163>. Consultado a 3 de março de 2017.

¹⁹¹ Cfr. Processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=113593&doclang=PT>. Consultado a 10 de março de 2017.

¹⁹² O acórdão *Foggia* será objeto de análise quando incidirmos sobre a jurisprudência, no qual também se concluiu que o TJUE tem competência para conhecer e interpretar as normas internas cuja origem resulta das regras do direito da união europeia.

Concretamente quanto às regras relativas ao desagravamento fiscal das operações transfronteiriças consagradas no diploma europeu, consistem essencialmente no diferimento da tributação das mais-valias dos elementos patrimoniais transferidos e diferimento da tributação das mais-valias geradas pela atribuição de títulos representativos de capital social da sociedade fundida ou contribuidora.

No que tange ao diferimento da tributação das mais-valias geradas pela transferência dos elementos patrimoniais está prevista no artigo 4.º, n.º 1 da Diretiva 2009/133/CE, que especifica que as mais-valias devem ser determinadas entre o valor real dos elementos do ativo e do passivo transferidos¹⁹³ e o respetivo valor fiscal¹⁹⁴.

Acresce que o n.º 4 desse mesmo normativo determina que só há diferimento se a sociedade beneficiária calcular as novas amortizações e as mais-valias ou menos-valias relativas aos elementos do ativo e passivo transferidos, nas mesmas condições em que teriam podido fazê-lo as sociedades fundidas ou contribuidoras se a fusão não tivesse ocorrido¹⁹⁵.

Com esta regra de diferimento o legislador europeu evita tributar a mais-valia no momento da fusão e, por sua vez, garante a sua tributação ulterior ao Estado membro, no momento da realização¹⁹⁶.

Assim sendo, quanto a este diferimento verifica-se que o regime interno e europeu de neutralidade são coincidentes.

Ainda no artigo 4.º, no seu n.º 3 do artigo da Diretiva 2009/133/CE está prevista uma situação de não tributação das mais-valias geradas com a transferências dos elementos patrimoniais quando estiver em causa uma sociedade contribuidora não residente transparente, em que se tributa os sócios pela sua parte nos lucros da sociedade contribuidora, à medida que estes forem sendo obtidos.

Nos termos do artigo 5.º da Diretiva 2009/133/CE o legislador europeu incumbiu os Estados membros de adotarem as medidas necessárias para que as provisões ou reservas

¹⁹³ Cfr. Alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva 2009/133/CE.

¹⁹⁴ Cfr. Alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva 2009/133/CE.

¹⁹⁵ O n.º 5 do artigo 4.º da Diretiva 2009/133/CEE reforça o disposto no n.º 4, determinando que caso não seja possível calcular as mais-valias ou menos-valias nos termos do n.º 4 não haverá lugar a diferimento da tributação.

¹⁹⁶ Cfr. Ponto 7 das considerações da Diretiva 2009/133/CE.

regularmente constituídas com o desagravamento de imposto pela sociedade contribuidora sejam retomadas nas mesmas condições de isenção de imposto pelos estabelecimentos da sociedade beneficiária situados no Estado da sociedade contribuidora, substituindo-se a sociedade beneficiária aos direitos e obrigações da sociedade contribuidora¹⁹⁷. Com isto, o legislador europeu pretende que os Estados membros assegurem de forma efetiva a neutralidade das operações de reestruturação.

Relativamente aos sócios está também consagrado diferimento da tributação das mais-valias resultantes da atribuição de títulos representativos do capital da sociedade beneficiária¹⁹⁸, salvaguardando a tributação ulterior nos termos do n.º 6 do artigo 8.º da Diretiva 2009/133/CEE.

Quanto à faculdade de deduzir os prejuízos fiscais nos lucros tributáveis resulta do artigo 6.º da Diretiva 2009/133/CE que essa dedução está dependente do Estado membro da sociedade contribuidora permitir ou não essa dedução e caso permita o diferimento dos prejuízos fiscais pela sociedade beneficiária, determina que esta faculdade é extensível aos estabelecimentos permanentes da sociedade beneficiária situados no seu território.

No caso de sócio fiscalmente transparente o n.º 3 do artigo 8.º da Diretiva 2009/133/CE determina a não tributação.

Também nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da Diretiva 2009/133/CE às sociedades contribuidoras ou adquiridas transparentes os Estados membros têm o direito de não aplicar a Diretiva ao tributar um sócio direto ou indireto da sociedade em relação às mais-valias dessa sociedade.

Por último, destacamos o caso especial da fusão transfronteiriça que envolve a transferência para a sociedade beneficiária de um estabelecimento estável da sociedade contribuidora que se situa num Estado membro diverso dessa sociedade, neste caso especial determina-se que a sociedade contribuidora renuncie a qualquer direito de tributar esse estabelecimento estável¹⁹⁹²⁰⁰.

¹⁹⁷ Com exceção das provisões ou reservas provenientes de estabelecimentos estáveis situados no estrangeiro.

¹⁹⁸ Cfr. Artigo 8.º, n.º 1 Diretiva 2009/133/CE.

¹⁹⁹ Cfr. Artigo 10.º n.º 1 da Diretiva 2009/133/CE.

²⁰⁰ Evidenciamos ainda a faculdade de deduzir prejuízos fiscais nos termos no Artigo 10.º n.º 1 da Diretiva 2009/133/CE.

Porém, o Estado membro da sociedade contribuidora pode derogar esta renúncia a tributar sempre que aplique uma tributação de lucros a nível mundial, o que significa que poderá tributar quaisquer lucros ou mais-valias relativos ao estabelecimento, na condição de autorizar a dedução dos impostos nos termos do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2009/133/CE. No que respeita às regras adotadas por Portugal para este caso especial, nos termos do n.º 2 do artigo 74.º do CIRC relativa à transferência de um estabelecimento estável de uma sociedade residente situado fora do território português não se aplica o RNF, isto porque o IRC incide sobre a totalidade dos rendimentos incluindo os obtidos fora do nosso território (lucro mundial) como tal derroga-se a renúncia à tributação²⁰¹.

4.10. Jurisprudência portuguesa

4.10.1. Acórdão do STA de 15 de junho de 2016, processo n.º 0566/15²⁰²

No domínio da jurisprudência nacional a nossa análise, incide sobre uma decisão recente do STA, concretamente, sobre questões de direito relativas à fusão de sociedades e neutralidade fiscal.

Neste contexto o objeto da presente análise jurisprudencial centra-se no douto acórdão do STA de 5 de junho de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 0566/15, no qual a questão *decidenda* consistiu em determinar se as mais-valias auferidas no ano 2000 por uma determinada sociedade anónima (sociedade incorporante) cuja tributação estava suspensa deveriam ser tributadas aquando a operação de fusão por incorporação concretizada no ano 2004.

No presente acórdão a Fazenda Pública, ora recorrente, apresentou recurso da decisão do Tribunal Tributário de Lisboa, o qual julgou procedente a impugnação judicial deduzida por

²⁰¹ Segundo Ramalho (2015) o legislador entende que neste caso em particular que o estabelecimento ao deixar de pertencer a uma sociedade portuguesa existe um risco acentuado de o Estado Português perder o controlo sobre a tributação futura resultante do estabelecimento.

²⁰² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de junho de 2016, processo n.º 0566/15, disponível em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/fe0b72411e62eacc80257fd8003f6538?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1. Consultado a 10 de março de 2017. Consultado a 20 de fevereiro de 2017.

uma determinada sociedade anónima contra os atos de liquidação adicional de IRC e juros compensatórios respeitantes ao exercício de 2010, no montante global de € 5. 190. 564,00.

A recorrente, nas suas alegações manifestou a falta de concordância com a decisão da primeira instância e nas suas conclusões apresentou como fundamento o entendimento segundo o qual o legislador autonomizou o regime fiscal relativo às mais-valias (Lei n.º 30-G/2000, de 29/12, aplicável à data) que estava em causa, ficando estas afastadas do RNF, pelo que, considera que não se aplica o previsto no n.º 6 do artigo 68.º do CIRC (atual artigo 74.º).

Por sua vez, a recorrida invocou que se aplica o n.º 6 do artigo 68.º do CIRC (atual artigo 74.º, n.º 6) e que a alínea b) do n.º 7.º do artigo 7.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29/12 não é uma norma de incidência, como tal, não prevalece sobre o artigo 68.º do CIRC (atual artigo 74.º, n.º 6) e acrescenta que as mais-valias em causa resultaram da fusão isto porque é com a fusão que as mais-valias que estavam suspensas passam a poder ser tributadas.

O Ministério Público apresentou parecer no sentido da improcedência do recurso e invocou a aplicação do n.º 6 do artigo 68.º do CIRC (atual artigo 74.º, n.º 6).

A questão suscitada no presente acórdão já foi objeto de decisão transitada em julgado, pelo TCA Sul, no âmbito do processo n.º 0737/14 de 12/06/2014. Este acórdão a propósito da mesma questão *decidenda* considerou que as mais-valias cuja tributação se encontrava suspensa por reinvestimento do valor de realização dos bens alienados ficariam sujeitas a tributação no momento da fusão, porém acrescenta que a essa tributação opõe-se o estabelecido no artigo 74.º, n.º 6 do CIRC²⁰³.

No que tange à apreciação e entendimento da questão *decidenda* por parte da Fazenda Pública, a nosso ver, não acolhe o argumento que sustenta que o legislador tenha pretendido autonomizar o regime fiscal aplicável às mais-valias e, por isso, ficar afastado o RNF, porquanto estranhamos que se invoque que um regime transitório possa afastar a aplicação

²⁰³ Resulta, concretamente, do sumário do acórdão do TCA Sul, no âmbito do processo n.º 0737/14 de 12 de junho de 2014, o seguinte: “As mais-valias obtidas por uma Sociedade Gestora de Participações Sociais (SGPS), cuja tributação se encontrava suspensa por reinvestimento do valor de realização dos bens alienados nos termos do art. 44.º do CIRC, ficariam sujeitas a tributação no momento da fusão em virtude da anulação das partes de capital detidas na sociedade fundida em que se efectuou o reinvestimento, mas a essa tributação obsta o disposto no art. 74.º, n.º 6 do CIRC ao estatuir que aquelas mais-valias não concorrem para a formação do lucro tributável.”

de um regime especial, pois revela-se contrário às regras subjacentes à hierarquia das leis. Acresce que entendemos que a Fazenda Pública não efetuou uma correta apreciação dos factos quando refere que as mais-valias em causa não resultam da fusão e, portanto, não estariam sujeitas ao RNF, a este respeito entendemos correta a apreciação efetuada pela recorrida que sustenta que as mais-valias em causa resultaram da fusão, isto porque é com a fusão que as mais-valias que estavam suspensas e passam a poder ser tributadas.

O STA decidiu negar provimento ao recurso, invocou e acolheu os fundamentos do acórdão acima referido e, como tal, concluiu que a predita operação de fusão não é suscetível de gerar qualquer tributação sobre as mais-valias, pelo que confirmou a decisão de primeira instância que julgou procedente a impugnação judicial deduzida pela impugnante que decidiu anular as liquidações adicionais de IRC e juros compensatórios e, condenou a demandada a indemnizar a impugnante pelos prejuízos suportados da prestação de garantia bancária.

A decisão do STA e do TCA Sul, são ambas recentes e convergentes com a decisão da primeira instância, o que nos permite concluir que a jurisprudência nacional está a consolidar um entendimento quanto à questão em análise. A nosso ver, os tribunais fizeram a melhor interpretação e aplicação do artigo 74.º, n.º 6 do CIRC de outra forma consideramos que estaria em causa uma violação ao RNF aplicável às operações de fusão, concretamente, a violação do disposto no artigo 74.º, n.º 6 do CIRC.

Em face do exposto, quanto ao mérito da decisão concluímos que os tribunais efetuaram uma correta apreciação dos factos e aplicação do direito ao caso concreto.

4.10.2. CAAD – Processo n.º 249/2016-T²⁰⁴

No que concerne à jurisprudência do CAAD optámos por incidir a nossa análise no processo supramencionado por se tratar de uma decisão recente que recai simultaneamente sobre a fusão e benefícios fiscais.

No presente processo a questão *decidenda* cinge-se em apurar num primeiro momento, respeitante ao exercício de 2013, no qual estava em causa uma dedução relativa a um benefício fiscal concedido a uma determinada sociedade se foram observados os pressupostos relativos ao benefício em causa previstos no artigo 4.º, n.º 9 da Lei n.º 49/2013,

²⁰⁴ Cfr. Processo n.º 249/2016-T disponível em: https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s_irc=1&s_processo=&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=neutralidade&s_artigos=&s_texto=&id=2417. Consultado a 10 de março de 2017.

de 16 de julho. Num segundo momento, estava em causa o mesmo benefício fiscal mas no exercício de 2014 foi repercutido na liquidação de outra sociedade (a requerente) em consequência de uma fusão por incorporação e a questão que se pretende tratar consiste em apurar se é ou aplicável o artigo 75.º-A/ n.º 1 do CIRC.

Neste processo arbitral a requerente é uma sociedade anónima que peticiona a anulação do ato de liquidação de IRC relativo ao exercício de 2014 e a anulação do respetivo ato de demonstração de acerto de contas. No seu pedido alega, em suma, que a liquidação adicional diz respeito a um benefício concedido e usufruído, designado de crédito extraordinário ao investimento, num primeiro momento por uma outra sociedade (sociedade B) que por sua vez foi incorporada mediante operação de fusão. E acrescenta que a fusão que ocorreu entre as sociedades não viola o artigo 4.º, n.º 9 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho, lei que aprovou o crédito extraordinário ao investimento.

Por seu turno a AT apresentou resposta cujos fundamentos não estão mencionados no aresto em análise. Contudo, resulta do que está exposto sobre o relatório da IT que deu origem às correções que por sua vez originaram as liquidações adicionais em crise, em suma, que por força da fusão entre as sociedades aplica-se na presente situação o artigo 15.º, n.º 3 do EBF, o qual determina que a transmissibilidade do direito ao benefício fiscal está subordinada à observância dos pressupostos do benefício e, concluem, que na situação em análise não foram cumpridos os pressupostos do benefício estabelecidos no artigo 4.º, n.º 9 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho. E, também resulta do relatório da IT que foi infringido o disposto no artigo 4.º, n.º 9 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho.

O tribunal arbitral, na sua análise aferiu que as correções em causa resultaram de pressupostos factuais distintos pelo que delimitou as correções relativas ao exercício de 2013 e as resultantes do exercício de 2014 e, portanto, foram analisadas separadamente.

Relativamente ao exercício de 2013 considerou-se que estava em causa o benefício fiscal acima referido relativo à sociedade B e a liquidação dessa mesma sociedade que considerou o benefício fiscal.

Por outro lado, no exercício de 2014, está em causa o mesmo benefício fiscal relativo à sociedade B na parte que não foi deduzido em 2013, mas por força da fusão que incorporou a sociedade B na requerente, o benefício fiscal foi repercutido na liquidação de IRC de 2014 da requerente.

Configurando-se desta forma, quanto ao exercício de 2013 considerou que, contrariamente ao alegado pela IT, não ficaram demonstrados os pressupostos do artigo 4.º, n.º 9 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho, quer isto dizer que não ficou demonstrado que os ativos subjacentes ao benefício fiscal em causa não foram detidos e/ou contabilizados nos termos legais pelo período mínimo de cinco anos. E, por outro lado, considerou que neste exercício não estava em causa uma situação de transmissão de benefício fiscal pois a fusão só foi levada a cabo em 2014, pelo que, não são aplicáveis o artigo 3.º, n.º 7 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho e o artigo 15.º EBF, tal como invocado pela AT. Em face do exposto, concluiu, que a correção enferma de erro nos pressupostos de facto e, conseqüente errada aplicação do direito.

No que respeita ao exercício de 2014, o enquadramento é distinto porque a sociedade B foi incorporada por fusão na requerente e, como tal, transmitiu-se a parte do benefício fiscal não deduzida no exercício de 2013, porém, a requerente invoca a aplicação do artigo 75.º-A, n.º1 do CIRC (transmissão automática do benefício fiscal) e a AT invoca a aplicação artigo 3.º, n.º 7 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho e o artigo 15.º, n.º 3 EBF (transmissão dependente de autorização do Ministério das Finanças). Ou seja, coloca-se um problema de conflito de normas que foi resolvido com recurso ao critério cronológico, do qual resulta que a lei posterior derroga a lei anterior. Em face do exposto, o tribunal arbitral concluiu pela aplicação do artigo 75.º-A, n.º 1 do CIRC por ser ulterior ao artigo 3.º, n.º 7 da Lei n.º 49/2013, de 16 de julho.

O tribunal arbitral decidiu julgar integralmente procedente o pedido arbitral formulado pela requerente e, em consequência anular o ato de liquidação e o respetivo ato de demonstração de acerto e contas. Também condenou a AT ao pagamento de juros indemnizatórios e nas custas.

A nosso ver o tribunal efetuou um correto enquadramento dos factos e do direito aplicável, como tal, a decisão não merece qualquer censura.

4.11. Jurisprudência do TJUE

Já incidimos, anteriormente, sobre a jurisprudência na instância europeia a propósito da liberdade de estabelecimento²⁰⁵ prevista nos artigo 49.º e seguintes do Tratado da União

²⁰⁵ Cfr. ponto 1.4.1.1., no conjunto da jurisprudência analisada, salientamos o acórdão *A Oy*, Processo C-123/11, de 21 de fevereiro de 2013, que se debruçou sobre a autorização para deduzir prejuízos no âmbito de uma fusão transfronteiriça e se estes prejuízos devem ser determinados em conformidade com o direito do Estado membro de residência da sociedade mãe ou em conformidade com o Estado de residência da filial.

Europeia, nomeadamente. sobre a questão controvertida relativa à transferência da sede das sociedades comerciais, entre outras²⁰⁶.

4.11.1 Processo C-126/10²⁰⁷

Sobre a matéria relativa sobre às “razões económicas válidas” a nossa análise jurisprudencial centra-se no douto acórdão do TJUE, processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011²⁰⁸, respeita a um reenvio português, no qual a questão *decidenda* consistiu em determinar se existiu interesse económico válido numa concreta operação de fusão.

O presente acórdão tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo STA no âmbito de um litígio que opôs a sociedade comercial *Foggia* – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, por este não ter autorizado uma transmissão de prejuízos fiscais na sequência de uma operação de fusão de sociedades comerciais do mesmo grupo.

As normas, à data, em causa resultam da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, concretamente, o artigo 6.º e artigo 11.º. E, no âmbito do direito nacional o artigo 67.º do CIRC, atual artigo 75.º.

Na operação de fusão causa, com data de 29 de setembro de 2003, a *Foggia* – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. incorporou três outras sociedades gestoras de participações sociais pertencentes ao mesmo grupo, sendo que o pedido de autorização de transmissão de prejuízos fiscais foi deferido apenas relativamente a duas das sociedades e foi indeferido o pedido relativo à sociedade Riguadiana – SGPS SA.

O fundamento apresentado foi não existir interesse económico válido porque nos anos considerados esta a sociedade comercial, a Riguadiana, deixou de ter uma carteira de participações o que levou a que praticamente não tivesse rendimentos e por ter apresentado na declaração fiscal de 2002 uma menos-valia fiscal de cerca de 2 milhões de euros, sem se entender a razão desta menos-valias. No entanto, reconheceu-se que a eliminação da

²⁰⁶ Sobre a matéria relativa às fusões transfronteiriças destacamos, pela sua importância, o processo C-411/03, designado de acórdão *Sevic*, sobre o qual incidimos no ponto 1.4.1.1. desta dissertação.

²⁰⁷ Cfr. Processo C-126/10, de 10 de novembro de 2011, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=113593&doclang=PT>. Consultado a 10 de março de 2017.

²⁰⁸ Ramalho (2015), salienta a importância deste aresto no ordenamento jurídico português.

Riguadiana do grupo poderia gerar uma redução de custos de administração de gestão, porém este efeito positivo não foi tido em conta porque de acordo com o entendimento do Secretário de Estado não constitui um interesse económico para a sociedade incorporante.

Por força do indeferimento a sociedade incorporante intentou uma ação administrativa especial no TCA Sul para a obtenção da anulação do despacho de indeferimento e adoção de um ato administrativo que a autorizasse a transmitir os prejuízos fiscais, porém não obteve provimento e, por conseguinte, recorreu para o STA que suscitou o pedido de decisão prejudicial.

O governo português apresentou as suas observações e alegou a incompetência do TJUE, por entender que o objeto em litígio se situa num contexto nacional.

Relativamente a esta questão, em suma, o TJUE considerou que tem competência enquanto responsável pela interpretação das normas do direito da UE supramencionadas, que no caso em apreço são normas respeitantes às “razões económicas válidas” que se inspiraram em normas de direito europeu - Diretiva 90/434/CEE do Conselho, pelo que a invocada incompetência não teve acolhimento.

No que respeita ao segundo argumento alegado pelo governo português o TJUE reafirmou a sua competência porquanto a questão prejudicial dizer respeito à interpretação do direito da UE.

No que se refere ao apuramento das, “razões economicamente válidas”, sublinhamos que o TJUE não excluiu a possibilidade de as poupanças de natureza fiscal ser um dos motivos a ter em conta numa operação de fusão, desde que não seja esse o principal e único objetivo²⁰⁹, acrescentando que devem ser considerados todos os objetivos no seu conjunto. Por outro lado, também resulta da sua decisão que não é suficiente para afastar a presunção de fraude e evasão fiscal invocar uma simples poupança nos custos resultantes da diminuição de sociedades que pertenciam ao grupo.

A nosso ver este acórdão revela-se bastante esclarecedor quanto ao apuramento das “razões económicas válidas” o que contribui para reforçar a certeza e segurança jurídica.

²⁰⁹ A este respeito invocou-se o processo C-28/95, de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=100287&pageIndex=0&doclang=PT&part=1>. Consultado a 10 de março de 2017.

4.12. Nótulas sobre direito comparado

Não obstante o pendor assumidamente interno e comunitário das matérias objeto de estudo na presente dissertação, faremos uma análise em sede de direito comparado, ainda que meramente superficial, em particular sobre o RNF aplicável à fusão societária consagrado em Espanha.

A escolha recaiu sobre o ordenamento jurídico espanhol pela curiosidade científica que nos desperta, no sentido de apuramos se o regime de neutralidade do país vizinho é ou não semelhante ao português.

O regime de neutralidade aplicável às fusões societárias de Espanha em vigor resulta da *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades*²¹⁰, título VII, capítulo VIII, artigos 76.º a 89.º.

Esta lei entrou em vigor a 01 de janeiro de 2015 e surge no âmbito de uma reforma da tributação direta e indireta que introduziu alterações muito relevantes relativas ao regime de neutralidade aplicável às fusões societárias.

Em geral no ordenamento jurídico espanhol os autores apontam como grandes alterações a este regime especial, o afastamento da regra que determinava a necessária autorização da administração tributária para a aplicação do regime de neutralidade, alteração das consequências da falta de razões económicas válidas que motivem as operações de reestruturação e redefinição do conceito de neutralidade no sentido de abranger todas as transações que não envolvam tributação, entre outras²¹¹.

Começando por fazer uma apreciação global das alterações supramencionadas, constata-se que todas elas foram no sentido de conferir um maior grau de neutralidade às operações de reestruturação, como tal encaramos estas alterações como profícuas para a dinamização das fusões societárias e outras reestruturações.

²¹⁰ Também designada de *Nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*.

²¹¹ Neste sentido refere *Asián* (2016).

Em particular, destacamos o afastamento da regra que determinava a necessária autorização da administração tributária para a aplicação do regime de neutralidade²¹² passou apenas a ser necessária uma mera comunicação²¹³.

Assinalamos, quanto a esta regra, a sua importância ao nível da simplificação do formalismo fiscal inerente à aplicação do RNF o que a nosso ver facilita e incentiva a concretização da operação.

Também, destacamos a importância da alteração das consequências respeitantes à falta de razões económicas válidas que motivem as operações de reestruturação, esta alteração consiste em não afastar o desagravamento fiscal no seu todo numa operação de reestruturação que teve como objetivo principal obter uma vantagem fiscal, tendo o legislador optado por retirar essa vantagem e manter a restante neutralidade subjacente à operação de reestruturação em causa²¹⁴.

No que concerne a esta alteração na nossa opinião é manifestamente positiva, pois entendemos razoável a solução de retirar a vantagem fiscal indevidamente alcançada sem colocar em causa a operação de reestruturação. No nosso ordenamento jurídico não existe consenso quanto a esta questão como já tivemos oportunidade de assinalar no ponto 4.5.1. deste capítulo.

Entendemos que o CIRC poderia à semelhança da *Ley del Impuesto sobre Sociedades* adotar esta solução por forma a garantir maior amplitude neutral às fusões societárias e às restantes operações de reestruturação e, ao mesmo tempo, sem descurar o problema da evasão fiscal,

²¹² Com esta alteração o RNF passou a ser de aplicação geral Vérguez (2015).

²¹³ O não cumprimento acarreta o pagamento de uma coima de €10.000 por cada operação que devesse ser comunicada, nos termos do artigo 89.º da *Ley del Impuesto sobre Sociedades*.

²¹⁴ No ordenamento jurídico-fiscal de Espanha manteve-se a cláusula anti abuso que incide sobre operações de reestruturação que tenham como fim principal a obtenção de uma vantagem fiscal. A respeito da cláusula anti abuso subscrevemos o entendimento de de Vérguez (2015): “(...) la adopción de una medida anti abuso no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. Y, tratándose como sucede en el presente caso de una norma destinada a proteger el interés financiero de los Estados miembros, la misma únicamente habrá de aplicarse allí donde a la existencia de una falta de motivación o racionalidad económica se sume la obtención por parte del sujeto pasivo de una ventaja fiscal o, en su caso, de un perjuicio financiero para el Estado miembro en cuestión.”

a AT para garantir o afastamento da evasão fiscal poderia fazer um trabalho ulterior de fiscalização mais amplo e dessa forma acautelar os interesses financeiros do Estado.

Em face do exposto, é notório que o objetivo do legislador espanhol ao introduzir estas alterações foi flexibilizar as operações de reestruturações por forma a incentivar ou pelo menos para não desincentivar. Estas regras relevam maior abertura para aplicação do RNF o que nos permite concluir que as fusões societárias em Espanha gozam de maior amplitude neutral.

A nosso ver o legislador português também poderia ter ido mais longe no sentido de consagrar regras semelhantes para garantir igualmente maior neutralidade, tal seria desejável e traria certamente importantes resultados nas reestruturações internas e, por sua vez, na sua produtividade e crescimento económico, o que globalmente considerado traria certamente resultados positivos para o país.

Considerações finais

A fusão societária representa um instituto jurídico autónomo revelado, desde logo, no regime jurídico próprio que o CSC lhe consagra. Trata-se de uma figura de incontornável importância no âmbito das sociedades comerciais, pese embora a ausência de consenso na doutrina quanto à sua natureza jurídica.

Verificámos que, nos termos do n.º 3 do artigo 97.º do CSC, a fusão de sociedades que se apresentaram à insolvência, ou sobre as quais tenha sido pedido declaração de insolvência, não é admitida. Verificámos, igualmente, que tal norma não tem aplicação, pelo menos direta, quando em causa estão sociedades que se encontram em processo especial de revitalização. Por ser assim, e pelos motivos oportunamente expostos, entendemos que as sociedades que se encontrem nesta contingência poderão fundir-se desde que a fusão se revele essencial para a revitalização da sociedade comercial.

No que respeita ao pagamento aos sócios das sociedades fundidas, analisámos em particular o n.º 5 do artigo 97.º do CSC. Esta norma, que estabelece o pagamento aos sócios das sociedades fundidas de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhes forem atribuídas, merece destaque porque suscita dúvidas quanto às circunstâncias em que se aplica. Com efeito, discute-se se a norma pode ser invocada para atribuir aos referidos sócios quantias em dinheiro como forma de pagamento da totalidade da participação que o sócio detinha na sociedade fundida, ou se apenas poderá ser chamada à colação para compensar os chamados “restos”. Seja como for, urge a clarificação da norma já que a mesma tem implicações quanto ao consentimento dos sócios nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 103.º do CSC.

No âmbito da União Europeia, a consagração da liberdade de estabelecimento, que abrange a fusão, foi o ponto de partida para o surgimento do regime jurídico da fusão transfronteiriça das sociedades de responsabilidade limitada.

Neste percurso, no domínio da união europeia, foi fundamental a interpretação das normas do Tratado da União Europeia efetuada pelo TJUE, que permitiu consolidar esta liberdade e, por sua vez, abriu caminho para a consagração normativa da fusão transfronteiriça no direito da União Europeia que surge através da Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu

e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada.

Não obstante as dificuldades resultantes dos diferentes critérios dos países da União Europeia para a determinação do estatuto pessoal das sociedades, a Diretiva permitiu alcançar um quadro normativo aplicável às fusões transfronteiriças. Em consequência da respetiva transposição, aditaram-se ao CSC os artigos 117.º-A a 117.º-L.

A propósito destas normas assinalamos que resulta da redação do artigo 117.º-A, n.º 1 e n.º 2, do CSC que a conexão da fusão transfronteiriça com a lei portuguesa é determinada através do critério da sede estatutária. Vimos, no entanto, que, antes da entrada em vigor destes artigos, o CSC já continha, no artigo 3.º, um critério para determinar a lei pessoal das sociedades comerciais. Este critério, o da sede principal e efetiva da administração da sociedade, continua plenamente em vigor. Ora, o facto de existirem duas normas que versam sobre a mesma matéria mas que não convergem na substância gera dúvidas na doutrina e no aplicador da lei. Por ser assim, referimos que seria conveniente a clarificação do critério a utilizar sob pena de, tal não sucedendo, se verificarem constrangimentos às operações de fusões transfronteiriças.

No que concerne ao regime fiscal aplicável à fusão no âmbito do CIRC começamos por destacar que, na fusão não neutra, ou seja, à qual não se aplique o RNF, as mais-valias geradas com a fusão estão sujeitas a tributação nos termos gerais do CIRC. Por conseguinte, estão igualmente sujeitas às regras gerais de dedução de prejuízos fiscais previstas no artigo 52.º do CIRC.

Por sua vez, o artigo 52.º do CIRC também se aplica às fusões neutras por remissão do artigo 75.º do CIRC. E, quanto a este normativo, concluímos que, por força dos limites estabelecidos, não facilita a tomada de decisão de avançar ou não com uma operação de fusão de sociedades, pelo que acolhemos a solução de não existir limite temporal no reporte por forma a evitar que as regras fiscais possam configurar um obstáculo à concretização das fusões.

Relativamente ao RNF, enfatizamos as vantagens que este regime confere que consistem no diferimento da tributação das mais-valias relativas aos elementos patrimoniais e das mais-valias relativas às partes de capital atribuídas aos sócios. Contudo, o diferimento está condicionado ao cumprimento das regras previstas para cada um dos intervenientes que a

nosso ver constroem ou impedem a efetivação das fusões, ao contrário do propósito preconizado pelo legislador plasmado no preâmbulo do CIRC.

Também, está prevista a transmissão de benefícios fiscais e da dedutibilidade de gastos de financiamento nos termos previstos no artigo 75.º-A do CIRC.

O RNF, ainda prevê, a dedução dos prejuízos fiscais das sociedades fundidas, todavia, constatamos que o artigo 75.º CIRC acrescentou limites aos que resultam do artigo 52.º do CIRC, o que a nosso ver é incongruente, pois, as fusões neutras estão mais oneradas quanto ao cumprimento de regras relativas à aplicação do regime de dedução de prejuízos fiscais do que as fusão não neutras.

Quanto às fusões transfronteiriças assinalamos que o Estado português em desfavor da neutralidade, optou por derrogar a renúncia à tributação no caso especial da fusão transfronteiriça que envolve a transferência para a sociedade beneficiária de um estabelecimento estável da sociedade contribuidora que se situa num Estado membro diverso dessa sociedade. A este respeito entendemos, que a tributação sobre esta fusão transfronteiriça, não cria condições para incentivar essas operações, pelo que deveria encontrar-se outra solução.

Por último, destacamos relativamente ao ordenamento jurídico de Espanha a alteração das consequências respeitantes à falta de razões económicas válidas que motivem as operações de reestruturação, consiste exatamente em não afastar o desagramento fiscal no seu todo numa operação de reestruturação que teve como objetivo principal obter uma vantagem fiscal, tendo o legislador optado por retirar essa vantagem e manter a restante neutralidade subjacente à operação de reestruturação em causa. Tal solução, afigura-se benéfica para a neutralidade das fusões. Entre nós, o autor Mendes preconiza idêntica solução.

Em suma, concluímos que o RNF sujeita os intervenientes na fusão ao cumprimento de muitas regras que podem condicionar ou afastar a aplicação deste regime.

Entendemos que o RNF deveria ser mais flexível e mais abrangente. E, enfatizamos, ainda, a instabilidade legislativa como aspeto a melhorar, por forma a conferir segurança e certeza jurídicas e, assim, permitir alguma previsibilidade aos intervenientes na fusão.

Bibliografia

- Abreu, J. M. C. (2010). *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades* (3.^a ed., vol. II). Coimbra: Almedina.
- Almeida, A. P. (2011). *Sociedades Comerciais, Valores Imobiliários e Mercados*, (6.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Antunes, J. E. (2012). Novos rumos do direito societário europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law». In: *Vasconcelos, P. & Coutinho, A. & Duarte, R.* (coord.). III Congresso Direito das Sociedades em revista. Coimbra: Almedina.
- Asián, C. A. F. (2016). *La Neutralidad Fiscal en las Operaciones de Reestructuración de Sociedades*. Consultado em 01 fev. 2017. Disponível em <http://www.ancora-imparo.es/articulos-de-opinion/24-la-neutralidad-fiscal-en-las-operaciones-de-reestructuracion-de-sociedades>.
- Botelho, M. D. (2013). Fusões Transfronteiriças. As origens da Diretiva 2005/56/CE e o «novo» processo de fusão simplificado. In: Ribeiro, M. F. (coord.). *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Carreiro, S. (2011). A Fusão. In: Paulo Câmara (coord.). *Aquisição de Empresas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Câmara, F. S. (2009). *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cordeiro, A. M. (2016). *Direito das Sociedades I, Parte Geral* (3.^a ed. ampliada e atualizada). Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, A. M. (2005). *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina.
- Correia, M. P. (2009). *Direito Comercial* (8.^a ed., revista e atualizada). Lisboa: Ediforum.
- Dias, R. P. (2010). O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades. In: *Direito das Sociedades em Revista* (ano 2, vol. 3). Coimbra: Almedina.

- Furtado, J. H. P. (2004). *Curso de Direito das Sociedades* (5.^a ed. revista e atualizada com a colaboração de Nelson Rocha). Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, D. C. (2009). *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*. Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, D. C. (2009). Fusões Transfronteiriças. A transposição da 10.^a Diretriz e a Proposta de Lei n.º 236/X. In: *Revista de Direito das Sociedades* (Ano I, n.º 2). Coimbra: Almedina.
- Lobo, C. B. (2006). Neutralidade Fiscal das Fusões: Benefício Fiscal ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos. In: *Fiscalidade 26/27 – Revista de Direito e Gestão Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Machado & Costa (2016). *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Marques, E. (2011). Artigo 97.º – Noção e Modalidades. In Jorge M. Coutinho de Abreu (coordenação). *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (vol. II). Coimbra: Almedina.
- Marques, E. (2014). Fusão e cisão (não) proporcionais. In: *Vasconcelos, P. & Coutinho, A. & Duarte, R.* (coord.). III Congresso Direito das Sociedades em revista. Coimbra: Almedina.
- Martins, A. S. (2008). Transmissão da Empresa Societária: Algumas Notas. In: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier: Congresso Empresas e Sociedades* (vol. I). Coimbra: Almedina.
- Martins, H. P. (2015). O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. In: *Lições de Fiscalidade*. Coimbra: Almedina.
- Mendes, A. R. (2016). *IRC e as Reorganizações Empresariais*. Lisboa: Universidade Católica.
- Nabais, J. C. (2015). *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Coimbra: Almedina.
- Nabais, J. C., (2015). Por um Estado Fiscal Suportável – Regime Fiscal Aplicável a Fusões, Cisões e Entradas de Ativos – Novos Desenvolvimentos. In: *Estudos de Homenagem ao Professor Dr. Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina.

- Nabais, J.C. (2010), *Direito Fiscal (6.ª ed.)*. Coimbra: Almedina.
- Nabais, J.C. (2013). *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*. Coimbra: Almedina.
- Pereira, P. R. (2004). *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*. Coimbra: Almedina.
- Ramalho, J. M. (2015). *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais (Comentários ao Código do IRC)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Rocha, A. G. F. (2013). Conceitos de direito europeu em matéria societária e fiscal: interpretação autónoma e pluralismo jurídico. In: *Cadernos IDEFF*. Coimbra Almedina.
- Ribeiro, J. J. T. (1995). *Lições de Finanças Públicas (5.ª ed.)*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada.
- Russo, F. C. (2012). *Fusão e Cisão de Sociedades (Portugal)*. Coimbra: Almedina.
- Sanches, S. (2010). *Justiça Fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Sanches, S. (2009). *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Sanches, S. (2008). Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração Fiscal). In: *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal n.º 34*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Silva, F. L. (2016). *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Tavares, T. C. (2011). *IRC e Contabilidade, Da Realização ao Justo Valor*. Coimbra: Almedina.
- Teixeira, M. D. (2009). Reestruturação de Empresas e Limites ao Planeamento Fiscal – Algumas Notas. In: *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Torres, M. A. (2009). A Portabilidade dos Prejuízos Fiscais. *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Trejo, R. C. & Lenzano, R. B. (2013). Formalización e Inscripción de La fusión Transfronteriza Intracomunitaria. In: *Revista de Derecho de Sociedades* 40, Enero – Junio.

Ventura, R. (2003). *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais (2.ª Reimpressão da 1.ª ed. de 1990)*. Coimbra: Almedina.

Vérgez, J. C. (2015). La Aplicación Del Régimen Fiscal de Fusiones Y Escisiones En El IS Tratándose de Operaciones Realizadas Com Fines de Fraude o Evasión Fiscal. La Existencia de Motivos Económicos Válidos. In: *Gaceta Tributaria Del País Vasco*.