

FISCO

■ DOUTRINA · JURISPRUDÊNCIA · LEGISLAÇÃO ■

BENEFÍCIOS FISCAIS E INCENTIVOS AO INVESTIMENTO DAS EMPRESAS

▶ J. C. GOMES SANTOS ▶ LUÍS MENEZES LEITÃO ▶ AMÉRICO BRÁS CARLOS
▶ LUÍS M. S. OLIVEIRA ▶ J. L. SALDANHA SANCHES ▶ RUI BARREIRA
MANUEL FAUSTINO

JAN/FEV 92 38
ANO 4 38
MENSAL 39
1500\$00 39

- | | |
|--|--|
| <p>2 Nota de abertura
Um índice informático para a «Fisco»</p> <p>3 J. C. Gomes Santos
Benefícios fiscais e taxa efectiva de IRC</p> <p>15 Luís Menezes Leitão
Benefícios fiscais e incentivos ao investimento das empresas</p> <p>26 Américo Brás Carlos
Aspectos fiscais dos fundos de investimento</p> <p>30 Luís M. S. Oliveira
Oásis fiscais na Comunidade Europeia</p> <p>45 J. L. Saldanha Sanches
Sobre o conceito de mais-valia</p> | <p>55 Rui Barreira
O reinvestimento das mais-valias no IRC e no Estatuto dos Benefícios Fiscais</p> <p>59 Manuel Faustino
O conceito de mais-valias no Código do IRC e o reinvestimento das mais-valias no IRC e no EBF</p> <p>65 Jurisprudência
■ Fusões: dedução de perdas fiscais da sociedade incorporada</p> <p>79 Decisões Administrativas
■ Amnistia: esclarecimentos
■ IRC: regime transitório das mais-valias</p> <p>81 Consultório Fiscal</p> |
|--|--|

FISCO

■ DOCTRINA · JURISPRUDÊNCIA · LEGISLAÇÃO ■

■ DIRECTOR: J. L. Saldanha Sanches ■ GERÊNCIA: António José Cardoso ■ COORDENAÇÃO TÉCNICA: J. Magalhães Correia, Rui Barreira.

■ COLABORADORES: Ana Paula Dourado (Jur.-FDL), A. Brás Carlos (DGCI/FDL), António Simões Mateus (econ.-IGF), Carlos M. Bernardes (econ.-Coopers & Lybrands), Carlos Loureiro (gest.-Arthur Andersen & Co.), António Lobo Xavier (advogado, F. D. Coimbra), J. Gonçalves Pinto (jur.-IGF), Joaquim S. Mateus (jur.-DGCI), J. Costa Oliveira (adv./FDL), J. Costa Santos (jur.-FDL), J. Gomes dos Santos (ISE/CEF), Leonor Cunha Torres (jur.-FDL), Luís Chaves de Almeida (econ.-APOTEC), Luís Oliveira (adv.), Manuel António Pita (jur.-ISCTE), Manuel Prates (economista-SIVA), Margarida Mesquita Palha [jur.-CEF-UCP (L)], M. Eduarda Azevedo (jur.-CEF-FDL), Maria dos Prazeres Lousa (econ.-CEF), M. Teresa Barbot de Faria (econ.-CEF), Rogério Pereira Rodrigues (econ.-IGF-ISCTE), Rui Duarte Morais [adv.-UCP (P)], Rui Pinto Duarte (adv.-FDL), Teresa Venda (econ.), Vasco Valdez Matias (jur.-IGF-ISCAL).

■ DIRECÇÃO DE PRODUÇÃO: Joel Goes ■ ORIENTAÇÃO GRÁFICA: Raimundo Santos ■ TRADUÇÃO: Teresa Curvelo
 ■ COMPOSIÇÃO E PAGINAÇÃO: Proinfec-Produtora de Informação Económica, Lda. — R. de Santa Marta, 47, R/C Esq. — 1100 Lisboa
 ■ IMPRESSÃO E ACABAMENTOS: Tipografia Guerra, Viseu ■ DISTRIBUIÇÃO: Edifisco, Lda., R. José Ricardo, n.º 5 - 2.º Esq. — 1900 Lisboa. Telef.: 815 35 40/44 — Fax: 815 35 45.
 ■ PROPRIEDADE: Edifisco — Sociedade de Informação Fiscal, Lda. — Sociedade por quotas; Capital: 1 000 000\$00; Sede: Rua de Santa Marta, 47, 2.º Dto., 1100 Lisboa ■ Pessoa colectiva n.º 502086017 ■ Depósito legal n.º 23939/88 ■ Registo na DGCS n.º 112897
 ■ ADMINISTRAÇÃO E PUBLICIDADE: R. José Ricardo, n.º 5 - 2.º Esq. — 1900 Lisboa ■ Telefones: 815 35 40/44 — Fax: 815 35 45

Revista mensal ■ Preço de cada número: 1000\$00 ■ Assinatura anual: 8500\$00 ■ Pedidos de assinaturas para: FISCO, R. José Ricardo n.º 5 - 2.º Esq. — 1900 Lisboa, Tels.: 815 35 40/44 — Fax: 815 35 45 (Ana Gaivotas) ■ As opiniões expostas nos trabalhos são da exclusiva responsabilidade dos seus autores.

Fusões: dedução de perdas fiscais da sociedade incorporada

Recurso n.º 11 913
Acórdão de 8 de Maio de 1991

Assunto: Rec. contencioso. Benefício contemplado no artigo 62.º, n.º 5 do CIRC. Poder discricionário. Desvio de poder.

Sumário: O poder de conceder os benefícios fiscais constantes do artigo 62.º, n.º 5 do CIRC é discricionário.

Existe desvio de poder quando o motivo principalmente determinante do praticado acto não condiz com o fim visado pela lei na concessão daquele poder.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Secção de Contencioso Tributário
Contencioso Tributário Geral

Recurso n.º 11913, em que são recorrente Comanor – Companhia de Manufacturas Metálicas do Norte, SA e recorrido Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e de que foi Relator o Exmo. Conselheiro Doutor Horta do Valle.

Acordam na Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo.

Comanor – Companhia de Manufacturas Metálicas do Norte, S.A. interpôs recurso contencioso do despacho de 25/07/89 do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, com o fundamento em «vício de poder», e pelo qual indeferira o seu pedido de alteração do período de tributação.

Nas alegações que oportunamente formulou, concluiu da forma seguinte:

I. O despacho ora recorrido não pode manter-se.

II. Na verdade, o despacho em

causa viola o disposto no artigo 62.º, n.º 4 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.

III. Nessa norma, preceitua-se a concessão de determinados benefícios fiscais para certas operações.

IV. A recorrente pretendia realizar uma operação de fusão nos termos ali previstos.

V. Com tal fundamento, requereu os competentes benefícios fiscais.

VI. Foram os mesmos negados com base na circunstância em que determinam... uma poupança fiscal.

VII. O acto recorrido foi, pois, praticado no exercício de poderes discricionários, utilizados, porém, com motivos e fins diversos daqueles que a Lei tinha em vista ao concedê-los.

A autoridade recorrida, na sua resposta e alegações, sustenta a legalidade do despacho em causa e a inverificação do vício de desvio de poder já que a denegação do pedido, e contrariante ao alegado pela recorrente, o fora também em função da contradição entre os (elementos) argumentos de racionalidade aduzidos pela recorrente e a debilidade da estrutura económica-financeira da empresa a incorporar, não se alcançando quais as vantagens que adviriam da fusão.

O Exmo. Magistrado do Ministério Público, no seu parecer, pronunciou-se pelo improvimento do recurso por não ocorrer o assacado vício de desvio de poder.

Cumpre decidir.

Considerando-se apurados os factos a seguir mencionados bem como os que constem de documentos juntos e a que se faça referência expressa.

— Datado de 9 de Fevereiro de 1989, formulou a recorrente um requerimento dirigido ao ministro das

Finanças e no qual historia o condicionalismo que a leva a pretender incorporar, por fusão, a sociedade Fiox, Fábrica de Louça Inox, Lda., e em que sobressai «um imperativo de racionalidade económica, permitindo a optimização dos factores de produção, a melhoria e o rendimento das linhas de fabrico em função das condições do mercado, e eliminando os custos das movimentações e dos stocks intermédios».

Mais refere no aludido requerimento que a fusão revestirá a forma prevista na alínea a) do n.º 4 do artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais, ou seja, mediante a transferência global do património da Fiox – Fábrica de Louça Inox, Lda. para a sociedade requerente.

Conclui, depois, requerendo que lhe fossem concedidos os benefícios previstos no artigo 62.º do C. Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, nomeadamente a dedução nos lucros tributáveis da requerente, sociedade incorporante, dos prejuízos fiscais da sociedade fundida até ao fim do período referido no n.º 1 do artigo 46.º do mesmo Código. (Ver fls. 27 do processo instrutor.)

— Por ofício de 22/Fev./89 do Núcleo dos Impostos sobre o Rendimento dirigido à requerente, e com referência ao requerimento pela mesma apresentado, foi solicitada a remessa dos Balanços e Demonstrações de Resultados dos dois últimos exercícios, para que fosse possível avaliar do interesse que a fusão em causa pudesse revestir para o adequado redimensionamento das unidades económicas envolvidas. (Ver fls. 36 do processo instrutor.)

— Em 11 de Abril de 1989 deu entrada no referido Núcleo, na DGCI, um ofício da requerente que se fazia acompanhar de diversos elementos contabilísticos, nomeadamente relatórios e balanços de conta e demonstração de resultados dos exercícios de 1987 e 1988 referentes à requerente e balanço analítico e demonstração dos

resultados da Fiox. (Ver fls. 37 e 29 a 36 e 38 e segs. do processo instrutor)

— Por um P.F.T. foi prestada a informação 845/89 na qual se refere — seu ponto 3.º que «a debilidade da estrutura económico-financeira da empresa a incorporar não permite alcançar, através dos elementos disponíveis, quais as vantagens que poderão advir da operação proposta, senão vejamos alguns elementos relativos aos dois últimos exercícios» (fls. 22 do processo instrutor).

— Tal informação depois de referir, em dois mapas, elementos referentes ao Balanço e à Demonstração de Resultados dos exercícios de 1987 e 1988, refere no seu ponto 4: «Note-se que a Fiox apresentava um património líquido negativo, com prejuízos acumulados que em termos contabilísticos ascendem a cerca de 65278 contos (valor de 1988), que após as correcções de natureza fiscal representam 64796 contos, o que implicaria para a Comanor uma «poupança fiscal na ordem dos 23650 contos» (fls. 23, 24 e 25 do processo instrutor).

— Finaliza aquela informação emitindo o parecer que o «pedido em análise deverá ser indeferido» (fls. 25 do processo instrutor).

— Sobre tal informação encontra-se lavrado parecer do coordenador, datado de 18/7/89, do seguinte teor: «Confirmo. Não obstante os argumentos de racionalidade económica aduzidos pela Comanor, a possibilidade de dedução de prejuízos da Fiox corresponderia a uma «poupança fiscal» de 23650 contos pela incorporação de uma sociedade que tem uma situação líquida negativa (36542 contos) pelo que se julga que o pedido deve ser indeferido. À consideração superior.»

— Segue-se-lhe a proposta do teor seguinte: «Concordo, afigurando-se a indeferir o pedido à consideração superior. 89/7/19.»

— Finalmente surge o despacho recorrido, de 25 de Julho de 1989 do seguinte teor: «Concordo. Indefiro.»

Nos termos do artigo 62.º, n.º 5 do

CIRC, o ministro das Finanças, quando a fusão se revista de interesse para o adequado redimensionamento das unidades económicas, pode autorizar, a requerimento dos interessados, que os prejuízos fiscais das sociedades fundidas possam ser deduzidos nos lucros tributáveis da sociedade incorporante até ao fim do período referido no n.º 1 do artigo 46.º, ou seja, dos cinco exercícios posteriores, e a contar do exercício a que os mesmos se reportam.

Que o poder conferido pelo aludido normativo é um poder de conteúdo discricionário do órgão administrativo decidente resulta claramente da expressão «poderá» naquele utilizada e nem, aliás, a recorrente questiona tal natureza, que põe apenas em crise o acto recorrido pela invocação do vício de desvio de poder.

E terá havido tal desvio?

Tal vício existe quando perante um poder de natureza discricionária se pode concluir ter o acto praticado no exercício de tal poder sido praticado com um motivo principalmente determinante que não condiz com o fim visado pelo legislador ao conceder aquele mesmo poder.

Por outro lado deverá ter-se como determinante o motivo, quando, sem ele, a ocorrência das demais razões não teria bastado para levar o autor do acto a agir da forma por que o fez, o que numa outra perspectiva leva, pois, a ter presente que na concorrência de motivos do acto basta que um deles encontre correspondência com o fim visado pela lei na concessão do aludido poder.

No caso em apreço, o fim visado pela lei com a aludida possibilidade de desagramento ou benefício fiscal, é abertamente o de favorecer a concentração empresarial nos casos em que tal operação se mostre económica, e logo socialmente útil, utilidade que a lei fez divisar num adequado redimensionamento das unidades económicas. Esse objetivo concreto a atingir, as-

sente em objectivos de política económico-social e que levaram o legislador a atribuir à Administração a possibilidade de, na sua ponderação, afastar o ónus fiscal daquela operação.

Ora, no caso dos autos e rememorando a anteriormente descrita fundamentação do acto recorrido, pois é em tal plano, no da motivação, que pode ser despistado o assacado vício de desvio de poder, haverá que chegar à conclusão que o mesmo se não verifica.

Face ao requerimento formulado pela ora recorrente foi prestada uma informação em que, com base em elementos que analisa, se refere que perante a debilidade da estrutura económico-financeira da empresa a incorporar e dados os elementos disponíveis, se não alcançavam as vantagens que poderiam advir da aludida operação de fusão.

E mais se refere na mencionada informação que apresentando a sociedade a incorporar um património líquido negativo com prejuízos acumulados, para a requerente implicaria — o deferimento do seu pedido, entenda-se — uma «poupança fiscal» na ordem dos 23650 contos.

Ora, tal informação, no parecer que imediatamente se lhe seguiu, foi confirmada nos termos já descritos.

Pretende a recorrente, e na medida em que tal parecer veio a merecer a concordância da proposta subsequente e do despacho recorrido, que este, para indeferir o seu pedido, se baseara apenas na aludida «poupança fiscal».

Mas não lhe assiste razão.

É certo que no aludido parecer se refere nos termos inicialmente referidos a possibilidade de à dedução de prejuízos da sociedade a incorporar corresponder uma «poupança fiscal» para a requerente.

Simplesmente tal parecer não pode ser apreciado de forma sincopada, e nesta sua vertente de valoração tributária do aludido acto de fusão. Ele terá de ser entendido na sua globalidade.

E desde logo, portanto, na parte em que expressamente confirmou a (proposta) informação em que foi lançado a na qual, volta a frisar-se, se aponta a dificuldade de alcançar a vantagem que poderia advir da proposta-fusão por incorporação, dada a debilidade da estrutura económico-financeira da empresa a incorporar.

Quer dizer, pois, a informação que a única vantagem que se deparava como resultado da falada operação era a dita «poupança fiscal».

E foi a ideia que o aludido parecer abertamente quis transmitir quando, depois de confirmar a aludida informação, acrescenta que não obstante os argumentos de racionalidade económica aduzidos pela recorrente, a possibilidade de dedução de prejuízos da Fiox, dada a sua situação líquida negativa, corresponderia a uma «poupança fiscal».

Isto é, mais do que tal poupança nenhuma outra vantagem se divisava na projectada fusão, concretamente o redimensionamento adequado da unidade económica da recorrente, e isso não obstante os por si aduzidos argumentos de racionalidade.

Quer isto dizer que o motivo, mais de que principalmente determinante, e antes exclusivamente determinante do autor do acto, na apropriação que fez do parecer e informação sobre que fez exarar o seu despacho, foi o não se ter divisado qualquer interesse de que se revestisse a aludida fusão por incorporação, surgindo a referência à «poupança fiscal» precisamente como indicadora daquela mesma falta de interesse atendível.

Não tem, pois, razão a recorrente quando pretende que o despacho recorrido apenas recusou a concessão dos benefícios fiscais porque dela resultaria a falada «poupança fiscal».

Concluindo, dir-se-á, pois, que o autor do acto recorrido exerceu o seu poder discricionário em vista ao fim legal, o que afasta a verificação do assacado vício de desvio de poder.

Termos em que e pelo exposto se

acorda em negar provimento ao recurso contencioso.

Custos pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em cinquenta mil escudos e a procuradoria em sessenta por cento.

Lisboa, 8 de Maio de 1991

Horta do Valle (Relator), *Júlio Ferreira Tormenta*, *Domingos Brandão de Pinho*.

Fui presente, *António Mota Salgado*.

ANOTAÇÃO

A sociedade Comanor, sociedade anónima, pretende incorporar por fusão a sociedade por quotas Fiox, alegando motivos de racionalidade económica. Requer que lhe sejam concedidos os «benefícios fiscais» previstos no art.º 62.º do CIRC, i.e., a dedução nos lucros tributáveis da sociedade incorporante dos prejuízos fiscais da sociedade incorporada.

Quid juris?

1. Denomina-se fusão, de acordo com Ferrer Correia, o acto pelo qual duas ou mais sociedades reúnem as suas forças económicas para formarem com os sócios de todas elas uma única personalidade colectiva, um novo sujeito económico e jurídico¹. As fusões de sociedades vêm reguladas nos art.ºs 97.º ss do Código das Sociedades Comerciais.

Para que exista uma operação de fusão é necessário que a sociedade incorporada (ou algumas ou todas se for criada uma nova) se extinga e que os antigos sócios sejam titulares de participações na nova sociedade (art.º 112.º CSC)².

O art.º 97.º, n.º 4, prevê a fusão por integração mediante a transferência global do património de

uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta. E a fusão mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade.

Portanto, no Código das Sociedades Comerciais, bem como aliás na terceira Directiva CEE, e na Directiva sobre tributação das fusões, cisões e permutas de acções entre sociedades de Estados membros diferentes, a fusão é um género que comporta duas ou mais espécies³.

Não faz pois sentido, de acordo com o nosso sistema legal, designar a fusão por incorporação como fusão imprópria, até porque a chamada fusão propriamente dita, referente à fusão por constituição de nova sociedade, se tornou um fenómeno raro: é mais simples chegar ao mesmo resultado através da transmissão de um só património⁴. Por outro lado, nada impede a fusão de uma sociedade anónima e de uma sociedade por quotas, uma vez que o art.º 97.º admite a fusão de sociedades de tipo diverso.

2. Uma outra questão diz respeito aos efeitos da fusão, da consideração dos quais decorre a satisfação da pretensão do contribuinte no acórdão em análise: o Código das Sociedades Comerciais parece não deixar dúvidas, ao determinar a extinção das sociedades incorporadas — ou todas as sociedades fundidas — e a transmissão dos direitos e obrigações para a sociedade incorporante — ou sociedade nova.

Ou seja, da fusão não decorre a cessação da actividade da sociedade incorporada e o nascimento de uma

nova actividade no âmbito da sociedade nova ou incorporante. A operação equivaleria, neste último caso, a uma compra e venda ou cessão, em que a sociedade com maior dimensão é compradora ou cessionária de uma sociedade «menor», vendedora ou cedente⁵. Assim, de acordo com a primeira concepção, que resulta da nossa legislação comercial, a operação deverá ser fiscalmente neutra⁶. De acordo com a segunda, a sociedade incorporada teria cessado a sua actividade, aplicando-se o regime da liquidação. A sociedade resultante da fusão iniciaria uma nova actividade⁷.

Questiona-se no acórdão uma manifestação particular dessa eventual neutralidade fiscal: é a questão da possibilidade de dedução das perdas fiscais acumuladas da sociedade incorporada pela sociedade incorporante.

E na verdade, ainda que a tendência actual possa ser diversa, os diferentes sistemas fiscais são mais restritivos nesta matéria do que no tratamento fiscal dos lucros resultantes da fusão. Estes são geralmente isentos⁸.

No domínio do regime fiscal português anterior, rejeitava-se às sociedades resultantes da fusão a possibilidade de deduzirem os prejuízos fiscais obtidos pelas sociedades fundidas — art.º 43.º Código da Contribuição Industrial. O legislador do CIRC optou por consagrar o princípio da continuidade, embora dentro de determinados limites⁹.

O interesse não é apenas o interesse exclusivo das sociedades participantes na fusão, mas o interesse público desse acto. Há pois quem considere que o legislador do CIRC adoptou no art.º 62.º uma posição

de neutralidade relativamente às fusões: relativamente às mais-valias respeitantes aos bens transmitidos, ao reporte de prejuízos, às provisões e amortizações e à tributação dos sócios (art.º 63.º).

A aplicação deste regime legal «de neutralidade» está dependente das seguintes condições previstas no art.º 62.º n.º 1, CIRC:

1. A sociedade nova ou a incorporante deve ter a sua sede ou direcção efectiva em território português;

2. Deve ser aplicado o princípio da igualdade contabilística quanto à inscrição dos elementos patrimoniais activos e passivos objecto de transmissão, numa e noutra sociedade;

3. Esses valores devem resultar da aplicação das disposições do CIRC, ou de reavaliações feitas ao abrigo de lei fiscal.

Assim, verificados estes requisitos, quando a fusão se revista de interesse para o adequado redimensionamento das unidades económicas, o Ministro das Finanças pode autorizar a requerimento dos interessados, entregue na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos antes da fusão, que os prejuízos fiscais das sociedades incorporadas possam ser deduzidos dos lucros tributáveis da nova sociedade ou sociedade incorporante até ao fim de cinco exercícios posteriores, contados do exercício a que os mesmos se reportam (art.º 62.º, n.º 5, e art.º 46, n.º 1, CIRC).

Uma vez que é necessária uma autorização, o regime não é, em bom rigor, neutro. E, por maioria de razão, muito menos se pode falar em atribuição de benefícios fiscais.

Mas não se trata, obviamente, de um poder discricionário, uma vez que em Direito Fiscal, como se

sabe, a administração não tem, nem pode ter liberdade de escolha referente aos elementos que definem a prestação tributária individual¹⁰. Trata-se sim de um conceito indeterminado, em que existe uma margem de livre apreciação, mas em que só uma das soluções é a solução objectiva e justa pretendida por lei¹¹. Nem o contribuinte nem o tribunal têm razão ao considerar o acto discricionário, apesar de se argumentar que o art.º 65.º, n.º 2, CIRC utiliza a expressão «poderá» (folha 4 do acórdão). Não está em causa, pois, averiguar o desvio de poder.

3. Perante a possibilidade da autorização da dedução dos prejuízos da sociedade incorporada, na decorrência de uma operação de fusão, ocorre-nos equacionar as seguintes questões.

3.1. A legislação fiscal não exige autorização para a dedução dos prejuízos da sociedade incorporante, pelo que aquela será automaticamente permitida, nos termos do art.º 46.º CIRC, uma vez que a sociedade incorporante não foi extinguida. Nem a legislação comercial nem a legislação fiscal determinam o sentido da fusão, ou seja, qual a sociedade que tem vocação para ser a sociedade incorporante e qual deve ser incorporada. E como se referiu, não haverá grandes vantagens na criação de uma nova sociedade. Portanto, o sentido da fusão pode ser determinado em função do custo da operação, nomeadamente pela vontade de minimizar os custos fiscais, no caso de uma das sociedades ser deficitária¹²: pode falar-se a este propósito em gestão fiscal da fusão. Na verdade, como decorre do já mencionado n.º 5 do art.º 62.º CIRC, a opção não é neutra no plano fiscal

e na ausência de um regime uniforme, as empresas podem escolher o que melhor se adequar aos seus interesses. Assim, no caso de fusão de sociedades em que uma delas é deficitária, é fiscalmente desejável conferir-lhe a qualidade de sociedade incorporante, de forma a evitar que os défices não deixem de ser tidos em conta.

Não foi essa a opção da Comanor e da Fiox.

De qualquer forma, e em termos gerais, esta possibilidade de livre escolha conhece limites económicos e jurídicos. Uma vez que as fusões são ocasião de reestruturação no interior de grupos não modificando a repartição dos poderes, podem ser a consagração jurídica de um longo período de negociações e concessões. A repartição de poderes, o peso das sociedades em presença, a determinação de uma relação de forças podem ser incompatíveis com uma repartição de poderes que tenha por base puras considerações fiscais¹³. O que é relativo, uma vez que a relação de forças entre as sociedades traduzir-se-á pela determinação de uma paridade de troca entre as acções das diferentes sociedades, o que não tem a ver com o sentido da fusão. Em França, cujo regime fiscal das fusões inspirou o legislador português, há contudo também limites fiscais a esta operação: considera-se em alguns casos, em que a sociedade incorporante era deficitária, a existência de abuso de direito (art.º 64.º, Código de Processo Fiscal francês). Cabe saber se esta figura poderia ser invocada entre nós.

3.2. A escolha da data da fusão é também um aspecto da gestão fiscal da fusão e permitirá torneir os

obstáculos existentes: a possibilidade de escolha da data com efeitos retroactivos implicará a dedução de prejuízos a partir do momento em que as sociedades se consideram fundidas passando a ser desnecessária qualquer autorização para dedução.

Assim, tendo em conta que a fusão constitui um processo relativamente longo, as administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaborarão um projecto de fusão determinando a data a partir da qual as operações da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir são consideradas, do ponto de vista contabilístico, como efectuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade (art.º 98.º do Código das Sociedades Comerciais, e ver ainda art.ºs 102.º e 103.º CSC).

Em França, de acordo com a lei das sociedades comerciais, a fusão por criação de uma nova sociedade tem efeitos a partir do registo da fusão. Já no caso da fusão por incorporação, em princípio a data da fusão remonta à da última assembleia geral que aprova a fusão (v. entre nós, o art.º 103.º). Mas as sociedades podem, no projecto de fusão, fazer retroagir a operação à data em que foi fechado o último exercício da(s) sociedade(s)¹⁴, ou diferir a operação até à data de fecho do exercício em curso da sociedade incorporante. Esta última solução é pouco adoptada e em contrapartida é frequentemente utilizada uma cláusula retroactiva. Dessa forma, as sociedades poderão elaborar o projecto de fusão a partir de bases estáveis¹⁵: como se sabe, os sócios da sociedade incorporada tornar-se-ão sócios da sociedade incorporante (cf. art.º 112.º, n.º 2, CSC); ora, a base de troca é função

do valor respectivo das sociedades em causa e será determinada após longas negociações. A opção por uma data servirá de ponto de referência comum para essa avaliação.

E a administração fiscal, em França, admite também a retroactividade fiscal das fusões e consagra o princípio de uma retoma fiscal em nome da incorporante, das operações realizadas pela sociedade incorporante durante o período intercalar, podendo obviamente durante esse período tomar em consideração os prejuízos da sociedade incorporada. Mais precisamente: os resultados registados durante o período intercalar pela sociedade incorporada devem ser retomados pela sociedade incorporante, quer sejam positivos ou negativos¹⁶.

Assim, para efeitos de direito fiscal, e desde um acórdão de 12/7/1974, nesse país a data da fusão é aquela prevista pela cláusula de retroactividade: desde que não remonte a uma data anterior à da abertura do exercício pela sociedade incorporante, durante o qual o projecto de fusão foi concluído.

Entre nós, nem a lei comercial nem a lei fiscal estabelecem expressamente limitações a uma eventual cláusula de retroactividade fiscal, nos termos do art.º 98.º, i) CSC. A administração fiscal considerará aplicáveis alguns dos critérios seguidos, por exemplo, pela legislação ou pela administração francesa sob pena de se desvirtuar a finalidade da lei?

3.3. O que são o adequado redimensionamento e as vantagens económicas referidos nas várias legislações e pelas administrações fiscais como pressuposto para a eventual autorização para dedução

de prejuízos? Esta questão é nova entre nós, tendo em conta que as próprias operações de fusão são ainda pouco frequentes.

Por isso, com o objectivo de melhor entender o problema e, em última análise, a nossa lei e o acórdão do Supremo, podemos tentar comparar as legislações e jurisprudência de alguns Estados membros da Comunidade.

No que diz respeito ao impacto da fusão nas perdas fiscais reportadas, a maioria dos países europeus segue o mesmo padrão: o reporte das perdas da sociedade incorporante não é afectado enquanto as perdas da sociedade incorporada não podem ser invocadas a partir do momento em que esta entidade deixar de existir¹⁷.

3.3.1. Pode ser descrita a análise da questão na Bélgica através de dois casos em que é suscitada¹⁸.

3.3.1.1. Através de uma oferta pública, a sociedade P adquiriu 94% das acções da sociedade G. A sociedade G tinha cessado praticamente todas as suas actividades e estava à beira da bancarrota. Ambas as sociedades decidiram fundir-se a partir de 1/1/73. P, sociedade lucrativa, foi incorporada por G com perdas. Imediatamente depois da fusão, o nome da sociedade incorporante, G, foi mudado para P.

3.3.1.2. A SPRL HRC geria um restaurante de hotel. Em 1971, a construção de estradas tornou impossível aquela gestão, tendo HRC sofrido perdas e decidido vender os seus edifícios. As portas do restaurante foram definitivamente fechadas em 1/6/73. A 14 de Dezembro de 1973, a SPRL HRC — com perdas — absorveu a SPRL VSM — com

lucros. Pouco tempo depois, a SPRL HRC foi transformada em S.A. e o seu nome mudado para VSM.

Em ambos os casos a sociedade incorporada exigiu uma dedução do seu rendimento subsequente das perdas em que incorreu antes da fusão. De acordo com o art.º 114.º do Código do Imposto sobre o Rendimento, as perdas sofridas por uma pessoa colectiva podem ser reportadas por 5 períodos financeiros e em alguns casos indefinidamente. Segundo a administração, as fusões em causa não correspondiam a nenhuma realidade económica. Ter-se-ia esperado que a sociedade incorporada fosse a incorporante. E o tribunal decidiu da mesma forma.

Quando duas sociedades se fundem, a sociedade incorporante pode continuar a deduzir as suas próprias perdas, mas segundo uma célebre decisão de Tribunal Supremo de 8/6/36 (S.A. Charbonnages Du Haxard, Hof van Cassatie, 8 Junho 1936, Pasicrisie, 1936, I, 282), a sociedade incorporante não pode deduzir as perdas em que incorreu a sociedade incorporada. A prática de utilizar a sociedade com perdas como sociedade incorporante não foi posta em causa até 1978. O tribunal de recurso de Antuérpia decidiu então negar essa possibilidade.

No caso 2, a sociedade estava economicamente morta, uma vez que as suas perdas excediam quatro vezes o seu capital, os seus créditos foram destruídos pelo fogo e todos os empregados tinham sido despedidos. Para mais, o nome da sociedade incorporante tinha sido substituído pelo nome da sociedade incorporada.

Os casos mencionados foram decididos pelo tribunal de recurso de Bruxelas. Este considerou que o

contribuinte tem o direito de escolher o percurso que lhe proporcionar o pagamento de uma menor quantia de imposto. Contudo, o contribuinte deverá aceitar todas as consequências legais das suas opções e o percurso menos tributado deve corresponder a uma realidade económica e não a uma ficção negocial designada para evitar impostos. O tribunal de recurso decidiu que, naquele caso, a fusão era somente um esquema motivado fiscalmente: a sociedade incorporante tinha praticamente cessado a sua actividade. A mudança de nome também seria significativa.

Esta orientação é contudo questionável. O que são a realidade económica e o adequado redimensionamento? Se a sociedade incorporante está ainda em actividade parece ser muito difícil à Administração fiscal negar a dedução sob as razões invocadas. A doutrina baseada na racionalidade económica tem sido muito criticada. Num caso semelhante, o tribunal de recurso de Bruxelas considerou que o contribuinte tinha razão: uma sociedade à beira da bancarrota foi vendida e subsequentemente uma sociedade associada com o comprador contribuiu com o seu ramo de transportes lucrativo para a sociedade, em troca de acções. Neste caso, o tribunal considerou que a sociedade a quem foi feita a contribuição não tinha perdido a sua identidade através dessa contribuição e manteve o direito de deduzir as suas anteriores perdas.

Em dois casos anteriores, em acórdãos datados de 27/1/87 e 28/1/88, o Tribunal Supremo rejeitou a aplicação da teoria que exige uma realidade económica por detrás das transacções: um contribuinte tem o direito de escolher a alternativa

menos tributada desde que aceite todas as consequências legais das suas transacções e que os esquemas fiscais para evitar a tributação não sejam fraudulentos: existe portanto, na Bélgica, uma evolução confusa da jurisprudência. Há quem considere que só uma intervenção legislativa pode justificar a aplicação da teoria baseada na realidade económica. Mas, neste caso, cabe sempre saber se compete à lei fiscal pronunciar-se sobre a questão ou antes deixar que seja regulamentada pelo Direito da concorrência.

3.3.2. Na Alemanha, as perdas fiscais da sociedade incorporada não podem ser deduzidas mas as perdas da entidade incorporante continuam a poder ser objecto de reporte¹⁹. É que embora as fusões possam ser isentas de imposto sob a lei fiscal alemã de reorganização de sociedades, datada de 1976, esta lei também prevê a tributação de fusões. Nos casos em que a fusão é isenta, a sociedade incorporante reporta os valores dos livros da entidade desaparecida. Mas se o valor contabilístico do investimento da sociedade incorporante na sociedade incorporada exceder o valor contabilístico dos activos líquidos da sociedade incorporada, a fusão das duas sociedades resultará numa perda ao nível da entidade incorporante, que não pode ser utilizada para objectivos fiscais.

Por outro lado, uma operação de fusão é tributável se ocorrer um ganho ao nível da entidade incorporada que é determinado como a diferença entre o valor de mercado e o valor contabilístico dos activos. O ganho pode então ser compensado contra as perdas da sociedade incorporada. Neste caso, a base de

avaliação para depreciação futura ao nível da sociedade incorporante será o valor de mercado dos activos da entidade desaparecida.

3.3.3. Na Dinamarca, as perdas fiscais de uma das sociedades incorporadas antes da fusão não podem ser objecto de reporte para serem compensadas pelo rendimento tributável positivo depois da fusão²⁰. No entanto, existe uma excepção a esta regra quando a sociedade-mãe se funde a 100% com uma subsidiária e as duas sociedades utilizam o método da tributação de lucros consolidados há pelo menos 5 anos antes da fusão.

3.3.4. Em Espanha, as perdas fiscais podem ser utilizadas para reduzir os futuros ganhos tributáveis da sociedade que sofreu perdas²¹. O direito de compensar não existe nos casos de fusão quando todas as sociedades são transferidas para uma nova entidade. Se se tratar de incorporação, a sociedade incorporante, desde que mantenha a sua personalidade, mantém o direito de compensar as suas perdas. A sociedade incorporada e subsequentemente dissolvida perde este direito.

3.3.5. Na Holanda, o regime legal pretende evitar a compra das acções de sociedades com prejuízos. Por isso, a lei proíbe em alguns casos o reporte de perdas por uma sociedade cujo negócio tenha total ou parcialmente cessado ao tempo ou anteriormente à transferência das acções²². Esta regra não se aplica se pelo menos 70% da propriedade das acções dessa sociedade permanecerem nas mãos dos mesmos acionistas ou se a mudança de acionistas se dever a casamento ou herança.

3.3.6. Na Irlanda, para permitir que a sociedade que sucede retenha perdas para reporte, são exigidas algumas condições²³. As sociedades a serem fundidas devem estar associadas numa base de grupo com um mínimo de 75% de propriedade comum. E não deve haver mudanças significativas na condução do negócio da nova sociedade.

As perdas originadas em qualquer negócio só podem ser reportadas contra lucros futuros do mesmo negócio. Assim, se a sociedade A tem perdas para serem reportadas e transfere o seu negócio para a sociedade B, as perdas só poderão ser compensadas contra lucros com origem no negócio da sociedade A, conduzidos pela sociedade que lhe sucedeu.

3.3.7. A legislação fiscal italiana estabelecia que a sociedade resultante da fusão ou a sociedade incorporante sucedia, para fins directamente fiscais, em todos os direitos e obrigações das sociedades que foram fundidas ou incorporadas (art.º 16.º, § 3, CIRC, Decreto presidencial 598 de 29/9/73)²⁴.

Defendia-se que essa regra permitia à sociedade resultante da fusão suceder também no direito da sociedade absorvida reportar as suas perdas, direito esse previsto no art.º 17.º CIRC ao estatuir que as sociedades podiam reportar uma perda de qualquer período fiscal para reduzir o rendimento tributável dos cinco períodos fiscais subsequentes.

Desde 1981, essas regras foram utilizadas abusivamente: originaram uma procura de sociedades com perdas, geralmente efectuada por sociedades com lucros elevados que pretendiam unicamente, ao reportar as perdas da sociedade incorpo-

rada contra os seus próprios lucros, reduzir o seu rendimento tributável.

E argumentava-se que, nesses casos, a sociedade resultante da fusão disfrutaria de uma dupla redução do rendimento tributável quando essa sociedade fosse um accionista da sociedade incorporada. De facto, nesse caso, a sociedade incorporante já tinha gozado de uma dedução do seu rendimento correspondente ao valor reduzido das acções que detinha na sociedade incorporada²⁵. Portanto, quando a sociedade incorporante reportasse as perdas da sociedade incorporada, beneficiava pela segunda vez. Ora, a administração fiscal considerava não poder condenar essa prática a não ser em caso de fraude fiscal.

E finalmente, de acordo com a lei civil, quando as perdas de uma sociedade fossem maiores do que os seus activos líquidos, de forma a que o património da sociedade fosse reduzido a um montante mais pequeno do que o mínimo exigido por lei, a sociedade era automaticamente dissolvida (a não ser que fosse decidida uma redução do capital e simultaneamente o aumento para uma quantia não menor do que o mínimo exigido por lei). Mas uma sociedade com perdas maiores do que os activos líquidos podia ser incorporada após ter sido dissolvida.

A nova lei prevê no seu art.º 1.º que, em caso da fusão, as perdas das sociedades que nela participam, incluindo as perdas da sociedade incorporante, não podem ser deduzidas dos lucros da sociedade resultante da fusão (ou da sociedade incorporante) se as perdas excederem os activos líquidos (da sociedade com essas perdas) mostrados na folha de balanço anterior à fusão (art.º 2502, C. Civil); e não podem ser consideradas as con-

tribuições em acções para a sociedade efectuadas nos últimos 18 meses²⁶. O objectivo da nova lei é evitar abusos mesmo nos casos em que a sociedade com perdas incorporasse a sociedade com lucros.

A possibilidade de a sociedade incorporante aumentar o capital da sociedade incorporada antes da fusão de forma a artificialmente aumentar os activos líquidos da sociedade incorporada é pois também frustrada pela lei.

Esta restrição não se applicava até 1/1/88 às sociedades resultantes de fusão (às fusões realizadas até essa data), que ao tempo da fusão eram controladas pela sociedade incorporante desde há pelo menos 2 anos ou da data da sua incorporação. E não se applicava também até 1/1/88 a fusões entre sociedades controladas pela mesma sociedade ou entidade²⁷.

A razão mais importante para estas restrições não serem applicadas nestes casos até 1 de Janeiro 1988 deve-se ao facto de não se pretender penalizar algumas sociedades de grande dimensão que tinham iniciado uma reorganização interna antes de as restrições serem introduzidas.

O art.º 2 previa que as regras do art.º 1.º applicam-se a fusões que foram registadas de acordo com o art.º 2504 do C. Civil desde a entrada em vigor do decreto-lei.

Mas, antes de aprovar a lei 277, o Parlamento introduziu uma mudança importante de forma a distinguir entre fusões conduzidas para salvar as sociedades em crise e fusões com objectivos meramente fiscais. Neste último caso, a nova lei estabelece que a applicação das restrições retroage à data da decisão da fusão, enquanto nas sociedades operativas a data relevante é a do re-

gisto da fusão. Foram ainda estipulados critérios definindo as sociedades operacionais. Assim, são operacionais as sociedades que no período fiscal antes da fusão tivessem um volume de negócios maior do que 40% da média do volume dos dois períodos financeiros precedentes ao período financeiro anterior à fusão; e que, no período fiscal anterior à fusão, a sociedade tivesse despesas com empregados maiores do que 40% da média das mesmas despesas em dois períodos financeiros anteriores ao período financeiro anterior à fusão.

Se ambas as condições forem preenchidas, a sociedade é considerada operacional.

A legislação italiana é pois elaborada com vista a evitar a manipulação da lei. Mas aqui já não está em causa o problema de intervenção do direito fiscal num domínio que lhe não competiria: o da regulamentação da livre concorrência.

Não se trata de saber se uma fusão é ou não economicamente justificável para se lhe aplicar um regime fiscalmente neutro.

A regra é a da neutralidade que está no entanto sujeita a restrições, quando se considera a existência ou a possibilidade de práticas abusivas. Trata-se de evitar a fuga aos impostos.

3.3.8. No Reino Unido, se a sociedade incorporante e a incorporada detêm 75% ou mais das acções em comum, durante o ano precedente à transferência e durante os dois anos seguintes, as perdas fiscais disponíveis para reporte com respeito ao negócio conduzido pela sociedade incorporada podem ser reportadas pela incorporante desde que continue o mesmo negócio²⁸. Esta atenuação é concedida quer o

negócio seja conduzido pelas sociedades residentes ou estabelecimentos estáveis no Reino Unido de sociedades residentes no estrangeiro. E é negada se a incorporada é insolvente e a incorporante não suceder em todas as responsabilidades daquela sociedade.

3.3.9. Em França, existe uma variedade de regimes fiscais, podendo as sociedades escolher o regime que melhor se adequar aos seus interesses: desde a escolha do sentido da fusão, à escolha da data da fusão e do regime²⁹. Nem a lei das sociedades comerciais nem o direito fiscal precisam qual a sociedade que tem vocação para ser a sociedade incorporante e qual deve ser incorporada. A questão é essencial por não ser neutra no plano fiscal. No caso das sociedades de capitais, os défices da sociedade incorporada não podem ser tomados em conta³⁰: a não ser por acordo ministerial³¹ ou atribuindo efeito retroactivo à fusão ao primeiro dia do ano financeiro da sociedade incorporante, desde que naquela data, o ano financeiro da sociedade incorporada tenha pelo menos começado. A sociedade incorporante poderá então deduzir do seu rendimento as perdas correntes da sociedade incorporada desde que, a fusão seja conduzida por razões comerciais normais e não só para aproveitamento das perdas da sociedade incorporada. No entanto, os défices registados pela sociedade incorporante continuam a ser reportados normalmente. Assim, no caso de fusão de sociedades em que uma delas é deficitária, é desejável conferir-lhe a qualidade de sociedade incorporante. Mas esta regra conhece limitações.

Atentemos no seguinte caso³².

Em 1972, X criou duas subsidiárias: A, da qual X tinha uma participação de 44%, e B da qual X detinha 99%. As actividades de ambas as sociedades eram idênticas.

Durante 1972, 1974 e 1983, a sociedade A, que tinha um volume de vendas muito menor do que a sociedade B, acumulou perdas e atingiu o ponto de equilíbrio durante o mesmo período.

Foi decidido em 1975 fundir as duas sociedades. Para tal, o capital em acções de A foi aumentado e a sociedade X aumentou a sua participação na sociedade A de 44% para 95%. A sociedade A absorveu B em Novembro de 1975 com efeito retroactivo a Janeiro de 1975. Depois da fusão, X adquiriu todas as acções da sociedade A controlando mais do que 99% do capital em acções da sociedade.

«A» mudou então o seu nome e local de direcção.

A questão que se coloca é a de saber se a sociedade A podia deduzir as suas perdas de 1,300,000 Ffrs. do seu rendimento de 1975.

A Administração fiscal recusou por duas razões.

Por um lado, considerou que já não se tratava da mesma sociedade anterior à fusão e por outro que a decisão de utilizar a sociedade A como sociedade incorporante tinha como único objectivo evitar o procedimento normal de procurar permissão ministerial prévia para compensar as perdas em que incorreu a sociedade incorporada contra os lucros da sociedade incorporante: tratar-se-ia de uma situação de abuso de direito.

O Supremo considerou que, uma vez que a cláusula do objectos de A bem como a sua actividade real não tinham mudado como resultado da fusão, A era a mesma entidade. O

tribunal considerou ainda que existia um interesse económico a prosseguir com a fusão, não tendo sido cometido um abuso de direito.

Neste caso, o facto de a fusão ter sido realizada entre sociedades que antes da fusão eram já associadas, não parece ter tido influência na decisão do tribunal.

O recurso a qualquer conceito indeterminado de «realidade económica» ou de «adequado redimensionamento», como acontece em alguns dos sistemas referidos, não parece resolver satisfatoriamente a questão de consideração das perdas de sociedades incorporadas ou incorporantes, exactamente pela dificuldade em delimitá-lo. E isso mesmo decorre da evolução confusa da jurisprudência nesses países.

4. Ora, através desta ideia genérica que se pretendeu dar de alguns regimes fiscais, como pode ser compreendida a questão do tratamento fiscal dado às perdas da sociedade incorporada e da incorporante?

4.1. Como dissemos, quase todos os regimes fiscais impõem restrições à dedução das perdas da sociedade incorporada, ou proibindo-a, em absoluto (por ex., a Bélgica e a Espanha), ou sujeitando-a a autorização (por ex., a França e Portugal), ou exigindo uma percentagem anterior de detenção comum (por ex. a Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido), ou delimitando as restrições (Itália).

4.2. E a dedução das perdas da sociedade incorporante, permitida em princípio, é por vezes proibida com o fundamento em abuso de direito, tomando-se por base um conceito indeterminado.

Pretender-se-á desta forma controlar a concentração de empresas (cf. folha 5 do acórdão) — a livre concorrência — e simultaneamente evitar as operações realizadas unicamente com fins fiscais?

É duvidosa a eficácia desta forma de regulamentação.

Por um lado, as concentrações, ou o adequado redimensionamento, devem ser regulamentados pelo Direito da concorrência.

4.2.1. A fusão é mais do que uma concentração, porque ela própria envolve uma empresa³³. E distingue-se de todas as outras espécies de concentração de sociedades por implicar necessariamente a extinção de pelo menos uma das sociedades intervenientes.

Quanto às finalidades práticas das fusões, variam entre motivos gerais de carácter financeiro por exemplo, a necessidade de reforço da estrutura financeira; de dar vida a um grupo operante no mercado financeiro; de melhorar a capacidade de produzir lucros e reforçar o património, de reorganização de grupos³⁴.

Por que motivo as fusões são controladas por medidas de autoridade pública que tomam a forma de um procedimento de acordo judiciário ou administrativo? Existem considerações económicas gerais e motivos respeitantes à esfera das empresas interessadas.

Como vimos, é claro que o Estado tem a possibilidade de, por meio de medidas fiscais, promover as concentrações ou entravá-las, para modificar as modificações da estrutura da economia³⁵. Mas porquê essa intervenção a nível fiscal quando os próprios critérios adoptados pelo direito da concorrência são questionáveis? Em Portugal, a regu-

lamentação das concentrações de empresas consta do Decreto-Lei n.º 428/88 de 19 de Novembro. Exige-se neste diploma a apreciação prévia das concentrações de empresas quanto aos efeitos nocivos sobre a concorrência: são considerados o volume anual de vendas, a quota de mercado para o produto predominante ou a alteração substancial da estrutura concorrencial do mercado. Entende-se haver concentração de empresas também em caso de fusão ou de cisão-fusão (art.º 2, n.º 1)³⁶. Para citar outro exemplo, em França, segundo o art.º 29.º do ordonnance de 1/12/86, a concentração resulta de todos os actos que, independentemente da forma, impliquem transferência de propriedade sobre toda ou parte dos bens, direitos e obrigações de uma empresa, ou que tenha por objecto ou por efeito permitir a uma empresa ou a um grupo exercer directamente ou indirectamente, sobre uma ou várias outras, uma influência determinante³⁷.

E, no entanto, na fusão corrente não se coloca a questão de produção de economias de escala embora possa resultar o adequado redimensionamento das unidades económicas. Segundo Donald Dewey³⁸, a maioria das fusões nada tem a ver nem com a criação de poder de mercado nem com a realização de economias de escala. Nos EUA, considera-se que desde 1930 as fusões não têm tido como principal objectivo a monopolização embora algumas tenham prosseguido ajustamentos a grandes inovações: a primeira grande onda de fusões seguiu-se a um período de rápida construção de caminhos de ferro, e à onda dos anos vinte com o surgimento do carro a motor a transporte por camião a motor e à

rádio. Algumas das formas por que podem resultar eficiências da fusão são os erros de cálculo, as mudanças na procura, desenvolvimentos tecnológicos, demissão de direcções ineficazes. Se duas sociedades entraram num mercado mas avaliaram erradamente o volume necessário para apoiar um sistema de distribuição eficiente, a fusão poderia conduzir a eficiências mas ter simultaneamente efeitos no poder no mercado: reduzir a competição entre as duas mas aumentar a sua posição competitiva em relação aos restantes concorrentes. Um declínio na procura, significativo e persistente, podia produzir uma condição de capacidade excessiva em que a fusão poderia originar economias de escala mas também ter consequências de poder de mercado. Um aumento na procura pode induzir a uma mudança na organização do trabalho para operações em cadeia com consequências de integração vertical. Os desenvolvimentos tecnológicos podem oferecer oportunidades para um reorganização de recursos de forma mais eficiente — o computador electrónico digital³⁹. Nestes casos, se sem a fusão a transição para uma configuração industrial eficiente for custosa e demorada, a defesa da eficiência merece ser considerada.

O que não significa que a existência de economias de escala seja suficiente para justificar uma fusão. Mas segundo alguns estudos, por exemplo, uma percentagem relativamente grande de aumento no preço é exigida para compensar os lucros resultantes de uma redução de 5 a 10% nos custos médios. A existência de economias de escala é suficientemente importante para que as autoridades anticoncentração reflitam antes de impedir essa fusão⁴⁰.

A regulamentação das concentrações é pois, e como se sabe, muitíssimo complexa.

De qualquer forma, no acórdão em análise não se trata de uma operação de concentração.

4.2.2 Como se disse, um outro comportamento empresarial que se pretende evitar, é a gestão puramente fiscal das fusões. Mas essa gestão puramente fiscal dificilmente pode ser comprovada. Ao contrário do que se pretende afirmar no acórdão (folha 4), a lei portuguesa não restringe a possibilidade de dedução de perdas aos casos em que o património líquido da sociedade seja positivo. E é evidente que a possibilidade de dedução de perdas implica uma poupança fiscal (idem). Nenhum destes argumentos referentes à «debilidade da estrutura económico-financeira da empresa a incorporar» consegue negar a prossecução de objectivos de «racionalidade económica, optimização de factores de produção, melhoria e redimensionamento das linhas de fabrico...».

Por outro lado, a possibilidade de manipulação da lei através de algumas formas mencionadas, faz pensar que o melhor seria adoptar como regra um verdadeiro regime de neutralidade fiscal. Mas não é essa regra de neutralidade que decorre do nosso regime.

Questão diversa é a possibilidade de a lei fiscal evitar comportamentos abusivos através da sua regulamentação, tanto quanto possível especificada: como faz a lei italiana. Os interesses em jogo neste caso deverão ser justificadamente defendidos.

Ana Paula Dourado

Notas

¹ Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, II, Coimbra, 1983, p. 240

² Raúl Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, 1990, p.15.

³ Ver numa perspectiva de Direito Comparado, Karl Beusch e Jurgen Thomas, *Cahiers de Droit Fiscal International, Les Problèmes Fiscaux de Caractère National et Surtout International que posent les Fusions d'Entreprises*, vol. 55b, 1970, pp. 57 a 59 e os relatórios nacionais que constam do mesmo estudo.

⁴ Raúl Ventura, cit., p.17.

⁵ Como já se defendeu, v. Raúl Ventura, cit., p.17, e como decorria da legislação holandesa, A. Nooteboom, *Cahiers de Droit Fiscal International, Les Problèmes Fiscaux de Caractère National et Surtout International que posent les Fusions d'Entreprises*, vol. 55b, 1970, pp. 211.

⁶ V. Karl Beusch e Jurgen Thomas, cit., pp. 52 e 53.

⁷ Mas, na prática, não decorre necessariamente da segunda concepção um regime de tributação da fusão e de desconsideração das perdas da sociedade liquidada.

⁸ Karl Beusch e Jurgen Thomas cit., p. 62.

⁹ *Código do IRC Comentado e Anotado*, Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1990, pp. 238 e ss.

¹⁰ Artº 106º, nº2, CRP e cf. Alberto Xavier, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Coimbra, 1972, p. 342.

¹¹ Idem, pp. 369 e 370.

¹² Cf. Martial Chadeaux, *Les Fusions de Sociétés, Régime Juridique et Fiscal*, Paris, 1990, p.114

¹³ Idem, p.116.

¹⁴ Idem, p. 77.

¹⁵ Idem, p. 119.

¹⁶ Idem, pp. 119-123.

¹⁷ Karl Beusch e e Jurgen Thomas, cit., pp. 62 e os relatórios nacionais publicados no mesmo volume.

¹⁸ L. A. Denyse Luc Spincemaille, Belgium, *Carry-forward of Losses after a Merger*, *European Taxation* vol. 28, n.º 6, 1988, p.189.

¹⁹ Ulrich W. Lowenstein, *International: Tax loss Utilization Strategies*, *European Taxation*, vol. 28, n.º1, 1988, p.17 e L. Hubl, *Les Problèmes Fiscaux de Caractère*

National et Surtout International que posent les Fusions d'Entreprises, Cahiers de Droit Fiscal International, vol LV b, pp.16.

²⁰ Ulrich W. Lowenstein, cit., p.17.

²¹ Idem, p.18 e sobre a tributação das fusões em Espanha v. Luís Maria Carzola Prieto, *Tributación de las Operaciones Societarias*, Madrid, 1982, pp. 228-243.

²² Ulrich W. Lowenstein, cit., p.16.

²³ Idem.

²⁴ Idem, p. 17, e Mariapalma Cappuccilli, Italy, *The Transfer of Losses on Mergers*, *European Taxation*, vol. 26, n.º 11, Nov. 1986, p. 354. Sobre o regime fiscal italiano anterior, ver ainda Rita Avagliano, *La Problematica della Fusione Internazionale di Società*, in *L'Ordinamento Tributario*, a cura di Antonio Pistone, II, Esercitazioni di Diritto Tributario, Milão, 1986, pp. 201-211, especialmente, pp. 204 e 205.

²⁵ Um problema especial é o que respeita ao tratamento das perdas resultantes da incorporação. Se o valor contabilístico da anterior participação da sociedade incorporante na sociedade incorporada era demasiado elevado. Ou porque figurava a um montante demasiado elevado porque a sociedade incorporada tinha consumido as suas reservas; ou porque a sociedade incorporante tinha pago um valor mais elevado do que o real. No 1.º caso deve-se proceder a uma amortização: é corrigida por um acto estranho à fusão, por que o erro não decorre daquela operação. No 2.º caso, não deveriam ser admitidas deduções por que senão os custos de aquisição avaliados em montantes elevados seriam, em parte, financiados pelo fisco: Karl Beusch e e Jurgen Thomas, cit., p. 62. Ver, a este propósito, entre nós, António Lobo Xavier, «Sobre o Regime Fiscal das Variações Patrimoniais», *Fisco* 27, Janeiro 1991, pp. 3-6.

²⁶ Decreto 277 de 18/6/86 confirmado pela lei 487.

²⁷ Consideram-se sociedades controladas as sociedades em que a sociedade incorporante detenha acções ou quotas que representam a maioria exigida para decisões da assembleia geral e sociedades controladas pela sociedade incorporante através de acções ou quotas detidas por sociedades que são controladas pela sociedade incorporante.

²⁸ Ulrich W. Lowenstein, cit., p.18.

²⁹ Martial Chadeaux, cit., p. 114.

³⁰ A regra geral é a de que as perdas da sociedade incorporada não podem ser deduzidas do rendimento subsequente da sociedade incorporante e a sociedade incorporada é sujeita às regras aplicáveis a uma liquidação que normalmente vinculam o pagamento do IRC sobre os lucros do último exercício tal como nas reservas não tributadas. Para mais, nesses casos, os ganhos de capital não realizados devem também ser tidos em conta: Henry Lazarski, France, *Mergers: Losses Carried forward Set Off against Profits of Absorbed Company*, *European Taxation*, vol. 26, n.º 9, 1986, Setembro 1986, pp. 293 a 295.

³¹ Idem. Parece que essa autorização é, na prática, só atribuída a sociedades industriais. A administração fiscal tem-se recusado a publicar os critérios por que se orienta, nem deseja dizer quantas autori-

zações são atribuídas anualmente, mas parece que não são muitas, 40% das quais para as sociedades de titularidade estadual.

³² Idem.

³³ V. a noção de empresa em Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, Lisboa, 1986-87, pp. 134-137, em particular p. 137.

³⁴ Karl Beusch e Jurgen Thomas, cit., p. 59, e no mesmo sentido, Raúl Ventura, cit., p. 20.

³⁵ Idem.

³⁶ V. Raúl Ventura, cit., pp. 40 a 45. Também se deve ter em conta o Regulamento comunitário n.º 4064/89 do Conselho, de 21/12/89, que entrou em vigor em 21/9/90, quando a dimensão da operação atinge dimensão comunitária art.º 1.º, n.º 2, quando o volume de negócios total realizado à escala mundial por todas as empresas em causa for superior a

5 mil milhões de ecus e quando o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos 2 empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus, a menos que uma das empresas em causa realize mais de 2/3 do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado membro: a finalidade do processo criado pelo Regulamento é a obtenção duma decisão da Comissão estabelecendo se a operação é ou não compatível com o mercado comum (art.º 2, n.º 1).

³⁷ Martial Chadeaux, cit., p. 104.

³⁸ Oliver E. Williamson, *Antitrust Economics*, Oxford, 1987, pp. 3 e 4.

³⁹ Idem e Martial Chadeaux, *Les Fusions de Sociétés, Régime Juridique et Fiscal*, Paris, 1990, p. 104.

⁴⁰ Oliver E. Williamson, cit., p. 23. e pp. 3 e 4.